

# Dictamen 282

Barcelona, 29 de noviembre de 2007

Ponente: Sr. Marc Carrillo

Dictamen solicitado por el Parlamento de Cataluña, en relación con el Dictamen de la Comisión de Medio Ambiente y Vivienda sobre el Proyecto de ley del derecho a la vivienda en Cataluña (BOPC núm. 143, de 23 de octubre de 2007).

## ANTECEDENTES

1. La Mesa del Parlamento de Cataluña, en la sesión del día 30 de octubre de 2007, a instancia de más de una décima parte de los diputados del Grupo Parlamentario de Convergència i Unió y de más de una décima parte de los diputados del Grupo Parlamentario del Partit Popular de Catalunya, acordó solicitar dictamen, de acuerdo con los artículos 8.º Primero y 9.1 de la Ley 1/1981, de 25 de febrero, en relación con el Dictamen de la Comisión de Medio Ambiente y Vivienda sobre el Proyecto de ley del derecho a la vivienda en Cataluña y las enmiendas reservadas para defender en el Pleno. Concretamente, de acuerdo con la solicitud del Grupo Parlamentario del Partit Popular de Catalunya, se solicita dictamen sobre «[...] la totalidad del texto del Proyecto de ley del derecho a la vivienda en Cataluña [...] y, de manera particular de los preceptos que se anexan, con el objeto de dictaminar si las medidas y previsiones contenidas en los mismos se ajustan plenamente al contenido del derecho de propiedad recogido en el artículo 33 de la Constitución». La relación específica de preceptos que contiene la mencionada solicitud es: artículos 5, 6, 10, 12, 14, 15, 17, 34, 36, 37, 39, 42, 47, 73 y 134. Asimismo, de acuerdo con la solicitud del Grupo Parlamentario de Convergència i Unió, se solicita dictamen sobre «[...] el conjunto del articulado del Proyecto de ley del derecho a la vivienda en Cataluña [...], en especial respecto a los artículos 17.4 (y Disposición Adicional 6a.) 31, 42.6, 76.3, 101.5 y concordantes».

El escrito de solicitud tuvo entrada en el registro de este Consejo el día 2 de noviembre de 2007 (Reg. 15382).

2. El Consejo Consultivo, en la sesión del día 6 de noviembre de 2007, una vez examinada la solicitud formulada, se declaró competente para emitir el dictamen y nombró ponente al consejero señor Marc Carrillo.

3. En la misma sesión acordó solicitar información y documentación complementarias a los portavoces de los Grupos Parlamentarios de Convergència i Unió, Socialistes-Ciudadans pel Canvi, Esquerra Republicana de Catalunya, Partit Popular de Catalunya, Iniciativa per Catalunya Verds-Esquerra Unida i Alternativa y Mixto; a los consejeros de Medio Ambiente y Vivienda, de Política Territorial y Obras Públicas y de Economía y Finanzas de la Generalidad, y a los presidentes de la Asociación Catalana de Municipios y de la Federación de Municipios de Cataluña, de acuerdo con el artículo 15 del Reglamento del Consejo. Hasta la fecha de emisión del dictamen, han enviado al Consejo Consultivo documentación sobre el Proyecto de ley objeto de dictamen, la consejería de Medio Ambiente y Vivienda (Reg. 15409) y los Grupos Parlamentarios Iniciativa per Catalunya Verds-Esquerra Unida i Alternativa y Mixto (Reg. 15417).

## **Fundamento 1**

El Proyecto de ley del derecho a la vivienda en Cataluña, objeto de dictamen, tiene como finalidad principal, de acuerdo con su preámbulo, transformar el mercado de la vivienda de la manera más estructural posible, adaptándose a las nuevas realidades que plantea. En este contexto, pretende garantizar el derecho a la vivienda –que incluye el entorno urbano en el que se integra– a partir de la creación de un parque específico de viviendas asequibles, que permita atender las necesidades de la población que necesita alojamiento, movilidad y adaptación a las necesidades cambiantes de las personas, y su integración, tanto respecto al entorno físico como desde el punto de vista social. A tal efecto, el Proyecto de ley, entre otras cuestiones, regula la vivienda de protección oficial en Cataluña, a la vez que fija el objetivo de alcanzar un porcentaje mínimo de vivienda dedicada a finalidades sociales en un plazo concreto (un 15% en 20 años). Asimismo, más allá de esta regulación, impulsa políticas concertadas con los agentes de iniciativa social o privada que actúan sobre el mercado libre de la vivienda, que es el que actualmente responde mayoritariamente a las demandas y a las necesidades de la ciudadanía.

El Proyecto de ley, que se dictamina, se estructura en siete títulos, que contienen ciento treinta y seis artículos, además de veintiuna disposiciones adicionales, ocho disposiciones transitorias, una disposición que deroga la anteriormente vigente Ley 24/1991, de 29 de noviembre, de la vivienda, y una disposición final, que determina que la ley entrará en vigor al cabo de tres meses de su publicación en el DOGC.

A continuación se expondrá el contenido de los preceptos del Proyecto de ley a los que, de forma expresa y en particular, hacen referencia las solicitudes de dictamen al Consejo Consultivo.

El artículo 5, sobre el «Cumplimiento de la función social», se inserta en el título preliminar del Proyecto de ley, que se ocupa del objeto, las finalidades y otras disposiciones generales. Concretamente, el precepto mencionado declara que el ejercicio del derecho de propiedad –de una vivienda o edificio de viviendas– debe cumplir su función social (art. 5.1) y, seguidamente, delimita el contenido de esta a partir de la configuración de los supuestos en los que se incumple, que tienen lugar: cuando se incumple el deber de conservación y rehabilitación de la vivienda, siempre que comporte un riesgo para la seguridad de las personas y se haya podido disponer de las ayudas públicas suficientes (art. 5.2.a); cuando la vivienda o el edificio de viviendas estén desocupados de manera permanente e injustificada (art. 5.2.b); cuando la vivienda esté sobreocupada (art. 5.2.c), y cuando no se destine a residencia habitual y permanente de los propietarios si se trata de una vivienda de protección oficial (art. 5.2.d). A continuación, dispone que las administraciones públicas competentes en materia de vivienda deben arbitrar vías positivas de fomento y concertación para garantizar el cumplimiento de la función social y otras medidas, como las fiscales (art. 5.3), así como también prevé la necesaria coordinación entre el departamento competente en materia de vivienda y las administraciones locales en esta cuestión (art. 5.4).

El artículo 6, también integrante del título preliminar, hace referencia a la «acción pública» en materia de vivienda, que habilita a todos los ciudadanos para exigir ante los órganos administrativos y ante la jurisdicción contencioso-administrativa el cumplimiento de la legislación y las disposiciones, y de las medidas establecidas por el planeamiento urbanístico en materia de vivienda.

El artículo 10, que forma parte del título II del Proyecto de ley, regula el concepto de la planificación territorial y la programación en materia de vivienda. En este sentido, el precepto dedica un primer apartado a establecer la finalidad y los contenidos generales de estas actuaciones, y un segundo apartado a prever los sujetos que pueden elaborar las citadas planificación y programación, que son el departamento competente en materia de vivienda de la Administración de la Generalidad o los entes locales, en este último caso, concertándolas previamente con dicho departamento.

En consonancia con el precepto anterior, los artículos 12 y 14 regulan dos instrumentos de planificación y programación de la vivienda. Así, el artículo 12 regula lo que el Proyecto considera el instrumento esencial para la planificación territorial, que es el «Plan territorial

sectorial de la vivienda», como marco orientador para la aplicación en todo el territorio de Cataluña de las políticas que establece la Ley, que puede concretarse mediante planes específicos de ámbito territorial más reducido (aps. 1 y 7). De acuerdo con esto, el precepto enumera una serie de datos y de previsiones que se relacionan con él, que en todo caso debe incluir el mencionado Plan (aps. 2 y 3). Asimismo, puede establecer reservas de suelo para uno o más municipios, más amplias que las previstas como regla general, en garantía de intereses supralocales y de acuerdo con los ayuntamientos afectados (ap. 4), así como puede contener determinaciones para que sean ejecutadas directamente o desarrolladas mediante el planeamiento urbanístico (ap. 6). El precepto regula también el procedimiento, los entes que intervienen y las garantías que debe observar el departamento competente en materia de vivienda en la elaboración del Plan (ap. 5). Y, finalmente, dispone la necesidad de que el Gobierno establezca una línea de financiación específica para hacer efectivo el desarrollo, las medidas y los requerimientos de este Plan territorial sectorial (ap. 8).

El artículo 14 se ocupa de los «Planes locales de vivienda», como instrumento que deben elaborar los ayuntamientos que quieran concertar políticas de vivienda con la Generalidad en el caso de que no exista un programa de actuación urbanística municipal. Este tipo de plan, que tiene un contenido similar al programa de actuación, debe reflejar el diagnóstico sobre las necesidades y medidas que deben adoptarse para conseguir los objetivos perseguidos en política de vivienda (aps. 1 y 2). Con este objetivo, el precepto establece su contenido preceptivo (aps. 3, 5, 6, 7 y 8); su vigencia y necesidad de revisión (ap. 4); la previsión de que su procedimiento de elaboración debe ajustarse a la legislación de régimen local sobre el régimen de funcionamiento y de adopción de acuerdos, aunque se exige un periodo de exposición pública y de mecanismos de participación ciudadana y se atribuye al pleno del ayuntamiento su aprobación (ap. 9). Asimismo, para concertar políticas de vivienda con la Generalidad, el ayuntamiento debe comunicar el acuerdo de aprobación del plan al departamento competente, y este puede requerirlo, motivadamente, para que amplíe la documentación aportada o para que lo modifique atendiendo al cumplimiento de la legalidad, las disponibilidades presupuestarias y la protección de intereses locales (ap. 10). Otras modalidades de los planes locales de vivienda que regula el precepto son el plan local simplificado, previsto para los municipios de menos de tres mil habitantes (ap. 11) y los planes locales de vivienda de alcance supramunicipal, para coordinar políticas de vivienda, que deberán cumplir unas directrices concretas prescritas en la ley (ap. 12). Para finalizar, el precepto exige al Gobierno que establezca una línea de financiación específica para atender situaciones de dificultad justificada en la elaboración de estos planes locales y que fomente la redacción de planes supramunicipales (ap. 13).

El artículo 15, referido a la «Declaración de áreas sujetas a los derechos de tanteo y retracto con relación a los objetivos de vivienda», faculta a los municipios para delimitar áreas en las que pueda ejercerse el derecho de tanteo y retracto en unas condiciones determinadas, con vistas a cumplir los objetivos de los planes locales anteriormente expuestos y alcanzar otras exigencias sobre vivienda previstas en el propio precepto (ap. 1). La definición o delimitación de estas áreas se hace en los planes locales, pero también puede hacerse en el Plan territorial sectorial de vivienda, ya sea vía propuesta o directamente, de acuerdo con los municipios afectados (aps. 2 y 3). El ejercicio del derecho de tanteo y retracto corresponde a la Administración pública por cuenta propia o a favor de terceros y, en este último caso, la norma identifica a estos terceros y establece cautelas para que la finalidad de destinar la vivienda o viviendas a políticas sociales se respete. Entre estas se destaca la posibilidad de reservar un porcentaje de suelo destinado a viviendas de protección oficial o vinculadas a políticas sociales, superior a lo que prevé el artículo 17 del Proyecto de ley como regla general (aps. 4 y 5). El precepto contiene otras previsiones sobre el ejercicio de los derechos de adquisición preferente en este tipo de áreas (ap. 6); el establecimiento de una prórroga de seis años en el plazo de duración de los mencionados derechos (ap. 8); la forma de delimitación del área cuando coincide con todo el término municipal (ap. 9), o el mandato de que el departamento competente en materia de vivienda subroge las tareas municipales a que hace referencia el artículo 15 si los entes locales no actúan (ap. 7).

El artículo 17, sobre el «Destino del suelo a vivienda de protección oficial», forma parte de un conjunto de previsiones sobre la vivienda en el planeamiento urbanístico. Concretamente, de acuerdo con la legislación urbanística vigente, señala que los planes urbanísticos deben establecer el destino de suelo a vivienda de protección oficial mediante la determinación de

las reservas y la calificación del suelo, y que la ordenación de estas reservas no da derecho a exigir indemnización (art. 6 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de urbanismo). En este sentido, sobre las mencionadas reservas, debemos remitirnos también al artículo 57 de dicho Decreto legislativo, en la redacción dada por el artículo 9 del recientemente aprobado Decreto-ley 1/2007, de 16 de octubre, de medidas urgentes en materia urbanística (ap. 1). A continuación, la norma incorpora criterios a tener en cuenta en las reservas obligatorias para vivienda de protección oficial en suelo urbano no consolidado y en suelo urbanizable, destacando que deben ser uniformes para evitar la segregación espacial (ap. 2). Con carácter general, se recogen mecanismos que permiten establecer calificaciones urbanísticas de suelo que representan un destino total o parcial a la edificación de viviendas de protección oficial, pero de manera especial se hace referencia al establecimiento de este destino en suelo urbano consolidado en operaciones de nueva construcción o gran rehabilitación, con la finalidad de que la generación de este tipo de vivienda no tenga que depender únicamente de la nueva construcción en suelos de nuevos crecimientos o de renovación urbana integral (ap. 3). En este sentido, el Plan territorial sectorial de vivienda, según las necesidades detectadas y atendido el escaso potencial de crecimiento en suelo urbanizable o en suelo urbano no consolidado, debe establecer ámbitos municipales o supramunicipales concretos en los que se deba calificar suelo urbano consolidado con destino total o parcial de la edificación a vivienda de protección oficial, como también debe establecer los criterios cuantitativos para determinar la reserva sobre el techo destinada a viviendas de protección oficial, para cualquier régimen de suelo (ap. 4). Seguidamente, se establecen una serie de cautelas para que las alteraciones del planeamiento urbanístico no comporten la reducción de suelo destinado a vivienda de protección oficial u objeto de otras medidas de estímulo de vivienda asequible (aps. 5 y 6). Por último, el precepto prevé que los promotores sociales sean receptores por diversas vías de bienes del patrimonio público de suelo y de vivienda, siempre con la finalidad de construir viviendas destinadas a políticas sociales (aps. 7 y 8).

El artículo 31, sobre «Los límites del deber de conservación y rehabilitación», integrado en el título III sobre la calidad del parque inmobiliario de viviendas y, más concretamente, en las disposiciones relativas a la conservación y rehabilitación del parque inmobiliario residencial, establece que en los supuestos de declaración de ruina este deber no es exigible al propietario o propietaria (ap. 1). A partir de esta previsión, y con la finalidad de evitar procedimientos de declaración de ruina incoados abusivamente por los propietarios para conseguir la expulsión legal de los ocupantes de la vivienda, el artículo contempla la posibilidad de que esta declaración derive del previo incumplimiento del deber de conservación y rehabilitación por parte del propietario y, de acuerdo con ello, regula las consecuencias sancionadoras y urbanísticas que se derivan de este incumplimiento (aps. 2 y 3).

El artículo 34 sobre el «Derecho general de información y regreso de los ocupantes» contiene dos garantías para los ocupantes legales de las viviendas. Por una parte, en los procedimientos administrativos instruidos para adoptar resoluciones que obliguen o habiliten a ejecutar obras para conservar o rehabilitar los edificios debe darse audiencia a dichos ocupantes (ap.1). Por otra, con carácter general, los ocupantes legales que tengan su residencia habitual en un edificio objeto de conservación y rehabilitación o declarado en ruina, y siempre que no sean responsables de su deterioro, tienen el derecho de regreso, que corre a cargo del propietario y que consiste en el derecho a volver a ocuparlo una vez rehabilitada o reconstruida, según prevé la legislación urbanística, hipotecaria y de arrendamientos urbanos (art. 16.1.e Ley 8/2007, de 28 de mayo, del suelo; disposición adicional octava de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos; art. 114 Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de urbanismo, entre otros).

El artículo 36, hace referencia a la «Declaración de áreas de conservación y rehabilitación», que, en el Proyecto de ley, se consideran una medida importante de la política de fomento de la conservación y rehabilitación de las viviendas. En este sentido, los municipios, y también la Generalidad, pueden delimitar estas áreas para promover la rehabilitación de inmuebles en zonas especialmente degradadas o para evitar procesos que puedan comportar riesgos para la cohesión social, delimitación que lleva implícita la declaración de utilidad pública de las actuaciones y que requiere un procedimiento con participación de las administraciones y

terceros interesados, así como también la exigencia de una documentación y otros requisitos concretos (aps. 1, 2, 3 y 4). Asimismo, el precepto regula el supuesto específico en el que la delimitación afecta a más de un municipio (ap. 5); la subrogación de la Generalidad en las tareas municipales en caso de inactividad de los entes locales (ap. 6) y la conexión de esta actuación con las políticas derivadas de la Ley 2/2004, de 4 de junio, de mejora de barrios, áreas urbanas y villas que requieren una atención especial (ap. 7).

El artículo 37, regula el «Alcance de la declaración» de las áreas antes expuestas, que puede comportar la puesta en marcha de diferentes medidas de actuación adaptadas a la especificidad del ámbito, que el precepto enumera con detalle en sus letras a a g.

El artículo 39, entre las medidas de intervención administrativa en materia de conservación y rehabilitación, introduce unos instrumentos innovadores, que son los «Convenios de rehabilitación». Estos se configuran como un mecanismo para acordar con los particulares interesados la conclusión de cualquier proceso iniciado para el cumplimiento del deber de conservación y rehabilitación (ap. 1). Con estos convenios ha de ser posible pactar: un programa de actuaciones de conservación y rehabilitación (ap. 2), las ayudas económicas de la Administración cuando sean exigibles, que pueden comportar el destino a vivienda de protección oficial de toda la operación o de una parte, y la forma de recuperación de estas ayudas si se produce una transmisión onerosa del inmueble (aps. 3 y 4), y la sujeción al derecho a tanteo y retracto (ap. 6). Adicionalmente, el precepto contiene otras previsiones sobre las consecuencias que se derivan del incumplimiento del convenio (ap. 7); el carácter vinculante de sus contenidos respecto de la licencia de obras correspondiente (ap. 5) y la regla general de que los pactos con trascendencia real deben inscribirse en el Registro de la Propiedad (ap. 8).

Aún en el ámbito de la calidad del parque inmobiliario, en las normas sobre la utilización anómala de las viviendas se sitúa el artículo 42, que se refiere a las «Actuaciones para evitar la desocupación permanente de viviendas». Estas actuaciones se pueden clasificar como sigue: políticas de fomento para potenciar la incorporación en el mercado, preferentemente de alquiler, de las viviendas vacías o permanentemente desocupadas, que incluyen garantías de la Administración sobre el cobro de las rentas y la reparación de desperfectos, subvenciones directas al propietario, oferta de subrogación de la Administración en la ejecución de las obras y apoyo público a contratos de masovería urbana (aps. 2 y 3); posibilidad de ceder a la Administración pública las viviendas vacías o permanentemente desocupadas para que los gestione en régimen de alquiler (ap. 4); y arbitre otras medidas, como las de carácter fiscal (ap. 5). Una vez agotadas las medidas de fomento anteriores, en los ámbitos que los instrumentos de planeamiento califican como ámbitos de demanda residencial fuerte y acreditada, la Administración competente puede acordar el alquiler forzoso de la vivienda declarando previamente el incumplimiento de la función social de la propiedad. En consecuencia, si una vez transcurridos dos años desde la notificación de la declaración la vivienda permanece vacía, en los términos que establece el artículo 3.d del Proyecto de ley, la Administración puede expropiar el usufructo de la vivienda para alquilarlo a terceros durante un plazo que no puede ser superior a cinco años, transcurrido el cual el propietario puede recuperar el uso de su vivienda. El procedimiento para llevar a cabo esta actuación debe ajustarse a la legislación urbanística y de expropiación forzosa, y en el expediente de justiprecio debe valorarse la indemnización correspondiente al derecho de usufructo temporal, atendiendo los gastos asumidos por la Administración en la gestión y las eventuales obras de mejora ejecutadas en la vivienda (ap. 6).

El artículo 47, sobre la «Carga de la prueba», se integra en el título IV del Proyecto de ley, que contiene una serie de disposiciones sobre la protección de los consumidores y los usuarios de vivienda en el mercado inmobiliario. En concreto, en la línea de otras regulaciones como el artículo 20 de la Ley estatal 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, este precepto invierte la carga de la prueba en los procedimientos de denuncia de discriminación en el ejercicio del derecho a la vivienda en los que la parte denunciante o demandante alega hechos y aporta indicios que permiten presumir la existencia de discriminación (definida en el art. 45.3.b del propio Proyecto de ley). En este caso, el órgano competente, teniendo en cuenta las circunstancias de disponibilidad y facilidad probatoria de las partes y el principio de igualdad de estas, debe exigir a la parte demandada que pruebe

suficientemente que no ha infringido el derecho a la igualdad.

El artículo 73, entre las medidas relativas a la política de protección pública de la vivienda que contiene el título V del Proyecto de ley, introduce el «Objetivo de solidaridad urbana», con la finalidad de que los municipios de más de cinco mil habitantes y las capitales de comarca dispongan de un parque mínimo del 15% de viviendas destinadas a políticas sociales en Cataluña en un plazo de veinte años respecto del total de viviendas principales existentes, de acuerdo con un calendario que se establecerá por reglamento (ap. 1). A partir de esta premisa, los municipios deben llegar al porcentaje mencionado mediante el cumplimiento de unas obligaciones quinquenales mínimas de nueva construcción, rehabilitación o adquisición (ap. 2). Los porcentajes que establece el precepto, que pueden ser modificados por el Gobierno por decreto, se alcanzarán, en su caso, con la implementación de figuras de concertación y colaboración con otros municipios y entidades supramunicipales (aps. 3 y 4).

El artículo 76, que crea el «Fondo de solidaridad urbana», en consonancia con el objetivo anteriormente explicitado, pretende dar apoyo financiero del Gobierno a los municipios que presenten mayores dificultades para conseguirlo. Su apartado 3 establece la obligación de que los ayuntamientos hagan aportaciones económicas al citado Fondo cuando incumplan las obligaciones de construcción quinquenales que prevé el artículo 73, anteriormente comentado. Estas cuantías, que son fijas para cada unidad de vivienda no construida, se establecerán por decreto.

El artículo 101, que regula el «Procedimiento de adjudicación» de viviendas de protección oficial, en su apartado 5, establece el sistema de selección de los adjudicatarios. Este sistema varía en función de si se trata de viviendas incluidas en el contingente general (art. 100 Proyecto de ley), que se adjudicarán mediante sorteo público (letra a) o de viviendas incluidas en el contingente especial (art. 99 Proyecto de ley), que se adjudicarán de acuerdo con las circunstancias personales y de la unidad de convivencia (letra b).

El artículo 134, ubicado en el título VII del Proyecto de ley, sobre la colaboración de los notarios y los registradores en aplicación de la ley, regula las «Garantías para ejercer los derechos de adquisición preferente de las administraciones», que se aplicarán también en el caso de declaración de áreas sujetas a los derechos de tanteo y retracto. De acuerdo con ello y para el ejercicio de estos derechos, que se rigen por el artículo 87 del Proyecto de ley y, de forma supletoria, por la legislación civil de Cataluña (Libro quinto del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales) el precepto establece una serie de cautelas en materia de otorgamiento de escrituras públicas.

La disposición adicional sexta, regula la «Aplicación del destino total o parcial de la edificación a vivienda de protección oficial en suelo urbano consolidado». Esta disposición, para el desarrollo y la efectiva aplicación del artículo 17.4 del Proyecto de ley, contiene una serie de previsiones: a) que el Plan territorial sectorial de vivienda puede establecer de manera genérica que una zona urbanística determinada se destine total o parcialmente a viviendas de protección oficial. En el destino parcial, sin embargo, deberán respetarse unos parámetros y un sistema de cómputo concreto que establece el precepto; b) la posibilidad de permutar los emplazamientos destinados a viviendas de protección oficial por otros también en suelo urbano consolidado del mismo municipio, si la obligación anterior de destino a vivienda de protección oficial no se puede alcanzar en la promoción de que se trate. Alternativamente, si se dispone del equivalente económico de dicha obligación, la promoción de estas viviendas la puede llevar a cabo la Administración.

## Fundamento 2

1. Una vez descrito el contenido de los aspectos más relevantes de los preceptos del Proyecto de ley del derecho a la vivienda en Cataluña, que específicamente han sido objeto de la solicitud de dictamen por parte de los dos grupos parlamentarios, y a fin de abordar su objeto, procede en primer lugar llevar a cabo la necesaria delimitación del marco competencial que incide sobre el Proyecto normativo objeto de la consulta.

El Proyecto de ley regula el régimen jurídico del derecho a la vivienda. Si se toma como

primera perspectiva la naturaleza jurídica del contenido sustantivo de este derecho incluido en el ámbito de las relaciones socioeconómicas de las personas, la vivienda es reconocida en la Constitución (CE) como parte integrante de los principios rectores de la política social y económica de los poderes públicos, tanto del Estado como de las comunidades autónomas, en el capítulo III del título I. En efecto, en el artículo 47, se establece que:

«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 de las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos.»

Es una prescripción constitucional en relación con la cual hay que indicar que, más allá del reconocimiento, el respeto y la protección de los principios rectores que deben informar la acción del legislador, la exigibilidad jurídica de estos principios reclama de la preceptiva interpositio legislatoris y, en consecuencia, «sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen» (art. 53.3 CE).

Aunque los principios rectores de la política social y económica no se pueden conceptuar como normas sin contenido y, sin duda, son un elemento interpretativo así como un parámetro de constitucionalidad de las normas, es preciso añadir acto seguido que requieren una previa acción del legislador para la efectiva y plena exigibilidad jurídica. En este caso, del derecho a la vivienda, que se deriva del previo reconocimiento constitucional de un principio rector de la política social y económica en este mismo ámbito. Así lo ha puesto de manifiesto desde sus inicios la jurisprudencia constitucional (entre otras, la STC 19/1982, de 5 de mayo, FJ 6 y la STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 4).

A lo largo del tiempo, en la actividad normativa de las Cortes Generales y del Gobierno del Estado, esta acción se ha traducido en un buen número de disposiciones normativas de contenido y ámbitos diversos, como por ejemplo, entre las más recientes: la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del suelo; la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos, modificada por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, y también por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil; o el Real decreto 801/2005, de 1 de julio, por el que se aprueba el Plan estatal 2005-2008, para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda.

El Estatuto de autonomía de Cataluña de 2006 (EAC), en su título I (De los derechos, deberes y principios rectores) contempla la vivienda desde la doble perspectiva de principio rector (art. 47) y de derecho del ámbito civil y social (art. 26). En tanto que principio rector, establece lo siguiente:

«Los poderes públicos deben facilitar el acceso a la vivienda mediante la generación de suelo y la promoción de vivienda pública y de vivienda protegida, con especial atención a los jóvenes y los colectivos más necesitados» (art. 47 EAC).

En su condición de derecho incorporado al ámbito civil y social, determina lo siguiente:

«Las personas que no disponen de los recursos suficientes tienen derecho a acceder a una vivienda digna, para lo cual los poderes públicos deben establecer por ley un sistema de medidas que garantice este derecho, con las condiciones que la ley determine» (art. 26 EAC).

Por su parte, el Parlamento y el Gobierno catalán también han llevado a cabo iniciativas normativas sobre el derecho a la vivienda y otras materias competenciales conexas, como ha sido el caso, entre otras, de la Ley 24/1991, de 29 de noviembre, de la vivienda; la Ley 2/2004, de 4 de junio, de mejora de barrios, áreas urbanas y villas que requieren una atención especial; la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro quinto del Código civil de Cataluña relativo a los derechos reales; el Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo y, en tiempos más recientes, el Decreto-ley 1/2007, de 16 de octubre, de medidas urgentes en materia urbanística.

Con la misma finalidad que se expresa en las disposiciones mencionadas, el Proyecto de ley que ha dado lugar a la petición de dictamen tiene por objeto dar cobertura normativa a las prescripciones contenidas en los preceptos estatutarios relativos al derecho a la vivienda, para determinar el alcance de su plena eficacia jurídica ante la jurisdicción ordinaria, mediante el instrumento formal de la ley de Parlamento. Así lo pone de manifiesto en el preámbulo cuando afirma que «[...] pretende garantizar el derecho a la vivienda bien entendido que este derecho incluye el entorno urbano en el que se integra» y lo concreta acto seguido en su parte dispositiva, que es objeto de análisis en el marco de la función consultiva que nos corresponde.

El Proyecto de ley, partiendo de la base del reconocimiento del derecho a una vivienda digna, concreta los mandatos constitucionales y estatutarios contenidos en los preceptos antes mencionados y que se pueden sintetizar conjuntamente así:

- Como principio general de su actividad en el ámbito social y económico, los poderes públicos deben promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho.
- Con esta finalidad regularán la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación.
- La comunidad debe participar en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos.
- Deben facilitar el acceso a la vivienda mediante la generación de suelo y la promoción de vivienda pública y de vivienda protegida.
- Deben prestar especial atención a los jóvenes y a los colectivos más necesitados.
- Finalmente, la ley debe establecer un sistema de medidas que garantice el derecho a la vivienda digna a las personas que no disponen de los recursos suficientes.

La regulación mediante ley formal del Parlamento del derecho a la vivienda se ubica en un marco competencial presidido por las competencias de los diversos poderes públicos delimitadas por el bloque de la constitucionalidad en materia, esencialmente, de vivienda y de urbanismo, sin perjuicio de la concurrencia de otros títulos.

La Generalidad de Cataluña es un poder público que ejerce un amplio abanico de competencias para desarrollar los principios rectores sociales y económicos en este ámbito material relativo a la vivienda. En este sentido, debemos mencionar la reiterada jurisprudencia constitucional cuando establece que: «La política de vivienda, junto a su dimensión estrictamente económica, debe tener un señalado acento social, en atención al principio rector que establece el artículo 47 de la Norma fundamental, siendo así que uno y otro aspecto –el económico y el social– se revelan difícilmente separables. Sin embargo, el artículo 47 no constituye por sí mismo un título competencial autónomo a favor del Estado, sino un mandato o directriz constitucional que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos (art. 53 de la CE), en el ejercicio de sus respectivas competencias» (STC 152/1988, de 20 de julio, FJ 2).

En relación con la garantía del derecho de disfrute de una vivienda digna y la ordenación constitucional de la competencia en esta materia, el Tribunal Constitucional ha establecido que «[...] como declaramos en nuestra STC 146/1986 [...] se ha de materializar “a través de”, no “a pesar de” los sistemas de reparto de competencias articulados en la CE (FJ 3º), de manera que la promoción de la igualdad sustancial y la acción estatal destinada al efecto “debe desplegarse teniendo en cuenta las peculiaridades de un sistema de autonomía territoriales”» (STC 152/1988, FJ 2).

El análisis de esta delimitación competencial se aborda seguidamente.

2. La regulación del principio constitucional y estatutario previsto en el artículo 47, tanto de la Constitución como del Estatuto de autonomía y del derecho estatutario del artículo 26, incide principalmente sobre dos materias competenciales: en primer lugar, obviamente, la relativa a la vivienda y, en segundo lugar y de manera difícilmente separable, el urbanismo.



Concretamente, el urbanismo se ocupa del uso del suelo en general y, en consecuencia, allí donde exista suelo urbanizable o urbano (aparte de otras excepciones posibles) se permitirá la construcción de viviendas y sus características. Por su parte, la materia vivienda se refiere solamente a un ámbito más específico del uso posible del suelo, diferente de los otros que regula el urbanismo (industria, comercio, equipamientos, etc.), como ser soporte físico para el domicilio de las personas, pero también su entorno que, a buen seguro, puede incidir sobre otros derechos de la persona como la salud, el medio ambiente o, incluso, la intimidad. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en su *leading case* respecto a esta cuestión ha sido especialmente clarificadora en el momento de definir las intensas relaciones entre urbanismo y vivienda, en su paradigmática Sentencia 61/1997, de 20 de marzo (FJ 6).

Por otra parte, en la medida en que la regulación de ambas materias afecta directa o indirectamente al ejercicio del derecho de propiedad reconocido en el artículo 33 CE, en ningún caso el régimen legal de la vivienda podrá hacer abstracción de las prescripciones constitucionales al respecto, que en sus apartados 2 y 3 establecen lo siguiente:

«2. La función social de estos derechos [el derecho a la propiedad privada y a la herencia] delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.

3. Nadie podrá ser privado de sus bienes ni de sus derechos sino por causa justificada de utilidad pública o de interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo que las leyes dispongan.»

La vivienda y el urbanismo son, pues, las dos materias competenciales que principalmente acotan el ámbito en que se mueve el Proyecto de ley del derecho a la vivienda en Cataluña, que se encuentran delimitadas por el bloque de la constitucionalidad en los artículos 148.1.3 CE, y 137 y 149.5 EAC.

De acuerdo con el mencionado precepto constitucional, «Las comunidades autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: [...] 3.<sup>a</sup> Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda».

Por su parte, el artículo 137 EAC establece que:

«1. Corresponde a la Generalidad la competencia exclusiva en materia de vivienda, que incluye en todo caso: a) La planificación, la ordenación, la gestión, la inspección y el control de la vivienda de acuerdo con las necesidades sociales y de equilibrio territorial; b) El establecimiento de prioridades y objetivos de la actividad de fomento de las Administraciones públicas de Cataluña en materia de vivienda y la adopción de las medidas necesarias para su alcance, tanto en relación con el sector público como el privado; c) La promoción pública de viviendas; d) La regulación administrativa del comercio referido a viviendas y el establecimiento de medidas de protección y disciplinarias en este ámbito; e) Las normas técnicas, la inspección y el control sobre la calidad de la construcción; f) Las normas sobre la habitabilidad de las viviendas; g) La innovación tecnológica y la sostenibilidad aplicable a las viviendas; h) La normativa sobre conservación y mantenimiento de las viviendas y su aplicación.

2. Corresponde a la Generalidad la competencia sobre las condiciones de los edificios para la instalación de infraestructuras comunes de telecomunicaciones, radiodifusión, telefonía básica y otros servicios por cable respetando la legislación del Estado en materia de telecomunicaciones.»

Por lo que se refiere a las competencias en materia de urbanismo, el artículo 149.5 y 6 EAC establece que:

«5. Corresponde a la Generalidad, en materia de urbanismo, la competencia exclusiva, que incluye, en todo caso: a) La regulación del régimen urbanístico del suelo, que incluye, en todo caso, la determinación de los criterios sobre los diversos tipos de suelo y sus usos; b) La regulación del régimen jurídico de la propiedad del suelo, respetando las condiciones básicas que el Estado establece para garantizar la igualdad del ejercicio del derecho de propiedad; c) El establecimiento y la regulación de los instrumentos de planeamiento y gestión urbanística, y también de su procedimiento de tramitación y aprobación; d) La política de suelo y vivienda, la regulación de los patrimonios públicos de suelo y vivienda y el régimen de la intervención

administrativa en la edificación, la urbanización y el uso del suelo y el subsuelo; e) La protección de la legalidad urbanística, que incluye, en todo caso, la inspección urbanística, las órdenes de suspensión de obras y licencias, las medidas de restauración de la legalidad física alterada, así como la disciplina urbanística.

6. Corresponde a la Generalidad la competencia compartida en materia de derecho de reversión en las expropiaciones urbanísticas en el marco de la legislación estatal.»

Vivienda y urbanismo son, pues, los títulos competenciales principales que inciden en el contenido del Proyecto de ley, pero es evidente que la preeminencia de estas materias no excluye que deban tenerse en cuenta otros que de forma colateral afectan a la regulación jurídica de la vivienda. Especialmente, en función de los diferentes tipos de intervención pública de la Administración sobre esta materia competencial, ya sea mediante la actividad de limitación en relación con la vivienda, la actividad de fomento o, la actividad de prestación o servicio público. Por esta razón, según el caso, y si procede, será preciso eventualmente tener también en cuenta en nuestro análisis de constitucionalidad y estatutariedad, la relevancia que puedan tener títulos competenciales como los relativos –entre otros– a las siguientes materias: ordenación del territorio (art. 148.1.3 CE); legislación mercantil (art. 149.1.6 CE); legislación civil (art. 149.1.8 CE); sanidad (art. 149.1.16 CE); comunicaciones (art. 149.1.21 CE); medio ambiente (art. 149.1.23 CE); energía (art. 149.1.25 CE); seguros (art. 149.1.11 CE); economía (art. 149.1.13 CE) etc., en relación con la mayoría de las cuales, la Generalidad dispone de competencias.

Por lo tanto, de la delimitación competencial a que obliga el contenido del Proyecto de ley del derecho a la vivienda en Cataluña, se concluye que la Generalidad dispone de competencia para llevar a cabo la regulación mediante ley.

### **Fundamento 3**

Una vez expuesto el marco competencial que delimita el objeto de nuestro dictamen, pero antes de llevar a cabo el tratamiento específico del análisis del Proyecto de ley del derecho a la vivienda en relación con la Constitución y el Estatuto, procede abordar el significado de los dos derechos que, de forma principal, inciden en el contenido de la regulación legal sometida a dictamen.

Nos referimos, por una parte, al derecho a la vivienda y, de la otra, al derecho de propiedad, ya que ambos pueden entrar en concurrencia. El derecho de propiedad puede quedar afectado en sus límites constitucionales, como consecuencia de las previsiones normativas que el Proyecto prevé con relación a los ámbitos competenciales antes descritos: en especial, las competencias en materia de vivienda y de urbanismo. De esta forma se podrá tratar con una mayor precisión conceptual el alcance de los posibles conflictos de intereses jurídicamente garantizado por el bloque de la constitucionalidad.

1. En el Fundamento anterior decíamos, a fin de diferenciar el urbanismo de la vivienda, que un primer y tradicional significado del contenido de este ámbito material de competencias, permite afirmar que la vivienda se refiere a un uso posible del suelo. Es decir, cuando una parte del suelo legalmente habilitado es utilizada para dar cobertura física al espacio donde las personas habitan y desarrollan una parte de su actividad vital.

Pero parece evidente que la existencia de viviendas y sus condiciones no pueden ser entendidas únicamente como simples productos industriales que operan en el mercado. Actualmente, la vivienda se entiende no solo como un necesario apoyo físico para ser ocupado, sino también como un derecho de la persona vinculado a unas determinadas condiciones del entorno urbano. Dicho de otro modo, el derecho a la vivienda digna y adecuada se entiende desde una perspectiva más amplia, por la que su reconocimiento constitucional también se pone en relación con otros derechos de la persona (como es el caso del derecho a la salud y al medio ambiente), o con derechos que en algunos casos son también de carácter fundamental (como es el caso del derecho a la intimidad en los supuestos de emisión de ruidos que sobrepasen determinados niveles que la Administración considera como no tolerables).

Este alcance más amplio del derecho a la vivienda ha sido teorizado en el derecho

comparado, entre otras, por la doctrina administrativista francesa cuando para definirlo se refiere a la vivienda como el derecho al «hábitat», entendido como un ámbito de la vida de la persona que se corresponde no solo con el espacio físico del inmueble habitado que ocupa una parte de suelo, sino también con el entorno urbano y social. En este sentido, se habla del derecho a la ciudad, que como tal se encuentra recogido en la llamada Carta europea de salvaguardia de los derechos humanos de 2000, suscrita por diversas ciudades españolas y catalanas, entre otras, Barcelona, que la ratificó por Acuerdo del plenario de su Ayuntamiento de 21 de julio de 2000.

La doctrina iuspublicista española no ha sido ajena tampoco a esta nueva percepción, en la que se ha sostenido un concepto de vivienda como unidad pero incluida en su entorno inmediato, en el que el medio urbano constituye un marco existencial y una forma de vida. Por esta razón, el grado de dignidad y de adecuación de la vivienda no solo debe ser exigido de la unidad-vivienda, sino también de su entorno inmediato. La lógica consecuencia de este planteamiento es que el derecho a la vivienda digna y adecuada conduce de forma ineluctable a una determinada regulación del urbanismo y de la ordenación del territorio que, al fin y al cabo, son los ámbitos donde realmente se puede hacer efectivo el derecho derivado de los artículos 47 CE y EAC y 26 del propio EAC.

Esta aproximación a la naturaleza jurídica del derecho a la vivienda como derecho ligado al entorno del ciudadano no es nueva en la legislación catalana. De hecho, la vigente Ley del Parlamento de Cataluña 24/1991, de 29 de noviembre, de la vivienda, ya fue concebida, aunque de forma muy incipiente, como una norma dotada de principios y directrices de actuación pública que vinculaban a la vivienda con el entorno. Aun así, la mencionada Ley todavía es heredera de una definición de la vivienda más tradicional y restringida en la medida en que, en esencia, la entiende como toda construcción fija destinada a residencia de personas físicas, o utilizada como tal, con independencia de que se desarrollen en ella otros usos. Un caso similar lo ofreció la Ley gallega 4/2003, de 29 de julio, de vivienda.

Por el contrario, el Proyecto de ley que nos ocupa se inserta en este concepto más amplio del derecho a la vivienda, una característica que es deducible de todo su amplio y denso contenido normativo y que, a modo de ejemplo, se manifiesta expresamente en la definición de vivienda que ofrece su artículo 3.ª cuando, además de determinar que es «[...] toda edificación fija destinada a que residan en ella personas físicas o utilizada con este fin [...]», añade que debe acreditar el cumplimiento de las condiciones de habitabilidad fijadas por la ley y que «[...] cumple la función social de aportar a las personas que residen en ella el espacio, las instalaciones y los medios materiales necesarios para satisfacer sus necesidades personales ordinarias de habitación». Y en la misma línea de este concepto de alcance más amplio, lleno de elementos definidores que entienden la vivienda como algo más que un espacio físico para residir en él, es preciso destacar en el propio artículo 3 los nuevos conceptos de cohesión social (letra n) y sostenibilidad (letra o) como muestra que puede servir para justificar la nueva posición que el legislador catalán adopta mediante el Proyecto respecto de este principio rector y, al mismo tiempo, derecho del ámbito social y económico que es la vivienda.

Cuando la Constitución (art. 47) establece el derecho a una vivienda digna y adecuada y, al mismo tiempo, el Estatuto (arts. 26 y 47) determina que los poderes públicos deben facilitar el acceso a la vivienda mediante la generación de suelo y la promoción de vivienda pública y de vivienda protegida, además de prestar una atención especial a los jóvenes y a los colectivos más necesitados así como a las personas que no disponen de los recursos suficientes, ambas normas –en el marco de sus competencias– están dirigiendo un mandato a los respectivos legisladores que ha de permitir dotar de plena eficacia normativa a los principios generales sobre esta materia.

Es evidente que en virtud del valor constitucional del pluralismo político, el legislador puede dar un contenido variado a los principios constitucionales y estatutarios. El alcance legislativo de la garantía del derecho a la vivienda digna y adecuada puede ser diverso pero parece evidente que el mandato no puede ser obviado. El contenido normativo del derecho puede variar en función de las, en principio, legítimas opciones del legislador que, a buen seguro, tendrá o podrá tener visiones diferentes sobre el alcance que deba darse a los mandatos constitucionales y estatutarios antes mencionados. En este sentido, la concreción normativa de lo que se consideran los elementos que pueden hacer una vivienda digna y adecuada

será diversa, tanto como lo puede ser el legislador y las mayorías políticas que coyunturalmente lo conforman. Así, diferentes pueden ser las respuestas legislativas a elementos relativos a la vivienda como la seguridad jurídica de disponibilidad, el acceso a la vivienda, la habitabilidad, los gastos soportables, la disponibilidad de servicios materiales y de infraestructuras, etc. Sin embargo, lo que no se puede descartar es que vista la estrecha relación entre vivienda y regulación del suelo, el derecho de propiedad, como el derecho a disfrutar y disponer de una cosa, pueda quedar afectado por medidas tendentes a hacer efectivas las prescripciones que en esta materia establece el bloque de la constitucionalidad.

En todo caso, y en lo que es de interés prevalente para este dictamen, conviene subrayar que el concepto de vivienda más relacionado con otros derechos e intereses legítimos y vinculado a su entorno, ha permitido un progresivo crecimiento de los niveles de intervención de los poderes públicos en otros ámbitos de su competencia a fin de preservar el derecho a la vivienda digna. Un buen ejemplo es el que se produce con esta finalidad, mediante las previsiones legales de reservas obligatorias de suelo para la vivienda protegida, que debe incluirse en los nuevos planeamientos urbanísticos. Y, sin duda, una de las consecuencias posibles de esta intervención de los poderes públicos para asegurar el cumplimiento de los principios y derechos constitucionales, es la afectación del derecho de propiedad (art. 33.2 CE), estableciendo límites a su ejercicio. Todo ello nos conduce a tratar seguidamente el alcance constitucional de este derecho, respecto al cual la Constitución incorpora «la función social» como parte integrante de su contenido esencial. Un contenido que resulta indisponible para el legislador, sea estatal o autonómico (art. 53.1 CE). Y, asimismo, añade el artículo 33.3 CE que «Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos, sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes».

2. El derecho de propiedad es una de las señas de identidad del primer Estado liberal donde la libertad de la persona quedaba estrechamente vinculada a su poder para disponer de la condición de propietario. Ante el individualismo posesivo del primer liberalismo, el Estado democrático respondió con un concepto de los derechos de libertad arraigado también a la garantía de los intereses generales. En este sentido, el constitucionalismo liberal democrático, en el marco del llamado Estado social y democrático de derecho, que se expresa esencialmente a través de los textos constitucionales promulgados después de 1945, ha incorporado la función social de la propiedad como límite y al mismo tiempo como parte integrante del derecho de propiedad, en el marco de la necesaria garantía de los intereses generales. Así se manifiesta en la mayoría de constituciones y en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales.

En el ámbito del constitucionalismo democrático más próximo a nuestro entorno político y cultural y a modo de referente a tener en cuenta, se pueden mencionar algunos ejemplos de limitación del derecho de propiedad en razón de su función o utilidad social. Además de la Constitución española, es el caso que ofrecen, entre muchas otras, la República Federal de Alemania en la Ley fundamental de Bonn de 1949; los Estados Unidos de Norteamérica en la Constitución de 1787; la República de Italia en la Constitución de 1947, o el Convenio Europeo de Derechos Humanos, mediante su Protocolo núm. 1, artículo 1, referido a la protección de la propiedad.

A) En Alemania, el artículo 14.1 de la Constitución de 1949, después de establecer que se garantiza «[...] la propiedad y el derecho a la herencia, con el contenido y las limitaciones que la ley determine», añade en el apartado 2 que «La propiedad obliga». Y añade que, «su uso deberá servir al mismo tiempo, al bien común». Y en el apartado 3 determina que «Sólo procederá la expropiación cuando sea en interés común, y se producirá únicamente por ley o en virtud de una ley, que determinará la modalidad y su alcance. La indemnización se establecerá mediante una justa ponderación de los intereses de la colectividad y del afectado. En caso de conflicto se dará recurso ante los tribunales ordinarios en cuanto al importe de la indemnización».

Partiendo del principio según el cual la propiedad puede ser limitada por razones de la debida garantía del interés general, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania (TCFA) ha abordado la función social de la propiedad de acuerdo con una serie de parámetros o cánones de interpretación basados en el criterio general de la proporcionalidad

de la medida. Sin embargo, visto el carácter demasiado genérico de esta regla hermenéutica, la jurisprudencia constitucional, a través de la singularidad que ofrece cada caso, ha introducido otros criterios que tienen como finalidad proporcionar elementos de objetividad en el enjuiciamiento de los supuestos en los que la intervención del poder público comporta una intromisión en el derecho de propiedad de la persona. La mayoría de la doctrina iuspublicista germánica los ha sintetizado a través de la ponderación de objetivos y medios, en los siguientes términos: a) una primera regla a tener en cuenta establece que, cuanto más sensible sea la intrusión de una norma dictada por el poder público en la posición jurídica de la persona, más relevantes deberán ser los intereses de la comunidad que colisionan con los de la propiedad de la persona afectada; b) inversamente, es preciso derivar de la regla anterior que cuanto mayor sea el peso y la preeminencia de los intereses generales, más intensa será la irrupción en el ámbito de la propiedad privada; y c) finalmente, es también un criterio interpretativo alcanzado por el TCFA que la diversidad de la relevancia que tengan los intereses individuales protegidos por el derecho de propiedad, debe ser otro criterio a retener por el juez constitucional. Entre la jurisprudencia del TCFA más destacada sobre la función social de la propiedad y el grado de configuración que le corresponde al legislador, es preciso subrayar el caso conocido como *Mitbestimmung* (codecesión) de la BVerGE 50, 290 (Sentencia de la Sala Primera, de 1 de marzo de 1979), en la que el TCFA expuso su doctrina sobre la función social de la propiedad, en relación con una ley que atribuyó participación a los representantes de los trabajadores en determinadas decisiones empresariales.

Sin embargo, también la jurisdicción ordinaria alemana ha desarrollado una doctrina sobre la función social de la propiedad. Desde esta lógica destaca la decisiva Sentencia de 10 de junio de 1952 del Bundesgerichtshof (el Tribunal Superior Federal) que, para justificar la medida administrativa de la expropiación, se acogió a la denominada teoría del sacrificio especial, que genera una modificación del principio general de igualdad que conduce al deber de indemnizar. En esta resolución judicial se establece que la expropiación es siempre una intromisión del Estado permitida por la Constitución y realizada imperativamente sobre la propiedad privada que afecta a las personas (individualmente o en grupo) de forma desigual y especial, imponiéndoles un sacrificio especial a favor de la colectividad que no es exigido al resto de los ciudadanos. La misma Sentencia sostiene, por el contrario, que la función social de la propiedad, a diferencia de la institución de la expropiación, se define como una determinación del contenido de la propiedad que tiene carácter general y que vincula socialmente a los destinatarios de la ley de forma igualitaria.

Las interpretaciones de las prescripciones del artículo 14 de la Constitución de 1949 por la doctrina germánica han sido lógicamente diversas. Sin embargo, visto el mandato constitucional, ninguna de estas niega la función social como parte integrante del derecho de propiedad. Por ejemplo, entre esta doctrina destaca la recogida por el Tribunal Federal Social en su jurisprudencia, que interpreta que cuando la Constitución reconoce en el artículo 14.2 que el uso de la propiedad deberá servir, al mismo tiempo, al bien común, está diciendo que la propiedad no puede servir exclusivamente al bien común. Es decir, que si la propiedad pierde su aprovechamiento privado (el que proceda como, por ejemplo, el que se deriva de una indemnización) por una acción del legislador, entonces la intromisión del poder público en la propiedad será comparable a una sustracción. Por lo tanto, la función social y el aprovechamiento privado son dos pilares que definen el derecho de propiedad, que resultan inseparables en la doctrina y la jurisprudencia alemanas.

B) En los Estados Unidos de Norteamérica, el criterio constitucional del límite en razón del interés social aparece en la enmienda V, que fue una de las diez primeras que entraron en vigor el año 1791, y en la que se establece que «Nadie [...] será privado [...] de la propiedad sin el debido proceso legal [el due process o derecho a la tutela judicial que, asimismo, se formula en la enmienda XIV]; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa compensación».

Partiendo de los dos referentes que ofrecen las mencionadas enmiendas constitucionales, la doctrina norteamericana sobre las limitaciones en razón del uso público a las que pueda verse sometida ha distinguido entre privación (taking) y regulación (regulation) de la propiedad, para definir las formas de intromisión constitucional del poder público en la propiedad privada. Sobre el alcance de la distinción entre estas dos modalidades de

intervención del poder público en la propiedad, la doctrina ha mantenido posiciones diversas pero la regla general que en la actualidad opera es aquella según la cual siempre que el Gobierno (Government) ocupe total o parcialmente una propiedad, se tratará de una situación de privación (taking) de la propiedad que requerirá una compensación para el afectado. Sin embargo, las dudas aparecen en el caso límite en el cual el Tribunal Supremo ha ido produciendo una doctrina tónica, basada en la identidad del caso concreto. Por ejemplo, como regla general, da apoyo a la validez de ordenanzas municipales que, cuando planifican el uso del suelo, limitan las posibilidades de su utilización por parte de los propietarios. Más concretamente, el Tribunal Supremo estimó que una ordenanza municipal que prohibía a los propietarios la construcción de oficinas encima de una estación de tren para evitar el deterioro del conjunto arquitectónico, no podía ser considerada como un supuesto de privación (taking), sino una regulación (regulation), dado que la ordenanza era un instrumento razonable para promover el bienestar general, mejorar el entorno y proteger el patrimonio histórico (Penn Central Transportation Co. v. New York de 1978).

La jurisprudencia norteamericana sobre el derecho de propiedad se caracteriza por dos rasgos significativos: el primero es que, como regla general, el Tribunal Supremo se ha mostrado reticente a invalidar disposiciones legislativas o administrativas por falta de una previsión compensatoria. De hecho, hay que subrayar en este sentido que existe un amplio acuerdo judicial sobre el gran margen de apreciación del que dispone la autoridad pública para determinar los beneficios y los límites de la vida económica. El segundo tiene por objeto diferenciar entre privación y regulación de acuerdo con el criterio del análisis fáctico de la singularidad de cada caso. Con este objetivo, el Tribunal Supremo ha tenido en cuenta dos factores para determinar cuándo procede exigir una compensación tal como establece la quinta enmienda. Uno es el carácter de la actividad gubernamental, verificando si la acción del Gobierno ha supuesto una invasión de la propiedad del particular; o también, otro criterio utilizado en otros supuestos consiste en analizar la específica naturaleza del objetivo público que justifica la medida cuestionada (Sentencia Connolly v. Pension Benefit Corp., de 1986). El otro factor que el Tribunal Supremo considera de relevancia es la severidad del impacto económico, es decir, la disminución del valor del objeto dominical una vez producida la intervención pública (Sentencia Pennsylvania Coal v. Mahon, de 1922).

Como conclusión, no hay duda, pues, de que la experiencia jurisprudencial norteamericana pone de manifiesto que el uso social ha sido un criterio constitucional aplicado por los poderes públicos para intervenir sobre la propiedad privada. También, que la distinción entre privación y regulación de la propiedad ha sido una cuestión abierta en la que –según establecen la doctrina y la jurisprudencia– cada generación debe decidir por sí misma cuáles son los sacrificios sobre la propiedad que constituyen un precio necesario de la civilización y cuáles de estos no son civilizados. Y, finalmente, de la misma forma que los ha utilizado el Tribunal de Karlsruhe en Alemania, el Tribunal Supremo ha resuelto estos casos siempre de acuerdo con criterios hermenéuticos, basados en la tónica que cada caso ofrece.

C) En la República de Italia, el artículo 42.1 de la Constitución de 1947 reconoce que «La propiedad será pública o privada [...]». En el apartado segundo establece que «La propiedad privada será reconocida y garantizada por la ley, que determinará sus modalidades de adquisición y de disfrute y sus límites, para asegurar su función social y hacerla accesible a todo el mundo». En el apartado tercero se añade que «[...] la propiedad privada podrá ser expropiada por motivos de interés general en los casos previstos por la ley y mediante indemnización». En el cuarto apartado se reconoce el derecho a la herencia.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana ha asumido el mandato constitucional de la función social de la propiedad, partiendo del principio según el cual la concreción de su alcance corresponde al legislador, mientras que es a la jurisdicción constitucional a quien le corresponde el control sobre el cumplimiento de la finalidad social por parte de la ley. Constituye un referente en este sentido, el criterio adoptado por la Sentencia número 14, de 7 de marzo de 1964, en la que señala que para decidir la inconstitucionalidad de una ley de funcionalización de la propiedad privada, es preciso tener en cuenta los criterios de proporcionalidad que presenta la medida limitadora del derecho de propiedad con la finalidad de evaluar que «[...] el órgano legislativo no haya llevado a cabo una apreciación de los fines de utilidad general y los medios para obtenerlos o que esta apreciación sea invalidada por criterios ilógicos, arbitrarios o contradictorios [...]». La Corte ha entendido que actualmente la

función social constituye un principio ordenador de la disciplina de la propiedad y que no se puede negar que este principio puede entrar en conflicto con los poderes dominicales.

Para entender el adecuado tratamiento constitucional que merece el derecho de propiedad en la Constitución italiana, hay que precisar que este derecho se encuentra reconocido en el título relativo a las relaciones económicas, en las que no se define ninguna situación que sea la propia de un atributo de la inviolabilidad. La propiedad ya no es el derecho absoluto que recogía el Estatuto Albertino de 1848 del periodo monárquico ni de la primera tradición liberal procedente de la Declaración revolucionaria de derechos de 1789. A pesar de ser un derecho garantizado plenamente por la Constitución, no es, sin embargo, uno de los derechos inviolables del hombre a los que se refiere el artículo 2 de la propia Constitución italiana.

La jurisdicción constitucional del Estado transalpino ha llevado a cabo criterios interpretativos diversos referidos a la tutela del derecho de propiedad en el marco de su función social, en los términos siguientes: a) la extensión de la garantía prevista en el artículo 42.2 (función social) a las llamadas expropiaciones de valor; b) la utilización de los criterios económicos para identificar las expropiaciones de valor; c) la utilización de la teoría de la pluralidad de propiedades, establecida sustancialmente sobre la base de la función económica común, para delimitar formalmente los supuestos de aplicación de la nueva garantía que proporcionan las expropiaciones de valor; d) el control de la legitimidad constitucional de las intervenciones legislativas sobre el derecho de propiedad a la luz del principio de igualdad material del artículo 3 de la Constitución, relativo al mandato dirigido a los poderes públicos de la República de remover los obstáculos que de hecho impiden el ejercicio efectivo de los derechos. Aun así, y sin cuestionar la función social de la propiedad, la Corte Constitucional matizará posteriormente el alcance del principio de igualdad social del mencionado artículo 3 en su Sentencia número 55, de 29 de mayo, sobre el grado de intervención del legislador sobre el derecho de propiedad.

D) El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), firmado en Roma en 1950, que forma parte del ordenamiento jurídico español desde el Instrumento de ratificación de 26 de septiembre de 1979, y en la misma línea que los textos constitucionales mencionados, establece en su Protocolo adicional núm. 1, artículo 1, una regulación de la propiedad, según la cual «Toda persona física o moral (jurídica) tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional». Esta limitación del derecho de propiedad por razones de interés social lo es «[...] sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes con el interés general o para garantizar el pago de impuestos u otras contribuciones o de las multas».

En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) el leading case, el caso de referencia sobre el derecho de propiedad, lo expresa el caso Sporong y Lónnroth contra Suecia (STDH de 23 de septiembre de 1982). De acuerdo con esta Sentencia, el primer Protocolo antes mencionado del CEDH, incorpora unas reglas que se pueden resumir en los siguientes términos. La primera establece un principio general que exige un equilibrio o balance, que debe establecerse entre los derechos fundamentales del individuo y los intereses de la comunidad. La segunda determina que la reglamentación del uso de los bienes queda asociada a la capacidad de los Estados para regular su poder para expropiar que, lógicamente, también se reconoce. La regulación de las limitaciones del derecho de propiedad debe cumplir los requisitos de ser: 1) conforme a derecho, 2) realizada teniendo en cuenta el interés público y una finalidad legítima, 3) y debe establecer un justo equilibrio, un balance equitativo o una relación de proporcionalidad entre el interés público que se persigue y el interés patrimonial que se ve afectado por aquella. La tercera regla es consecuencia de las anteriores, a saber: el requisito del balance equitativo deberá aplicarse conforme al test de proporcionalidad, como se ha puesto de manifiesto especialmente en la Sentencia del caso del derrocado rey de Grecia y otros contra Grecia, del año 2000. Dicho de otro modo, la regulación será desproporcionada si aparece un desequilibrio entre la medida y la finalidad perseguida.

De la jurisprudencia del TEDH es preciso subrayar que, con relación a la potestad de los Estados para dictar las leyes que procedan para regular la propiedad y los intereses generales, el Tribunal Europeo ha reconocido un amplio margen de maniobra a los Estados

para que regulen la propiedad privada, lo que comporta que tanto la interpretación del derecho como la de sus límites deberá ser vicaria de esta amplia habilitación. De acuerdo con este planteamiento general, el TEDH debe juzgar con todo tipo de detalle el cumplimiento de los requisitos antes mencionados, pero deberá autolimitarse respecto a: 1) si la regulación de la propiedad y de sus límites es oportuna o afortunada; 2) si es eficaz. Parece del todo evidente que ambos supuestos no son una atribución jurisdiccional.

E) Finalmente, respecto de la Constitución española de 1978, que es un ejemplo más reciente del constitucionalismo evocado anteriormente, ya hemos visto que en su artículo 33.1, después de reconocer el derecho a la propiedad privada y a la herencia, establece en los dos apartados siguientes que: «2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes». Añadiendo que: «3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos, sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes».

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el alcance constitucional del derecho de propiedad en diversas sentencias. Inicialmente lo hizo sobre el significado del derecho de propiedad stricto sensu en las Sentencias 111/1983, de 2 de diciembre y 166/1986, de 19 de diciembre, que resolvieron, respectivamente, el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad referidos a la expropiación del holding Rumasa. Pero fue en la posterior Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987, de 26 de marzo, relativa a un supuesto de propiedad rural (la Ley andaluza 8/1984, de 3 de julio, de reforma agraria) donde estableció una doctrina mucho más elaborada sobre el derecho propiedad y su función social, así como también su relación con el sistema de distribución territorial de competencias. Posteriormente, el Tribunal ha reiterado la doctrina de 1987, entre otras, en las Sentencias 164/2001, de 11 de julio, 178/2004, de 21 de octubre, y 112/2006, de 5 de abril. Aún, en época más reciente, el Consejo Consultivo se ha pronunciado también sobre el alcance y los límites del derecho de propiedad en su Dictamen núm. 273, de 14 de julio de 2006, sobre el Proyecto de ley de contratos de cultivo.

En síntesis, la jurisprudencia sobre el derecho de propiedad y su función social es la siguiente:

a) La referencia constitucional a la función social, entendida como elemento estructural de la definición del derecho a la propiedad privada o como factor que determina la delimitación legal de su contenido, pone de manifiesto que la Constitución no ha optado por un concepto abstracto de este derecho. No lo ha entendido solamente como un ámbito subjetivo de libre disposición sobre los bienes que son objeto de dominio reservado para su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las leyes impongan para la salvaguardia de los legítimos derechos e intereses de terceros o del interés general. Por el contrario, según el Tribunal, la Constitución reconoce y protege un derecho a la propiedad privada, como un abanico de facultades individuales sobre las cosas, pero al mismo tiempo también como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en función de valores o intereses de la colectividad, es decir, de acuerdo con la finalidad o utilidad social que esté llamada a llevar a cabo cada categoría de bienes objeto de dominio.

b) Por lo tanto, el Tribunal no acoge un concepto exclusivamente civilista del derecho de propiedad, reducido a los márgenes legales del artículo 348 del Código civil que lo define como «el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas por las leyes», sino que lo que establece es una doctrina según la cual la interpretación que corresponde hacer sobre los derechos de tipo económico en general y, en especial, sobre el derecho de propiedad, ha de ser una interpretación concreta, en la que estos derechos no son solamente susceptibles de ser limitados, sino que los límites se incorporan como elementos esenciales de su contenido objetivo. Dicho con otras palabras, la función social –subraya el Tribunal– no ha sido entendida por el constituyente como un simple límite externo para la delimitación del derecho de propiedad, sino que es también una parte integrante de este: la utilidad individual y la función social definen de manera conjunta el contenido esencial del derecho de propiedad sobre cada categoría de bienes.

c) El Tribunal considera que no produce una infracción del contenido esencial aquella regulación legal del derecho de propiedad que restringe las facultades de decisión del



propietario en relación con el uso, el destino o el aprovechamiento de los bienes en juego, y que impone o permite imponer determinados deberes orientados a la obtención de una mejor utilización productiva de estos bienes, siempre que pueda permanecer garantizada su rentabilidad.

d) Por lo tanto, el Tribunal rechaza la tesis según la cual una regulación de la propiedad que, de acuerdo con el principio constitucional de su función social, no haga impracticable ni prive de protección a los intereses individuales ligados al dominio, sea por sí misma contraria al derecho reconocido en el artículo 33 CE. Esto es así porque una intervención normativa de este tipo no comporta una desnaturalización del derecho de propiedad que lo haga no identificable (recognoscible), tanto desde el punto de vista histórico como desde la perspectiva que ofrece su relación con el conjunto de intereses que la propiedad privada incorpora como institución jurídica (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2, 4 y 5).

En su función jurisdiccional sobre los derechos y las libertades, el Tribunal Constitucional ha utilizado a menudo el criterio hermenéutico del principio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad), sobre todo en relación con los derechos fundamentales de libertad y participación de la sección 1ª del capítulo II del título I de la Constitución. Lo ha hecho desde los inicios de su jurisprudencia (entre otras, las STC 11/1981, de 8 de abril; 53/1985, de 11 de abril; 209/1989, de 15 de diciembre; y 214/1994, de 14 de julio) aunque, a lo largo del tiempo, esta forma de interpretación de la Constitución ha evolucionado en la línea de introducir una mayor dosis de elementos de objetivación en la evaluación de la proporcionalidad de las medidas que adoptan los poderes públicos limitando el ejercicio de derechos o el disfrute de intereses legítimos (entre otras, las STC 66/1995, de 8 de mayo; 107/1996, de 12 de junio y 147/2001, de 27 de junio). En este sentido, la evolución del criterio de proporcionalidad ha afectado sobre todo a la formalización de su dimensión material, precisando los requisitos que proceden a fin de que el contenido de una actuación de un poder público pueda ser considerado como proporcionado.

La concreción material del juicio de proporcionalidad ha sido definida a través de la necesidad de verificar la finalidad de una medida, mediante la integración de elementos fácticos y temporales, o la simple prohibición de medidas de los poderes públicos que los incumplan, además de tener como destinatarios a todos los poderes públicos en cualquiera de sus medidas restrictivas sobre los derechos y los bienes constitucionalmente protegidos.

## **Fundamento 4**

De la solicitud de dictamen formulada por los grupos parlamentarios mencionados en los antecedentes se deduce, en primer lugar, que una parte importante de los preceptos, respecto de los cuales se reclama nuestra opinión, guardan una relación directa con el régimen de la propiedad privada, que puede resultar afectado por la regulación prevista en el Proyecto de ley del derecho a la vivienda en Cataluña. En segundo lugar, y relacionados con el derecho de propiedad, hay también una serie de preceptos del Proyecto que se refieren al ejercicio del derecho de tanteo y retracto. Finalmente, y vista su estrecha relación con el derecho a la vivienda, hay un tercer grupo relacionado con el urbanismo, desde su vertiente competencial, y, eventualmente, con el principio de autonomía de los entes locales. En consecuencia, el análisis de constitucionalidad y estatutariedad del contenido del Proyecto de ley que sigue, se agrupará en estos tres ámbitos materiales de preceptos.

1. Los preceptos relacionados más directamente con el derecho de propiedad. Entre estos, hay que citar en primer lugar el artículo 42 del Proyecto que, como decíamos en el Fundamento primero en relación con la calidad del parque inmobiliario, establece las normas sobre «la utilización anómala de las viviendas», según la rúbrica del capítulo III del Proyecto examinado y, específicamente, las normas que se refieren a las «Actuaciones para evitar la desocupación permanente de las viviendas», tal como se presenta el artículo 42.

Estas actuaciones se pueden clasificar de la siguiente forma: políticas de fomento para potenciar la incorporación en el mercado, preferentemente de alquiler, de las viviendas vacías o permanentemente desocupadas, que incluyen garantías de la Administración sobre el cobro de las rentas y la reparación de desperfectos, subvenciones directas al propietario,

oferta de subrogación de la Administración en la ejecución de las obras y apoyo público a contratos de masovería urbana (aps. 2 y 3); posibilidad de ceder a la Administración pública las viviendas vacías o permanentemente desocupadas para que las gestione en régimen de alquiler (ap. 4); y arbitre otras medidas, como las de carácter fiscal (ap. 5). Una vez agotadas las medidas de fomento anteriores, en los ámbitos que los instrumentos de planeamiento califican como ámbitos de demanda residencial fuerte y acreditada, la Administración competente puede acordar el alquiler forzoso de la vivienda declarando previamente el incumplimiento de la función social de la propiedad. En consecuencia con ello, si una vez transcurridos dos años desde la notificación de la declaración, la vivienda permanece vacía, la Administración puede expropiar el usufructo de la vivienda para alquilarla a terceros durante un plazo que no puede ser superior a cinco años, transcurrido el cual el propietario puede recuperar el uso de su vivienda. El procedimiento para llevar a cabo esta actuación debe ajustarse a la legislación urbanística y de expropiación forzosa, y en el expediente de justiprecio debe valorarse la indemnización correspondiente al derecho de usufructo temporal, atendiendo los gastos asumidos por la Administración en la gestión y las eventuales obras de mejora ejecutadas en la vivienda (ap. 6).

A) Del contenido del artículo 42, es el apartado 6 el que comporta un mayor grado de poder de disposición del legislador sobre el estatuto jurídico del propietario de la vivienda. En efecto, el Proyecto de ley establece en este apartado que, una vez agotadas las medidas de fomento a las que se refiere el propio precepto, la Administración puede, declarando previamente el incumplimiento de la función social de la propiedad, acordar el alquiler forzoso de la vivienda en un plazo de dos años, transcurrido el cual la Administración podrá expropiar el usufructo temporal de la vivienda para alquilarlo a terceros, por un periodo máximo de cinco años. Procede, por lo tanto, determinar si esta medida del legislador que limita el ejercicio del derecho de propiedad se corresponde con la función social que la Constitución le atribuye o, por el contrario, comporta una limitación que rebasa las potestades de disposición normativa del legislador e infringe el artículo 33 CE.

La finalidad que el legislador catalán pretende conseguir mediante este Proyecto de ley es, según su preámbulo, «[...] transformar el mercado de la vivienda del modo más estructural posible adaptándose a las nuevas necesidades de la población que necesita alojamiento». El porqué de este objetivo legal –entre otros a los que hace referencia dicho preámbulo– es que «[...] la vivienda es una de las preocupaciones más importantes de la ciudadanía catalana, que ve como desde hace años los precios de este bien de primera necesidad han aumentado muy por encima de su salario, lo que obliga a las familias –en el mejor de los casos– a endeudarse hasta límites que ponen en peligro su capacidad de consumo, con plazos de amortización de los préstamos cada vez más largos y sujetos a los riesgos e incertidumbres ante cambios futuros, ya sean laborales, familiares o de tipos de interés».

Como resultado de esta situación, el diagnóstico que hace el Proyecto de ley es que «la oferta de viviendas en alquiler es manifiestamente insuficiente o no es competitiva, dado que las rentas son elevadas en comparación con las cuotas hipotecarias a largo plazo. En consecuencia, cada vez más los sectores sociales sensibles, tales como los jóvenes, las personas de la tercera edad, los inmigrantes y las personas en situación de riesgo, sufren situaciones de exclusión del derecho a la vivienda». Dicho de otro modo –y siempre según el preámbulo del Proyecto legal– la situación hasta ahora vigente en el ámbito económico, social y legal ha hecho que estos sectores sociales se vean excluidos del derecho a la vivienda reconocido por los artículos 47 CE y EAC, así como también por el artículo 26 EAC.

La finalidad de la norma es, pues, introducir formas de intervención del poder público para modificar esta situación y garantizar el ejercicio efectivo del derecho estatutario a la vivienda de los sectores socialmente más dependientes. Y una de estas formas es la posibilidad de que, una vez agotadas determinadas medidas de fomento establecidas en los apartados 1 a 5 del artículo 42, la Administración «[...] puede expropiar el usufructo de la vivienda para alquilarla a terceros».

Ciertamente, el tratamiento de las viviendas desocupadas que promueve el Proyecto no es una opción legislativa que sea extraña al ordenamiento jurídico comparado de los estados democráticos que nos pueden resultar próximos, aunque sea con formulaciones diferentes. En Europa, los estados que disponen de normas que persiguen la ocupación de las viviendas

vacías, procurando la función social de la propiedad, son diversos. Destacan Holanda, Suecia y Dinamarca, así como también Francia y el Reino Unido. En estos casos, el objetivo de la expropiación temporal del usufructo es hacer efectivo el derecho constitucional a la vivienda, mediante la incorporación al mercado inmobiliario de todos los inmuebles injustificadamente desocupados en ámbitos con una acreditada necesidad de viviendas. En Francia, el Code de la Construction et de l'Habitation (art. 52 Loi nº 98-657 du 29 juillet 1998 y art. 72 Loi nº 2006-872 du 13 juillet 2006) dispone que la Administración puede tomar posesión total o parcial de espacios de vivienda vacante para asignarlos a personas sin alojamiento o que hayan sido desahuciadas. Esta pérdida de la posesión tiene una duración inicial de un año, renovable hasta cinco. En Inglaterra y Gales, la Housing Act 2004 incorpora la llamada Empty Dwelling Management Order. Se trata de un típico acto administrativo dictado por la Local Housing Authority competente en el municipio, que puede decidir sobre la gestión de inmuebles y reformarlos a fin de que estén ocupados, pero en todo caso eso requiere la cooperación y el consentimiento del propietario.

Pues bien, volviendo al texto del Proyecto de ley, no hay duda de que esta medida legal prevista en el artículo 42.6 del Proyecto comporta una limitación del estatus subjetivo de la persona respecto de su propiedad, en la medida en que la Administración, después de concurrir determinadas cautelas propias de la actividad de fomento del poder público, puede llegar, con finalidades de orden social, a disponer temporalmente del usufructo de la vivienda del propietario. El objetivo se puede sintetizar en el interés social, del que se hace eco el Proyecto, de facilitar el acceso a la vivienda digna y adecuada (art. 47 CE y EAC y 26 EAC) en sectores sociales que actualmente permanecen excluidos de él.

Hemos constatado antes, en el Fundamento III, que el derecho a la vivienda y el derecho a la propiedad son dos ámbitos de intereses garantizados por la Constitución y el Estatuto de autonomía que concurren en este Proyecto legal, respecto del cual debemos determinar si la salvaguardia del primero y las limitaciones del ejercicio del segundo, concuerdan, en general, con las previsiones constitucionales y estatutarias. Y, más específicamente, si el apremio legal que el Proyecto prevé sobre el derecho de propiedad forma parte del contenido objetivo definido por su función social o bien, por el contrario, queda excluido de los límites que la Constitución establece.

B) El juicio de proporcionalidad –siguiendo la estela de la jurisprudencia comparada, española y de nuestra propia doctrina consultiva– al que necesariamente nos conduce el análisis constitucional de la medida administrativa prevista en el apartado 6 del artículo 42, debe permitirnos ponderar el contenido de esta previsión que es objeto de control y su finalidad. Es decir, es preciso evaluar si la finalidad perseguida (asegurar el acceso a la vivienda a sectores sociales que quedan excluidos), presenta una relevancia constitucional suficiente que justifique la limitación sobre el derecho de propiedad (el alquiler forzoso por acuerdo de la Administración), en los términos expresados en el Proyecto de ley.

En este sentido, y en relación con el criterio hermenéutico de juicio de proporcionalidad que acto seguido aplicaremos, no es ninguna novedad el hecho de constatar que es un método interpretativo habitualmente utilizado en el análisis de la controversia entre derechos y libertades, pero que presenta un cierto déficit de concreción. Por lo tanto, a fin de dotar de un mayor contenido a la debida ponderación de intereses en conflicto que debemos evaluar, será preciso analizar el carácter de la intervención pública en el derecho de propiedad que el Proyecto de ley propugna. Así, la ponderación que debemos llevar a cabo nos permitirá consignar que, cuanto más intensa sea la intervención administrativa en la posición jurídica del propietario, más relevante deberán ser los intereses de orden social que se pretenden garantizar. O, dicho de otro modo: el mayor peso o la superior preeminencia de los intereses generales que se quieren proteger (el derecho a la vivienda) deberán justificar también un mayor grado de intervención sobre los intereses individuales que hay que garantizar (el derecho de propiedad).

En relación con la prescripción legal que es objeto del dictamen, es decir, las «actuaciones para evitar la desocupación permanente de las viviendas», es preciso subrayar en primer lugar que el contenido del artículo 42 no establece el alquiler forzoso de la vivienda de forma automática. Antes al contrario, lo hace en forma y tiempo, especialmente caracterizados por su carácter subsidiario. Es decir, antes de prescribir la medida de alquiler forzoso, el Proyecto

de ley establece de forma cautelar toda una serie de medidas de fomento, dirigidas a procurar que se cumpla por la vía de la promoción hecha por el poder público, la finalidad principal de este capítulo III del título III, que no es otra que la de evitar, en un contexto de difícil acceso a la vivienda como el que describe la exposición de motivos del Proyecto, una modalidad de utilización anómala de las viviendas, consistente en tener las viviendas desocupadas permanentemente. Estas medidas consisten en: llevar a cabo políticas de fomento para potenciar la incorporación en el mercado, preferentemente de alquiler, de las viviendas vacías o permanentemente desocupadas, que incluyen garantías de la Administración sobre el cobro de las rentas y la reparación de desperfectos, subvenciones directas al propietario, oferta de subrogación de la Administración en la ejecución de las obras y apoyo público a contratos de masovería urbana (aps. 2 y 3); posibilidad de ceder a la Administración pública las viviendas vacías o permanentemente desocupadas para que las gestione en régimen de alquiler (ap. 4); y arbitrio de otras medidas, como las de carácter fiscal (ap. 5). Asimismo, hay que decir que la medida del alquiler forzoso del apartado 6 es entendida como una posible opción a tomar, no como una inequívoca obligación, dado que el Proyecto dice que la Administración «puede» acordar el alquiler forzoso, de la misma manera que en relación con la expropiación del usufructo, también dice «puede».

Con el fin de evaluar la proporcionalidad o no de la medida legislativa de limitación sobre el derecho de propiedad contenida en el Proyecto, dirigida a garantizar el derecho a la vivienda, hay que retener el contenido de las cautelas que se establecen antes de permitir a la Administración tomar la opción de acordar el alquiler forzoso. La primera ya ha sido descrita: será preciso haber agotado previamente todas las medidas de fomento que acabamos de reproducir. Por su parte, la segunda determina que la opción legal del alquiler forzoso no se proyecta de forma indiscriminada sobre cualquier parte del territorio; antes al contrario, lo podrá hacer «[...] en los ámbitos en los que el Plan territorial sectorial de la vivienda, y los demás instrumentos de desarrollo que establece esta ley, califican –específicamente– como ámbitos de demanda residencial fuerte y acreditada». Por lo tanto, el Proyecto no prescribe una especie de norma en blanco o de contenido indeterminado, sino que la posibilidad del alquiler forzoso está sometida, en este sentido, a dos límites específicos: el primero, de carácter formal, que establece que ha de ser el Plan territorial sectorial de la vivienda y los demás instrumentos de desarrollo habilitados por esta ley, el instrumento formal que determine los ámbitos territoriales donde el alquiler forzoso se puede aplicar; y el segundo, de carácter material, que atribuye un elemento cualitativo a la intervención administrativa sobre la propiedad, dado que la puesta en práctica del mencionado alquiler únicamente será factible en ámbitos territoriales caracterizados por una «demanda residencial fuerte y acreditada». Consecuentemente, se trata de dos límites legales muy concretos que el Proyecto de ley impone a la Administración competente en la materia, que será la que –eventualmente– podrá llegar a acordar el alquiler forzoso de viviendas y, en su caso, la expropiación del usufructo. Son dos requisitos que atribuyen una notoria dosis de elementos de seguridad jurídica a los diversos agentes sociales que integran el binomio vivienda-propiedad y que, a efectos de este dictamen, ayudan a evaluar la proporcionalidad de la medida administrativa prevista en el artículo 42.6 del Proyecto.

Hay que poner de relieve que de acuerdo con la finalidad del Proyecto, los intereses generales que este quiere garantizar se fundamentan en una finalidad explícita, como es la de regular el régimen general del derecho a la vivienda y, específicamente, garantizar su acceso a sectores sociales excluidos de él. De acuerdo con el mandato constitucional que atribuye al derecho de propiedad un contenido específico basado en su función social, el Proyecto articula una serie de instrumentos normativos para hacer frente, cuando hay necesidad de vivienda –como se expone en la exposición de motivos del Proyecto de ley–, a la desocupación permanente de las viviendas en las que, prima facie, tienen preeminencia las medidas de fomento sobre el titular de la propiedad a fin de «potenciar la incorporación en el mercado, preferentemente de alquiler, de las viviendas vacías o permanentemente desocupadas». Y es en segundo lugar –hay que reiterarlo– que, de forma expresamente subsidiaria, el Proyecto de ley prevé, con los límites formal y material que antes hemos identificado, el alquiler forzoso de la vivienda, una vez declarado previamente el incumplimiento de la función social de la propiedad y, en su caso, la expropiación forzosa del usufructo temporal.

En este contexto de última instancia administrativa, y una vez fracasadas las medidas de

fomento, el artículo 42.6 insiste todavía en articular otra vía de cautela antes de llevar a cabo la medida limitadora sobre el derecho de propiedad, que es la siguiente: la expropiación del usufructo de la vivienda para alquilarla a terceros solamente se producirá una vez hayan transcurrido dos años desde la notificación al propietario de la declaración del incumplimiento de la función social de la vivienda sin que la vivienda se haya alquilado. Finalmente, y una vez la intervención sobre el usufructo de la vivienda ya se ha producido, las cautelas no desaparecen, porque: 1) el plazo del alquiler forzoso no podrá ser superior a cinco años; 2) en el expediente de justiprecio, deberá valorarse la indemnización correspondiente al derecho de usufructo temporal, atendiendo los gastos asumidos por la Administración en la gestión y en las eventuales obras de mejora ejecutadas en la vivienda.

No debe perderse de vista que en la función de ponderación de derechos e intereses legítimos que operan en este caso concreto, la garantía del derecho a la vivienda que regula el Proyecto se fundamenta en un concepto de este –como decíamos en el Fundamento III– no solo como un necesario soporte físico para ser ocupado, sino también como un derecho de la persona vinculado a unas determinadas condiciones del entorno urbano. Y, sin duda, la primera manifestación de este derecho a la vivienda es el derecho a disfrutarla, cuando no se tiene. En este sentido, parece razonable considerar que a esta finalidad se dirige la regulación que propugna el Proyecto sobre el régimen jurídico de los supuestos de utilización anómala de las viviendas, por causa de su permanente desocupación.

En consecuencia, una vez analizados los instrumentos de intervención pública sobre la propiedad y las finalidades en relación con la garantía del derecho a la vivienda de determinados sectores sociales, el contenido del artículo 42 del Proyecto pone de manifiesto que el mayor peso o la superior preeminencia de los intereses generales que se quieren proteger en este caso concreto (el derecho a la vivienda de determinados sectores sociales que por razones de diverso orden quedan excluidos de él) justifican un mayor grado de intervención sobre los intereses individuales (derecho de propiedad), sin que esta intervención resulte desproporcionada en relación con la finalidad perseguida.

Por esta razón, la limitación de la propiedad por causa de interés social que introduce el Proyecto no altera el contenido esencial de este derecho. Además, si la intromisión parcial sobre el estatuto jurídico del propietario, como ha sido el caso, supera el test de proporcionalidad, el derecho de propiedad sigue siendo identificable y el contenido esencial sobre el que el legislador no puede disponer no queda alterado. El propietario ve condicionado su derecho de propiedad pero –obviamente– no pierde la propiedad de la vivienda sino que, temporalmente y después de un preaviso de dos años, ve limitado el usufructo de la vivienda que tiene desocupada en una zona.

Desde la misma perspectiva constitucional, la limitación expresa del derecho de propiedad que el artículo 42.6 del Proyecto contempla como una posible opción normativa a tomar por la Administración, constituye una manera –entre otras constitucionalmente posibles– de formalizar la función social de la propiedad, o lo que es lo mismo, el contenido objetivo que se deriva de la prescripción del artículo 33 CE e, indirectamente, de los artículos 26 y 47 EAC. Pero, además, la jurisprudencia constitucional antes sistematizada avala sobradamente esta forma de intervención pública sobre el derecho de propiedad. Así, en la ya evocada Sentencia 37/1987, de 26 de marzo, Fundamento Jurídico 2, relativa a la propiedad rural, y de la que se hizo eco nuestro Dictamen núm. 273, de 14 de julio de 2006, el Tribunal justificó, incluso, medidas restrictivas de la propiedad de carácter más intenso que el Proyecto que ahora dictaminamos. Así, en primer lugar, reconoció que:

«[...] no hay razón para entender que infrinja dicho contenido esencial, ahora constitucionalmente garantizado, aquella regulación legal que, restringiendo las facultades de decisión del propietario con relación al uso, destino y aprovechamiento de los fondos rústicos, imponga a éste o permita imponerle determinados deberes de explotación y, en su caso, de mejora orientados a la obtención de una mejor utilización productiva de la tierra, desde el punto de vista de los intereses generales, siempre que quede salvaguardada la rentabilidad del propietario [...]».

Aunque en el caso de la paradigmática Sentencia 37/1987 se trate de un supuesto de limitación de la propiedad agraria y que ésta presente elementos de diferencia material

respecto de la propiedad urbana, el paralelismo que ofrece en cuanto a la función social de la propiedad y los límites que el legislador puede introducir, es lo bastante significativa como para justificar que sea invocada en este dictamen.

C) Pero más allá de la proporcionalidad de la medida que establece el artículo 42.6 del Proyecto, su regulación presenta algunas objeciones desde la perspectiva del principio de igualdad que consagra el artículo 14 CE.

a) No haremos en este dictamen un estudio exhaustivo de este principio constitucional, sobre el que se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en una abundante jurisprudencia y también este Consejo en su doctrina, pero sí que haremos referencia a los aspectos que guardan relación directa con la materia examinada. De acuerdo con esta jurisprudencia, de las dos vertientes que puede tener la igualdad, igualdad en la ley e igualdad en la aplicación de la ley, nos interesa sólo el análisis de la primera, por exceder la segunda del objeto de este dictamen.

De entrada es preciso advertir que, formalmente y en una primera apariencia, el Proyecto de ley no establece de forma expresa un trato diferente para personas propietarias de viviendas que se encuentran en la misma situación, pero, como se expondrá seguidamente, y después de un atento estudio de la regulación de la medida expropiatoria, se pondrá de manifiesto que esta regulación puede presentar serias objeciones desde la perspectiva de la igualdad en la ley (art. 14 CE).

En este sentido, sobre este criterio de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 307/2006, de 23 de octubre (FJ 4), ha dicho que:

«Como ha afirmado reiteradamente este Tribunal, el juicio de igualdad constituye un juicio de carácter relacional que requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas (STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 10) y, de otro, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso (SSTC 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 6; 29/1987, de 6 de marzo, FJ 5; 1/2001, de 15 de enero, FJ 3). Sólo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma (STC 200/2001, de 4 de octubre, F. 5).

Así pues “el juicio de igualdad ex art. 14 CE exige la identidad de los supuestos fácticos que se pretenden comparar, pues lo que se deriva del citado precepto es el derecho a que supuestos de hecho sustancialmente iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas” (SSTC 212/1993, de 28 de junio, F. 6, y 80/1994, de 13 de marzo, F. 5, entre otras). Por ello toda alegación del derecho fundamental a la igualdad precisa para su verificación un tertium comparationis frente al que la desigualdad se produzca, elemento de contraste que ha de consistir en “una situación jurídica concreta en la que se encuentren otros ciudadanos u otros grupos de ciudadanos” (ATC 209/1985, de 20 de marzo, FJ 2).

Consiguientemente puede decirse que dos individuos son iguales, esto es, pertenecen a la misma clase, cuando en ellos concurre una cualidad común, un tertium comparationis, que opera como elemento definitorio de la clase, y que son desiguales cuando tal circunstancia no se produce (STC 125/2003, de 19 de junio, FJ 4).» (En el mismo sentido, STC 186/2004, de 2 de noviembre, FJ 3, 213/2005, de 21 de julio, FJ 4, etc.)

Analizaremos, pues, a continuación, la regulación normativa de la intervención administrativa de expropiación del usufructo que establece el artículo 42.6, recordando que, al tratarse de una medida restrictiva de un derecho constitucional, deben extremarse las cautelas desde el punto de vista de la igualdad.

No puede olvidarse que la privación del derecho de propiedad de un ciudadano en su vertiente más fundamental (el uso y el disfrute) dejándole tan solo la nuda propiedad, debe ser arbitrada por el legislador como la última ratio o recurso para compeler al administrado a ejercer sus derechos de propiedad de acuerdo con la función social de esta.

Debemos examinar, pues, si la medida interventora que el legislador otorga a la

Administración, de entidad no menor –cuando se trata de expropiar un elemento tan importante y nuclear del derecho de propiedad como es su goce y disfrute– lleva implícita o no una vulneración del principio de igualdad y el derecho a no ser discriminado. Queremos decir que no en su aplicación –supuesto que en todo caso competirá averiguar a los tribunales de justicia en el futuro– sino en el propio seno de la norma, el precepto que dictaminamos vulnera el principio constitucional de igualdad en la ley.

b) El artículo 42.6 del Proyecto de ley, como ya se ha indicado anteriormente, establece un supuesto de expropiación de un derecho real sobre la propiedad (el usufructo de la vivienda), al amparo del artículo 33.3 CE. En este caso, entendemos que la causa expropiandi consiste en tener una vivienda desocupada permanentemente, sin causa justificada (las que prevé el artículo 3.d del Proyecto), por un plazo de más de dos años, dentro de un ámbito calificado como de demanda residencial fuerte y acreditada. Todo eso bien entendido que para poder acordar la Administración la expropiación forzosa, deben haberse agotado primero las medidas de fomento que establecen los apartados 1 a 5 del mismo artículo 42, y debe haberse incumplido, por parte del propietario, la obligación de alquiler forzoso en un nuevo plazo de dos años, que la Administración puede acordar, previa «declaración de incumplimiento de la función social de la propiedad».

A la vista de lo anterior, resulta claro que para la aplicación de la medida expropiatoria del artículo 42.6 no es suficiente la existencia de una utilización anómala de la vivienda, tal como la define el artículo 41.1 en relación con el artículo 3.d del Proyecto de ley, sino que junto con esta utilización han de concurrir otras circunstancias. Esto es así porque –a diferencia de lo que sucede con las demás utilizaciones anómalas del artículo 41.1 del Proyecto de ley, como la sobreocupación y la infravivienda– la desocupación, es decir, tener una vivienda desocupada, no es una situación irregular por sí misma. No hay, pues, una obligación legal para el propietario de ocupar directa o indirectamente su vivienda ni una exigibilidad general de un hipotético deber de ocupar que pudiera generar la calificación administrativa del territorio en el que está radicada la vivienda.

Solo en determinadas circunstancias (concretamente, una vez «agotadas las medidas de fomento que establecen los apartados 1 a 5» del propio artículo 42), y a raíz de la calificación por la Administración de un ámbito como «de demanda residencial fuerte y acreditada», se genera, para los titulares de las viviendas incluidas en estos ámbitos, una especie de obligación genérica de ocupación que no existía previamente y que solo es «exigible» cuando la Administración se dirige de forma individualizada a alguno de los afectados, mediante el procedimiento general del artículo 41 del Proyecto de ley. Esta situación permite a la Administración declarar «el incumplimiento de la función social de la propiedad» y acordar, en primer lugar, el alquiler forzoso de la vivienda intervenida y, posteriormente, en su caso la expropiación temporal del usufructo. Consecuentemente, en ningún caso resulta de aplicación la doctrina constitucional según la cual no se puede exigir la igualdad en la ilegalidad (entre otras, STC 78/1997, de 21 de abril, FJ 5).

En este sentido, pues, puede decirse que el precepto que se dictamina redefine el supuesto de utilización anómala que establece el artículo 41.1.a en relación con el artículo 3.d del Proyecto, añadiendo toda una serie de condiciones para que esta situación permita la intervención administrativa expropiatoria. Aquello que, en principio, y por comparación con lo que se establece en el caso del resto de las utilizaciones o situaciones anómalas del artículo 41.1 y 2 del Proyecto de ley (también, por conexión, arts. 43 y 44), parece que es una regulación más garantista de los intereses de los afectados, sin embargo, como más adelante se expondrá, resulta que no lo es.

Pasamos, pues, a examinar cuáles son los parámetros que establece el Proyecto de ley para guiar la actuación administrativa con la finalidad de determinar si en la regulación de este proceso existe alguna fractura del principio de igualdad del artículo 14 CE. En concreto, examinaremos si este proceso introduce discriminaciones injustificadas para los propietarios que se encuentran en situaciones homogéneas o equiparables, ya que si la discriminación tiene una justificación objetiva y razonable debemos entender que no hay vulneración de este principio constitucional (por todas, STC 197/2003, de 30 de octubre, FJ 3).

En primer lugar, como hemos dicho, el apartado 6 del artículo 42 exige que se hayan agotado

las medidas de fomento que establecen los anteriores apartados 1 a 5, lo que ofrece la garantía de aplicación subsidiaria de la medida expropiatoria. Ahora bien, por mucho que la garantía que ofrece esta subsidiariedad salvaguarda la proporcionalidad de la medida expropiatoria, desde otra perspectiva, genera inseguridad jurídica, ya que resultará de improbable o muy difícil apreciación, dificultando su aplicación, teniendo en cuenta, además, que algunas de las medidas que se enumeran ni siquiera dependen de la Administración de la Generalidad.

Sin embargo, desde la perspectiva de la igualdad en la ley, que ahora interesa, lo que verdaderamente plantea problemas es la falta de determinación de lo que debe entenderse por «ámbitos de demanda residencial fuerte y acreditada», cuya la calificación, como hemos dicho, es la que determinará que el propietario de una vivienda desocupada pueda quedar afectado por la intervención administrativa de alquiler forzoso y, en su caso, de expropiación. A estos efectos, el Proyecto de ley no ofrece ninguna posibilidad de interpretación de este concepto, ya que en su articulado no se hace ninguna referencia más y su preámbulo tampoco permite buscarle un significado concreto. Así, tanto puede ser un «ámbito de demanda residencial fuerte y acreditada» aquel que presenta una alta densidad demográfica, como el que tiene unos precios de alquiler muy elevados o el que se encuentra en una situación geográfica y económica que genere necesidad de vivienda, entre muchos otros. Por lo tanto, de entrada, esta falta de criterios legales para calificar los mencionados ámbitos, genera un trato desigual y discriminatorio en la propia ley respecto a los propietarios de viviendas desocupadas, según se encuentren o no en un «ámbito de demanda residencial fuerte y acreditada», en la medida en que la calificación de este ámbito constituye una decisión discrecional de la Administración, que no está sujeta, como más adelante veremos, a parámetro alguno. Sin embargo, no podemos considerar la falta de criterios susceptible de ser subsanada mediante la correspondiente remisión a una norma reglamentaria, ya que en este caso se trata de una remisión en blanco para determinar los criterios o parámetros que constituyen la base de una intervención administrativa que restringe un derecho fundamental como el derecho de propiedad. Al respecto, recordemos además que el artículo 33 CE, en su apartado 3, establece una reserva de ley para la expropiación de bienes y derechos, que se llevará a cabo «[...] de conformidad con lo dispuesto por las leyes».

Esta situación se agrava desde el punto de vista de cuáles son los instrumentos de desarrollo que califican estos ámbitos como de demanda residencial fuerte y acreditada o, lo que es lo mismo, de cuál es el órgano competente para llevar a cabo esta calificación. El artículo 42.6 atribuye esta función al «[...] Plan territorial sectorial de vivienda y los demás instrumentos de desarrollo que establece esta ley [...]». Respecto al primero, elaborado por la Administración de la Generalidad, si atendemos al contenido que le atribuye el artículo 12 del Proyecto, constatamos que no hay ninguna previsión ni criterio general en relación con la calificación de un ámbito de este tipo ni sobre los criterios de cómo calificarlo.

Respecto a los segundos, que serían los planes locales de vivienda (también los simplificados y los supramunicipales), elaborados por los ayuntamientos (art. 14 Proyecto de ley), es preciso advertir que falta también un criterio general en el Proyecto de ley que permita dar un trato igual a los propietarios de viviendas desocupadas, a la hora de incluirlos o no en un ámbito de demanda residencial fuerte y acreditada (inclusión que, como hemos indicado, es determinante para que sean posibles afectados). En este sentido, el artículo 42.6, en la medida en que se remite a los «instrumentos de desarrollo que establece esta ley», y que contempla la posibilidad de que sean los diferentes ayuntamientos los que califiquen un ámbito como de demanda residencial fuerte y acreditada, sin que existan en el Proyecto de ley unos criterios legales mínimos sobre esta calificación, introduce un criterio diferenciador que permite un trato diferente para la categoría o grupo de propietarios de las viviendas desocupadas. Por lo tanto a iguales supuestos de hecho, es evidente que no corresponden iguales consecuencias jurídicas.

Esta desigualdad que se produce entre propietarios en el sentido de encontrarse o no incluidos en ámbitos de demanda residencial fuerte y acreditada no es, sin embargo, la única desigualdad de trato que contiene el artículo 42.6. Efectivamente, como seguidamente se expondrá, la norma dictaminada también está configurada de manera que produce desigualdad entre propietarios de viviendas desocupadas en un mismo ámbito de demanda residencial fuerte y acreditada.



Para examinar detalladamente la desigualdad desde esta última perspectiva, hay que empezar por el estudio del artículo 41 del Proyecto de ley. Este precepto, en líneas generales, establece lo que debe hacer la Administración cuando detecta una situación de utilización anómala de las viviendas. Concretamente, su apartado 3 dice que «La administración competente, si tiene constancia de que una vivienda o edificio de viviendas se utiliza de forma anómala o que un inmueble se halla en una situación anómala, debe abrir el oportuno expediente administrativo para realizar los actos de instrucción necesarios para determinar, conocer y comprobar los hechos sobre los que debe dictar la resolución». Ésta es, de hecho, la única previsión normativa sobre cómo se inicia la actuación de la Administración –«si tiene constancia»– cuando se trata de la intervención expropiatoria sobre las viviendas permanentemente desocupadas y, en este sentido, podemos decir que, a diferencia de los demás supuestos de utilización o situación anómala (sobreocupación o infravivienda), no existe en el Proyecto una cautela o garantía que permita identificar en condiciones de igualdad a los afectados por la intervención administrativa en una determinada área de demanda residencial fuerte y acreditada. Todo ello, sin perjuicio de que parece que se traslada a terceros una actuación de inspección previa para detectar los supuestos de desocupación permanente, que en todo caso debería corresponder a la Administración pública.

Lo cierto es que en otros supuestos de utilización anómala de las viviendas eso no sucede. Así, con la finalidad de detectar las actuaciones de sobreocupación de las viviendas, el artículo 43.1 del Proyecto de ley establece que la Generalidad y los entes locales deben aprobar «programas de inspección». Lo mismo se puede decir de las situaciones de infravivienda, tal como se desprende del artículo 44.1 del Proyecto. En estas dos situaciones, pues, la ley garantiza, mediante esta actividad inspectora de la Administración, un tratamiento igual de los potenciales propietarios afectados por las medidas de intervención administrativa que pueda adoptar la Administración. Por el contrario, en el caso de la intervención por vivienda desocupada no existe ninguna previsión de este tipo, lo que supondrá que tal como está configurada la intervención expropiatoria del artículo 42.6 (en conexión con el art. 41) no tenga las mismas consecuencias jurídicas para los propietarios de viviendas desocupadas en igual situación; es decir, incluidas en un mismo ámbito de demanda residencial fuerte y acreditada.

Esta desigualdad resulta todavía más patente si estudiamos algunos de los requisitos que exige la declaración de una área de conservación y rehabilitación como consecuencia de la existencia de zonas con una alta concentración de viviendas sobreocupadas o de infraviviendas (arts. 43.2 y 44.2 Proyecto de ley). En efecto, la declaración de este tipo de área, que puede dar lugar a medidas de intervención administrativa sobre las viviendas incluye la relación de las propiedades afectadas, de acuerdo con la información que conste en el catastro y en el Registro de la Propiedad (art. 36.1.c y art. 37.a Proyecto de ley).

Asimismo, cuando la existencia de zonas con una alta concentración de viviendas sobreocupadas determine la declaración de áreas de tanteo y retracto, de acuerdo con lo que establece el artículo 15 del Proyecto de ley, será necesario que conste la relación de las fincas afectadas y de sus propietarios (salvo, evidentemente, que la delimitación del área coincida con todo el término municipal). Se observa, pues, que en relación con una medida de intervención administrativa sobre las facultades dominicales, de menor intensidad que la que ahora se dictamina, se exigen más cautelas para dar un trato igual a los propietarios afectados que para la medida expropiatoria del artículo 42.6.

Y esto, sin entrar en otras consideraciones adicionales desde la perspectiva del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), porque es evidente que las omisiones de la previsión legal que se dictamina generan en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable sobre la previsibilidad de sus efectos (STC 234/2001, de 13 de diciembre, FJ 9, 104/2000, de 13 de abril, FJ 7, 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 15, 142/1993, de 22 de abril, FJ 4 y 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8).

Si a esta desigualdad añadimos lo que se ha comentado antes, en el sentido de que el precepto dictaminado (ni otros preceptos del Proyecto de ley) tampoco prevé ningún criterio

para determinar qué debe entenderse por ámbito de demanda residencial fuerte y acreditada, junto con el hecho de que cada ayuntamiento podrá delimitar estos ámbitos y, por lo tanto, propiciar o no la medida expropiatoria, debemos concluir que la previsión normativa del artículo 42.6 del Proyecto de ley es contraria al artículo 14 CE, porque no da igual trato a los potenciales sujetos afectados o destinatarios de la medida de expropiación temporal.

Esta desigualdad se produce, por una parte, respecto de los propietarios de viviendas desocupadas incluidas en un ámbito de demanda residencial fuerte y acreditada y los que, en iguales condiciones (propietarios que utilizan de forma anómala la vivienda para tenerla desocupada permanentemente), se encuentran fuera de este ámbito y no pueden ser objeto de esta medida. Y tiene lugar en tanto que el Proyecto de ley establece que la discriminación entre unos y otros se produce en función de una decisión administrativa discrecional (la calificación de un ámbito), que carece de parámetros de legalidad. La mencionada discriminación resulta ampliada si se toma en consideración la pluralidad de entidades competentes para realizar la citada calificación (Generalidad o municipios) y la consiguiente y posible multiplicación de criterios aplicables.

En este sentido, es preciso resaltar también que las intervenciones administrativas previstas, para los otros supuestos de utilizaciones o situaciones anómalas, no dependen de su inclusión administrativa en ningún ámbito determinado sino de la mera comprobación de la situación descrita por la ley como anómala (arts. 43 y 44, en relación con el art. 41 Proyecto de ley). A estos efectos, y con la finalidad de salvaguardar la igualdad de trato de los ciudadanos que desarrollan o se encuentran en las mencionadas utilizaciones o situaciones anómalas, el Proyecto de ley prevé la necesidad de aprobar programas de inspección (arts. 43.1 y 44.1 Proyecto de ley); es decir, normas de carácter general que garanticen la actuación objetiva e imparcial de la Administración en su actividad inspectora o de comprobación. Este tipo de normas planificadoras, según ha destacado la doctrina jurídico-administrativa alemana son de gran importancia para garantizar desde la ley la igualdad de trato en su posterior aplicación, razón por la cual las leyes han de disponer su existencia cuando se prevé una actividad inspectora de la Administración respecto del cumplimiento de deberes de carácter general (a título de ejemplo, art. 116 LGT). Estas normas constituyen el principal ámbito de aplicación de la doctrina de la autovinculación de la Administración (Selbstbindung der Verwaltung) con fundamento en el principio constitucional de igualdad (art. 3.1 Ley Fundamental de Bonn), utilizada por la jurisprudencia para el control de la discrecionalidad administrativa, y que pone de relieve la eficacia externa de estas normas administrativas y la decisiva influencia de las disposiciones administrativas internas sobre el ámbito jurídico del ciudadano.

En consecuencia, y por otra parte, también se produce discriminación entre los propietarios de viviendas desocupadas en un mismo ámbito, calificado como de «demanda residencial fuerte y acreditada», porque la intervención de la Administración sobre sus viviendas no se somete a una normativa planificadora de la actividad inspectora previa de la Administración, que permita controlar, entre otros extremos, el respeto al principio de igualdad en el desarrollo de su actividad. Por último, la no previsión por parte del Proyecto de ley de un censo o un catálogo que posibilite la identificación de todos los afectados incluidos en esta área, les discrimina asimismo respecto de los sujetos incluidos en otro tipo de áreas de actuación administrativa, que prevé la propia norma.

Para concluir, es preciso añadir que, en definitiva, las garantías adicionales que en principio añade el artículo 42 del Proyecto en la utilización anómala consistente en la desocupación permanente de la vivienda (medidas de fomento previas y calificación de ámbito de «demanda residencial fuerte y acreditada»), por comparación con otros supuestos de utilización o situación anómala, por su indeterminación y falta de concreción, son equívocas, generan inseguridad jurídica y, respecto al requisito de ser incluido en una zona calificada por la Administración como de «demanda residencial fuerte y acreditada», un trato desigual para los destinatarios de la norma.

Por lo tanto, el artículo 42.6 del Proyecto de ley, que se dictamina, es inconstitucional por vulnerar el principio de igualdad en la ley (art. 14 CE).

2. Además del artículo 42.6 que acabamos de analizar, en la solicitud de dictamen se

incluyen otros preceptos que afectan al derecho de propiedad.

El artículo 5, sobre el «Cumplimiento de la función social». Concretamente, el mencionado precepto declara que el ejercicio del derecho de propiedad debe cumplir su función social (art. 5.1) y, seguidamente, delimita el contenido de esta a partir de la configuración de los supuestos en los que se incumple, que tienen lugar: cuando se incumple el deber de conservación y rehabilitación de la vivienda, siempre que comporte un riesgo para la seguridad de las personas y se haya podido disponer de las ayudas públicas suficientes (art. 5.2.a); cuando la vivienda o el edificio de viviendas estén desocupados de manera permanente e injustificada (art. 5.2.b); cuando la vivienda esté sobreocupada (art. 5.2.c), y cuando no se destine a residencia habitual y permanente de los propietarios si se trata de una vivienda de protección oficial (art. 5.2.d). A continuación, dispone que las administraciones públicas competentes en materia de vivienda deben arbitrar vías positivas de fomento y de concertación para garantizar el cumplimiento de la función social y otras medidas, como las fiscales (art. 5.3), así como también prevé la necesaria coordinación entre el departamento competente en materia de vivienda y las administraciones locales en esta cuestión (art. 5.4).

Las previsiones de este artículo constituyen los criterios generales que informan la definición que el Proyecto hace de la función social de la propiedad en relación con la garantía del derecho a la vivienda, respecto a la cual la Generalidad ejerce su competencia exclusiva. Los argumentos expuestos en el apartado anterior sobre el artículo 42.6 del Proyecto en relación con el artículo 33 CE, permiten sostener que las previsiones del artículo 5 referidas al cumplimiento de la función social se ajustan a la Constitución. Como decíamos en el Fundamento II.2, invocando la jurisprudencia constitucional sobre el derecho de propiedad, la Constitución reconoce y protege un derecho a la propiedad privada, como un abanico de facultades individuales sobre las cosas, pero al mismo tiempo también como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en función de valores o intereses de la colectividad, es decir, de acuerdo con la finalidad o utilidad social que esté llamada a llevar a cabo cada categoría de bienes objeto de dominio. En consecuencia, entra dentro del ámbito de disposición del legislador que tiene competencias sobre vivienda, concretar de forma objetiva cuáles son los límites que afectan a la propiedad a fin de preservar el derecho a la vivienda regulada por el Proyecto de ley. Por lo tanto, el artículo 5 no ofrece tacha alguna de inconstitucionalidad.

El artículo 6, que hace referencia a la «Acción pública» en materia de vivienda, habilita a todos los ciudadanos para exigir ante los órganos administrativos y ante la jurisdicción contencioso-administrativa el cumplimiento de la legislación y las disposiciones, y de las medidas establecidas por el planeamiento urbanístico en materia de vivienda. Se trata de una previsión de una acción de carácter procesal, que incide sobre los derechos de propiedad y de vivienda y también sobre la regulación urbanística.

Atendiendo al objeto de la solicitud de dictamen sobre este artículo del Proyecto, que es determinar si se ajusta al artículo 33 CE, debemos precisar que la acción procesal ante la Administración pública y los tribunales contencioso-administrativos, por sí misma, no modifica ni altera la situación subjetiva del propietario ni, por lo tanto, su poder de disfrute y disposición del contenido del derecho de propiedad del artículo 33 CE. Se trata de una regulación de carácter adjetivo, incluida en la competencia estatutaria en materia de derecho procesal (art. 130 EAC) que, de acuerdo con el artículo 149.1.6 CE, establece que «Corresponde a la Generalidad dictar las normas procesales específicas que deriven de las particularidades del derecho sustantivo de Cataluña». Siempre bien entendido que el Tribunal Constitucional (STC 121/1992, de 28 de septiembre, FJ 4) ha considerado que la expresión «las especialidades que en este orden procesal se derivan necesariamente de las particularidades del derecho sustantivo de las comunidades autónomas», se refiere a aquéllas que inevitablemente se deduzcan de las reclamaciones jurídicas sustantivas configuradas por la norma autonómica en virtud de las peculiaridades del derecho creado por la Comunidad misma. Por lo tanto, esta regulación procesal debe permitir a los ciudadanos iniciar acciones de carácter administrativo o judicial a fin de coadyuvar en el control, por parte de las instituciones competentes, del cumplimiento de la legislación en los ámbitos de la vivienda y el urbanismo.

En el marco de la función social de la propiedad y de acuerdo con los argumentos que han sido expuestos en el Fundamento III para justificar la constitucionalidad de los instrumentos de intervención pública sobre la propiedad, también hay que incluir las previsiones que contienen los artículos que siguen, sin que ninguno de éstos ofrezca una vulneración de la Constitución y el Estatuto:

a) El artículo 31, sobre «Los límites del deber de conservación y rehabilitación» de las viviendas, que se enmarcan en las disposiciones relativas a la conservación y rehabilitación del parque inmobiliario residencial, establece que en los supuestos de declaración de ruina este deber no es exigible al propietario o propietaria (ap. 1). A partir de esta previsión, y con la finalidad de evitar procedimientos de declaración de ruina incoados abusivamente por los propietarios para conseguir la expulsión legal de los ocupantes de la vivienda, el artículo contempla la posibilidad de que esta declaración derive del incumplimiento previo del deber de conservación y rehabilitación por parte del propietario y, de acuerdo con esto, regula las consecuencias sancionadoras y urbanísticas que se derivan de este incumplimiento (aps. 2 y 3).

b) El artículo 34, sobre el «Derecho general de información y regreso de los ocupantes» que contiene dos garantías para los ocupantes legales de las viviendas. Por una parte, en los procedimientos administrativos instruidos para adoptar resoluciones que obliguen o habiliten a ejecutar obras para conservar o rehabilitar los edificios, se debe dar audiencia a dichos ocupantes (ap.1). Por otra parte, con carácter general, los ocupantes legales que tengan su residencia habitual en un edificio objeto de conservación y rehabilitación o declarado en ruina, y siempre que no sean responsables de su deterioro, tienen el derecho de regreso, que va a cargo del propietario y que consiste en el derecho a volver a ocuparlo una vez rehabilitada o reconstruida, según prevé la legislación urbanística, hipotecaria y de arrendamientos urbanos. Se trata, una vez más de una medida destinada a preservar el derecho a la vivienda que, al mismo tiempo, delimita el derecho de propiedad en razón de la garantía de los intereses generales que, en este caso, se concretan en la necesidad de la conservación o rehabilitación de las viviendas deterioradas.

c) El artículo 36, que se refiere a la «Declaración de áreas de conservación y rehabilitación», las cuales, en el Proyecto de ley, se consideran una medida importante de la política de fomento de la conservación y rehabilitación de las viviendas. En este sentido, los municipios, y también la Generalidad, pueden delimitar estas áreas para promover la rehabilitación de inmuebles en zonas especialmente degradadas o para evitar procesos que puedan comportar riesgos para la cohesión social, delimitación que lleva implícita la declaración de utilidad pública de las actuaciones y que requiere un procedimiento con participación de las administraciones y terceros interesados, así como también la exigencia de una documentación y otros requisitos concretos (aps. 1, 2, 3 y 4). Asimismo, el precepto regula el supuesto específico en el que la delimitación afecta a más de un municipio (ap. 5); la subrogación de la Generalidad en las tareas municipales en caso de inactividad de los entes locales (ap. 6) y la conexión de esta actuación con las políticas derivadas de la Ley 2/2004, de 4 de junio, de mejora de barrios, áreas urbanas y villas que requieren una atención especial (ap.7).

Esta regulación va en la misma línea que el artículo anterior, pero en este caso hace especial incidencia en la actuación que sobre la materia deben desarrollar los municipios. Sobre este particular, la Generalidad dispone de competencias en materia de régimen local, de acuerdo con lo que en el marco del principio de autonomía local establece el artículo 160.1.b EAC, que remite al artículo 84.2.b y c EAC: «2. Los gobiernos locales de Cataluña tienen en todo caso competencias propias sobre las siguientes materias, en los términos que determinen las leyes [...]: b) La planificación, la programación y la gestión de vivienda pública y la participación en la planificación en suelo municipal de la vivienda de protección oficial; c) La ordenación y la prestación de servicios básicos a la comunidad».

El carácter «bifronte» del régimen jurídico de las autonomías locales introducido por la jurisprudencia constitucional, para describir su dependencia de la legislación estatal y la autonómica, legitima que la Generalidad, mediante ley, pueda determinar de forma compartida con el Estado las competencias de los entes locales en el marco del respeto al

principio de la autonomía local. En este sentido, la legitimidad de la ley catalana sobre la materia de vivienda, que es expresión de la preeminencia del autogobierno político respecto de la autonomía administrativa de los entes locales, que nos ocupa, es avalada por la jurisprudencia constitucional ya fijada en la primera época del Tribunal, en los términos siguientes:

«Este carácter bifronte, del régimen jurídico de las autonomías locales en algunas Comunidades Autónomas, que hace imposible calificarlo, de forma unívoca, como “intracomunitario” o “extracomunitario”, no es contradictorio con la naturaleza que a las entidades locales atribuye la Constitución, cuyo art. 137 concibe a municipios y provincias como elementos de división y organización del territorio del Estado. Dividido y organizado también éste, en su integridad y sin mengua de ella, en Comunidades Autónomas, ambas formas de organización se superponen sin anularse y si bien el grado superior de autonomía que es el propio de las Comunidades les otorga potencialmente un poder político y administrativo sobre los municipios y provincias que se incluyen en su territorio [...]» (STC 84/1982, de 23 de diciembre, FJ 4)

La garantía del principio de la autonomía local debe ser respetada tanto por el legislador estatal como por el autonómico. Para los entes locales, esencialmente, este principio significa o es sinónimo de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses y de interdicción del control administrativo sobre los actos y acuerdos de las corporaciones locales (STC 213/1988, de 11 de noviembre, FJ 6). La jurisprudencia constitucional ha precisado que «la determinación de cuáles sean estos intereses es obra de la Ley, que les atribuye, en consecuencia, competencias concretas, pero que, en todo caso, debe respetar la autonomía y, como sustrato inexcusable de ésta, reconocerles personalidad propia» (STC 84/1982, de 23 de diciembre, FJ 4).

Por lo tanto, la gestión de los propios intereses debe ejercerse en el marco del ordenamiento jurídico diseñado por el bloque de la constitucionalidad y es la ley (tanto la estatal como también la autonómica) el instrumento normativo que «concreta el principio de autonomía de cada tipo de entes» (STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 3). En este orden normativo, la ley del Parlamento de Cataluña expresa un grado superior de relevancia, consecuencia del principio de la autonomía política que la Constitución (art. 2) reconoce a todas las comunidades autónomas, lo que les permite configurar el alcance de la autonomía local con un notorio margen de regulación, en el marco de las bases estatales que fija la norma fundamental. Y en este marco se incluye un límite que no se puede rebasar, como es el de preservar la garantía de los entes locales para la gestión de sus propios intereses, de manera tal que la autonomía local sea identificable (reconoscible).

Visto el contenido del extenso artículo 36 del Proyecto de ley, estamos ante un precepto que establece un amplio catálogo de directrices, dirigidas a los municipios para que lleven a cabo una competencia de la que coparticipan conjuntamente con la Generalidad, de cuyo sistema institucional son parte integrante (art. 2.3 EAC). En el marco de estas directrices fijadas por la ley, que es expresión de la legitimidad política del autogobierno, el Proyecto de ley reconoce a los municipios, de acuerdo con el artículo 84.2.b EAC, la competencia «[...] para promover la rehabilitación de inmuebles en áreas especialmente degradadas o para evitar procesos que puedan comportar riesgos para la cohesión social, [...]», y, con esta finalidad, «[...] pueden delimitar áreas de conservación y rehabilitación, con un trámite previo de información pública y de audiencia a las demás administraciones concernidas.» (art. 36.1 Proyecto).

En este marco, pues, de competencias locales objetivas, no se encuentran motivos de inconstitucionalidad que alteren las previsiones constitucionales del artículo 140 CE, por violación del principio de autonomía local de los entes locales.

d) El artículo 37, regula por su parte, el «Alcance de la declaración» de las áreas antes expuestas, que puede comportar la puesta en marcha de diferentes medidas de actuación adaptadas a la especificidad del ámbito, que el precepto enumera con detalle en sus letras a a g. Estas medidas pueden consistir en: a) la aprobación de normas, planes y programas de conservación; b) la adopción de órdenes de ejecución dirigidas al cumplimiento del deber de conservación y rehabilitación; c) la incorporación de lo establecido por el artículo 15 del Proyecto en relación con el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, a favor de la

Administración pública; d) «la exigencia de que cualquier procedimiento iniciado ante la Administración del Estado al amparo de la legislación de arrendamientos urbanos para obtener la autorización para derribar inmuebles ocupados deba disponer de un informe favorable del departamento competente en materia de vivienda que pondere la necesidad de incrementar de forma inmediata el parque residencial»; e) la creación de un órgano administrativo o un ente gestor que impulse el proceso de rehabilitación; f) la suscripción de convenios de rehabilitación, de acuerdo con lo previsto por el artículo 39 del Proyecto, y g) la obligación de incorporar al mercado inmobiliario los inmuebles desocupados en un plazo concreto.

Cuando el Proyecto prevé que «La declaración de un área de conservación y rehabilitación puede comportar: [...]» la adopción de las medidas antes reseñadas, quiere significar que estas medidas constituyen un abanico de actuaciones que pueden adoptar los municipios, pero parece evidente que no significa que estas medidas sean una consecuencia ineludible y preceptiva ni que haya que adoptarlas necesariamente ni todas al mismo tiempo y conjuntamente.

De todas las medidas que se pueden tomar, sin embargo, debemos fijar la atención en la medida prevista en la letra d de este artículo, relativa a la exigencia de que cualquier procedimiento iniciado ante la Administración del Estado al amparo de la legislación de arrendamientos urbanos para obtener la autorización para derribar inmuebles ocupados deba disponer de un informe favorable del departamento competente en materia de vivienda. Específicamente, desde una perspectiva competencial, debemos valorar el significado de este informe en relación con las previsiones de la legislación estatal de arrendamientos urbanos.

En primer lugar, es preciso poner de relieve, como ya hemos indicado, que esta exigencia fijada en la letra d del artículo 37 es una posibilidad que puede comportar la declaración de un área de conservación y rehabilitación. No tiene, por lo tanto, un efecto automático, de manera que el Proyecto no prescribe, en todo caso, la exigencia del informe. Sin embargo, y en segundo lugar, si en la declaración de un área de conservación y rehabilitación se incluye la exigencia del informe favorable del departamento competente en materia de vivienda, la Generalidad no estará haciendo otra cosa que ejercer la competencia estatutaria sobre vivienda del artículo 137.1 EAC. Y en especial la que prevé el apartado h de este precepto que le atribuye «[...] la competencia exclusiva en materia de vivienda, que incluye en todo caso: [...] h) La normativa sobre conservación y mantenimiento de las viviendas y su aplicación». En tercer lugar, y de acuerdo con la previsión contenida en el Proyecto, la emisión de este informe ha de ser entendida como una forma de participación concurrente de la Generalidad, según el marco establecido por la legislación estatal sobre arrendamientos urbanos, en supuestos de derribo de inmuebles ocupados, por causas de su conservación y rehabilitación. Es un informe que, más allá de la valoración que pueda contener, no vincula la decisión de la Administración del Estado relativa a la autorización para derribar un inmueble.

De acuerdo, pues, con los argumentos expuestos, las previsiones de este precepto forman parte de las competencias de la Generalidad en materia de vivienda y, asimismo, se ajustan a la función social de la propiedad del artículo 33.2 CE, de conformidad con la fundamentación jurídica que sobre este mandato constitucional ha sido expuesta en el apartado 1 de este Fundamento.

e) El artículo 39, entre las medidas de intervención administrativa en la materia de conservación y rehabilitación, introduce los «Convenios de rehabilitación». Estos se configuran como un mecanismo para acordar con los particulares interesados la conclusión de cualquier proceso iniciado para el cumplimiento del deber de conservación y rehabilitación (ap. 1). Con estos convenios ha de ser posible pactar: un programa de actuaciones de conservación y rehabilitación (ap. 2), las ayudas económicas de la Administración cuando sean exigibles, que pueden comportar el destino a vivienda de protección oficial de toda la operación o de una parte, y la forma de recuperación de estas ayudas si se produce una transmisión onerosa del inmueble (aps. 3 y 4), y la sujeción al derecho de tanteo y retracto (ap. 6). Adicionalmente, el precepto contiene otras previsiones sobre las consecuencias que se derivan del incumplimiento del convenio (ap. 7); el carácter vinculante de sus contenidos respecto de la correspondiente licencia de obras (ap. 5) y la regla general de que los pactos

con trascendencia real deben inscribirse en el Registro de la Propiedad (ap. 8).

De acuerdo con los criterios utilizados en la fundamentación jurídica expuesta en este Fundamento IV, el artículo 39 se aviene con la función social de la propiedad del artículo 33.2 CE.

f) El artículo 47, sobre la «Carga de la prueba», se integra en el título IV del Proyecto de ley, que contiene una serie de disposiciones sobre la protección de los consumidores y de los usuarios de vivienda en el mercado inmobiliario. En concreto, en la línea de otras regulaciones como el artículo 20 de la Ley estatal 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, este precepto introduce un criterio específico sobre la carga de la prueba en los procedimientos de denuncia de discriminación en el ejercicio del derecho a la vivienda en el que la parte denunciante o demandante alega hechos y aporta indicios que permiten presumir la existencia de discriminación (definida en el art. 45.3.b del propio Proyecto de ley). En este caso, el órgano competente, teniendo en cuenta las circunstancias de disponibilidad y facilidad probatoria de las partes y el principio de igualdad de estas, debe exigir a la parte demandada que pruebe suficientemente que no ha infringido el derecho a la igualdad.

El tratamiento de la carga de la prueba en este artículo del Proyecto afecta al ejercicio de los derechos constitucionales de carácter no fundamental, de los que resultan titulares tanto los arrendatarios (consumidores y usuarios: arts. 51 CE y 49 EAC) del derecho a la vivienda (arts. 26 EAC y 47 CE y EAC) como los propietarios de esta última. Se trata de una medida derivada del derecho sustantivo autonómico (arts. 149.1.6 CE y 130 EAC) que tiene por objeto el establecimiento de una regla basada en un cierto equilibrio probatorio entre el demandante y la parte demandada, en los procedimientos de denuncia de discriminación en el ejercicio del derecho a la vivienda.

En efecto, en primer lugar, el demandante debe alegar hechos y aportar indicios que permitan presumir la existencia de situaciones de discriminación (definidas en el artículo 45 del Proyecto: discriminación directa, discriminación indirecta, acoso inmobiliario y alojamiento ilegal). En segundo lugar, el órgano competente, después de apreciar los mencionados hechos e indicios, teniendo en cuenta la disponibilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes y el principio de igualdad de las partes, –en tercer lugar– debe exigir a la parte demandada que aporte una justificación objetiva y razonable que pruebe suficientemente que en su actuación o como consecuencia de su inactividad no se ha infringido el derecho a la igualdad. Por lo tanto, son las dos partes las que deben probar sus pretensiones, de acuerdo con unos parámetros objetivos que el Proyecto define mediante cuatro tipos de discriminaciones, con un canon de exigencia que la Administración debe estar en condiciones de valorar en cada caso. Es, pues, una forma de intervención administrativa sobre los intereses subjetivos del propietario de la vivienda que no contradice la Constitución.

De acuerdo también con los criterios utilizados en la fundamentación jurídica expuesta en este apartado del Fundamento IV, el artículo 47 del Proyecto de ley no afecta a la función social de la propiedad del artículo 33.2 CE.

3. Procede, seguidamente, analizar aquellos preceptos que forman parte de la solicitud de dictamen, más directamente relacionados con la previsión del Proyecto relativa a los derechos de tanteo y retracto, con relación a los objetivos de vivienda. En este ámbito hay que destacar las previsiones contenidas en el artículo 15 y en el artículo 134, ambos del Proyecto de ley.

a) El artículo 15, referido a la «Declaración de áreas sujetas a los derechos de tanteo y retracto en relación con los objetivos de vivienda», faculta a los municipios para delimitar áreas en las que se pueda ejercer el derecho de tanteo y retracto en unas condiciones determinadas, para cumplir los objetivos de los planes locales anteriormente expuestos y alcanzar otras exigencias sobre vivienda previstas en el propio precepto (ap.1). La definición o delimitación de estas áreas se hace en los planes locales, pero también se puede hacer en el Plan territorial sectorial de vivienda, ya sea vía propuesta o directamente, de acuerdo con los municipios afectados (aps. 2 y 3). El ejercicio del derecho de tanteo y retracto corresponde a la Administración pública por cuenta propia o a favor de terceros y, en este

último caso, la norma identifica a estos terceros y establece cautelas para que la finalidad de destinar la vivienda o viviendas a políticas sociales se respete. Entre estas, se destaca la posibilidad de reservar un porcentaje de suelo destinado a viviendas de protección oficial o vinculadas a políticas sociales, superior al que prevé el artículo 17 del Proyecto de ley como regla general (aps. 4 y 5). El precepto contiene otras previsiones sobre el ejercicio de los derechos de adquisición preferente en este tipo de áreas, como es el establecimiento de una prórroga de seis años en el plazo de duración de los mencionados derechos (ap. 8); la forma de delimitación del área cuando coincide con todo el término municipal (ap. 9), o el mandato de que el departamento competente en materia de vivienda subroga las tareas municipales a las que hace referencia el artículo 15 si los entes locales no actúan (ap. 7).

Respecto al apartado 6 de dicho artículo 15, aunque su redacción literal es oscura, una interpretación sistemática de este, concretamente en relación con los artículos 87 y 134 del propio Proyecto de ley, que remiten a la legislación civil catalana sobre el derecho de tanteo y retracto, permite entender que la prohibición de transmisión que contempla se refiere a aquellos inmuebles que, a pesar de realizadas las obras de rehabilitación pertinentes, no cumplen con las condiciones de habitabilidad exigidas legalmente, lo que no plantea problemas de constitucionalidad.

Por otra parte, las previsiones del artículo 15 requieren su análisis constitucional y estatutario desde una doble perspectiva: la primera queda delimitada por la incidencia que la medida del tanteo y retracto puede tener sobre el derecho de propiedad; la segunda es la que se proyecta sobre las cuestiones de delimitación competencial que se pueden plantear en torno a la institución jurídica habitual en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas, como es el derecho de tanteo y retracto.

Con respecto a la primera, lo que establece el Proyecto es que «[...] los municipios, para cumplir los objetivos de los planes locales de vivienda y la exigencia de incrementar el parque de viviendas vinculadas a políticas sociales, [...], para facilitar la conservación y rehabilitación de edificios y para evitar la expulsión de ocupantes u otros procesos especulativos, pueden delimitar áreas en las que se puedan ejercer los derechos de tanteo y retracto en favor de la Administración pública [...]». Es evidente que, con esta prescripción normativa lo que establece el Proyecto es una forma de intervención administrativa mediante una actividad de limitación en relación con la vivienda, a la que hacíamos referencia en el Fundamento II a la hora de abordar las diversas formas de intervención administrativa sobre las materias competenciales relativas al urbanismo y la vivienda (limitación, fomento o, incluso, servicio público). Ahora, nos encontramos aquí con un ejemplo que se inserta objetivamente en el primer supuesto, es decir, en la limitación que opera sobre el derecho de propiedad referido –como establece el artículo 15.1 del Proyecto de ley– a «[...] edificios plurifamiliares enteros usados principalmente como vivienda y áreas en que se puedan ejercer los derechos de tanteo y retracto en favor de la Administración sobre viviendas concretas». Pues bien, esta modalidad de intervención administrativa es una forma legítima de objetivación de la función social de la propiedad a que se refiere el artículo 33.2 CE, de acuerdo con la argumentación que al respecto hemos expuesto en el apartado 2 del Fundamento III, al que, sin más reiteraciones, nos remitimos.

En relación con la vertiente competencial que plantea este artículo 15 sobre la institución civil del tanteo y retracto, hay que precisar de entrada que, como hemos reiterado abundantemente a lo largo del dictamen, la Generalidad dispone de competencias de carácter exclusivo en materia de urbanismo (arts. 148.1.3 CE y 149.5 EAC) y vivienda (arts. 148.1.3 CE y 26 y 47 EAC), que permiten un amplio nivel de potestad reguladora sobre ambos ámbitos materiales. Asimismo, en el marco de la legislación civil, la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro quinto del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales, regula los derechos voluntarios de tanteo y retracto (arts. 568-13 a 568-27). Pero es reconocido actualmente por la mayoría de la doctrina que los derechos de tanteo y retracto no son patrimonio de la legislación jurídico-privada y que, especialmente en el ámbito urbanístico, pueden también contribuir a una mejor realización de los intereses públicos. De hecho, es una técnica jurídica de creciente interés práctico en el marco de las políticas públicas dirigidas a la efectiva garantía de los derechos y de los principios rectores de la política social y económica.



Desde la perspectiva de la ordenación competencial que ahora nos corresponde analizar, el Tribunal Constitucional se ha manifestado en una línea plenamente favorable a superar el reducido alcance que ofrecen las relaciones jurídico-privadas para el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto. Así, en su doctrina jurisprudencial, el Tribunal se ha mostrado especialmente sensible en reconocer la vigencia de las nuevas tendencias del derecho público actual que propugnan la necesidad de incorporar las técnicas clásicas del derecho privado al ámbito de la ordenación jurídica de la res publica. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 207/1999, de 11 de noviembre, (FJ 5), precisa que:

«Los derechos de tanteo y retracto pertenecen, en cuanto institución jurídica, al ámbito de las relaciones jurídico-privadas y, desde esta perspectiva, como derechos reales de adquisición preferente, su regulación es competencia exclusiva del Estado en cuanto integrantes de la legislación civil (art. 149.1.8 C.E.), a salvo las peculiaridades propias de los Derechos forales o especiales, [...]. Ahora bien, como ha declarado este Tribunal (SSTC 170/1989 y 102/1995), ello no excluye que tales derechos de tanteo y retracto puedan constituirse en favor de las Administraciones públicas para servir finalidades públicas con adecuado respaldo constitucional, siendo en tal caso regulados por la correspondiente legislación administrativa, e insertándose en las competencias de titularidad autonómica cuando las Comunidades Autónomas hayan asumido en sus Estatutos competencias normativas sobre la materia en que dichos derechos reales se incardinan.»

El Tribunal añade, asimismo, una consideración de especial relevancia a los efectos de la argumentación que aquí sostenemos, favorable tanto a la función social de la propiedad como a la competencia de la Generalidad sobre esta materia, en el sentido siguiente:

«[...] los derechos de tanteo y retracto [...] contenidos en la Ley Foral impugnada, se instrumentan al servicio de finalidades constitucionales que son ínsitas a la normativa sobre urbanismo y vivienda, competencia exclusiva de la Comunidad Foral de Navarra (art. 44.1 LORAFNA) –es preciso indicar que en este caso era la Comunidad Autónoma la que había sido objeto de un recurso de inconstitucionalidad sobre su Ley foral 7/1989, de 8 de junio, de medidas de intervención sobre el suelo y la vivienda– pues se configuran, en puridad, como un mecanismo o técnica jurídica establecido con la plausible finalidad de combatir el fenómeno de la especulación del suelo, haciendo, asimismo, viable la construcción de viviendas que, por su régimen de protección pública, sean asequibles al sector más desfavorecido de la población, en acomodación a los mandatos constitucionales contenidos en los arts. 33.2 y 47 C.E.»

De acuerdo, pues, con la argumentación expuesta en este apartado del dictamen, el artículo 15 del Proyecto de ley se ajusta a la función social de la propiedad del artículo 33.2 CE y, asimismo, respeta la ordenación constitucional y estatutaria de las competencias.

b) El artículo 134, se refiere a la colaboración de los notarios y los registradores en aplicación de la ley y regula las «Garantías para ejercer los derechos de adquisición preferente de las administraciones», que se aplicarán también en el caso de declaración de áreas sujetas a los derechos de tanteo y retracto. De acuerdo con esto y para el ejercicio de estos derechos, que se rigen por el artículo 87 del Proyecto de ley y, de forma supletoria, por la legislación civil de Cataluña (Libro quinto del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales) el precepto establece una serie de cautelas en materia de otorgamiento de escrituras públicas.

Respecto del contenido general de este precepto, en relación con la incidencia que presenta sobre el derecho de propiedad a fin de regular las «Garantías para ejercer los derechos de adquisición preferente de las administraciones», nos remitimos a la argumentación sostenida en el punto anterior referida al artículo 15 del Proyecto, porque consideramos que se ajusta a la función social de la propiedad del artículo 33.2 CE.

Sin embargo, conviene analizar también este precepto desde la perspectiva competencial. Concretamente, debe prestarse atención a su apartado 2, que establece: «A fin de que la Administración de la Generalidad pueda hacer uso de los derechos de adquisición preferente en la transmisión de viviendas de protección oficial, regulados por el artículo 87 y

concordantes, antes de autorizar el otorgamiento de escrituras que acrediten la transmisión de viviendas de protección oficial, los notarios deben exigir que se acredite la correcta ejecución de las notificaciones establecidas, que deben testimoniarse en la correspondiente escritura».

El objeto de nuestro interés se fija en el deber que el Proyecto de ley establece respecto de las atribuciones de los notarios que «[...] deben exigir que se acredite la correcta ejecución de las notificaciones establecidas, que deben testimoniarse en la correspondiente escritura». Se trata de una previsión legal que no comporta ninguna regulación general que sustituya la legislación estatal sobre esta materia, sino que lo que realmente hace es recoger de forma sintetizada lo que ya prevé la regulación estatal, pero que no supone invasión alguna de la competencia del Estado sobre la ordenación de los registros y los instrumentos públicos (art. 149.1.8 CE). Esta regulación estatal se encuentra en la versión consolidada del Decreto de 2 de junio de 1944, del Reglamento de la organización y régimen del notariado (art. 1.b, 145, punto 1 y, especialmente, el punto 6).

4. Finalmente, debemos centrar la atención en aquellos preceptos que contiene la solicitud de dictamen relacionados con la materia del urbanismo, desde su vertiente competencial, y, eventualmente, con el principio de autonomía de los entes locales.

a) Primero, hay que abordar conjuntamente el contenido del artículo 17 y la disposición adicional sexta del Proyecto, en la medida en que de ellos pueda derivarse una controversia competencial.

El artículo 17, sobre el «Destino del suelo a vivienda de protección oficial», forma parte de un conjunto de previsiones sobre la vivienda en el planeamiento urbanístico. Concretamente, de acuerdo con la legislación urbanística vigente, señala que los planes urbanísticos deben establecer el destino de suelo a vivienda de protección oficial mediante la determinación de las reservas y la calificación del suelo, y que la ordenación de estas reservas no da derecho a exigir indemnización (art. 6 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de urbanismo). En este sentido, sobre las mencionadas reservas, hay que remitirse también al artículo 57 del mencionado Decreto legislativo, en la redacción dada por el artículo 9 del recientemente aprobado Decreto ley 1/2007, de 16 de octubre, de medidas urgentes en materia urbanística (ap. 1). A continuación, la norma incorpora criterios a tener en cuenta en las reservas obligatorias para vivienda de protección oficial en suelo urbano no consolidado y en suelo urbanizable, y destaca que han de ser uniformes para evitar la segregación espacial (ap. 2). Con carácter general, se recogen mecanismos que permiten establecer calificaciones urbanísticas de suelo que representan un destino total o parcial a la edificación de viviendas de protección oficial, pero de manera especial se hace referencia al establecimiento de este destino en suelo urbano consolidado en operaciones de nueva construcción o gran rehabilitación, con la finalidad de que la generación de este tipo de vivienda no debe depender únicamente de la nueva construcción en suelos de nuevos crecimientos o de renovación urbana integral (ap. 3). En este sentido, el Plan territorial sectorial de vivienda, según las necesidades detectadas y dado el escaso potencial de crecimiento en suelo urbanizable o en suelo urbano no consolidado, debe establecer ámbitos municipales o supramunicipales concretos en los que se deba calificar suelo urbano consolidado con destino total o parcial de la edificación a vivienda de protección oficial, como también debe establecer los criterios cuantitativos para determinar la reserva sobre el techo destinada a viviendas de protección oficial, para cualquier régimen de suelo (ap. 4). Seguidamente se establecen una serie de cautelas para que las alteraciones del planeamiento urbanístico no comporten la reducción de suelo destinado a vivienda de protección oficial u objeto de otras medidas de estímulo de vivienda asequible (aps. 5 y 6). Por último, el precepto prevé que los promotores sociales sean receptores por diversas vías de bienes del patrimonio público de suelo y de vivienda, siempre con la finalidad de construir viviendas destinadas a políticas sociales (aps. 7 y 8).

Y por su parte, la disposición adicional sexta, regula la «Aplicación del destino total o parcial de la edificación a vivienda de protección oficial en suelo urbano consolidado». Esta disposición, para el desarrollo y la efectiva aplicación del artículo 17.4 del Proyecto de ley, contiene una serie de previsiones: a) que el Plan territorial sectorial de vivienda puede establecer de manera genérica que una zona urbanística determinada se destine total o

parcialmente a viviendas de protección oficial. En el destino parcial deberán respetarse, sin embargo, unos parámetros y un sistema de cómputo concreto que establece el precepto; b) la posibilidad de permutar los emplazamientos destinados a viviendas de protección oficial por otros también en suelo urbano consolidado del mismo municipio, si la obligación anterior de destino a vivienda de protección oficial no puede alcanzarse en la promoción de la que se trate. Alternativamente, si se dispone del equivalente económico de dicha obligación, la promoción de estas viviendas la puede llevar a cabo la Administración.

Desde una perspectiva material, la constitucionalidad del contenido del artículo 17 y la disposición adicional sexta queda garantizada por el límite de la función social de la propiedad que establece el artículo 33.2 CE, así como por los mandatos constitucional y estatutario (art. 47 CE y EAC) y también por el artículo 26 EAC, para que los poderes públicos adopten las medidas adecuadas para hacer efectivo el derecho a la vivienda digna y adecuada, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general.

El aspecto competencial que suscita nuestra atención es el relativo a la previsión cuantitativa de la disposición adicional sexta, sobre la aplicación del destino total o parcial de la edificación a vivienda de protección oficial en suelo urbano consolidado. En aplicación de las disposiciones del artículo 17.4, en esta disposición sexta se dice que «a) El Plan territorial sectorial de vivienda puede establecer de forma genérica que una zona urbanística determinada se destine total o parcialmente a viviendas de protección oficial. En tal caso, la determinación solo puede suponer el destino parcial de un máximo del 20% del techo de uso residencial en edificios con un techo total edificable superior a los 5.000 metros cuadrados. En el cómputo del porcentaje de techo que deba destinarse a vivienda de protección oficial no se tienen en cuenta las superficies destinadas a usos que no sean de vivienda».

La cuestión de orden competencial que inicialmente puede plantear esta previsión del Proyecto es su contraste con lo que, por su parte, establece la Ley del Estado 8/2007, de 28 de mayo, del suelo. En la determinación de los criterios básicos de utilización del suelo, el artículo 10.b de esta Ley –que de acuerdo con la disposición final primera tiene contenido básico– determina que, en lo que se refiere a «[...] reserva en todo caso de una parte proporcionada a vivienda sujeta a un régimen de protección pública [...] Esta reserva será determinada por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística o, de conformidad con ella, por los instrumentos de ordenación y, como mínimo, comprenderá los terrenos necesarios para realizar el 30 por ciento de la edificabilidad residencial prevista por la ordenación urbanística en el suelo que vaya a ser incluido en actuaciones de urbanización». La Ley 8/2007 añade después que «No obstante, dicha legislación podrá también fijar o permitir excepcionalmente una reserva inferior para determinados Municipios o actuaciones, siempre que, cuando se trate de actuaciones de nueva urbanización, se garantice en el instrumento de ordenación el cumplimiento íntegro de la reserva dentro de su ámbito territorial de aplicación [...]».

La controversia competencial que pueda plantear la aparente contradicción entre el texto de la disposición adicional sexta del Proyecto y la legislación básica estatal, ha de quedar resuelta por la determinación del artículo 149.5.a EAC, cuando establece que «5. Corresponde a la Generalitat, en materia de urbanismo, la competencia exclusiva, que incluye en todo caso: a) La regulación del régimen urbanístico del suelo, que incluye, en todo caso, la determinación de los criterios sobre los diversos tipos de suelo y sus usos».

Esta previsión fijada en el Estatuto de autonomía, que es parte integrante del bloque de la constitucionalidad, ha de ser un criterio suficiente para disipar una invasión competencial por parte del Proyecto. Dicho de otro modo, la atribución de la competencia exclusiva para determinar los criterios sobre los diversos tipos de suelo y sus usos, habilita al legislador para disponer que el Plan territorial sectorial de vivienda establezca que una zona urbanística determinada se destine total o parcialmente a viviendas de protección oficial, de acuerdo con unos porcentajes de techo residencial. Pero además, y en todo caso, hay que precisar que la mencionada disposición adicional sexta modula el establecimiento del porcentaje del destino total o parcial de la edificación a vivienda de protección oficial en suelo urbano consolidado. En efecto, el límite de un máximo del 20% del techo de uso residencial en edificios, se delimita con dos previsiones que el Proyecto de ley añade al primer requisito: 1) que debe tratarse de edificios con un techo total edificable superior a los 5.000 metros cuadrados; 2)

que en el cómputo del porcentaje de techo que deba destinarse a vivienda de protección oficial, no se tienen en cuenta las superficies destinadas a usos que no sean de vivienda.

En consecuencia, tanto el artículo 17 del Proyecto de ley, como la disposición adicional sexta, que concreta su contenido, se ajustan a la Constitución y al Estatuto.

b) El artículo 10, regula el concepto de la planificación territorial y la programación en materia de vivienda. Un primer apartado establece la finalidad y los contenidos generales de estas actuaciones, y un segundo apartado determina los sujetos que pueden elaborar las citadas planificación y programación, que son el departamento competente en materia de vivienda de la Administración de la Generalidad o los entes locales, en este último caso, concertándolas previamente con el mencionado departamento.

Esta previsión legal queda incluida en las competencias que sobre vivienda (art. 137.1.a EAC), en primer lugar, y sobre urbanismo (art. 149.5 EAC), en segundo lugar, corresponden a la Generalidad, en el marco delimitado por el bloque de la constitucionalidad.

En la medida en que este precepto establece, en el segundo apartado, los sujetos que pueden elaborar la planificación y programación de viviendas, que son el departamento competente en materia de vivienda de la Administración de la Generalidad o los entes locales –en este último caso, concertándolas previamente con el mencionado departamento– es preciso plantear si esta medida cuestiona la garantía constitucional de la autonomía local (art. 140 CE). Es decir, procede determinar si la posibilidad atribuida por el Proyecto de ley del Parlamento de Cataluña para que los entes locales puedan planificar y programar la vivienda en su territorio de forma concertada con la Generalidad, lesiona la garantía constitucional de la autonomía local.

La prescripción legal que en este caso establece el Proyecto de ley es una forma más de configurar normativamente por parte de la Generalidad la atribución a los entes locales de la gestión de sus propios intereses, dado que dispone de una parte de la competencia sobre el régimen local (art. 160.b EAC, en relación con el art. 84.b EAC). De acuerdo, pues, con los argumentos expuestos en el apartado 2 de este Fundamento IV, referidos al artículo 36 del Proyecto, que no procede reiterar de nuevo y que es preciso tener en cuenta en su integridad, podemos sostener que, en el marco de las competencias de la Generalidad sobre vivienda y urbanismo, el artículo 10 del Proyecto de ley respeta el principio constitucional de la garantía de la autonomía local.

c) Los artículos 12 y 14 regulan dos instrumentos de planificación y programación de la vivienda.

El artículo 12 regula el «Plan territorial sectorial de la vivienda», como marco orientador para la aplicación en todo el territorio de Cataluña de las políticas que establece la ley, que se puede concretar mediante planes específicos de alcance territorial más reducido (aps. 1 y 7). De acuerdo con ello, el precepto enumera una serie de datos y de previsiones que se relacionan con ello, que en todo caso ha de incluir el mencionado Plan (aps. 2 y 3). Asimismo, puede establecer reservas de suelo para uno o más municipios, más amplias que las previstas como regla general, en garantía de intereses supralocales y de acuerdo con los ayuntamientos afectados (ap. 4), como también puede contener determinaciones para que sean ejecutadas directamente o desarrolladas mediante el planeamiento urbanístico (ap. 6). El precepto regula también el procedimiento, los entes que intervienen en él y las garantías que debe observar el departamento competente en materia de vivienda en la elaboración del Plan (ap. 5). Y, finalmente, dispone la necesidad de que el Gobierno establezca una línea específica de financiación para hacer efectivo el desarrollo, las medidas y los requerimientos de este Plan territorial sectorial (ap. 8).

Por su parte, el artículo 14 se ocupa de los «Planes locales de vivienda», como instrumento que han de elaborar los ayuntamientos que quieran concertar políticas de vivienda con la Generalidad en el caso de que no exista un programa de actuación urbanística municipal. Este tipo de plan, que tiene un contenido similar al programa de actuación, debe reflejar el diagnóstico sobre las necesidades y medidas que se deben adoptar para conseguir los objetivos perseguidos en política de vivienda (aps. 1 y 2). Con este objeto, el precepto

establece su contenido preceptivo (aps. 3, 5, 6, 7 y 8); su vigencia y necesidad de revisión (ap. 4); la previsión de que su procedimiento de elaboración se ha de ajustar a la legislación de régimen local sobre el régimen de funcionamiento y de adopción de acuerdos, aunque se exige un periodo de exposición pública y de mecanismos de participación ciudadana y se atribuye al pleno del ayuntamiento su aprobación (ap. 9). Asimismo, para concertar políticas de vivienda con la Generalidad, el ayuntamiento debe comunicar el acuerdo de aprobación del plan al departamento competente, y este puede requerirlo, motivadamente, para que amplíe la documentación aportada o para que lo modifique atendiendo al cumplimiento de la legalidad, la disponibilidad presupuestaria y la protección de intereses locales (ap. 10). Otras modalidades de los planes locales de vivienda que regula el precepto son el plan local simplificado, previsto para los municipios de menos de tres mil habitantes (ap. 11) y los planes locales de vivienda de alcance supramunicipal, para coordinar políticas de vivienda, que deberán cumplir unas directrices concretas prescritas en la ley (ap. 12). Para finalizar, el precepto exige al Gobierno que establezca una línea específica de financiación para atender situaciones de dificultad justificada en la elaboración de estos planes locales y que fomente la redacción de planes supramunicipales (ap. 13).

Del contenido de estos dos artículos, destaca un régimen de concertación en la gestión de sus competencias entre la Generalidad y los entes locales. De acuerdo con el mismo argumento que se ha expuesto en el anterior apartado de este Fundamento, del Proyecto se deriva que la Generalidad dispone de competencia sobre el régimen local (art. 160.b y 84.b EAC) para configurar, mediante ley, la atribución a los entes locales de la gestión de sus propios intereses.

Es preciso invocar, una vez más, los argumentos expuestos en el apartado 2 de este Fundamento IV, referidos –allí– al artículo 36 del Proyecto, para tenerlos en cuenta en su integridad a fin de sostener que, en el marco de las competencias de la Generalidad sobre vivienda y urbanismo, los artículos 12 y 14 del Proyecto de ley respetan el principio constitucional de la garantía de la autonomía local.

d) El artículo 73, entre las medidas relativas a la política de protección pública de la vivienda que contiene el título V del Proyecto de ley, introduce el «Objetivo de solidaridad urbana», con la finalidad de que los municipios de más de cinco mil habitantes y las capitales de comarca dispongan de un parque mínimo del 15% de viviendas destinadas a políticas sociales en Cataluña en un plazo de veinte años respecto del total de viviendas principales existentes, de acuerdo con un calendario que se establecerá por reglamento (ap. 1). A partir de esta premisa, los municipios deben llegar al porcentaje mencionado mediante el cumplimiento de unas obligaciones quinquenales mínimas de nueva construcción, rehabilitación o adquisición (ap. 2). Los porcentajes que establece el precepto, que pueden ser modificados por el Gobierno por decreto, se alcanzarán, en su caso, con la implementación de figuras de concertación y colaboración con otros municipios y entidades supramunicipales (aps. 3 y 4).

Las previsiones de este precepto forman parte de las competencias de la Generalidad en materia de vivienda (arts. 148.1.3 CE y 137 EAC) y de urbanismo (arts. 148.1.3 CE y 149.5 EAC). Las directrices que establece el Proyecto de ley sobre el porcentaje de un parque mínimo de viviendas, así como los demás requisitos que incluye este artículo, no suponen vulneración del principio de autonomía local, de acuerdo con la argumentación que hemos sostenido en relación con el artículo 36 del Proyecto de ley, a la que nos remitimos.

e) El artículo 76, relativo al Fondo de Solidaridad Urbana, impone en su apartado 3 unas prestaciones económicas a los ayuntamientos que no hayan cumplido las obligaciones de construcción de viviendas destinadas a políticas sociales que, de acuerdo con lo que prevé el artículo 73.1, deben alcanzar como mínimo el 15% del total de viviendas principales existentes en el municipio. Esta previsión no vulnera, prima facie, el principio de autonomía local garantizado por la Constitución y el Estatuto, en la medida que se trata de un instrumento razonable para asegurar la corresponsabilización de los poderes locales en el impulso de políticas de vivienda decididas por el Gobierno en el ejercicio de sus competencias.

En cambio, sí presenta algunas dudas la regulación contenida en su apartado 4, en la medida

en que de esta regulación se desprende que las mencionadas prestaciones económicas podrían ser utilizadas para ejecutar políticas de vivienda en municipios diferentes del afectado. En caso de que así fuera, el precepto podría entrar en colisión con el principio de autonomía local, dado que la habilitación de la Generalidad para exigir esta prestación ha de entenderse como la capacidad para imponer el cumplimiento efectivo de la obligación legal, sustituyendo así la inactividad del ayuntamiento afectado; además, si estas prestaciones se destinaran a usos fuera del mencionado municipio, aún se agravaría más el problema porque no se conseguiría cumplir con el objetivo del porcentaje mínimo de viviendas destinadas a políticas sociales.

No obstante lo anterior, la redacción del apartado 4 citado no lleva necesariamente a esta conclusión, de manera que debe interpretarse que las cuantías de estas prestaciones (y no, en cambio, la de otras que puedan alimentar el Fondo de Solidaridad) han de estar directamente relacionadas con la necesidad de cumplir las obligaciones que establece el artículo 73 del Proyecto y deben destinarse a la consecución de los objetivos fijados en el propio municipio y, subsidiariamente, a atender los gastos derivados del ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, también en este municipio.

Así interpretado, el artículo 76.4 del Proyecto de ley no vulnera el principio de autonomía local.

## **Conclusión**

Vistos los razonamientos contenidos en los Fundamentos precedentes, opinamos que

Primero.- Los artículos 3.d; 5; 6; 10; 12; 14; 15; 17; 31; 34; 36; 37; 39; 42, apartados 1 a 5; 47; 73; 76, apartado 3; 101, apartado 5; 134 y la disposición adicional sexta del Proyecto de ley del derecho a la vivienda en Cataluña son constitucionales.

Segundo.- El artículo 42, apartado 6, del Proyecto de ley del derecho a la vivienda en Cataluña es inconstitucional.

Tercero.- El artículo 76, apartado 4, del Proyecto de ley del derecho a la vivienda en Cataluña es constitucional si se interpreta en el sentido expresado en el Fundamento IV.4.e de este dictamen.

Este es nuestro Dictamen, que pronunciamos, emitimos y firmamos en el lugar y la fecha indicados al principio.

VOTO PARTICULAR que formulan los consejeros señores Joaquim Borrell Mestre, y Jaume Camps Rovira, al amparo del artículo 50 del Reglamento de organización i funcionamiento del Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña, al Dictamen núm. 282, emitido en fecha 29 de noviembre de 2007, al que se adhiere el consejero señor Agustí M. Bassols Parés.

1. El Dictamen estima que el artículo 42.6 es inconstitucional por vulnerar el principio de igualdad en la ley (art. 14 CE). Coincidimos plenamente en este juicio, pero de forma concurrente y complementaria entendemos que la vulneración del principio de igualdad es preciso extenderla (por conexión con el artículo 42.6 del Proyecto de ley) al artículo 41.3 del mismo Proyecto, por las razones que se detallan a continuación.

Efectivamente, hemos visto que en el Dictamen se ha puesto de manifiesto que el artículo 42.6 es inconstitucional por vulnerar el principio de igualdad y, por lo que ahora interesa, por carecer totalmente de criterios que permitan garantizar una actuación no discriminatoria de la Administración a la hora de determinar cuáles son los sujetos afectados por el alquiler forzoso y, en su caso, la expropiación del usufructo de la vivienda desocupada. Pero esta desigualdad en la ley también entendemos que debe hacerse extensiva al artículo 41.3 del Proyecto de ley, en la medida en que establece que la Administración actuará «si tiene constancia» de la utilización o situación anómala de la vivienda desocupada. Esta regulación, junto con la circunstancia de que no se prevén en ningún otro lugar planes previos de inspección por parte de la Administración ni la elaboración de ningún catálogo o censo, así

como también del hecho de que el artículo 42 no determina los parámetros para calificar un ámbito como de «demanda residencial fuerte y acreditada», comportan que el artículo 41.3 del Proyecto de ley sea también inconstitucional por vulneración del principio de igualdad en la ley, cuyo alcance se ha expuesto sobradamente en el Dictamen.

En este punto debemos insistir en otra cuestión que también apunta el Dictamen de la mayoría. Se trata de la reserva de ley a la que hace referencia el artículo 33.3 CE. En este sentido, como es sabido, el artículo 42.6 del Proyecto implementa una medida de intervención administrativa, que restringe intensamente el derecho de propiedad porque puede llegar a la expropiación forzosa del usufructo sobre la vivienda desocupada, sin explicitar los parámetros principales que, a la fuerza, deben enmarcar una actuación de este tipo. Podemos comprender que aspectos más técnicos y más puntuales de una materia sectorial como la de vivienda deban remitirse a una norma reglamentaria general, pero este no es el caso que nos ocupa. Los parámetros y los criterios que debería contener el precepto objeto de dictamen para implementar una medida restrictiva del derecho de propiedad como la que nos ocupa son en todo caso de carácter general y perfectamente asumibles en el Proyecto de ley que entendemos que no puede hacer una remisión en blanco e incondicionada al reglamento en esta cuestión.

Además y nuevamente, respecto a la necesidad de un trato no discriminatorio de los propietarios de las viviendas desocupadas que se encuentran en la misma situación porque reúnen las condiciones exigidas en el artículo 3.d del Proyecto de ley, sería preciso que el Proyecto de ley incorporara los siguientes parámetros en dos fases sucesivas: 1ª) los criterios generales y orientadores de carácter mínimo para la calificación de los ámbitos como de demanda residencial fuerte y acreditada, y 2ª) los parámetros que permitan tratar de forma igual a los propietarios mencionados, dentro de un mismo ámbito de demanda residencial fuerte y acreditada como la previsión de llevar a cabo programas de inspección o elaborar un censo o catálogo de los afectados.

2. En segundo lugar, formulamos de forma principal, y también con carácter concurrente y complementario, el presente voto particular por entender que el artículo 42.6 del Proyecto de ley, objeto de dictamen, no solo es inconstitucional por vulnerar el principio de igualdad que establece el artículo 14 CE sino que también es inconstitucional por no respetar el principio de proporcionalidad.

Los consejeros infrascritos son conscientes de que la elaboración jurisprudencial relativa a la aplicación del criterio de proporcionalidad por parte del Tribunal Constitucional contiene un cierto grado de concreción, que dificulta nuestra tarea consultora e interpretativa.

Sin embargo, si el precepto que estamos examinando (art. 42 del Proyecto de ley y en concreto su apartado 6), resulta manifiestamente inidóneo para satisfacer los objetivos de la ley e, incluso, del propio precepto, dado que establece una medida que no es capaz de alcanzarlos, o bien que la medida es de imposible o muy difícil aplicación por la inconsistencia de sus previsiones o el silencio respecto a los mínimos mecanismos para ponerla en práctica, no podrá superar el test de su idoneidad.

Si después del examen del precepto vemos que la medida es innecesaria porque los objetivos del legislador pueden ser alcanzados mediante medidas menos perjudiciales o de menor incidencia en la afectación del derecho fundamental a la propiedad de los sujetos pasivos, querrá decir que la medida que examinamos no superará el tope de su necesidad como segundo parámetro a través del cual se desarrolla el juicio sobre el respeto al principio de proporcionalidad.

Si, finalmente, la medida resulta desproporcionada en sentido estricto, para alcanzar los objetivos del legislador, el precepto no habrá superado el listón de la proporción necesaria en contemplación de los objetivos que se propone.

En nuestra tarea consultiva, y a la hora de emitir este juicio de proporcionalidad, no se puede decir que estemos formulando consideraciones de oportunidad que no nos corresponden. Es evidente que, como juristas, y siempre concluyendo de acuerdo con parámetros de constitucionalidad y estatutariedad, no podemos quedar impasibles y silenciosos ante

soluciones legislativas o instrumentos normativos que afectan directa o indirectamente a los derechos de los ciudadanos, y que consideramos inidóneos, innecesarios y desproporcionados.

En general, el Proyecto de ley tiene como finalidad principal la transformación del mercado de la vivienda del modo más estructural posible. Pretende garantizar el derecho a la vivienda a partir de la creación de un parque específico de viviendas asequibles, que permita atender a las necesidades de la población que precisa alojamiento. Este parque ha de ser suficiente para permitir la movilidad y la adaptación a las necesidades cambiantes de las personas y sobre todo debe estar integrado tanto en relación con el entorno físico como desde el punto de vista social.

Más allá de la regulación de este parque específico de vivienda asequible, en la futura norma se impulsan políticas concertadas con los agentes de iniciativa social o privada que actúan sobre el mercado libre de la vivienda, que es el que actualmente responde mayoritariamente a las demandas y a las necesidades de la ciudadanía. Según se manifiesta en el preámbulo del Proyecto, una gran parte del texto se dedica a la defensa de la parte más desfavorecida en las relaciones que tienen lugar en el mercado libre, regulando la protección de los consumidores y los usuarios de viviendas, la calidad y los requisitos exigidos a estas y las medidas de intervención administrativa en los casos de utilización anómala.

En este contexto, el artículo 42.6 del Proyecto de ley establece que, una vez agotadas las medidas de fomento previstas, en los ámbitos que el Plan territorial sectorial de vivienda y los demás instrumentos de desarrollo establecidos por esta ley califican como ámbitos de demanda residencial fuerte y acreditada, la Administración competente puede acordar el alquiler forzoso de la vivienda declarando previamente el incumplimiento de la función social de la propiedad. En el correspondiente expediente de declaración debe advertirse que la Administración, transcurridos dos años desde la notificación de la declaración, puede expropiar el usufructo de la vivienda para alquilarla a terceros. En el expediente de justiprecio debe valorarse la indemnización correspondiente al derecho de usufructo temporal, teniendo en cuenta los gastos asumidos por la Administración en la gestión y en las eventuales obras de mejora efectuadas en la vivienda y concretando, además, el modo como el propietario puede recuperar el uso de la vivienda una vez transcurrido el plazo de alquiler forzoso, que no puede ser superior a cinco años. El procedimiento debe ajustarse a lo que establece la legislación urbanística y de expropiación forzosa.

La necesidad de introducir viviendas asequibles en el mercado de alquiler, con la finalidad de provocar en última instancia un descenso generalizado del nivel de precios de alquiler, mediante la incorporación en el mercado de arrendamientos de los inmuebles desocupados, para que todos los ciudadanos puedan acceder a una vivienda digna, es la que justifica la introducción, en el artículo 42.6 del Proyecto, de la medida expropiatoria que regula. Según la doctrina constitucional (por todos, ATC 17/2007, de 16 de enero) el instituto expropiador, por un lado, constituye una garantía constitucional del derecho de propiedad privada, y por el otro un instrumento positivo puesto a disposición del poder público para el cumplimiento de sus finalidades de ordenación y para la conformación de la sociedad a imperativos crecientes de justicia social. Es evidente, y eso se refleja también en el texto del Dictamen, que el Proyecto de ley objeto de consulta, en su artículo 42.6, afecta al derecho a la propiedad privada, ya que permite la expropiación «del usufructo de la vivienda (vacía, o desocupada de forma permanente e injustificada) para alquilarla a terceros». Por eso, para decidir sobre la constitucionalidad, o en su caso, la inconstitucionalidad del precepto mencionado, será preciso determinar si este vulnera o no las prescripciones contenidas en el artículo 33 del Texto constitucional.

A) Procede, pues, analizar en concreto si el precepto vulnera el principio de proporcionalidad.

Una exigencia común y constante para dilucidar la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de un derecho fundamental es que ha de estar prevista en la ley y, asimismo, debe estar determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. El ámbito en el que se aplica normalmente este principio es el de los derechos fundamentales relativos a la integridad física de los ciudadanos (por todas, STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 5), lo



que no significa que no pueda aplicarse a otros derechos fundamentales (STC 66/1995, de 8 de mayo) y, en general, a supuestos en los que se trate de la incidencia de la actuación de los poderes públicos en el ámbito de concretos y determinados derechos constitucionales de los ciudadanos (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 3). En este sentido, el propio Consejo Consultivo ha aplicado este principio para declarar la inconstitucionalidad de una medida restrictiva de la autonomía financiera de las comunidades autónomas (Dictámenes núms. 224 y 225, de 22 y 29 de enero de 2002, F IV) y otra medida limitadora de la libertad de empresa (Dictamen núm. 272, de 19 de mayo de 2006, F III). En todo caso, la aplicación misma de este principio como elemento de control de la constitucionalidad de la norma limitadora es competencia del Tribunal Constitucional, y cuenta con suficiente fundamento a partir de su deducción del estado de derecho y del valor de la justicia, de conformidad con el artículo 1.1 CE.

Como ya hemos avanzado en el encabezamiento de este voto, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad hay que constatar si cumple con los requisitos o las condiciones siguientes: si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y finalmente, si esta medida es ponderada o es equilibrada, por derivarse más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

En este mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en una abundante jurisprudencia a raíz del reconocimiento del derecho de propiedad en el protocolo adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 1), ha examinado la regla sobre la privación de este derecho y los criterios para considerar legítimas sus restricciones que son, entre otros: el fin legítimo de la restricción, los medios utilizados para alcanzar este fin (el equilibrio entre las exigencias del interés general y los imperativos de los derechos fundamentales de las personas), la necesidad de que las restricciones no supongan una carga singular y excesiva para el ciudadano, la justa indemnización, etc. (STEDH, entre otros, de 21 de febrero de 1986, caso James et al. de 5 de noviembre de 2002, caso Pincová c. República Checa; de 22 de febrero de 2005, caso Hutten-Czapska c. Polonia).

A continuación, pues, se examinará si el artículo 42.6 del Proyecto de ley cumple con el principio de proporcionalidad enunciado.

B) En primer lugar, hay que recordar que por «ley» debe entenderse toda norma publicada oficialmente con este carácter y que contiene un mandato normativo de los órganos que constitucionalmente tienen atribuido el poder legislativo ordinario. La ley manda o prohíbe algo y debe perseguir una finalidad determinada y contener una regulación que sea apta o capaz de alcanzar su propósito. En este sentido, nos remitimos a lo que se ha dicho en el Dictamen y en el encabezamiento de este voto respecto de la reserva de ley que exige el artículo 33.3 CE y cualquier medida restrictiva de un derecho constitucional.

De entrada, hay que entender que la medida que contempla el artículo 42.6 del Proyecto de ley pretende una finalidad legítima, ya que persigue facilitar el acceso de los ciudadanos a una vivienda digna, mediante la introducción en el mercado de alquiler de viviendas que se mantienen desocupadas. Se considera que la introducción de estas viviendas debe provocar un incremento de la oferta, pero también, en última instancia, una reducción de los precios de alquiler. A partir de esta consideración procede ahora determinar si, tal como se regula en el Proyecto de ley, la medida que se examina se aviene con el juicio de idoneidad, que es el primer juicio que hay que superar de acuerdo con el principio de proporcionalidad y los parámetros antes expuestos.

Para poder averiguar los fines del precepto, debe advertirse que este no menciona quiénes serán los beneficiarios de la medida. Por eso, hay que entender que se dirige a todos los ciudadanos y no a un colectivo social determinado. Confirma este criterio la circunstancia de que durante los dos años anteriores a la medida expropiatoria se permite al propietario alquilar la vivienda a quien quiera y al precio libre que se convenga. Para evaluar, pues, la eficiencia de la prescripción que se contiene en el artículo 42.6, es decir, para determinar la

idoneidad de la norma respecto a la finalidad general perseguida a la que se acaba de hacer referencia, es preciso tener en cuenta que una de las peculiaridades del mercado de la vivienda consiste en el hecho de que este no es único, sino que existen diversos mercados, tanto en función de la tipología como de la ubicación de cada clase de viviendas y que cada uno de estos mercados presenta una oferta y una demanda con características propias. Por este motivo, objetivamente, en esta situación un aumento indiscriminado de la oferta de vivienda de alquiler no conduce necesariamente a un descenso generalizado de todos los precios de alquiler de viviendas ni tampoco aumenta la posibilidad de que todas las que se encuentren vacías se puedan real y efectivamente alquilar. Esto solo pasaría si el aumento del número de viviendas se produjera con similar intensidad en cantidad y en calidad en cada uno de estos múltiples mercados. Solo de esta manera se cumpliría el objetivo de política general de vivienda perseguido por la norma.

No obstante lo anterior, en las previsiones del Proyecto de ley, esta realidad ni se plantea ni se puede solucionar si se tiene en cuenta, por una parte, el contenido que el artículo 12 asigna al Plan territorial sectorial de vivienda y por otra, la posibilidad que tienen los ayuntamientos de fijar en sus términos municipales y a través de «los demás instrumentos de planeamiento que establece esta ley [...] los ámbitos de demanda residencial fuerte y acreditada» (art. 42.6 del Proyecto). En efecto, si según el artículo 12 del Proyecto el Plan territorial sectorial de la vivienda debe contener unos datos sobre vivienda que sean genéricos, sin requerir mayores concreciones, deberá entenderse que la concreción de estos datos, a efectos de la aplicación de la medida prevista por el artículo 42.6 del Proyecto, se hará, en la práctica, en «los demás instrumentos de desarrollo que establece esta ley», que no puede ser otro que los planes locales de vivienda (municipales o supramunicipales). Consecuencia de lo anterior y de la falta de criterios uniformes, entre otros, para determinar los ámbitos calificados como de «demanda residencial fuerte y acreditada» (aparte de vulnerar la igualdad, como reconoce explícitamente el Dictamen) será la imposibilidad de dar un tratamiento idóneo a cada uno de los mercados inmobiliarios de las diversas zonas afectadas y, en definitiva, la imposibilidad de que la norma alcance la finalidad que persigue.

En otro orden de cosas, tampoco parece posible que, con la finalidad de incrementar el parque de viviendas con un alquiler asequible, la medida expropiatoria que se establece pueda ser aplicada por cada una de las administraciones públicas implicadas de manera eficaz y sin condiciones, en cada uno de los mercados que se corresponden con los ámbitos de demanda residencial «fuerte y acreditada», y todo ello a consecuencia de los elevados recursos que se necesitarían para llevar conjuntamente las anteriores operaciones. Estos costes comportarían como mínimo los generados por los proyectos de expropiación, para la fase previa de inspección y en su caso de sanción, y para la fase posterior de gestión de la vivienda expropiada. Esto anterior está incluso reconocido y no bien solucionado en la documentación que figura en el expediente de elaboración de la futura ley. Al respecto, hay que indicar que en el «Estudio económico y estudio del coste y de la financiación de los organismos que se crean», que figura con el epígrafe 8 de los documentos que ha enviado al Consejo Consultivo el Departamento de Medio Ambiente y Vivienda, en primer lugar y de forma general se hace referencia a la importancia que el sector de la vivienda tiene para la economía y, en segundo lugar, en el apartado de «Valoración de los costes de la Ley» en las casillas correspondientes al artículo 42 se dice «Coste para las demás administraciones [...] Alto pero transferible a terceros», «Coste para las demás administraciones [...] Alto pero transferible a terceros», «Coste para los afectados [...] Derivado de la valoración del precio de expropiación temporal», Coste de vigilancia y control [...] Administrativo alto: Inspección y sanción». De todo esto se desprende que la transferencia de estos gastos, que se reconocen elevados, comportará que los asuman los propietarios, lo que disminuirá notablemente el justiprecio de la expropiación.

Asimismo, y desde otra perspectiva, también resultará extremadamente dificultoso, por no decir imposible, llevar a cabo la expropiación prevista en la norma, dado que, previamente, la Administración actuante deberá acreditar que se han agotado todas las medidas de fomento que pueden aplicarse al caso concreto, provengan de esta Administración o de cualquier otra. Contra la resolución administrativa, el afectado podrá interponer el correspondiente recurso contencioso-administrativo, pero, en definitiva, la realidad es que la dificultad probatoria respecto al carácter subsidiario de la reserva del artículo 42.6 del Proyecto, con la que se enfrentará la Administración, hará también muy difícil la ejecución de la medida expropiatoria.

Pero además, si lo que se pretende es influir en los diferentes mercados de las viviendas de alquiler –sujetos a las múltiples variables que se presentan a lo largo del tiempo– con la pretensión, principalmente, de rebajar sus precios a fin de que la mayoría de los ciudadanos puedan hacer efectivo su derecho constitucional a una vivienda digna, la medida expropiatoria no puede producir plenos efectos hasta que no hayan transcurrido unos cinco años desde la entrada en vigor de la futura ley (de acuerdo con el artículo 3.d del Proyecto, más de dos años para considerar que existe una utilización anómala de la vivienda y, según el artículo 42.6, dos años más desde la declaración de incumplimiento de la función social para poder expropiar el usufructo).

En otro orden de cosas, también se constata que la medida expropiatoria es inidónea porque no ha tenido en consideración otras situaciones, otros intereses y bienes a los que puede afectar, que generarán problemas de aplicación, que no soluciona ni trata el Proyecto de ley.

Así, la medida restrictiva que regula el artículo 42.6 puede afectar de modo negativo y provocar dificultades de aplicación en el ámbito de las relaciones privadas, tal como se encuentran reguladas en la legislación civil de Cataluña. Este sería el caso de constitución del usufructo a través de donación, a determinadas reservas entre particulares, que se pueden convenir de conformidad con lo previsto por el artículo 531-9 de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro quinto del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales.

Tampoco parece que haya tenido en consideración otras situaciones que pueden producirse respecto a las relaciones jurídico-privadas que genera la existencia de un derecho real de usufructo sobre el bien inmueble desocupado. Concretamente, el inciso del precepto «[...] el propietario o propietaria puede recuperar el uso de la vivienda una vez transcurrido el plazo de alquiler forzoso, que no puede ser superior a cinco años», no ha considerado que en ocasiones quien resultará expropiado del usufructo de la vivienda y que, por lo tanto, debe recibir la correspondiente indemnización y puede recuperarlo, no es su propietario, sino el usufructuario, ya que, como es de sobra conocido, cuando se ha constituido un derecho de usufructo a favor de otra persona, el propietario solo dispone de la nuda propiedad. En este sentido, el artículo 3.1 de la Ley de expropiación forzosa establece que «las actuaciones del expediente expropiatorio se entenderán, en primer lugar, con el propietario de la cosa o titular del derecho objeto de la expropiación». Por otra parte, el artículo 561-16 de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro quinto del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales (en lo sucesivo, Libro quinto) establece que el derecho de usufructo se extingue por la expropiación forzosa de los bienes usufructuados, pero en este caso no se está expropiando el bien usufructuado sino solo el derecho de usufructo sobre este bien, y de manera temporal. Por lo tanto, después de los cinco años de alquiler forzoso, parece que el derecho de usufructo debería volver a su antiguo titular, sea este o no el propietario de la vivienda.

Por último, por añadidura, se puede señalar que el propio Proyecto de ley, propiciará lo que coloquialmente se denomina «fraude de ley legal». En efecto –y a título de ejemplo– la propia redacción del precepto que estamos examinando habilita la forma para vulnerarlo. Si repasamos el proceso que regula el Proyecto, para llegar a la efectividad de la expropiación del usufructo de una vivienda veremos que será necesario el transcurso de cuatro o cinco años como mínimo y según los casos: a) proceso de detección y comprobación de la situación anómala de una vivienda; b) agotamiento de todas las medidas de fomento; c) declaración previa de incumplimiento de la función social de la propiedad; d) notificación y transcurso de dos años más –que deben entenderse como ininterrumpidos– con la vivienda desocupada de forma injustificada.

Visto lo que se acaba de exponer no parece insensato constatar que simplemente alquilando la vivienda (o ocupándola), por ejemplo un mes cada cinco años, será suficiente para eludir la medida expropiatoria.

Por las razones expuestas y en una primera conclusión, se puede afirmar que la medida contenida en el artículo 42.6 del Proyecto no es objetivamente idónea para la finalidad prevista por el legislador, porque su eficiencia se ve obstaculizada por la idiosincrasia del mercado de viviendas de alquiler, ya que su fragmentación neutraliza completamente el

efecto perseguido de incrementar la vivienda de alquiler a precios asequibles (o lo que en definitiva es lo mismo, de rebajar los precios de alquiler). Por último, corrobora la inutilidad de la medida la circunstancia de que los efectos que se pretende que produzca esta expropiación de ejecución muy difícil o imposible solo tendrán lugar una vez transcurridos cinco años desde la entrada en vigor de la ley, en un mercado que, como se ha indicado, está sujeto a múltiples variaciones.

C) En el juicio de proporcionalidad, el principio de necesidad consiste en determinar, respecto a la medida de limitación de un derecho fundamental, que no existe ninguna otra medida igualmente efectiva y adecuada pero diferente de la utilizada, que suponga una menor restricción para el derecho fundamental. Por otra parte, la existencia de medidas igualmente efectivas como premisa para la aplicación del principio implica que, previamente, se haya determinado que la medida cuestionada que es objeto de comparación sea adecuada para alcanzar la finalidad perseguida. Por lo tanto, el principio de necesidad se aplica subsidiariamente después del principio de adecuación. En esta línea ya que en el apartado anterior se ha concluido que la medida prevista en el artículo 42.6 del Proyecto no resulta eficaz para la finalidad que la norma pretende, resultaría innecesario proseguir con el juicio de proporcionalidad. Ahora bien, para clarificar la cuestión de que se trata, a continuación se examinará si la medida que contempla el artículo que se está analizando es necesaria, en el sentido de que no exista ninguna otra más moderada para la consecución del mismo propósito con igual eficacia, que es en definitiva en lo que consiste el juicio de necesidad. En líneas generales, el tratamiento de viviendas desocupadas que promueve el Proyecto de ley no es extraño al ordenamiento jurídico comparado de otros estados democráticos, ahora bien, por ser de interés, hay que destacar que en su legislación se contemplan con mayores matizaciones y cláusulas más genéricas cuestiones tan importantes como qué debe entenderse por vivienda vacía, quienes son los propietarios (personas físicas o jurídicas) sobre los que se aplican las medidas previstas y también cuáles son las causas que estos pueden alegar para mantener desocupada una vivienda. No obstante, en la legislación comparada no se contempla en ningún caso una medida expropiatoria con un alcance tan general como la que contiene el artículo 42.6 del Proyecto de ley.

En el ordenamiento jurídico español hay, sin embargo, un antecedente que recuerda la medida del artículo 42.6, que no tuvo ningún éxito en su aplicación, y que está regulado en la disposición adicional segunda a del Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de arrendamientos urbanos, vigente hasta el 1 de enero de 1995, en la que se dice:

«Queda autorizado el Gobierno para que, si las circunstancias lo aconsejan, disponga por Decreto la adopción gradual, en todo o en parte del territorio nacional y plazas de soberanía, de las siguientes medidas:

a) El alquiler obligatorio de aquellas viviendas que, susceptibles de ser ocupadas, no lo fueran por nadie. A tales fines, el Gobernador Civil de la provincia, comprobando sumariamente las denuncias que se le formulen, concederá al propietario el plazo de un mes para que se ocupen, precisamente como casa-habitación y no como escritorio, oficina, depósito, almacén o local de negocio. Y transcurrido dicho plazo sin hacerlo, dentro de los quince días que sigan, acordará aquella Autoridad que sea ocupada por el primer aspirante a inquilino, en turno riguroso de antigüedad, que se hallare dispuesto a pagar como renta la exigida por el arrendador, si no fuera superior a la última declarada a fines fiscales o a la que sirva de base al tributo, de no haberse formulado declaración, y el aspirante advendrá inquilino de la vivienda, con los derechos y deberes que le impone esta Ley, aunque el arrendador se niegue a otorgarle contrato, en cuyo caso la renta se determinará conforme a los datos fiscales que se expresan.

[...]

Tan luego se adopte alguna de las medidas de que trata la presente disposición se procederá a la constitución en los Gobiernos Civiles de un registro público y gratuito de aspirantes a inquilinos, que comprenderá todos los de la provincia que en tal caso se hallaren clasificados por localidades, y en el cual figurará, junto en cada aspirante, la renta que estuviere dispuesto a pagar.

El Gobierno podrá disponer además la adopción de cuantas medidas fueren necesarias para la mayor eficacia de las que se dejan enunciadas.»

Como ya se ha apuntado, y porque se trata de una cuestión que pone de relieve la existencia de otras medidas más idóneas y suficientes para alcanzar los objetivos del Proyecto de ley, es preciso resaltar que la medida expropiatoria del artículo 42.6 tiene una aplicación subsidiaria. En este sentido, no será procedente llevarla a cabo hasta que no se hayan agotado las demás medidas que se contemplan en los apartados 1 a 5 del mismo precepto. El Proyecto regula, pues, la posibilidad de adoptar medidas de fomento y fiscales, así como también prevé la posible utilización de instrumentos urbanísticos, tendentes a garantizar el acceso a una vivienda digna. Gran parte de la solución a los problemas que pretende solucionar el artículo 42 se encuentran en el aumento de políticas de vivienda en la práctica urbanística o fuera de ella. Así, recientemente, el Decreto ley 1/2007, de 16 de octubre, de medidas urgentes en materia urbanística, ha incorporado un nuevo instrumento urbanístico para paliar los déficits de vivienda, llamado «áreas residenciales, estratégicas» (art. 19 y conexos). A tal efecto conviene destacar que las leyes urbanísticas deben acompañarse de instrumentos que permitan una política de suelo y vivienda que satisfaga las necesidades de determinados sectores de la población. Una ventaja de estos instrumentos es que en materia urbanística, la Administración a la hora de ordenar y calificar el suelo y los diferentes usos, actúa globalmente, simétricamente y no de forma singular.

Llegados a este punto, es preciso preguntarse si es necesario, en el contexto del Proyecto de ley, establecer como un tipo de intervención posible el alquiler forzoso de las viviendas. Para dar solución a esta cuestión debe partirse del hecho de que, de acuerdo con el Proyecto de ley, la Administración puede adoptar una serie de múltiples medidas de fomento y asimismo elaborar y ejecutar en un plazo razonable los planes de vivienda que considere oportunos. En este marco no parece, pues, necesario establecer una medida expropiatoria, cuyos efectos plenos, como ya se ha dicho, no pueden producirse hasta que no hayan transcurrido alrededor de cinco años desde la publicación de la Ley; tiempo suficiente para que una Administración diligente haya realizado las actuaciones que le corresponden con vistas a hacer efectivo el derecho a una vivienda digna que tienen los ciudadanos. Visto, pues, que la medida no es necesaria, por existir otras a disposición del legislador que pueden sustituirla con igual o mayor eficacia, y que no afectan a una facultad de tanta importancia para el derecho dominical como es la de libre disposición, hay que concluir en el sentido de que la medida de intervención pública del artículo 42.6 del Proyecto de ley, que se ha estudiado, viola el principio de proporcionalidad, desde la perspectiva del juicio sobre su necesidad.

D) El principio de proporcionalidad en sentido estricto significa que la determinación de la restricción del derecho fundamental para alcanzar una determinada finalidad no ha de ser irracional en sus relaciones recíprocas, de manera que las finalidades perseguidas por las medidas restrictivas de los derechos fundamentales deben mantener una relación que implica que, cuanto más intensa sea la restricción en el derecho fundamental, más clara e importante debe ser la protección del bien jurídico constitucional que persigue la mencionada regulación. La aplicación de este juicio puede ser, pues, entendido como contraposición ponderada de medidas legislativas y finalidades, lo que implica que deban ser observadas todas las circunstancias relevantes para el caso concreto. En definitiva, debe examinarse si la medida expropiatoria es ponderada o equilibrada, porque se derivan de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

En este ámbito, el Proyecto de ley objeto de dictamen en sus artículos 5 y 42.6 no ha ponderado correctamente otros derechos e intereses en juego derivados del derecho a la propiedad, tanto de la vivienda como de terceros, y que tienen una gran trascendencia en el sector económico. Algunos ejemplos pueden servir para ilustrar la anterior afirmación. Así: ¿qué pasará en el caso que la vivienda objeto de expropiación y alquilada por la administración, esté hipotecada y el propietario no pague la hipoteca y el importe de ésta no pueda cubrirse con el precio del alquiler? Es seguro que si ha de venderse, al existir el arrendamiento, la vivienda pierde en parte su valor. La situación se agrava en aquellos casos en los que se deba recurrir a la venta en pública subasta.

Otro supuesto a considerar que se produce cuando el inmueble está alquilado mediante el procedimiento que regula el artículo 42.6 del Proyecto, es el que contempla la Ley 2/1981, de 25 de marzo, del mercado hipotecario, sobre la conversión de las hipotecas en títulos de crédito. Como es sabido, se trata de una movilización de las hipotecas que actúan como

créditos. Se enajenan unos títulos que están apoyados por el precio de tasación de la vivienda en el momento de constituir la hipoteca. La experiencia demuestra que el precio de venta de una vivienda es menor si está alquilada. ¿Qué pasará en caso de impago de la hipoteca y posterior venta de la vivienda por un precio inferior a la tasación? Los títulos carecerán de apoyo económico. Hace escasamente dos semanas el Senado ha dado su visto bueno a la futura ley hipotecaria (Proyecto de ley por el que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria) en la que se ha introducido la posibilidad de que la hipoteca inversa –que transforma la vivienda en una renta periódica– pueda suscribirse con cualquier tipo de inmuebles y no solo con la vivienda habitual. Este tipo de hipotecas están dirigidas sobre todo a mayores de 65 años y con vivienda en propiedad. Asimismo, en esta futura ley se ha introducido la posibilidad de que las PYME puedan avalar deudas contraídas con entidades financieras o administraciones públicas con la constitución de hipotecas sobre sus bienes. Pues bien, tratándose de inmuebles que se encuentren, en el momento de suscribir la hipoteca, alquiladas de acuerdo con lo que dispone el artículo 42.6 del Proyecto, esta circunstancia repercutirá negativamente en su tasación.

Por lo tanto, desde esta perspectiva se puede llegar a una primera conclusión de que la intervención administrativa del artículo 42.6 del Proyecto de ley no es ponderada ni equilibrada y que, introducida de forma tan amplia en el marco jurídico preexistente, provoca más perjuicios que beneficios o ventajas para el interés general, afectando de forma negativa a la economía de mercado y perjudicando seriamente alguno de sus sectores. En este sentido, dado que los diferentes parámetros del principio de proporcionalidad están relacionados, hay que advertir que algunos de los argumentos y ejemplos aplicados a la proporcionalidad en sentido estricto son también predicables del juicio de idoneidad.

Antes de terminar con el juicio de proporcionalidad, es preciso examinar dos aspectos más que plantea el artículo 3.d por conexión con el artículo 42.6 del Proyecto de ley, que merecen serias objeciones de constitucionalidad.

El primer aspecto son las causas que contempla el artículo 3.d del Proyecto de ley, que permiten justificar que una vivienda permanezca desocupada. La diferencia de trato entre los propietarios que se encuentran en alguno de los supuestos que configuran las cuatro causas tasadas que establece esta norma (el traslado por razones laborales, el cambio de domicilio por una situación de dependencia, el abandono de la vivienda en una zona rural en proceso de pérdida de población y el hecho de que la propiedad de la vivienda se encuentre sub iudice) respecto de los propietarios que no se encuentran en alguno de esos supuestos es desproporcionada. El precepto debería contemplar la posibilidad de incluir otras causas parecidas o bien valorar otras situaciones equivalentes a las cuatro anteriores, porque tal como está redactado, consideramos que las consecuencias jurídicas que se derivan para éstas últimas son desproporcionadas y no tienen en consideración que pueden provocar graves perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

El segundo se refiere al hecho de que este mismo artículo 3, letra d, no distingue a los propietarios según el número de viviendas o inmuebles que posean. No nos corresponde a nosotros determinar dónde está la barrera o cuál es el criterio definitivo que ha de establecer el legislador, pero sí advertir que, tratándose el artículo 42.6 de una medida intensamente restrictiva del derecho de propiedad, no es proporcionado ni razonable aplicar las mismas consecuencias jurídicas a los propietarios, por poner un ejemplo, de dos viviendas que de cuarenta viviendas. Entendemos, pues, que para salvaguardar la proporcionalidad, el Proyecto de ley debería incluir algún tipo de diferenciación entre la tenencia en propiedad de una (o pocas) viviendas o una pluralidad de viviendas.

De todo esto se desprende que el artículo 42.6 y por conexión el artículo 3.d del Proyecto de ley no superan el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Por lo tanto, por las razones apuntadas, los artículos 3.d y 42.6 del Proyecto de ley son inconstitucionales.

3. Finalmente, y en otro orden de ideas, consideramos que hay que extender nuestro voto particular concurrente hacia otro precepto, la letra g del artículo 37 del Proyecto de ley.

En efecto, la letra g del artículo 37 del Proyecto de ley también presenta algunas objeciones de constitucionalidad al establecer que la declaración de un área de conservación y rehabilitación puede comportar la obligación de incorporar en el mercado inmobiliario los inmuebles desocupados, en un plazo concreto y de acuerdo con lo que establezcan en la propia declaración. Se trata, pues, de una medida de limitación del derecho de propiedad redactada de forma genérica e indeterminada, porque no determina en qué consiste la mencionada incorporación al mercado de los inmuebles desocupados que se encuentren en el área de conservación y rehabilitación.

Podemos suponer que «la incorporación» puede abarcar diversas actuaciones: desde la venta obligada del inmueble hasta su alquiler forzoso. Si se tratara de esta última actuación hay que remitirse a los argumentos de inconstitucionalidad en relación con el artículo 42.6 del Proyecto de ley. Si se trata de cualquier otra afectación de las facultades dominicales (como la venta obligada) está claro que el precepto no cumple con los requisitos que debe reunir una medida restrictiva de un derecho fundamental para poder considerarla constitucional. Primeramente, porque la indeterminación de la previsión normativa constituye una verdadera remisión en blanco a la declaración del área, que es la que la dotará de contenido, y en este sentido, no puede olvidarse que la primera exigencia de una medida que restringe un derecho fundamental es que esté prevista en la ley, evidentemente, en sus aspectos principales. Seguidamente, porque la falta de previsibilidad de los efectos jurídicos que pueden derivarse de esta prescripción legal genera una incertidumbre insuperable para su destinatario e, indudablemente, una vulneración del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

Barcelona, 1 de diciembre de 2007

VOTO PARTICULAR que formula el consejero señor Joaquim Borrell Mestre, al amparo del artículo 50 del Reglamento de organización y funcionamiento del Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña, al Dictamen núm. 282, emitido en fecha 29 de noviembre de 2007.

Discrepo de la conclusión de constitucionalidad a que llega el Dictamen respecto a los artículos 17 y 37.d del Proyecto de ley porque considero que son inconstitucionales.

I. El artículo 17 del Proyecto de ley regula el destino de suelo a vivienda de protección oficial, que corresponde establecer a los planes urbanísticos. Por lo tanto, este precepto, aunque se inserta en una normativa sectorial sobre política de vivienda porque pretende alcanzar un aumento del parque de viviendas de protección oficial, como regla general deberá hacerse efectivo mediante las actuaciones y los instrumentos urbanísticos de las administraciones competentes en esta materia. Concretamente, mediante la determinación de las reservas y la calificación del suelo, ambas previstas y reguladas en la legislación urbanística.

En este contexto, visto el sistema de distribución competencial y una consolidada jurisprudencia constitucional (entre otras, las STC 61/1997, de 20 de marzo; 164/2001, de 11 de julio; 54/2002, de 27 de febrero; 14/2007, de 18 de enero, etc.) –que parte de la competencia exclusiva de la Generalidad en materia de urbanismo, pero que reconoce también competencias estatales en esta materia– debe tenerse en cuenta lo que establece la Ley estatal 8/2007, de 28 de mayo, del suelo, sobre esta cuestión y, especialmente, su artículo 10, letra b. Esta norma forma parte del grupo de preceptos que, de acuerdo con la disposición final primera de la Ley 8/2007, dicta el Estado al amparo de sus competencias «[...] sobre condiciones básicas de la igualdad en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los correspondientes deberes constitucionales y, en su caso, de bases del régimen de las administraciones públicas, de la planificación general de la actividad económica y de protección del medio ambiente [...]». Asimismo, el preámbulo de esta Ley considera que la reserva obligatoria de suelo para garantizar una oferta mínima de suelo para vivienda asequible, por su incidencia en el mercado inmobiliario y su relevancia para las políticas de suelo y vivienda, encaja en el concepto material de las bases de la ordenación de la economía (art. 149.1.13 CE).

a) Por lo que ahora interesa, el artículo 10, insertado en el título II de la Ley 8/2007, sobre las bases del régimen del suelo, contiene los criterios básicos de utilización del suelo, y su letra b, una obligación para las administraciones públicas, particularmente las competentes en materia de ordenación territorial y urbanística, a fin de hacer efectivos los principios, los derechos y los deberes de los ciudadanos que regula el título I de la misma Ley citada. El texto de esta previsión normativa dice textualmente:

«Para hacer efectivos los principios y los derechos y deberes enunciados en el Título I, las Administraciones Públicas, y en particular las competentes en materia de ordenación territorial y urbanística, deberán:

[...]

b) Destinar suelo adecuado y suficiente para usos productivos y para uso residencial, con reserva en todo caso de una parte proporcionada a vivienda sujeta a un régimen de protección pública que, al menos, permita establecer su precio máximo en venta, alquiler u otras formas de acceso a la vivienda, como el derecho de superficie o la concesión administrativa.

Esta reserva será determinada por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística o, de conformidad con ella, por los instrumentos de ordenación y, como mínimo, comprenderá los terrenos necesarios para realizar el 30 por 100 de la edificabilidad residencial prevista por la ordenación urbanística en el suelo que vaya a ser incluido en actuaciones de urbanización.

No obstante, dicha legislación podrá también fijar o permitir excepcionalmente una reserva inferior para determinados Municipios o actuaciones, siempre que, cuando se trate de actuaciones de nueva urbanización, se garantice en el instrumento de ordenación el cumplimiento íntegro de la reserva dentro de su ámbito territorial de aplicación y una distribución de su localización respetuosa con el principio de cohesión social.»

Como se puede constatar, el precepto estatal, atendida la vinculación de la ordenación de los usos del suelo con la efectividad del derecho a la vivienda, establece una reserva mínima obligatoria de suelo residencial destinado a vivienda protegida, a fin de garantizar, como dice la exposición de motivos de la Ley estatal, una oferta mínima de suelo para vivienda asequible. Se trata, pues, de un mandato dirigido a las administraciones públicas, en la esfera de sus respectivas competencias, y un criterio básico que dicta el Estado al amparo de las competencias (art. 149.1, apartados 1 y 13 CE), que aquellas han de cumplir al elaborar y aprobar los instrumentos urbanísticos.

De acuerdo con lo anterior, hay que determinar muy brevemente cuál es el alcance de esta reserva obligatoria que, como mínimo, debe comprender los terrenos necesarios para realizar el 30% de la edificabilidad residencial prevista por la ordenación urbanística en el suelo que vaya a ser incluido en actuaciones de urbanización.

Por una parte, la reserva prevista es un mínimo, de forma que resulta claro que el legislador autonómico puede incrementar este mínimo en función de sus necesidades. Por otra parte, como prescribe el precepto estatal, el mandato de reserva obligatoria se proyecta solo sobre el «suelo que vaya a ser incluido en actuaciones de urbanización». En relación con esta última cuestión dado que la nueva Ley 8/2007 prescinde de clasificar el suelo, el precepto no dice de entrada qué clase de suelo resulta afectado, pero sí que exige que deba ser suelo sometido a actuaciones de urbanización. Si interpretamos conjuntamente este artículo con los artículos 12 y 14 de la misma Ley, sobre definición del contenido de las situaciones básicas del suelo (rural y urbanizado) y de las actuaciones de urbanización, respectivamente, se puede decir que la reserva obligatoria del artículo 10.b, en la terminología de la legislación autonómica actualmente vigente (que no es incompatible con la regulación estatal que, además, se ha adaptado mediante el recientemente aprobado Decreto ley 1/2007, de 18 de octubre, de medidas urgentes en materia urbanística), afecta al nuevo suelo residencial y se exige solo para el suelo urbanizable y el suelo urbano no consolidado.

b) El artículo 57 del Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de urbanismo, ya contemplaba esta reserva de suelo para el uso



residencial de nueva implantación, que genera la aprobación del planeamiento urbanístico (aps. 2 y 3), aunque se ha modificado recientemente por el artículo 9 del Decreto ley 1/2007, de 16 de octubre, de medidas urgentes en materia urbanística, entre otros, a fin de especificar que el planeamiento urbanístico general o derivado, según corresponda, debe determinar también la localización concreta de las reservas para la construcción de viviendas de protección pública mediante la calificación de terrenos para esta finalidad en suelo urbano no incluido en sectores de planeamiento derivado, forme parte o no de polígonos de actuación urbanística (nuevo ap.7).

No obstante, el parámetro que hay que utilizar para decidir la adecuación al bloque de constitucionalidad del artículo 17 del Proyecto de ley es el artículo 10.b de la Ley 8/2007, de aplicación preceptiva para las comunidades autónomas, lo que se hará seguidamente.

c) Una vez delimitado el marco legislativo y los antecedentes del artículo 17 del Proyecto de ley, hay que hacer algunas consideraciones sobre la previsión normativa que contiene el apartado 4 de este precepto y su adecuación al artículo 10.b de la Ley 8/2007, del suelo.

Según razona el preámbulo del Proyecto de ley y dice el propio precepto, visto el escaso potencial de crecimiento en suelo urbanizable o en suelo urbano no consolidado, y con la finalidad de que la generación de vivienda de protección oficial no debe depender únicamente de la nueva construcción en suelos de nuevos crecimientos o de renovación urbana integral, esta previsión normativa establece una reserva obligatoria de suelo destinado a este tipo de vivienda en el suelo urbano consolidado. Así, corresponde al Plan territorial sectorial de vivienda establecer ámbitos territoriales concretos, municipales o supramunicipales, en los que se deba calificar suelo urbano consolidado con destino total o parcial de la edificación a vivienda de protección oficial. En consonancia con este mandato, la disposición adicional sexta contempla una serie de criterios, requisitos y condiciones para el establecimiento de este destino, de forma genérica, para las calificaciones residenciales del suelo urbano consolidado. Y, finalmente, el apartado 3 del artículo 17, prevé que la mencionada calificación en suelo urbano consolidado es también, en concreto, de aplicación tanto a las nuevas construcciones como a los casos de gran rehabilitación de las edificaciones ya existentes (casos de edificación de nueva planta o de la sustitución de la edificación y obras que se puedan incluir en el concepto de gran rehabilitación).

A partir de lo que se ha expuesto, se puede decir que el legislador catalán, además de establecer la reserva obligatoria que prevé el artículo 10.b de la Ley 8/2007 en los términos antes expuestos, ha introducido un nuevo mandato adicional de reserva obligatoria de suelo destinado a vivienda de protección oficial en el suelo urbano consolidado, que no contempla el mencionado precepto estatal. Se crearán, por lo tanto, nuevas obligaciones y cargas para los propietarios de suelo urbano consolidado que no prevé la legislación estatal.

Sobre la regulación estatal de las condiciones básicas de los propietarios del suelo urbano consolidado se ha pronunciado el Tribunal Constitucional. Entre otras, en la Sentencia 54/2002, de 27 de febrero, donde ha considerado que la utilización por parte del legislador estatal «[...] de determinadas nociones basadas en la realidad (en el caso concreto, las de suelo 'consolidado' y 'no consolidado') como presupuestos de aplicación de ciertas 'condiciones básicas' no supone invasión de la competencia material (el urbanismo) sobre la que tales 'condiciones' se proyectan» (FJ 4). Asimismo, en un tema parecido al que nos ocupa, los deberes de cesión de aprovechamiento urbanístico de los propietarios del suelo, el Alto Tribunal reconoce al Estado la competencia para establecer las condiciones básicas del régimen del suelo urbano consolidado y, en último término, la inexistencia de este deber de cesión para los propietarios de este tipo de suelo. En palabras del Tribunal, este régimen uniforme de disfrute de la propiedad urbana que corresponde establecer al legislador estatal se rompe si alguna legislación urbanística autonómica amplía el deber de cesión obligatoria a los propietarios de suelo urbano consolidado. De acuerdo con esto, el Fundamento Jurídico 5 de la citada Sentencia establece que:

«En este sentido, la exclusión de toda cesión obligatoria de aprovechamiento urbanístico en el suelo urbano "consolidado" no admite modelización alguna de origen autonómico. Pues si la igualación de todos los propietarios de suelo urbano "consolidado" reside tanto en los deberes positivos a que se ha hecho referencia como en la inexistencia de deberes de cesión

de aprovechamiento urbanístico –y sentado que aquella es una opción estatal válida, según razonamos en el FJ 4–, la imposición de deberes de cesión de aprovechamiento urbanístico por las Comunidades Autónomas frustraría el fin igualador buscado por los arts. 149.1.1 CE y 14.1 LRSV. Con lo expuesto en nada se cuestionan ni limitan, claro es, las competencias de cada Comunidad Autónoma para precisar, en su ámbito territorial y “en los límites de la realidad” qué debe entenderse por suelo urbano “consolidado” (STC 164/2001, FFJJ 19 y 20), ni cuál sea la fórmula de determinación del aprovechamiento urbanístico que rija en su territorio (STC 164/2001, FJ 22).»

A la vista de lo que se ha expuesto anteriormente resulta claro que los criterios básicos de utilización del suelo que establece el artículo 10.b de la Ley estatal, tal como están regulados, no permiten la posibilidad de que la reserva obligatoria a que hace referencia este precepto se haga extensiva a un régimen de suelo que no la incluye expresamente, como es el suelo urbano consolidado. En relación con esto cabe recordar que el Tribunal Constitucional considera que la distinción entre una clase de suelo y otra sirve para definir las facultades y los deberes urbanísticos de sus propietarios, de manera que el establecimiento por parte del legislador estatal de un régimen diferente para aquello que tradicionalmente se denomina suelo urbano consolidado, que es conforme a la Constitución, define el contenido básico de la propiedad urbana y actúa como condición de igualdad de los propietarios de este suelo (STC 164/2001, de 11 de julio, FJ 19 y 20). Por lo tanto, cuando el legislador opta por excluir del ámbito de aplicación del artículo 10.b de la Ley 8/2007, el suelo que no deba ser incluido en actuaciones de urbanización, está configurando directamente las condiciones básicas del derecho de los propietarios del suelo en esta situación, que no están sometidos a determinadas cargas, fijando así las condiciones mínimas para la igualdad de su régimen jurídico.

No se trata, pues, de imponer concretas técnicas urbanísticas, para lo cual no tiene competencias el Estado. Efectivamente, el legislador autonómico puede determinar los requisitos para que el suelo urbano se pueda considerar como «consolidado» o «no consolidado»; aunque una vez calificado como suelo urbano consolidado no puede imponer a sus propietarios una carga de la que están excluidos por el artículo 10.b de la Ley 8/2007. En este sentido, la introducción del uso obligatorio de la vivienda protegida supone un coeficiente de ponderación relativa diferente de la vivienda libre, que cambia el aprovechamiento unitario y que el legislador estatal no permite en el suelo que no se incluya en actuaciones de urbanización. Lo contrario atentaría contra las condiciones básicas del ejercicio del derecho de propiedad de los propietarios de este último suelo.

Además, en otro orden de cuestiones, el artículo 17 del Proyecto de ley puede plantear otras objeciones. La primera en relación con la declaración tajante que hace el apartado 1 del precepto, en el sentido de que la determinación de estas reservas no dará en ningún caso derecho a indemnización, por considerar que se trata de una limitación y un deber que define el contenido urbanístico de la propiedad, derivado de la ordenación urbanística (art. 6 del Decreto legislativo 1/2005). Esta declaración, como regla general, debería excepcionarse cuando concurren los requisitos exigidos por el artículo 30.a de la Ley 8/2007 para las situaciones susceptibles de ser indemnizadas, teniendo en cuenta que este precepto estatal es de aplicación a las comunidades autónomas de acuerdo con lo que prevé la disposición final primera, punto 3, de la citada Ley estatal y dado también que guarda conexión con los deberes básicos de los propietarios de suelo.

Por la misma razón, el destino específico de terrenos concretos de suelo urbano consolidado a vivienda de protección oficial, podría también dar derecho a indemnización, concretamente por aplicación del supuesto indemnizatorio previsto en el artículo 30.b de la misma Ley del suelo estatal. Esta norma prevé que la calificación del suelo que suponga una restricción singular de su aprovechamiento urbanístico y que no pueda ser objeto de distribución equitativa entre los interesados, genera derechos indemnizatorios. En este caso, no parece que la previsión que incorpora el precepto sobre la moratoria de dos años para la entrada en vigor de los planes que contengan estos tipos de previsiones solucione este tema y sea suficiente para obviar la aplicación del artículo 30.b de la Ley 8/2007.

Por las razones expuestas, por vulnerar las competencias estatales en la materia, el artículo 17.4 del Proyecto de ley del derecho a la vivienda en Cataluña y, por conexión, el inciso «Los

planes que contengan [...]» hasta «[...] previamente a la aprobación del Plan» del artículo 17.3, son inconstitucionales. Asimismo, también lo es la disposición adicional sexta del Proyecto de ley porque, como en los supuestos anteriores, afecta específicamente al suelo urbano consolidado. Por lo tanto, no hay que entrar a examinar si la reserva de suelo que prevé, que es inferior al 30% que prescribe el artículo 10.b de la Ley 8/2007, se ajusta o no al criterio de excepción que este mismo precepto contiene para determinados municipios o actuaciones.

Finalmente, hay que hacer una consideración adicional respecto al apartado 4 del artículo 17, en la medida en que habilita el Plan territorial sectorial de vivienda para establecer esta reserva de suelo en ámbitos municipales concretos, «de acuerdo con las necesidades detectadas», ya que en principio no parece que esta previsión sea suficientemente respetuosa con la autonomía local de los municipios afectados. No obstante, si se pone en conexión con el artículo 12.4 del Proyecto, que habla de garantizar los intereses supralocales y que da participación a los ayuntamientos afectados, se puede interpretar que, desde esta perspectiva, el precepto no vulnera la autonomía local garantizada constitucional y estatutariamente.

II. El artículo 37 del Proyecto de ley regula los efectos que puede comportar la declaración de un área de conservación y rehabilitación de inmuebles, entre otros:

«d) La exigencia de que cualquier procedimiento iniciado ante la Administración del Estado al amparo de la legislación de arrendamientos urbanos para obtener la autorización para el derribo de inmuebles ocupados deba disponer de un informe favorable del departamento competente en materia de vivienda que pondere la necesidad de incrementar de forma inmediata el parque residencial.»

Como puede constatarse, esta previsión normativa establece la exigencia de que sea necesario un informe favorable del departamento de la Administración de la Generalidad competente en materia de vivienda para que el Estado pueda autorizar el derribo de un inmueble ocupado, al amparo de la legislación de arrendamientos urbanos y en el ejercicio de sus competencias propias. De entrada, se puede decir, pues, que el precepto contempla la posibilidad de un supuesto de informe preceptivo y vinculante, que limita las competencias de la Administración estatal en la materia, afectando a su capacidad decisoria en este ámbito.

En relación con la admisibilidad de la emisión de un informe como técnica para la coordinación de competencias, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional respecto a un tipo de supuesto muy concreto, que se produce cuando existe una concurrencia de competencias sobre un mismo espacio físico (por todas, STC 40/1998, de 19 de febrero, FJ 38, 65/1998, de 18 de marzo, FJ 14 y 151/2003, de 17 de julio, FJ 4 y sig.). Este sería el caso de los puertos, los aeropuertos, las carreteras, etc., en los que el ejercicio legítimo de las competencias estatales que inciden en el territorio autonómico puede condicionar una determinada competencia autonómica. Aunque las características específicas que presentan estos casos competenciales no son aplicables directamente al caso que es objeto de dictamen, hay que recordar algunas premisas generales de esta doctrina constitucional: el condicionamiento de las competencias ajenas solo es legítimo cuando el ejercicio de las propias se mantenga dentro de sus límites característicos; cuando se haya recurrido previamente a vías cooperativas y cuando no se limite la competencia ajena más allá de lo necesario. Todo ello sin perjuicio de que se deba analizar cada caso en concreto, a fin de determinar la corrección constitucional de la medida adoptada (STC 151/2003, FJ 4). En ningún caso, sin embargo, la emisión del informe por parte de la Administración ajena no puede imponer una solución concreta a la Administración actuante, ya que eso supone vaciarle la competencia en la materia concreta. En este sentido, los informes vinculantes aceptados por la doctrina constitucional deben ser comprensivos de sugerencias flexibles o de criterios flexibles que no impongan soluciones concretas, sino que busquen una solución coordinada de los intereses en juego, que sea respetuosa con el orden constitucional de competencias (STC 65/1998, FJ 14 y 40/1998, FJ 38).

El Consejo Consultivo también se ha pronunciado en ocasiones sobre las técnicas de coordinación y la emisión de informes para buscar una solución acertada a la concurrencia de competencias. Me remito al Dictamen núm. 243, de 29 de julio de 2003, que se pronuncia sobradamente sobre la materia, y también al Dictamen núm. 269, de 1 de septiembre de

2005, que contiene pronunciamientos puntuales sobre esta cuestión. Salvando las diferencias con el caso que se estudia, hay que recordar que el Dictamen núm. 243, entre otros, dijo que el informe es un instrumento que debe ser utilizado como último recurso (F III. C.a); que no se puede convertir en una autorización o control previo, lo cual sería inaceptable (F IV.5.B.b); y que esta técnica del informe vinculante no parece ser la más adecuada para garantizar la correcta ponderación de todos los intereses en juego (hay formas mucho más efectivas y respetuosas con la Administración actuante), sobre todo si se quiere evitar que las funciones de coordinación produzcan lesiones innecesarias en las competencias autonómicas (F IV.5.C.c).

Asimismo, en el Dictamen núm. 269, en el ámbito competencial de energía y minas, acepta la modulación de la competencia exclusiva estatal por el legislador autonómico (en este caso se trataba del Estatuto de autonomía), siempre que no imponga una única alternativa, esto es, «[...] mientras no sea vinculante la posición de la Generalidad, ya que en este caso se apropiaría totalmente de la competencia que constitucionalmente está reservada al Estado». Por esta razón, considera constitucional el precepto porque «[...] se trata de una participación a través de un informe que es preceptivo en tanto que su obligatoriedad afecta a la Generalidad, que debe elaborarlo, y no impone ninguna limitación al Estado, ya que este puede considerar otra alternativa si entiende que hay otras razones por las que conviene actuar de una manera diferente de la que propone, a través del informe, la Generalidad. La preceptividad, pues, solo afecta a la Generalidad y el instrumento utilizado es un mecanismo participativo de los de menor intensidad dentro de los posibles en la relación entre dos entes.» (F VII.16). En otros dos casos más, también considera constitucionales los preceptos porque el informe que establecen en concurrencia con una competencia estatal no es vinculante (F VIII.9 y F IX.6).

El supuesto que contempla la letra d del artículo 37 del Proyecto de ley prevé una intervención de la Administración de la Generalidad, mediante un informe, en cualquier procedimiento iniciado ante la Administración del Estado, al amparo de la legislación de arrendamientos urbanos, para obtener el derribo de inmuebles ocupados. Resulta evidente que este informe tiene carácter vinculante ya que el precepto dice expresamente que, para obtener la autorización de derribo de la Administración estatal, debe disponerse de un informe favorable del departamento competente en materia de vivienda que pondere la necesidad de incrementar de una manera inmediata el parque residencial.

Antes de concluir sobre la adecuación al bloque de constitucionalidad de esta previsión normativa, y para situar la participación de la Generalidad en el ejercicio de la competencia estatal, hay que hacer una breve referencia al procedimiento de derribo de inmuebles ocupados previsto en la legislación de arrendamientos urbanos. En este sentido, sobre la naturaleza de este procedimiento administrativo y la facultad gubernativa para autorizar el derribo en determinadas circunstancias (en la actualidad esta facultad corresponde a las delegaciones del gobierno, que asumieron las competencias de los antiguos gobernadores civiles), la doctrina del Tribunal Supremo es muy ilustrativa.

Así, según la citada jurisprudencia (SSTS de 18 de febrero de 1992, de 4 de mayo de 1995, de 2 de enero de 1997, de 11 de octubre de 1999, y de 23 de abril de 2002), la autorización gubernativa de derribo es un medio instrumental para posibilitar la construcción de un nuevo edificio en el lugar del edificio que deberá ser derribado (art. 81.5 y 79.2 LAU de 1964). Su viabilidad y conveniencia deben estar acreditadas en el procedimiento, para lo que es decisivo el compromiso de reedificación y su viabilidad legal. No se trata, pues, de una facultad discrecional sino reglada, «[...] al exigir su materialización la observancia de los referidos preceptos, siendo de notar que los requisitos y condiciones ahí recogidos han de ser valorados en su conjunto, sin que sea necesaria la concurrencia de todos y cada uno de ellos, siempre sobre la finalidad del logro de la satisfacción de un interés público prevalente concretado de modo esencial en la finalidad de conseguir un efectivo aumento del número de viviendas, a través del compromiso de reedificación del edificio a demoler, contribuyendo así a la mitigación del acuciante problema de falta de vivienda» (STS de 23 de abril de 2002, FD Tercero).

A la vista de lo anterior y de la naturaleza de las competencias que tiene la Administración del Estado en esta materia, resulta claro que la intervención de la Administración de la

Generalidad en la autorización de derribo, mediante un informe que debe ser favorable, precisamente sobre la misma cuestión que debe valorar la Administración estatal para otorgar la autorización (ponderar la necesidad de incrementar de una manera inmediata el parque residencial), elimina totalmente la capacidad decisoria de esta última.

En efecto, no se trata de un informe que coadyuve a la decisión final o se coordine con esta, sino que el informe que contempla el precepto actúa como control previo de la autorización gubernativa estatal de derribo (debe ser favorable) o, incluso, como autorización previa de esta autorización gubernativa, lo que, desde un punto de vista competencial, como se ha dicho, no es aceptable. El hecho de que el artículo 37 diga en su encabezamiento que la declaración de un área de conservación y rehabilitación «puede comportar» un informe de este tipo no subsana la inconstitucionalidad del precepto: por una parte, porque aun suponiendo que no se aplique en todos los casos, la mera posibilidad de que se aplique en uno solo ya se ha dicho que es inconstitucional; por otra parte, porque el Proyecto de ley no da ningún criterio para evitar que se aplique (por ej. las fórmulas de cooperación previas que se ha visto que son obligadas) y porque, en cualquier caso, como se ha visto, el legislador autonómico no puede establecer un condicionamiento de la competencia estatal como el que nos ocupa, que vincula a la Administración estatal hasta el punto de eliminar su capacidad decisoria en esta materia y que, en definitiva, suplanta la propia facultad de autorización estatal para el derribo de inmuebles afectados.

Por las razones expuestas, la letra d del artículo 37 del Proyecto de ley del derecho a la vivienda en Cataluña es inconstitucional.

Barcelona, 1 de diciembre de 2007

VOTO PARTICULAR que formula el consejero señor Pere Jover Presa, al amparo del artículo 50 del Reglamento de organización y funcionamiento del Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña, al Dictamen núm. 282, emitido en fecha 29 de noviembre de 2007.

Mi discrepancia respecto a la posición mayoritaria del Consejo afecta exclusivamente a la segunda conclusión del Dictamen, relativa a la inconstitucionalidad del artículo 42.6 del Proyecto de ley dictaminado.

Tal como se argumenta en el Fundamento IV.1.C, la inconstitucionalidad observada no se produce por vulneración directa del derecho de propiedad reconocido por el artículo 33 CE sino por vulneración del derecho a la igualdad ante la ley, en la medida en que del mencionado precepto del Proyecto, en conexión con otros concordantes, se deriva necesariamente un trato desigual en el ejercicio de la potestad expropiatoria.

Expongo seguidamente las razones por las que disiento de esta afirmación.

I

1. Para empezar y aunque solo sea de forma introductoria, debo decir que la expropiación prevista en el artículo 42.6 presenta todas las garantías exigidas por el ordenamiento, contenidas básicamente en la Ley de expropiación forzosa vigente. Esta Ley opera como referente sustancial para el ejercicio de la potestad expropiatoria, ya que, de acuerdo con los artículos 159.4.a EAC y 149.1.18 CE, el Estado dispone de la competencia legislativa sobre esta materia. Es cierto que en el Dictamen no se aprecia vulneración directa de estas garantías del derecho de propiedad, y que los apartados A y B del Fundamento IV.1 citado reconocen expresamente el respeto a los principios de idoneidad y de proporcionalidad por parte del precepto examinado. No obstante, se incluyen algunas referencias a la inseguridad jurídica provocada por la presunta falta de concreción de las medidas de fomento previstas en los apartados 1 a 5 del propio precepto, que merecen un mínimo comentario.

En mi opinión, el artículo 42 del Proyecto de ley no solo mantiene las garantías a las que antes me refería, no exigidas por la legislación general sobre expropiación forzosa, sino que añade otras de forma específica:

A) Por una parte, ha previsto un tipo de expropiación que opera solo sobre algunas de las potestades dominicales que integran el derecho de propiedad, las de uso y disfrute. Ahora bien, el interés económico pretendido por el propietario de una vivienda desocupada de forma permanente pocas veces suele afectar a este uso y disfrute, ya que ni lo usa como vivienda propia ni tampoco obtiene beneficios o rentas mediante su arrendamiento (salvo los casos poco habituales de la llamada «hipoteca inversa» o figuras similares); el interés obtenido de forma relevante, en cambio, es el que puede resultar del incremento del valor del bien en el mercado o, como mínimo, de su garantía como valor seguro o «refugio» ante la inflación. Consecuentemente, este tipo de expropiación resulta mucho menos costosa para los intereses económicos del propietario que la expropiación ordinaria, menos todavía si tenemos en cuenta que solo opera durante un periodo de cinco años. Una vez transcurrido este tiempo, el propietario recupera ex lege la plena propiedad del bien afectado, que no ha sufrido merma alguna en su valor de mercado por el hecho de la expropiación temporal.

B) También debemos tener en cuenta que la declaración de incumplimiento de la función social de la propiedad y la consiguiente intimación para el arrendamiento forzoso de la vivienda y, en su caso, la expropiación, solo podrán producirse, según se lee en el encabezamiento del artículo 42.6 examinado, «Una vez agotadas las medidas de fomento que establecen los apartados del 1 al 5 [...]».

Probablemente es cierto, como se afirma en el Dictamen, que algunas de estas medidas son de apreciación muy improbable o difícil. Pero no por ello se deriva necesariamente inseguridad jurídica, ya que todas estas medidas deberán ser interpretadas de la forma más favorable a la plena eficacia del derecho de propiedad, tal como ha exigido repetidamente la jurisprudencia constitucional sobre el favor libertatis, más todavía en un caso como el que se estudia en el que se da «la existencia de alguna res dubia o de alguna variante admisible en la interpretación de los preceptos legales», como condición previa para la mencionada interpretación favorable (STC 32/1989, de 13 de febrero, FJ 2). El hecho de que estas medidas resulten difícilmente aplicables es, pues, una garantía frente a posibles excesos en el ejercicio de la potestad expropiatoria, puesto que mientras éstas no estén efectivamente «agotadas» será posible la puesta en marcha de las previsiones contenidas en el apartado 6 del artículo 42.

## II

Buena parte de la argumentación utilizada en el Dictamen, tanto para denunciar posibles problemas de seguridad jurídica como la vulneración del artículo 14 CE, se apoya en la existencia de una remisión reglamentaria abierta, podríamos decir en blanco, para la determinación de los denominados «ámbitos de demanda residencial fuerte y acreditada». Ciertamente, la definición de este concepto y su aplicación a áreas concretas del territorio presenta una relevancia incuestionable, puesto que solo las viviendas situadas en estas áreas podrán ser objeto de la declaración de incumplimiento de la función social y, consecuentemente, declaradas para el arrendamiento forzoso y, en su caso, expropiadas. No obstante, no puedo compartir la afirmación antes indicada, por diversas razones.

De entrada, opino que aunque pueda aceptarse el problema expuesto, la hipotética vulneración constitucional no afectaría al derecho a la igualdad, ni tampoco al principio de seguridad jurídica, sino a la reserva de ley exigida por el artículo 53.1 CE para la regulación de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del título I, entre los cuales se encuentra, naturalmente, el derecho de propiedad. Nos encontramos, pues, según mi opinión, ante un concepto nuclear del Estado de Derecho, el del alcance del principio de legalidad y sus efectos sobre las relaciones entre la ley y el reglamento.

La reciente Sentencia 112/2006, de 5 de abril, ha expuesto con precisión la doctrina sobre esta materia elaborada por el Tribunal Constitucional a lo largo de los últimos años. Después de recordar, como ha hecho tantas veces, que este principio, «[...] «entraña una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho», siendo su significado último «el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa

exclusivamente de la voluntad de sus representantes”, suponiendo que toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, que limite y condicione su ejercicio, precisa una habilitación legal [...]» (FJ 3), afirma:

«No hemos excluido, sin embargo, que las Leyes “contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución a favor del legislador” (STC 83/1984, de 23 de julio, F. 4, confirmado, por todos, en el F. 14 de la STC 292/2000, de 30 de noviembre). Las habilitaciones o remisiones legales a la potestad reglamentaria deben, según nuestra doctrina allí expresada, restringir el ejercicio de dicha potestad “a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley”, criterio contradicho con evidencia mediante cláusulas legales [...] en virtud de las que se produce una verdadera deslegalización de la materia reservada, esto es, una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir.

En esa misma línea, este Tribunal, en su STC 37/1987, de 26 de marzo, F. 3, tuvo ocasión de decir que esta reserva de Ley “prohíbe ... toda operación de deslegalización de la materia o todo intento de regulación del contenido del derecho de propiedad privada [estaba en juego la Ley andaluza de reforma agraria, aclaramos ahora] por reglamentos independientes o extra legem, pero no la remisión del legislador a la colaboración del poder normativo de la Administración para completar la regulación legal y lograr así la plena efectividad de sus mandatos”.»

Pues bien, entiendo que la remisión reglamentaria para la determinación de los «ámbitos de demanda residencial fuerte y acreditada», tal como se realiza en el Proyecto de ley examinado, cumple las condiciones exigidas por la jurisprudencia constitucional citada.

A) En primer lugar, no es cierto que trobem davant d'un concepte totalment indeterminat, al que no se le pueda hallar un «significado concreto», como se lee en el Dictamen. A mi entender, parece claro que estas áreas son aquellas en las que, mediante la utilización de métodos empíricos, objetivables y uniformes ampliamente conocidos por las ciencias sociales, se observa en el mercado de viviendas de alquiler una demanda que supera de forma apreciable la oferta existente.

B) Si bien es cierto que los artículos 12, 13 y 14 del Proyecto de ley, que definen el contenido de los instrumentos que deben operar la determinación de los ámbitos citados (Plan territorial sectorial, planes supralocales específicos y planes locales), no incorporan ninguna referencia expresa a esta cuestión, sí que lo hacen, en cambio, de forma indirecta. Así, el Plan territorial sectorial debe contener una estimación de las necesidades, los déficits y los desequilibrios en materia de vivienda (art. 12.2 Proyecto de ley), así como también «la cuantificación de las diversas modalidades de uso de las viviendas (principal, secundaria, vacías) y de las respectivas evoluciones previsibles» (art. 12.2.d Proyecto de ley), mientras que los apartados 5.a y b del artículo 14 establecen exigencias todavía más concretas para los planes locales.

C) Finalmente, la determinación de estas áreas, por su propia naturaleza, encaja plenamente en el concepto de «complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos» a que se refiere la jurisprudencia constitucional citada. Ciertamente, no parece que sea misión del legislador abordar una regulación como ésta, que exige la utilización de una metodología que le es ajena y que encuentra su lugar natural en la tarea de grupos de expertos que trabajan en el ámbito de la función ejecutiva.

### III

Abordaré finalmente la presunta vulneración del derecho a la igualdad, ahora ya de forma directa.

1. El Dictamen aprecia esta vulneración, en primer lugar, aportando como término de comparación dos situaciones diferentes: por una parte, la de los propietarios de viviendas desocupadas de manera permanente e injustificada situados en un ámbito calificado como de demanda residencial fuerte y acreditada (que podrán ser objeto de expropiación si no cumplen la intimación de alquiler forzoso); y por otra, la de aquellos que, al no encontrarse la vivienda de su propiedad en uno de estos ámbitos, no serán en ningún caso sometidos a intimación ni expropiados al amparo de lo previsto por el artículo 42.6 del Proyecto de ley, aunque la vivienda también esté desocupada de forma permanente e injustificada.

Naturalmente, esta previsión no comporta per se vulneración del artículo 14 CE, puesto que las situaciones fácticas no son iguales. Como sabemos, lo que exige el mencionado precepto constitucional es que «[...] a los supuestos de hecho iguales deben serles aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también, y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados [...]», como se recuerda en la Sentencia del Tribunal Constitucional antes citada (STC 112/2006, FJ 5), que recoge una jurisprudencia constante y asentada. Parece claro, a tal efecto, que no se puede comparar la situación de una vivienda desocupada en una zona en la que hay una fuerte demanda residencial, que comporta dificultades para el acceso a la vivienda de amplios colectivos sociales, con aquélla otra que se encuentra en una zona en la que la mencionada demanda no existe o es inferior a la oferta. No existe, pues, el término de comparación exigido para que se pueda apreciar el trato desigual, y debo reconocer que el Dictamen tampoco lo aprecia en estos términos.

El problema sí que se podría plantear, en cambio, en otras circunstancias o momentos diferentes.

A) Los planes territoriales sectoriales, en la medida en que deben identificar las zonas de fuerte demanda residencial antes citadas, determinan directamente la causa expropiandi que, como muy bien se afirma en el Dictamen, exige como componente esencial que la vivienda objeto de expropiación se encuentre situada en una de estas zonas. Solo en este caso podrá la Administración ejercer las potestades administrativas previstas en el artículo 42.6 del Proyecto de ley.

Por lo tanto, si el Plan territorial sectorial identifica estas zonas de forma arbitraria, o utiliza para hacerlo unos instrumentos de análisis oscuros o faltos de objetivación, o que no son comunes para todo el territorio, sí que se produciría una vulneración del derecho a la igualdad. Se estaría introduciendo por la norma reglamentaria una distinción injustificada entre ambos colectivos, basada en criterios carentes de una fundamentación objetiva y razonable. La vulneración del artículo 14 CE resultaría, obviamente, de la norma reglamentaria que aprueba el plan territorial sectorial, y debería resolverse mediante el control judicial residenciado en la jurisdicción contencioso-administrativa.

En cambio, nada de eso se deriva, ni directa ni indirectamente, del Proyecto de ley dictaminado. En lugar alguno se observa este trato desigual, ni el Proyecto aplica consecuencias jurídicas diferentes a situaciones fácticas que son iguales o muy similares. El único trato diferenciado apreciable, el que deriva de la ubicación de la vivienda en zonas de demanda residencial fuerte y acreditada, o bien carece de término de comparación relevante (las situaciones no son iguales), o bien goza de una justificación fundada y razonable de acuerdo con los objetivos que la norma pretende conseguir, que no son otros que el de promover el acceso a la vivienda de colectivos sociales desfavorecidos allí donde este acceso está limitado por la falta de oferta.

B) Mayores dudas presenta la posibilidad de que la determinación de las mencionadas zonas de demanda residencial fuerte y acreditada se realice en los planes locales o supralocales. En este caso el trato desigual derivaría, además de los posibles problemas citados anteriormente respecto a la inadecuada confección del Plan territorial sectorial, del hecho de que los criterios utilizados en estos planes locales fueran diferentes en cada uno de ellos, con la consiguiente aplicación desigual de la ley en función del municipio en el que se encuentra la vivienda desocupada.



Entiendo que el Proyecto de ley habría podido evitar este problema, simplemente previendo la necesidad de unas directrices generales para todo el territorio, en las que se definirían criterios comunes y objetivos para la determinación de estas zonas por los planes locales. No obstante, el hecho de que estas previsiones expresas no existan en la ley no significa que no se puedan aprobar posteriormente. Y, en cualquier caso, una vez más nos encontraríamos ante una vulneración del derecho a la igualdad que sería imputable al correspondiente instrumento reglamentario y no al legislador.

2. El segundo supuesto de trato desigual apreciado en el Dictamen es diferente, ya que se refiere a los propietarios de viviendas desocupadas que están ubicadas en el mismo ámbito territorial de demanda residencial fuerte y acreditada. El trato desigual se deriva, según la mayoría del Consejo, del hecho de que no hay en el Proyecto dictaminado ninguna garantía de que la ley se aplique de forma igual a todos estos propietarios. El único criterio, se dice, es la referencia contenida en el artículo 41.3 del Proyecto de ley, según el cual el procedimiento que conduce a la intimación para el alquiler forzoso y, en su caso, a la expropiación, se inicia por el simple hecho de que la Administración «tenga constancia» de la desocupación permanente de la vivienda. En el Proyecto faltan, según se lee en el Dictamen, previsiones que garanticen la aplicación igual de la ley a todas las viviendas que se encuentren en idéntica situación de desocupación, como podrían ser programas de inspección, o la elaboración previa de un registro o de un catálogo de viviendas desocupadas en la zona afectada.

Ciertamente, si como consecuencia de esta omisión del legislador las previsiones del artículo 42.6 se aplicaran de forma desigual a las viviendas desocupadas de un mismo ámbito, bien porque solo se ejecutaran como consecuencia de denuncias o de actuaciones puntuales, bien porque la Administración «seleccionara» las viviendas a las que aplica estas previsiones (que sería todavía más grave), la consecuencia no podría ser otra que la vulneración del derecho a la igualdad. No obstante, una vez más debemos recordar que este trato desigual no se puede imputar al legislador sino al aplicador de la norma.

Coincido plenamente, eso sí, en la apreciación de que el Proyecto debería incorporar previsiones de este tipo, más aún si tenemos en cuenta que ya lo hace para otros supuestos de utilización anómala de la vivienda, como son los derivados de la sobreocupación, la infravivienda o el incumplimiento del deber de conservación y rehabilitación. Pero no creo que esta falta de previsiones deba conducir a la inconstitucionalidad del precepto cuestionado, no solo porque la inconstitucionalidad por omisión es un concepto muy poco asentado en nuestro ordenamiento, sino también por el hecho de que afectaría no al artículo 42.6 del Proyecto de ley, sino al artículo 41. 3, que no es cuestionado en el Dictamen.

Barcelona, 1 de diciembre de 2007

VOTO PARTICULAR que formula el consejero señor Jaume Vernet Llobet, al amparo del artículo 50 del Reglamento de organización y funcionamiento del Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña, al Dictamen núm. 282, emitido en fecha 29 de noviembre de 2007.

Manifiesto mi discrepancia con la argumentación de la mayoría en el Dictamen núm. 282, Fundamento IV, letra C. En mi opinión, el juicio de inconstitucionalidad del artículo 42.6 del Proyecto de ley que se hace en el Dictamen, fundamentado en el principio de igualdad, no es del todo coherente por diversas razones que expondré a continuación.

a) Primeramente, el juicio de razonabilidad mediante el test de proporcionalidad es una técnica argumentativa de carácter instrumental, que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos utiliza para verificar la conformidad de una disposición con los principios constitucionales, entre otros el de igualdad.

De manera que, para comprobar si el principio constitucional de igualdad es respetado o no, hay que realizar un test de proporcionalidad con la finalidad de objetivar los elementos que

pueden implicar desigualdades o discriminaciones constitucionalmente relevantes y una vez efectuado deberá concluirse sobre la adecuación constitucional de la disposición. Consiguientemente considero inadecuado que el Dictamen avale el Proyecto de ley primero de acuerdo con el principio de proporcionalidad y que después lo rechace por el principio de igualdad, cuando ambos tienen una cierta conexión e incluso una relativa relación de causalidad. Por lo tanto, si se constata una desproporción constitucionalmente significativa, en la medida que la disposición juzgada crea discriminación, habrá que entender vulnerado el principio de igualdad, y si no es así la conclusión debería ir en sentido contrario; es decir, a favor de la compatibilidad, siempre que no se aduzcan otras razones relevantes.

En mi opinión, el test de proporcionalidad proporciona elementos de objetivación al debate jurídico. De manera que si este test se aísla del principio que se quiere verificar, la argumentación deriva en una total subjetivación. Por lo tanto, una vez que la mayoría considera (y en este caso me cuento en ella) que no se detecta ningún tipo de inconstitucionalidad, a partir de la aplicación del test de proporcionalidad al Proyecto de ley (Fundamento IV.1 letra B), no debería concluirse la incompatibilidad de este con la Constitución, si no es por otras razones que también concurren en el supuesto examinado y de las que se deberá hacer mención a continuación.

b) En segundo lugar, a mi entender, la fundamentación, aunque se refiera al principio de igualdad «en» la ley, pone de relieve eventuales problemas relativos al principio de igualdad «en la aplicación de» la ley, lo que si fuera así competiría examinar a la jurisdicción ordinaria y no al Consejo Consultivo, como reconoce la mayoría que avala el Dictamen en el Fundamento IV.1.C (al final de la letra a).

El principio de igualdad debe ser respetado, tanto por la ley como en su aplicación. En este último caso, el trato igual debe verificarse tanto cuando la ley sea desarrollada reglamentariamente por el gobierno o por otras normas infralegales, o cuando sea aplicada por la Administración en su actividad ejecutiva o por los órganos judiciales en la jurisdiccional. De todos modos, el control, en todos estos últimos casos, es de legalidad de conformidad con la Constitución, que no corresponde hacer al Consejo Consultivo. El principio de igualdad en la ley implica, en cambio, que el control de constitucionalidad opera en un doble plano: por un lado, excluyendo la creación arbitraria de supuestos de hecho y, por el otro, asegurando la razonabilidad en función del principio propuesto y de las medidas adoptadas, cosa que no concluye el Dictamen en la parte que objeto. Por el contrario, el principio de igualdad en la aplicación de la ley supone el reconocimiento de un derecho subjetivo a obtener un trato igual. De forma que la Administración o los jueces y tribunales no pueden modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales. Esta diferenciación está consolidada entre la doctrina y la jurisprudencia, así el Tribunal Constitucional en la Sentencia 49/1982, de 14 de julio dice que: «La regla general de la igualdad ante la ley contenida en el artículo 14 de la Constitución contempla, en primer lugar, la igualdad en el trato dado por la ley o igualdad en la ley, y constituye, desde este punto de vista, un límite puesto al ejercicio del poder legislativo, pero es asimismo igualdad en la aplicación de la ley, lo que impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable» (FJ 2).

Sin embargo, la confusión entre el principio de igualdad en la ley y el principio de igualdad en la aplicación de la ley se evidencia si repasamos la argumentación y algunas de las afirmaciones que se hacen en el Fundamento IV.1 letra C del Dictamen aprobado por la mayoría.

Por ejemplo cuando se dice que solo en determinadas circunstancias se genera «una especie de obligación genérica» que únicamente es exigible cuando «la Administración se dirige de forma individualizada» a alguno de los afectados. En este caso se reconoce que la pretendida discriminación se produce directamente por la actividad investigadora de la Administración, supuesto que entra claramente dentro del examen de la aplicación de la ley y no es criticable en tanto que desigualdad «en» la ley.

Igualmente, se constata la confusión citada cuando la mayoría entiende que el Proyecto no detalla lo suficiente, que no ofrece «ninguna posibilidad de interpretación», o que «faltan

«criterios legales» para delimitar los ámbitos de «demanda residencial fuerte y acreditada». Precisamente será cuando se apruebe el Plan territorial de vivienda y se cuantifiquen las viviendas vacías de una zona (art. 12.2.d) y se delimiten los «ámbitos de demanda residencial fuerte y acreditada» (art. 42.6), por un lado, y cuando a partir de aquí la Administración actora intervenga, por otro, que se podrá apreciar si hay o no tratos discriminatorios que vulneran el principio de igualdad. Lo que acabamos de decir ratifica que lo que estamos examinando constituye la posible conculcación del principio constitucional por parte de la Administración en la detección de las viviendas desocupadas (art. 41 del Proyecto), por un lado, o del Gobierno en la aprobación del Plan (art. 12 del Proyecto) o en el impulso de políticas de fomento (art. 42 del Proyecto), por el otro; pero, en ningún caso se está constatando la vulneración del principio en el redactado de la ley, porque ésta justamente no lo concreta y ha de ser desarrollada por normas infralegales o concretadas en posteriores actos administrativos no arbitrarios ni discriminatorios. Todo ello se corrobora en otra afirmación contundente: la discriminación se produce «en función de una decisión administrativa discrecional (la calificación de un ámbito), que carece de parámetros de legalidad». Si se trata de una decisión administrativa no se pone en cuestión la ley, sino la citada decisión administrativa que «aplica» los criterios amplios de la ley. De lo contrario se está enjuiciando de forma crítica, con conclusión de inconstitucionalidad, una ausencia de regulación legal. Esto es, se declara inconstitucional el Proyecto por omisión, tema sobre el que no hay doctrinal ni jurisprudencialmente una postura unívoca, pero que, de momento, la literatura científica y tópica es sobrada y mayoritariamente contraria a admitirla. Consiguientemente, por una parte, la valoración de constitucionalidad ha de centrarse en lo que dice la ley y no en lo que debería decir y, por otra, la argumentación debe dirigirse a mostrar únicamente la desigualdad en la ley y no en la aplicación de la ley en un Dictamen que le corresponde elaborar al Consejo Consultivo.

c) En tercer lugar, falta, de forma clara, el elemento de comparación, lo que es imprescindible en cualquier argumentación ligada al derecho a la igualdad y al principio de no discriminación, una vez admitida su proporcionalidad y adecuación a las finalidades constitucionales y estatutarias. En mi opinión, no se demuestra que haya situaciones comparables tratadas de forma diferenciada, arbitraria y discriminatoria. Aun así, nada tendría que impedir que las medidas garantistas previstas explícitamente que afectan a los inmuebles sobreocupados o a la infravivienda (respecto de los cuales no se aplica el artículo 42.6 del Proyecto) se consideren también aplicables a las viviendas desocupadas permanentemente. Me refiero a los programas de inspección previstos en el apartado primero de los artículos 43 y 44 del Proyecto dictaminado y que no se citan expresamente en el artículo 42. Se trata de un olvido que no implica inconstitucionalidad porque no hay impedimento alguno para hacerlo y además será incluso necesario hacerlo, aparte de que sobre la forma de inspeccionar hay modelos diversos conocidos por la administración y no siempre previstos por la legislación sectorial. En el mismo sentido, el hecho de que no se prevea explícitamente la realización de un «censo o catálogo que posibilite la identificación de todos los afectados incluidos» en un área determinada no es discriminatorio, porque probablemente deberá hacerse simplemente para efectuar la cuantificación de los pisos desocupados y su evolución (art. 12.2.d del Proyecto). En cualquier caso una previsión explícita de las cautelas mencionadas aclararía y mejoraría el Proyecto de ley, disipando posibles críticas por falta de seguridad jurídica, que, dicho sea de paso, no se observan en el Dictamen.

Finalmente, el elemento comparativo se sugiere por parte de la mayoría cuando se dice que el artículo 42.6 del Proyecto de ley no da igual trato a los «potenciales» sujetos afectados y destinatarios de la medida concernida. Evidentemente si se trata solo de los «potenciales» sujetos se está haciendo un prejuicio de lo que se dice en el Proyecto y no será hasta que la Administración actúe que esta «potencialidad» se concretará en sujetos «determinados». Nuevamente se discute la desigualdad «en la aplicación de» la ley y no «en» la ley.

d) Por último, en otro orden de cosas aunque también ligado al principio de igualdad, me parece que de acuerdo con el excurso del resto del Dictamen la medida prevista en el artículo 42.6 del Proyecto de ley viene avalada por la función social de la propiedad de acuerdo con cómo se conceptúa sobre todo en el Fundamento III.2, que redonda y profundiza en la argumentación que expusimos en el Dictamen núm. 273, de 14 de julio de 2006. Además, se trata de una previsión excepcional que, según dice el encabezamiento del propio apartado 6

del artículo 42, se concretará y se aplicará una vez agotadas las medidas previstas en los apartados anteriores del precepto que se suman a otras cautelas también previstas en el Proyecto. Por lo que se refiere a los destinatarios de la norma, esta se aplicará a los propietarios de viviendas desocupadas en zonas determinadas previamente donde exista una demanda residencial fuerte y acreditada, de acuerdo prioritariamente con el Plan territorial sectorial de la vivienda.

e) En conclusión, en mi opinión, las eventuales intervenciones discriminatorias por parte del Gobierno o de la Administración pueden constituir vulneraciones del principio constitucional de igualdad «en la aplicación de» la ley, pero no «en» la ley, que es lo que determinaría un juicio desfavorable en relación con el Proyecto por parte del Consejo Consultivo. En consecuencia, aunque podrían establecerse expresamente más cautelas y más requisitos que restringieran la aplicación del artículo 42.6 del Proyecto, entiendo que las previsiones contenidas son suficientes para hacer un juicio positivo de constitucionalidad y que no hay que recurrir, sin mencionarla, a una pretendida inconstitucionalidad por omisión. Asimismo, el artículo 42 del Proyecto de ley, objeto de Dictamen, desarrolla el artículo 47 de la Constitución y los artículos 26 y 47 del Estatuto de autonomía de Cataluña y se ajusta plenamente al artículo 33 de la Constitución, en la medida que la función social, que justifica el Proyecto de ley, delimita el derecho a la propiedad privada establecido en el mencionado artículo constitucional.

Barcelona, 1 de diciembre de 2007

VOTO PARTICULAR que formula el consejero señor Marc Carrillo, al amparo del artículo 50 del Reglamento de organización y funcionamiento del Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña, al Dictamen núm. 282, emitido en fecha 29 de noviembre de 2007.

La discrepancia que motiva la emisión de este voto particular viene referida a la posición adoptada por la mayoría en relación con la declaración de inconstitucionalidad referida al artículo 42, apartado 6, y la conclusión de carácter interpretativo que ha sido dada al artículo 76, apartado 4, del Proyecto de ley del derecho a la vivienda en Cataluña.

1. Antes, pero, de argumentar mi discrepancia con la conclusión promovida por la mayoría, por parte del autor de este voto particular, como ponente que fue nombrado por el Consejo Consultivo en la sesión del día 6 de noviembre de 2007, hay que hacer una consideración previa sobre el contenido del Dictamen que la mayoría ha aprobado.

El Fundamento III del Dictamen que la mayoría del Consejo ha mantenido, responde en gran parte a la necesaria delimitación conceptual de los derechos a la vivienda y a la propiedad, así como a las soluciones que el derecho comparado ha aportado a los sistemas democráticos de nuestro entorno. Pero no solo a este requisito ineludible, sino que también responde a una lógica constitucional sobre el alcance del derecho de propiedad y su función social, así como del derecho a la vivienda en tanto que derecho estatutario de configuración legal, al que el Proyecto de ley ha pretendido dar un determinado contenido. Un contenido que está dotado, según mi criterio, de pleno apoyo constitucional a través de un conjunto de medidas de intervención administrativa sobre la regulación de la vivienda, el régimen del suelo y el derecho de propiedad, en relación con las competencias de la Generalidad y los entes locales, aunando la garantía del derecho de propiedad en el marco de los intereses generales que la Constitución y el Estatuto también tutelan.

La construcción de la argumentación que ha conducido a la conclusión de inconstitucionalidad a la que ha llegado la mayoría de este Consejo, paradójicamente, mantiene en su integridad la propuesta hecha inicialmente por el ponente, respecto del contenido del Fundamento III, a pesar de haber quedado derrotada después de sucesivas deliberaciones, la conclusión que defendía y que propugnaba la plena constitucionalidad sobre el conjunto del Proyecto. Esta circunstancia resulta, cuando menos, singular, sobre todo si como se argumenta por la mayoría, algunas de las medidas adoptadas por el Proyecto de ley previstas en el artículo 42.6 son proporcionales pero, aun así, y al mismo tiempo, resulta que son discriminatorias.

A este ponente le habría resultado más coherente que la legítima posición adoptada por la mayoría sobre este precepto viniera acompañada de una construcción propia y a buen seguro diferente, sobre la intensa relación entre el derecho a la vivienda y el derecho de propiedad, así como sobre las aportaciones del derecho comparado en el sentido de la posición jurídica sostenida por la mayoría. Porque, procede remarcar que el Fundamento III se había elaborado por el ponente como una premisa previa justificadora de una medida propugnada por el Proyecto de ley, que avalaba su plena adecuación al bloque de la constitucionalidad, es decir, a la Constitución y al propio Estatuto.

2. Por esta razón, mi discrepancia respecto de la conclusión de inconstitucionalidad referida al artículo 42.6 del Proyecto de ley, que trataré más adelante, se fundamenta en unos presupuestos previos ineludibles que procede reiterar aquí, porque es en este voto particular –a criterio de su autor– donde tienen su ubicación natural.

A) En primer lugar, me referiré al análisis constitucional y estatutario del derecho a la vivienda y acto seguido al derecho de propiedad, dado que ambos pueden entrar en concurrencia. El derecho de propiedad puede quedar afectado en sus límites constitucionales, como consecuencia de las previsiones normativas que el Proyecto prevé en relación con diversos ámbitos competenciales, en especial, las competencias en materia de vivienda y de urbanismo. De esta forma, se pueden tratar con mayor precisión conceptual el alcance de los posibles conflictos de intereses jurídicamente garantizados por el bloque de la constitucionalidad.

A fin de diferenciar el urbanismo de la vivienda, se afirma que un primer y tradicional significado del contenido de la vivienda permite afirmar que se refiere a un uso posible del suelo. Es decir, cuando una parte del suelo legalmente habilitado es utilizada para dar cobertura física al espacio donde las personas habitan y desarrollan una parte de su actividad vital.

Sin embargo, hay que añadir seguidamente que la existencia de viviendas y sus condiciones no pueden ser entendidas únicamente como simples productos industriales que operan en el mercado. Actualmente, la vivienda es entendida no solo como un necesario apoyo físico para ser ocupada, sino también como un derecho de la persona vinculado a unas determinadas condiciones del entorno urbano. Dicho de otro modo, el derecho a la vivienda digna y adecuada es concebido desde una perspectiva más amplia, en la que su reconocimiento constitucional es puesto en relación también con otros derechos de la persona (como es el caso del derecho a la salud y al medio ambiente), o con derechos que en algunos casos son también de carácter fundamental (como es el caso del derecho a la intimidad en los supuestos de emisión de ruidos que sobrepasen determinados niveles que la Administración considera no tolerables).

Este alcance más amplio del derecho a la vivienda se ha teorizado en el derecho comparado, entre otros, por la doctrina administrativista francesa cuando para definirlo se refiere a la vivienda como el derecho al «hábitat», entendido como un ámbito de la vida de la persona que se corresponde no solo con el espacio físico del inmueble habitado que ocupa una parte de suelo, sino también con el entorno urbano y social. En este sentido, es habitual referirse al derecho a la ciudad, que como tal se encuentra recogido en la llamada Carta europea de salvaguardia de los derechos humanos de 2000, suscrita por diversas ciudades españolas y catalanas, entre otras, Barcelona, que la ratificó por Acuerdo del plenario de su Ayuntamiento de 21 de julio de 2000.

La doctrina iuspublicista española no ha sido ajena tampoco a esta nueva percepción, en la que se ha sostenido un concepto de vivienda como unidad pero incluida en su entorno inmediato, en el que el medio urbano constituye un marco existencial y una forma de vida. Por esta razón, el grado de dignidad y de adecuación de la vivienda no solo debe ser exigido de la unidad-vivienda, sino también de su entorno inmediato. La lógica consecuencia de este planteamiento es que el derecho a la vivienda digna y adecuada conduce de forma ineluctable a una determinada regulación del urbanismo y de la ordenación del territorio que, al fin y al cabo, son los ámbitos donde realmente se puede hacer efectivo el derecho derivado

de los principios derivados de los artículos 47 CE y EAC y del derecho del artículo 26 del propio EAC.

Esta aproximación a la naturaleza jurídica del derecho a la vivienda como un derecho ligado al entorno del ciudadano no es nueva en la legislación catalana. De hecho, la vigente Ley del Parlamento de Cataluña 24/1991, de 29 de noviembre, de la vivienda, ya fue concebida, a pesar de que de forma muy incipiente, como una norma dotada de principios y directrices de actuación pública que vinculaban a la vivienda con el entorno. Aun así, la mencionada Ley todavía es heredera de una definición de la vivienda más tradicional y restringida en la medida que, en esencia, la entiende como toda construcción fija destinada a residencia de personas físicas, o utilizada como tal, con independencia de que en ella se desarrollen otros usos. Un caso similar lo ofreció la Ley gallega 4/2003, de 29 de julio, de vivienda.

En un sentido diferente, el Proyecto de ley que nos ocupa se inserta en este concepto más amplio del derecho a la vivienda, una característica que es deducible de todo su amplio y denso contenido normativo y que, a modo de ejemplo, se manifiesta expresamente en la definición de vivienda que ofrece su artículo 3.º cuando, además de determinar que es «[...] toda edificación fija destinada a que residan en ella personas físicas o utilizada con este fin [...]», añade que debe acreditar el cumplimiento de las condiciones de habitabilidad fijadas por la ley y que «[...] cumple la función social de aportar a las personas que residen en ella el espacio, las instalaciones y los medios materiales necesarios para satisfacer sus necesidades personales ordinarias de habitación». Y en la misma línea de este concepto de alcance más amplio, pleno de elementos definidores que entienden la vivienda como algo más que un espacio físico para residir, hay que destacar en el propio artículo 3 los nuevos conceptos de cohesión social (letra n) y sostenibilidad (letra o) como muestra que puede servir para justificar la nueva posición que el legislador catalán adopta mediante el Proyecto respecto de este principio rector y, al mismo tiempo, derecho del ámbito social y económico que es la vivienda.

Cuando la Constitución (art. 47) establece el derecho a una vivienda digna y adecuada y, al mismo tiempo, el Estatuto (arts. 26 y 47) determina que los poderes públicos deben facilitar el acceso a la vivienda mediante la generación de suelo y la promoción de vivienda pública y de vivienda protegida, además de prestar una especial atención a los jóvenes y a los colectivos más necesitados así como a las personas que no disponen de los recursos suficientes, ambas normas –en el marco de sus competencias– están dirigiendo un mandato a los respectivos legisladores que ha de permitir dotar de plena eficacia normativa a los principios generales sobre esta materia.

Es evidente que en virtud del valor constitucional del pluralismo político, el legislador puede dar un contenido variado a los principios constitucionales y estatutarios. El alcance legislativo de la garantía del derecho a la vivienda digna y adecuada puede ser diverso pero parece evidente que el mandato no puede ser obviado. El contenido normativo del derecho puede variar en función de las, en principio, legítimas opciones del legislador que, a buen seguro tendrá o podrá tener visiones diferentes sobre el alcance que deba darse a los mandatos constitucionales y estatutarios antes mencionados. En este sentido, la concreción normativa de lo que se consideran los elementos que pueden hacer una vivienda digna y adecuada, será diversa, tanto como lo puede ser el legislador y las mayorías políticas que coyunturalmente lo conforman. Así, diferentes pueden ser las respuestas legislativas a elementos relativos a la vivienda como la seguridad jurídica de disponibilidad, el acceso a la vivienda, la habitabilidad, los gastos soportables, la disponibilidad de servicios materiales y de infraestructuras, etc. Sin embargo, lo que no se puede descartar es que vista la estrecha relación entre vivienda y regulación del suelo, el derecho de propiedad, como el derecho a disfrutar y disponer de una cosa, pueda quedar afectado por medidas tendentes a hacer efectivas las prescripciones que en esta materia establece el bloque de la constitucionalidad.

En todo caso, y en lo que es de interés prevalente para la justificación de este voto particular, conviene subrayar que el concepto de la vivienda más relacionada con otros derechos e intereses legítimos y vinculada a su entorno, ha permitido un progresivo crecimiento de los niveles de intervención de los poderes públicos en otros ámbitos de su competencia a fin de preservar el derecho a la vivienda digna. Un buen ejemplo es el que se produce con esta finalidad, mediante las previsiones legales de reservas obligatorias de suelo para la vivienda

protegida, que debe incluirse en los nuevos planeamientos urbanísticos. Y, sin duda, una de las consecuencias posibles de esta intervención de los poderes públicos para asegurar el cumplimiento de los principios y derechos constitucionales, es la afectación del derecho de propiedad (art. 33.2 CE), estableciendo límites a su ejercicio. Todo ello conduce a tratar seguidamente el alcance constitucional de este derecho, respecto al cual la Constitución incorpora «la función social» como parte integrante de su contenido esencial. Un contenido que resulta indisponible para el legislador, sea estatal o autonómico (art. 53.1 CE). Y, asimismo, añade el artículo 33.3 CE que «Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos, sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes».

B) Respecto al derecho de propiedad, el significado de su función social, tanto en el derecho comparado como en el ordenamiento constitucional español actual, se fundamenta en los presupuestos dogmáticos y jurisprudenciales que siguen.

El derecho de propiedad es una de las señas de identidad del primer Estado liberal donde la libertad de la persona quedaba estrechamente vinculada a su poder para disponer de la condición de propietario. Ante el individualismo posesivo del primer liberalismo, el Estado democrático respondió con un concepto de los derechos de libertad arraigado también a la garantía de los intereses generales. En este sentido, el constitucionalismo liberal democrático, en el marco del llamado Estado social y democrático de derecho, que se expresa esencialmente a través de los textos constitucionales promulgados después de 1945, ha incorporado la función social de la propiedad como límite y al mismo tiempo como parte integrante del derecho de propiedad, en el marco de la necesaria garantía de los intereses generales. Así se manifiesta en la mayoría de constituciones y en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales.

En el ámbito del constitucionalismo democrático más próximo a nuestro entorno político y cultural y a modo de referente a tener en cuenta, se pueden mencionar algunos ejemplos de limitación del derecho de propiedad en razón de su función o utilidad social. Además de la Constitución española, es el caso que ofrecen, entre muchas otras, la República Federal de Alemania en la Ley Fundamental de Bonn de 1949; los Estados Unidos de Norteamérica en la Constitución de 1787; la República de Italia en la Constitución de 1947, o el Convenio Europeo de Derechos Humanos, mediante su Protocolo núm. 1, artículo 1, referido a la protección de la propiedad.

a) En Alemania, el artículo 14.1 de la Constitución de 1949, después de establecer que se garantiza «[...] la propiedad y el derecho de herencia, con el contenido y las limitaciones que la ley determine», añade en el apartado 2 que «La propiedad obliga». Y añade que «su uso deberá servir, al mismo tiempo, al bien común». Y en el apartado 3 determina que «Sólo procederá la expropiación cuando sea en interés común, y se producirá únicamente por ley o en virtud de una ley, que determinará la modalidad y su alcance. La indemnización se establecerá mediante una justa ponderación de los intereses de la colectividad y del afectado. En caso de conflicto se dará recurso ante los tribunales ordinarios en cuanto al importe de la indemnización».

Partiendo del principio según el cual la propiedad puede ser limitada por razones de la debida garantía del interés general, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania (TCFA) ha abordado la función social de la propiedad de acuerdo con una serie de parámetros o cánones de interpretación basados en el criterio general de la proporcionalidad de la medida. Sin embargo, visto el carácter demasiado genérico de esta regla hermenéutica, la jurisprudencia constitucional, a través de la singularidad que ofrece cada caso, ha introducido otros criterios que tienen como finalidad proporcionar elementos de objetividad en el enjuiciamiento de los supuestos en los que la intervención del poder público comporta una intromisión en el derecho de propiedad de la persona. La mayoría de la doctrina iuspublicista germánica los ha sintetizado a través de la ponderación de objetivos y medios, en los siguiente términos: a) una primera regla a tener en cuenta establece que, cuanto más sensible sea la intrusión de una norma dictada por el poder público en la posición jurídica de la persona, más relevantes deberán ser los intereses de la comunidad que colisionan con los de la propiedad de la persona afectada; b) inversamente, es preciso derivar de la regla anterior que cuanto mayor sea el peso y la preeminencia de los intereses generales, más

intensa será la irrupción en el ámbito la propiedad privada; y c) finalmente, es también un criterio interpretativo alcanzado por el TCFA que la diversidad de la relevancia que tengan los intereses individuales protegidos por el derecho de propiedad, debe ser otro criterio a retener por el juez constitucional. Entre la jurisprudencia del TCFA más destacada sobre la función social de la propiedad y el grado de configuración que le corresponde al legislador, hay que subrayar el caso conocido como *Mitbestimmung* (codecesión) de la BVerGE 50, 290 (Sentencia de la Sala Primera, de 1 de marzo de 1979), en la que el TCFA expuso su doctrina sobre la función social de la propiedad, en relación con una ley que atribuyó a los representantes de los trabajadores participación en determinadas decisiones empresariales.

Sin embargo, también la jurisdicción ordinaria alemana ha desarrollado una doctrina sobre la función social de la propiedad. Desde esta lógica destaca la decisiva Sentencia de 10 de junio de 1952 del Bundesgerichtshof (el Tribunal Superior Federal) que, para justificar la medida administrativa de la expropiación, se acogió a la denominada teoría del sacrificio especial, que genera una modificación del principio general de igualdad que conduce al deber de indemnizar. En esta resolución judicial se establece que la expropiación es siempre una intromisión del Estado permitida por la Constitución y realizada imperativamente sobre la propiedad privada que afecta a las personas (individualmente o en grupo) de forma desigual y especial, imponiéndoles un sacrificio especial en favor de la colectividad que no es exigido al resto de los ciudadanos. La misma Sentencia sostiene, por el contrario, que la función social de la propiedad, a diferencia de la institución de la expropiación, se define como una determinación del contenido de la propiedad que tiene carácter general y que vincula socialmente a los destinatarios de la ley de forma igualitaria.

Las interpretaciones de las prescripciones del artículo 14 de la Constitución de 1949 por la doctrina germánica han sido lógicamente diversas. Sin embargo, visto el mandato constitucional, ninguna de estas niega la función social como parte integrante del derecho de propiedad. Por ejemplo, entre esta doctrina destaca la recogida por el Tribunal Federal Social en su jurisprudencia, que interpreta que cuando la Constitución reconoce en el artículo 14.2 que el uso de la propiedad deberá servir, al mismo tiempo, al bien común, está diciendo que la propiedad no puede servir exclusivamente al bien común. Es decir, que si la propiedad pierde su aprovechamiento privado (el que proceda como, por ejemplo, el que se deriva de una indemnización) por una acción del legislador, entonces la intromisión del poder público en la propiedad será comparable a una sustracción. Por lo tanto, la función social y el aprovechamiento privado son dos pilares que definen el derecho de propiedad, que resultan inseparables en la doctrina y la jurisprudencia alemanas.

b) En los Estados Unidos de Norteamérica, el criterio constitucional del límite en razón del interés social aparece en la enmienda V, que fue una de las diez primeras que entraron en vigor el año 1791, y en la que se establece que «Nadie [...] será privado [...] de la propiedad sin el debido proceso legal [el due process o derecho a la tutela judicial que, asimismo, se formula en la enmienda XIV]; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa compensación».

Partiendo de los dos referentes que ofrecen las mencionadas enmiendas constitucionales, la doctrina norteamericana sobre las limitaciones en razón del uso público a las que pueda verse sometida ha distinguido entre privación (*taking*) y regulación (*regulation*) de la propiedad, para definir las formas de intromisión constitucional del poder público en la propiedad privada. Sobre el alcance de la distinción entre estas dos modalidades de intervención del poder público en la propiedad, la doctrina ha mantenido posiciones diversas pero la regla general que en la actualidad opera es aquella según la cual siempre que el Gobierno (*Government*) ocupe total o parcialmente una propiedad, se tratará de una situación de privación (*taking*) de la propiedad que requerirá una compensación para el afectado. Sin embargo, las dudas aparecen en el caso límite en el cual el Tribunal Supremo ha ido produciendo una doctrina tónica, basada en la identidad del caso concreto. Por ejemplo, como regla general, da apoyo a la validez de ordenanzas municipales que, cuando planifican el uso del suelo, limitan las posibilidades de su utilización por parte de los propietarios. Más concretamente, el Tribunal Supremo estimó que una ordenanza municipal que prohibía a los propietarios la construcción de oficinas encima de una estación de tren para evitar el deterioro del conjunto arquitectónico, no podía ser considerada como un supuesto de privación (*taking*), sino una regulación (*regulation*), dado que la ordenanza era un instrumento



razonable para promover el bienestar general, mejorar el entorno y proteger el patrimonio histórico (Penn Central Transportation Co. v. New York de 1978).

La jurisprudencia norteamericana sobre el derecho de propiedad se caracteriza por dos rasgos significativos: el primero es que, como regla general, el Tribunal Supremo se ha mostrado reticente a invalidar disposiciones legislativas o administrativas por falta de una previsión compensatoria. De hecho, hay que subrayar en este sentido que existe un amplio acuerdo judicial sobre el gran margen de apreciación del que dispone la autoridad pública para determinar los beneficios y los límites de la vida económica. El segundo tiene por objeto diferenciar entre privación y regulación de acuerdo con el criterio del análisis fáctico de la singularidad de cada caso. Con este objetivo, el Tribunal Supremo ha tenido en cuenta dos factores para determinar cuándo procede exigir una compensación tal como establece la quinta enmienda. Uno es el carácter de la actividad gubernamental, verificando si la acción del Gobierno ha supuesto una invasión de la propiedad del particular; o también, otro criterio utilizado en otros supuestos consiste en analizar la específica naturaleza del objetivo público que justifica la medida cuestionada (Sentencia Connoly v. Pension Benefit Corp., de 1986). El otro factor que el Tribunal Supremo considera de relevancia es la severidad del impacto económico, es decir, la disminución del valor del objeto dominical después de producida la intervención pública (Sentencia Pennsylvania Coal v. Mahon, de 1922).

Como conclusión, no hay duda, pues, de que la experiencia jurisprudencial norteamericana pone de manifiesto que el uso social ha sido un criterio constitucional aplicado por los poderes públicos para intervenir sobre la propiedad privada. También, que la distinción entre privación y regulación de la propiedad ha sido una cuestión abierta en la que –según establecen la doctrina y la jurisprudencia– cada generación debe decidir por sí misma cuáles son los sacrificios sobre la propiedad que constituyen un precio necesario de la civilización y cuáles de estos no son civilizados. Y, finalmente, de la misma forma que los ha utilizado el Tribunal de Karlsruhe en Alemania, el Tribunal Supremo ha resuelto estos casos siempre de acuerdo con criterios hermenéuticos, basados en la tópica que cada caso ofrece.

c) En la República de Italia, el artículo 42.1 de la Constitución de 1947 reconoce que «La propiedad será pública o privada [...]». En el apartado segundo establece que «La propiedad privada será reconocida y garantizada por la ley, que determinará sus modalidades de adquisición y de disfrute y sus límites, para asegurar su función social y hacerla accesible a todo el mundo». En el apartado tercero se añade que «[...] la propiedad privada podrá ser expropiada por motivos de interés general en los casos previstos por la ley y mediante indemnización». En el cuarto apartado se reconoce el derecho a la herencia.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana ha asumido el mandato constitucional de la función social de la propiedad, partiendo del principio según el cual la concreción de su alcance corresponde al legislador, mientras que es a la jurisdicción constitucional a quien le corresponde el control sobre el cumplimiento de la finalidad social por parte de la ley. Constituye un referente en este sentido, el criterio adoptado por la Sentencia número 14, de 7 de marzo de 1964, en la que señala que para decidir la inconstitucionalidad de una ley de funcionalización de la propiedad privada, es preciso tener en cuenta los criterios de proporcionalidad que presenta la medida limitadora del derecho de propiedad con la finalidad de evaluar que «[...] el órgano legislativo no haya llevado a término una apreciación de los fines de utilidad general y los medios para obtenerlos o que esta apreciación sea invalidada por criterios ilógicos, arbitrarios o contradictorios [...]». La Corte ha entendido que actualmente la función social constituye un principio ordenador de la disciplina de la propiedad y que no se puede negar que este principio puede entrar en conflicto con los poderes dominicales.

Para entender el adecuado tratamiento constitucional que merece el derecho de propiedad en la Constitución italiana, hay que precisar que este derecho se encuentra reconocido en el título relativo a las relaciones económicas, en las que no se define ninguna situación que sea la propia de un atributo de la inviolabilidad. La propiedad ya no es el derecho absoluto que recogía el Estatuto Albertino de 1848 del periodo monárquico ni de la primera tradición liberal procedente de la Declaración revolucionaria de derechos de 1789. A pesar de ser un derecho garantizado plenamente por la Constitución, no es, sin embargo, uno de los derechos inviolables del hombre a los que se refiere el artículo 2 de la propia Constitución italiana.

La jurisdicción constitucional del Estado transalpino ha llevado a cabo criterios interpretativos diversos referidos a la tutela del derecho de propiedad en el marco de su función social, en los términos siguientes: 1) la extensión de la garantía prevista en el artículo 42.2 (función social) a las llamadas expropiaciones de valor; 2) la utilización de los criterios económicos para identificar las expropiaciones de valor; 3) la utilización de la teoría de la pluralidad de propiedades, establecida sustancialmente sobre la base de la función económica común, para delimitar formalmente los supuestos de aplicación de la nueva garantía que proporcionan las expropiaciones de valor; d) el control de la legitimidad constitucional de las intervenciones legislativas sobre el derecho de propiedad a la luz del principio de igualdad material del artículo 3 de la Constitución, relativo al mandato dirigido a los poderes públicos de la República de remover los obstáculos que de hecho impiden el ejercicio efectivo de los derechos. Aun así, y sin poner en duda la función social de la propiedad, la Corte Constitucional matizará posteriormente el alcance del principio de igualdad social del mencionado artículo 3 en su Sentencia número 55, de 29 de mayo, sobre el grado de intervención del legislador sobre el derecho de propiedad.

d) El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), firmado en Roma en 1950, que forma parte del ordenamiento jurídico español desde el Instrumento de ratificación de 26 de septiembre de 1979, y en la misma línea que los textos constitucionales mencionados, establece en su Protocolo adicional núm. 1, artículo 1, una regulación de la propiedad, según la cual «Toda persona física o moral (jurídica) tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del derecho internacional». Esta limitación del derecho de propiedad por razones de interés social lo es «[...] sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes con el interés general o para garantizar el pago de impuestos u otras contribuciones o de las multas».

En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) el leading case, el caso de referencia sobre el derecho de propiedad lo expresa el caso Sporrang y Lónnroth contra Suecia (STDH de 23 de septiembre de 1982). De acuerdo con esta Sentencia, el primer Protocolo antes mencionado del CEDH, incorpora unas reglas que se pueden resumir en los siguientes términos. La primera establece un principio general que exige un equilibrio o balance, que debe establecerse entre los derechos fundamentales del individuo y los intereses de la comunidad. La segunda determina que la reglamentación del uso de los bienes queda asociada a la capacidad de los estados para regular su poder para expropiar que, lógicamente, también se reconoce. La regulación de las limitaciones del derecho de propiedad debe cumplir los requisitos de ser: 1) conforme a derecho, 2) realizada teniendo en cuenta el interés público y una finalidad legítima, 3) y debe establecer un justo equilibrio, un balance equitativo o una relación de proporcionalidad entre el interés público que se persigue y el interés patrimonial que se ve afectado por aquella. La tercera regla es consecuencia de las anteriores, a saber: el requisito del balance equitativo deberá aplicarse conforme al test de proporcionalidad, como se ha puesto de manifiesto especialmente en la Sentencia del caso del derrocado rey de Grecia y otros contra Grecia, del año 2000. Dicho de otro modo, la regulación será desproporcionada si aparece un desequilibrio entre la medida y la finalidad perseguida.

De la jurisprudencia del TEDH es preciso subrayar que, en relación con la potestad de los Estados para dictar las leyes que procedan para regular la propiedad y los intereses generales, el Tribunal Europeo ha reconocido un amplio margen de maniobra a los Estados para que regulen la propiedad privada, lo que comporta que tanto la interpretación del derecho como la de sus límites deberá ser vicaria de esta amplia habilitación. De acuerdo con este planteamiento general, el TEDH debe juzgar con todo tipo de detalle el cumplimiento de los requisitos antes mencionados, pero deberá autolimitarse respecto a: 1) si la regulación de la propiedad y de sus límites es oportuna o afortunada; 2) si es eficaz. Parece del todo evidente que ambos supuestos no son una atribución jurisdiccional, si se quiere evitar el riesgo de que los órganos jurisdiccionales decidan en función de criterios de oportunidad a la hora de justificar las limitaciones del derecho de propiedad de acuerdo con su función social.

e) Finalmente, respecto de la Constitución española de 1978, que es un ejemplo más reciente del constitucionalismo evocado anteriormente, ya hemos visto que en su artículo 33.1, después de reconocer el derecho a la propiedad privada y a la herencia, establece en los dos apartados siguientes que: «2. La función social de estos derechos delimitará el contenido, de acuerdo con las leyes». Añadiendo que: «3. Nadie podrá ser privado de sus bienes ni de sus derechos sino por causa justificada de utilidad pública o de interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con aquello que las leyes dispongan».

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el alcance constitucional del derecho de propiedad en diversas sentencias. Inicialmente lo hizo sobre el significado del derecho de propiedad stricto sensu en las Sentencias 111/1983, de 2 de diciembre y 166/1986, de 19 de diciembre, que resolvieron, respectivamente, el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad referidos a la expropiación del holding Rumasa. Pero fue en la posterior Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987, de 26 de marzo, relativa a un supuesto de propiedad rural (la Ley andaluza 8/1984, de 3 de julio, de reforma agraria) donde estableció una doctrina mucho más elaborada sobre el derecho propiedad y su función social, así como también su relación con el sistema de distribución territorial de competencias. Posteriormente, el Tribunal ha reiterado la doctrina de 1987, entre otras, en las Sentencias 164/2001, de 11 de julio, 178/2004, de 21 de octubre, y 112/2006, de 5 de abril. Aun, en época más reciente, el Consejo Consultivo se ha pronunciado también sobre el alcance y los límites del derecho de propiedad en su Dictamen núm. 273, de 14 de julio de 2006, sobre el Proyecto de ley de contratos de cultivo.

En síntesis, la jurisprudencia sobre el derecho de propiedad y su función social es la siguiente:

a') La referencia constitucional a la función social, entendida como elemento estructural de la definición del derecho a la propiedad privada o como factor que determina la delimitación legal de su contenido, pone de manifiesto que la Constitución no ha optado por un concepto abstracto de este derecho. No lo ha entendido solamente como un ámbito subjetivo de libre disposición sobre los bienes que son objeto de dominio reservado para su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las leyes impongan para la salvaguardia de los legítimos derechos e intereses de terceros o del interés general. Por el contrario, según el Tribunal, la Constitución reconoce y protege un derecho a la propiedad privada, como un abanico de facultades individuales sobre las cosas, pero al mismo tiempo también como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en función de valores o intereses de la colectividad, es decir, de acuerdo con la finalidad o utilidad social que esté llamada a llevar a cabo cada categoría de bienes objeto de dominio.

b') Por lo tanto, el Tribunal no acoge un concepto exclusivamente civilista del derecho de propiedad, reducido a los márgenes legales del artículo 348 del Código Civil que lo define como «el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes», sino que lo que establece es una doctrina según la cual la interpretación que corresponde hacer sobre los derechos de tipo económico en general y, en especial, sobre el derecho de propiedad, ha de ser una interpretación concreta, en la que estos derechos no son solamente susceptibles de ser limitados, sino que los límites se incorporan como elementos esenciales de su contenido objetivo. Dicho con otras palabras, la función social –subraya al Tribunal– no ha sido entendida por el constituyente como un simple límite externo para la delimitación del derecho de propiedad, sino que es también una parte integrante de éste: la utilidad individual y la función social definen de manera conjunta el contenido esencial del derecho de propiedad sobre cada categoría de bienes.

c') El Tribunal considera que no produce una infracción del contenido esencial aquella regulación legal del derecho de propiedad que restringe las facultades de decisión del propietario en relación con el uso, el destino o el aprovechamiento de los bienes en juego, y que impone o permite imponer determinados deberes orientados a la obtención de una mejor utilización productiva de estos bienes, siempre que pueda permanecer garantizada su rentabilidad.

d') Por lo tanto, el Tribunal rechaza la tesis según la cual una regulación de la propiedad que,

de acuerdo con el principio constitucional de su función social, no haga impracticable ni prive de protección a los intereses individuales ligados al dominio, sea por sí misma contraria al derecho reconocido en el artículo 33 CE. Esto es así porque una intervención normativa de este tipo no comporta una desnaturalización del derecho de propiedad que lo haga no identificable (recognoscible), tanto desde el punto de vista histórico como desde la perspectiva que ofrece su relación con el conjunto de intereses que la propiedad privada incorpora como institución jurídica (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2, 4 y 5).

En su función jurisdiccional sobre los derechos y las libertades, el Tribunal Constitucional ha utilizado a menudo el criterio hermenéutico del principio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad), sobre todo en relación con los derechos fundamentales de libertad y participación de la sección 1.<sup>a</sup> del capítulo II del título I de la Constitución. No así en el resto de los derechos, como los de contenido social y económico, donde la regla de la idoneidad y la necesidad de la medida han sido consideradas inadecuadas por el riesgo de apertura a consideraciones de oportunidad que presentan. Es especialmente relevante tener en cuenta esta observación, porque en los derechos de carácter más específicamente prestacionales, como el derecho a la vivienda y su incidencia sobre otros también garantizados por la Constitución como el derecho de propiedad, que nos han ocupado en el Dictamen, el margen de acción del legislador positivo para ponderar el grado de proporcionalidad de una medida limitadora puede ser más flexible que otra que limite el ejercicio de los derechos fundamentales.

El Tribunal ha utilizado el test de proporcionalidad desde los inicios de su jurisprudencia (entre otras, las STC 11/1981, de 8 de abril; 53/1985, de 11 de abril; 209/1989, de 15 de diciembre; y 214/1994, de 14 de julio) aunque, a lo largo del tiempo, esta forma de interpretación de la Constitución ha evolucionado en el sentido de introducir una mayor dosis de elementos de objetivación en la evaluación de la proporcionalidad de las medidas que adoptan los poderes públicos limitando el ejercicio de derechos o el disfrute de intereses legítimos (entre otras, las STC 66/1995, de 8 de junio; 107/1996, de 12 de junio y 147/2001, de 27 de junio). En este sentido, la evolución del criterio de proporcionalidad ha afectado sobre todo a la formalización de su dimensión material, precisando los requisitos que proceden a fin de que el contenido de una actuación de un poder público pueda ser considerado como proporcionada. Y es esta perspectiva hermenéutica la que interesa retener para evaluar la aplicación más adecuada del principio de proporcionalidad a las medidas restrictivas del derecho de propiedad que, en algunos supuestos, se derivan del Proyecto de ley que ha sido objeto del dictamen.

En este sentido, la concreción material del juicio de proporcionalidad ha sido definida por la jurisprudencia constitucional más reciente, a través de la necesidad de verificar la finalidad de una medida, mediante la integración de elementos fácticos y temporales, o la simple prohibición de medidas de los poderes públicos que los incumplen, además de tener como destinatarios a todos los poderes públicos en cualquiera de sus medidas restrictivas sobre los derechos y los bienes constitucionalmente protegidos.

Con estos parámetros conceptuales y las referencias normativas y jurisprudenciales de los ordenamientos comparados y los utilizados en el ordenamiento jurídico español y catalán, procede ya tratar el fondo material de los motivos de discrepancia con la conclusión del Dictamen, respecto de los artículos 42.6 y 76.4 del Proyecto de ley.

3. Mi desacuerdo con el criterio de la mayoría de este Consejo Consultivo respecto de las previsiones normativas contenidas en el artículo 42, apartado 6, se fundamentan en los argumentos que seguidamente se exponen.

El criterio sostenido por la mayoría es que aunque considera que la medida prevista en el apartado 6 del artículo 42 «[...] supera el test de proporcionalidad [...]» (Fundamento IV.1.B), argumenta, no obstante, que «es inconstitucional por vulnerar el principio de igualdad en la ley» (Fundamento IV.1.C).

No consigo comprender como es posible considerar al mismo tiempo: 1) que una medida como la prevista en el apartado 6 del artículo 42 del Proyecto, que una vez agotadas las cautelas previstas en los apartados 1 a 5 del artículo 42, prevé una acción limitadora sobre el

derecho de propiedad, es proporcional y 2), seguidamente se pueda sostener que la misma medida vulnera el principio de igualdad en la ley.

En este sentido, todavía menos puedo entender que el criterio de la mayoría asuma casi íntegramente y, por lo tanto, mantenga prácticamente en sus mismos términos el texto de la argumentación defendida por la ponencia a lo largo de la deliberación del dictamen, que avalaba la proporcionalidad de la medida que regula el alquiler forzoso de viviendas desocupadas.

Porque, en efecto, el significado del criterio hermenéutico de la proporcionalidad en sentido estricto, que es el que procede aplicar en supuestos donde entran en controversia derechos del capítulo II o derechos derivados de los principios rectores del capítulo III del título I de la Constitución, conlleva, según el Tribunal Constitucional, que la medida objeto de control sea «proporcionada o equilibrada por derivarse de la misma más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto» (entre otras, las STC 66/1995, 207/1996, 37/1998, 202/1999 o 186/2000). Conjuntamente con la definición que se acaba de reproducir, el Tribunal también ha tenido en cuenta otras referencias complementarias con el fin de construir una definición de la proporcionalidad estricta, basadas en «la ponderación de la finalidad perseguida, el medio aflictivo y el derecho afectado» (por ejemplo, la STC 69/1999, de 26 de abril, FJ 4). Pues bien, visto el significado constitucional de la regla interpretativa de la proporcionalidad expresado aquí, si una medida como la prevista en el artículo 42.6 del Proyecto es considerada proporcional, sorprende que, simultáneamente, se diga que es inconstitucional por violación del principio de igualdad en la ley; es decir, que sea una previsión legal discriminatoria.

Es evidente que el principio de igualdad y el derecho a no ser discriminado reconocido en el artículo 14 CE, no es sinónimo de una igualdad normativa en todo caso. Antes al contrario, la discriminación normativa, como es obvio, puede gozar de cobertura constitucional siempre que responda a supuestos de facto diferentes y que el tratamiento jurídico de la diferencia supere el test de proporcionalidad. Desde su primera jurisprudencia, el Tribunal Constitucional establece que «[...] aunque es cierto que la igualdad jurídica, reconocida en el artículo 14 de la Constitución vincula y tiene como destinatarios no sólo a la Administración y al Poder Judicial, sino también al Poder Legislativo [...] ello no quiere decir que el principio de igualdad [...] implique en todos los casos un trato legal igual, con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica» (STC 22/1981, de 3 de julio, FJ 3).

Como subrayaba más arriba, según el criterio de la mayoría del Consejo Consultivo, la medida prevista en el artículo 42.6 del Proyecto de ley es proporcional. En efecto, sostiene que esta medida «[...] pone de manifiesto que el mayor peso o la superior preeminencia de los intereses generales que se quieren proteger en este caso concreto (el derecho a la vivienda de determinados sectores sociales que por razones de diverso orden quedan excluidos de él) justifican un mayor grado de intervención sobre los intereses individuales (derecho de propiedad), sin que esta intervención resulte desproporcionada en relación con la finalidad perseguida». Y seguidamente añade, «[...] la limitación de la propiedad por causa de interés social que introduce el Proyecto no altera el contenido esencial de este derecho. Además, si la intromisión parcial sobre el estatuto jurídico del propietario, como ha sido el caso, supera el test de proporcionalidad, el derecho de propiedad sigue siendo identificable y el contenido esencial sobre el que el legislador no puede disponer no queda alterado» (Fundamento IV.1.B).

Es un criterio que comparto plenamente, entre otras razones porque coincide con el redactado de la ponencia que quedó en minoría en la deliberación. Pero dicho esto, si el trato diferenciado que el Proyecto establece en relación con el derecho de propiedad es considerado por la mayoría como proporcionado y que no vulnera el contenido esencial del derecho de propiedad, y por lo tanto es adecuado a la Constitución, es una paradoja que suscita perplejidad, que al mismo tiempo se construya una argumentación que, después de sostener que «[...] pero más allá de la proporcionalidad de la medida que establece el artículo 42.6 del Proyecto, su regulación presenta algunas objeciones desde la perspectiva del principio de igualdad que consagra el artículo 14 a CE» (Fundamento IV.1.C), objeciones que, finalmente, concluyen con una declaración de inconstitucionalidad «por vulnerar el principio de igualdad en la ley (art. 14 CE).»

En opinión de este voto particular, hay que señalar que en el sentido de la conclusión a la que ha llegado la mayoría, habría sido totalmente lógico que se declarara que la medida del artículo 42.6 no es proporcional y además es discriminatoria. Aunque según el criterio de quien firma este voto, ciertamente, no es una conclusión que se pueda compartir, sería en todo caso una posición jurídica coherente. No lo es –debo insistir– asumir que la medida es proporcional pero que, al mismo tiempo, también vulnera el principio de igualdad en la ley y, en consecuencia, es discriminatoria.

4. Mis razones en favor de la proporcionalidad de la medida del artículo 42.6 –y que la mayoría del Consejo, de manera singularmente deferente con el primer redactado de la ponencia, reproduce casi íntegramente en esta parte del Dictamen (Fundamento IV.1.B)– son las siguientes:

El artículo 42 del Proyecto establece las normas sobre «Utilización anómala de las viviendas» según la rúbrica del capítulo III del Proyecto examinado y, específicamente, las normas que se refieren a las «actuaciones para evitar la ocupación permanente de las viviendas» tal como se presenta el artículo 42.

Estas actuaciones se pueden clasificar de la siguiente forma: políticas de fomento para potenciar la incorporación en el mercado, preferentemente de alquiler, de las viviendas vacías o permanentemente desocupadas, que incluyen garantías de la Administración sobre el cobro de las rentas y la reparación de desperfectos, subvenciones directas al propietario, oferta de subrogación de la Administración en la ejecución de las obras y apoyo público a contratos de masovería urbana (aps. 2 y 3); posibilidad de ceder a la Administración pública las viviendas vacías o permanentemente desocupadas para que las gestione en régimen de alquiler (ap. 4); y arbitre otras medidas, como las de carácter fiscal (ap. 5). Una vez agotadas las medidas de fomento anteriores, en los ámbitos que los instrumentos de planeamiento califican como ámbitos de demanda residencial fuerte y acreditada, la Administración competente puede acordar el alquiler forzoso de la vivienda declarando previamente el incumplimiento de la función social de la propiedad. En consecuencia con ello, si una vez transcurridos dos años desde la notificación de la declaración, la vivienda permanece vacía, en los términos que establece el artículo 3.d del Proyecto de ley, la Administración puede expropiar el usufructo de la vivienda para alquilarlo a terceros durante un plazo que no puede ser superior a cinco años, transcurrido el cual el propietario puede recuperar el uso de su vivienda. El procedimiento para llevar a cabo esta actuación debe ajustarse a la legislación urbanística y de expropiación forzosa, y en el expediente de justiprecio debe valorarse la indemnización correspondiente al derecho de usufructo temporal, atendiendo los gastos asumidos por la Administración en la gestión y las eventuales obras de mejora ejecutadas en la vivienda (ap. 6).

Del contenido de este precepto, es el apartado 6 el que comporta un mayor grado de poder de disposición del legislador sobre el estatuto jurídico del propietario de la vivienda. En efecto, el Proyecto de ley, que se dictamina, establece en este apartado que, una vez agotadas las medidas de fomento a las que se refiere el propio precepto, la Administración puede expropiar el usufructo de la vivienda para alquilarla a terceros. Se trata, por parte de la Administración, de acordar el alquiler forzoso de la vivienda, declarando previamente el incumplimiento de la función social de la propiedad, alquilándola a terceros necesitados. Procede, por lo

tanto, determinar si esta medida del legislador que limita el ejercicio del derecho de propiedad se corresponde con la función social que la Constitución le atribuye o, por el contrario, comporta una limitación que rebasa las potestades de disposición normativa del legislador e infringe el artículo 33 CE.

La finalidad que el legislador catalán pretende conseguir mediante este Proyecto de ley es, según su preámbulo, «[...] transformar el mercado de la vivienda del modo más estructural posible adaptándose a las nuevas necesidades de la población que necesita alojamiento». El porqué de este objetivo legal –entre otros a los que hace referencia dicho preámbulo– es que «[...] la vivienda es una de las preocupaciones más importantes de la ciudadanía catalana, que ve como desde hace años los precios de este bien de primera necesidad han aumentado

muy por encima de su salario, lo que obliga a las familias –en el mejor de los casos– a endeudarse hasta límites que ponen en peligro su capacidad de consumo, con plazos de amortización de los préstamos cada vez más largos y sujetos a los riesgos e incertidumbres ante cambios futuros, ya sean laborales, familiares o de tipos de interés».

Como resultado de esta situación, el diagnóstico que hace el Proyecto de ley es que «la oferta de viviendas en alquiler es manifiestamente insuficiente o no es competitiva, dado que las rentas son elevadas en comparación con las cuotas hipotecarias a largo plazo. En consecuencia, cada vez más los sectores sociales sensibles, tales como los jóvenes, las personas de la tercera edad, los inmigrantes y las personas en situación de riesgo, sufren situaciones de exclusión del derecho a la vivienda». Dicho de otro modo –y siempre, según el preámbulo del Proyecto legal– la situación hasta ahora vigente en el ámbito económico, social y legal ha hecho que estos sectores sociales se vean excluidos del derecho a la vivienda reconocido por los artículos 47 CE y EAC, así como también por el artículo 26 del EAC.

La finalidad de la norma es, pues, introducir formas de intervención del poder público para modificar esta situación y garantizar el efectivo ejercicio del derecho estatutario a la vivienda de los sectores socialmente más dependientes. Y una de estas formas es la posibilidad de que, una vez agotadas determinadas medidas de fomento establecidas en los apartados 1 a 5 del artículo 42, la Administración «[...] puede expropiar el usufructo de la vivienda para alquilarla a terceros».

Ciertamente, el tratamiento de las viviendas desocupadas que promueve el Proyecto no es una opción legislativa que sea extraña al ordenamiento jurídico comparado de los Estados democráticos que nos pueden resultar próximos, aunque sea con formulaciones diferentes. En Europa, los estados que disponen de normas que persiguen la ocupación de viviendas vacías procurando la función social de la propiedad son diversos. Destacan Holanda, Suecia y Dinamarca, así como también Francia y el Reino Unido. En estos casos, el objetivo de la expropiación temporal del usufructo es hacer efectivo el derecho constitucional a la vivienda, mediante la incorporación al mercado inmobiliario de todos los inmuebles injustificadamente desocupados en ámbitos con una acreditada necesidad de viviendas. En Francia, el Code de la Construction et de l'Habitation (art. 52 Loi nº 98-657 du 29 juillet y art. 72 Loi nº 2006-872 du 13 juillet 2006) dispone que la Administración puede tomar posesión total o parcial de espacios de vivienda vacante para asignarlos a personas sin alojamiento o que hayan sido desahuciadas. Esta pérdida de la posesión tiene una duración inicial de un año, renovable hasta cinco. En Inglaterra y Gales, la Housing Act 2004 incorpora la llamada Empty Dwelling Management Order. Se trata de un típico acto administrativo dictado por la Local Housing Authority competente en el municipio, que puede decidir sobre la gestión de inmuebles y reformarlos a fin de que estén ocupados, pero en todo caso eso requiere la cooperación y el consentimiento del propietario.

Pues bien, volviendo al texto del Proyecto de ley, no hay duda de que esta medida legal prevista en el artículo 42.6 del Proyecto comporta una limitación del estatus subjetivo de la persona respecto de su propiedad, en la medida en que la Administración, después de concurrir determinadas cautelas propias de la actividad de fomento del poder público, puede llegar, con finalidades de orden social, a disponer temporalmente del usufructo de la vivienda del propietario. El objetivo se puede sintetizar en el interés social, del que se hace eco el Proyecto, de facilitar el acceso a la vivienda digna y adecuada (art. 47 CE y EAC y 26 EAC) en sectores sociales que actualmente permanecen excluidos de él.

El derecho a la vivienda y el derecho a la propiedad son dos ámbitos de intereses garantizados por la Constitución y el Estatuto de autonomía que concurren en este Proyecto legal, respecto del cual debemos determinar si la salvaguardia del primero y las limitaciones al ejercicio del segundo, se avienen, en general, a las previsiones constitucionales y estatutarias. Y, más específicamente, si la restricción legal que el Proyecto prevé sobre el derecho de propiedad forma parte del contenido objetivo definido por su función social o bien, por el contrario, queda excluido de los límites que la Constitución establece.

El juicio de proporcionalidad –siguiendo la estela de la jurisprudencia comparada, española y de nuestra propia doctrina consultiva– al que necesariamente nos conduce el análisis

constitucional de la medida administrativa prevista en el apartado 6 del artículo 42, debe permitírnos ponderar el contenido de esta previsión que es objeto de control y su finalidad. Es decir, es preciso evaluar si el fin perseguido (asegurar el acceso a la vivienda en sectores sociales que quedan excluidos), presenta una relevancia constitucional suficiente que justifique la limitación sobre el derecho de propiedad (el alquiler forzoso por acuerdo de la Administración), en los términos expresados en el Proyecto de ley.

En este sentido, y en relación con el criterio hermenéutico de juicio de proporcionalidad que acto seguido aplicaremos, no es ninguna novedad el hecho de constatar que es un método interpretativo habitualmente utilizado en el análisis de la controversia entre derechos y libertades, pero que presenta un cierto déficit de concreción. Por lo tanto, a fin de dotar de un mayor contenido la debida ponderación de intereses en conflicto que debemos evaluar, habrá que analizar el carácter de la intervención pública en el derecho de propiedad que el Proyecto de ley propugna. Así, la ponderación que debemos llevar a cabo nos permitirá consignar que, cuanto más intensa sea la intervención administrativa en la posición jurídica del propietario, más relevante deberán ser los intereses de orden social que se pretenden garantizar. O, dicho de otro modo: el mayor peso o la superior preeminencia de los intereses generales que se quieren proteger (el derecho a la vivienda) deberán justificar también un mayor grado de intervención sobre los intereses individuales que hay que garantizar (el derecho de propiedad).

En relación con la prescripción legal que es objeto del dictamen, es decir, las «actuaciones para evitar la desocupación permanente de las viviendas», es preciso subrayar en primer lugar que el contenido del artículo 42 no establece el alquiler forzoso de la vivienda de forma automática. Antes al contrario, lo hace en forma y tiempo, especialmente caracterizados por su carácter subsidiario. Es decir, antes de prescribir la medida de alquiler forzoso, el Proyecto de ley establece de forma cautelar toda una serie de medidas de fomento, dirigidas a procurar que se cumpla por la vía de la promoción emprendida por el poder público, la finalidad principal de este capítulo III del título III, que no es otra que evitar una modalidad de utilización anómala de las viviendas, consistente en tener las viviendas desocupadas permanentemente cuando hay necesidad acreditada de ellas. Estas medidas consisten en: llevar a cabo políticas de fomento para potenciar la incorporación en el mercado, preferentemente de alquiler, de las viviendas vacías o permanentemente desocupadas, que incluyen garantías de la Administración sobre el cobro de las rentas y la reparación de desperfectos, subvenciones directas al propietario, oferta de subrogación de la Administración en la ejecución de las obras y apoyo público a contratos de masovería urbana (aps. 2 y 3); posibilidad de ceder a la Administración pública las viviendas vacías o permanentemente desocupadas para que las gestione en régimen de alquiler (ap. 4); y arbitrio de otras medidas, como las de carácter fiscal (ap. 5). Asimismo, hay que decir que la medida del alquiler forzoso del apartado 6 es entendida como una posible opción a tomar, no como una inequívoca obligación, dado que el Proyecto dice, «[...] puede expropiar el usufructo [...]» y no dice –por ejemplo– expropiará el usufructo [...].

Con el fin de evaluar la proporcionalidad o no de la medida legislativa de limitación sobre el derecho de propiedad contenida en el Proyecto, dirigida a garantizar el derecho a la vivienda, hay que retener el contenido de las cautelas que se establecen antes de permitir a la Administración tomar la opción de acordar el alquiler forzoso. La primera ya ha sido descrita: será preciso haber agotado previamente todas las medidas de fomento que acabamos de reproducir. Por su parte, la segunda determina que la opción legal del alquiler forzoso no se proyecta de forma indiscriminada sobre cualquier parte del territorio; antes al contrario, lo podrá hacer «[...] en los ámbitos en los que el Plan territorial sectorial de la vivienda, y los demás instrumentos de desarrollo que establece esta ley, califican –específicamente– como ámbitos de demanda residencial fuerte y acreditada». Por lo tanto, el Proyecto no prescribe una especie de norma en blanco o de contenido indeterminado, sino que la posibilidad del alquiler forzoso está sometida, en este sentido, a dos límites específicos: el primero, de carácter formal, que establece que ha de ser el Plan territorial sectorial de la vivienda y los demás instrumentos de desarrollo habilitados por esta ley, el instrumento formal que determine los ámbitos territoriales donde el alquiler forzoso se puede aplicar; y el segundo, de carácter material, que atribuye un elemento cualitativo a la intervención administrativa sobre la propiedad, dado que la puesta en práctica del mencionado alquiler únicamente será factible en ámbitos territoriales caracterizados por una «demanda residencial fuerte y acreditada». Consecuentemente, se trata de dos límites legales muy concretos que el



Proyecto de ley impone a la Administración competente en la materia, que será la que –eventualmente– podrá llegar a acordar el alquiler forzoso de viviendas. Son dos requisitos que atribuyen una notoria dosis de elementos de seguridad jurídica a los diversos agentes sociales que integran el binomio vivienda-propiedad y que, a efectos de este dictamen, ayudan a evaluar la proporcionalidad de la medida administrativa prevista en el artículo 42.6 del Proyecto.

Hay que poner de relieve que de acuerdo con la finalidad del Proyecto, los intereses generales que este quiere garantizar se fundamentan en una finalidad explícita, como es la de regular el régimen general del derecho a la vivienda y, específicamente, garantizar el acceso de sectores sociales que están excluidos de él. De acuerdo con el mandato constitucional que atribuye al derecho de propiedad un específico contenido basado en su función social, el Proyecto articula una serie de instrumentos normativos para hacer frente a la desocupación permanente de las viviendas cuando hay una necesidad patente en las que, prima facie, tienen preeminencia las medidas de fomento sobre el titular de la propiedad a fin de «potenciar la incorporación en el mercado, preferentemente de alquiler, de las viviendas vacías o permanentemente desocupadas». Y es en segundo lugar –hay que reiterarlo– que, de forma expresamente subsidiaria, el Proyecto de ley prevé, con los límites formal y material que antes hemos identificado, el alquiler forzoso de la vivienda, una vez haya sido declarado previamente el incumplimiento de la función social de la propiedad.

En este contexto de última instancia administrativa, y una vez fracasadas las medidas de fomento, el artículo 42.6 insiste todavía en articular otra vía de cautela antes de llevar a cabo la medida limitadora sobre el derecho de propiedad, que es la siguiente: la expropiación del usufructo de la vivienda para alquilarlo a terceros solamente se producirá una vez hayan transcurrido dos años desde la notificación al propietario de la declaración del incumplimiento de la función social de la vivienda. Finalmente, y una vez la intervención sobre el usufructo de la vivienda ya se ha producido, las cautelas no desaparecen, porque: 1) el plazo del alquiler forzoso no podrá ser superior a cinco años; 2) en el expediente de justiprecio, deberá valorarse la indemnización correspondiente al derecho de usufructo temporal, atendiendo los gastos asumidos por la Administración en la gestión y en las eventuales obras de mejora ejecutadas en la vivienda.

No debe perderse de vista que en la función de ponderación de derechos e intereses legítimos que operan en este caso concreto, la garantía del derecho a la vivienda que regula el Proyecto se fundamenta en un concepto de este –como decíamos en el Fundamento III– no solo como un necesario soporte físico para ser ocupado, sino también como un derecho de la persona vinculado a unas determinadas condiciones del entorno urbano. Y, sin duda, la primera manifestación de este derecho a la vivienda es el derecho a disfrutarla cuando no se tiene. En este sentido, parece razonable considerar que a esta finalidad se dirige la regulación que propugna el Proyecto sobre el régimen jurídico de los supuestos de utilización anómala de las viviendas, por causa de su permanente desocupación.

En consecuencia, una vez analizados los instrumentos de intervención pública sobre la propiedad y las finalidades en relación con la garantía del derecho a la vivienda de determinados sectores sociales, el contenido del artículo 42 del Proyecto pone de manifiesto que el mayor peso o la superior preeminencia de los intereses generales que se quieren proteger en este caso concreto (el derecho a la vivienda de determinados sectores sociales que por razones de orden diverso quedan excluidos de él) justifican un mayor grado de intervención sobre los intereses individuales (derecho de propiedad), sin que esta intervención resulte desproporcionada en relación con la finalidad perseguida.

Por esta razón, la limitación de la propiedad por causa de interés social que introduce el Proyecto no altera el contenido esencial de este derecho. Además, si la intromisión parcial sobre el estatuto jurídico del propietario, como ha sido el caso, supera el test de proporcionalidad, el derecho de propiedad sigue siendo identificable y el contenido esencial sobre el que el legislador no puede disponer, no queda alterado. El propietario ve condicionado su derecho de propiedad sin embargo –obviamente– no pierde la propiedad de la vivienda sino que, temporalmente y después de un preaviso de dos años, ve limitado el usufructo de la vivienda que tiene desocupada en una zona donde, objetivamente, las normas legales de planeamiento han considerado que existe una demanda residencial fuerte

y acreditada. Se trata de elementos objetivos que permiten considerar adecuada a la Constitución la proporcionalidad de la previsión legal del artículo 42.6 del Proyecto.

Desde la misma perspectiva constitucional, la limitación expresa del derecho de propiedad que el artículo 42.6 del Proyecto contempla como una posible opción normativa a tomar por la Administración, constituye una manera –entre otras constitucionalmente posibles– de formalizar la función social de la propiedad, o lo que es lo mismo, el contenido objetivo que se deriva de la prescripción del artículo 33 CE e, indirectamente, de los artículos 26 y 47 EAC. Pero, además, la jurisprudencia constitucional antes sistematizada avala sobradamente esta forma de intervención pública sobre el derecho de propiedad. Así, en la ya evocada Sentencia 37/1987, de 26 de marzo, Fundamento Jurídico 2, relativa a la propiedad rural, y de la que se hizo eco nuestro Dictamen núm. 273, el Tribunal justificó, incluso, medidas restrictivas de la propiedad de carácter más intenso que el Proyecto que ahora dictaminamos. Así, en primer lugar, reconoció que:

«[...] no hay razón para entender que infrinja dicho contenido esencial, ahora constitucionalmente garantizado, aquella regulación legal que restringiendo las facultades de decisión del propietario con relación al uso, destino y aprovechamiento de los fondos rústicos, imponga a éste o permita imponerle determinados deberes de explotación y, en su caso, de mejora orientados a la obtención de una mejor utilización productiva de la tierra, desde el punto de vista de los intereses generales, siempre que quede salvaguardada la rentabilidad del propietario [...]».

Y más adelante, la misma Sentencia 37/1987 (FJ 5), se expresó de forma todavía más contundente con relación a la potestad administrativa de intervención sobre la propiedad cuando estableció que:

«Que esta última ratio de las medidas forzosas de mejora de las explotaciones agrícolas implica sustitución, al menos en parte, del criterio empresarial del particular por el de la Administración, no parece discutible. Pero a ello debe añadirse que la licitud constitucional de tales medidas, así como de la subsiguiente expropiación si el Plan de Mejora Forzosa no es aceptado o no es cumplido por el empresario agrícola, viene dado por su carácter de sanción legal a un previo incumplimiento de los deberes que definen la función social que las fincas rústicas están llamadas a satisfacer».

Aunque en el supuesto de la paradigmática Sentencia 37/1987 se trate de un supuesto de limitación de la propiedad agraria y que ésta presente elementos de diferencia material respecto de la propiedad urbana, el paralelismo que ofrece en cuanto a la función social de la propiedad y los límites que el legislador puede introducir, es bastante significativo como para justificar que sea invocada en este dictamen.

En consecuencia, entiendo que de acuerdo con este conjunto de argumentos el Consejo Consultivo habría tenido que concluir declarando la adecuación al artículo 33 CE, del artículo 42.6 del Proyecto de ley de la vivienda en Cataluña.

5. Una vez fijada mi posición favorable a la proporcionalidad de la medida prevista en el artículo 42.6 del Proyecto, hay que entrar seguidamente en la cuestión referida a los problemas derivados del principio de igualdad y del derecho a no ser discriminados, planteados por la mayoría del Consejo Consultivo. La ratio decidendi defendida por esta mayoría ha sido, como he reiterado en los puntos anteriores de este voto particular, que «el artículo 42.6 del Proyecto de ley, que se dictamina, es inconstitucional por vulnerar el principio de igualdad en la ley (art. 14 CE)».

En relación con este tema, que ha supuesto una conclusión de inconstitucionalidad del artículo 42.6, los motivos de la discrepancia que ahora formulo respecto de la argumentación aportada por la mayoría en el apartado 1.C, del Fundamento IV del Dictamen, obligan a tratar las cuestiones siguientes: 1ª) la relación entre el principio de proporcionalidad y el principio de igualdad respecto de la posición del legislador; 2ª) la relación entre la ley y el reglamento que la desarrolla, y 3ª) las omisiones del legislador y la llamada inconstitucionalidad por omisión.

1ª) La relación entre el principio de proporcionalidad y el principio de igualdad respecto de la

posición del legislador.

La posición mayoritaria del Consejo ha sido que el artículo 42.6 del Proyecto vulnera el principio de igualdad en la ley.

La posición que defiende este voto particular parte de la misma premisa que la de la mayoría: que la medida prevista por el artículo 42.6 es proporcional a la finalidad perseguida. Pero, a diferencia del criterio mayoritario, si la proporcionalidad, como ha sido el caso, queda garantizada, la censura de inconstitucionalidad por vulneración del principio de igualdad en la ley no procede.

Mi criterio sobre el tratamiento del principio de igualdad en la ley, tal como expuse en la defensa de la ponencia que quedó en minoría, es el siguiente:

Más allá de la proporcionalidad de la medida que presenta el artículo 42.6 del Proyecto, el contenido de este apartado suscita también el interés constitucional en lo que se refiere al principio de igualdad y al derecho a no ser discriminado. Específicamente, respecto del principio constitucional del artículo 14 CE, hay que retener la atención en la igualdad en la ley o ante la ley.

La cuestión se plantea respecto de los criterios utilizados por el Proyecto de ley para determinar a los propietarios de viviendas desocupadas que pueden quedar afectados por la medida administrativa del alquiler forzoso. Más concretamente, hay que preguntarse si el apartado 6 del artículo 42 presenta un contenido indeterminado, que pueda provocar situaciones de discriminación por falta de justificación respecto a la designación o la concreción de los propietarios de las viviendas que han de ser destinatarios de la medida administrativa interventora. El tema de relevancia constitucional que aquí aparece es la relación entre igualdad y proporcionalidad de la medida utilizada por el legislador.

Respecto a la concreción o identificación de los propietarios que, una vez agotadas las medidas de fomento de los apartados 1 a 5 del artículo 42, son destinatarios de la medida administrativa, el apartado 6 determina que no lo pueden ser cualquiera de los propietarios de viviendas desocupadas, sino que deberán serlo aquellos que específicamente dispongan de este tipo de viviendas, no en cualquier lugar, sino en ámbitos territoriales donde exista una demanda residencial fuerte y acreditada, que es el criterio habilitado por la ley. Y siempre que estos ámbitos hayan sido previamente determinados por el Plan territorial sectorial de la vivienda y los demás instrumentos de desarrollo que sean establecidos por la propia ley. El Plan territorial y los demás instrumentos reglamentarios son, pues, los instrumentos jurídicos que deberán desarrollar la ley. Por lo tanto, y dentro de la naturaleza de norma general que vincula a todos los poderes públicos y particulares que caracteriza la ley, no se puede considerar que el Proyecto de ley introduzca elementos ambiguos que lo puedan hacer incurrir en un supuesto de falta de concreción en la determinación de los destinatarios, dado que –no debe olvidarse– establece un criterio formal de carácter reglamentario (el Plan territorial sectorial, que deberá concretar mucho más el mandato legal) y una delimitación material (los ámbitos de demanda residencial fuerte y acreditada). Se trata, pues, de medidas respecto de las cuales ya ha sido argumentada su proporcionalidad con la finalidad perseguida, y que difícilmente pueden ser censuradas porque presenten factores de inseguridad jurídica y, menos todavía, de trato desigual no razonable, es decir, de trato discriminatorio.

La relación entre igualdad y proporcionalidad ha sido abordada por el Tribunal Constitucional en términos que permiten descartar que el artículo 42.6 vulnere la Constitución por presentar un contenido discriminatorio. Así, a fin de que las diferenciaciones normativas puedan considerarse no discriminatorias, los términos jurisprudenciales son los siguientes:

«[...] resulta indispensable que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia debe aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente por ello una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, y dejando en definitiva al legislador la apreciación de situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente, siempre que su acuerdo no vaya contra los

derechos y libertades protegidos [...] ni sea irrazonada, según deriva todo ello de la doctrina establecida por este Tribunal en sus sentencias de 10 de julio de 1981, 14 de julio de 1982 y 10 de noviembre de este último año, así como en las sentencias del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos de 23 de julio de 1968 y 27 de octubre de 1975.» (STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 2)

Pues bien, a la luz de esta doctrina jurisprudencial hay bastantes argumentos para rechazar que el artículo 42.6 del Proyecto pueda presentar elementos de desigualdad no razonables, generadores, por esta causa, de discriminación. El principal de todos ellos es que la finalidad de esta intervención del poder público sobre el derecho de propiedad es proporcional a la finalidad perseguida, en los términos que he expresado anteriormente. Pero, además, y a título de argumentación complementaria, cabe añadir que este Proyecto es beneficiario de la presunción de constitucionalidad.

Es una doctrina constitucional consolidada aquella según la cual el tratamiento del principio de igualdad por parte del legislador democrático requiere un grado de deferencia por parte del juez constitucional al que se refiere la Sentencia del Tribunal Constitucional 75/1983, de 3 de agosto (FJ 2), que acabamos de citar, salvo los casos en los que la infracción de la Constitución no admita dudas. Por lo tanto, ¿en qué consiste la presunción de constitucionalidad de una ley?: pues, significa que en caso de duda, el juez constitucional tiene que decidir siempre a favor de la constitucionalidad de la norma. Así lo reconoce el Tribunal Constitucional reiteradamente desde los inicios de su jurisprudencia, cuando expresa lo que anteriormente hemos señalado respecto del margen de acción del legislador sobre la relación entre igualdad y proporcionalidad: hay que permitir «al legislador con carácter general la apreciación de situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente, siempre que su acuerdo no vaya contra los derechos y libertades protegidos [...] ni sea irrazonada». Lo que significa que, a menudo, el legislador democrático puede dar respuestas diversas a la regulación de una materia —como por ejemplo, la limitación del derecho de propiedad a fin de garantizar el derecho a la vivienda— y todas estas —siendo materialmente diferentes— gocen de plena cobertura constitucional.

Entre los criterios que han llevado a la mayoría del Consejo a concluir que el artículo 42.6 es inconstitucional es preciso mencionar aquel en el que, después de afirmar que «[...] el apartado 6 del artículo 42 exige que se hayan agotado las medidas de fomento que establecen los anteriores apartados 1 a 5, lo que ofrece la garantía de aplicación subsidiaria de la medida expropiatoria» —añade acto seguido— que, no obstante, «por mucho que la garantía de que ofrece esta subsidiariedad salvaguarda la proporcionalidad de la medida expropiatoria, desde otra perspectiva, genera inseguridad jurídica, ya que resultará de improbable o muy difícil apreciación, dificultando su aplicación, teniendo en cuenta además que algunas de las medidas que se enumeran, ni siquiera dependen de la Administración de la Generalidad».

Sorprende que, una vez más, el criterio mayoritario no ponga en duda la proporcionalidad de la medida prevista en el artículo 42.6 del Proyecto, y sin solución de continuidad, acto seguido añada que genera inseguridad jurídica. La seguridad jurídica es un principio jurídico general del ordenamiento constitucional (art. 9.3 CE), que garantiza el carácter previsible y la certeza de las normas. En este sentido, la norma que ha sido objeto de nuestro Dictamen es un Proyecto de ley del Parlamento de Cataluña. Visto el criterio adoptado por la mayoría, no parece gratuito evocar ahora y aquí que aquello que no ha sido objeto de nuestro análisis de constitucionalidad y estatutariedad son los reglamentos administrativos del Gobierno y, si procede, de los entes locales, que posteriormente deberán desarrollar el contenido general de este Proyecto de ley. Hay que recordar esta obviedad, porque entiendo que no puede exigirse el respeto al principio de seguridad jurídica más allá del ámbito material del Proyecto de ley objeto de nuestro Dictamen. No de un futuro reglamento, que hasta ahora es *res nullius*. No se puede invocar la garantía de un abstracto principio de seguridad jurídica pro futuro cuando el futuro todavía no se ha traducido en norma jurídica. Tal circunstancia solamente sería posible si se considerara —y la mayoría del Consejo lo ha hecho explícitamente— que aquello que en realidad el Proyecto de ley realiza es introducir un supuesto de deslegalización. Sin embargo, difícilmente podía llegar a esta conclusión, cuando se reconoce en diversos pasajes del Dictamen la notoria densidad normativa del Proyecto de ley presentado por el Gobierno de la Generalidad.

Es preciso todavía insistir sobre la posición de legislador en relación con la presunción de constitucionalidad a la que he hecho referencia anteriormente, porque el Proyecto, en el marco de las competencias exclusivas de la Generalidad en materia de vivienda (art. 137 EAC) y urbanismo (149.5 EAC), mediante la ley, da contenido a un principio rector de la política social y económica reconocido en la Constitución (art. 47) y en el Estatuto de autonomía de Cataluña (art. 47) y a partir de estos principios regula un derecho estatutario (art. 26). Es evidente que, en este ámbito de la actividad de los poderes públicos, caracterizada por un mayor nivel de acciones positivas e, incluso, de carácter prestacional, propias del modelo de Estado social que rige las sociedades contemporáneas, los aspectos empíricos ocupan un lugar de relevancia. Me refiero a datos de orden económico (nivel de renta de la población), estadístico (datos sobre edad y ocupación de vivienda), sociológico (jóvenes en edad laboral, sin vivienda propia), urbanístico (por ej., techo edificable), etc., que en buena técnica interpretativa los operadores jurídicos han de tener en cuenta. Ahora bien, cuando procede abordar –como lo hace la mayoría del Consejo– la constitucionalidad de una medida del legislador, relacionando la proporcionalidad de la decisión con el principio de igualdad en la ley, no puede olvidarse que en el análisis de constitucionalidad de la ley los datos empíricos ocupan un lugar complementario o subsidiario. Es decir, aquello que, prima facie debe resolver quien juzga la constitucionalidad de la ley, son aspectos bastantes más generales. En el caso que nos ocupa, es la proporcionalidad de la medida, que hay que insistir, la mayoría no discute.

En este sentido, conviene recalcar que la presunción de constitucionalidad sobre la ley no rige directamente respecto de las dudas que puedan suscitar los aspectos de naturaleza empírica. Justamente a causa de su posición subsidiaria en los supuestos como el que nos corresponde tratar aquí, que es el juicio de constitucionalidad –no se olvide– de la ley y no el juicio del reglamento administrativo que la desarrolle y que todavía no existe.

Por las razones expuestas, en opinión de este voto particular, la mayoría del Consejo Consultivo no ha hecho un adecuado análisis sobre la relación entre el principio de proporcionalidad y el principio de igualdad respecto de la posición del legislador, razón por la cual llega a una conclusión de inconstitucionalidad del artículo 42.6 del Proyecto de ley, de la que discrepo.

2ª) La relación entre la ley y el reglamento que la desarrolla.

La argumentación de inconstitucionalidad del artículo 42.6 que se halla expuesta en el apartado C del Fundamento IV.1 del Dictamen, se fundamenta en la falta de previsión de criterios legales del Proyecto que habiliten la intervención de la Administración pública, sobre las viviendas desocupadas. En este sentido, entre otras consideraciones, se afirma que: la «falta de criterios legales para calificar los mencionados ámbitos (de demanda residencial fuerte y acreditada) genera un trato desigual y discriminatorio en la propia ley respecto a los propietarios de viviendas desocupadas...»; «[...] la falta de criterios no podemos, sin embargo, considerarla susceptible de ser subsanada mediante la correspondiente remisión a una norma reglamentaria, ya que en este caso se trata de una remisión en blanco [...]»; «[...] falta también un criterio general en el Proyecto de ley que permita dar un trato igual a los propietarios de viviendas desocupadas, a la hora de incluirlos o no en un ámbito de demanda residencial fuerte y acreditada»; «[...] el Proyecto de ley no contiene ninguna previsión general sobre el posterior desarrollo reglamentario, sino que solo contempla algún desarrollo reglamentario con respecto a ciertos preceptos»; «[...] no existe [...] una cautela o garantía que permita identificar en condiciones de igualdad a los afectados por la intervención administrativa en una determinada área de demanda residencial fuerte y acreditada [...]»; se enfatiza que en los casos de vivienda desocupada, el Proyecto no prevé ninguna intervención inspectora de la Administración, «lo que supondrá [...] que tal como está configurada la intervención expropiatoria del artículo 42.6 (en conexión con el art. 41) no tenga las mismas consecuencias jurídicas para los propietarios de viviendas desocupadas en igual situación». Para dar mayor apoyo a su posición, la mayoría invoca la doctrina jurídico-administrativa alemana para garantizar desde la ley la igualdad de trato y se cita, a modo de ejemplo, el artículo 116 de la Ley general tributaria; finalmente, se afirma que la ausencia «de un censo o catálogo que posibilite la identificación de todos los afectados incluidos en esta área (de demanda residencial fuerte y acreditada), los discrimina asimismo respecto de los sujetos

incluidos en otro tipo de áreas de actuación administrativa, que prevé la propia norma».

Todo este conjunto de reproches sobre el artículo 42.6 que han conducido a la mayoría a la tacha de inconstitucionalidad, se hacen, sin perjuicio de haber juzgado previamente como proporcional la medida a la finalidad perseguida. En opinión de este voto particular, la mayoría está realizando un juicio sobre el Proyecto de ley más fundamentado en criterios de legalidad que de constitucionalidad. Lo que conlleva que, soterradamente, lo que realmente está haciendo la mayoría es un juicio sobre el principio de igualdad en la aplicación de la ley por parte de la Administración. Dicho de otro modo, con los argumentos que imputan al contenido del artículo 42.6 del Proyecto de ley, falta de concreción, inseguridad y, en definitiva, de provocar discriminación, la mayoría ha realizado un análisis inadecuado de la debida relación entre ley y reglamento, en un sistema jurídico como el catalán, que al igual que el estatal, está presidido por el principio general de reserva de ley. Las razones de mi discrepancia son las que siguen.

En primer lugar, hay que abordar las previsiones del Proyecto de ley para analizar si, realmente, esta falta de concreción y de seguridad o de ambigüedad de la norma es realmente tal y como la mayoría ha considerado. Una norma que cabe enfatizar que es el resultado de la potestad legislativa del Parlamento (ley) y no consecuencia de la potestad reglamentaria del Gobierno (reglamento administrativo).

En el ámbito del juicio jurídico que procede efectuar sobre el contenido de una norma de carácter general como lo es la ley, discrepo de la conclusión de inconstitucionalidad a la que ha llegado la mayoría. En mi opinión, el juicio positivo sobre la proporcionalidad de la medida del artículo 42.6, que comparto con la mayoría, permite descartar las imputaciones de inconstitucionalidad por vulneración del principio de igualdad en la ley. Éstas son las razones:

En primer lugar, el Proyecto delimita un ámbito territorial de aplicación de la medida que califica como «ámbitos de demanda residencial fuerte y acreditada». Se trata de una serie de criterios objetivos generales que permiten delimitar el contexto espacial de la medida administrativa interventora, de acuerdo con una serie de datos empíricos, que deberá ser el reglamento administrativo el instrumento jurídico adecuado para especificar la previsión legal. Por el contrario, afirmar, como lo hace la mayoría, que la concreción de estos criterios corresponde hacerlos a la ley, es condenar al ordenamiento legal a una rigidez incompatible con el significado de la ley como norma jurídica general, que es el resultado de la voluntad política de una institución, el Parlamento, que no es un órgano administrativo. Pretender fundamentar un juicio de inconstitucionalidad del Proyecto por vulneración del principio de igualdad en la ley, en la falta de concreción de datos que son tributarios de una naturaleza esencialmente empírica, comporta el riesgo de caer en un activismo valorativo de la acción del Parlamento de Cataluña que, en opinión de este voto particular, el Consejo Consultivo –entendiendo– siempre debería evitar.

En segundo lugar, las imputaciones de indeterminación que se ciernen sobre el artículo 42.6 del Proyecto no se corresponden con la retahíla de cautelas diseñadas por el Proyecto en los apartados 1 a 5, y que son el frontispicio de la medida más intensa prevista en el apartado 6. Unas cautelas que permiten una actividad inspectora que se proyecta posteriormente sobre la forma de intervención del apartado 6. Estas medidas previas justifican la proporcionalidad de la medida en los términos que la mayoría no cuestiona y que, naturalmente, este voto particular asume en la medida que en estos términos las defendió el ponente en la primera redacción del Dictamen. En relación con este aspecto, hay que remitirse a la justificación de la proporcionalidad de la medida que antes he incorporado al voto particular, y que no procede volver a reproducir.

En tercer lugar, el Proyecto de ley –al contrario de la postura sostenida por la posición de la mayoría– es especialmente preciso y concreto cuando define qué es aquello que entiende como vivienda vacía (artículo 3.c), en especial cuando delimita con una redacción a la que difícilmente se puede imputar indeterminación, regulando las causas justificadas por las que se puede considerar que una vivienda permanece desocupada. Las prescripciones de este precepto ayudan a disipar de forma objetiva los indicios de discriminación sobre los destinatarios de la medida interventora de la Administración a favor de garantizar el derecho

a la vivienda.

En cuarto lugar, otro elemento de objetivación de la intervención administrativa es la previsión del Proyecto contenida en la disposición transitoria octava, sobre los planes locales de vivienda. La indeterminación que la mayoría imputa al Proyecto, especialmente en relación con las potestades de los entes locales en materia de vivienda, quedan –en mi opinión– plenamente neutralizadas, cuando el Proyecto prescribe los requisitos que han de cumplir necesariamente los planes locales de vivienda elaborados antes de la entrada en vigor de las previsiones contenidas en este Proyecto de ley. Es un criterio de aplicación *ex tunc* que posteriormente ha de servir para su futura puesta en práctica.

En quinto lugar, no es cierto que el Proyecto no prevea funciones inspectoras a favor de la Administración pública. El artículo 41.3, referido a la utilización anómala de las viviendas, prevé la apertura de un expediente administrativo, que como tal está presidido por una lógica basada en el principio de contradicción, lo que no impide que, de acuerdo con una interpretación sistemática del Proyecto de ley, pueda ser aplicado a las previsiones del artículo 42.6 sobre las actuaciones para evitar la desocupación permanente de las viviendas.

Esta ordenación normativa de la intervención de la Administración aporta suficientes elementos de garantía que impiden afirmar que el artículo 42.6 del Proyecto sea ambiguo, genérico, impreciso, etc., es decir, que sea depositario de unos atributos que conducen a una posición discriminatoria del propietario de una vivienda desocupada, en los términos que el Proyecto ha regulado –en mi opinión– de forma lo bastante objetiva en la sede normativa de la ley. Por lo tanto, discrepo de la posición sostenida de la mayoría porque, como consecuencia de los argumentos que sirven para sostener la censura de inconstitucionalidad del artículo 42.6 del Proyecto, se deduce un concepto dogmático de las relaciones entre ley y reglamento que me parecen inadecuadas, en la medida en que amplían el ámbito material de la ley como norma.

La ley es un mandato normativo y preceptivo que es habitual que sea de carácter general. En materia de principios rectores de la política social y económica, que es el objeto principal del Proyecto de ley de la vivienda en Cataluña (cap. III del título I CE), con una evidente incidencia sobre el derecho de propiedad (cap. II, del título I CE), la función del legislador competente en la materia (en el primer caso, la vivienda, sobre todo el Parlamento de Cataluña y el segundo, la propiedad, las Cortes Generales), dispone de un margen de acción normativo diverso. En el caso de los principios rectores, es más amplio; cuando se trata del derecho propiedad, el límite del contenido esencial es más estricto. Sin embargo, en ambos supuestos, la delimitación entre el ámbito reservado a la ley y aquel otro que corresponde al reglamento administrativo no está determinada de forma precisa. De hecho, la doctrina acoge pacíficamente el criterio según el cual no es viable de forma tajante y necesita determinar con carácter general, aplicable a todos los derechos del capítulo II del título I y a los Principios rectores de la política social y económica, qué es lo que de su contenido material debe ser regulado por ley y qué lo que debe ser dejado a la potestad reglamentaria del Gobierno, sino que es caso por caso que hay que delimitar el ámbito de cada fuente normativa. En este sentido, no parece razonable aportar –como lo hace la mayoría– un *tertium comparationis* referido al ejercicio de la potestad tributaria de la Administración para sostener que en el caso del artículo 42.6 el Proyecto de ley es discriminatorio. Una cosa es la función de promoción prestacional sobre la vivienda y otra diferente es el cumplimiento de los deberes tributarios. La posición jurídica del ciudadano ante el poder público es notoriamente diferente. En el primer caso, es destinatario de una acción de promoción y de limitación del derecho de propiedad de acuerdo con su función social. En el segundo, es sujeto pasivo de un deber constitucional. El canon del texto aplicable a la proporcionalidad de la norma es sustancialmente diferente.

A juicio de este voto particular, el artículo 42.6, y los preceptos conexos, cumple sobradamente la reserva de ley que impone la Constitución en relación con la garantía del derecho de propiedad. Por las razones expuestas anteriormente, y a diferencia de lo que, sin decirlo, apunta la mayoría del Consejo, el Proyecto de ley no contempla una operación de deslegalización, como forma de degradación normativa del rango reservado a la ley a favor del reglamento. La ley no puede llegar a un nivel de concreción tan exhaustivo que, en definitiva, conduzca al encorsetamiento del ordenamiento jurídico. No todo puede estar

regulado en la ley; la revisión de esta sigue un procedimiento que, lógicamente, es más rígido que el que afecta al reglamento. La libertad es asegurada por la ley y así lo hace el Proyecto de ley, tanto en relación con el objeto principal que es la vivienda como, naturalmente, también respecto del derecho que se anexa: el derecho de propiedad.

Por otra parte, la reserva y la remisión al reglamento no son ignoradas por el Proyecto de ley. El instrumento formal de carácter reglamentario de desarrollo de la Ley, no puede haber ninguna duda que es el Plan territorial sectorial de vivienda y los demás instrumentos de desarrollo que la ley establece, de acuerdo con las competencias de la Administración competente. Ya sea, principalmente, la Generalidad y, si procede, los entes locales.

En consecuencia, discrepo de la concepción que la mayoría ha sostenido en este Dictamen, sobre la relación entre la ley y el reglamento que la desarrolla, que la conduce a evaluar el Proyecto de forma inadecuada, más en función de criterios de legalidad que no de constitucionalidad.

3ª) Las omisiones del legislador y la llamada inconstitucionalidad por omisión. Finalmente, mi desacuerdo con el criterio de la mayoría sobre el artículo 42.6, versa sobre las consideraciones que se hacen sobre las omisiones que presenta el Proyecto de ley.

En este sentido, en el apartado C del Fundamento IV.1, se afirma que como resultado de la falta de precisión y de las indeterminaciones que presenta el mencionado precepto, «[...] es evidente que las omisiones de la previsión legal que se dictamina generan en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable sobre la previsibilidad de sus efectos [...]». En la misma lógica, se dice más adelante que «[...] la ausencia de un censo o catálogo que posibilite la identificación de todos los afectados incluidos en esta área (de demanda residencial fuerte y acreditada) los discrimina asimismo respecto de los sujetos incluidos en otro tipo de áreas de actuación administrativa que prevé la propia norma».

Con esta posición, la mayoría parece adoptar la idea de aplicar en este caso la llamada inconstitucionalidad por omisión. Pero, para abordar la eventual aplicación de esta regla de control de inconstitucionalidad de las leyes, no puede olvidarse –cuestión capital– que el caso que nos ocupa se mueve en el ámbito de los principios rectores de la política social y económica y del derecho de propiedad. En ninguno de los dos casos estamos ante supuestos de normas de desarrollo constitucional ante las que el legislador competente no haya actuado.

El Tribunal Constitucional (STC 22/1994, FJ 3; 98/1985, FJ 3; 74/1987, FJ 4), 317/1994, entre otras) y la mayoría de la doctrina iuspublicista ha establecido el criterio de que «[...] la inconstitucionalidad por omisión existe cuando la Constitución impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y el legislador no lo hace». Es el caso, por ejemplo, del derecho del detenido a ser asistido por un intérprete, en el marco del derecho a la tutela judicial. Pero no es el caso de la obligación de legislar el derecho a la vivienda o el derecho de propiedad. La potestad legislativa del Parlamento de Cataluña y de las Cortes Generales, de acuerdo con el principio del pluralismo político, les permite en estas materias escoger el momento oportuno para su regulación.

Deducir de la omisión una tacha de inconstitucionalidad por vulneración del principio de igualdad en la ley, cuando no existe un mandato constitucional de desarrollo de la norma ni una simultánea inacción del legislador (respecto al derecho a la vivienda, no se puede negar que el legislador catalán ha sido especialmente activo), me lleva a considerar que la mayoría del Consejo Consultivo ha hecho una valoración inadecuada de la inconstitucionalidad por omisión.

De acuerdo, pues, con los argumentos expuestos, en opinión de este voto particular, el Consejo Consultivo habría debido declarar adecuado a la Constitución y al Estatuto el artículo 42.6 del Proyecto de ley de la vivienda en Cataluña.

6. Sobre la conclusión de carácter interpretativo dada al contenido del artículo 76, apartado 4, del Proyecto de ley del derecho a la vivienda en Cataluña.



Mi discrepancia en relación con este precepto se sintetiza en el hecho de que presenta reserva interpretativa sobre su constitucionalidad, que exige, a fin de preservar la integridad de su texto, una interpretación en el sentido que este Consejo Consultivo le da en el apartado 4.e del Fundamento IV.

En mi opinión, el precepto 76.4, relativo al «Fondo de Solidaridad Urbana» no plantea fricción con el principio constitucional de autonomía local, por las razones que siguen.

El carácter «bifronte» del régimen jurídico de las autonomías locales introducido por la jurisprudencia constitucional, para describir su dependencia de la legislación estatal y la autonómica, legitima que la Generalidad, mediante ley, pueda determinar de forma compartida con el Estado las competencias de los entes locales, en el marco del respeto al principio de la autonomía local. En este sentido, la adecuación a la Constitución de la ley catalana sobre la materia de vivienda, una ley que como norma es expresión de la preeminencia del autogobierno político respecto de la autonomía administrativa que representan los entes locales que ahora nos ocupa, es avalada por la jurisprudencia constitucional ya fijada en la primera época del Tribunal, en los términos siguientes:

«Este carácter bifronte, del régimen jurídico de las autonomías locales en algunas Comunidades Autónomas, que hace imposible calificarlo, de forma unívoca, como “intracomunitario” o “extracomunitario”, no es contradictorio con la naturaleza que a las entidades locales atribuye la Constitución, cuyo art. 137 concibe a municipios y provincias como elementos de división y organización del territorio del Estado. Dividido y organizado también éste, en su integridad y sin mengua de ella, en Comunidades Autónomas, ambas formas de organización se superponen sin anularse y si bien el grado superior de autonomía que es el propio de las Comunidades les otorga potencialmente un poder político y administrativo sobre los municipios y provincias que se incluyen en su territorio [...]» (STC 84/1982, de 23 de diciembre, FJ 4)

La garantía del principio de la autonomía local debe ser respetada tanto por el legislador estatal como por el autonómico. Para los entes locales, esencialmente, este principio significa o es sinónimo de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses y de interdicción del control administrativo sobre los actos y acuerdos de las corporaciones locales (STC 213/1988, de 11 de noviembre, FJ 6). La jurisprudencia constitucional ha precisado que «la determinación de cuáles sean estos intereses es obra de la Ley, que les atribuye, en consecuencia, competencias concretas, pero que en todo caso debe respetar la autonomía y, como sustrato inexcusable de ésta, reconocerles personalidad propia» (STC 84/1982, de 23 de diciembre, FJ 4).

Por lo tanto, la gestión de los propios intereses debe ejercerse en el marco del ordenamiento jurídico diseñado por el bloque de la constitucionalidad y es la ley (tanto la estatal como también la autonómica) el instrumento normativo que «concreta el principio de autonomía de cada tipo de entes» (STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 3). En este orden normativo, la ley del Parlamento de Cataluña expresa un grado superior de relevancia, consecuencia del principio de la autonomía política que la Constitución (art. 2) reconoce a todas las comunidades autónomas, lo que les permite configurar el alcance de la autonomía local con un notorio margen de regulación, en el marco de las bases estatales que fija la Constitución. Y en este marco se incluye un límite que no se puede rebasar, como es el de preservar la garantía de los entes locales para la gestión de sus propios intereses, de manera tal que la autonomía local sea identificable (reconoscible).

En consecuencia, del contenido del artículo 76.4 del Proyecto de ley no se deducen problemas de relevancia constitucional por vulneración del principio de autonomía local que deban conducir a una conclusión de carácter interpretativo, como ha sostenido la mayoría del Consejo.

Barcelona, 1 de diciembre de 2007