

L'EFECTIVITAT DEL DRET A L'HABITATGE A CATALUNYA I EL PAPER DEL DRET URBANÍSTIC: ESPERANCES EN PLE DRAMA?*

Juli Ponce Solé**

Resum

El present estudi analitza les tècniques jurídiques de potenciació de la bona administració en relació amb el dret a l'habitatge i té en compte la modificació de la Llei 18/2007 operada per la Llei 9/2011, així com les polítiques públiques en el nou context de crisi econòmica. Així, s'analitzen les noves mesures adoptades per protegir els deutors hipotecaris incapaços de satisfer el pagament de les seves obligacions i s'estudia fins a quin punt seria constitucionalment acceptable l'establiment futur de la dació en pagament si s'aplica a contractes de préstec o crèdit encara vigents, així com la imposició a propietaris de lloguers forçosos per evitar la pèrdua de l'allotjament per part dels deutors. Finalment, partint de la constatació que la mera protecció amb el dret privat del dret a l'habitatge de qui ja té allotjament és clarament insuficient, analitza l'imprescindible concurs del dret públic per promoure un habitatge assequible, mitjançant el paper rellevant del dret urbanístic i de la col·laboració publicoprivada, i fa una sèrie de propostes concretes en la part final.

THE EFFECTIVENESS OF THE RIGHT TO HOUSING IN CATALONIA AND THE ROLE OF URBAN LAW: HOPE IN THE MIDST OF DRAMA?

Abstract

The present study analyses the legal techniques for the enhancement of good administration in relation with the right to housing and takes into account the amendments made to la Ley 18/2007 operada por la Ley 9/2011 [Act 18/2007 implemented by Act 9/2011], as well as public policies in the new context of economic crisis. Thus, the study analyses the new measures adopted to protect mortgage borrowers unable to meet their obligations and considers to what extent the future establishment of assignment of payment would be constitutionally acceptable if applied to loan or credit contracts still in force, as well as the imposition on owners of forced rentals to avoid the loss of accommodation on the part of debtors. Finally, based on the assumption that the mere protection through private law of the right to housing of those who already have accommodation is clearly insufficient, the study analyses the essential need for public law to promote affordable housing through planning law and public-private collaboration, and makes a number of specific proposals in the final part.

* Text de la conferència de 12 de juny de 2012 en la jornada «Dret a l'habitatge: noves solucions, noves polítiques», organitzada per la Taula d'Entitats del Tercer Sector Social de Catalunya. La Taula del Tercer Sector, fundada l'any 2003, és una organització de tercer nivell formada per 31 federacions i agrupacions que aglutinen en conjunt a prop de 4.000 entitats socials no lucratives: associacions, cooperatives, fundacions, empreses d'inserció i centres especials de treball (es pot consultar la llista de membres [aquí](#)).

** Juli Ponce Solé, professor titular de dret administratiu, acreditat per a catedràtic de la Universitat de Barcelona, Facultat de Dret, Av. Diagonal, 684, 08034, Barcelona, jponce@ub.edu, www.urcosos.net.

Article rebut el 29.05.2012. Avaluació cega: 18.12.2012 i 18.01.2013. Data d'acceptació de la versió final: 13.02.2013.

Citació recomanada: PONCE SOLÉ, Juli. «L'efectivitat del dret a l'habitatge a Catalunya i el paper del dret urbanístic: esperances en ple drama?». *Revista catalana de dret públic*, núm. 46 (2013), p. 135-159, DOI: 10.2436/20.8030.01.7.

Sumari

- 1 Introducció: dret a l'habitatge i tècniques jurídiques de potenciació de la bona administració
- 2 La legislació sobre habitatge: la modificació de la Llei d'habitatge produïda per la Llei 9/2011, de 29 de desembre, de promoció de l'activitat econòmica
- 3 Les polítiques públiques sobre habitatge
 - 3.1 La protecció del dret a l'habitatge i el sobreendeutament de les famílies: en especial, la dació en pagament
 - 3.2 La promoció i efectivitat del dret a l'habitatge
 - 3.2.1 Límits jurídics a les “retallades” pressupostàries
 - 3.2.2 Noves possibilitats derivades de les regulacions urbanístiques i la col·laboració publicoprivada
- 4 Conclusions i propostes

1 Introducció: dret a l'habitatge i tècniques jurídiques de potenciació de la bona administració

Els problemes d'allotjament han estat posats en relleu dins i fora de casa nostra (recordem l'informe del relator especial d'habitatge de les Nacions Unides el 2008, per exemple)¹. Però, en una situació econòmica com l'existent, la continuació en la manca de prioritització de recursos públics per fer efectiu el servei públic d'habitatge (art. 4 de la llei catalana d'habitatge) i garantir l'efectivitat del dret a l'habitatge,² així com possibles retallades en els fons destinats a aquestes finalitats, fan pensar que aquests problemes (l'obsolescència del parc d'habitatges, l'infrahabitatge, l'habitatge buit, l'habitatge sobreocupat, la segregació urbana o l'assetjament immobiliari, per exemple) lluny de desaparèixer s'estan fent més grossos, amb les implicacions que ja ens són conegudes per a les nostres ciutats.³

En aquest marc de la nostra realitat social, cal recordar que, d'acord amb l'article 47 de la Constitució⁴ i 26 de l'Estatut,⁵ hi ha a Catalunya, com és sabut, un "dret" a l'habitatge. No es tracta d'un mer principi general o mandat programàtic, sinó d'un dret que suposa les obligacions dels poders públics de posar-hi els

¹ Es pot consultar l'informe esmentat del relator de Nacions Unides en castellà [aquí](#). Sobre les mancances històriques de les polítiques públiques d'habitatge a casa nostra, es pot veure PONCE SOLÉ, J., i SIBINA TOMÁS, D., *El Derecho a la vivienda en el siglo XXI*, Marcial Pons, 2008, la introducció és consultable [aquí](#).

² «Una situación igualmente deficitaria en el gasto público de protección social es el de la vivienda social, un capítulo de gran relevancia para la población española (y muy en particular para la juventud) que lo señala – a través de las encuestas- cómo uno de los temas que más le preocupan. El gasto público en vivienda social por habitante es el más bajo de la UE (después de Italia, Luxemburgo, Austria y Portugal). En el año 2000 fue de 31,5 upc, 92,9 unidades menos que el promedio de la UE-15, 124,4 upc. Este déficit en el año 2000 fue superior al existente en el año 1993, 76,3 upc (89,7 upc en la UE menos 13,4 upc en España). Vemos pues aquí como, al igual que en los otros capítulos de GPPS, el gasto público es muy bajo y está creciendo más lentamente que el promedio de la UE-15 con lo que el déficit de gasto público en vivienda social de España con la UE-15 está también aumentando. Si tal gasto lo consideramos como porcentaje del PIB (0,2%), este gasto representa la tercera parte del promedio de gasto público en vivienda social (como porcentaje del PIB) del promedio de la UE (0,6%). De nuevo, España es el país que junto con Italia y Portugal dedica menos de sus recursos a la vivienda social.» NAVARRO, V. a «Introducción» del llibre basat en les ponències presentades en el Seminari *El Estado del Bienestar en España*, realitzades a la Universitat Internacional Menéndez Pelayo de Barcelona, els dies 18 i 19 de desembre de 2003.

³ Vegeu GARCÍA-ALMIRALL, Pilar; FULLAONDO, Arkaitz; FRIZZERA, Agustín. «Inmigración y espacio socio-residencial en la Región Metropolitana de Barcelona». *Ciudad y Territorio, Estudios Territoriales*. Vol. XL, núm. 158 (2008), p. 727 i seg., els quals assenyalen que (p. 740 i 741):

«El proceso de configuración étnica metropolitana, se caracteriza por la reproducción espacial de la condición social de los diferentes colectivos estudiados. El crecimiento relativo del asentamiento de americanos y africanos en los barrios obreros muestra de forma clara esta dinámica. Se reafirma así, la realidad señalada por Malheiros (2002) referente al modelo de segregación residencial étnica de las ciudades del sur de Europa. Si estas tendencias se mantienen, en la medida en que la nueva inmigración ocupe los barrios obreros la estratificación social del RMB pasara, en algunos años, a ser una estratificación socioétnica. En otras palabras, las anteriores generaciones de inmigrantes españoles que llegaron a la metrópoli, sobre todo, en las décadas de los 60-70 y que conformaron las grandes periferias obreras, dejaron paso a los nuevos obreros: inmigrantes extracomunitarios que tienden a localizarse en estos mismos barrios.

» En la actualidad, las tensiones sociales que existen en algunos de estos barrios son innegables. A nuestro entender, deben entenderse como parte de este proceso de cambio. Nos encontramos, por lo tanto, frente a un problema de exclusión social urbana, con el componente añadido de la etnicidad, que obliga a un replanteamiento de las políticas que se aplican en la actualidad y que, a nuestro entender, debería basarse en un fortalecimiento del los sistemas de bienestar y la incorporación del factor de la diversidad étnica.»

⁴ «Tots els espanyols tenen dret a un habitatge digne i adequat. Els poders públics promouran les condicions necessàries i establiran les normes pertinents per tal de fer efectiu aquest dret, i regularan la utilització del sòl d'acord amb l'interès general per tal d'impedir l'especulació.

La comunitat participarà en les plusvàlues que generi l'acció urbanística dels ens públics.»

⁵ «Les persones que no disposen dels recursos suficients tenen dret a accedir a un habitatge digne, per a la qual cosa els poders públics han d'establir per llei un sistema de mesures que garanteixi aquest dret, amb les condicions que determinen les lleis.»

mitjans (respectar, protegir, garantir i promoure)⁶ i també de resultats, cosa que no sempre implica inversions econòmiques, com veurem,⁷ d'acord amb el que estableix la normativa vigent.⁸

Aquesta darrera precisió és rellevant, en la mesura que serà la normativa infraconstitucional la responsable d'establir obligacions públiques de resultat, vinculades a estàndards de qualitat en la prestació del servei d'interès general d'habitatge (art. 4 de la Llei d'habitatge de Catalunya)⁹ i conseqüències específiques derivades del no respecte d'aquests. En definitiva, és la normativa la que haurà de fixar el nivell de bona administració exigible per fer realitat el dret.¹⁰

⁶ Vegeu ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta. 2002, p. 21 i seg., especialment i AÑON ROIG, MJ.; GARCÍA AÑON, J. (coord.). *Lecciones de Derechos Sociales*. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2004, p. 155 i seg.

⁷ Vegeu l'epígraf 4 d'aquest treball.

⁸ La previsió d'aquest dret «*consagra un derecho social o de prestación que exige, consiguientemente, una intervención del Estado en la esfera social y económica y un hacer positivo de los poderes públicos para la consecución de la igualdad material que propugna el artículo 9.2 de la Constitución*», segons la Sentència del Tribunal Suprem de 18 de febrer de 2002, recurs de cassació 7665/1995. D'acord amb el Tribunal Constitucional, estem davant d'un dret que es pot al·legar directament com a paràmetre de constitucionalitat (per exemple, STC 7/2010).

⁹ Aquest precepte assenyala que:

«Article 4

»Servei d'interès general

»1. El conjunt d'activitats vinculades amb el proveïment d'habitatges destinats a polítiques socials es configura com un servei d'interès general per a assegurar un habitatge digne i adequat per a tots els ciutadans.

»2. Als efectes de l'homologació amb la normativa europea en matèria d'habitatge, tenen la condició d'habitatges socials els habitatges que aquesta llei defineix com a destinats a polítiques socials, tant si són resultat de processos de nova construcció o de rehabilitació com si s'obtenen en virtut de programes socials de mediació i cessió.»

La interessant sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (Sala Primera) de 8 de maig de 2013, resultat de diverses peticions de decisions prejudicials plantejades pel Tribunal Constitucional belga, assenyala que els estats membres tenen una àmplia facultat d'apreciació per decidir què és un servei públic i, per tant, no exclou que l'habitatge social en pugui ser un. A partir d'aquí, accepta, en principi, encara que correspongui al tribunal nacional comprovar-ho, que l'obligació de la legislació belga de reservar un percentatge d'habitatge com a social en una promoció sigui una càrrega social de les empreses del sector, que els pugui ser compensada (amb reduccions d'impostos i altres mesures), ja que són les encarregades de l'execució d'obligacions de servei públic i, per tant, aquest fet implica que la compensació no tingui la condició d'ajuda d'Estat en el sentit del dret de la UE.

Sobre l'habitatge com a servei públic, vegeu PONCE SOLÉ, J. *El servicio de interés general de la vivienda*. Serie Realidades Urbanas. Ekiten-Thinking, 2011, consultable [aquí](#).

¹⁰ Art. 30 de l'Estatut:

«1. Totes les persones tenen dret a accedir en condicions d'igualtat als serveis públics i als serveis econòmics d'interès general. Les administracions públiques han de fixar les condicions d'accés i els estàndards de qualitat d'aquests serveis, amb independència del règim de llur prestació.

»2. Totes les persones tenen dret que els poders públics de Catalunya les tractin, en els afers que les afecten, d'una manera imparcial i objectiva, i que l'actuació dels poders públics sigui proporcionada a les finalitats que la justifiquen.

»3. Les lleis han de regular les condicions d'exercici i les garanties dels drets a què fan referència els apartats 1 i 2 i han de determinar els casos en què les administracions públiques de Catalunya i els serveis públics que en depenen han d'adoptar una carta de drets dels usuaris i d'obligacions dels prestadors.»

Llei catalana 26/2010:

«Article 23

»Dret a uns serveis públics de qualitat

»1. Tots els ciutadans tenen dret a:

»a) Accedir en condicions d'igualtat als serveis públics i que aquests siguin de qualitat.

»b) Plantejar els suggeriments i les queixes relatives al funcionament de l'activitat administrativa.

»2. En l'àmbit de l'Administració de la Generalitat, el Govern ha d'establir per decret el procediment específic per a l'atenció i la resposta als suggeriments, les reclamacions i les queixes amb relació a la prestació dels serveis públics de la seva titularitat.

Diverses tècniques concretes es poden fer servir per determinar el nivell de bona administració exigible en el compliment de les obligacions derivades del dret a l'habitatge, totes elles tendents a concretar quines són les obligacions de mitjans (diligència) i de resultats exigibles a les administracions.

Una tècnica interessant és la determinació del termini d'espera per poder gaudir d'un allotjament assequible per a les persones incloses en els registres de sol·licitants¹¹ i la reacció concreta contra l'incompliment d'aquest per l'Administració, que puguin establir les lleis d'habitatge. Catalunya no compta amb una regulació d'aquesta mena, però tenim un precedent espanyol a la Llei d'habitatge de Castella-La Manxa (Llei 1/20011, de 10 de febrer, ara, però derogada per la Llei 1/2012, de 21 de febrer, de *Medidas Complementarias para la Aplicación del Plan de Garantías de Servicios Sociales*).¹²

Una altra tècnica de bona administració és l'aprovació per part de la mateixa Administració dels estàndards de bona administració (per exemple, temps d'espera), mitjançant "Cartes de Serveis" que, en cas d'incomplir-se, serien exigibles pels ciutadans (fins i tot judicialment, art. 29 LJCA de 1998).¹³

Finalment, una altra tècnica per promoure la bona administració en aquest àmbit, d'una manera indirecta, és l'obligació de compensar els danys per mala administració en cas de retard en l'accés a un habitatge assequible, és a dir, la institució de la "responsabilitat patrimonial de l'Administració", que permet portar a terme reclamacions a l'empara dels arts. 106.1 de la Constitució, dels arts. 139 i seg. de la Llei 30/1992 i dels arts. 81 i seg. de la Llei catalana 26/2010, estiguin o no aprovades (especialment en aquest darrer cas) les cartes de serveis esmentades.

»3. Les administracions públiques de Catalunya han d'impulsar l'aplicació de cartes de serveis i altres instruments de qualitat, en els termes que estableixi la normativa corresponent.»

Sobre aquest dret, es pot consultar PONCE SOLÉ, J. «Good administration and European Public Law». *European Review of Public Law*. Vol. 14, núm. 4 (hivern, 2002), p. 1503 i seg. i «Derecho público y buena administración», publicat originàriament a *Revista Jurisprudencia Argentina de Abeled Perrot* i consultable [aquí](#).

¹¹ Especialment en els casos d'urgència per situacions personals a determinar, amb previsió d'un procediment de reclamació específic, com han fet en altres països europeus, cas francès de la Llei francesa de 5 de març de 2007 sobre el dret a l'habitatge oposable, (*droit au logement opposable*, DALO).

¹² «Artículo 3. Régimen de garantías de acceso a la vivienda.

»1. Las personas demandantes que, llevando al menos inscritas un año en el Registro de Demandantes de Vivienda con protección pública de Castilla-La Mancha, no hayan obtenido el acceso a una vivienda protegida en los términos recogidos en esta Ley, podrán acceder, mediante el alquiler, a una vivienda no sometida a algún régimen de protección pública que sea adecuada a sus necesidades.

»2. En el supuesto previsto en el apartado anterior, la Consejería competente en materia de vivienda les reconocerá la garantía económica de acceso a la vivienda en los términos determinados en esta Ley.

»3. Dicha garantía económica se disfrutará por las personas beneficiarias en tanto no hayan obtenido el acceso a una vivienda protegida. En todo caso, estas personas estarán obligadas a participar en los procedimientos ordinarios de adjudicación de viviendas en las condiciones previstas en el artículo 5 de esta Ley.»

¹³ «Artículo 29.

»1. Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración.»

En relació amb les Cartes de Serveis a Catalunya, podeu consultar els [materials i les ponències](#) desenvolupades durant la Jornada de Cartes de Serveis que va tenir lloc al maig de 2008 a l'Escola d'Administració Pública de Catalunya.

Des de la perspectiva del tercer sector i dels ciutadans i ciutadanes, diverses vies són, doncs, factibles per realitzar un control polític, social i jurídic del desenvolupament real del dret a l'habitatge: tant la legítima pressió per tal d'incorporar obligacions de resultat en les legislació d'habitatge, com perquè l'Administració aprovi Cartes de Serveis en matèria d'habitatge (utilitzant, si s'escau, el dret de petició com a via de pressió), com, finalment, assessorar els interessats per tal que presentin reclamacions de responsabilitat patrimonial, si s'escau.

Aquest control i pressió hauria d'estendre's a la connexió entre el dret a l'habitatge i el *dret a la ciutat*, insistint en el fet que, per fer realitat el dret a la ciutat, caldrà fer efectiu el dret a l'habitatge, així com d'altres drets vinculats als dos anteriors (igualtat i no discriminació, educació i no segregació escolar, llibertat religiosa i no segregació de llocs de culte...).¹⁴ No s'ha de perdre mai de vista la connexió entre habitatge (assequible) i ciutat, i entre dret a l'habitatge i altres valors i drets constitucionals (dignitat, intimitat, no discriminació...) cosa que té rellevància amb qüestions que s'esmentaran més tard (límits a la reversibilitat de les prestacions del servei públic d'habitatge, renovació urbana, habitatges dotacionals,...), així com el tipus de protecció jurídica que sigui susceptible de rebre (recurs d'empara).

Finalment, encara que li correspongui a l'Estat espanyol i no a la Generalitat de Catalunya, els moviments socials haurien de perseverar en la insistència a demanar la ratificació de la Carta Social Europea Revisada de 1996 (que inclou el dret a l'habitatge)¹⁵ i del protocol addicional de 1995. Aquesta ratificació és rellevant per a Catalunya, en la mesura que, d'acord amb l'art. 10.2 de la Constitució i 4.1 de l'Estatut, els tractats internacionals que vinculen a Espanya condicionen la interpretació que es faci dels drets constitucionals i estatutaris (i aquí les decisions del Comitè Europeu de Drets Socials poden tenir interès en relació amb els arts. 47 i 26 de la Constitució i l'Estatut, respectivament); i en la mesura que el protocol permetria a organitzacions del tercer sector acudir a aquest Comitè Europeu per forçar pronunciaments relatius a Espanya i l'habitatge que ajudessin a la dita interpretació interna i influïssin en la jurisprudència dels òrgans judicials a Espanya.

2 La legislació sobre habitatge: la modificació de la Llei d'habitatge produïda per la Llei 9/2011, de 29 de desembre, de promoció de l'activitat econòmica

Pel que fa a la legislació sobre habitatge, ja s'ha vist com pot tenir un paper important en establir clars estàndards de bona administració i conseqüències pel seu incompliment. Aquest és el camí que han intentat

¹⁴ Es pot veure una reflexió sobre el dret a la ciutat i les seves implicacions pràctiques a PONCE, J.«[El derecho a la ciudad: elementos para superar la gestión neoliberal del espacio](#)», ponència presentada en el 4t. Curs de drets socials de l'Observatori DESC, el dia 13 de maig de 2009.

Tingueu en compte l'art. 16. 1, de la Llei catalana de l'habitatge:

«S'ha de vetllar per garantir el dret de tots els habitants a gaudir de condicions de vida urbana i d'hàbitat que afavoreixin la cohesió social i per assegurar en cada nucli la coexistència de l'ús residencial amb altres usos i la diversitat de tipus d'habitatge.»

¹⁵ Art. 31

«Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la vivienda, las partes se comprometen a adoptar medidas destinadas:

»1. A favorecer el acceso a la vivienda de un nivel suficiente;

»2. A prevenir y paliar la situación de carencia de hogar con vistas a eliminar progresivamente dicha situación;

»3. A hacer asequible el precio de las viviendas a las personas que no dispongan de recursos suficientes»

recórrer diverses lleis europees, com ara, la legislació anglesa, escocesa o francesa, ja esmentada més recentment.¹⁶

No és, malauradament, el camí seguit per la Llei d'habitatge de Catalunya, ni en el text aprovat el 2007 ni en la recent modificació a què ens referirem en breu. Malauradament, continuem sense fer efectiva la recomanació núm. 97 de l'informe sobre Espanya del Relator d'habitatge de les Nacions Unides, ja esmentat, quan assenyalava que:

«El Estado debería garantizar la posibilidad de invocar ante los tribunales el derecho a una vivienda adecuada, consagrado en la Constitución de España y en los correspondientes instrumentos internacionales, mediante mecanismos de denuncia accesibles a todos.»

De nou, en aquest àmbit, els moviments socials tenen un camp d'actuació per insistir en la inclusió d'obligacions de resultats legals amb clares conseqüències en cas d'incompliment que suposin l'efectivitat del dret a l'habitatge.

A més, la vigent llei del dret a l'habitatge encara no està desenvolupada en relació amb temes rellevants (així, l'aprovació del Pla Territorial Sectorial d'Habitatge de Catalunya, en endavant PTSH).

En aquest escenari, s'ha produït la modificació de la llei a finals de 2011, mitjançant la Llei 9/2011, de 29 de desembre, de promoció de l'activitat econòmica, la qual, amb un contingut molt variat, indica, en el seu preàmbul, la incidència que té en temes d'habitatge:

«Finalment, el capítol II suposa una important modificació de la Llei 18/2007,¹⁷ de 28 de desembre, del dret a l'habitatge, la finalitat principal de la qual és l'impuls del sector immobiliari, amb mesures com la facilitació de l'accés als habitatges de protecció oficial, la flexibilització dels requisits en els edificis de nova construcció, l'eliminació de determinades reserves urbanístiques i la supressió de l'informe preceptiu sobre les determinacions del pla urbanístic, entre altres mesures.»

Entre les modificacions, es poden destacar les següents:

- PTSH: ja no pot establir reserves de sòl més àmplies per habitatge de protecció oficial (derogació art. 12.4).
- Desactivació de l'expropiació temporal de l'ús d'habitatges buits (modificació art. 12.5 i derogació art. 12.6 sobre PTSH; derogació apartats 6 i 7 de l'art. 42); però continua essent un incompliment de la funció social mantenir un habitatge buit de forma permanent i injustificada (art. 5.2.b).
- Reserves d'habitatge protegit en sòl urbà consolidat: desapareix la possibilitat d'obligatorietat per part del PTSH (derogació art. 17.4 i DA 6); es manté la possibilitat municipal d'establir-les, art. 17.3

¹⁶ PONCE, J.; FERNÁNDEZ, G. «[Derecho urbanístico, derecho a la vivienda y personas sin hogar. Nuevos desarrollos y perspectivas en España a la vista de las novedades europeas en la materia](#)». *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*. Núm. 255 (2010), p. 55 i seg.

¹⁷ De fet, aquesta llei introdueix les modificacions en els seus arts. 148 a 179 (un total de 31 articles, més dos nous connectats de la Llei 13/2002, més una disposició transitòria) amb un total de 34 novetats, sobre la llei del dret a l'habitatge que tenia 136 arts. (més 32 disposicions entre addicionals, transitòries i finals). És a dir, es produeixen 34 novetats (2 en llei diferent), sobre 168 articles, per tant, un 20 % de modificacions de diversos tipus (Addicions: 6; Supressions: 12; i diversos canvis en el text normatiu).

- Reserves d'habitatges dotacionals públics: es modifica l'art. 18 per limitar-ne l'obligatorietat als mateixos municipis que han de fer reserves de sòl per habitatges protegits, d'acord amb la legislació urbanística.¹⁸
- Solidaritat urbana: deixa de ser una obligació de resultat legal i només caldrà complir-ho si ho diu el PTSH.
- Deslegalització del termini de qualificació dels habitatges protegits (modificació art. 79 i DT 9, i s'estableix, de moment, 30 anys).

Podria ser inferior a 30 anys? Aquesta sembla la voluntat de la modificació, però cal tenir en compte el Pla estatal vigent, que fixa un mínim de 30 anys (art. 6 RD 2066/2008).¹⁹

- Possibilitat que un propietari d'habitatge de protecció oficial pugui adquirir d'altres habitatges en el mercat? La modificació de l'art. 81 en els seus apartats 3 i 4 (molt confusa tècnicament) i la derogació de la lletra g, apartat 3 (sanció) de l'art. 123, podrien fer pensar que sí (almenys a partir del cinquè any de l'adquisició, abans no, però sense que cometin cap infracció si ho fan, ara), però creiem que la conclusió ha de ser una altra, derivada d'una interpretació sistemàtica amb:
 - Estatut d'autonomia: art. 26 «Les persones que no disposen dels recursos suficients tenen dret a accedir a un habitatge digne, per a la qual cosa els poders públics han d'establir per llei un sistema de mesures que garanteixi aquest dret, amb les condicions que determinen les lleis.»

¹⁸ Llei 3/2012, del 22 de febrer, de modificació del text refós de la Llei d'urbanisme, aprovat pel Decret legislatiu 1/2010, del 3 d'agost, que dona una redacció nova a l'art. 57.3 d'aquesta:

«3. Els plans d'ordenació urbanística municipal i llurs modificacions i revisions han de reservar per a la construcció d'habitatges de protecció pública sòl suficient per al compliment dels objectius definits en la memòria social i, com a mínim, el sòl corresponent al 30% del sostre que es qualifiqui per a l'ús residencial de nova implantació, tant en sòl urbà no consolidat com en sòl urbanitzable, un 20% del qual, com a mínim, s'ha de destinar a habitatges amb protecció oficial de règim general, de règim especial, o d'ambdós règims, o els règims que determini com a equivalents la normativa en matèria d'habitatge, destinats a la venda, al lloguer o a altres formes de cessió d'ús. Resten exempts d'aquesta obligació mínima els plans d'ordenació urbanística municipal següents, llevat que el planejament territorial o director urbanístic determini una altra cosa:

»a) Els dels municipis que, per llur escassa complexitat urbanística, només distingeixen entre sòl urbà i sòl no urbanitzable.

»b) Els dels municipis de menys de cinc mil habitants, que no són capitals de comarca i que compleixen els requisits següents:

»Primer. Si en els dos anys anteriors a l'aprovació inicial del pla, la dinàmica d'atorgament de llicències ha estat inferior a cinc habitatges per cada mil habitants i any.

»Segon. Si el pla no permet més de dos-cents habitatges de nova implantació per al conjunt dels àmbits d'actuació urbanística en sòl urbà no consolidat i en sòl urbanitzable a què fa referència l'apartat 4.»

¹⁹ «Artículo 6. Duración del régimen de protección de las viviendas y alojamientos protegidos y limitación del precio de las viviendas usadas.

»1. Las viviendas y alojamientos que se acojan a la financiación de este Plan, deberán estar sujetos a un régimen de protección pública, que excluya la descalificación voluntaria, incluso en el supuesto de subasta y adjudicación de las viviendas por ejecución judicial del préstamo, de la siguiente duración:

»a) De carácter permanente mientras subsista el régimen del suelo, si las viviendas y alojamientos hubieran sido promovidos en suelo destinado por el planeamiento a vivienda protegida, o en suelo dotacional público, y, en todo caso, durante un plazo no inferior a 30 años.

»b) De 30 años, al menos, si las viviendas y alojamientos hubieran sido promovidos en otros suelos.»

- Preàmbul de la Llei del dret a l'habitatge i arts. 1 i 2 així com l'art. 5.2.d (hi ha incompliment de la funció social de la propietat per no destinar l'habitatge de protecció oficial a residència habitual i permanent).
- En tot cas, el mateix article 81.3 que nega als beneficiaris d'habitatge de protecció oficial la possibilitat de disposar d'altres habitatges en propietat (siguin o no residència habitual i permanent). Malgrat el que digui l'art. 81.4, els propietaris són, mentre duri la qualificació, beneficiaris, per la qual cosa aquesta defectuosa redacció, més els arguments exposats, ha de portar a la conclusió de la impossibilitat d'adquisició d'un segon habitatge mentre es beneficiïn del de protecció oficial.

Entenem que en cas d'adquirir un segon habitatge (abans o després dels 5 anys des de l'adjudicació, sigui o no residència habitual i permanent), el propietari de l'habitatge de protecció oficial incompleix la funció social de la propietat (si no utilitza l'habitatge protegit com a residència habitual i permanent) i, en qualsevol cas, les condicions que havia de tenir i mantenir en el moment de ser-li adjudicat l'habitatge de protecció oficial i, per tant, l'Administració haurà de declarar aquest incompliment (d'ofici o a sol·licitud de qualsevol ciutadà, d'acord amb l'acció pública de l'art. 6 de la Llei del dret a l'habitatge) i, per tant, constatar la ineficàcia sobrevinguda de l'acte d'adjudicació i la necessitat de retornar l'habitatge de protecció oficial a mans públiques.²⁰

- Adjudicació:²¹ eliminació dels contingents especials en un 10 % (derogació apartats 3 i 4 de l'art. 99); promocions privades de protecció oficial, gestió de l'adjudicació per promotors i fi de l'opció anteriorment existent. Poden els promotors prescindir del registre de sol·licitants en cas de vacants o renunciés? Cal entendre que els "altres interessats" han de ser inscrits en tot cas en el registre: vegeu art. 92.2, fins i tot modificat ara.

3. Les polítiques públiques sobre habitatge

3.1 La protecció del dret a l'habitatge i el sobreendeutament de les famílies: en especial, la dació en pagament

Pel que fa finalment a les polítiques públiques sobre habitatge, en sentit ampli, en l'actualitat es detecta encara una manca d'anàlisi integrada dels problemes de l'habitatge en el marc urbà,²² així com un èmfasi

²⁰ És indubtable la necessitat de coordinar la revocació (no sancionadora) de l'acte d'adjudicació per incompliment sobrevingut de les condicions amb el contracte de compravenda que s'hagi realitzat. En aquest sentit, GUILLEN NAVARRO, A. *El beneficiario de las viviendas sometidas a un régimen de protección pública*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 244 i seg., planteja la possible resolució del contracte de compra venda.

²¹ Vegeu la [Instrucció 2/2012 relativa als procediments d'adjudicació d'habitatges amb protecció oficial destinats a la venda](#).

²² Com posa en relleu SERRA I AMENGUAL, P. «Actuaciones sobre barrios de especial interés. Programas de intervención en Cataluña», ponència en el seminari *Renovación urbana y cohesión social en un contexto de crisis*, San Sebastián, juliol de 2010, organitzat per [Ekiten Thinking](#) en el marc dels cursos d'estiu de la Universitat de San Sebastian, quan assenyala, fent una avaluació de l'aplicació de la Llei 2/2004, de 4 de juny, coneguda com "de barris" (la qual no està essent desenvolupada en aquests moments) que:

en la protecció del dret de l'habitatge de persones que ja gaudeixen d'un allotjament, per vies del dret privat, amb un cert oblit de les persones que necessiten un allotjament assequible, en relació amb les quals caldria *promoure* el seu dret a l'habitatge, cosa que no només serà possible amb una perspectiva única de relacions entre privats mitjançant el mercat, d'acord només amb el dret privat, sinó que ha de requerir la intervenció administrativa per corregir les fallades d'aquest. Com assenyala GALBRAITH, «*no hay ningún país económico avanzado —y es un hecho que lamentablemente se pasa por alto— en que el sistema de mercado produzca casas que puedan permitirse los pobres*». ²³

La necessària revisió del Pacte nacional per a l'habitatge 2007-2016 haurà de tenir present aquesta realitat. ²⁴

Pel que fa a la protecció del dret a l'habitatge de persones que gaudeixin d'un allotjament, diversos documents provinents del *Defensor del Pueblo*, dels Síndic de Greuges i de Càritas ²⁵ destaquen la necessitat d'introduir mesures normatives i fiscals i acords entre les parts per redreçar els deutes hipotecaris, incloent la mediació (com ara la realitzada pel servei de la Generalitat de Catalunya, Ofideute) ²⁶ i no descartant la dació en pagament com a possible solució, almenys per saldar el deute, davant del drama personal i social que implica la pèrdua de l'habitatge.

D'acord amb dades del Consell General del Poder Judicial, citades per diverses fonts, les execucions hipotecàries han augmentat espectacularment entre 2007 i 2011, s'han més que triplicat, amb un total de 350.000 a Espanya. ²⁷

«sin embargo su propia transversalidad y la exclusión de las inversiones sobre vivienda como subvencionables, no le permiten actuar como vía de solución para algunos casos en los que el problema profundo se centra, especialmente, en el tejido residencial: en su configuración impenetrable y en su baja calidad aliada con una alta ocupación. Dar respuesta a situaciones de este tipo es, hoy, una asignatura pendiente. Hasta ahora hemos reaccionado ante requerimientos una vez producidos los mismos. Reaccionar preventivamente es más difícil».

²³ GALBRAITH, J.K., *La cultura de la satisfacción*. 8a ed. Barcelona: Ariel, 2000, p. 55.

²⁴ Es pot consultar aquest pacte [aquí](#).

²⁵ Vegeu, respectivament: «[Crisis econòmica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo](#)»; «[Document sobre mesures per al redreçament de deutes](#)» del síndic de Greuges; [document de Càritas Barcelona](#) instant al govern a abordar el problema de l'habitatge més enllà de les hipoteques i el decàleg «[Desalojos, desahucios y vulneración del derecho a la vivienda](#)» de Càritas Barcelona.

²⁶ Servei d'assessorament sobre el deute hipotecari. [Ofideute](#).

²⁷ Vegeu, per exemple, UNICEF. *La infancia en España 2012-2013. El impacto de la crisis*. Madrid: UNICEF, 2012, p. 13 i la documentació que acompanya la iniciativa legislativa popular a la qual fem referència més endavant. Però tingueu en compte que aquests procediments hipotecaris han estat declarats contraris al principi d'efectivitat del dret de la Unió Europea, el març de 2013. Ens referim a la sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de 14 de març de 2013, que resol la qüestió prejudicial presentada pel Jutjat Mercantil núm. 3 de Barcelona, el 2012. Aquesta qüestió prejudicial es va referir a la interpretació de la Directiva 93/13/CEE del Consell, de 5 d'abril de 1993, sobre les clàusules abusives en els contractes celebrats amb consumidors, en connexió amb una demanda presentada pel Sr. Aziz, representat pel seu advocat, el senyor Moreno Trigo, relativa al caràcter abusiu d'una clàusula del contracte de préstec signat per ell amb una entitat bancària espanyola (que per cert, va provocar amb anterioritat l'execució hipotecària i que el demandant perdés l'allotjament).

La decisió del TJUE, en resposta a aquesta qüestió prejudicial suscitada pel jutge espanyol, precedida per les conclusions de l'advocat general encarregat del cas (Sra. Juliane Kokott), el novembre de 2012, considera que hi ha una vulneració per part de la normativa espanyola del principi d'efectivitat del dret de la UE, pel que fa a la legislació hipotecària espanyola, ja que en el procés espanyol d'execució hipotecària hi mancava algun mecanisme algun en la discussió de si una clàusula contractual és o no abusiva. Per tant, es declara que aquesta legislació és contrària al dret de la UE. En segon lloc, la sentència remet als jutges nacionals la interpretació del concepte de “desequilibri important” malgrat “les exigències de la bona fe”, i ofereix directrius sobre la correcta interpretació d'aquestes expressions contingudes a la Directiva d'aplicació. Aquesta decisió, revolucionària, sens dubte, en el

Tanmateix, partint de la constitucionalitat de la regulació processal dels procediments d'execució hipotecària (d'acord amb la sentència 41/1981 i la més recent interlocutòria d'inadmissió del Tribunal Constitucional d'una qüestió d'inconstitucionalitat plantejada per un jutjat de Sabadell),²⁸ el Govern, mitjançant reials decrets lleis ha elevat el llindar d'inembargabilitat pels deutors hipotecaris que han perdut el seu habitatge habitual (150% SMI i un 30 per cent addicional per cada familiar del seu nucli que no rebi ingressos superiors a aquest SMI), preveient que l'adjudicació al creditor en subhasta d'un immoble hipotecat com a conseqüència d'una execució es realitzarà per un preu que no sigui mai inferior al 60% de la taxació (Reial decret llei 8/2011, d'1 de juliol) i establint un Codi de bones pràctiques (d'adhesió voluntària per entitats bancàries i compliment obligatori un cop produïda aquesta, Reial decret llei 6/2012, de 9 de març, de mesures urgents de protecció de deutors hipotecaris sense recursos) relatiu a la possibilitat d'accedir, complint certs requisits, a un Pla de reestructuració del deute i a una possible reducció del deute, que en cas de continuar sense poder ser assumit, obre la porta a la dació en pagament obligatòria per part del banc i que el deutor es pugui continuar quedant a l'habitatge en règim de lloguer.²⁹

Davant d'aquesta situació i amb la voluntat de saldar el deute hipotecari, s'han succeït els moviments socials i polítics des de fa anys, incloses les iniciatives legislatives populars (ILP) i sentències judicials favorables,³⁰ en relació amb la dació en pagament com a manera de cancel·lar el deute hipotecari existent.³¹ En el cas de la ILP promoguda més recentment,³² s'intenta no només una l'establiment de la dació en pagament d'obligatòria acceptació del creditor com a manera de saldar el deute, sinó també la impossibilitat de desnonaments dels deutors que tindrien dret a romandre en el seu habitatge fins a 5 anys i pagant no més d'un 30 % dels seus ingressos mensuals.

Amb independència de l'èxit final que una ILP com aquesta o altres iniciatives legislatives similars puguin tenir en el context polític actual, i més enllà de consideracions d'oportunitat política,³³ les reflexions sobre una nova regulació del pagament de deutes amb garantia hipotecària (alterant el sistema tradicional general vigent a Espanya a l'art. 1911 del Codi Civil) i la permanència del deutor en el seu habitatge en règim de

panorama espanyol, obligarà a modificar la legislació hipotecària espanyola i incrementarà des d'aquest moment la protecció dels consumidors que adquireixin un habitatge.

²⁸ Interlocutòria 113/2011, de 19 de juliol, en què també s'al·legava vulneració del dret a l'habitatge.

²⁹ D'acord amb aquest Codi: «*El deudor, si así lo solicitara en el momento de pedir la dación en pago, podrá permanecer durante un plazo de dos años en la vivienda en concepto de arrendatario, satisfaciendo una renta anual del 3 por cien del importe total de la deuda en el momento de la dación. Durante dicho plazo el impago de la renta devengará un interés de demora del 20 por cien.*».

Càritas, en el document abans esmentat, ha "celebrat" el codi, però l'ha considerat "insuficient", propugnant, per exemple, una espècie de mini FROB per ajudar a les famílies sobreendeutades.

³⁰ Podeu consultar-les [aquí](#).

³¹ Art. 87.3 Constitució, Llei orgànica 3/1984, de 26 de març, reguladora de la iniciativa legislativa popular. Una descripció de les passes donades per promoure reformes legislatives en aquesta matèria es pot trobar [aquí](#).

³² La més actual iniciativa és la [Proposición de ley de regulación de la dación en pago, de paralización de los desahucios y de alquiler social](#) impulsada per [CCOO-Catalunya](#), [CONFAVC](#), [Observatori DESC](#), [Plataforma de Afectados por la Hipoteca](#), [Taula del Tercer Sector](#) i [UGT de Catalunya](#).

³³ En el sentit d'analitzar els pros i contres que una modificació d'aquest tipus tindria (per exemple, restricció del crèdit vs. protecció deutors, etc.). També, des d'aquesta perspectiva d'oportunitat política, s'ha plantejat una reforma de la legislació concursal que permeti la seva aplicació a les persones físiques amb aquesta mena de problemes. Vegeu: DE LA RÚA NAVARRO, A.M. «[Dación en pago en ejecución hipotecaria](#)», p. 15. Text de la *Jornada sobre la hipoteca, ejecución hipotecaria y dación en pago*, València 26.01.2012, organitzades pel Sindicato de Secretarios Judiciales (SISEJ), el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de la Comunitat Valenciana, el Colegio Notarial de València i la Asociación Valenciana de Consumidores y Usuarios.

lloguer susciten, al menys dues qüestions tècniques jurídiques d'abast constitucional. Es tracta de la possible inconstitucionalitat per retroactivitat prohibida per l'art. 9.3 de la Constitució³⁴ i de la capacitat legislativa per imposar al propietari de l'habitatge l'arrendament d'aquest a l'antic deutor.

Pel que fa a la primera, algunes veus han plantejat la impossibilitat de regular la dació en pagament en execució hipotecària amb caràcter retroactiu.³⁵ La qüestió crucial, menys simple del que pugui semblar, és saber si l'afectació per una possible reforma legal de contractes de préstec o de crèdit existents abans d'aquesta, i encara en execució després del canvi normatiu, suposaria o no retroactivitat (recordem que l'art. 2.3 del Codi Civil permet a les lleis tenir efectes retroactius, si així ho disposen) i, si ho fos, si el legislador estaria limitat per l'art. 9.3 de la Constitució en imposar-los la dació en pagament. En tot cas, cal tenir en compte, en relació amb aquest precepte que, com ha dit el Tribunal Constitucional, «*nada impide constitucionalmente al legislador dotar a la Ley del ámbito de retroactividad que considere oportuno, entre otras razones, porque la interdicción absoluta de cualquier tipo de retroactividad conduciría a situaciones de congelación o petrificación del ordenamiento jurídico, consecuencias contrarias a “la concepción que fluye” del apartado 2º del mismo artículo 9*» (sentència 6/1983, FJ 3).

Segons la nostra opinió, d'acord amb la jurisprudència del Tribunal Constitucional existent, seria possible considerar aquesta imposició una retroactivitat “impròpia” no autèntica, ja que afectaria a les relacions jurídiques no concloses encara i no a relacions jurídiques ja consagrades i esgotades. Per això, la resistència d'aquestes relacions jurídiques derivades dels esmentats contractes a la reforma normativa seria menor que si es tractés d'un supòsit de retroactivitat autèntica, «*debiendo reconocérsele al legislador un amplio margen de libertad en la constatación de la concurrencia de circunstancias concretas y razones que aconsejan la modificación del ordenamiento jurídico, y en la ponderación de las exigencias de la seguridad jurídica*» (FJ 18 de la sentència del Tribunal Constitucional 112/2006.)³⁶

En conseqüència, una futura reforma normativa podria incidir sobre contractes preexistents, en els quals encara no s'hagués tancat el cicle negocial o contractual, supòsit de retroactivitat “impròpia”, no autèntica, sense vulnerar l'art. 9.3 CE. De fet, no estariem aquí davant de retroactivitat, si no en un supòsit on es produeix «*eficacia inmediata de la norma vigente, que se proyecta sobre hechos, actos o situaciones*

³⁴«3. La Constitució garanteix el principi de legalitat, la jerarquia normativa, la publicitat de les normes, la irretroactivitat de les disposicions sancionadores no favorables o restrictives de drets individuals, la seguretat jurídica, la responsabilitat i la interdicció de l'arbitrarietat dels poders públics».

³⁵ Així, vegeu, per exemple, l'anàlisi de la Registradora de la Propietat DE LA RÚA NAVARRO, A.M. «[Dación en pago en ejecución hipotecaria](#)», p. 10. Text de la *Jornada sobre la hipoteca, ejecución hipotecaria y dación en pago*, València 26.01.2012, organitzades pel Sindicato de Secretarios Judiciales (SISEJ), el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de la Comunitat Valenciana, el Colegio Notarial de Valencia i la Asociación Valenciana de Consumidores y Usuarios, consultable a; o l'opinió expressada en la premsa per un advocat espanyol d'un despatx multinacional de gran anomenada [aquí](#).

³⁶ Es tracta d'una sentència que coneixia de la incidència d'una llei (la 21/1997) sobre contractes privats celebrats entre clubs, societats esportives i entitats interessades a retransmetre amb exclusivitat esdeveniments esportius. Aquesta exclusivitat pactada prèviament estava afectada per la prohibició legal posterior d'exclusivitat en la retransmissió.

Aquesta sentència també va descartar que s'estigués davant d'un supòsit d'expropiació legislativa del dret de propietat de les parts contractants, ja que es tractava d'una regulació basada en la funció social de la propietat (FJ 20).

En relació amb convenis col·lectius vigents afectats per l'entrada d'una llei posterior, vegeu la STC 210/1990, FJ 3, que nega també que l'art. 9.3 ho impedeixi.

*actuales y futuros, no anteriores a su entrada en vigor, aunque sea en ejecución de relaciones nacidas anteriormente».*³⁷

És evident que la regla del *pacta sunt servanda* (art. 1091 del Codi Civil) és una expressió del “principi de seguretat jurídica”, però no ho és menys l'àmplia discrecionalitat política constitucionalment admissible que ha de tenir el legislador per poder protegir els interessos generals -vinculats amb la protecció del dret constitucional a l'habitatge, lligat a altres drets fonamentals, com el dret a la intimitat o el dret a la ciutat, ja esmentat- introduint aquelles modificacions normatives precises, com a expressió del principi inherent, també ben conegut per doctrina i jurisprudència, a la clàusula *rebus sic stantibus*,³⁸ en servei del mandat de l'art. 9.2 de la Constitució.³⁹ Aquesta vinculació d'una possible reforma amb diversos drets constitucionals i aquest darrer precepte permetrien afirmar la inexistència d'arbitrarietat prohibida constitucionalment i la validesa del resultat que el legislador fes en relació amb la *ponderació* amb la seguretat jurídica, en cas que es decidís per la reforma normativa.

Pel que fa al segon aspecte esmentat, la possibilitat d'imposar legalment l'arrendament de l'habitatge a l'antic deutor, partint de la base que caldria fer-se per llei (per complir la reserva legal de l'art. 33 de la Constitució sobre la propietat) estatal (per complir el repartiment competencial constitucional, art. 149.1.8), el dubte es podria suscitar sobre si és possible constitucionalment aquesta imposició i en quins termes. Segons la nostra opinió, seria possible sostenir que aquesta imposició legal, sempre que impliqui el manteniment del valor econòmic de la propietat mitjançant una retribució en concepte de lloguer, partint del concepte de funció social de la propietat de l'article 33.2 de la Constitució, la qual *delimita* el dret de propietat i *no implica expropiació* ni, per tant, necessitat de pagament de compensació per part del legislador (art. 139 de la Llei 30/1992 i legislació expropiatòria: ni en concepte de responsabilitat patrimonial ni en concepte de preu just).

Abonaria aquesta interpretació la jurisprudència del Tribunal Constitucional sobre l'abast de la funció social de la propietat (segons la important sentència 37/1987, de 26 de març), aplicada en l'àmbit de la propietat urbana per la rellevant sentència del mateix Tribunal Constitucional 89/1994. En aquesta sentència, qüestionada la regulació de la LAU de la pròrroga forçosa de contractes d'arrendaments, el Tribunal va afirmar que aquesta era una decisió que entrava dins l'esfera de la discrecionalitat política del

³⁷ VAQUER, M. *La eficacia territorial y temporal de las normas*. Tirant Lo Blanc, 2011, p. 83.

³⁸ Tingueu en compte, sobre aquesta clàusula, des d'una perspectiva general, la sentència del Tribunal Suprem de 25 de gener de 2007 (RJA 592), i la Sentència del Tribunal Constitucional de 210/1990, de 20 de desembre, FJ 3, en relació amb convenis col·lectius modificats per llei posterior (el que és considerat respectuós amb l'art. 9.3 de la Constitució, ja que no hi hauria retroactivitat quan «una ley regula de manera diferente y pro futuro situaciones jurídicas creadas con anterioridad a su entrada en vigor y cuyos efectos no se han consumado» atès que “no es retroactiva una Ley porque se aplique inmediatamente desde su entrada en vigor”, sense que es vulneri el principi de seguretat jurídica “porque el legislador lleve a cabo modificaciones en las normas legales, que entran en el ámbito de la potestad legislativa, que no puede permanecer inerte o inactiva ante la Realidad social y las transformaciones que la misma impone; modificaciones que obviamente incidirán en las relaciones o situaciones jurídicas preexistentes» i assenyalant que si l'equilibri intern del conveni ha estat substancialment alterat per la promulgació de la llei posterior, això no tindria com a efecte la invalidació o inaplicació de la llei, sinó la readaptació d'aquest, amb la qual cosa qui al·legui hauria de provar la clàusula *rebus sic stantibus*, el canvi absolut i radical de les circumstàncies). En l'àmbit de la dació en pagament en relació amb aquesta clàusula, vegeu la sentència del jutjat de primera instància i instrucció número 3 d'Arenys de Mar de 22 de febrer de 2012.

³⁹ Correspon als poders públics de promoure les condicions per tal que la llibertat i la igualtat de l'individu i dels grups en els quals s'integra siguin reals i efectives; remoure els obstacles que n'impedeixin o en dificultin la plenitud i facilitar la participació de tots els ciutadans en la vida política, econòmica, cultural i social.

legislador i que no suposava una eliminació del dret de propietat, sinó una expressió de la funció social d'aquest, justificada, entre altres preceptes, pel dret a l'habitatge de l'art. 47 de la Constitució.

D'altra banda, només cal recordar que, com s'ha dit abans, el Reial decret llei 6/2012, de 9 de març, de mesures urgents de protecció de deutors hipotecaris sense recursos, preveu que el deutor, si així ho sol·licita en el moment de demanar la dació en pagament, pot romandre durant un termini de dos anys en l'habitatge en concepte d'arrendatari, satisfent una renda anual del 3 per cent de l'import total del deute en el moment de la dació, essent considerats aquests contractes com de lloguer sota regulació de la vigent LAU (Codi de bones pràctiques de l'annex, 3.c, disposició addicional 2^a).

3.2 La promoció i efectivitat del dret a l'habitatge

Finalment, més enllà de protegir el dret a l'habitatge de persones que ja ocupen un allotjament, la qüestió que queda pendent, i a voltes enfosquida, és el problema persistent de la manca d'allotjament assequible o, per utilitzar les paraules del document esmentat de Càritas: *«Que, en consecuencia, el problema que hoy afecta a España no es sólo un problema de solvencia de las familias sino un verdadero problema de política de vivienda y de oferta de vivienda de alquiler a precios sociales.»*

I aquest problema només limitadament es pot afrontar des del mercat, per les parts privades que hi participen i sense acudir a algun grau d'intervenció pública i tècniques de dret públic en garantia de l'interès general i dels drets dels ciutadans. S'ha de tenir present, a més, que els problemes existents en relació amb l'allotjament de les persones no han desaparegut i que, al costat de la qüestió de la protecció de les famílies sobreendeutades, continuen damunt de la taula aspectes com l'obsolescència del parc d'habitatges, l'infrahabitatge, l'habitatge buit, l'habitatge sobreocupat, la segregació urbana o l'assetjament immobiliari, ja esmentats.

3.2.1 Límits jurídics a les "retallades" pressupostàries

La situació econòmica fa que les polítiques públiques basades en el foment de l'activitat privada i les ajudes en matèria d'habitatge (ajuts a promotors, a llogaters que no poden satisfer el pagament del lloguer, etc.), que no han estat mai gaire espectaculars, caiguin ara a nivells encara més baixos, en el marc de l'objectiu d'estabilitat pressupostària fixat ara constitucionalment.⁴⁰ Davant d'aquesta situació, quina

⁴⁰ «Article 135

»1. Totes les administracions públiques adequaran les seves actuacions al principi d'estabilitat pressupostària.

»2. L'Estat i les comunitats autònomes no podran incórrer en un dèficit estructural que superi els marges establerts, si s'escau, per la Unió Europea per als seus Estats membres.

»Una llei orgànica fixarà el dèficit estructural màxim permès a l'Estat i a les comunitats autònomes, en relació amb el seu producte interior brut. Les entitats locals hauran de presentar equilibri pressupostari.

»3. L'Estat i les comunitats autònomes hauran d'estar autoritzats per llei per emetre deute públic o contraure crèdit.

Els crèdits per satisfer els interessos i el capital del deute públic de les administracions s'entendran sempre inclosos en l'estat de despeses dels seus pressupostos i el seu pagament gaudirà de prioritat absoluta. Aquests crèdits no podran ser objecte d'esmena o modificació, mentre s'ajustin a les condicions de la llei d'emissió.

»El volum de deute públic del conjunt de les administracions públiques en relació amb el producte interior brut de l'Estat no podrà superar el valor de referència establert en el Tractat de Funcionament de la Unió Europea.

»4. Els límits de dèficit estructural i de volum de deute públic només podran superar-se en cas de catàstrofes naturals, recessió econòmica o situacions d'emergència extraordinària que escapin al control de l'Estat i perjudiquin considerablement la situació financera o la sostenibilitat econòmica o social de l'Estat, apreciades per la majoria absoluta dels membres del Congrés dels Diputats.

resposta ens pot oferir el dret? Pot el legislador o el poder executiu prendre qualsevol decisió de qualsevol manera “retallant” les prestacions associades al dret a l’habitatge? La resposta jurídica és que no, donada l’existència de límits jurídics *materials* i relatius a com s’adopten aquest tipus de decisions.⁴¹

Des d’una perspectiva “material”, partint de la dificultat de sostenir, com ha intentat fer una part de la doctrina alemanya, la irreversibilitat jurídica de les conquestes socials,⁴² la doctrina i la jurisprudència europea actual⁴³ està fent un esforç per afirmar i determinar l’existència d’un mínim essencial o vital dels drets (entre ells, el d’habitatge) que seria intocable pel legislador i pel poder executiu, encara que s’al·leguessin raons vinculades amb els criteris d’eficiència i economia en l’ús dels recursos públics (previstos a l’art. 31 de la Constitució), que trobarien un límit en aquest nucli mínim associat a prestacions vitals connectades, en definitiva, amb la dignitat de les persones (valor previst a l’art. 10.1 de la Constitució).⁴⁴

Recordem que el Tribunal Suprem s’ha referit en alguna ocasió a la connexió entre habitatge i dignitat, com per exemple en la STS de 27 de juny de 2006 (RJ 20065973), en la qual, acceptant fonaments de dret de la sentència apel·lada, es diu que la regulació actual dels patrimonis públics de sòl respon a l’art. 47 CE «i s’encamina a donar resposta al greu problema actual de l’habitatge, que constitueix l’espai necessari per poder desenvolupar drets fonamentals com el de la intimitat personal i familiar i el de dignitat de la persona».⁴⁵

»5. Una llei orgànica desenvoluparà els principis a què es refereix aquest article, així com la participació, en els procediments respectius, dels òrgans de coordinació institucional entre les administracions públiques en matèria de política fiscal i financera. En tot cas, regularà:

»a) La distribució dels límits de dèficit i el deute entre les diferents administracions públiques, els supòsits excepcionals de superació d’aquests i la manera i el termini de correcció de les desviacions que sobre l’un i l’altre puguin produir-se.

»b) La metodologia i el procediment per al càlcul del dèficit estructural.

»c) La responsabilitat de cada administració pública en cas d’incompliment dels objectius d’estabilitat pressupostària.»

⁴¹ Sobre el que aquí exposem, vegi’s amb més detall PONCE SOLÉ, J. *El Derecho y la (i)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*. INAP, 2013 (en premsa).

⁴² Vegeu, per tots, PAREJO ALFONSO, L. «El Estado social Administrativo: Algunas reflexiones sobre la “crisis de las prestaciones” y los servicios públicos», *Revista de Administración Pública*, núm. 153, setembre-desembre de 2000, p. 217 i seg.

⁴³ Vegeu a Espanya, per exemple, CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L., «Derechos fundamentales socio-económicos y prestaciones esenciales». *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*. Vol. 1. Saragossa: El Justicia de Aragón, 2008, p. 377 i seg.

⁴⁴ «1. La dignitat de la persona, els drets inviolables que li són inherents, el lliure desenvolupament de la personalitat, el respecte a la llei i als drets dels altres són fonament de l’ordre polític i de la pau social.»

Com és conegut, la vinculació amb la dignitat de la persona ha estat també el paràmetre que ha fet servir el Tribunal Constitucional per reconèixer quins drets han de ser gaudits pels estrangers a Espanya en tot cas. Per totes, STC 107/1994, FJ 3:

«Esta configuración puede prescindir de tomar en consideración, como dato relevante para modular el ejercicio del derecho, la nacionalidad o ciudadanía del titular, produciéndose así una completa igualdad entre españoles y extranjeros, como la que efectivamente se da respecto de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano o, si se rehuye esta terminología, ciertamente equívoca, de aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución, constituye fundamento del orden político español. Derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc., corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles.»

⁴⁵ No hi ha dubte que el gaudi d’un allotjament digne i adequat és una condició necessària, encara que no suficient, és clar, perquè pugui parlar-se de la dignitat d’una persona. En altres constitucions europees es lliga directament habitatge i dignitat. És el cas, per exemple, de la Constitució belga de 1994, l’art. 23 de la qual lliga el dret de tots a gaudir d’una vida digna amb la garantia dels drets econòmics, socials i culturals, amb cita expressa del dret a un allotjament decent. D’igual manera a França, malgrat el silenci

En la doctrina, per exemple SÁNCHEZ MORÓN, en referència a l'art. 47 de la Constitució, ha assenyalat que els serveis públics vinculats als drets constitucionals (com ho és l'habitatge, per cert, art. 4 de la Llei del dret a l'habitatge) «no pueden ser suprimidos por el legislador ni reducidos a un mínimo incompatible con su finalidad sin infringir la Constitución».⁴⁶

En la jurisprudència del Tribunal Constitucional espanyol, la sentència 37/1994, de 10 de febrer, ha utilitzat, en relació amb el dret de l'art. 41 de la Constitució i el servei públic vinculat de Seguretat Social, la institució de la garantia institucional, assenyalant que (FJ 3):

«b) El art 41 C.E. impone a los poderes públicos la obligación de establecer —o mantener— un sistema protector que se corresponda con las características técnicas de los mecanismos de cobertura propios de un sistema de Seguridad Social. En otros términos, el referido precepto consagra en forma de garantía institucional un régimen público “cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales. estableciendo... un núcleo o reducto indisponible por el legislador” (STC 32/1981, fundamento jurídico 3.º). de tal suerte que ha de ser preservado “en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar” (STC 26/1987 fundamento jurídico 4.º y 76/1988, fundamento jurídico 4.º).

c) Salvada esta indisponible limitación. el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de Seguridad Social es un derecho de estricta configuración legal disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema. en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél (SSTC 65/1987, fundamento jurídico 17, entre otras).»

En la jurisprudència europea, és destacable la sentència núm. 304 de l'any 1994 del Tribunal Constitucional italià, la qual, en referència al dret al tractament sanitari de la Constitució italiana, assenyalava que els criteris d'eficiència i economia estan limitats en el “nucli essencial” del dret a la salut:

«Come si è precedentemente ricordato, questa Corte ha ripetutamente affermato che nel bilanciamento dei valori costituzionali che il legislatore deve compiere al fine di dare attuazione al “diritto ai trattamenti sanitari” (art. 32 della Costituzione) entra anche la considerazione delle esigenze relative all'equilibrio della finanza pubblica. Non v'è dubbio che, se queste ultime esigenze, nel bilanciamento dei valori costituzionali operato dal legislatore, avessero un peso assolutamente preponderante, tale da comprimere il nucleo essenziale del diritto alla salute connesso all'inviolabile dignità della persona umana, ci si troverebbe di fronte a un esercizio macroscopicamente irragionevole della discrezionalità legislativa.»

El problema subsistent és saber quin seria, en cada cas, aquest mínim essencial vital de prestacions. La determinació d'aquest de manera clara i explícita per la normativa i mitjançant Cartes de Serveis ajudaria a identificar-lo. A manca de precisió explícita, correspondrà als ens públics que treballin en la defensa dels drets (per exemple, *ombudsmen*), així com també a les organitzacions socials, la contribució a la seva precisió i als ciutadans la reacció enfront suposades vulneracions i, si s'escau, arribar a la via judicial per establir jurisprudència, la qual “complementa l'ordenament jurídic” (art. 1 Codi Civil).

constitucional sobre habitatge, el *Conseil Constitutionnel*, en la seva decisió de 19 de gener de 1995, ha establert una connexió directa entre l'habitatge com un “objectiu de valor constitucional” i la dignitat de la persona.

⁴⁶ SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho Administrativo. Parte General*. 7a edició. Madrid: Tecnos, 2011, p. 780.

Tanmateix, al costat de la “resiliència” als atacs d’aquest nucli dels drets, fins i tot del legislador, hi ha també límits materials a les decisions del poder legislatiu i executiu relatives a “retallades” que afecten els drets, entre els quals el dret a l’habitatge. Així, d’acord amb la jurisprudència del Tribunal Constitucional i Suprem existent, les decisions no podran ser arbitràries per manca de motivació o explicació no racional (STC 38/1981),⁴⁷ ni discriminatòries (fins i tot per omissió, STC 45/1989, de 20 de febrer, FJ 4), ni podran vulnerar el principi de seguretat jurídica i el de confiança legítima (STC 27/1981, FJ 9 i STS de 15 de novembre de 1999)⁴⁸ ni ser desproporcionades, en adoptar alternatives que no siguin les menys restrictives

⁴⁷ Com hem dit abans, la llei d’habitatge de Castella-La Manxa (Ley 1/2011, de 10 de febrero) establia un estàndard temporal per oferir habitatge assequible a qui en tingués necessitat. Aquesta norma ha estat ara derogada per la Ley 1/2012, de 21 de febrero, de *Medidas Complementarias para la Aplicación del Plan de Garantías de Servicios Sociales*, (sorprenent títol, als efectes de la derogació de la norma que ens ocupa) la qual no fa esment del perquè es deroga en cap moment en la seva exposició de motius, el que, com a mínim, pot constituir un indici en relació amb la possible arbitrarietat. Vegeu FERNÁNDEZ, T.R. *De la arbitrariedad del legislador*. Madrid: Civitas, 1998.

⁴⁸ Encara que la jurisprudència del Tribunal Suprem acostuma a ser prudent en l’apreciació d’il·legalitat per aquesta raó. En l’àmbit de l’habitatge, són destacables les sentències de 31 de gener de 2012 i 6 de febrer de 2012, que coneixen de la impugnació del Reial Decret 1730/2010 que modificava el Reial Decret 2066/2008, pel qual es regulava el pla estatal d’habitatge i rehabilitació 2009-2012, en base a la supressió i reducció de subvencions.

Al·legat pels recurrents (Associacions d’empresaris i de promotors respectivament, cal tenir present aquesta dada) el principi de seguretat jurídica, el Tribunal Suprem nega la seva vulneració per la modificació, amb aquests raonaments continguts a la segona sentència:

«Ha de tenerse en cuenta, a estos efectos, que las modificaciones aprobadas traen causa de un notorio empeoramiento, sobrenido después del año 2008, en la situación económica y financiera española y en el mercado de la vivienda o inmobiliario en particular, al que se refiere el preámbulo del Real Decreto 1713/2010:

»“La irrupción en España de las consecuencias de la severa crisis financiera mundial, ha dado lugar a un nuevo escenario en el que, por una parte, se ha hecho más difícil la provisión de la financiación hipotecaria necesaria para el subsector de la vivienda, circunstancia que afecta asimismo al Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012 (en adelante, PEVyR). Por otra parte, se ha hecho imprescindible afrontar un gran esfuerzo de contención y reajuste presupuestario por las Administraciones Públicas, que repercute en todos los ámbitos de la política económica, incluyendo la relativa a la vivienda, en el cual se enmarca el mencionado PEVyR”. El preámbulo del Real Decreto justifica la supresión de otras de las subvenciones estatales “[...] habida cuenta de que la situación actual, con excedentes de suelo edificable y reducciones de sus precios medios, permite dejar de considerar como prioritaria esta modalidad de actuación protegida”.

»En análogos términos se expresaba la memoria del análisis de impacto normativo: al exponer la “oportunidad” de la nueva norma, la inscribía en el “esfuerzo del Estado para reducir el déficit presupuestario [...] adecuándolo al máximo permitido para los países miembros de la Unión Monetaria en el marco de la Unión Europea”. La “necesidad de recortar gastos estatales en materia de vivienda” determinaba, pues, que el Gobierno tuviera que “establecer prioridades”, lo que suponía entre otras medidas la reducción de las cuantías de determinadas subvenciones y la supresión de la ayuda estatal directa a la vivienda.

»No nos corresponde pronunciarnos sobre la oportunidad de las modificaciones aprobadas ni sobre su mayor o menor impacto económico, favorable o desfavorable para un sector u otro, ni sobre el acierto desde la perspectiva de la política económica en su conjunto, sino exclusivamente enjuiciar si el Real Decreto impugnado vulnera o no disposiciones de rango superior. En el desarrollo argumental de la demanda se vierten no pocas afirmaciones sobre aquellos aspectos (criticando, por ejemplo, la supresión de ayudas públicas a la construcción de viviendas cuyo mantenimiento supondría, según la recurrente, que por vía de retorno impositivo directo se ingresara una cuantía mayor que la suprimida) en las que no vamos a entrar. [...]

»Estas alegaciones no pueden ser acogidas. Ante un escenario de profunda crisis financiera, creciente déficit público y necesarios reajustes presupuestarios, situación bien conocida por todos los agentes económicos en los ejercicios 2009 y 2010, no resulta discutible la capacidad normativa —ajustada al rango debido de cada disposición— de que gozan los poderes públicos para reducir o suprimir, a partir de un momento dado (en este caso diciembre de 2010) y respecto del periodo bienal siguiente, las ayudas públicas, con cargo a los presupuestos, otorgables a los diversos sectores productivos o a las empresas y sujetos individuales que hasta entonces se beneficiaban de ellas. No puede oponerse a dicha capacidad normativa la supuesta confianza de los beneficiarios en que se mantendrían sin variaciones, fuera cual fuera el escenario económico, y en los mismos términos previstos en el año 2008, las subvenciones correspondientes.

»Como acto seguido analizamos, la modificación no ha afectado retroactivamente a los derechos ya reconocidos ni a las ayudas concedidas durante el primer bienio del plan 2009-2012 sino tan sólo a las correspondientes a los posteriores años 2011 y 2012, estableciéndose además una norma transitoria que bajo determinadas condiciones perpetúa, también para estos dos últimos años, el régimen precedente.»

possibles del dret per assolir l'interès general perseguit o generar més perjudicis que beneficis a l'interès general (tests coneguts com de necessitat i de proporcionalitat *strictu sensu*, respectivament, vegeu STC 55/1996 i SSTC 66/1995). Ni, finalment, podran prioritzar indègudament els criteris d'eficiència i economia en la seva ponderació relativa a l'afectació del dret concret (per exemple, STS de 12 de gener de 1973).⁴⁹

Pel que fa a *com s'adopten les decisions públiques* que “retallen” prestacions socials vinculades a drets constitucionals i serveis públics, el mateix principi d'interdicció de l'arbitrarietat exigeix una ponderació curiosa dels fets i interessos implicats en la presa de decisió, que inclou la no afectació d'aquest mínim essencial o vital. Les obligacions derivades del dret internacional exigeixen aquesta ponderació curiosa, d'acord amb l'art. 10.2 de la Constitució, que obliga a interpretar-la d'acord amb els acords internacionals ratificats per Espanya.

En aquest sentit, l'art. 11 del Pacte Internacional de Drets Econòmics, Socials i Culturals, ratificat per Espanya el 13 d'abril de 1977) inclou en el seus arts. 2 i 11 una referència a l'habitatge (i en el cas de l'art. 2 a tots els drets inclosos) que condiciona la interpretació de l'art. 47 de la Constitució i del 26 de l'Estatut.

L'art. 11 assenyala que:

«Artículo 11

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.»

Mentre que l'art. 2 estableix que:

«Artículo 2

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.»

A la primera sentència, en determinar el contingut del principi de seguretat jurídica s'assenyala que:

«O dicho en otros términos, la virtualidad del principio invocado puede suponer la anulación de un acto o norma y, cuando menos, obliga a responder, en el marco comunitario de la alteración (sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento. Sin embargo, el principio de confianza legítima no garantiza la perpetuación de la situación existente; la cual puede ser modificada en el marco de la facultad de apreciación de las instituciones y poderes públicos para imponer nuevas regulaciones apreciando las necesidades del interés general.»

⁴⁹ «[N]i el ahorro de gastos puede inspirar decisoriamente lo que ha de arrancar de mucho más complejas y ponderadas motivaciones del interés público (urbano) al ejercitar las potestades legales en la materia para no incurrir en (...) desviación de poder, que claramente define el art. 83 de la Ley Jurisdiccional.»

Vegeu al respecte, PONCE, J. «Crisis económica, Deberes Jurídicos de Economía y Eficiencia y Derecho Administrativo», a BLASCO ESTEVE, A. [El Derecho Público de la Crisis Económica. Transparencia y Sector Público. Hacia un Nuevo Derecho Administrativo](#). INAP, 2010.

El Comitè de Drets Econòmics, Socials i Culturals, organisme encarregat de supervisar el compliment d'aquest pacte, ha destacat en la seva *Observació General número 3* de 1990 que:

«Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga.»

Aquestes obligacions derivades de pactes internacionals es completen, a més, per les exigències derivades dels principis constitucionals de bona administració (principalment, del principi d'interdicció de l'arbitrarietat de l'art. 9.3 i el d'objectivitat de l'art. 103 CE) i per les obligacions associades al dret legal de bona administració, previst ara als arts. 30 de l'Estatut, ja esmentat, i 22 de la Llei catalana 26/2010.⁵⁰ El dret a una bona administració fa que tota decisió que adopti el poder executiu amb incidència sobre drets com ara el d'habitatge sigui resultat d'un procediment administratiu previ, en el qual es ponderi adequadament aquesta incidència i possible afectació d'aquest mínim vital o essencial i que la decisió tingui un sòlid fonament en l'expedient administratiu i una motivació suficient, congruent i racional. Decisió que si és normativa, haurà d'ajustar-se als principis de bona regulació previstos a la Llei d'economia sostenible 2/2011 (arts. 4 i seg.)⁵¹ i a la regulació que la Llei 26/2010 fa de l'elaboració de reglaments autonòmics (arts. 61 i seg. de la Llei 26/2010).

Si les decisions referides a “retallades” de prestacions vinculades al dret i al servei públic de l'habitatge (o a altres drets, per cert) vulneren alguns d'aquests límits i orientacions constitucionals i legals, seran il·legals. En definitiva, el que pretén l'ordenament jurídic actual és una ponderació curosa, amb

⁵⁰ «Article 22

»Dret a una bona administració

»1. El dret dels ciutadans a una bona administració inclou:

»a) El dret que l'actuació administrativa sigui proporcional a la finalitat perseguida.

»b) El dret a participar en la presa de decisions i, especialment, el dret d'audiència i el dret a presentar al·legacions en qualsevol fase del procediment administratiu, d'acord amb el que estableix la normativa aplicable.

»c) El dret que les decisions de les administracions públiques estiguin motivades, en els supòsits establerts legalment, amb una referència succinta als fets i als fonaments jurídics, amb la identificació de les normes aplicables i amb la indicació del règim de recursos que escaigui.

»d) El dret a obtenir una resolució expressa i que se'ls notifiqui dins del termini legalment establert.

»e) El dret a no aportar les dades o els documents que estiguin en poder de les administracions públiques o dels quals aquestes puguin disposar.

»f) El dret a conèixer en qualsevol moment l'estat de tramitació dels procediments en què són persones interessades.

»2. Les administracions públiques de Catalunya han de fomentar la participació ciutadana en les actuacions administratives de llur competència, per tal de recollir les propostes, els suggeriments i les iniciatives de la ciutadania, mitjançant un procés previ d'informació i debat.»

⁵¹ «Artículo 4. Principios de buena regulación aplicables a las iniciativas normativas de las Administraciones Públicas.

»1. En el ejercicio de la iniciativa normativa, el conjunto de las Administraciones Públicas actuará de acuerdo con los principios de necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia. En la iniciativa normativa quedará suficientemente justificada la adecuación a dichos principios.»

participació pública informada i presa en consideració, i una justificació suficient de les retallades, com a obligacions jurídiques exigibles als poders públics, si s'escau, en via judicial.⁵²

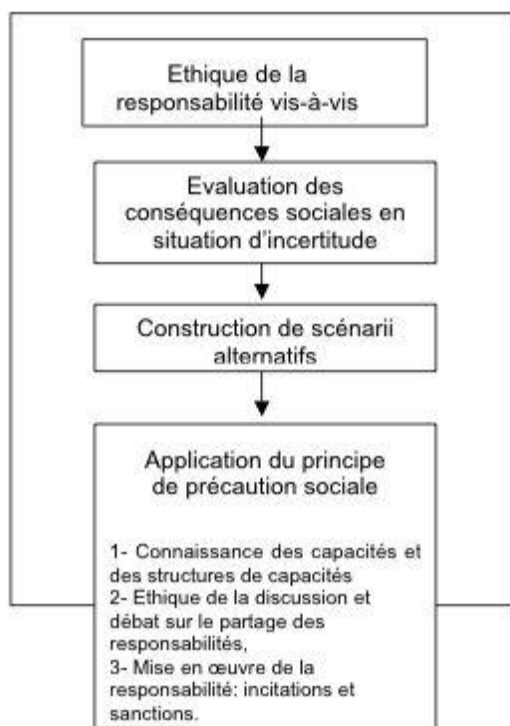
3.2.2 Noves possibilitats derivades de les regulacions urbanístiques i la col·laboració publicoprivada

Però, com ja hem argumentat repetidament, la promoció del dret a l'habitatge no es fa únicament, ni a vegades prioritàriament, amb inversió de cabdals públics. Són possibles i desitjables *polítiques públiques regulatòries*, basades en la funció social de la propietat privada, que permetin desenvolupaments urbanístics (en nou trossos de ciutat i, sobretot ara, en la ciutat ja construïda, és a dir, en sòl urbanitzable o urbà no consolidat) i alhora generació d'habitatges assequibles per fer efectiu el dret a la ciutat i el dret a l'habitatge. Ara bé, cal conèixer les possibilitats jurídiques i aplicar una voluntat decidida per al desenvolupament d'aquestes polítiques públiques.

A més, aquestes polítiques públiques, mitjançant el planejament urbanístic, poden ser completades amb l'exploració de les possibilitats de la col·laboració publicoprivada per construir i gestionar habitatge assequible. Sembla haver-hi una rara unanimitat en la importància d'aquesta col·laboració, com a expressió

⁵² Un pas més que el nostre ordenament jurídic encara no ha adoptat seria el d'establir un "principi de precaució social", anàleg al principi de precaució ambiental ja conegut, derivat del principi de desenvolupament sostenible social, i la inclusió, en el cas d'afectació de drets socials, de la necessitat d'una "avaluació d'impacte social" (similar a l'avaluació d'impacte ambiental, ben coneguda). La combinació de les dues tècniques, si s'introduïssin en el nostre dret seria la necessitat que els poders públics analitzessin els riscos socials de qualsevol disminució en el nivell de prestacions de drets socials i se n'imposés la paralització, en cas de dubte, sobre l'afectació negativa dels mínims vitals o assistencials associats a aquests.

En aquesta línia, Jérôme BALLEET, Jean-Luc DUBOIS i François-Régis MAHIEU, insisteixen en aquesta idea en el seu treball «[A la recherche du développement socialement durable: concepts fondamentaux et principes de base](#)», [en línia] a *Développement durable et territoires*. Vol. 3: *Les dimensions humaine et sociale du Développement Durable*. 22 de juny de 2004. [Consulta: 1 de juliol de 2011], utilitzant aquest esquema:



del nou paradigma de la governança, de la necessitat de controlar el dèficit públic i d'atreure capital i *know how* privat i relançar el sector immobiliari.⁵³

De fet, se situen en aquesta línia de col·laboració publicoprivada l'interès per la figura de la propietat compartida, com a figura inclosa dins de les anomenades *tinences intermèdies* (juntament amb la propietat temporal), ja prevista a l'art. 71 de la llei del dret a l'habitatge, modificat ara,⁵⁴ i que no és cap altra cosa que la posada en joc de la regulació històricament existent de les comunitats de béns (art. 392 i seg. del Codi Civil).

Dit això, en termes generals, volem, per acabar, avançar una passa més i oferir alguns suggeriments tècnics sobre com articular les polítiques públiques reguladores i de col·laboració publicoprivada per generar habitatge assequible estable i avançar en la bona administració del servei públic d'habitatge.

Pel que fa a l'àmbit regulador, la utilització del planejament urbanístic ha de permetre obtenir sòl i sostre edificable per habitatges assequibles, bé siguin de protecció oficial, bé siguin dotacionals. En el primer cas, la legislació dona cobertura normativa perquè el planejament urbanístic estableixi una proporció de sòl edificable per habitatge protegit en operacions urbanes en sòl consolidat (art. 17.3 de la llei catalana del

⁵³ Des de la perspectiva europea, la postura del Comitè de les Regions és totalment favorable a aquesta col·laboració, com es pot comprovar al seu dictamen de 2007 sobre «[Política de vivienda y política regional](#)».

També és d'interès el seu dictamen de 2012 «[Hacia una agenda europea de vivienda social](#)».

En l'àmbit polític, és destacable la proposició no de llei al congrés del grup parlamentari català el 2009: «*para impulsar la creación de una gran parque de viviendas de alquiler a precios asequibles, mediante sistemas de colaboración público-privada*», que va donar lloc a un [acord del Congrés dels Diputats](#).

D'igual manera, tant el [Pacte Nacional de l'Habitatge](#) (vegeu p. 47) com el Pla de Govern de la Generalitat de Catalunya 2011-2014, eix 6.7, p. 60 («Col·laborar amb la iniciativa privada per a facilitar la construcció d'un parc d'habitatges de lloguer a preu reduït») destaquen la necessitat d'aquesta col·laboració publicoprivada i, per tant, el possible paper dels habitatges dotacionals.

⁵⁴ La versió modificada vigent és aquesta:

«*Article 71. Propietat compartida*

- »1. Als efectes d'aquesta llei, s'entén per propietat compartida cadascuna de les formes d'accés a l'habitatge protegit intermèdies entre el lloguer i la propietat que impliquen la transmissió a l'adquirent del domini d'una part de l'habitatge i la retenció de la resta per part d'una tercera persona.
- »2. La figura de la propietat compartida pot implicar o no la transmissió futura o progressiva i per fases a l'adquirent del ple domini sobre l'habitatge.
- »3. A la part de l'habitatge no transmesa, es poden aplicar els corresponents ajuts protegits per al lloguer, segons el que estableixin les disposicions reguladores dels ajuts per a aquestes tipologies d'habitatge.
- »4. Les administracions públiques poden participar en l'adquisició de propietats compartides.»

La versió anterior era aquesta:

«*Article 71. Contractes de copropietat*

- »1. L'Administració de la Generalitat o, subsidiàriament, qualsevol administració de caràcter local o supramunicipal, per a incrementar les possibilitats d'accés a l'habitatge dels joves de menys de trenta-cinc anys, les famílies nombroses i les persones amb discapacitat, entre d'altres, pot establir contractes de copropietat amb particulars com a ajuda a la compra d'un habitatge destinat a residència habitual i permanent.
- »2. L'aportació de les administracions públiques com a ajuda a la compra que figuri en els contractes de copropietat no pot superar el 20% del cost de l'habitatge.
- »3. Els beneficiaris dels ajuts dels contractes de copropietat poden comprar en qualsevol moment la part de propietat de la Generalitat i, en tot cas, tenen l'obligació de fer-ho en el moment en què vulguin transmetre la propietat. En el moment de la venda, la Generalitat té un dret preferent de compra pel preu del valor escripturat més els interessos financers, tenint en compte la inflació.
- »4. El preu màxim, el règim jurídic i les condicions de transmissió dels habitatges de copropietat s'han d'establir per reglament.»

dret a l'habitatge)⁵⁵. En aquest cas, la limitació de la discrecionalitat municipal per raó d'interessos supralocals (com disposar d'habitatge assequible suficient i no segregat), la potenciació del règim de tinença temporal dels usuaris d'habitatges (per exemple, lloguer), el manteniment estable de la qualificació de l'habitatge com a protegit en vinculació al servei d'interès general d'habitatge i dels diversos usuaris presents i futurs que l'utilitzin i l'enfocament de les adjudicacions en qui realment tingui una necessitat d'habitatge assequible, són elements crucials d'una política pública adequada. Malauradament, la regulació que hi ha a casa nostra no sembla avançar en la direcció proposada, en retirar les limitacions municipals, potenciar la compra d'habitatges, tendir a reduir la qualificació com a habitatge protegit i pretendre permetre la compra d'un habitatge quan ja es gaudeix d'un de protegit, com hem vist.

En el segon cas, la legislació també dóna cobertura a les reserves de sòl precises amb aquesta finalitat (art. 18 de la llei catalana del dret a l'habitatge, modificat, com ja sabem, reduint l'obligació a només certs municipis)⁵⁶.

La potenciació mitjançant la regulació dels plans d'urbanisme —delimitant el dret de propietat per raó de la funció social de la propietat al servei del dret a l'habitatge— de les reserves d'habitatge assequible en connexió amb la renovació urbana, a la qual ara al·ludeixen diverses normes estatals,⁵⁷ hauria de permetre anar incrementant un parc estable d'habitatge assequible, vinculat al servei d'habitatge i als usuaris d'aquest. A més, no cal oblidar el paper que el parc de sòls i habitatges en poder de la SAREB hi podria tenir en la provisió d'habitatge assequible (es tracta com és sabut de la societat de gestió d'actius procedents de la reestructuració bancària, vegeu el Reial decret llei 24/2012, de 31 d'agost, de reestructuració i resolució d'entitats de crèdit). El Síndic de Greuges de Catalunya ha recomanat, en aquest sentit, «Destinar a lloguer social el 30% dels immobles obtinguts a baix cost i, per tant, subvencionats per l'Estat, susceptibles de ser destinats a primera residència» i «Cedir aquests immobles destinats a lloguer social a administracions públiques i a entitats socials sense ànim de lucre, en condicions econòmiques que els permetin assumir-ne la gestió i la destinació a lloguer de baix cost a llarg termini» (Actuació d'ofici 07426/2012).

Ara bé, obtingudes les reserves, cal construir i gestionar els habitatges assequibles. En el primer cas, habitatges protegits, la construcció correspondrà al promotor privat i la gestió és assumible per l'Administració, bé sigui directament o indirecta. En el segon cas, habitatges dotacionals, és quan té

⁵⁵ «La qualificació urbanística de sòl que efectui el planejament general pot establir que l'edificació d'ús residencial es destini totalment o parcialment a habitatge amb protecció oficial, tant en el cas de noves construccions com en el de gran rehabilitació dels edificis existents, però ha de respectar el règim jurídic dels habitatges preexistents en els casos en què l'enderroc d'un edifici sigui degut a una operació de substitució amb reallotjament dels mateixos residents. Els plans que continguin aquestes determinacions han d'incorporar un ajornament de l'entrada en vigor, per un termini de dos anys, per a garantir la viabilitat econòmica de les operacions en sòl urbà consolidat que s'hagin concretat prèviament a l'aprovació del pla.»

⁵⁶ «1. Els municipis que estan obligats segons la legislació urbanística a fer reserves per a la construcció d'habitatges amb protecció pública també han de qualificar terrenys i preveure reserves destinades al sistema urbanístic d'habitatges dotacionals públics que estableix la dita legislació, per a satisfer els requeriments temporals de col·lectius de persones amb necessitats d'acolliment, d'assistència residencial o d'emancipació que resultin de la memòria social.»

⁵⁷ Vegeu la Llei 2/2011, d'economia sostenible, arts. 107 i seg. i el Reial decret llei 8/2011 (arts. 17 i seg.).

especial sentit la col·laboració publicoprivada, assajada ja en relació amb d'altres dotacions vinculades a serveis públics (carreteres, hospitals, etc.), però no encara a casa nostra en relació amb l'habitatge.⁵⁸

En aquesta línia, sembla que la utilització dels contractes administratius de concessió d'obra pública i de dret de superfície (perfectament possible sobre béns demaniais, a tenor de l'art. 18 de la Llei del dret a l'habitatge), previstos ara en el Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes del sector públic podrien articular perfectament aquesta col·laboració serien tècniques perfectament plausibles d'articulació de l'esmentada col·laboració.⁵⁹ En l'elaboració d'aquests contractes, caldrà estar amatent a la distribució adequada de riscos entre l'Administració i el promotor privat (per evitar la consideració de la inversió a efectes del sistema de còmput del dèficit públic establert pel sistema de comptabilitat europeu SEC-95)⁶⁰ i al fet que l'operació en termes econòmics permeti un *project finance* que possibiliti al promotor privat obtenir la rendibilitat necessària per obtenir el suport financer necessari.⁶¹

4 Conclusions i propostes

Al llarg de tot aquest recorregut hem vist com, si bé el dret no pot reemplaçar les legítimes decisions polítiques democràtiques ni a les polítiques públiques derivades en matèria d'habitatge (d'igual manera que el control judicial no pot substituir indegudament les decisions polítiques discrecionals dels poders públics, amb invasió de camps funcionals que constitucionalment no li corresponen,⁶²) alhora l'ordenament jurídic

⁵⁸ Vegeu el treball de PONCE, J. «[Els habitatges dotacionals públics a Catalunya. La normativa d'habitatge](#)», presentat en la «[Jornada sobre habitatges dotacionals públics](#)» organitzada per la Diputació de Barcelona el 27 de gener de 2009 sobre habitatges dotacionals.

⁵⁹ El primer, en els arts. 7 i concordants, com a contracte administratiu típic (vegeu un exemple en el Plec de clàusules administratives particulars del contracte de concessió d'obra pública per a la construcció i posterior explotació d'un edifici de 60 habitatges dotacionals a Viladecans, consultable [aquí](#); el segon, com a contracte administratiu atípic, previst en l'art. 19.1, lletra b (vegeu un exemple concret en el plec de clàusules administratives per a l'adjudicació de la constitució de drets de superfície sobre finques de titularitat pública, com a base per a la subsegüent construcció, gestió i explotació d'habitatges dotacionals públics, als termes municipals de Prats de Lluçanès i Sant Hipòlit de Voltregà, consultable [aquí](#)).

Pel que fa al contracte de col·laboració entre el sector públic i el sector privat (art. 11), la previsió de l'art. 11.2 («*Sólo podrán celebrarse contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto, en la forma prevista en el artículo 134, que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas*») i l'existència de les altres fórmules explicades fan que aquest contracte sigui de difícil aplicació.

⁶⁰ L'Eurostat (oficina estadística de la Comissió Europea) ha anat delimitant els supòsits en què una determinada operació computa o no a efectes del dèficit públic, d'acord amb els criteris de comptabilitat pública recollits en el Sistema de Comptes Nacionals i Regionals de la Comunitat Europea (Reglament CE 2223/96 del Consell, de 25 de juny de 1996, conegut com a SEC-95). Cal tenir en compte el *Manual SEC-95 sobre el dèficit públic y la deuda pública* (edició de 2002) elaborat per Eurostat, l'Oficina d'Estadística de la UE.

⁶¹ La cessió de la gestió de locals comercials o del subsòl (per exemple, aparcaments) pot ser d'interès perquè li surtin els números al contractista privat. En aquest àmbit s'han de tenir en compte els arts. 39 LUC, en general, i més específicament l'art. 34 RLUC referit al subsòl en el cas de sistemes urbanístics de titularitat pública. Aquest últim precepte assenyalava que el planejament pot preveure que el subsòl dels sistemes de titularitat pública es destini a usos diferents dels atribuïts al sòl, sempre que siguin compatibles amb la funcionalitat del sistema. Estableix, a més, que a sòl urbà, en àmbits inclosos en polígons d'actuació o plans de millora urbana, el planejament pot decidir que el subsòl del sòl que es destini a sistemes de titularitat pública sigui susceptible d'aprofitament de titularitat privada (destinat a ús d'aparcament, de magatzem, a usos propis dels equipaments o a altres usos admesos pel planejament al subsòl) sempre que sigui necessari per «garantir l'equilibri de beneficis i càrregues derivat de la cessió gratuïta del sòl destinat a nous sistemes de titularitat pública». Aquestes previsions poden facilitar el procés de generació de les HDP i l'articulació de col·laboracions publicoprivades per a la seva construcció i gestió.

⁶² Recordem l'art. 70.2 de la Llei 29/1998, de la jurisdicció contenciosa administrativa:

vigent conté un bon nombre de regles i principis que limiten i orienten la discrecionalitat política i administrativa (no es pot fer qualsevol cosa de qualsevol manera), atès que si no són respectats poden provocar la declaració d'il·legalitat de les decisions dels poders públics (així com la compensació dels danys i perjudicis que hagin pogut provocar).

En aquest sentit, el tercer sector ha de pensar en un “ús alternatiu del dret”, parafrasejant l'expressió que va fer famosa en les darreres dècades del segle passat, en el sentit d'entendre que els mecanismes jurídics de protecció i promoció dels drets socials, com ara l'habitatge, són també rellevants. Tant pel que fa a la legítima pressió per tal que les regles referides a aquests millorin (elaboració del dret) com al control de l'aplicació d'aquestes regles, si s'escau judicialment davant de la jurisdicció contenciosa administrativa.

En aquesta línia, arran d'aquest treball, hem anat desgranant aquestes propostes concretes:

1. És possible i recomanable millorar els estàndards de bona administració en relació amb el servei d'interès general d'habitatge. En aquest sentit, la fixació normativa de temps d'espera i obligacions específiques i l'elaboració de Cartes de Serveis poden permetre l'exigibilitat davant d'incompliments administratius. En tot cas, el funcionament derivat del servei públic d'habitatge que causi danys ja és susceptible en l'actualitat de reclamacions de responsabilitat patrimonial de l'Administració.
2. Seria important la ratificació de la Carta Social Europea revisada de 1996 i del seu Protocol addicional de 1995 per part de l'Estat espanyol. Això permetria una interpretació renovada del dret a l'habitatge i un paper més rellevant del tercer sector en l'impuls d'aquesta.
3. La llei del dret a l'habitatge encara no ha estat objecte d'un desenvolupament complet i ha estat modificada en un 20 % per la Llei 9/2011. Malgrat això, continua lluny d'establir paràmetres clars de bona administració i conseqüències concretes en cas de no proveir d'allotjament assequible a persones amb necessitats dins d'un període de temps determinat. Caldria avançar en aquest camí ja recorregut per altres normatives europees.
4. La situació difícil d'una part dels deutors hipotecaris ha comportat diverses modificacions normatives, així com iniciatives legislatives relatives a l'establiment normatiu de la dació en pagament com a manera de pagar el deute i el lloguer forçós del deutor en l'habitatge. En el primer cas, en els contractes de préstec o crèdit vigents, si s'aprova una modificació normativa en aquest sentit, es pot afirmar que la seva aplicació no implica una retroactivitat prohibida constitucionalment. En el segon cas, la funció social de la propietat constitucionalment establerta donaria cobertura a l'establiment d'obligacions per part dels propietaris de l'habitatge, que no donarien lloc a compensacions, ja que implica una delimitació del dret de propietat.
5. Pel que fa a la promoció i efectivitat del dret a l'habitatge de persones que tenen necessitat d'allotjament assequible, les “retallades” pressupostàries poden suposar vulnerar el dret a l'habitatge (i altres drets) si afecten el nucli vital o essencial del dret, vinculat a la dignitat de la persona (en la determinació del qual el tercer sector hi pot tenir un destacat paper contributiu); si

«Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados.»

vulneren els principis jurídics d'arbitrarietat, igualtat, seguretat jurídica i confiança legítima, proporcionalitat, així com el dret de bona administració, que impliquen una ponderació curosa, amb presa en consideració de la participació ciutadana, dels riscos socials que la reversibilitat en prestacions pot comportar, amb una adequada justificació de les raons que li donen suport.

La participació social i ciutadana pot ajudar que les normes jurídiques administratives siguin de qualitat, respectant els principis de bona regulació, i contribuint-hi durant el seu procediment d'elaboració. En tot cas, és possible, cas de detectar la vulneració dels esmentats límits materials i referits a la manera de prendre la decisió, discutir jurídicament les "retallades".

6. Cal aprofitar les potencialitats de la regulació administrativa que no implica despesa pública per promoure l'efectivitat del dret a l'habitatge, mitjançant el planejament urbanístic i les reserves d'habitatges protegits en sòl urbà consolidat i d'habitatges dotacionals en sòl urbà no consolidat, és a dir, en la ciutat construïda.
7. Cal reafirmar i treballar per a la connexió entre el dret a l'habitatge i el dret a la ciutat, insistint en el fet que per fer realitat el dret a la ciutat caldrà fer efectiu el dret a l'habitatge, així com d'altres drets vinculats als dos anteriors (igualtat i no discriminació, educació i no segregació escolar, llibertat religiosa i no segregació de llocs de culte...). No s'ha de perdre de vista mai la connexió entre habitatge (assequible) i ciutat i entre dret a l'habitatge i altres valors i drets constitucionals (dignitat, intimitat, no discriminació...), el que té efectes en relació amb el tipus de protecció jurídica del dret a l'habitatge (possible recurs d'empara) i els límits de les "retallades" en l'àmbit del servei públic d'habitatge.
8. Cal potenciar la col·laboració publicoprivada en l'àmbit del servei d'interès general de l'habitatge, mitjançant figures com la propietat compartida i la construcció i gestió de parcs d'habitatges assequibles i mitjançant contractes les administracions realitzar inversions sense que computin com a dèficit públic, atreure capital *know how* privat i relançar el sector immobiliari, especialment en operacions de renovació interior, que possibilitin als privats obtenir rendibilitat de l'operació mitjançant finançament del projecte.
9. S'hauria d'aprofitar l'oportunitat històrica de l'existència de la SAREB per a destinar a lloguer social el (com a mínim) «30% dels immobles obtinguts a baix cost i, per tant, subvencionats per l'Estat, susceptibles de ser destinats a primera residència» i «Cedir aquests immobles destinats a lloguer social a administracions públiques i a entitats socials sense ànim de lucre, en condicions econòmiques que els permetin assumir-ne la gestió i la destinació a lloguer de baix cost a llarg termini» tal com ha recomanat el Síndic de Greuges de Catalunya en la seva actuació d'ofici 07426/2012.