

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA COMPETENCIA EN MATERIA DE VIVIENDA Y LAS TENDENCIAS ACTUALES EN SU EJERCICIO*

Juli Ponce Solé

Introducción

Como es sabido, los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas señalan, de conformidad con el artículo 148.1.3º de la Constitución, que éstas tienen competencia exclusiva sobre vivienda. Como también es sabido, esta declaración no ha impedido que el nivel estatal despliegue actuaciones en torno a la vivienda, con base en distintos títulos competenciales.

El objetivo de las siguientes páginas es intentar ofrecer una visión general en torno la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas sobre vivienda. Se trata de un tema de gran complejidad e interés y que permite conocer el funcionamiento real de diversas instituciones jurídicas, al ponerlas a prueba en un ámbito de incidencia directa en la calidad de vida de los ciudadanos. El análisis exige, pues, el manejo de categorías de gran abstracción, estudiando su aplicación *hic et nunc*. El reto no es fácil, por lo que los defectos en el resultado que puedan hallarse espero que sean, cuando menos, comprensibles, sobre todo teniendo en cuenta el intento de afrontarlo en este trabajo de la manera más concisa posible, respondiendo así a la amable invitación efectuada.

Se tratará también apuntar, sin ánimo de exhaustividad, algunas tendencias actuales destacables en el ejercicio de tales competencias, utilizando algunos ejemplos autonómicos. Nuestra experiencia nos demuestra que parece existir en este sector, en general, un cierto desconocimiento por cada Comunidad Autónoma del resto de las iniciativas autonómicas, algunas de ellas ciertamente interesantes. Aunque modestamente, este análisis quiere avanzar en la dirección de comparar algunas experiencias, desde una visión global. Comparación que nos parece necesaria y útil, puesto que puede contribuir a enriquecer el bagaje común y a facilitar el despliegue de políticas públicas y técnicas más eficaces en el servicio a los ciudadanos.

Asimismo, el trabajo plantea algunos elementos de reflexión globales sobre esta materia, los cuales pueden ser especialmente oportunos en un momento como el actual, en el que diversas

*El presente estudio se enmarca en el proyecto de investigación “*Derecho urbanístico y exclusión social: la lucha jurídica contra los guetos urbanos*” (ref BJU2003-09694-C02-02).

Comunidades Autónomas y el propio Estado han anunciado su intención de aprobar nuevas iniciativas con incidencia en la vivienda¹.

La metodología que se utilizará en este trabajo será la siguiente. Después de haber realizado unas breves consideraciones sobre la dificultad actual de precisar con nitidez la materia vivienda frente a otras materias como el urbanismo o la ordenación del territorio, se pasará a identificar, dentro del modelo vigente, a los diferentes actores y a las diferentes actividades que se despliegan en torno a la vivienda.

Así, en primer lugar se abordará la regulación de las relaciones entre privados. En segundo lugar, consideraremos las diferentes formas de *intervención pública* en torno a la vivienda, siguiendo la tradicional distinción en el ámbito del Derecho Público español, entre las que destaca la actividad de fomento, precisamente la que ha concentrado la atención de la escasa jurisprudencia constitucional, vinculada a la tradicional figura de la vivienda protegida.

El estudio terminará con el planteamiento de un posible cambio de modelo con respecto a la actividad de fomento en torno en la vivienda, desplegada hasta el momento mediante los Planes de Vivienda estatales, cambio de modelo que podría pasar por un entendimiento diferente de la financiación de dicha intervención y, en definitiva, de la financiación autonómica en general.

El análisis que se desplegará aquí, como ya apuntábamos, se realiza en un momento en que la histórica ausencia de intervención pública decidida en materia de vivienda asequible, con una dedicación del PIB a este tema muy inferior a la media europea, parece estar dejando paso a un creciente interés ciudadano, político y administrativo sobre el tema². El tradicional *liberalismo*, en palabras de la doctrina especializada, en este campo, en el que se ha dejado en manos del mercado la provisión de viviendas asequibles para la población, está siendo sustituido por un cambio en la intensidad y en el tipo de intervención pública, como iremos analizando³. Si se ha señalado que la falta de interés en esta cuestión de las clases media-alta y alta y la existencia de potentes *lobbies* formados por operadores inmobiliarios y financieros pueden explicar esa histórica apatía respecto a la vivienda asequible en España, e incluso la negación directa de la existencia de problema alguno al

¹ Sobre la actuación estatal en relación con la vivienda véase la conferencia pronunciada por el profesor Marcos VAQUER, a la sazón Director General de Urbanismo y Política del Suelo del Ministerio de la Vivienda, en el marco de la *Jornada sobre los nuevos desarrollos normativos en materia de vivienda y urbanismo*, organizada por el Instituto de Derecho Público y la Generalitat de Catalunya, la cual tuvo lugar en Barcelona el 21 de octubre de 2004. Esta conferencia y el resto de intervenciones en dicha jornada serán objeto de publicación próximamente en la revista *Cuadernos de Derecho Local*.

² Pueden confrontarse datos comparativos de España en relación con otros países europeos en TRILLA, C., *La política de vivienda en una perspectiva comparada*, Fundación La Caixa 2001.

³ Un análisis histórico de la política pública de vivienda puede hallarse, por ejemplo, en *La política de vivienda en España. Análisis de sus efectos redistributivos*, Universidad de Granada, 2002. La referencia al liberalismo en materia de vivienda puede encontrarse en Trilla, C., “L’estat del benestar i la família. L’habitatge per als joves”, en Navarro, V., (Coord.), *L’estat del benestar a Catalunya*, Diputació de Barcelona, 2003, pp 263 y ss.

respecto, también diversos fenómenos sociales y económicos pueden hacer que la vivienda, a medio plazo, deje finalmente de ser uno de los flancos más débiles del Estado social en España⁴.

Así, por ejemplo, la extensión del problema de la vivienda asequible a los hijos de la clase media y la constatación del incremento de los barrios en dificultad son realidades que pueden acabar imponiéndose⁵. En este sentido, la creciente segregación urbana - ligada a fenómenos tales como el alto precio de la vivienda libre, la dispersión de la construcción sobre el territorio y las alteraciones en el modelo urbano tradicional, la debilidad de la intervención pública y la creciente inmigración extracomunitaria – y el peligro correlativo de surgimiento de nuevos y más problemáticos guetos urbanos pueden llegar a comprometer la propia cohesión social y parece que pueden estar empezando a hacer reaccionar a los legisladores⁶. Desde el clásico entendimiento de la ciudad como un *sistema*, fenómenos como los aludidos no afectan sólo a sectores marginales de la población, sino que pueden llegar a comprometer la paz social y, en consecuencia, la vida de todo el mundo, en cualquier parte del tejido urbano⁷.

Utilizando la frase de un experto francés en el tema, podríamos decir que el futuro de la sociedad española se puede jugar en algunos barrios que “van mal”⁸.

En este sentido, marcando lo que parece ser una reciente tendencia, diversas leyes autonómicas están enfatizando la relación de la vivienda con la cohesión social y el equilibrio territorial y su utilidad como instrumento de lucha contra la exclusión social y la pobreza, como señala ahora el art. 34.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (y el art. II.94.3 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa). Así, son destacables, por ejemplo, la Ley catalana 2/2004, de 4 de junio, de mejora de barrios, áreas urbanas y villas que requieren una atención especial o la Ley valenciana 8/2004, de 20 de octubre, de vivienda. La primera establece una serie de medidas de fomento específicas para espacios urbanos

⁴ BOSCH i MEDA, J. i GIBAJA i ESTEBAN, O., *L'habitatge a Catalunya en l'àmbit local: diagnosi, propostes i solucions a un problema creixent*, F. Carles Pi i Sunyer, Barcelona, 2004, pp. 64 y 148.

⁵Es de gran interés la consulta del Informe elaborado a instancias del Ministerio de Fomento en 2000 titulado *La desigualdad urbana en España*. Puede consultarse el texto de forma gratuita en: <http://habitataq.upm.es/du/>. (Última consulta efectuada: 3 de febrero de 2005).

⁶ En el caso del Congreso de los Diputados, véase el Diario de Sesiones núm. 170 de 12 de junio de 2002, pp. 8558 y ss. El Pleno de la Cámara rechazó la moción consecuencia de la interpelación, la cual pretendía instar al gobierno estatal a la elaboración de un informe, de acuerdo con las CC. AA., que había que presentar en las Cortes, en el que se localizasen y describiesen los focos más graves de exclusión social en las ciudades españolas, así como se evaluase la eficacia de las políticas públicas desarrolladas entorno a esta cuestión.

⁷ Sobre la ciudad como un sistema, véase el clásico trabajo de JACOBS, J., *Muerte y vida de las grandes ciudades*, Península, Madrid, 1967 (edición original en inglés de 1961), pp. 449 y ss.

⁸ La frase original es la siguiente: “(...) *l'avenir de la société française se joue, pour une part non négligeable, dans mille quartiers qui vont mal*”. Corresponde a la obra de SUEUR titulada *Changer la Ville*, Editions Odile Jacob, 1999, París, concretamente página 25. Se trata de un libro que trae causa del informe elaborado por el autor (alcalde, presidente de la Asociación de Alcaldes de las grandes ciudades de Francia y secretario de Estado para las colectividades locales entre 1991 y 1993) a petición de Martín AUBRY, con el aval del Primer Ministro francés. Dicho informe se tituló *Demain, la ville*, y fue entregado en 1998, participando en su elaboración un equipo de 26 personas. Puede consultarse su texto completo de forma gratuita

problemáticos, mientras que la segunda reconoce explícitamente la conexión entre vivienda, sostenibilidad social e inclusión social, haciendo alusión a las necesidades específicas de colectivos tales como los inmigrantes⁹.

La materia vivienda: sus relaciones con el urbanismo y la ordenación del territorio y el concepto de hábitat.

Entrando ya en el análisis del modelo vigente, la primera cuestión que hay que tener en cuenta es la delimitación de la materia vivienda, especialmente con respecto a otras materias también aludidas en el art. 148.1.3º CE y en los distintos Estatutos de Autonomía, es decir, el urbanismo y la ordenación del territorio.

Con respecto a las relaciones entre *urbanismo y vivienda*, es muy reveladora la STC 61/1997, de 20 de marzo, que permite entender con claridad las estrechas conexiones entre urbanismo y vivienda¹⁰. El primero se ocuparía del uso del suelo en general, y, por tanto, allí donde se haya clasificado suelo como urbanizable o urbano (y, en casos excepcionales, también en suelo no urbanizable) la existencia de suelo calificado como residencial permitirá la construcción de viviendas. Por su parte, la materia vivienda se referiría solo a un uso posible del suelo, a una única función urbanística, de entre la panoplia de las consideradas por el urbanismo (industria, comercio, equipamientos...). Esta parece ser una primera distinción útil entre ambas materias.

Sin embargo, la existencia y condiciones de las viviendas (entendidas no sólo como productos industriales) y su relación con otras funciones urbanas, hace posible y condiciona toda una serie de derechos constitucionales, entre ellos, por supuesto, el derecho del art. 47 CE, pero no

en:http://www.jpsueur.com/home.php?num_niv_1=1&num_niv_2=8&num_niv_3=38&num_niv_4=104&num_niv_5= (última consulta efectuada: 3 de febrero de 2005).

⁹ Véanse los arts.1, 39, 59 y 61. Sobre las cuestiones aludidas en el texto puede consultarse PONCE SOLÉ, J., *Poder local y guetos urbanos. Las relaciones entre el Derecho urbanístico, la segregación espacial y la sostenibilidad social*, INAP-Fundació Carles Pi i Sunyer, Madrid, 2002.

¹⁰ FJ 6: "... el urbanismo...alude a una disciplina jurídica del hecho social o colectivo de los asentamientos de población en el espacio físico, lo que, (...), se traduce en la "ordenación urbanística" como objeto normativo de las leyes urbanísticas...Sin propósito definitorio, el contenido del urbanismo se traduce en concretas potestades...tales como las referidas en el planeamiento, la gestión o la ejecución de instrumentos planificadores y la intervención administrativa en las facultadas dominicales sobre el uso del suelo y la edificación, a cuyo servicio se arbitran técnicas jurídicas concretas; a lo que ha de añadirse la determinación, en lo pertinente, del régimen jurídico del suelo en tanto que soporte de la actividad transformadora que implica la urbanización y edificación.

[El contenido del urbanismo sería] la fijación de lo que pudiéramos llamar políticas de ordenación de la ciudad, en tanto en cuanto mediante ellas se viene a determinar el cómo, cuándo y dónde deben surgir o desarrollarse los asentamientos humanos, y en cuyo servicio se disponen de las técnicas e instrumentos urbanísticos precisos

...

... si bien la Constitución no define lo que haya de entenderse por urbanismo, sí proporciona, junto con el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE, párrafo 1º); una serie de importantes principios rectores de la política... urbanística, a los que han de atenerse en el ejercicio de sus respectivas competencias los Entes públicos, a saber: la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación (art. 47 CE, párrafo 1º); y la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística de los entes públicos (art. 47 CE párrafo 2º)."

únicamente. El entendimiento de la vivienda no sólo como el mero soporte físico habitacional sino también como el medio ambiente urbano en el que éste se inserta supone reconocer la posible afectación de derechos tales como la salud, la intimidad, el medio ambiente, etc.¹¹.

Para dar cuenta de este sentido amplio de vivienda, la doctrina francesa y el propio Derecho francés utilizan el concepto de *habitat*, que "*correspond au logement dans son environnement urbain et social*"¹². De igual modo, la propia legislación francesa alude a la existencia de un *droit à la ville*, derecho a la ciudad que es también reconocido por la reciente Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos de 2000, suscrita por diversas ciudades españolas, en la que se indica en su art. 1 que la ciudad "es un espacio colectivo que pertenece a todos sus habitantes que tienen derecho a encontrar las condiciones para su realización política, social y ecológica, asumiendo deberes de solidaridad"¹³.

Las profundas relaciones entre urbanismo y vivienda están siendo reconocidas paulatinamente por la legislación autonómica en España. Ésta ha recogido diversos principios y directrices de actuación pública que ligan la vivienda con su entorno¹⁴. Los legisladores autonómicos han impulsado también mecanismos técnicos de integración equilibrada de la vivienda asequible en el medio ambiente urbano, favoreciendo la diversidad urbana, como mecanismo de lucha contra la segregación y la exclusión¹⁵. Es el caso destacado de la previsión legal de reservas obligatorias de suelo para vivienda protegida a incluir en el planeamiento urbanístico, técnica ya común en numerosas legislaciones urbanísticas autonómicas¹⁶.

Otras instituciones jurídicas que articulan la relación entre urbanismo y vivienda se encuentran en el ámbito competencial estatal, de acuerdo con la jurisprudencia del TC.

¹¹ Véase al respecto el clásico trabajo de BASSOLS COMA, M., "Consideraciones sobre el Derecho a la vivienda en la Constitución española de 1978", *RDU*, 85,1983, pp. 167 y ss.

¹² DESCHAMPS, E., *Le Droit Public et la Ségrégation Urbaine (1943-1997)*, LGDJ, 1998, página 23. Así, *Loi Urbanisme et Habitat*, de 2 de julio de 2003.

¹³ En relación con la legislación francesa, véase la Ley nº 91-662 de 13 de julio, d'orientation pour la ville. El texto de la Carta Europea de Salvaguarda de los derechos humanos en la ciudad es consultable, por ejemplo, en: <http://www.bcn.es/ciutatsdretshumans/esp/cart1.htm>

¹⁴ Véanse por ejemplo los arts. 6 y ss. de la Ley catalana 24/1991, de 29 de noviembre, o el art. 3 de la Ley gallega 4/2003, de 29 de julio de vivienda.

¹⁵ En relación con la diversidad de tipologías de viviendas y de usos urbanísticos como instrumento de mezcla social y de lucha contra la segregación y la exclusión, pueden consultarse las experiencias de Holanda, EEUU, Inglaterra o Francia: UITERMARK, J., "Social Mixing" and the Management of Disadvantaged Neighbourhoods: the Dutch Policy of Urban Restructuring Revisited", *Urban Studies*, Vol. 40, núm. 3, 2003, pp. 531-549, IHLANFELDT, K.R. & SCAFIDI, B.P., "The Neighbourhood Contact Hypotesis: Evidence from the Multicity Study of Urban Inequality", *Urban Studies*, Vold. 39, Núm. 4, 2002, pp. 619-641, BURTON, E., "The Compact City: Just or Just Compact? A Preliminary Analysis", *Urban Studies*, Vol. 37, núm. 11, 2000, 1969-2001, HAUT COMITÉ POUR LE LOGEMENT DES PERSONNES DESFAVORISEES, *8e Rapport* "Vers un droit au logement opposable", octubre 2002.

¹⁶ Un análisis comparativo entre las diversas CC.AA. puede hallarse en PONCE SOLÉ, J., "Solidaridad, cohesión social y Derecho Público: a propósito de las reservas legales de vivienda social como instrumento de desarrollo urbanístico sostenible", en AA.VV., *Diversidad y convivencia en las ciudades*, Colección Pensando lo Local en un Nuevo Siglo, Fundació C. Pi i Sunyer, CEMCI y UIM, obra a punto de ser publicada en el momento de escribir estas líneas.

Efectivamente, la STC 61/1997, de 20 de marzo ha establecido la conocida doctrina del Tribunal Constitucional sobre la posibilidad estatal de incidir en el urbanismo a través de los títulos competenciales contemplados en el art. 149.1 CE, apartados 1,8,13,18 y 23. Algunas de las regulaciones estatales, pues, inciden en la vivienda y suponen, por tanto, una primera puerta de acceso estatal a esta materia. Es el caso, por ejemplo, del deber legal de conservación de las viviendas (art. 19 de la Ley estatal 6/1998, de 13 de abril), de los patrimonios municipales de suelo, que tanta importancia tienen en relación con la vivienda protegida (arts. 276 y 280 del Real Decreto Legislativo estatal 1/1992, de 26 de junio), del derecho de superficie (arts. 287, 288, 289 del mismo Real Decreto) o de las valoraciones (arts. 23 y ss. de la Ley 6/1998, de 13 de abril).

De igual manera, en segundo lugar, a pesar de que la vivienda (y el urbanismo) pueda intentar ser delimitada respecto de la ordenación del territorio¹⁷, lo cierto es que la ordenación supramunicipal del uso del suelo, también del suelo calificado como residencial, tiene conexiones intensas con la vivienda¹⁸. En este sentido, alguna legislación autonómica las establece de modo explícito, como es el caso de la Ley canaria 2/2003, de 30 de enero, de vivienda, cuyos arts. 26 y ss. y 73 y ss. aluden a los Planes Insulares de Ordenación y a los Planes de Vivienda como instrumentos de ordenación supramunicipal de la vivienda, pudiendo establecer tanto los municipios de preferente localización de viviendas protegidas como porcentajes de vivienda a ejecutarse en municipios que no tengan tal carácter.

En cualquier caso, y a los efectos del presente análisis, me concentraré en la todavía tradicional y restringida definición de vivienda contenida en la legislación autonómica. Es el caso, por ejemplo de la vigente Ley catalana 24/1991, de 29 de noviembre, de vivienda, el art. 2 de la cual define la vivienda como "*toda construcción fija destinada a ser residencia de personas físicas, o utilizada como tal, con independencia que se desarrollen otros usos. Los elementos complementarios de la construcción forman parte de la vivienda.*"¹⁹.

¹⁷ Sobre estos intentos en la jurisprudencia del TC, vid., por ejemplo PONCE SOLÉ, J., *Discrecionalidad urbanística y autonomía municipal*, Civitas-Escuela de Administración Pública de Catalunya, Madrid, 1996, pp. 111 y ss.

¹⁸ Sobre estas conexiones específicas, por ejemplo, PONCE SOLÉ, J., "Cooperación intermunicipal y coordinación interadministrativa en el ejercicio de las competencias de urbanismo y vivienda: en especial, el caso catalán", en FONT LLOVET, T. (Dir.), *Anuario del Gobierno Local 2003*, Fundación Democracia y Gobierno Local- IDP, 2004, pp. 307 y ss. Téngase en cuenta también el FJ 16 de la STC 61/1997: "*Es claro que delimitar los diversos usos a que puede destinarse el suelo o espacio físico constituye uno de los aspectos básicos del urbanismo y, en términos más generales, de la ordenación del territorio, pero ello no puede significar, en el plano competencial, que cualquier norma que incida sobre el territorio, siquiera sea de forma mediata o negativa, tenga que quedar subsumida en la competencia autonómica sobre ordenación del territorio, puesto que ello supondría atribuirle un alcance tan amplio que desconocería el contenido específico de otros muchos títulos competenciales, no sólo del Estado, máxime si tenemos en cuenta que la mayor parte de las políticas sectoriales tienen una incidencia o dimensión espacial*".

¹⁹ Definiciones más o menos parecidas pueden hallarse en otras normas autonómicas. Véase sin embargo, por ejemplo, el art. 2 de la Ley valenciana 8/2004, de 20 de octubre, de vivienda, con una definición más completa y que incluye una referencia al medio ambiente urbano en el que se inserta la vivienda:

“Se entiende por vivienda toda edificación habitable, destinada a residencia de personas físicas, y que reúna los requisitos básicos de calidad de la edificación, *entorno y ubicación* conforme a la legislación aplicable, y que sea

Tipos de intervención pública y distribución de funciones sobre la materia vivienda

En primer lugar, la vivienda, entendida en la manera restringida expuesta, es un sector de producción industrial, muy importante en España, como es sabido, el cual produce unos bienes, las viviendas, que entran en el tráfico jurídico como bienes puramente privados cuando se trata de la llamada vivienda "libre".

Ahora bien, su consideración de bien privado y la existencia de relaciones puramente jurídico-privadas a su alrededor (compra, venta, alquiler...), no excluyen, naturalmente, la regulación jurídica de sus efectos. Juegan aquí los arts. 149.1.6 y 149.1.8 CE, que dan lugar, por ejemplo, a la elaboración de la normativa estatal sobre alquileres (así, la ley 29/1994, de 24 de noviembre, *de Arrendamientos Urbanos*), propiedad (ley 49/1960, de 21 de julio, *sobre Propiedad Horizontal*), o aspectos de la construcción (ley 38/1999, de 5 de noviembre, *de Ordenación de la Edificación*, Disposición Final Primera, letra a, en relación, por ejemplo, con el art. 6 referido a la recepción de la obra). Ésta es, en consecuencia, una segunda puerta de entrada del legislador estatal a la vivienda.

Ahora bien, las viviendas no son sólo bienes privados. Son también bienes que inciden, directa o indirectamente, en derechos constitucionales. La necesidad de proteger los intereses generales y de hacer efectivos estos derechos constitucionales justifica la intervención administrativa, ante los *fallos del mercado*. Esta intervención, sin embargo, se desarrolla de diversas maneras, con un grado de incidencia diferente sobre los privados y, como intentaremos exponer, con un régimen competencial que se modula dependiendo del tipo de intervención pública.

La exposición se basará, pues, en la tradicional distinción entre actividad administrativa de policía o de limitación, actividad administrativa de fomento y actividad administrativa de prestación o servicio público (y/o iniciativa económica, dependiendo de la interpretación que se haga del papel de la actividad administrativa en este campo), plasmada, por ejemplo, en las promociones públicas de vivienda.

La actividad de limitación en relación con la vivienda

En primer lugar, la intervención pública sobre la vivienda puede buscar proteger el interés general mediante el establecimiento de limitaciones y condiciones en el ejercicio de la actividad privada. Aquí la materia vivienda conecta con otras diversas materias contenidas en la CE y en los Estatutos de Autonomía: industria (149.1.13 CE), sanidad (149.1.16), comunicaciones (149.1.21), medio ambiente (149.1.23, en relación concretamente a la sostenibilidad en relación con las viviendas), energía (149.1.25), seguros (149.1.11) o titulaciones profesionales (art. 149.1.30). Casi

apta para la obtención de la licencia municipal de ocupación o, en el caso de viviendas protegidas o rehabilitadas de protección pública, la cédula de calificación definitiva.”

todas estas materias, y las correspondientes funciones estatales sobre las mismas, han sido aludidas en la Disposición Final Primera de la ya mencionada ley estatal 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación, como fundamento constitucional para la aprobación de dicha ley²⁰. También la ley estatal General de Sanidad de 25 de abril de 1986 se refiere en la vivienda (art. 18.6, 19 letra y o 42.3 letra c)²¹.

De igual manera, es importante tener en cuenta el relevante papel de la intervención pública con el fin de garantizar los derechos de los consumidores y usuarios, de conformidad con el art. 51.3 CE y para velar por el correcto funcionamiento del mercado inmobiliario (teniendo en cuenta también la materia comercio interior). Éstos son ámbitos en los que las competencias autonómicas pueden ser relevantes y cuyo ejercicio ha de posibilitar una regulación administrativa adecuada de las relaciones entre privados. En defensa del consumidor en el ámbito de la vivienda, como el Tribunal Constitucional ha reconocido con carácter general, aceptando, incluso, la exigencia autonómica de inscripción en determinados registros administrativos para el desarrollo de actividades comerciales²².

En este tipo de actividad tienen especial importancia las autorizaciones administrativas (licencia de edificación, licencia de primera ocupación) y la denominada tradicionalmente cédula de habitabilidad, como control administrativo sobre la aptitud de una vivienda para ser destinada a residencia humana desde la perspectiva de su habitabilidad, actuando como garantía del derecho a la salud. Todas estas técnicas se hallan en manos autonómicas en virtud de la competencia sobre vivienda, si bien su posible relación con el urbanismo y los títulos competenciales estatales no puede ser olvidada²³.

La actividad de fomento y la vivienda

En segundo lugar, la intervención pública se puede producir intentando incentivar determinadas conductas privadas. Esta promoción de ciertos comportamientos de los privados se puede hacer de diversas maneras. Así, en el ámbito de la vivienda una manera de hacerlo es mediante la *política fiscal*, que tanta importancia ha tenido hasta el momento en España en este sector, la cual queda esencialmente en manos estatales. Tenemos aquí, por tanto, una tercera vía de incidencia estatal sobre la vivienda.

²⁰ De igual manera, la Disposición Final Segunda autoriza en el Gobierno por la aprobación de un Código Técnico de la Edificación, con el fin de establecer las exigencias que tienen que reunir los edificios de acuerdo con el art. 3, aplicándose hasta su aprobación las Normas Básicas de Edificación (NBE) que regulan las condiciones técnicas de los edificios aludidas a la misma Disposición Final Segunda.

²¹ Sobre todos estos aspectos es de interés BASSOLS COMA, M., "La vivienda como producto finalista de las ordenaciones territorial y urbanística", *Ciudad y Territorio* 80-2/1989, pp. 21 y ss

²² Ténganse en cuenta las SSTC números 88/1986, 15/1989, 225/1993 y 284/1993.

²³ Es el caso de la licencia de edificación, que como licencia urbanística se incluye bajo el radio de acción del art. 149.1.1 CE, de acuerdo con el FJ 34, letra a, de la ya citada STC 61/1997.

La otra manera tradicional de fomentar determinadas conductas privadas en torno a la vivienda a España ha sido la llamada *vivienda protegida*.

La actividad de fomento en el ámbito de la vivienda protegida se despliega mediante préstamos calificados y otorgamiento de ayudas económicas directas, que comprenden tanto la subsidiación del crédito como las propias subvenciones al promotor o a los adquirentes de estas viviendas. En esta actividad de fomento toman parte tanto las CC.AA como el Estado, a pesar de éste no tenga competencia alguna en la materia vivienda. La razón de esta intervención estatal, radica, como es sabido, en la interpretación efectuada por la STC 152/1988 (continuada por la STC 59/1995, de 17 de marzo) que es el fallo constitucional esencial en este punto²⁴.

Efectivamente, como es sabido, la STC de 1988 señaló que, dada la relevancia de la vivienda para la economía - y a pesar de que les corresponda a las Comunidades Autónomas el desarrollo de *"una política propia en dicha materia, incluido el fomento y promoción de la construcción de viviendas, que es, en buena medida, el tipo de actuaciones públicas mediante las que se concreta el desarrollo de aquella política"* (FJ 2) - las competencias del Estado sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica y sobre las bases de la ordenación del crédito *"limitan"* esta competencia autonómica (art. 149. 1. 13 y 11 CE).

En consecuencia, la STC de 1988 distingue cuatro aspectos inherentes a las competencias estatales en el ámbito del fomento con incidencia sobre la vivienda: a) La definición de las actuaciones protegibles; b) la regulación esencial de las formulas de financiación adoptadas (créditos calificados, subsidiación de préstamos y subvenciones); c) el nivel de protección; d) la aportación de recursos estatales (FJ 4). Todo eso, sin embargo:

"no significa que las Comunidades Autónomas con competencias en materia de vivienda hayan de quedar absolutamente desprovistas de cualquier atribución por lo que se refiere a las actuaciones protegibles en el sector. Por un lado, es evidente que, en función de aquellas competencias estatutarias, pueden definir y llevar a cabo una política de vivienda propia, complementando las actuaciones de protección y promoción previstas por el Estado, con cargo a sus propios recursos, lo que, frente a lo que alega el Gobierno Vasco, no resulta impedido por las disposiciones que impugna. Pero además, para la ejecución de la normativa estatal reguladora de las actuaciones protegibles que, como diremos más adelante, les corresponde, las Comunidades Autónomas deben contar como un margen de libertad de decisión que les permita aplicar las medidas estatales adaptándolas a las peculiares circunstancias de su territorio, sin perjuicio del respeto debido

²⁴ En referencia a esta doctrina del Tribunal Constitucional en el ámbito de la vivienda, se pueden consultar los siguientes trabajos, BELTRAN DE FELIPE, M., *La intervención administrativa en la vivienda*, Lex Nova, Valladolid, 2000, IGLESIAS GONZÁLEZ, F., *Administración Pública y Vivienda*, Montecorvo, Madrid, 2000, y *Régimen Jurídico de la Protección en la Promoción y Adquisición de Viviendas*, Aranzadi, Pamplona, 2000, y MUÑOZ CASTILLO, J., *El Derecho en una vivienda digna y adecuada*, Colex, 2000, y *Constitución y Vivienda*, CEPC, Madrid, 2003.

a los elementos indispensables que las normas estatales arbitran para alcanzar los fines de política económica general propuestos."

Esta doctrina del Tribunal Constitucional se ve reflejada hoy en día en el Real Decreto 1/2002, de 11 de enero, sobre medidas de financiación de actuaciones protegidas en materia de vivienda y suelo del Plan 2002-2005, modificado por los Reales Decretos 1042/2003, de 1 de agosto, y 1721/2004, de 23 de julio²⁵ y con diversos aspectos concretados por diferentes Órdenes ministeriales²⁶. Esta normativa estatal es desarrollada por cada Comunidad Autónoma en ejercicio de sus competencias²⁷.

Este Real Decreto estatal define las actuaciones protegibles (art. 1) así como la forma de protección (art. 2) y el nivel de protección. Sin embargo, prevé la instrumentación financiera e institucional del Plan, mediante la figura de los convenios con las Comunidades Autónomas y de los convenios con las entidades de crédito (artes. 42 y ss.). En el primer caso, estos convenios territorializan el dinero que el Estado dedicará a las ayudas directas (subsidiación de préstamos, subvenciones y ayudas directas en la entrada). En el segundo caso, el Estado firma convenios con las Entidades de crédito a fin de que éstas concedan préstamos calificados.

Dentro de este complejo marco, es, pues, el Estado quien aporta recursos financieros que distribuye entre las CCAA mediante la figura de los convenios con éstas (art. 43) y es también quien firma los convenios con las entidades de crédito, para la concesión de los préstamos calificados y quien efectúa los pagos a éstas. En relación con este modelo, puede señalarse que la STC de 1988 lo encontró acorde con la distribución competencial mencionada (FJ5). A pesar de eso, cabe destacar que no se entiende bien la razón por la que el Estado se puede reservar la posibilidad de hacer uso de una serie de recursos no territorializados (art. 42.2). Es también discutible (aunque el TC lo aceptara en el año 1988²⁸) el hecho que sea el Estado quien firme los convenios con las entidades de

²⁵ Por el primero se crea el grupo O de municipios singulares, en los que el precio máximo de venta de las viviendas sometidas al Real Decreto puede ser incrementados hasta un 80% si se trata de viviendas libres adquiridas en segunda o posterior transmisión. El segundo Real Decreto impulsa diversas medidas (por ejemplo, aumenta hasta un 90% el diferencial de precios máximos en municipios singulares del grupo O al que nos referíamos), entre las que destacan el intento de potenciación del alquiler, previendo, por ejemplo, determinadas subvenciones a propietarios ligadas a la rehabilitación para la posterior cesión en arrendamiento (art. 35.2 letra c ahora del Real Decreto de 2002) y nuevas medidas conectadas a subvenciones para alquiler de inquilinos "preferentemente jóvenes de edad no superior a 35 años" con un determinado límite de ingresos familiares, de rentas a satisfacer y de características de la vivienda.

²⁶ Sin embargo, se debe tener en cuenta también el Real Decreto-Ley estatal 31/1978, de 31 de octubre, sobre política de viviendas de protección oficial y el Decreto 3148/1978, referido al régimen jurídico de las viviendas de protección oficial.

²⁷ Así, por ejemplo, véase el Decreto catalán 45/2004 de 14 de diciembre.

²⁸ FJ 5: "En lo que toca a la competencia para suscribir los convenios de financiación de las actuaciones protegibles en materia de viviendas, debemos recordar ahora lo que señalábamos en la STC 95/1986, en relación con los créditos destinados a la financiación de viviendas rurales. Dado que dichos préstamos pueden ser concedidos por diferentes entidades financieras, tanto públicas como privadas, resulta constitucionalmente legítimo residenciar en un solo órgano estatal la facultad de formalizar los convenios, en virtud de las competencias de coordinación que en el Estado reconoce el art. 149.1.13, con el objeto de garantizar que los topes máximos que puedan fijarse por el Gobierno para esta línea de créditos sean efectivamente respetados, así

crédito, ya que se podría preservar igualmente el objetivo de no exceder la cantidad global de los fondos estatales destinados al sector determinando la cantidad máxima por Comunidad Autónoma²⁹. Finalmente, no se entiende tampoco la razón por la que el Estado tenga que abonar a las entidades de crédito las cantidades dedicadas a subsidiar los créditos calificados. La STC de 1988 consideró que (FJ 5):

"Por último, en cuanto al pago de los subsidios a los créditos concedidos por las entidades financieras para financiar las actuaciones protegibles en materia de vivienda, si bien no es el único sistema constitucionalmente posible, no puede entenderse que invada las competencias de la Comunidad Autónoma del País Vasco aquél en virtud del cual es un organismo centralizado el que tiene la facultad de liquidar tales subsidios"

Pues bien, creemos que no sólo no es el único sistema constitucionalmente posible, sino que hay otra alternativa más respetuosa con las competencias autonómicas en materia de vivienda: que sean las propias CCAA quienes abonen las cantidades a las entidades de crédito³⁰.

En este modelo, queda en manos autonómicas el desarrollo de las bases estatales, añadiendo requisitos y, en su caso, financiaciones complementarias. En este punto, es de gran interés la posibilidad autonómica de crear *figuras de vivienda de protección autonómica*, como alternativa a la vivienda de protección oficial, que también son susceptibles de recibir financiación estatal, siempre y cuando su superficie útil no exceda de los 90 m² (120 si se trata de familia numerosa, art. 3 Real Decreto 1/2002).

Por supuesto, queda también en manos autonómicas el ejercicio de sus competencias en materia de vivienda, respetando las bases estatales, estableciendo las regulaciones propias que crean convenientes (como nuevas figuras propias de vivienda protegida diferentes de las estatales; véase, por ejemplo, el art. 2 de la Ley madrileña 6/1997, de 8 de enero) y fomentando las actuaciones vinculadas a éstas con fondos exclusivamente propios.

En este sentido, existen ya diversos ejemplos de normas autonómicas que desarrollan modelos originales referidos a diversos aspectos de la vivienda en general y de la protegida en particular. Es el caso, por ejemplo, de la Ley aragonesa 24/2003, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de política de vivienda protegida, que, entre otras medidas, además de definir una tipología propia de viviendas protegidas crea el Registro de Solicitantes de Vivienda Protegida, que se constituye como el mecanismo a través del cual se controla la verificación de la concurrencia de los

como para asegurar una distribución homogénea o no discriminatoria de tales créditos en todo el territorio nacional"

²⁹Véase sin embargo, IGLESIAS GONZÁLEZ, F., *Administración Pública y Vivienda*, Montecorvo, Madrid, 2000, pág. 160, quien considera que tiene que ser competencia estatal esta firma, dado que entiende que esta actividad no tiene un contenido ejecutivo, sino que sería una competencia *anexa* a la competencia estatal de ordenación del crédito

³⁰ Coincidimos en este punto con IGLESIAS GONZÁLEZ, F., *Administración Pública y...*, *op.cit.*, pág. 177.

requisitos para la adjudicación de éstas y se trata de evitar el fraude en su transmisión (arts. 20 y ss). Un segundo ejemplo lo constituye la Ley foral 8/2004, de 24 de junio, de protección pública a la vivienda, la cual regula el procedimiento de adjudicación de las viviendas, instrumentando determinadas *acciones positivas* a favor de algunos colectivos, mediante el establecimiento de ciertas reservas, y establece legalmente el concepto de vivienda desocupada (arts.18 y ss. y art. 42).

Finalmente, también está en manos autonómicas la ejecución de las políticas públicas de fomento, mediante, entre otras actuaciones, las calificaciones provisionales y definitivas que son las que abren la puerta a recibir la financiación estatal en el caso de las viviendas sometidas a algún régimen de protección pública.

De todo el conjunto expuesto, se pueden destacar algunos aspectos. En primer lugar, que con respecto al *elemento formal* de las bases estatales se tiene que subrayar la inexistencia de norma estatal con rango legal estableciéndolas (por todas, STC 69/1988, de 19 de abril, FJ 6). Es este un problema tradicional de las disposiciones en materia de vivienda, que han sido siempre dispersas, inconexas y, además, recogidas en normas reglamentarias. Quizás sería el momento, desde las perspectivas competencial, de la reserva de ley (teniendo en cuenta, como se expuso la relación entre vivienda y ciertos derechos fundamentales), de la seguridad jurídica y de la "visibilidad" del derecho de la vivienda, de hacer entrar a la Ley en este ámbito, teniendo en cuenta además las previsiones recogidas al arte. 131 CE que podrían encajar perfectamente en este campo³¹. Debe tenerse en cuenta que el repetidamente mencionado Real Decreto 1/2002, de 11 de enero sobre medidas de financiación de actuaciones protegidas en materia de vivienda y suelo del Plan 2002-2005 tiene un total de 45 artículos y diversas Disposiciones Adicionales, Transitorias, Derogatorias y Finales. Es decir, se trata de una regulación extensa, con contenidos no siempre especialmente técnicos o detallados (la cual además es completada por convenios posteriores con las CC.AA y las entidades bancarias, como hemos dicho) y que, en una parte al menos, podría encontrar acomodo en una norma de rango legal: en aquella parte que establezca la arquitectura básica del modelo que subsiste a los distintos planes que se aprueban y que puede, además, incorporar, como luego se argumentará, aspectos distintos del puro fomento.

³¹ Artículo 131 CE:

"1. El Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a laso necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución.

2. El Gobierno elaborará los proyectos de planificación, de acuerdo cono las previsiones que le sean suministradas por las Comunidades Autónomas y el asesoramiento y colaboración de los sindicatos y otras organizaciones profesionales, empresariales y económicas. A tal fin se constituirá un Consejo, cuya composición y funciones se desarrollarán por ley".

El Tribunal Constitucional ha señalado que en el caso de planificaciones sectoriales, la observancia del art. 131 CE no es necesaria (STC 29/1986, de 20 de febrero), pero, naturalmente, no es imposible (así, STC 76/1983, de 5 de agosto) y, teniendo en cuenta todo lo que se expone en el texto, quizás sería más que conveniente.

En cuanto al *elemento material de las bases estatales*, la STC de 1988 fue dictada en un momento en el que el concepto de bases estatales era amplio, especialmente en relación con el desarrollo de la actividad de fomento por parte del nivel estatal. La consignación de subvenciones de fomento en los presupuestos generales en relación en la vivienda tiene que ser ahora respetuosa con la doctrina establecida por la STC 13/1992, de 6 de febrero, FJ 8, concretamente letra b, por lo que el Estado puede especificar *"su destino y regulando sus condiciones esenciales de otorgamiento hasta donde lo permita su competencia genérica, básica o de coordinación, pero siempre que deje un margen a las Comunidades Autónomas para concretar con mayor detalle la afectación o destino, o, al menos, para desarrollar y complementar la regulación de las condiciones de otorgamiento de las ayudas y su tramitación"*. Naturalmente, cabe plantear el debate sobre si las bases estatales, incluidas hoy en día principalmente en el Real Decreto 1/2002 mencionado, respetarían o no estos límites.

Actividad de prestación o servicio público y vivienda

Finalmente, la Administración puede intervenir directamente en el mercado de la vivienda, por ejemplo construyendo, adquiriendo o rehabilitando viviendas asequibles. Actividad que puede ser considerada como de servicio público³². Como hace ya más de veinte años sostuvo BASSOLS COMA, si bien desde una perspectiva más global, "la orientación social que impone el artículo 47 de la Constitución del disfrute del bien vivienda transforma a dicho sector en un auténtico servicio público, que, si bien no se presta en régimen de monopolio, atribuye a los poderes públicos la facultad de ordenar e intervenir en todo el sector de producción y uso de la vivienda"³³.

Se trata éste de un ámbito material de la exclusiva competencia autonómica. Debe notarse que la sentencia del TC de 1988 mencionada se concentró en el fomento público de la promoción privada, no en la promoción pública, por lo que se podría entender que ésta quedaría al margen de las competencias estatales derivadas de los artículos 149.1, apartados 11 y 13³⁴. Por otra parte, hay que tener presente que el Real Decreto 1/2002 hace referencia a la promoción pública en sus arts. 1 y 22 y que la STC 59/1995, de 17 de marzo, entendió que el fomento estatal referido a viviendas de

³² Al respecto, puede consultarse CASTILLO BLANCO, F. A., "La actividad de edificación, rehabilitación urbana y equipamiento comunitario como competencia de las sociedades urbanísticas" en *RDUyMA*, abril-mayo 1999, pp. 49 y ss., y PAREJA, M., PONCE, J., GARCIA, L., *Urbanisme i habitatge com a eines de desenvolupament sostenible*, F. Pi i Sunyer, 2004, pp. 118 y ss. Ténganse especialmente en cuenta aquéllas intervenciones públicas dirigidas a la creación de alojamientos a caballo entre la vivienda individual y la residencia colectiva. Así, por ejemplo, véase el art. 1.2 del Real Decreto estatal de 2002, antes aludido. El art. 34 de la Ley catalana 2/2002, de 14 de marzo, modificada por la Ley 10/2004, de 24 de diciembre, por ejemplo, establece la posibilidad de que el planeamiento urbanístico prevea como sistemas urbanísticos reservas de terrenos para viviendas dotacionales públicas dirigidas a satisfacer las necesidades temporales de colectivos de personas con necesidades de asistencia y emancipación.

³³ BASSOLS COMA, M., "Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la Constitución Española de 1978, *RDU*, 85, 1983, pp. 32.

³⁴ Discute esta interpretación, destacando que la promoción pública de viviendas también encajaría dentro de las bases estatales derivadas del arte. 149.1.13 CE, BELTRAN DE FELIPE, M., *La intervención...*, *op.cit.*, pág. 66

promoción pública estaba cubierto por el art. 149.1.13 CE³⁵. IGLESIAS GONZÁLEZ hace notar, en cambio, que, en su opinión, esta regulación estatal no puede encajar al art. 149.1.13 CE³⁶.

Por lo tanto, siguiendo este último razonamiento, caso de entenderse que este precepto, es decir el art. 149.1.13 CE, no puede dar cobertura a esta intervención estatal, se tendría que obtener como conclusión la inadecuación de la solución dada por la STC de 1995 y la posible inconstitucionalidad de las referencias del Real Decreto 1/2002 al condicionar concretamente tales ayudas³⁷.

¿Un replanteamiento global del sistema?

Por último, para finalizar este estudio en relación con la ya expuesta actividad de fomento creemos pertinente plantear si hoy en día tiene sentido que estén en manos estatales los fondos dedicados a la financiación de la protección pública de la vivienda. IGLESIAS GONZÁLEZ es especialmente incisivo al respecto, señalando que en el cómputo de los servicios traspasados en materia de vivienda no se integraron las cantidades que realmente dedicaba la Administración Estatal a la protección pública en la vivienda, singularmente a la protección y a la promoción y adquisición de viviendas. Estas cantidades permanecieron en manos estatales y su reparto se ha ido articulando mediante las normas que han ido aprobando los Planes de Vivienda. Eso explicaría que en aquellas CCAA con un régimen de financiación singular (País Vasco y Navarra) no se hayan celebrado convenios con el Estado y las mismas hayan quedado, voluntariamente, al margen de los Planes de Vivienda, al disponer de fondos propios para hacer las políticas públicas propias.

Por ello este autor sugiere un cambio global de modelo, que pasaría por la transferencia incondicionada de los fondos estatales a todas las CC.AA., pues ellas son quien tienen la competencia en materia de vivienda, con una redefinición de la fórmula del coste efectivo, sin que eso tenga que impedir el establecimiento de una regulación básica estatal referida a las líneas principales y a los criterios globales de ordenación del sector en desarrollo de los títulos competenciales ya aludidos³⁸.

³⁵ Se trataba de un convenio entre el Patronato Municipal de la Vivienda de Barcelona y el MOPU para la rehabilitación de viviendas de promoción pública. La STC acaba reconociendo la competencia de la Generalitat de Catalunya para gestionar los fondos estatales, aunque aceptando la posible intervención estatal gracias al art. 149.1.13 CE

³⁶ IGLESIAS GONZÁLEZ, F., *Administración Pública y...*, *op.cit.*, p. 375., "puesto que ni se pretende directamente con estas ayudas incidir en el sector económico de la construcción de viviendas, ni indirectamente se conseguiría este eventual objetivo", pero si podría encontrar fundamento, a su juicio en el art. 149.1.1 CE.

³⁷ Otra cosa diferente es que, de acuerdo con la doctrina de la STC 13/1992, de 6 de febrero, FJ 8, letra a, el Estado, a pesar de no tener competencia sobre esta materia puede "desde luego, decidir asignar parte de sus fondos presupuestarios en esas materias o sectores. Pero de una parte, la determinación del destino de las partidas presupuestarias correspondientes no puede hacerse sino de manera genérica o global, por sectores o subsectores enteros de actividad. Por otra parte, esos fondos han de integrarse como un recurso que nutre la Hacienda autonómica, consignándose en los Presupuestos Generales del Estado como transferencias corrientes o de capital a las Comunidades Autónomas, de manera que la asignación de los fondos quede territorializada, a ser posible, en los mismos Presupuestos Generales del Estado"

³⁸ IGLESIAS GONZÁLEZ, F., *Administración Pública y...*, *op.cit.*, pp. 323 y ss

El papel del Estado en relación con la vivienda

Toda la explicación anterior lleva a apreciar la extraordinaria complejidad del modelo existente y la dificultad de aislar ámbitos exclusivos y excluyentes en manos de las CC.AA, en un sector en el que, como hemos visto, la interrelación entre niveles de poder (incluyendo el local, del cual aquí, por razones del objeto del análisis, no nos hemos ocupado) es evidente y la necesidad de formulas de colaboración también.

Pero aunque sea difícil hallar específicos subámbitos materiales en que la competencia autonómica en vivienda sea realmente exclusiva, en el sentido de excluyente de la actuación estatal, esta tarea no es, no puede ser, imposible. Es más, es necesaria, porque el punto de partida imprescindible es, como sabemos, *que el Estado no tiene competencia directa en materia de vivienda y que ésta corresponde a las CC.AA.*

Este punto de partida, en la práctica, se ve distorsionado por diversos elementos ya expuestos, pero convendría no perderlo de vista en ningún momento, tanto en relación con un posible replanteamiento del sistema en vigor en el momento de redactar estas líneas como de cara a posibles futuros desarrollos que pretendan llevarse a cabo por el nivel estatal, utilizando, por ejemplo, el art. 149.1.1 CE³⁹. Es necesario tener en cuenta que el Tribunal Constitucional en su sentencia 152/1988 rechazó considerar al art. 149.1.1 CE como un título competencial autónomo en manos del Estado que lo habilitara para actuar en materia de vivienda⁴⁰, mientras que en su sentencia 61/1997 ni

³⁹ Sobre la interpretación por parte del TC de este precepto puede consultarse BARNÉS, J., “Legislación básica y artículo 149.1.1 CE”, a AA.VV, *Informe de las Comunidades Autónomas 2003*, Instituto de Derecho Público, 2004, pp. 816 i ss. Un análisis jurisprudencial y doctrinal del art. 149.1.1 CE en conexión con el desarrollo estatal de políticas sociales puede consultarse en SÁENZ ROYO, E., *Estado social y descentralización política*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, pp. 277 y ss.

⁴⁰ Aunque RUBIO LLORENTE no estuvo de acuerdo con la mayoría en su conocido voto particular en la sentencia de 1988. En el mismo, el art. 149.1.1 CE es considerado como un título competencial más respetuoso con las competencias autonómicas que los esgrimidos por la mayoría del TC. Recordemos algunos párrafos de dicho voto particular:

“Ni por su desarrollo de detalle puede considerarse el plan de protección de viviendas un mero establecimiento de bases o un conjunto de medidas de coordinación, ni su sentido primordial es, a mi juicio, el de incidir sobre un sector de la actividad económica, sino el de procurar dar realidad al derecho a una vivienda digna y adecuada que el art. 47 de la Constitución reconoce a todos los españoles. Visto desde esta perspectiva, el mencionado plan puede ser entendido como una actuación producida, no al amparo del párrafo 13, sino más bien del párrafo primero del apartado 1.º del art. 149, como un esfuerzo por asegurar un mínimo igual en el ejercicio (en rigor en el disfrute), de un derecho constitucional.

Resultan desde luego, evidentes, las dificultades dogmáticas que implica la consideración como «derechos constitucionales» de todos los que derivan de actuaciones estatales acomodadas a los principios de política social y económica que enumera el Capítulo Tercero del Título I de la Constitución, pero tales dificultades no me parecen insalvables si el concepto de derechos constitucionales se entiende como concepto genérico y mucho menos graves, desde luego, que las que origina el empleo de otro título genérico (el del 149.1.13.º), inadecuado no sólo porque lo es, sino sobre todo, porque dada su naturaleza lleva a la ablación total de las competencias autonómicas. Proconicé por eso su uso y sigo teniendo el convencimiento de que con él se hubiese podido llegar, salvo en los puntos de los que expresamente he disentido, a resultados tal vez no muy disimiles de los alcanzados, pero mediante una construcción más respetuosa con las competencias

siquiera se planteó tal posibilidad en relación con la calificación de vivienda protegida en el planeamiento⁴¹. En todo caso, sin desconocer los hipotéticos riesgos que puede presentar este precepto para la competencia autonómica, la imbricación de la vivienda con diversos derechos constitucionales ha hecho plantearse ya a algún autor la posibilidad de que el art. 149.1.1 pueda tener algún juego en este campo⁴².

Debe notarse, en cualquier caso, que *de facto*, como BELTRAN DE FELIPE señala, "*cabe extraer un conjunto de reglas comunes - Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU), leyes tributarias, bases del urbanismo - contempladas en la Ley del Suelo, y, además, los Planes de Vivienda estatales, pese a no tener rango de ley sino rango reglamentario, hacen las veces de ley de vivienda aplicable en todo el territorio*"⁴³.

Eso explica en parte, conjuntamente con el grave problema social existente, la discutida, desde el punto de vista de la oportunidad, creación del *Ministerio de la Vivienda* por el Real Decreto 553/2004, de 17 de abril. Es cierto que se trata de un Ministerio que ya existió entre 1957 y 1977, aunque evidentemente, en el contexto de un Estado fuertemente centralizado.

En cualquier caso, que el Estado pueda tener algún papel en relación con la vivienda mediante títulos competenciales conexos *no significa que pueda ser ya el actor principal en el escenario*. Aunque tampoco cabe afirmar, *a contrario*, que ya no tenga función alguna en este sector. En nuestra opinión, le ha de corresponder más bien un (importante) papel de *agente facilitador* del ejercicio de la competencia por parte de las CC.AA. Papel que el Estado puede representar tanto mediante el ejercicio de sus propias competencias ya aludidas como mediante el uso de sus medios financieros y patrimoniales.

Además, siendo en todo caso respetuoso con el ámbito competencial autonómico y local, el nivel estatal puede tener un papel, si se quiere más intangible y menos concreto pero no menos importante, de impulsor, de generador de dinámicas modernizadoras y formadoras que pueden redundar en beneficio del conjunto de los operadores públicos y de la buena administración y, en consecuencia y sobre todo, de los ciudadanos y ciudadanas.

autonómicas y que hubiese podido orientar más eficazmente que la recogida en la Sentencia, la actuación futura de los poderes públicos sobre esta materia La conceptualización del Plan cuatrienal como un plan mediante el que el Estado trata de asegurar que la actuación de los poderes públicos para dar realidad al derecho a la vivienda se lleva a cabo de modo que se asegure en lo posible un mínimo igual en todo el territorio nacional, habría permitido, de una parte, dar una explicación más razonable a la articulación de la iniciativa estatal con las competencias autonómicas en la materia y asegurar, de la otra, un mayor margen de libertad de acción a las Comunidades Autónomas para todas las actuaciones que, una vez asegurado este mínimo social igual, quisieran llevar a cabo en esta materia."

⁴¹ Un análisis de los FFJJ 24 y 30 de esta sentencia puede encontrarse en PONCE SOLÉ, J., *Poder local y...*, *op.cit.*, pp. 137 y ss.

⁴² Por ejemplo, IGLESIAS GONZÁLEZ, F., *Administración Pública y...*, *op.cit.*, pp. 372 y ss

⁴³ BELTRAN DE FELIPE, M., "Vivienda y Urbanismo", a MUÑOZ MACHADO, S., GARCÍA DELGADO, J.L., GONZÁLEZ SEARA, L. (Dir.), *Las estructuras del bienestar. Derecho, Economía y Sociedad en España*, Civitas-Escuela Libre Editorial, pág. 431.

Algunos ejemplos concretos quizás pueden ayudar a clarificar lo que se pretende exponer.

Por lo que se refiere a la facilitación estatal de las competencias autonómicas en materia de vivienda, el campo del urbanismo nos proporciona un buen ejemplo en tal sentido. Un posible supuesto sería posibilitar la cesión de aprovechamiento en suelo urbano consolidado, inexistente en la actualidad, para facilitar la generación de vivienda asequible allí donde más puede necesitarse.

Efectivamente, como es sabido el legislador estatal anterior a 1996 no excluía las cesiones de aprovechamiento en parte alguna del suelo urbano, previstas en la reforma de 1990 y del Texto Refundido de 1992. Y la STC 61/1997 no encontró este modelo estatal inconstitucional ni irrespetuoso con las competencias autonómicas de por sí. A partir de 1996 (Real Decreto-Ley 5/1996, de 7 de junio y Ley 7/1997, de 14 de abril) y, sobre todo, con la Ley 6/1998, la regulación estatal dio un vuelco, excluyendo del deber de cesión de aprovechamiento urbanístico no apropiable a los dueños de suelo clasificado como urbano consolidado (ahora, art. 14.1 Ley 6/1998)⁴⁴.

Tanto la STC 164/2001 como la STC 54/2002 analizaron el nuevo modelo estatal de exclusión de las cesiones en suelo urbano consolidado y lo encontraron también respetuoso con las competencias autonómicas. En nuestra opinión, sin embargo, esta regulación estatal, por un lado, no puede encontrar cobertura al amparo del art. 149.1.1 CE y, por otro lado, supone una vulneración del art. 47 CE.

Empezando por el final, cabe decir que la supresión de toda cesión de aprovechamiento en suelo urbano consolidado contradice el mandato del art. 47 CE con respecto a la necesidad de que la comunidad participe en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos. No estamos de acuerdo con el Tribunal Constitucional cuando afirma que el art. 47 no impide que la participación en las plusvalías se elimine de alguna clase de suelo. Creemos que la Constitución sí que impide la eliminación total y absoluta, que es lo que hace el legislador estatal ahora.

En segundo lugar, pero no en último término, la eliminación de la participación en las plusvalías en suelo urbano consolidado prevista para el legislador estatal supone, creemos, una configuración de un modelo urbanístico a las Comunidades Autónomas, que, aunque quisieran, no pueden imponer la participación de la comunidad en la generación de estas plusvalías para los dueños. El Tribunal Constitucional dice que el legislador estatal puede, ex. 149.1.1 CE "*aliviar*" cesiones de aprovechamiento, cosa de la que no dudamos; pero lo que hace la ley 6/1998 no es "*aliviar*" es "*eliminar*"; no es "*modular*", es "*acabar*" con la recuperación de plusvalías en suelo urbano consolidado. Y eso es un modelo urbanístico impuesto de forma estatal (cuándo existen alternativas, algunas tradicionalmente seguidas

⁴⁴ Téngase en cuenta la STC 178/2004, de 18 de noviembre, que declara inconstitucionales los arts. 2 del Real Decreto-Ley 5/1996, de 7 de junio y 2 de la Ley 7/1997, de 14 de abril, como resultado de una cuestión de inconstitucionalidad. También se desestima la inconstitucionalidad de la Ley vasca 3/1997, de 25 de abril, por la que se determina la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística. A partir de esta

por la propia legislación estatal, como sabemos) y, por lo tanto, constituye un exceso no amparado por el art. 149.1.1 CE⁴⁵.

Estamos ante un aspecto importante que muestra una incongruencia entre las declaraciones de principios en la jurisprudencia constitucional sobre el art. 149.1.1 CE y la operatividad real de los mismos respecto a punto concreto, incongruencia que convendría fuera objeto de rectificación por futuras sentencias del Tribunal Constitucional y, en cualquier caso, de modificación por la futura normativa estatal que pueda dictarse sobre la materia. Aunque es cierto que dentro de la Constitución son posibles diversos modelos, en cualquier caso esa futura normativa estatal entendemos que debería aprovechar la ocasión para *reconectar* el suelo urbano *en su totalidad* con el derecho a la vivienda del art. 47 CE y con la función social de la propiedad a que se refiere el art. 33 CE, previendo, de modo al menos genérico, la posibilidad de articular medidas - a concretar por las CC.AA en ejercicio de sus competencias de urbanismo y vivienda - de recuperación de plusvalías y de generación, de un modo u otro, de vivienda protegida en la ciudad ya construida, ámbito donde, por cierto, más urgente es la actuación pública en garantía de alojamiento asequible ante los fenómenos de degradación urbana⁴⁶.

Un segundo ámbito donde el Estado podría ayudar notablemente a las CC.AA sería el registral. Como ha recordado la STC 61/1997 (FJ 39), el Estado tiene competencia exclusiva para establecer qué actos son inscribibles en el Registro de la Propiedad y sujetar su inscripción al previo cumplimiento de ciertos requisitos. Diversa legislación autonómica moderna está intentando articular mecanismos efectivos de control del fraude en el ámbito de la *vivienda sometida a algún régimen de protección pública*, conectando el cumplimiento de determinados requisitos (existencia de calificación, de visado de los contratos, de inscripción del adquirente en registros administrativos creados *ad hoc*, etc⁴⁷) con la posibilidad de inscripción de las transmisiones de este tipo de vivienda. Aunque puedan existir argumentos que avalen la competencia autonómica, ciertamente una cobertura por parte de la legislación estatal ayudaría a despejar cualquier duda al respecto.

El tercer ejemplo de la tarea facilitadora estatal de las competencias autonómicas sobre vivienda se conecta con el uso táctico del patrimonio estatal para hacer posible la promoción de viviendas sometidas a algún régimen de protección pública. La Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, hace explícita referencia a esta posibilidad, especialmente en su art. 8.2 en conexión con otros preceptos de la misma Ley (véase por ejemplo el art. 191). Es de esperar que

STC se han dictado, con los mismos fundamentos jurídicos otras numerosas SSTC desestimando diversas cuestiones de inconstitucionalidad referidas a la Ley vasca 3/1997, de 25 de abril.

⁴⁵ En este sentido, FUERTES LÓPEZ, M., "Crítica sobre la desaparición de cesiones obligatorias en el suelo urbano "consolidado" A propósito de la STC de 27 de febrero de 2002", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* n.º. 10/2002. *Parte Estudio*.

⁴⁶ Al respecto véase una interesante reflexión en SIBINA, D., "Las políticas y técnicas para facilitar la transformación sostenible del suelo urbano consolidado: examen general y su concreción en las ordenanzas municipales de inspección técnica de las edificaciones", *Cuadernos de Derecho Local*, número 6, Octubre de 2004.

⁴⁷ Véase, por ejemplo, la Ley aragonesa 24/2003, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de política de vivienda protegida.

esta vía de colaboración, ya iniciada, entre Estado, CC.AA y entes locales permita disponer en el futuro de suelo bien situado para generar vivienda protegida en beneficio de los ciudadanos⁴⁸.

Algunas reflexiones finales

El rápido repaso de la distribución competencial en materia de vivienda efectuado se produce en un momento de transición, donde se anuncian diversas medidas estatales todavía por determinar y varias CC.AA impulsan nuevas legislaciones, algunas de ellas ciertamente novedosas.

Aunque la efectividad de las nuevas actuaciones deberá evaluarse cuando haya transcurrido el debido tiempo, todo parece indicar, como decíamos, que la pasividad pública parece haber comenzado a cesar, afortunadamente. El Derecho propio de un Estado que se define como social (art. 1.1 CE) deberá acompañar estos intentos de avanzar en el respeto, protección y satisfacción de los diversos derechos constitucionales conectados con el disfrute de un alojamiento digno y adecuado, algunos de ellos con rango de derecho fundamental (igualdad, intimidad, salud, etc.)⁴⁹. En este sentido, parece configurarse en el ordenamiento de diversas CC.AA. un nuevo Derecho, un Derecho “útil” o “regulativo”, en las expresiones de HABERMAS o TEUBNER, que intenta dar un salto hacia delante y busca, más allá de la pura actividad de fomento, articular medidas nuevas en garantía del derecho a la vivienda y de los otros derechos constitucionales a él asociados⁵⁰.

Esta garantía de los derechos constitucionales, si nos tomamos en serio el Derecho y tales derechos, como recomienda DWORKIN, es también una responsabilidad de la ciencia jurídica, esto es, de los juristas, que han de estar dispuestos a afrontar el reto de la complejidad, poniendo de relieve aquellas garantías jurídicas inoperantes o ineficaces, actuando entonces como garantía de las garantías o metagarantía⁵¹.

Más allá de la indiferencia, de la autosuficiencia, del escepticismo o de la confianza ciega, nunca mejor dicho, en el mercado, he aquí, creemos, un reto apasionante para el Derecho y los juristas: el impulso del derecho a la ciudad y a un alojamiento digno y adecuado que haga posible la cohesión social y territorial.

⁴⁸ Sobre este aspecto puede consultarse PONCE SOLÉ, J., “Cesión y permuta de bienes y derechos”, en CHINCHILLA, C. (Coord.), *Comentarios a la Ley 33/2003, del patrimonio de las Administraciones Públicas*, Thomson Civitas, 2004, pp. 681 y ss.

⁴⁹ ABRAMOVICH, V. Y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, 2002, pp. 200 y ss.

⁵⁰ CALVO GARCÍA, M., “Paradojas regulativas: las contradicciones del derecho en el estado intervencionista”, en AÑON, M.J., BERGALLI, R., CALVO, M. y CASANOVAS, P., *Derecho y sociedad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 99 y ss.

⁵¹ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, 2002, 3ª ed., pág.28.