

El reconocimiento del derecho a la vivienda en el derecho urbanístico. Especial incidencia en Andalucía

José Enrique Candela Talavero

Funcionario de la Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional

Director técnico del Área de Urbanismo, Vivienda y Patrimonio.

Ayuntamiento de Utrera (Sevilla)

Doctorando en Derecho

EXTRACTO

El Estado social conlleva el reconocimiento y garantía de una serie de derechos vinculados a la persona, entre los que ocupa actualmente un lugar preeminente el derecho a una vivienda digna y adecuada. Reconocimiento internacional y nacional que obliga a todas las Administraciones a intervenir para su realidad. Así, los poderes públicos disponen de distintos mecanismos y competencias por sectores en la regulación administrativa especial, caso del urbanismo, donde el derecho a la vivienda como derecho prestacional se verá influido por circunstancias varias, como la situación económica, política y social de cada momento para su materialización. Las regulaciones legislativas y reglamentarias disponen de medios para garantizar este derecho, desde su expreso reconocimiento en leyes reguladoras del derecho a la vivienda, hasta la previsión de los planes generales de ordenación urbanística, en los que existen distintos instrumentos que prevén su regulación (determinaciones, estándares urbanísticos, patrimonio municipal del suelo o derecho de superficie). Es el derecho a la vivienda un derecho reconocido en nuestra Constitución y en el Estatuto de Andalucía, vinculado a derechos y deberes tanto de los administrados, para los que se convierte en necesidad básica, como de las tres Administraciones públicas, en razón a su respectiva competencia en el sector de la vivienda.

Palabras clave: vivienda; mercado del suelo; propiedad privada; derecho social.

Fecha de entrada: 06-03-2018 / Fecha de aceptación: 10-04-2018

The acknowledgement of housing rights in the urban planning and development regulation, with special reference to Andalusia

José Enrique Candela Talavero

ABSTRACT

The social state entails the recognition and guarantee of a series of rights linked to the person among those who currently occupy a pre-eminent place the right to decent and adequate housing. International and national recognition that obliges all the Administrations to intervene for their reality. Thus, the public authorities have different mechanisms and competencies by sector in the special administrative regulation, case of urbanism where the right to housing as a benefit right will be influenced by various circumstances from the economic, political and social situation of each moment for its realization. Legislative and regulatory regulations have the means to guarantee this right, from their express recognition in the laws regulating the right to housing, as well as the forecast of the urban planning general plans in which there are different instruments that provide for their regulation (determinations, urbanistic standards, municipal land patrimony or surface right). It is the right to housing a right recognized in our Constitution and in the Statute of Andalusia linked to both rights and duties of the administrated for which it becomes a basic need as well as the three public Administrations due to their respective competence in the sector of housing.

Keywords: living place; soil market; private property; social right.

Sumario

- I. Introducción
- II. Derecho a la vivienda en clave constitucional
- III. Regulación andaluza del derecho a la vivienda
- IV. La vivienda en la dimensión del urbanismo
 1. Instrumentos de ordenación urbanística
 2. Estatuto de la propiedad del suelo y la vivienda
- V. El derecho a la vivienda y la función social de la propiedad
 1. Patrimonio público del suelo
 2. Derecho de superficie
- VI. Conclusión

Cómo citar este estudio:

Candela Talavero, J. E. (2018). El reconocimiento del derecho a la vivienda en el derecho urbanístico. Especial incidencia en Andalucía. *Revista Ceflegal*, 208, 121-148.

I. INTRODUCCIÓN

Comenzaremos con el reconocimiento del Tribunal Constitucional, en su Auto n.º 247/2012, de 18 de diciembre de 2012, en el que planteada una cuestión de inconstitucionalidad, en relación con el artículo 20.4 de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía, sobre las situaciones de alojamiento transitorio: «Los alojamientos [transitorios] de promoción pública que se ubiquen en suelos de equipamientos públicos tendrán la consideración de equipamientos públicos», que analizado resolvió en su FD 3.º: «El derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna ex artículo 47 de la Constitución Española (CE) es uno de los principios rectores de la política social y económica. Sobre ellos hemos dicho que «al margen de su mayor o menor generalidad de contenido, enuncian proposiciones vinculantes en términos que se desprenden inequívocamente de los artículos 9 y 53 de la CE (STC n.º 19/1982, FD 6.º). Ahora bien, es también claro que, de conformidad con el valor superior del pluralismo político (art. 1.1 CE), el margen que estos principios constitucionales dejan al legislador es muy amplio» (STC n.º 14/1992, de 10 de febrero, FD 11.º), siendo él quien ha de determinar las técnicas apropiadas para llevar a cabo la plasmación de ese principio rector.

II. DERECHO A LA VIVIENDA EN CLAVE CONSTITUCIONAL

El régimen jurídico del derecho a la vivienda se reconoce expresamente en el artículo 47 de la CE al disponer 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 en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos». Regulación ubicada en el capítulo III de los Principios Rectores de la Política Social y Económica, dentro del título I, «De los Derechos y Deberes Fundamentales» del texto constitucional. Por esta colocación sistemática no estamos ante un verdadero derecho fundamental, aunque sí sería admisible por su repercusión en el desarrollo de la persona, como veremos al enlazarlo con estos preceptos constitucionales, su consideración como «derecho fundamental de contenido social»¹. En cualquier caso, y según el artículo 53.3 de la CE, «el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo Tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.

¹ Domínguez Vila, A. (2012). Derechos sociales y principios rectores. En *Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*. Capítulo 28: El Derecho Constitucional a la vivienda. Teoría y práctica (pp. 590). Valencia: Tirant lo Blanch.

Solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen». Ubicación que permitió a Torno Mas² recordar los postulados del Tribunal Constitucional así como afirmar que «no se configura este derecho como un derecho fundamental de la persona, atribuyendo a este derecho una dimensión comunitaria. La propiedad es un derecho del ciudadano como miembro de la comunidad, no como persona individual. Al mismo tiempo se admite que hay propiedades con un mayor contenido social, como la agraria, la cultural... o la de la vivienda. La referencia constitucional a la función social de la propiedad ha tenido reflejo en la doctrina del Tribunal Constitucional en dos importantes sentencias. La primera, la STC 36/1987, de 26 de marzo de 1987, dictada en relación con la ley andaluza de fincas manifiestamente mejorables, que imponía obligaciones de destino a los propietarios de finca rústica. El Tribunal reconoció la constitucionalidad de estas obligaciones y afirmó que "la función social es elemento estructural del derecho de la propiedad entendida no como un límite externo a la definición o contenido de la propiedad, sino como parte integrante del mismo derecho". La segunda fue la STC 89/1994, de 17 de marzo de 1994, en la que se analizó la obligación de prórroga forzosa impuesta en los arrendamientos de propiedades urbanas. También en este caso el Tribunal reconoció la validez de esta obligación al entender que formaba parte de la función social de la propiedad urbana».

Esta genérica referencia al derecho a la vivienda se enmarca en el Estado social del que disfrutamos en España tras su reconocimiento en el artículo 1.1 de la CE. Estado social que implica la realidad de una diversidad de derechos individuales para los ciudadanos, vinculados a la global previsión del artículo 10.1 de la CE que dispone que «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social» (SSTC n.º 176/1993, FD 3.º; n.º 16/1994, FD 4.º y n.º 103/1983). Recordar en este sentido la conexión tan íntima del derecho a la vivienda «con la esfera individual de la persona y el libre desarrollo de la personalidad es de la máxima relevancia, que exige una acción normativa absolutamente inmediata, sin que la actuación pública orientada al logro de esos objetivos gubernamentales admita ningún retraso, STC n.º 93/2015 (NCJ059986), de 14 de mayo de 2015, FD 9.º, ni siquiera la corta demora que conllevaría la tramitación legislativa particularmente ágil que caracteriza la aprobación de las leyes en las cámaras autonómicas» (que estudiara el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el artículo 1 de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía, y la disposición adicional segunda del Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la Función Social de la Vivienda). Mecanismos normativos empleados por Andalucía que tuvieron el respaldo parcial del Tribunal Constitucional en su STC n.º 93/2015 (NCJ059986), de 14 de mayo de 2015, FD 10.º, por incluir un programa de acción dirigido a movilizar el parque de viviendas deshabitadas susceptibles de arrendamiento, como un medio para afrontar la situación de emergencia habitacional definida por el legislador como presupuesto habilitante del ejercicio de sus facultades de legislación provisional. Por ello, cabe concluir que «en cuanto incluidas en un conjunto de medidas, de cuya urgencia y necesidad no se ha dudado, no

² Torno Mas, J. (mayo-diciembre 2014). El acceso a la vivienda y la nueva función social del derecho de propiedad. *Revista Vasca de Administración Pública*, 99-100, 5.

cabe negar la existencia de presupuesto habilitante también para los concretos preceptos impugnados» (STC n.º 23/1993, de 21 de enero, FD 5.º [NSJ000561]). En definitiva³, la postura del Tribunal Constitucional fue que el Decreto-Ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la Función Social de la Vivienda regulaba aspectos relativos al derecho de propiedad, siendo materia vedada al decreto-ley; y, por otro lado, que al determinar la expropiación de determinadas viviendas vacías, invadía competencias que la Constitución atribuye en exclusiva al Estado, por lo que resultó estimado de forma parcial el recurso presentado por el Gobierno.

A modo de conclusión de esta reflexión inicial que enmarca el reconocimiento y desarrollo de este derecho sirva que, según pronunciamiento de la STC n.º 142/2014 (NCJ058726), de 11 de septiembre, «cuando concurre, como en este caso, una situación de extraordinaria y urgente necesidad, todos los poderes públicos que tengan asignadas facultades de legislación provisional y competencias sustantivas en el ámbito material en que incide tal situación de necesidad pueden reaccionar normativamente para atender dicha situación, siempre claro está, que lo hagan dentro de su espectro competencial. El hecho de que el legislador estatal haya aprobado, invocando al efecto sus competencias, medidas legislativas para satisfacer tal necesidad no es razón para impedir que otro legislador haga lo propio dentro de las suyas».

También conectado al derecho a la vivienda no debemos dejar de mencionar el derecho a la igualdad, también garantizado en nuestro texto constitucional, disponiendo el artículo 14 de la CE que «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social», desde el momento que el objeto de nuestro análisis, el derecho a la vivienda, encuentra cabida en la intervención administrativa en el sector del urbanismo, siendo la actual regulación estatal del suelo la materializada en el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, que dedica su artículo 1 a señalar su objeto: «Para todo el territorio estatal, las condiciones básicas que garantizan: a) La igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, relacionados con el suelo» y contemplando en su título I las «Condiciones básicas de la igualdad en los derechos y deberes constitucionales de los ciudadanos», concretado en su capítulo I referido al «Estatuto básico del ciudadano» (arts. 5 y 6, sobre sus derechos y deberes).

Derecho a la vivienda que desde la dimensión de su conservación⁴, es derecho fundamental protegido también por el derecho a la inviolabilidad del domicilio establecido en el artículo 18.2 de la CE. En tal sentido se orienta decididamente la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el alcance del derecho al respeto del domicilio (o del hogar, «the right to respect for this home»), reconocido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 8). Casos *McCann v. The United Kingdom*, núm. 19009/04, sentencia del TEDH de 13 mayo de 2008, par. 50, y *Kay and*

³ Abril, J. y Uría Menéndez. (2015). *Crónica legislativa y jurisprudencial. Unión Europea, España y Portugal*, 41.

⁴ López Ramón, F. (septiembre-diciembre 2014). El derecho subjetivo a la vivienda. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 102, 79.

others v. The United Kingdom, núm. 37341/06, sentencia del TEDH de 21 de septiembre de 2010 y Sentencia del TJUE de 10 de septiembre de 2014, asunto C-34/13 (NCJ058675), cuestión prejudicial en el caso Monika Kusionová v. Smart Capital. Si bien, considerado el domicilio protegido como «espacio apto para desarrollar vida privada» (SSTC de 16 de diciembre de 1997 y de 31 de mayo de 1999), en la lesión de este derecho debe subrayarse un nexo de unión indisoluble entre los apartados 1 y 2 del artículo 18 de la CE; es por ello que el concepto de domicilio constitucionalmente protegido por el artículo 18.2 CE sea, como refiere la STC de 27 de noviembre de 2000, «el domicilio en cuanto morada de las personas físicas y reducto de su intimidad personal y familiar». De esta forma apuntó Domínguez Martínez⁵ que, como ha sido dicho, «no toda entrada del ruido en el domicilio se considera violación del mismo si no se lesiona la intimidad de quien lo habita, y no cualquier ruido que viole la intimidad merece la protección si no se produce en el ámbito domiciliario».

Limitada la propiedad privada por su función social por cuanto delimitará su contenido de acuerdo con las leyes (art. 33.2 CE) y disponiendo la cláusula de transformación del artículo 9.2 de la CE que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social», se habilita al legislador a imponer cargas o extrayendo facultades del haz que él mismo ha asegurado, caso de las prohibiciones de construir edificaciones destinadas a residencia o de instalar carteles de publicidad en la zona de la servidumbre de protección de la ribera del mar (art. 25 de la Ley de Costas; STC n.º 149/1991 (NCJ024930), de 4 de julio, FD 2.º y 8.º), extinguir el contrato de arrendamiento de un inmueble destinado a vivienda llegado el día del vencimiento pactado (STC n.º 89/1994, de 17 de abril, FD 5.º) o destinar una finca a cualquier aprovechamiento incompatible con una rigurosa protección medioambiental (STC n.º 170/1989, de 19 de octubre, FD 8.º). Resultando para Herranz Castillo⁶ un «error equiparar los derechos sociales y económicos, como el derecho a una vivienda digna, a los derechos de libertad, en cuanto todos ellos han de ser igualmente universales y abstractos. Estos derechos exigen un trato y un alcance desiguales, a través de la acción afirmativa y de la igualdad como diferenciación, excluyendo de la titularidad de los mismos a quienes no los necesitan, o bien modulando (clasificando) su acceso al derecho y las condiciones (diferentes) de este. ¿Por qué? Porque el derecho a una vivienda digna es un derecho "diseñado" y reflejado en la CE como un derecho para quienes no poseen vivienda digna, o tiene importantes dificultades para conseguirla. No es un derecho para todos, sino que es un derecho para los sectores concretos de la población que lo necesitan realmente». Por lo que Prieto Sanchís consideró hablar de «los derechos sociales como "derechos de igualdad", entendida como punto de llegada u objetivo final, partiendo de una situación social e histórica desigualitaria e insatisfactoria. Los derechos sociales se definen en torno a la idea de cobertura de necesidades básicas».

⁵ Domínguez Martínez, P. (enero-diciembre 2014). El medio ambiente acústico y el derecho a la inviolabilidad del domicilio. *Derecho Privado y Constitución*, 28, 406.

⁶ Herranz Castillo, R. (14 de julio de 2003). Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la Constitución. *Diario La Ley*, 5823, 4; Prieto Sanchís, L. (1990). *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate.

El derecho a la vivienda en nuestro Estado social se transforma, pues, en mandato a la Administración pública para que el texto normativo no se convierta en «dibujo muerto»⁷, ejecutando las políticas públicas necesarias para hacerlo real y efectivo e informando su actuación pública (STC n.º 152/1988, de 20 de julio, FD 2.º).

Mandatos y previsiones constitucionales citadas que nos conducen al reparto competencial en materia de vivienda.

Por un lado referir en este momento los títulos competenciales del Estado según el artículo 149.1.1.ª (condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales) y 13.ª de la CE (bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica), siendo el sector de la vivienda una actividad de naturaleza económica de producción que vincula y afecta a la estabilidad económica de manera indiscutible.

A su vez, según la STC n.º 152/1988, FD 3.º, saber que no estará, por estos reconocimientos normativos, el Estado legitimado para cualquier actividad en materia de vivienda, pues son preceptos que no le atribuyen una competencia general e indeterminada de fomento de las actividades productivas. Además señalar que según el artículo 148.1.3.ª de la CE, las comunidades autónomas podrán asumir como competencia exclusiva «la ordenación del territorio, urbanismo y vivienda». Lo que tampoco significa que el Estado carezca de competencias que puedan incidir sobre el sector material del urbanismo, ni permite impedir al mismo el ejercicio de sus competencias sectoriales, también exclusivas, con proyección territorial, contándose entre esas competencias estatales con incidencia en el sector urbanístico las recogidas en los apartados 8.º (legislación civil), 18.º (bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de los funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las comunidades autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas) y 23.º (legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las comunidades autónomas de establecer normas adicionales de protección. La legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias) del art. 149.1 de la CE, según puede observarse de la actividad jurisdiccional de intérprete supremo de la Constitución (STC n.º 17/2016 [NCJ060895] de 4 de febrero de 2016, con cita de las SSTC n.º 61/1997 [NCJ029743], de 20 de marzo; n.º 164/2001, de 11 de julio, y n.º 178/2004, de 21 de octubre).

Por otra parte apuntar la competencia autonómica⁸ de carácter exclusivo sobre la ordenación del territorio, urbanismo y vivienda (STC n.º 141/2014 [NCJ058725], de 11 de septiembre,

⁷ Fernández, T. R. (2011). *Manual de Derecho Urbanístico*. (22.ª ed.). Las Rozas (Madrid): La Ley.

⁸ Barnés, J. (2007). La distribución de competencias legislativas en materia de urbanismo y vivienda. *Revista Vasca de Administración Pública*, 79(II), 83-143.

FD 4.º), que se corresponden, en cambio, según la STC n.º 17/2016 (NCJ060895), de 4 febrero de 2016, FD 3.º, con distintos títulos competenciales del Estado, que pueden coexistir con aquella, habiendo reconocido ya este Tribunal que «la competencia autonómica exclusiva sobre urbanismo ha de integrarse sistemáticamente con aquellas otras estatales que, si bien en modo alguno podrían legitimar una regulación general del entero régimen jurídico del suelo, pueden propiciar, sin embargo, que se afecte puntualmente a la materia urbanística» (STC n.º 61/1997 [NCJ029743], FD 6.º). Competencia sobre la regulación de los patrimonios públicos del suelo del Real Decreto Legislativo 7/2015, que se ampara en la competencia estatal recogida en su disposición final segunda. Esta disposición determina que «los artículos 51 y 52, apartados 1 y 2, tienen el carácter de bases de la planificación general de la actividad económica dictadas en ejercicio de la competencia reservada al legislador estatal en el artículo 149.1.13.ª de la Constitución, sin perjuicio de las competencias exclusivas sobre suelo y urbanismo que tengan atribuidas las comunidades autónomas». Asimismo, la STC 141/2014 (NCJ058725), de 11 de septiembre, FD 11.º, establece que el inciso inicial del artículo 38.1 y 2 y el artículo 39 del Real Decreto Legislativo 2/2008 –que se corresponden con los actuales artículos 51 y 52 del Real Decreto Legislativo 7/201– hallan su cobertura en la competencia básica del Estado para proceder a la planificación de la actividad económica general (art. 149.1.13.ª CE) (STC n.º 17/2016 [NCJ060895], de 4 de febrero de 2016, FD 4.º).

Sobre esta competencia autonómica sobre el urbanismo, saber que en la regulación sobre este sector en Andalucía, es básica la previsión de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de ordenación urbanística de Andalucía (LOUA), sobre la que el Tribunal Constitucional en su Auto n.º 247/2012, de 18 de diciembre de 2012, recordó que, visto que el artículo 9 de la LOUA⁹ dispone que: «En el marco de los fines y objetivos enumerados en el artículo 3 y, en su caso, de las determinaciones de los planes de ordenación del territorio, los planes generales de ordenación urbanística deben: E) procurar la coherencia, funcionalidad y accesibilidad de las dotaciones y equipamientos, así como su equilibrada distribución entre las distintas partes del municipio o, en su caso, de cada uno de sus núcleos. La ubicación de las dotaciones y equipamientos deberá establecerse de forma que se fomente su adecuada articulación y vertebración y se atienda a la integración y cohesión social en la ciudad. Asimismo, se localizarán en edificios o espacios con características apropiadas a su destino y contribuirán a su protección y conservación en los casos que posean interés arquitectónico o histórico», en su FD 3.º resolvió que el hecho de que la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía establezca que uno de los posibles usos de los equipamientos públicos sea el de «alojamiento transitorio de promoción pública» no impide por sí mismo que las necesidades que el órgano cuestionante asocia al disfrute de una vivienda digna sean atendidas, pues, como se desprende del extracto transcrito del artículo 9 de la LOUA, la ley aplicable obliga a los municipios a prever en los planes urbanísticos terrenos suficientes para satisfacerlas y asegurar su equilibrada distribución entre las distintas partes del municipio. Por ser las políticas propias de vivienda protegida de competencia de la comunidad autónoma (STC n.º 152/1988).

⁹ López Fernández, F. J. (agosto 2004). La Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía: El régimen transitorio y la estrategia para su plena vigencia. *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, 15/16, 2.632.

Y por lo que hace al régimen competencial también debemos considerar la intervención de los ayuntamientos¹⁰. Apuntar la normativa municipal sobre vivienda que deriva de las competencias de gestión y ejecución urbana básicamente previstas en la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local de 7/1985, de 2 de abril (LRBRL), que además de reconocer a los municipios las competencias básicas y que pueden promover actividades y prestar los servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal, les reconoce expresamente en su artículo 25.2 a) que «ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en el Urbanismo: planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística. Protección y gestión del Patrimonio histórico. Promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera. Conservación y rehabilitación de la edificación». Competencias sobre las que la STC n.º 154/2015 (NCJ060182), de 9 de julio de 2015, FD 6.º, reconoció, al impugnarse algunos preceptos de la Ley 13/2005 que modifican la LOUA para atribuir mayores competencias urbanísticas a la Junta de Andalucía y regular técnicas de control autonómico de la actividad local, que «la Constitución no precisa las que corresponden a los entes locales» (STC n.º 32/1981, de 28 de julio, FD 3.º).

No obstante, el artículo 137 de la CE delimita en alguna medida el ámbito de los diversos «poderes autónomos» al circunscribirlo a la «gestión de sus respectivos intereses», lo que «exige que se dote a cada ente de todas las competencias propias y exclusivas que sean necesarias para satisfacer el interés respectivo» (STC n.º 4/1981, de 2 de febrero, FD 3.º). El legislador básico estatal ha establecido criterios generales (arts. 2.1, 25.2, 26 y 36 LRBRL) sin descender a la fijación detallada de las competencias locales (STC n.º 214/1989 [NCJ055729], de 21 de diciembre, FD 3.º). Consecuentemente, en ámbitos de competencia autonómica, corresponde a las comunidades autónomas especificar las atribuciones de los entes locales ajustándose a esos criterios y ponderando en todo caso el alcance o intensidad de los intereses locales y supralocales implicados (SSTC n.º 61/1997 [NCJ029743], de 20 de marzo, FD 25.º b); n.º 40/1998 [NCJ022503], de 19 de febrero, FD 39.º; n.º 159/2001 [NCJ030940], de 5 de julio, FD 12.º, y n.º 51/2004, de 13 de abril, FD 9.º). Ello implica que, en relación con los asuntos de competencia autonómica que atañen a los entes locales, la comunidad autónoma puede ejercer en uno u otro sentido su libertad de configuración a la hora de distribuir funciones, pero debe asegurar en todo caso el «derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración» (STC n.º 32/1981, FD 4.º). Se trata de que el legislador gradúe el alcance o intensidad de la intervención local «en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias» (SSTC n.º 32/1981, FD 4.º; n.º 170/1989, de 19 de octubre, FD 9.º; n.º 51/2004 [NCJ031202], FD 9.º; n.º 95/2014 [NCJ058569], de 12 de junio, FD 5.º; n.º 57/2015 [NCJ059704], de 18 de marzo, FD 6.º, y n.º 92/2015 [NCJ059984], de 14 de mayo, FD 4.º).

¹⁰ Sánchez Morón, M. (2003). Las competencias de las Corporaciones Locales. En S. Muñoz Machado (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*. Tomo I. (pp. 193 a 299). (2.ª ed.). Madrid: Civitas; Alonso Higuera, C. (2002). *Manual del Secretario. Teoría y práctica del Derecho Municipal*. Tomo II. (pp. 1.551 y 1.710). Barcelona: Atalier; Bassols Coma, M. (2003). La exclusión social y la contribución de los municipios a la satisfacción del derecho a la vivienda. *Revista de Estudios de la Administración Local*, 291, 103-116.

Sabiendo que la potestad relativa a «la configuración del asentamiento urbano municipal» como «marco regulador del espacio físico de la convivencia de los vecinos» es una «tarea comprendida prioritariamente en el ámbito de los intereses del municipio» sobre la que «se proyectan» de «forma especialmente intensa las exigencias de la autonomía municipal», «la ordenación urbanística del territorio municipal es tarea que fundamentalmente corresponde al municipio» y «la intervención de otras Administraciones se justifica solo en la medida en que concurren intereses de carácter supramunicipal» (STC n.º 51/2004 [NCJ031202], FD 12.º).

El derecho a la vivienda, por tanto, es derecho personal que está, como advirtiera López Ramón¹¹ «explícitamente reconocido en una norma de rango legal que, además, lo incluye entre las condiciones básicas de la igualdad en el ejercicio de los derechos ciudadanos con fundamento en el artículo 149.1.1.ª de la Constitución, y que siendo el derecho a una vivienda "digna y adecuada", conforme a la regulación del suelo (antiguo artículo 4.ª del Texto Refundido de la Ley de Suelo 2008) habrá de reunir cualidades de accesibilidad, diseño para todas las personas, ausencia de contaminaciones y situarse en un medio ambiente y un paisaje adecuados». No obstante al profesor le llamó «la atención, por añadidura, que ese desarrollo legal no haya detallado elementos tan esenciales como los relativos a los sujetos titulares del derecho, las personas obligadas a prestarlo y los contenidos precisos del mismo derecho a la vivienda. Sin embargo, pese a las críticas y sorpresas que puedan producir la indeterminación y la parquedad del desarrollo legislativo, no cabe dejar de constatar que el derecho constitucional a la vivienda se ha hecho operativo por virtud de su consideración legal como derecho subjetivo susceptible de tutela judicial».

III. REGULACIÓN ANDALUZA DEL DERECHO A LA VIVIENDA

Siendo el urbanismo una función pública resultará que «la ordenación territorial y la urbanística son funciones públicas no susceptibles de transacción que organizan y definen el uso del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general, determinando las facultades y deberes del derecho de propiedad del suelo conforme al destino de este» (art. 4.1 Real Decreto Legislativo 7/2015). Por esta realidad el Tribunal Constitucional, en su Sentencia n.º 61/1997 (NCJ029743), de 20 de marzo, resolvió la competencia en materia de urbanismo y vivienda como exclusiva de las comunidades autónomas y que el artículo 149.3 de la CE, al reconocer que «el derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas», no suponía un título de competencia genérica para el Estado.

Esta realidad competencial incide en el sector edificatorio de la vivienda como sector económico clave unido al urbanismo, que encontró, hasta la citada STC 61/1997 (NCJ029743), para su planificación y seguridad constructiva regulaciones como la Ley 41/1980, de 5 de julio, de

¹¹ López Ramón, F. (septiembre-diciembre, 2014). El derecho subjetivo a la vivienda. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 102, 66.

medidas urgentes de apoyo a la vivienda, y la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la edificación, así como el Código Técnico de la Edificación¹² aprobado por el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, que fue modificado por el Real Decreto 1675/2008, de 17 de octubre, y que a su vez modificó el Real Decreto 1371/2007, de 19 de octubre de 2007, que aprueba el documento básico «DB-HR Protección frente al ruido» del Código Técnico de la Edificación; y por el Real Decreto 173/2010, de 19 de febrero, que modifica el Código Técnico de la Edificación en materia de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad.

Hasta este reconocimiento de la competencia autonómica sobre la vivienda protegida solo apuntar estas previsiones normativas de origen estatal: texto refundido aprobado por los Decretos 2131/1963, de 24 de julio, y 3964/1964, de 3 de diciembre; el Real Decreto 2960/1976, de 12 de noviembre, aprueba el texto refundido de la legislación de Viviendas protegidas; el Real Decreto-Ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre Política de Viviendas de Protección Oficial; el Real Decreto 3148/1978, que desarrolla la norma anterior, regula y confecciona el Instituto Nacional de la Vivienda, para la promoción pública de viviendas, y el Real Decreto 2028/1995, de 22 de diciembre, establece condiciones de acceso a la financiación cualificada para viviendas de protección oficial.

Andalucía, como otras comunidades autónomas (Canarias, Galicia, etc.) ha desarrollado sus competencias exclusivas en materia de vivienda al aprobar diversas leyes de vivienda de protección oficial. Regulaciones autonómicas que en la definición del derecho a la vivienda, según Ávila Orive¹³, «no se han dirigido a configurar con ese carácter y de modo general el derecho a la vivienda, sino que han venido determinando parcialmente objetos que, en ocasiones, de manera sucesiva van acercando a los ciudadanos al acceso efectivo a la vivienda. De este modo, al día de hoy no puede considerarse para ningún ciudadano el derecho de acceso a la vivienda como un derecho subjetivo exigible ante las Administraciones públicas y, en su caso, ante Jueces y Tribunales».

Tras la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, está previsto el derecho a la vivienda en su artículo 25 como derecho estatutario, imponiendo a los poderes públicos la obligación de la promoción pública de la vivienda, previendo en forma de ley el acceso a la misma en condiciones de igualdad, así como las ayudas que lo faciliten, y reconociendo su artículo 56.1 la competencia exclusiva de la comunidad autónoma en materia de vivienda.

Desde el derecho a la vivienda en Andalucía, reconocido pues en el artículo 25 de su Estatuto de Autonomía en estos términos: «para favorecer el ejercicio del derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada, los poderes públicos están obligados a la promoción pública de la vivienda. La ley regulará el acceso a la misma en condiciones de igualdad, así como las ayudas que lo faci-

¹² Carrasco Perera, A. (2000). *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación* (p. 548). (2.ª ed.). Elcano (Navarra): Aranzadi; y González Pérez, J. (2000). *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*. Madrid: Civitas.

¹³ Ávila Orive, J. L. y Arnáez Arce, V. M. (2010). Una aproximación al tratamiento legislativo del derecho a una vivienda digna y adecuada, después de tres décadas de reconocimiento constitucional. *Revista Vasca de Administración Pública*, 87-88, 204-205.

liten», señalar estas normas propias en la materia para hacer realidad el derecho a la vivienda: Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de medidas para la vivienda protegida y el suelo, desarrollado por el Decreto 149/2006, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas Protegidas de la Comunidad Autónoma de Andalucía; Orden de 21 julio 2008, sobre normativa técnica de diseño y calidad aplicable a las viviendas protegidas en la Comunidad Autónoma de Andalucía y se agilizan los procedimientos establecidos para otorgar las Calificaciones de Vivienda Protegidas; Ley 6/2016, de 1 de agosto, por la que se modifica la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía para incorporar medidas urgentes en relación con las edificaciones construidas sobre parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable; Decreto 237/2007, de 4 de septiembre, por el que se dictan medidas referidas a los ocupantes, sin título, de viviendas de promoción pública pertenecientes a la Comunidad Autónoma de Andalucía y a la amortización anticipada del capital pendiente por los adjudicatarios; Decreto 376/2000, de 1 de septiembre, por el que se regulariza la ocupación de determinadas viviendas de promoción pública a adjudicar en régimen de arrendamiento o acceso diferido a la propiedad; Decreto 11/2008, de 22 de enero, que desarrolla procedimientos para poner suelo urbanizado en el mercado con destino preferente a la construcción de viviendas protegidas; Decreto 1/2012, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento Regulador de los Registros Públicos Municipales de Demandantes de Vivienda Protegida y se modifica el Reglamento de Viviendas Protegidas¹⁴; Decreto 2/2012, de 10 de enero, por el que se regula el régimen de las edificaciones y asentamientos existentes en suelo no urbanizable en la Comunidad Autónoma de Andalucía, que se precisa unir al Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía, Decreto 60/2010, de 16 de marzo, para conocer el nuevo régimen general aplicable a las viviendas que podrían denominarse como «alegales», es decir, edificaciones y asentamientos ilegales en suelo no urbanizable pero con la acción prescrita para su persecución y depuración jurídicas. El problema jurídico de fondo, como aseveró Mellado Ruiz¹⁵ es evidente, pero «la solución de regularización o reconocimiento de situaciones claramente contrarias a la ordenación urbanística y al planeamiento general tampoco puede ser asumida acríticamente, al menos desde una perspectiva doctrinal». Se trata, se ha dicho, de edificaciones en un «limbo jurídico», a cuya irregular consolidación han contribuido seguramente por igual los promotores o propietarios de las mismas, desde una interesada –o directamente ilegal– interpretación, y en muchos casos abusiva, de las excepcionales posibilidades «edificatorias» en suelo no urbanizable, y las propias autoridades –locales y autonómicas–, por la falta de control y seguimiento, en un primer momento, cuando no de desidia disciplinaria o tácita permisividad, y de reacción disciplinaria, posteriormente, todas ellas funciones integrantes del deber legal, con anclaje incluso en el propio texto constitucional (art. 45 CE). Decreto 171/2014, de 9 de diciembre, por el que se regula el Observatorio de la Vivienda.

Mecanismos capitales son los planes de vivienda, definidos como «la articulación de medidas de fomento administrativo, como subvenciones o préstamos a interés privilegiado, y vincu-

¹⁴ Hernández Jiménez, H. M. (noviembre-diciembre 2012). Las modificaciones del Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía. *Práctica Urbanística*, 119, 38.

¹⁵ Mellado Ruiz, L. (julio 2012). Reflexiones críticas sobre el nuevo régimen andaluz de las edificaciones y asentamientos en suelo no urbanizable: El problema de las viviendas «alegales», *Práctica Urbanística*, 117, 30.

lan la financiación estatal a determinadas tipologías de vivienda, lo que condiciona enormemente la libertad de legislar de las comunidades autónomas»¹⁶. Apuntar el Decreto 141/2016, de 2 de agosto, por el que se regula el Plan de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía 2016-2020, sin perjuicio de los planes estatales¹⁷, explicitando su exposición de motivos, a la luz del régimen competencial reconocido en su Estatuto de Autonomía, dedicando los artículos 25 y 37.1.22.º al reconocimiento del derecho a una vivienda digna y adecuada, así como al uso racional del suelo. Igualmente, recoge las competencias de la comunidad autónoma en materia de vivienda. Y el artículo 56.1 a) atribuyéndole la planificación, la ordenación, la inspección y el control de las viviendas; el establecimiento de prioridades y objetivos del fomento de las Administraciones públicas de Andalucía en materia de vivienda y la adopción de las medidas necesarias para su alcance; la promoción pública de vivienda; las normas técnicas y el control sobre la calidad de la construcción; el control de condiciones de infraestructuras y de normas técnicas de habitabilidad de las viviendas; la innovación tecnológica y la sostenibilidad aplicable a las viviendas; y la normativa sobre conservación y mantenimiento de las viviendas y su aplicación, concretando este Decreto 141/2016 las políticas de vivienda y rehabilitación¹⁸ en la comunidad autónoma y que incorpora acciones y medidas destinadas a hacer real y efectivo el derecho a una vivienda digna y adecuada.

A partir del reconocimiento en la norma institucional básica, destacar, igualmente, la Ley 1/2010, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía, y el Decreto-Ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la Función Social de la vivienda. Apuntar sobre este decreto-ley que el Tribunal Constitucional, en su Auto de 22 de octubre de 2013, en el recurso de inconstitucionalidad n.º 4286-2013, acordó declarar la desaparición sobrevenida del objeto del incidente sobre el mantenimiento o levantamiento de la suspensión del decreto-ley. La Ley 1/2010 está compuesta de 24 artículos, una disposición adicional, cuatro disposiciones finales y una derogatoria, y ante ella Agudo Zamora¹⁹ advirtió su carácter breve «pero con un contenido muy concreto, a diferencia de otras leyes de vivienda autonómicas, enumerando las obligaciones que le corresponden a las Administraciones públicas, reduciendo de este modo la discrecionalidad político-administrativa que siempre ha caracterizado la actuación de las mismas con respecto a su actuación en el favorecimiento del acceso a la vivienda», y destacando que presente parámetros de cuándo estamos ante una vivienda digna y adecuada, a saber: «Se trate de una edificación fija y habitable e independiente a efectos registrales que cumpla con los requisitos de funcionalidad, seguridad, habitabilidad y accesibilidad. –Deberá ser accesible, especialmente en los supuestos de viviendas destinadas a titulares con necesidades especiales. –La vivienda tiene que cumplir con unos mínimos de calidad fijados reglamenta-

¹⁶ García Álvarez, G. (2010). El derecho a la vivienda en España. *Istituzioni del Federalismo*, 3/4, 327.

¹⁷ Jiménez de Cisneros Cid, F. J. (1994). La cooperación para la formulación y ejecución de planes de vivienda, *Documentación Administrativa*, 240.

¹⁸ Mata Sierra, M. T. y Carbajo Nogal, C. (2016). Rehabilitación y fiscalidad de la vivienda. En T. Quintana López (dir.), *Urbanismo sostenible. Rehabilitación, regeneración y renovación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 542.

¹⁹ Agudo Zamora, M. (2010). Derecho a la vivienda y reformas estatutarias. *Anuario da Faculta de Dereito da Universidade da Coruña*, 14, 176.

riamente. –Y, por último, deberá incorporar parámetros de sostenibilidad y eficiencia». Destacar la previsión de diversos medios de la Administración andaluza en el título V para garantizar el derecho: sean mediante los recursos económicos destinados a promover el derecho a la vivienda; mediante ayudas a los ayuntamientos para la elaboración, aprobación y revisión de los planes municipales de vivienda y suelo, así como para la creación y el mantenimiento de los Registros Públicos Municipales de Demandantes de Vivienda Protegida; y expresamente en el artículo 24 mediante la protección jurisdiccional de los derechos al estipular: «1. Las personas titulares del derecho que reúnan las condiciones establecidas en el artículo 5 de esta Ley podrán exigir de las Administraciones Públicas el cumplimiento de las obligaciones derivadas del derecho a una vivienda digna y adecuada, en los términos establecidos en la presente Ley, mediante el ejercicio de las acciones que procedan de acuerdo con los procedimientos que establezcan las leyes procesales del Estado. 2. En particular, quienes acrediten interés legítimo, transcurrido el plazo establecido en la disposición final segunda de esta Ley, podrán reclamar ante la correspondiente Administración municipal el cumplimiento del deber de aprobar el Plan Municipal de Vivienda y Suelo y promover activamente la ejecución de la programación prevista en el mismo, en caso de que este haya sido aprobado».

Siendo los instrumentos diseñados para que la Administración andaluza contribuya a hacer efectivo el derecho a la vivienda, según los artículos 8 a 15, las ayudas públicas y otras medidas de fomento, tales como los incentivos para la salida al mercado de viviendas deshabitadas que fomenten la efectiva ocupación de las mismas, la oferta de viviendas en régimen de arrendamiento, ayudas a la rehabilitación de viviendas y edificios, el desarrollo del suelo residencial, intermediación en el mercado del arrendamiento de viviendas que garanticen su efectiva ocupación, aseguramiento de riesgos que garanticen el cobro de la renta, los desperfectos causados y la defensa jurídica de las viviendas alquiladas, medidas fiscales...; las determinaciones del planeamiento urbanístico; los planes autonómicos y municipales de vivienda y suelo; las actuaciones supramunicipales e intermunicipales; las reservas de suelo para viviendas y la puesta en funcionamiento de Registro Público Municipal de Demandantes de Vivienda Protegida como instrumento básico para la determinación de las personas solicitantes de la vivienda protegida.

La ley estatal fue consciente de la importancia que actualmente viene tomando la sostenibilidad ambiental y por ello comienza el artículo 1 del Real Decreto Legislativo 7/2015 manifestando esta preocupación al ser, entre otros, objeto de esta ley regular para todo el territorio estatal las condiciones básicas que garanticen: b) «Un desarrollo sostenible, competitivo y eficiente del medio urbano, mediante el impulso y el fomento de las actuaciones que conducen a la rehabilitación de los edificios y a la regeneración y renovación de los tejidos urbanos existentes, cuando sean necesarias para asegurar a los ciudadanos una adecuada calidad de vida y la efectividad de su derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada», para fijar en su artículo 3 los principios de desarrollo territorial y urbano sostenible. Sabiendo que la sostenibilidad económica no debe confundirse con la viabilidad económica, más ligada al sentido y finalidad del estudio económico-financiero, sino que va «relacionada con dos aspectos distintos, la justificación de la suficiencia del suelo productivo previsto y el análisis del impacto de las actuaciones previstas en las Haciendas de las Administraciones públicas intervinientes y receptoras de las nuevas infraestructuras y responsables de los servicios resultantes» (STS de 27 octubre de 2015, FD 16.º). Desarrollo sos-

tenible que lleva al legislador Quintana López²⁰ «a impulsar un nuevo modelo de urbanismo que se asienta en dos pilares para ajustar, por una parte, la transformación urbanística del suelo rural a lo que requieran las necesidades que justifiquen la urbanización *ex novo* de terrenos y, por otra, posibilitar la rehabilitación, regeneración y renovación de la ciudad construida». Sostenibilidad urbanística para hacer frente a problemas advertidos desde Europa, como fue el Informe de 26 de marzo de 2009, «informe AUKEN», sobre el impacto de la urbanización extensiva en España en los derechos individuales de los ciudadanos europeos, el medio ambiente y la aplicación del Derecho comunitario, en el que se incluía una petición al Gobierno de España y de las comunidades autónomas implicadas para que emprendan «una profunda revisión de toda la legislación que afecta a los derechos de los propietarios particulares de bienes como resultado de una urbanización masiva, con objeto de poner fin a los abusos de los derechos y las obligaciones consagrados en el Tratado CE, en la Carta de los Derechos Fundamentales, en el CEDH y en las directivas europeas pertinentes, así como en otros convenios de los que la UE forma parte».

Además, visto el Estatuto de Autonomía de Andalucía, recordó Ruiz-Rico²¹: «En el Título VII del Estatuto andaluz, dedicado de modo específico al "Medio Ambiente", se ha incluido un principio rector que obliga a los poderes públicos de la Comunidad a velar "por un uso eficiente y sostenible del suelo", con la finalidad –subrayada expresamente por el artículo 203– de «evitar la especulación urbanística y la configuración de áreas urbanizadas insostenibles». Se trata sin duda del reconocimiento implícito de una realidad urbanística en gran medida contradictoria con aquel propósito inicial señalado en el artículo 47 de la CE. Aunque al mismo tiempo representa el compromiso, expresado por primera vez con el máximo rango jurídico autonómico, en favor de fórmulas de control público de la actividad especulativa del territorio. Los conceptos de "eficiencia" y "sostenibilidad" aparecen conectados, de forma que ambos solo pueden estar garantizados por la combinación armónica entre uno y otro».

A cerca de esa rehabilitación, mencionar la Ley 8/2013²², de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, que si bien la disposición derogatoria única letra b) del Real Decreto Legislativo 7/2015 derogó sus artículos 1 a 19, las disposiciones adicionales primera a cuarta, las disposiciones transitorias primera y segunda y las disposiciones finales duodécima y decimioctava, así como las disposiciones finales decimonovena y vigésima, en la medida en que se refieran a alguno de los preceptos que la presente disposición deroga, su artículo 13.1 admitía que las «Administraciones Públicas podrán utilizar, para el desarrollo de la actividad de ejecución de las actuaciones de rehabilitación edificatoria y las de regeneración y renovación urbanas, todas

²⁰ Quintana López, T. (2016). *Urbanismo sostenible. Rehabilitación, regeneración y renovación* (p. 64). Valencia: Tirant lo Blanch; Santos Díez, R. y Castela Rodríguez, J. (2008). *Derecho Urbanístico. Manual para Juristas y Técnicos* (7.ª ed.). Las Rozas (Madrid): La Ley; Tejedor Bielsa, J. (enero-abril 2010). Reflexiones sobre el estado de lo Urbanístico. Entre la anomalía y la excepción. *Revista de Administración Pública*, 181, Madrid.

²¹ Ruiz-Rico Ruiz, G. (mayo-agosto 2007). Derecho constitucional a la vivienda versus especulación urbanística. *Cuadernos de Derecho Público*, 31, 41.

²² Castela Rodríguez, J. (coord.) (2013). Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas. *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*.

las modalidades de gestión directa e indirecta admitidas por la legislación de régimen jurídico, de contratación de las Administraciones Públicas, de régimen local y de ordenación territorial y urbanística». Resultando un sector que fue considerado en la aprobación y desarrollo de esta norma, el turístico, hasta el punto que su exposición de motivos lo alentó como relevante papel que jugar en la recuperación económica. Reconociendo que «la actividad turística es clave para la economía de nuestro país y supone más de un 10,2% del PIB, aportando un 11,39% del empleo. Numerosos destinos turísticos "maduros" se enfrentan a un problema sistémico en el que tiene mucho que ver el deterioro físico de sus dotaciones y respecto de los cuales, la aplicación de estrategias de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas podría generar impactos positivos».

Tan solo añadir que interpuesto recurso de inconstitucionalidad en 2006 contra varios artículos de la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de la Comunidad Autónoma de Andalucía de medidas para la vivienda protegida y suelo, por violación de los artículos 9.3, 33, 137, 140, 141 y 149.1.18.^a de la CE; el Alto Tribunal presentó una serie de pronunciamientos esclarecedores en la materia en su STC n.º 154/2015, de 9 de julio de 2015.

IV. LA VIVIENDA EN LA DIMENSIÓN DEL URBANISMO

Es clave la división que Vaquer Caballería²³ presentara para abordar la realización del derecho a la vivienda y el reparto competencial sobre este sector y sobre el urbanismo. Para ello dos son los mecanismos ofrecidos por el Derecho urbanístico: «Para favorecer la efectividad del derecho a la vivienda pueden agruparse en dos conjuntos: las relativas al régimen objetivo del suelo, esto es, la calificación y la reserva de suelo con aprovechamiento lucrativo para vivienda protegida y la calificación y la reserva de suelo dotacional para uso residencial, y las relativas al régimen estatutario del derecho de propiedad (pública y privada) sobre el suelo, sea en forma de la participación de la comunidad en las plusvalías (artículo 47 CE) y los patrimonios públicos de suelo».

1. INSTRUMENTOS DE ORDENACIÓN URBANÍSTICA

En relación con el planeamiento, mediante la previsión autonómica que obliga a destinar a uso residencial de vivienda sujeta a algún régimen de protección especial un determinado porcentaje de suelo urbanizable. Previsión que encontró la STC n.º 57/2015 (NCJ059704), FD 17.º b) que declarara específicamente que «es evidente la imbricación de los intereses municipales –concretados en la potestad de planeamiento urbanístico del territorio– y supramunicipales –aquí, los relativos a la política de vivienda–, que justifica y aun exige la instrumentación de técnicas que aseguren la satisfacción de las necesidades de vivienda de los sectores sociales más desfavorecidos» (STC n.º 154/2015 [NCJ060182], de 9 de julio de 2015, FD 7.º).

²³ Vaquer Caballería, M. (2017). Planes urbanísticos y planes de vivienda: La extraña pareja. *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, 7, 71.

Como instrumentos de la ordenación urbanística previsores de la realidad de la vivienda, citar el Plan General de Ordenación Urbanística, que establece que la ordenación estructural del término municipal tiene un contenido específico en el que, ente otros elementos, debe considerar el elemento de la vivienda. De esta manera en la LOUA destacan las siguientes regulaciones. El artículo 10.1.A b) prevé las determinaciones del plan general en todos los municipios: «En cada área de reforma interior o sector con uso residencial, las reservas de los terrenos equivalentes, al menos, al treinta por ciento de la edificabilidad residencial de dicho ámbito para su destino a viviendas protegidas, en los términos previstos en el Plan Municipal de Vivienda y Suelo, que podrá aumentar este porcentaje para atender las necesidades del municipio»; y en la letra d) de este mismo artículo, estas determinaciones: «Usos y edificabilidades globales para las distintas zonas del suelo urbano y para los sectores del suelo urbano no consolidado y del suelo urbanizable ordenado y sectorizado, así como sus respectivos niveles de densidad, que se distribuirán entre los siguientes parámetros: 1. Densidad muy baja: 5 o menos viviendas por hectárea; 2. Densidad baja: más de 5 y hasta 15 viviendas por hectárea; 3. Densidad media-baja: más de 15 y hasta 30 viviendas por hectárea; 4. Densidad media: más de 30 y hasta 50 viviendas por hectárea; 5. Densidad alta: más de 50 y hasta 75 viviendas por hectárea; 6. Densidad muy alta: más de 75 viviendas por hectárea».

No obstante aunque las SSTC n.º 152/1988 y n.º 61/1997 reconozcan la intervención del Estado en materia de protección pública a la vivienda por cuanto «la persecución del interés general –en este caso, el relativo a la garantía de una vivienda adecuada para todos los españoles– se ha de materializar, a pesar de los sistemas de reparto de competencias articulados en la Constitución, de manera que la promoción de la igualdad sustancial y la acción estatal destinada al efecto se despliegue teniendo en cuenta las peculiaridades de un sistema de autonomías territoriales»²⁴ (STC 152/1988 FD 6.º), no parece clara la invocación de tal precepto constitucional. Así, Felipe Iglesias²⁵ expuso estas dudas: «Sin embargo no parece claro que este título competencial alcance a la concreción del destino, aunque sea mediante la fijación de un porcentaje mínimo, de los terrenos en los que el planeamiento ha previsto un uso residencial, dado que esta reserva no es, en sí, una actividad promocional de la construcción de viviendas, porque actúa sobre ámbitos ya calificados por el planeamiento para la construcción de viviendas; en última instancia, podría considerarse como una medida promocional de una categoría específica de vivienda, las viviendas que cuenten con algún tipo de protección pública, pero no es claro si esta medida se inserta dentro de la ordenación de sectores económicos».

Otro instrumento de planeamiento, como plan de desarrollo, es el plan especial²⁶, que según el artículo 14 de la LOUA, entre sus fines está: «d) Vincular el destino de terrenos o construc-

²⁴ Blanco, A. (febrero 2010). La reserva de suelo con destino a viviendas de protección pública en la legislación estatal y autonómica. *Práctica Urbanística*, 90, 67.

²⁵ Iglesias González, F. (2005). La intervención pública en el mercado de la vivienda como política social: problemas actuales y soluciones posibles. *Documentación Administrativa*, 271-272, 516.

²⁶ Porto Rey, E. (2006). Los Planes Especiales. En E. Sánchez Goyanes (dir.), *Derecho urbanístico de Andalucía* (pp. 333 y 336-337). (2.ª ed.). Madrid: La Ley; Rebollo Puig, M., Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz, A. y López Benítez, M. (2007). *Derecho Urbanístico y Ordenación del Territorio en Andalucía*. Madrid: Iustel.

ciones a viviendas de protección oficial u otros regímenes de protección pública, o a otros usos sociales» y «g) Establecer reservas de terrenos para la constitución o ampliación de los patrimonios públicos de suelo».

Finalmente apuntar que según la LOUA, sección 4.^a, «Determinaciones complementarias sobre ordenación, programación y gestión», del capítulo II sobre los instrumentos de planeamiento, del título I sobre la ordenación urbanística, será preciso que en el «suelo urbano no consolidado y suelo urbanizable, el Plan General de Ordenación Urbanística o el Plan Parcial de Ordenación y, en su caso, los Planes Especiales, deberán cumplir las reglas sustantivas y los estándares de ordenación artículo 17.1.2.^a a): «En suelo con uso característico residencial, entre 30 y 55 metros cuadrados de suelo por cada 100 metros cuadrados de techo edificable con uso residencial, de los que entre 18 y 21 metros cuadrados de suelo, y nunca menos del diez por ciento de la superficie del sector, deberán destinarse a parques y jardines, y además, entre 0,5 y 1 plaza de aparcamiento público por cada 100 metros cuadrados de techo edificable»».

Además, para garantizar el derecho a la vivienda en la dimensión del urbanismo, podemos mencionar otro instrumento urbanístico de relevancia. Son los estándares urbanísticos, que define González-Vara Ibáñez como aquellas determinaciones que suponen una «cortapisa a la libertad del planificador mediante la imposición de unos mínimos o unos máximos referidos a equipamientos, espacios libres, aparcamientos, densidad, edificabilidad, etc., tendentes a homogeneizar los derechos de los propietarios y a garantizar una adecuada calidad de vida de los ciudadano»; y que Alonso Clemente fijara su fundamento en ser límites a la potestad de planeamiento, resultando «común en todas las leyes autonómicas y, por esta razón, los estándares se han regulado en el título correspondiente a la ordenación urbanística. No hay diferencia en este punto en cuanto a la ubicación sistemática. No obstante, sí que existen diferencias de matiz. Un buen número de leyes urbanísticas autonómicas insertan los estándares urbanísticos dentro de las determinaciones (del contenido) de los planes urbanísticos». Encontrándose entre las primeras Andalucía: título I (Ordenación urbanística), capítulo II (Instrumentos de planeamiento), sección 4.^a (Determinaciones complementarias sobre ordenación, programación y gestión): Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía²⁷.

En definitiva, la gestión de asuntos públicos, recordó Parejo Alfonso²⁸, resulta inducida por transformaciones y los procesos que «han ido determinando, a favor de los valores económicos, un progresivo desplazamiento del centro de gravedad y, por tanto, el equilibrio del orden valorativo de la entera vida social, dificultando la plena fidelidad de la ordenación terri-

²⁷ Alonso Clemente, A. (noviembre 2011). Estándares urbanísticos como límites a la potestad de planeamiento urbanístico. *Práctica Urbanística*, 109, 40; y González-Vara Ibáñez, S. (2007). *Urbanismo y ordenación del territorio*. (4.^a ed.) Pamplona. Thomson-Aranzadi

²⁸ Parejo Alfonso, L. (2005). La ordenación territorial y urbanística en el contexto de la política económica y social del Estado. *Documentación Administrativa*, 271-272, 482; López Ramón, F. (2005). *Introducción al Derecho urbanístico*. Marcial Pons: Madrid.

torial y urbanística –confiada enteramente al espacio institucional político gestor del referido orden– a los fundamentos y, por tanto, fines que le son irrenunciablemente propios». Produciéndose un «abandono del modelo de ciudad tradicional o propio y el abrazo de un modo de ocupación del territorio y de configuración de la convivencia ciudadana completamente desconectado de cualquier cálculo de las posibilidades de utilización racional de los recursos naturales con los que contamos. Las soluciones del planeamiento van dejando de ser, cada vez en mayor medida, resultado de la ponderación, a la luz del orden constitucional, de las necesidades reales, públicas y privadas, de la vida económica, social y cultural para su satisfacción "armonizada" en un "orden" del territorio y la ciudad al servicio, simultáneamente, del progreso económico y social y el medio ambiente adecuado a la persona para la consecución de una calidad de vida digna para todos. Y van pasando a responder, cada vez más, a proyectos diversos, provenientes en gran parte de la iniciativa privada, orientados por la rentabilidad y centrados, consecuentemente, en usos identificados a partir de análisis de mercado, que buscan realizar no las necesidades de interés general, es decir, de la ciudadanía, sino las de concretos grupos de ciudadanos en su concreta condición de consumidores de determinados productos inmobiliarios».

2. ESTATUTO DE LA PROPIEDAD DEL SUELO Y LA VIVIENDA

Si el contenido urbanístico del derecho de la propiedad del suelo, según Gutiérrez Colomina²⁹, se delimita a través de un conjunto de normas del Estado al aplicar el contenido del artículo 149.1.1.º de la CE y de la normativa autonómica, «su función social requiere la delimitación de las facultades y deberes que conforman ese contenido, siendo necesario una delimitación precisa, que vaya más allá que la genérica que hace la ley, para cada terreno como función del planeamiento». Para delimitar el contenido urbanístico del derecho de propiedad del suelo, dispone el artículo 48 de la LOUA: «La clasificación y las restantes determinaciones de ordenación urbanística del suelo vinculan los terrenos y las construcciones, edificaciones o instalaciones a los correspondientes destinos y usos, y definen la función social de los mismos delimitando el contenido del derecho de propiedad». Resultando del artículo 51.1.A.a) que forma parte del contenido urbanístico del derecho de propiedad del suelo «destinar el suelo al uso previsto por la ordenación urbanística, conservar las construcciones o edificaciones e instalaciones existentes en las debidas condiciones de seguridad, salubridad, funcionalidad y ornato, así como cumplir las exigencias impuestas por la ordenación urbanística para el legítimo ejercicio del derecho o derechos reconocidos en el artículo anterior».

²⁹ Gutiérrez Colomina, V. (2007). *Comentarios a la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía. Ley 7/2002, de 17 de diciembre* (pp. 514-515). (2.ª ed.). Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi; y Cholbi Cachá, F. A. (2008). Los Instrumentos de Intervención en el mercado inmobiliario: Especial referencia a los Patrimonios Municipales del Suelo y el Derecho de Superficie. En M. Corchero (dir.), *Derecho Urbanístico de Extremadura* (pp. 1.015 a 1.074). Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi.

V. EL DERECHO A LA VIVIENDA Y LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD

1. PATRIMONIO PÚBLICO DEL SUELO

Si partimos de la realidad social y económica creada en torno a la realidad de la protección social por parte de las Administraciones públicas y el reconocimiento constitucional, tanto del mandato para hacer efectivos estos derechos como específicamente el derecho a la vivienda, junto a al sector del derecho urbanístico, saber que para Iglesias González³⁰ supone que «si las Administraciones públicas no arbitraran mecanismos de protección pública a la vivienda, la producción de viviendas a precios asequibles para la mayoría de los ciudadanos sería inexistente, al menos en época de crecimiento económico. Con frecuencia se afirma que no se construyen más viviendas con protección pública porque el precio del suelo lo impide, al no poder repercutir este precio sobre el precio final de esta modalidad de viviendas que se caracteriza, precisamente, por tener un precio máximo de venta y renta». Por su relevancia para la resolución de este proceso, hay que señalar, igualmente, que la redacción del artículo 51 del Real Decreto Legislativo 7/2015 viene a disponer que los patrimonios públicos del suelo, que son integrados por los bienes, recursos y derechos que se entreguen a la Administración competente en aplicación del artículo 18.1 b) del Real Decreto Legislativo 7/2015 o de otras disposiciones normativas, podrán ser destinados a los usos que prevé el artículo 52.1 del Real Decreto Legislativo 7/2015, que establece que «los bienes y recursos que integran necesariamente los patrimonios públicos de suelo en virtud de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo anterior, deberán ser destinados a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública, salvo lo dispuesto en el artículo 18.2 a). Podrán ser destinados también a otros usos de interés social, de acuerdo con lo que dispongan los instrumentos de ordenación urbanística, solo cuando así lo prevea la legislación en la materia especificando los fines admisibles, que serán urbanísticos, de protección o mejora de espacios naturales o de los bienes inmuebles del patrimonio cultural, o de carácter socio-económico para atender las necesidades que requiera el carácter integrado de operaciones de regeneración urbana» (STC n.º 17/2016 [NCJ060895] de 4 febrero de 2016, FD 4.º). Y para los criterios de destino de este patrimonio del suelo a los usos previstos, se añade en el artículo 52.1 del Real Decreto Legislativo 7/2015 que deberá hacerse «de acuerdo con lo que dispongan los instrumentos de ordenación urbanística», y que cuando se trate de destinar tal patrimonio a un fin de carácter socio-económico, lo habrá de ser «para atender las necesidades que requiera el carácter integrado de operaciones de regeneración urbana». Resultando desde la STC n.º 166/1988, de 15 de julio que los bienes inmuebles que conforman este patrimonio municipal del suelo tienen la condición de bienes patrimoniales y no de demaniales.

Además el Tribunal Constitucional en el Auto n.º 247/2012 (NCJ059230), de 18 de diciembre de 2012, ya citado, en el que se planteó una cuestión de inconstitucionalidad, sobre determinado

³⁰ Iglesias González, F. (2005). La intervención pública en el mercado de la vivienda como política social: problemas actuales y soluciones posibles. *Documentación Administrativa*, 271-272, 516.

precepto de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía, en su FD 5.º, recordó que el artículo 132 de la CE vincula al legislador a regular el régimen jurídico de los bienes de dominio público, y dentro de él los usos de los que son susceptibles, respetando, además de los principios expresamente enunciados en aquel precepto constitucional (inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad), su propia esencia, esto es, su afectación a un fin público, pero sin imponerle qué tipo de fines públicos ha de perseguir un concreto bien demanial. De acuerdo con ello, resolvió que el legislador andaluz solo habría desconocido el artículo 132 de la CE si al disponer qué usos son posibles en las parcelas calificadas de equipamientos públicos o dotaciones públicas hubiera admitido alguno que impidiese que se satisfagan los fines públicos a que el bien está afecto. No es esto, sin embargo, lo que hace el precepto legal cuestionado, pues es evidente que los «alojamientos transitorios de promoción pública», independientemente de que se califiquen de uso residencial o asistencial, están al servicio de una de esas finalidades públicas a que atienden esos terrenos de dominio público, en la medida que son instrumentos de la actividad pública de protección social en materia de vivienda.

Desde la dimensión de la regulación urbanística andaluza, la LOUA en su artículo 69.1 d) delimita que será finalidad, entre otras, del Patrimonio Municipal de Suelo «garantizar una oferta de suelo suficiente con destino a la ejecución de viviendas de protección oficial u otros regímenes de protección pública», y en el artículo 75.1 a) el destino de sus terrenos y construcciones, de acuerdo con su calificación urbanística: «En suelo residencial, a la construcción de viviendas de protección oficial u otros regímenes de protección pública. Excepcionalmente, y previa declaración motivada de la Administración titular, se podrán enajenar estos bienes para la construcción de otros tipos de viviendas siempre que su destino se encuentre justificado por las determinaciones urbanísticas y redunde en una mejor gestión del patrimonio público de suelo», y su apartado 2 a) que «los ingresos, así como los recursos derivados de la propia gestión de los patrimonios públicos de suelo, se destinarán, con carácter preferente, a la adquisición de suelo destinado a viviendas de protección oficial u otros regímenes de protección pública». Regulación sobre el genérico reconocimiento de las determinaciones de los planes generales de ordenación urbanística, como es el artículo 10.1 A) b) de la LOUA: «Los Planes Generales de Ordenación Urbanística establecen la ordenación estructural del término municipal, que está constituida por la estructura general y por las directrices que resulten del modelo asumido de evolución urbana y de ocupación del territorio. La ordenación estructural se establece mediante las siguientes determinaciones. En todos los municipios, en cada área de reforma interior o sector con uso residencial, las reservas de los terrenos equivalentes, al menos, al treinta por ciento de la edificabilidad residencial de dicho ámbito para su destino a viviendas protegidas, en los términos previstos en el Plan Municipal de Vivienda y Suelo, que podrá aumentar este porcentaje para atender las necesidades del municipio». Regulación a la luz de la modificación de la LOUA, de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Comercio Interior de Andalucía, y de la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de Medidas para la Vivienda Protegida y el Suelo operada por la Ley 1/2006, de 16 mayo, que como apuntara Muñoz Amor³¹ provocó una nueva acotación o limitación a las posibilidades de exención por parte del PGOU de

³¹ Muñoz Amor, M. M. (noviembre 2006). Las viviendas de protección oficial en Andalucía. *Práctica Urbanística*, 54, 39.

la obligación de reservar al menos el 30% del suelo para VPO, por cuanto que ahora solo podrán liberar de esta obligación de reserva aquellas áreas o sectores concretos que tengan una densidad inferior a 15 viviendas por hectárea y que, además, por su tipología no se consideren aptas para la construcción de este tipo de viviendas, y asegurar la distribución equilibrada en el conjunto de la ciudad, «tratando de evitar que, de alguna manera, se conviertan en guetos, pues no se puede obviar la secular mala fama de este tipo o categoría de viviendas».

En cualquier caso, según avisara Aviñó Belenguer³², los bienes del PPS «no deberían ser sustraídos de la propiedad pública tan alegremente sin antes analizar las posibilidades que brinda la gestión a largo plazo del mismo desde el punto de vista de importancia estratégica en el desarrollo económico-social del municipio y del interés general, como por ejemplo a través de la constitución de un derecho real de superficie».

2. DERECHO DE SUPERFICIE

Su definición la obtenemos del pronunciamiento de la STS de 4 de febrero de 1993 que reconoció que «la superficie constituye un derecho real sobre el suelo y al mismo tiempo una propiedad superficiaria y separada, es decir, comprende dos relaciones jurídicas distintas, una entre el superficiario y el dueño del suelo ajeno y otra entre el superficiario y la construcción; la primera relación integra lo que puede llamarse el derecho de superficie en sentido estricto, que se polariza en una verdadera concesión *ad aedificandum*, o sea, el derecho de poder levantar en suelo ajeno una construcción propia, renunciando el dueño del suelo, por esa concesión, a la Ley de accesión y facultando a un tercero, mediando o no contraprestación de un canon, para construir; pero esa concesión de la que nace el derecho a edificar no ha creado, sin embargo, la propiedad superficiaria, pues la construcción no existe todavía, y como dice la doctrina, en el día en el que la construcción se realice no desaparecerá, ya que el derecho *ad aedificandum* que ha hecho posible la propiedad separada sigue perdurando, como lo demuestra el hecho de que en el caso de destrucción de lo edificado, el superficiario o concesionario continuará teniendo el derecho a construir nuevamente, en tanto en cuando no transcurra el plazo». Acude Maldonado Ramos³³ a Roca Sastre para su concreción: «El de superficie es un derecho real de tener o mantener, temporal o indefinidamente, en un inmueble ajeno, una edificación o plantación en propiedad separada, adquirida mediante el ejercicio de un derecho anejo de edificar o plantar o mediante un acto adquisitivo de una edificación o plantación preexistente».

Por lo que hace a su regulación a nivel estatal recordar que la STC 61/1997 (NCJ029743), de 20 de marzo consideró la naturaleza civil de los preceptos reguladores del derecho de superfi-

³² Aviñó Belenguer, D. (mayo 2015). La gestión sostenible del patrimonio público de suelo a través de la constitución de un derecho de superficie. *Práctica Urbanística*, 134.

³³ Maldonado Ramos, J. Superficie. *Enciclopedia de Administración Local*. Wolters Kluwer.

cie contenidos en la legislación del suelo y la consecuente competencia exclusiva del Estado en la regulación de la institución (art. 149.1.8.ª CE), y de esta manera, aseveró Castillo Martínez³⁴, se puso punto final al prolongado debate doctrinal en torno a la dualidad de regímenes jurídicos y correlativa existencia de ambas modalidades del derecho de superficie. Hoy, a la vista de la regulación estatal del Real Decreto Legislativo 7/2015, que no propiamente urbanística sino de suelo, y de la competencia en que se ampara el FD 1.ª parece reafirmarse, según Corral García y Chinchilla Peinado³⁵, la tesis unitaria frente a la tesis dualista (STS de 26 de noviembre de 2002), para la que algunas relaciones superficiarias quedan sometidas al derecho privado, escapándose del rígido corsé que supone la legislación urbanística, cuyas normas son, en lo que se refiere al derecho de superficie, imperativas. El derecho de superficie, hoy constituido por un sujeto privado sobre suelos de que sea propietario, se articula sobre un contrato privado, sometido, lógicamente, al control de la jurisdicción civil, pero sometido a la legislación estatal.

A su vez señalar que el Real Decreto Legislativo 7/2015 en su artículo 53.1 estipula que «el derecho real de superficie atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas. También puede constituirse dicho derecho sobre construcciones o edificaciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones, atribuyendo al superficiario la propiedad temporal de las mismas, sin perjuicio de la propiedad separada del titular del suelo». Derecho real que facilita pues la puesta a disposición del mercado de construcciones y edificaciones, manteniendo su titularidad el dueño, sabiendo además que la normativa tanto estatal como autonómica regula este derecho de construcción sobre suelo, que no es propio como mecanismo para intervenir en el mercado de la vivienda y con esto también del suelo. Derecho de superficie que puede ser objeto de transmisión como también de gravamen, resultando que según el artículo 54.2 del Real Decreto Legislativo 7/2015, «cuando las características de la construcción o edificación lo permitan, el superficiario podrá constituir la propiedad superficiaria en régimen de propiedad horizontal con separación del terreno correspondiente al propietario, y podrá transmitir y gravar como fincas independientes las viviendas, los locales y los elementos privativos de la propiedad horizontal, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad del consentimiento del propietario del suelo».

Para Pérez López³⁶ «la constitución de derechos de superficie es un instrumento fundamental para una buena gestión de los patrimonios públicos de suelo. Permite atender las necesidades inicialmente previstas de facilitar el acceso a la vivienda, la implantación de industrias, la construcción de dotaciones, equipamientos y servicios, a la vez que posibilita la generación de un pa-

³⁴ Castillo Martínez, C. C. (enero 2010). Los instrumentos de intervención de la Administración en el mercado del suelo y de la vivienda en el RD 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo. Singular consideración del derecho de superficie. *Actualidad Civil*, 2, 152.

³⁵ Corral García, E. (julio 2010). El derecho de superficie y su regulación. *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, 13, 2.048.

³⁶ Pérez López, J. L. (julio 2007). El derecho de superficie. *Práctica Urbanística*, 62, 73.

trrimonio público importante para el futuro, pues con la reversión del suelo con todo lo construido sobre el mismo cuando se extingue el derecho de superficie se produce un importante incremento del patrimonio urbano disponible para la Administración». Sin embargo su virtualidad práctica quedó en entredicho en la STS de 24 de marzo de 1992, que afirmaba que «aunque la asunción por las Leyes del Suelo (art. 157 de la Ley de 12 de mayo de 1956, art. 171 de la de 9 de abril de 1976) de esta técnica jurídica, encuadrada dentro de un capítulo dedicado al fomento de la edificación, no haya ofrecido los resultados apetecidos, sin duda porque edificar en suelo que, al fin y al cabo, es ajeno, no despierta demasiada confianza, sin duda porque las edificaciones actuales, sobre todo en las grandes ciudades, se materializan en ingentes bloques de viviendas, de elevado presupuesto, y construidos pensando en una duración indefinida, sin embargo, ello no ocurre en el caso que nos ocupa, en que lo construido es un simple kiosco, como base de un negocio, que, al ofrecer una duración de cincuenta años, se considera suficiente, como margen de comercialidad». Siendo viable según la actual regulación estatal del suelo, delimitó Martínez Fernández³⁷ que este derecho a construir «pueda recaer no solo sobre la rasante, sino también sobre el vuelo o sobre construcciones y edificaciones ya realizadas, atribuyendo al superficiario la propiedad temporal de las mismas. Esta característica del derecho de superficie es importante, por ejemplo, en aquellos supuestos en que la operación que se plantea la Administración tiene por objeto la rehabilitación, ampliación o mejora de edificios ya construidos».

En Andalucía, el artículo 77 de la LOUA, en el título III «Instrumentos de intervención del mercado de suelo», dispone: «1. Las Administraciones y demás entidades públicas, así como los particulares, podrán constituir el derecho de superficie en bienes de su propiedad o integrantes del patrimonio público de suelo correspondiente con destino a cualquiera de los usos permitidos por la ordenación urbanística, cuyo derecho corresponderá al superficiario. 2. La concesión del derecho de superficie por cualquier Administración y demás entidades públicas y su constitución por los particulares gozará de los beneficios derivados de la legislación de viviendas de protección pública, siempre que se cumplan los requisitos en ella establecidos. 3. En cuanto a su régimen jurídico, se estará a lo dispuesto en la legislación estatal. 4. El procedimiento de constitución del derecho de superficie sobre suelos pertenecientes a los patrimonios públicos de suelo, se regirá por lo dispuesto en el artículo anterior para los diversos supuestos». Resultando que estamos ante un derecho de superficie que no ha ofrecido una posibilidad seria de resolver el problema del acceso a la vivienda; apurando las causas Alonso Clemente³⁸: «En parte por la propia idiosincrasia española, que no permite asimilar con facilidad la disociación entre la propiedad del suelo y la propiedad de la edificación sobre el mismo ejecutada; y en parte también por la falta de iniciativa de las Administraciones públicas a otorgar ese derecho real sobre suelo de su titularidad para la construcción de viviendas protegidas».

³⁷ Martínez Fernández, M. (febrero 2012). ¿Continúa teniendo sentido la utilización de los derechos de superficie para la ejecución de infraestructuras y el posterior arrendamiento de las mismas a la Administración? *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, 2.

³⁸ Alonso Clemente, A. (enero-febrero 2013). El derecho de superficie y función social de la propiedad. La intervención de la Administración en el mercado de suelo. *Práctica Urbanística*, 120, 96.

VI. CONCLUSIÓN

El derecho a la propiedad se configura como un «haz de facultades individuales», pero también como «un conjunto de derechos y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la comunidad» (STC n.º 204/2004 [NCJ040556], de 18 de noviembre, FD 5.º), el derecho a una vivienda digna como mandato a los poderes públicos autonómicos, más que un derecho subjetivo del ciudadano (SSTC n.º 247/2007 [NCJ043095], de 12 de diciembre, FD 15.º c); n.º 31/2010 [NCJ052475], FD 16.º, y n.º 110/2011 [NCJ055250], de 22 de junio, FD 5.º) que le garantiza una posición jurídica por necesitar un lugar donde vivir, y no la del propietario de la vivienda, interés este último que no está amparado por el contenido del artículo 25 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, sino por el derecho de propiedad recogido en el artículo 33 de la CE (STC n.º 93/2015 [NCJ059986], de 14 de mayo de 2015, FD 14.º), y sin olvidar que la regulación del sector de la vivienda, como declaró el Tribunal Constitucional, es un «subsector importante de la economía, admitiéndose como constitucionalmente legítimo que, aun cuando la competencia en materia de vivienda corresponda a las comunidades autónomas, el Estado señale, si lo considera necesario, ciertas líneas directrices de la ordenación de este segmento de la economía» (SSTC n.º 152/1988, de 17 de marzo, FD 2.º y 4.º; n.º 251/2006 [NCJ031828], de 5 de julio, FD 11.º; y n.º 112/2013 [NCJ059965], de 9 de mayo, FD 3.º). En definitiva, una garantía constitucional del derecho de propiedad que cubre también los derechos reconocidos a través de acciones de protección social (SSTC n.º 6/1983 [NFJ000018], de 4 de febrero, FD 2.º, y n.º 65/1987, de 21 de febrero, FD 12.º y 15.º).

Y por lo que hace al ámbito competencial, según la STC n.º 154/2015, de 9 de julio de 2015, FD 6.º, las comunidades autónomas no pueden perder de vista que el urbanismo es un ámbito de interés municipal preferente, tal como refleja el artículo 25.2 de la LBRL, y así «no es necesario argumentar particularmente que, entre los asuntos de interés de los municipios y a los que por tanto se extienden sus competencias, está el urbanismo» (SSTC n.º 40/1998, de 19 de febrero, FD 39.º; n.º 159/2001 [NCJ030940], de 5 de julio, FD 4.º; n.º 204/2002 [NFJ013319], de 31 de octubre, FD 13.º y n.º 104/2013 [NCJ059336], de 25 de abril, FD 6.º). De modo que, por imperativo de la garantía constitucional de la autonomía local (arts. 137, 140 y 141.2 CE), las comunidades autónomas, a la hora de configurar las competencias locales, deben graduar «la intensidad de la participación del municipio» por la existencia de intereses locales y supralocales (STC n.º 51/2004 [NCJ031202], FD 12.º).

El derecho a la vivienda es básico para la persona, como demuestra su regulación en la normativa internacional, caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25) o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 11.1), y su protección vía interpretativa en regulaciones internacionales tales como el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (1966) (art. 17), así como por la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación Racial (1965) (art. 5 e iii). Y por afectar a grupos en situaciones de vulnerabilidad, es derecho previsto en la Convención relativa al Estatuto de los Refugiados (1951) (art. 21), en la Convención para la Eliminación de toda de Discriminación contra la Mujer (1979) (art. 14.2 h), en la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) (art. 16.1 y 27.3), en la Convención para la protección de los Derechos de los Trabajadores Migrantes y miembros de

sus Familias (1990) (art. 43.1) y en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006) (arts. 2, 5.3, 9.1 a, 19 a, 22.1, y 28.1 y 2 d). Destacándose finalmente instrumentos concretos como la Estrategia Mundial de la Vivienda hasta el año 2000 o en el 2002 del Programa de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Vivienda³⁹.

Estamos ante un derecho a la vivienda con intervención competencial de todas las Administraciones, que se verá afectado por materias varias del propio texto constitucional (STC n.º 154/2015 [NCJ060182], de 9 de julio de 2015, FD 7.º), con un objetivo constitucional primordial (arts. 9.2 y 47 CE), entre los que citar la protección social y económica de la familia (art. 39.1 CE), la juventud (art. 48 CE), la tercera edad (art. 50 CE), las personas con discapacidad (art. 49 CE) y los emigrantes retornados (art. 42 CE), así como con la construcción como factor de desarrollo económico y generador de empleo (art. 40.1 CE). Tan es así, que la doctrina constitucional ha entendido amparadas en el artículo 149.1.13 de la CE («bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica») determinadas intervenciones estatales en este ámbito (SSTC n.º 152/1988, FD 4.º; n.º 112/2013 [NCJ059965], de 9 de mayo, FD 3.º. y n.º 139/2013, FD 3.º)

También está vinculado este derecho a la vivienda al respeto al medio ambiente, pues visto el término empleado en la Constitución referido a disfrutar este medio ambiente, como aclarase Vaquer Caballería⁴⁰, «el significado de "disfrutar" en el artículo 47 de la Constitución española es similar al que tiene en su artículo 45: significa "gozar" del uso, no "explotar" económicamente para percibir frutos o rentas de la cosa. De ello se coligen, a su vez, dos consecuencias. La primera es que el derecho se configura constitucionalmente *prima facie* como un derecho típico de prestación y no como un derecho de libertad, a diferencia de cuanto ocurre con el derecho de propiedad del artículo 33 de la CE. Así se constata en el segundo inciso del artículo 47». Para añadir, una «segunda consecuencia es que la efectividad de este derecho no consiste necesariamente en adquirir la propiedad de la vivienda habitual ni ningún otro derecho real o personal sobre la cosa, sino en su disfrute real por cualquier título jurídico, entre los cuales la propiedad es solo una opción. Expresado en términos más sencillos: el disfrute de la vivienda a que se refiere la Constitución no requiere su propiedad, sino su posesión pacífica por cualquier título que garantice su uso privativo».

Y a nivel comunitario recordó Gómez-Ferrer Morán⁴¹ que la crisis económica provocó la ruptura del compromiso propio del Estado social y democrático de derecho entre la libertad y la

³⁹ Maralet, E. y Marsal, M. (2005). Constitución europea y derechos sociales. *Documentación Administrativa*, 271-272; Vicente Giménez, T., Rubio Fernández, E. M. y Martínez Coy, J. (2013). *El derecho a la vivienda*. En M. Hernández Pedreño (coord.), *Vivienda y exclusión residencial* (pp. 24 a 26). Universidad de Murcia; y Gómez Jiménez, M.ª L. (primer semestre 2015). Repensando el derecho a la vivienda: derecho humano o principio rector. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 25, 359-382.

⁴⁰ Vaquer Caballería, M. (junio, 2015). El derecho a la vivienda en su relación con los derechos a la ciudad y al medio ambiente. *Asamblea, Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 32, 132.

⁴¹ Gómez-Ferrer Morán, R. (mayo-agosto, 2016). La Unión Europea y el Estado Social. *Revista de Administración Pública*, 200, 75-76.

igualdad, siendo especialmente sensible en relación con el principio rector contenido en el artículo 47 de la CE, al provocar «miles y miles de desahucios producidos por impago de créditos hipotecarios, lo que ha planteado la necesidad de determinar cómo el sistema jurídico podía hacer frente a esta situación. Se trata de una cuestión absolutamente relevante, como fácilmente se comprende. Esta cuestión ha sido considerada por el derecho de la Unión Europea y por el derecho del Estado». Y para ello se procedió a una combinación del artículo 47 de la CE con el de protección de los usuarios y consumidores del artículo 51 de la CE, al decir que los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procesos eficaces la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos; principio rector con el que conecta el relativo al derecho a la vivienda, dado que los compradores de vivienda tienen la condición de consumidores. Y a su vez se procedió, añade el profesor, a una actuación conjunta de los dos principios rectores que se ha llevado a cabo, además, en conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva que establece el artículo 24 de la CE y el artículo 47, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000.

En cualquier caso, saber que la «valoración tan negativa que se hace de esta política por parte de la ciudadanía se explica, con toda probabilidad, por un problema de logro en las metas y no debido a errores gruesos ni en las alternativas de política pública adoptadas por los gobiernos, ni por los procedimientos empleados para ello durante décadas»⁴². Resultando en fin que el derecho a la vivienda no se debe confundir con el derecho de propiedad (art. 33 CE) (STC de 8 de marzo de 1999 y Auto 180/1984, FD 4.º), y cuya intervención por parte de la Administración, siguiendo el interrogante de Iglesias González⁴³ encuentra explicación en la «incapacidad del sistema económico de mercado para garantizar el acceso de todos los ciudadanos a una de las necesidades vitales del ser humano: la vivienda. Existe una manifiesta inadecuación entre las necesidades habitacionales de la población y la producción de viviendas, que impide el acceso de parte considerable de la población al disfrute de una vivienda, así como en la constatación del hecho de que dejar dirigida la política de vivienda por el mercado resulta ineficaz por su incapacidad de adaptar la oferta efectiva a las necesidades y características de las nuevas familias españolas».

⁴² Tamayo Sáez, M., Carrillo Barroso, E. y Bazaga Fernández, I. (2015). Opinión pública y derecho a la vivienda: La percepción ciudadana del rendimiento de la política de vivienda de los gobiernos autonómicos en España. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 263.

⁴³ Iglesias González, F. (2000). *Administración Pública y Vivienda*. Madrid (citado por Corchero, M. y Sánchez Pérez, L. [mayo 2013]. Administración local y proyecto de ley de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas [1]. *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, 9).