

# CRISIS DEL ACTUAL CONCEPTO DE VIVIENDA. ANÁLISIS DE LOS DERECHOS EN CONFLICTO Y OBSERVACIÓN DE ALGUNAS RESPUESTAS OFRECIDAS POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VIGENTE

CRISIS OF THE CURRENT HOUSING CONCEPT. ANALYSIS OF THE  
RIGHTS IN CONFLICT AND OBSERVATION OF SOME RESPONSES  
OFFERED BY THE CURRENT LEGAL SYSTEM

MARÍA M. MENDIGUTÍA ARÉVALO  
*Licenciada en Derecho. Abogada*

**SUMARIO:- RESUMEN.- 1. INTRODUCCIÓN.-2. SOBRE EL  
ACTUAL ESTADO DE LAS COSAS.- 3. CONCEPTO Y EVOLUCIÓN DEL  
DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA SOBRE BIENES INMUEBLES.-  
4. NORMAS PROTECTORAS DEL DERECHO DE ACCESO A LA  
VIVIENDA, RESTRICTIVAS DEL DERECHO DE PROPIEDAD Y LIBRE  
EMPRESA.- 5. CONCLUSIÓN.- 6. BIBLIOGRAFÍA.**

## RESUMEN

El presente artículo trata el proceso de modificación del concepto de vivienda y su mercado debido a la necesidad de dar respuesta a nuevos comportamientos sociales desde la perspectiva jurídica de tres derechos implicados: Derecho de Propiedad Privada, el ejercicio del Derecho de Libertad de Empresa y finalmente, la evolución del Derecho de Acceso a una Vivienda Adecuada, propuesta por las actuales regulaciones.

Este texto analiza el concepto de vivienda dinámico, en el juego de los tres factores considerados: Derechos de Propiedad, Libre Empresa y Derecho de Acceso a una Vivienda Adecuada, en una propuesta en la que el péndulo pudiera estar dirigiéndose en sentido contrario a lo que históricamente se ha reconocido como tal, en el cambio hacia una vida nómada. Esta vez se trataría de un movimiento migratorio de carácter individual, en lugar de oleadas compuestas por población proveniente de un concreto lugar hacia un destino común.

Acertada o no, la premisa, como cambio absoluto de paradigma, lo cierto es que la vocación de permanencia en un lugar para convertirlo en asentamiento permanente, al que llamar hogar y desarrollar en él toda una vida, generación tras generación, hacerlo propio y transmitirlo a los descendientes, está en cuestión en la sociedad y la economía actual y el Derecho debiera dar una respuesta satisfactoria a estas nuevas necesidades.

**PALABRAS CLAVE:** Vivienda, Derecho de Propiedad, Libertad de Empresa, Derecho de Acceso a una Vivienda Adecuada, Mercado Residencial Tensionado, Gran Tenedor, Razón Imperiosa de Interés General.

## 1. INTRODUCCIÓN

El incremento, la facilidad, la frecuencia en las comunicaciones, el gusto por viajar, conocer nuevos lugares como nuevo elemento de la cultura popular, y no sólo reservado a un porcentaje minoritario de la población, desplazamientos de corta duración por trabajo y, finalmente, la deslocalización laboral -tendencia intensificada por la pandemia de Covid19-, es uno más, pero quizás el más novedoso y determinante de los factores que incide en el concepto tradicional de vivienda desde el enfoque de los Derechos denominados Sociales y Económicos. El concepto “vivienda”, de este modo, ha visto alterado uno de sus elementos esenciales, la voluntad de permanencia de quien la ocupa. El hogar familiar permanente es indiscutiblemente una opción, la mayoritaria, pero no la única. Están surgiendo otras formas de vivir, flexibles, que rompen con la idea de “per-

manencia” y “familiar”. Formas que dan solución a necesidades de la población pero que colisionan con una regulación jurídica abundante y restrictiva en aras de proteger un bien jurídico precioso, bandera de los denominados derechos sociales: el Derecho al Acceso a la Vivienda, entendida en su concepción tradicional.

La vocación de permanencia, el asentamiento en un lugar en el que hacer “*la vida*”, es un concepto secular que sufre desde hace años una importante transformación. Los movimientos migratorios son tan viejos como la propia especie. Se cree, por ahora, que el Ser Humano comenzó su proceso de sedentarismo en el mesolítico, hace aproximadamente diez mil años y la causa, parece ser, no fue otra que asegurar sus necesidades vitales: procurarse alimento. Se cree que el Ser Humano se hizo sedentario al comenzar a cultivar la tierra. El final de este proceso se concreta en un símbolo, la ciudad: Luxor, Úbeda, Cholula... ejemplos de ciudades fundadas hace miles de años y habitadas hasta nuestros días.

No hay más que observar algunos distritos municipales de París o determinadas colonias de la Ciudad de México para constatar que un importante porcentaje de la población que ahí habita, no ha nacido ni pretende morir en la vivienda que ocupa. Son nuevos pobladores, que no han llegado para quedarse, o sí, trabajan a distancia, o están desplazados temporalmente, estudian mientras desarrollan trabajos ocasionales, crean negocios que pudieran trasladar a cualquier otra parte del mundo y al mismo tiempo, mantienen la comunicación constante con su comunidad, presente o a miles de kilómetros en cualquier parte del planeta.

## 2. SOBRE EL ACTUAL ESTADO DE LAS COSAS

Al tiempo que lo anteriormente expuesto sucede, la ocupación que la población, tradicionalmente llamada “flotante”, hace de las viviendas, tiene consecuencias claras en el ámbito social, cultural y económico:

1.- *Desplazamiento de la población asentada anterior o tradicionalmente en las viviendas, “población residente”,* que no puede seguir accediendo al uso de éstas, ante el aumento de su valor y de su renta, como consecuencia natural del aumento de la demanda. La gentrificación de las grandes ciudades de todo el mundo ya no es una predicción sino un hecho constatable, en especial en los destinos que, por su clima, interés cultural, oferta gastronómica, seguridad, mejores viviendas, moda... son preferidos por la nueva población nómada.

2.- *Transformación social de los espacios dentro de las ciudades.* Grandes núcleos de determinado interés (cultural, turístico, de seguridad, clima, mejor arquitectura o calidad de las viviendas...) quedan destinados a un uso residencial distinto del de vivienda habitual o permanente. Se incorpora, en ejercicio del derecho

a la libertad de empresa, nuevos, y ya no tan nuevos negocios que cubren la necesidad de alojamiento temporal, o soluciones habitacionales, -la terminología es variada y para todas las ideologías- para una población que demanda el uso de un lugar en el que vivir un tiempo indeterminado, esto es, sin vocación de permanencia, sin el proyecto de toda una vida ligada a un lugar.

3.- *Medidas intensas de protección del Derecho al acceso a la vivienda en zonas denominadas tensionadas o de distorsión del mercado.* Los fenómenos descritos en los anteriores puntos provocan tensión en el mercado de vivienda durante el periodo de ajuste de oferta y demanda. La subida de precios contiene la demanda, puesto que en este caso la oferta es limitada: se trata de espacio, por tanto y como ejemplo, con independencia de cuantas viviendas haya disponibles en la ciudad de Madrid, sólo unos pocos, y en una selección por razones de capacidad económica, pueden acceder a las viviendas ubicadas en el barrio de Salamanca.

El descontento de la población residente en determinadas zonas<sup>1</sup>, debido al aumento de nuevos vecinos temporales, la subida de los precios, tanto de las viviendas, las rentas y también algunos servicios, restaurantes y cafeterías o transportes, ha tenido respaldo en movimientos sociales y en determinadas orientaciones políticas. Esto se ha traducido, en la actualidad, en el desarrollo de una abundante regulación normativa, encaminada a restringir los derechos de propiedad y de libre empresa en beneficio de la protección de derecho al acceso a la vivienda en lugares considerados saturados o tensionados.<sup>2</sup> La intervención regulatoria no está consiguiendo ayudar a reestablecer una situación de equilibrio y pacífica convivencia, existe tensión social.

Las normas urbanísticas, las leyes sobre arrendamiento de vivienda, las que regulan actividades turísticas y hoteleras, reciben la tensión y la necesidad de ajuste proveniente de los conflictos de convivencia en las ciudades.

Los actores en el mercado de la vivienda, incluidos los juristas, observan que la distinción entre usos considerado de servicios como el hotelero, turístico y el residencial, destinado esencialmente a proveer a la población de viviendas, nos guste o no, sea conforme a Derecho o no, se confunden en la vida diaria, sin embargo, la norma es extremadamente rígida en su distinción.

Iniciativas como la limitación de la renta en los arrendamientos en zonas donde el mercado de la vivienda se encuentra “*tensionado*”, sanciones o impuestos a las viviendas no ocupadas, prohibición de arrendamiento con plazos de vigencia breves, prohibición o necesidad de autorización para permitir el uso de viviendas

---

<sup>1</sup> Movimientos contrarios al proceso denominado “*turistización*”, ejemplos: Movimiento “*Turist go home*” o la Red de Ciudades del Sur de Europa frente a la turistización (SETnet).

<sup>2</sup> La Ciudad de Venecia tiene un censo de 50.000 hab aproximadamente, recibe 3 millones de visitantes al año

de determinadas zonas con fines turísticos o restricción de la concesión de habitabilidad a determinadas fórmulas de alojamiento con zonas de uso compartido, son sólo algunas de las drásticas medidas que las distintas administraciones, en los diferentes países, especialmente europeos, están adoptando para tratar de ordenar y procurar la convivencia pacífica, buscando el equilibrio entre los distintos derechos y bienes jurídicos a proteger: acceso a la vivienda, propiedad privada, libertad de empresa...

Para entender cómo hemos llegado a este estado de cosas, resulta útil echar la vista atrás en el concepto de Propiedad Privada, desde su origen hasta las actuales normas regulatorias en el marco del Estado Social y de Bienestar.

### 3. CONCEPTO Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA SOBRE BIENES INMUEBLES

El concepto de propiedad privada, sobre cualquier bien, especialmente la vivienda, es un elemento esencial en la concepción económica y política de cada civilización. Lo que es propio del individuo, lo que no es de los demás, aquello sobre lo que el propietario dispone y está facultado para usar con carácter de exclusividad, es determinante para entender la concepción del mundo de celtas, mayas, romanos o chinos.

La propiedad privada, como derecho individual, se concreta en oposición al resto de bienes jurídicos en juego, el interés general y el bien común. De mantener este equilibrio de acuerdo con las convicciones ideológicas de la sociedad de cada momento, depende lograr el objetivo de convivencia pacífica y posteriormente, el mayor bienestar social posible.

El Derecho de Propiedad sobre bienes inmuebles en Roma, informador de la concepción occidental, originalmente surgió como un derecho familiar, siendo la casa, *domus*, el principal objeto del Derecho de Propiedad. El *Dominio* era el derecho de usar, disfrutar, vindicar y disponer de una cosa corporal, sin más restricciones que las impuestas por las leyes reguladoras de la propiedad.<sup>3</sup>

Todos los derechos del individuo -por razones obvias en las que el Derecho tiene como finalidad procurar el bien común y la pacífica convivencia- necesitan subordinarse al criterio del poder, de la cosa pública, para que resulte el orden social.

El Derecho de Propiedad Privada, como institución de derecho romano, informa no sólo los códigos y normas posteriores sino la propia visión del mundo

<sup>3</sup> El Código de Justiniano o Corpus Iuris Civilis (Cuerpo de Derecho Civil) fue una importante reforma del derecho bizantino creada por el emperador Justiniano I (que gobernó del 527 al 565 d.C.) en 528-9 d.C. Con el objetivo de aclarar y actualizar las antiguas leyes romanas

occidental. Así sucede mil doscientos años después del Código de Justiniano: la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa, proclamó: *“La propiedad es un derecho inviolable y sagrado”*, al que todos los ciudadanos tienen acceso, como ideología opuesta a la propiedad feudal anterior, donde el derecho de propiedad privada se concebía de modo amplio y restringido a la titularidad de muy pocos.

Del mismo modo, durante la primera legislatura del Congreso de los Estados Unidos de América, en 1791, se ratificó la denominada Quinta Enmienda:

*“Nadie estará obligado a responder de un delito capital o infame, salvo por acto de acusación de un jurado indagatorio, excepto en las causas que se presenten en las fuerzas armadas terrestres o navales o en la milicia cuando se encuentre efectivamente de servicio militar en tiempo de guerra o de peligro público; tampoco se juzgará dos veces a una persona por el mismo delito de forma que la exponga de nuevo a la pena capital o a otra pena grave; ni se le obligará en ninguna causa penal a declarar contra sí mismo, ni se le privará de la vida, la libertad o los bienes sin los debidos procedimientos de la ley, ni se confiscará la propiedad privada para uso público, sin compensación justa”<sup>4</sup>*

Con carácter general, se protegía la propiedad individual de los ciudadanos de la injerencia, arbitraria del poder público. Los ciudadanos estaban a partir de entonces legitimados para portar armas y para defender su integridad, la inviolabilidad de su vivienda, que no estaría sujeta al interés general ni a la arbitrariedad del poder público. Por ejemplo y expresamente, se protege la propiedad privada de la vivienda de la obligación de prestar alojamiento a miembros del ejército.

Pocos años más tarde, en el inicio del siglo XIX, concretamente en 1804, entró en vigor un texto normativo que será inspiración cuando no objeto de copia literal, para la generalidad de los códigos civiles, tanto europeos como americanos. Se trata del Código Civil denominado “de Napoleón” pues se aprobó bajo su gobierno e impulso -también llamado “Código del Propietario”-.

En su famoso artículo 544, el Código Napoleónico planteó la propiedad como el *“derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, con tal que no se haga un uso de las mismas prohibido por las leyes o los reglamentos”*.

Siguiendo la ideología liberal que alentó la *“Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”*, en su artículo 17, el artículo 545 del Código Civil francés establecía que *“nadie puede ser obligado a ceder su propiedad sino en beneficio público y con justa y anticipada indemnización”*.

---

<sup>4</sup> Quinta de las diez enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos de América, conocidas como la Carta de Derechos: fueron aprobadas por el voto de dos tercios de la primera legislatura del Congreso de los Estados Unidos y luego ratificadas por las tres cuartas partes de los Estados, como exige el propio texto Constitucional

En cuanto al concepto concreto de Derecho de Propiedad sobre la tierra, resultaba especialmente amplio, puesto que incluía el derecho sobre el subsuelo, usando la expresión latina resultaría “*usque ad coelum et usque ad inferos*” desde el cielo hasta el infierno. “*la propiedad de la tierra incluye la propiedad de lo que está arriba y lo que está debajo*”<sup>5</sup>.

En la práctica, esto significaba que el dueño de la tierra adquiriría la propiedad de todos los minerales y otros recursos naturales disponibles en su sitio, lo que requirió modificaciones y limitaciones legales posteriores.

Lejos de quedar anclado en el tiempo, esta concepción informó códigos civiles tan distantes en el espacio como el peruano, en su artículo 954:

*“La propiedad del predio se extiende al subsuelo y al sobresuelo, comprendidos dentro de los planos verticales del perímetro superficial y hasta donde sea útil al propietario el ejercicio de su derecho. La propiedad del subsuelo no comprende los recursos naturales, los yacimientos y restos arqueológicos, ni otros bienes regidos por leyes especiales”.*

El contexto histórico e ideológico en el que se discutieron y aprobaron las normas francesas, estadounidenses y las que siguieron, es fundamental para entender su contenido y para entender además, la evolución que esta idea ha sufrido con posterioridad, en la medida en que el interés social ha ganado peso en un progresivo proceso de devaluación del Derecho de Propiedad Individual, al ser limitado por los denominados Derechos Sociales a partir de principios del S. XX, especialmente después de la Segunda Guerra Mundial.

En aquel momento, finales del siglo XVIII, el Derecho de Propiedad Individual, a la luz de las discusiones en la elaboración y análisis del contenido del Código Napoleónico, se entendía como el pilar sobre el que descansaban las instituciones sociales<sup>6</sup>:

*“Luego de concluir su análisis acerca de las normas relativas al derecho de propiedad en el Proyecto de Código Civil Portalis expresa algunas ideas muy claras sobre la importancia de este derecho, las que, como veremos tras su lectura, ratifican una vez más la importancia que se dio a éste en el Code Napoléon. “Ustedes no estarán sorprendidos de que este proyecto se reduzca a algunas definiciones, a algunas reglas generales: pues el cuerpo entero del código civil está consagrado a definir todo aquello que puede referirse al ejercicio del derecho de propiedad; derecho fundamental sobre el cual todas las instituciones sociales reposan, y que para cada individuo es tan precioso como la vida misma, ya que él le asegura los medios de conservarla. La ciudad no existe, decía el orador romano, sino porque cada uno conserva lo que le pertenece. Con la seguridad de esta gran verdad, este*

<sup>5</sup> Código Civil. República de Francia. 1804. Art. 552.

<sup>6</sup> Felipe Osterling Parodi\* Mario Castillo Freyre 2000 “Historia del Sistema Francés de Transmisión de la Propiedad Inmueble”. “[www.castillofreyre.com](http://www.castillofreyre.com)”.

*orador filósofo detenía en su tiempo todos los movimientos de las facciones empeñadas en desorganizar el imperio. Es por su respeto a la propiedad que las naciones modernas son deudoras de este espíritu de justicia y de libertad, que, en los tiempos mismos de la barbarie, supieron defenderlo contra las violencias y los esfuerzos del más fuerte. Es la propiedad la que coloca en las selvas de la Germania las primeras bases del gobierno representativo. Es ella la que ha dado nacimiento a la constitución política de nuestros antiguos países de Estados, y que, en estos últimos tiempos, nos ha inspirado el coraje de sacudir el yugo y de librarnos de todas las trabas del feudalismo. Legisladores, la ley reconoce que la propiedad es el derecho de disfrutar y de disponer de su bien de la manera más absoluta, y que este derecho es sagrado en la persona del más pequeño particular”.*

A comienzos del siglo pasado, y en oposición al concepto de propiedad privada anterior, el contexto histórico, económico y político se tradujo en reformas constitucionales y legislativas que añadieron al concepto de propiedad la necesidad de ser entendida e interpretada a la luz de su función social. Esta ideología que vino a limitar el carácter absoluto del Derecho de Propiedad Individual, puede concretarse en la doctrina de León Duguit.<sup>7</sup>

Duguit declara en el año 1911, como portavoz de una fuerte corriente ideológica, que *“el poseedor de una cosa cuyo derecho sobre ella está protegido por la sociedad, tiene la obligación de emplear esa propiedad en beneficio de la sociedad que lo protege”*.

La Propiedad, según Duguit, tiene una eminente función social: la *“propiedad especulación”* debía ser sustituida por la *“propiedad función”*, lo que hizo surgir un concepto de propiedad marcadamente utilitarista: se cuestionó al propietario de tierras que no trabaja o de casas que no ocupa ni alquila, resultando así propiedades improductivas. El propietario, por tanto, tenía el deber de procurar un destino socialmente útil a su propiedad.

Finalmente, los actuales marcos constitucionales occidentales, especialmente las democracias de la Unión Europea, tras esta evolución conceptual y tras la segunda guerra mundial, encuentran su desarrollo en ordenamientos jurídicos basados en la idea de Estados Social<sup>8</sup> y Estado de Bienestar, que constituye el siguiente peldaño evolutivo.

La definición de Estado Social de Derecho surgió en Europa en la segunda mitad del siglo XX, como un modelo de organización del Estado orientado a por medio de la ley, a promover la justicia social y posteriormente, el bienestar de los ciudadanos. Las políticas sociales estatales y supraestatales promueven

---

<sup>7</sup> León Duguit “Transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón” Obra basada en las conferencias del autor en Buenos Aires, publicadas en París en 1912.

<sup>8</sup> Constitución Española de 1978. Artículo 1. 1. *“España se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”*

la prestación de servicios públicos universales como la educación, la sanidad, ayudas económicas para contrarrestar los desequilibrios económicos y sociales, situaciones de desempleo o escasez de vivienda.

El Estado Social no es un estado vigilante liberal, que deja hacer al libre mercado y a la búsqueda de la felicidad del individuo en un orden económico autorregulador. El Estado Social de Derecho no se limita únicamente a salvaguardar la vida, la propiedad y la libertad. El Estado Social interviene, procura con mayor o menor éxito la prosperidad, participando no sólo como protección y control, sino fomentando, además, mediante políticas que le hacen partícipe, e incluso en ocasiones protagonista, de la vida económica, política, cultural, formativa, sanitaria, empresarial, la disponibilidad de bienes y servicios diversos, proveyéndolos, con el fin de que éstos se encuentren al alcance de todos.

#### **4. NORMAS PROTECTORAS DEL DERECHO DE ACCESO A LA VIVIENDA, RESTRICTIVAS DEL DERECHO DE PROPIEDAD Y LIBRE EMPRESA**

*“Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titular, está subordinada al interés general»*

En este contexto tienen lugar las normas que tratan de procurar el Derecho al Acceso a la Vivienda, en la mayoría de ocasiones entrando en conflicto con el Derecho de Propiedad Privada y el Principio de Libertad de Empresa, todos ellos protegidos por las normas de más elevado rango en los ordenamientos democráticos occidentales nacionales, y supranacionales.<sup>9</sup> Observamos dos ejemplos:

***1.- Límites al derecho dominical sobre inmuebles de los denominados “grandes tenedores” por la Ley de Vivienda Española.***

La regulación de la vivienda en España es compleja y profusa. Son varias, por no decir todas las administraciones, las que tienen algo que decir sobre este singular bien. El acceso a la vivienda es además de una necesidad primaria, un derecho constitucional y su adquisición, en caso de que no se opte por poseer una vivienda en arrendamiento, supone la mayor inversión económica que un individuo promedio realizará a lo largo de toda su vida. La vivienda es, en nuestra cultura occidental, la forma más tradicional de ahorro y por si esto fuera poco, el sector de la construcción e inmobiliario, íntimamente ligado al del turismo, resultan conjuntamente la principal actividad económica del país.

---

<sup>9</sup> Constitución Española de 1978. Art. 128 Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 Art. 25. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966

*“Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos”<sup>10</sup>*

Por primera vez desde la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978, en el año 2023, el legislador estatal español ha regulado, mediante norma con rango de ley el Derecho a la Vivienda. El 25 de mayo de 2023 fue publicada la Ley 12/2023, de 24 de mayo, con denominación reivindicativa *“por el derecho a la vivienda”*.

La finalidad de esta norma no es otra que la de remover los obstáculos que impidan el acceso a una *“vivienda digna y adecuada”*, concepto que se define como aquella vivienda que por razón de su tamaño, ubicación, condiciones de habitabilidad, accesibilidad universal, eficiencia energética y utilización de energías renovables y demás características de la misma, y con acceso a las redes de suministros básicos, responde a las necesidades de residencia de la persona o unidad de convivencia en condiciones asequibles conforme al esfuerzo financiero, constituyendo su domicilio, morada u hogar en el que poder vivir dignamente, con salvaguarda de su intimidad, y disfrutar de las relaciones familiares o sociales, favoreciendo el pleno desarrollo y la inclusión social de las personas.

En otras latitudes podría parecer ciencia ficción, pero lo cierto es que la vivienda en cuestión, y obsérvese que la ley no sólo alcanza a viviendas públicas sino al acceso a viviendas de toda condición, -también privadas- tiene características que podrían considerarse exigentes y superan la necesidad de un lugar donde habitar de la mayor parte de la población del planeta. La vivienda debe, entre otras cosas, estar bien ubicada, ser eficiente energéticamente y usar energías renovables. Lo contrario no puede ser subsumido en el concepto jurídico de *“vivienda digna y adecuada”* conforme a la definición que de ella hace la norma descrita. Pareciera que se trata de un ideal a perseguir por los poderes del estado, las instituciones públicas y privadas y el resto de los intervinientes en el mercado, pero hay que decir, y es muy relevante, que no se trata de un principio informador, sino de una descripción contenida en un texto normativo con rango de ley que deberá, como tal, ser aplicada en la práctica con carácter inmediato.

La mencionada norma obliga, por tanto, desde su vigencia, a particulares, propietarios privados de viviendas, personas físicas o jurídicas que ven sus derechos dominicales disminuidos, especialmente si sus circunstancias corresponden a los denominados *“grandes tenedores”*, que ahora, tras la entrada en vigor de la

---

<sup>10</sup> Constitución Española de 1978. Art. 47

norma estatal descrita, son propietarios de segunda, al ver minorado su derecho de propiedad sin que la norma haya previsto compensación indemnizatoria por ello, y todo, como veremos, en pro del bien jurídico a proteger y procurar, el Derecho de Acceso a la Vivienda.

a) El nuevo concepto de “zona de mercado residencial tensionado” regulado por la Ley 12/2023 de 24 de mayo española:

Serán zonas declaradas como tales por las administraciones competentes en materia de vivienda. Serán zonas residenciales en las que “se aprecie un especial riesgo de oferta insuficiente para la población residente en unas condiciones que la hagan asequible para su acceso en el mercado”. Esto sucederá así en cualquiera de los siguientes dos supuestos de difícil concreción: 1.- Que la carga media del coste de la hipoteca o del alquiler en el presupuesto personal o de la unidad de convivencia, más los gastos y suministros básicos, supere el 30% de los ingresos medios o de la renta media de los hogares ó 2.- Que el precio de compra o de alquiler de la vivienda haya aumentado más de 3 puntos porcentuales el valor del IPC autonómico correspondiente en los 5 años anteriores a la declaración del área tensionada.

De este modo, la clasificación de una zona de mercado tensionado depende subjetivamente de las circunstancias económicas de los habitantes de las viviendas de esa zona, o podría estar condicionada a cualquier proyecto de rehabilitación de viviendas o transformación y reactivación económica de una determinada zona que hiciera aumentar el precio o renta de las viviendas.

Conforme a la reciente norma, estas zonas podrán ver como sus inmuebles, destinados a uso residencial, encuentran limitaciones en el valor de su renta en caso de arrendamiento o se alteran las condiciones de plazo de vigencia del contrato de arrendamiento mediante ampliación de prorrogas, entre otras consecuencias.

b) El nuevo concepto de “gran tenedor”, conforme a ley 13/2023 de 24 de mayo del Estado Español:

Se trata de una figura reciente pero no creada por la “Ley de Vivienda”. Resulta ser la persona física o jurídica, titular de más de diez inmuebles urbanos de uso residencial o una superficie construida de más de 1.500 metros cuadrados de uso residencial.

No obstante, lo anterior variará si nos encontramos ante la circunstancia de mercado residencial tensionado. En este caso se considerará “gran tenedor” a la persona física o jurídica que sea titular de cinco o más inmuebles urbanos de uso residencial ubicados en dicho ámbito, cuando así sea motivado por cada Comunidad Autónoma.

## *2.- Restricciones al Uso Turístico en el marco del Derecho de la Unión Europea*

El arrendamiento de viviendas por cortos periodos de tiempo, no siempre tiene como fin el uso turístico. No obstante, debido a que se contempla exclusivamente el concepto de vivienda como aquella en que existe voluntad de permanencia de quien la habita, el uso y la puesta en el mercado de arrendamiento de estas otras viviendas, sigue directrices, regulaciones y con ello, requisitos distintos de los contemplados para las viviendas consideradas como tal a todos los efectos, las que se ocupan con voluntad de permanencia, y son objeto de arrendamientos de larga duración.

La gentrificación, la denominada “*turismofobia*” o el aumento de la renta de las viviendas destinadas a arrendamiento, provoca el rechazo de la población denominada residente. La reacción de los poderes públicos ha sido desarrollar en los últimos tiempos abundante regulación destinada a restringir y en ocasiones prohibir, actividades y comportamientos que en principio no debieran ocasionar conflictos sociales, como el hecho de vivir un, relativamente, corto periodo de tiempo en un determinado lugar.

Tanto en la norma como en su interpretación en el entorno de la Unión Europea, cobra vital importancia el concepto “*razón imperiosa de interés general*”. Esta idea se ha transformado en la luz verde para el desarrollo de legislación pro acceso a la vivienda en detrimento del uso del derecho de propiedad y el principio de libertad de empresa.

En este ámbito, sirve como ejemplo ilustrativo la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de septiembre de 2020<sup>11</sup>, sobre el caso *Cali Apartments SCI y HX* contra la aplicación de la norma francesa de turismo en el municipio de París. La norma francesa requiere una declaración previa de toda persona que ofrezca en alquiler un alojamiento turístico, clasificado como tal o no, salvo que este inmueble sea la residencia habitual del arrendador.

Además, la norma urbanística aplicable establece que, en los municipios de más de 200.000 habitantes, el cambio de uso de los inmuebles destinados a vivienda está sujeto a autorización previa y el arrendamiento de un inmueble amueblado destinado a vivienda de forma reiterada y durante breves periodos de tiempo a clientes de paso que no fijan su domicilio en él constituye un cambio de uso del mismo.

---

<sup>11</sup> STJUE 22 de septiembre de 2020. LA LEY 116907/2020. ECLI: EU:C:2020:743  
*El TJUE interpreta los arts. 1, 2, 4, 9 y 10 de la Directiva 2006/123/CE sobre servicios en el mercado interior, relativa a actividades de arrendamiento a cambio de una remuneración de inmuebles amueblados destinados a vivienda para clientes de paso que no fijan en ellos su domicilio, de forma reiterada y durante breves periodos de tiempo, tanto con carácter profesional como no profesional.*

En una prueba y ejemplo de todas las regulaciones que afectan a la vivienda, se observa cómo en este caso, el legislador francés, con independencia de la norma turística, en el ámbito de la normativa urbanística y de ordenación del territorio, exige, en determinados municipios, un cambio de uso de la vivienda que quiera destinarse a alquiler turístico.

*“El alcalde del municipio en el que esté ubicado el inmueble concederá la autorización previa de cambio de uso”.*

Entre los criterios de valoración para la concesión del cambio de uso que permita la puesta en arrendamiento por periodos cortos de inmuebles en determinadas zonas, se encuentra la facilidad, o no, de acceso a la vivienda de la población denominada residente.

Los propietarios de los inmuebles arrendados durante cortos periodos de tiempo, en este caso concreto Cali Apartments SCI y HX, tras ser sancionados, interpusieron Recurso de casación ante la Corte, fundado en primacía del derecho de la unión, alegando que la normativa nacional aplicada no observa los requisitos del derecho de la unión sobre restricción en la prestación de servicios preceptuada en la Directiva 2006/123 sobre servicios en el mercado interior<sup>12</sup>, una norma en el ámbito del derecho a la libertad de empresa por dos motivos: no acredita que la restricción de la libre prestación de servicios esté justificada por razón imperioso de interés general y además, considera, el objetivo perseguido por la restricción pudiera alcanzarse con la implementación de otras normas menos restrictivas de derecho legítimos.

Finalmente, la Corte de Casación de Francia acudió al Tribunal de Justicia de La Unión Europea con el fin de plantear petición de decisión prejudicial sobre la aplicación de la Directiva 2006/123, sobre servicios en el mercado interior

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su Resolución de 22 de septiembre de 2020, sobre la normativa francesa en pro de contrarrestar la escasez de vivienda y la dificultad de la población residente a su acceso en determinadas zonas, a precios asequibles, entendió justificadas las medidas restrictivas contenidas en la norma en cuestión, considerando las circunstancias como ya expuestas como *razón imperiosa de interés general*.

---

<sup>12</sup> Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. (Doc 32006L0123).

Tiene como objetivo eliminar los obstáculos al mercado de servicios de la Unión Europea, La simplificación de los procedimientos administrativos para los prestatarios de servicios, el refuerzo de los derechos de los consumidores y empresas destinatarios de los servicios y el fomento de la cooperación entre los países de la UE.

## 5. CONCLUSIÓN

El inicio del presente artículo apunta a un concepto de vivienda, dinámico, cambiante, y quizás en ello se encuentre el origen de la distorsión o “disfunción” que sin duda alguna se está produciendo entre realidad y regulación legal. Los esfuerzos legisladores, sancionadores de conductas, interventores del mercado, limitadores de usos y actividades, no satisfacen a ningún actor en el mercado de la vivienda. La Organización de Naciones Unidas declaró, como hemos visto, el Derecho a una Vivienda Adecuada. Los representantes de esta prestigiosa organización supranacional y los de cientos de organismos públicos, estados e instituciones, han manifestado y reiterado la célebre frase *“la vivienda no es mercancía, sino un derecho”*. El acceso a la vivienda es un derecho, más la vivienda es indiscutiblemente mercancía.

*“Rex extra commercium”* Es un aforismo romano que significa cosa fuera del mercado. La vivienda no lo es y no lo ha sido nunca. Todo lo contrario, es uno de los bienes tradicionalmente susceptibles de propiedad y posesión. La vivienda es objeto de un mercado complejo y lleno de aristas. Su quiebra ha provocado grandes crisis, pues aúna actividades económicas diversas como la construcción, la arquitectura, el derecho, la financiación, el mercado asegurador, el turismo... No considerar estas circunstancias sería, y es, legislar fuera de la realidad.

Ante la regulación protectora del derecho al acceso a la vivienda, nos encontramos frente a la preservación y desarrollo del Estado del Bienestar y además, en ocasiones, ante la resistencia a aceptar no sólo una realidad económica, necesaria para el sostenimiento estos avances de bienestar social, sino también, probablemente, un cambio cultural, social y económico.

La prosperidad económica que permite el estado de bienestar, -en los países donde existe este logro del desarrollo- proviene de una estructura económica sostenida en decisiones preexistentes, no fortuitas, no aleatorias. La economía de los países que establecen el derecho a una vivienda bien ubicada, abastecida con energías renovables etc, tiene como sostén sistemas basados en la libertad del individuo y dentro de este concepto, incentivos al desarrollo económico como la propiedad privada y la libertad de empresa. Podrían existir, y existen, otros sistemas que proporcionen la generación de riqueza que permita la edificación de viviendas adecuadas accesibles para todos. Sistemas que posean apoyo en otros derechos, otras ideas, otras concepciones del mundo.

Ejemplos teóricos hay diversos *“Uno de los elementos para discernir si una limitación de derechos es proporcional es analizar si la esencia misma del derecho está en riesgo. En aplicación de dicho criterio podemos deducir que un nivel básico del derecho a*

*la propiedad privada debería ser preservado y garantizado en toda circunstancia, mientras que la propiedad privada más allá de dicho nivel podría ser sometida a un mayor escrutinio en atención a los principios de necesidad, proporcionalidad e interés general. La interpretación de la propiedad privada a la luz de otros derechos humanos, y la interpretación de los derechos humanos a la luz de la función social de la propiedad, ayudaría a los órganos internacionales a especificar el contenido esencial o mínimo de los derechos. El artículo 23 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 podría ser un punto de partida útil para identificar ese contenido mínimo o esencial: “la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa”<sup>13</sup>* En cambio en la práctica, las alternativas no son tantas, algunas repúblicas socialistas han puesto en práctica otros ideales, y el Derecho en estos casos, ha servido, como en otros, para llevar a la realidad los valores y anhelos de las distintas sociedades.<sup>14</sup>

Finalmente, el Derecho es un extraordinario instrumento, una técnica nutrida de principios, valores e ideales, y al propio tiempo, no debe dejar de ser realista para lograr el éxito: la convivencia pacífica y el orden, procurar el progreso y el bienestar social. Realista, al considerar la naturaleza humana, el sistema económico donde va a ser aplicado, al saber a la sociedad se dirige, sus circunstancias y comportamientos actuales, procurando el equilibrio.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

CASLA, K. (Koldo C.) “*Función Social de la Propiedad, Vivienda Adecuada y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*”. (University of Essex). Lex Social, Revista De Derechos Sociales, Vol. 13(2), Pp. 21. (2023)

DUGUIT L., “Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon. Félix Alcán. París. Pp 306 (1912)

JORDÁN FERNANDEZ, G. “*La función social de la propiedad. Su desarrollo en el Derecho Constitucional cubano de la primera mitad del siglo XX*”. (Universidad de La Habana). Revista De La Facultad De Derecho De México, UNAM. Ciudad de México. 70(278-1), Pp. 489–528. (2020)

---

<sup>13</sup> Koldo Casla.(2023). Función Social de la Propiedad, Vivienda Adecuada y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Lex Social, Revista De Derechos Sociales, 13(2),1–21

<sup>14</sup> Jordán Fernández, G. (2020). La función social de la propiedad. Su desarrollo en el Derecho Constitucional cubano de la primera mitad del siglo XX. Revista De La Facultad De Derecho De México, 70(278-1), 489–528.

MARTINEZ NADAL, A. “Alquiler turístico y restricciones legales: el derecho a la vivienda como causa justificativa” (Universidad de Islas Baleares) Diario La Ley, N° 9873, Sección Tribuna, Wolters Kluwer. Pp 15. (2021)

OLEA Y LEYVA, T. “La Socialización en el Derecho. Ensayo de una Teoría General de las Funciones” Editorial “El Hecho Mexicano” (1933) Estado de Guerrero. Pp. 155. (2018)

OSTERLING PARODI Y CASTILLO FREYRE “Historia del Sistema Francés de Transmisión de la Propiedad Inmueble”. Lumen, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Pp.103-127. Lima “www.castillofreyre.com”.

La *Revista de Estudios Económicos y Empresariales* recibió este artículo el 30 de julio de 2023 y fue aceptado para su publicación el 17 de septiembre de 2023.