# EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA VIVIENDA

## ANÁLISIS DE EXPERIENCIAS NACIONALES E INTERNACIONALES

DR. JULI PONCE SOLÉ

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

# ÍNDICE

**I. ANTECEDENTES: PUNTO DE PARTIDA EXISTENTE Y COMPETENCIAS DE LA UE Y VIVIENDA**

**PRIMERO. - El punto de partida existente: políticas públicas y regulación en materia de vivienda y competencias de la UE**

**1.1. Las políticas públicas de la UE que afectan a la vivienda y su regulación vigente.**

**1.2 *Soft Law* y *Hard Law* de la UE y vivienda**

**1.2.1 *Soft Law* de la UE y vivienda**

**1.2.2 Regulaciones de la UE y vivienda. El relevante papel de la jurisprudencia**

**1.3 Conclusiones de la Sección Primera**

**SEGUNDO- La necesidad de conectar el desarrollo urbano sostenible con la vivienda para luchar contra la gentrificación y la segregación**

**2.1 Vivienda, urbanismo, gentrificación y segregación**

**2.2 El derecho a la ciudad: concreción y reforzamiento del derecho a la vivienda**

**2.2.1 Derecho a la ciudad e igualdad**
**2.2.2 Derecho a la ciudad y derecho a la vivienda**
**2.2.3 Derecho a la ciudad y derecho al medio ambiente (urbano)**
**2.2.4 Derecho a la ciudad y derecho a la educación no segregada**
**2.2.5. Derecho a la ciudad y derecho a la libertad religiosa ejercido en lugares de culto no segregados**
**2.2.6 Derecho a la ciudad y seguridad urbana**
**2.2.7 Derecho a la ciudad y buena administración**
**2.2.8 Otros derechos en la ciudad**

**2.3 Conclusiones de la Sección Segunda**

**TERCERO: El marco competencial e institucional existente en la actualidad**

**3.1 ¿Ausencia de competencia de la UE en materia de vivienda?**

**3.1.1 Políticas, Objetivos y Competencias de la Unión Europea**
**3.1.2 Las competencias de la Unión Europea**
**3.1.3 Las competencias de la Unión Europea y la vivienda.**

**3.2 Conclusiones de la Sección Tercera**

**II. POSIBILIDADES DE AVANCE EN EL ÁMBITO DE LA VIVIENDA Y DEL DESARROLLO URBANO SOSTENIBLE COMBINADOS.**

**4.1. Desde la perspectiva del derecho fundamental a la vivienda derivado de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de sus consecuencias**

**4.2. Desde la perspectiva de la función social de la propiedad y de la vivienda**

**4.3. Desde la perspectiva del Servicio de interés económico general de vivienda social**

**4.4. Desde la perspectiva de la Directiva de servicios y de la vivienda**

**4.5. Desde las perspectivas transversales y sectoriales: existencia de diversas bases jurídicas**

**4.5.1 Bases jurídicas compartidas: doctrina jurisprudencial y ámbitos implicados**

**4.5.2 Posibles maneras de articular una regulación futura del derecho a la vivienda en el nivel de la UE**

**4.6 Conclusiones de la Sección Cuarta**

**III. CONCLUSIONES[1]**

[1] Quiero agradecer los comentarios y sugerencias recibidos de diversas personas en encuentros personales, conversaciones telefónicas y correos electrónicos. En especial, quiero agradecer su amabilidad a la señora María José Aldana, de FEANTSA y a la señora Sorcha Edwards, secretaria general de *Housing Europe*. Asimismo, quiero mencionar el apoyo ofrecido por la Dra. Marta Ortega, profesora Titular de Derecho Internacional Público en la Universidad de Barcelona, quien supervisó las referencias efectuadas al Derecho de la Unión Europea.
Por supuesto, el contenido final del estudio, con las opiniones y sugerencias efectuadas, y los posibles errores cometidos sólo son atribuibles a su autor.
También quiero agradecer al señor Javier Burón y Vanesa Reliaño, del Ayuntamiento de Barcelona, las facilidades ofrecidas para la publicación de este libro, en cuyo origen se encuentra una consulta efectuada por dicha institución sobre las competencias de la UE y la vivienda.
El presente estudio se enmarca en el proyecto de investigación Retos jurídicos del uso de datos masivos para el fomento de la innovación y la Buena administración a través de la inteligencia artificial (DER2017-85595-R) del que el autor es co-investigador principal.

## I. ANTECEDENTES: PUNTO DE PARTIDA EXISTENTE Y COMPETENCIAS DE LA UE Y VIVIENDA[2]

### PRIMERO. - El punto de partida existente: políticas públicas y regulación en materia de vivienda y competencias de la UE

### 1.1 Las políticas públicas de la UE que afectan a la vivienda y su regulación vigente.

Como es sabido, el Derecho de la UE está conformado por los Tratados adoptados por los Estados miembros (Tratado de la Unión Europea y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en adelante TUE y TFUE) y por el Derecho derivado, es decir, reglamentos, directivas y decisiones, adoptadas por las instituciones de UE en virtud de las competencias previamente establecidas en los Tratados, a las que luego aludiremos. Además, no puede olvidarse el importante papel de la jurisprudencia del TJUE, con una labor interpretativa y creativa, pese a que, en la mente de muchos europeos, juristas incluidos, esta labor de creación sea difícil de reconocer debido a tradiciones históricas y culturales arraigadas, diferentes de las de los países de tradición vinculada al *Common Law*[3].

Distinto de este marco jurídico vinculante, en el sentido propio del Estado de Derecho o *rule of law*, se encuentra el llamado *soft law*, emitido en forma de comunicaciones, recomendaciones, etc., muy abundantes en el ámbito de la vivienda. Si bien puede ser de gran interés en una perspectiva de *lege ferenda*, esto es de modificación o desarrollo del Derecho de la UE vigente o *hard law*, y de su interpretación, debe destacarse que tiene un alcance jurídico limitado y que conviene no confundirlo con el Derecho aplicable directamente. En particular, obviamente, el *soft law* no confiere competencias de actuación a la UE.

### 1.2 *Soft Law* y *Hard Law* de la UE y vivienda

#### 1.2.1 *Soft Law* de la UE y vivienda

El art. 288 TFU al referirse a las recomendaciones y a los dictámenes indica su naturaleza no vinculante. Hay que tener en cuenta que en lo que a la Comisión europea se refiere, el recurso a las comunicaciones es también habitual. Asimismo, hay que

[2] Abreviaturas: CDFUE = Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; CEDH = Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; CEDS = Comité Europeo de Derechos Sociales; CSE = Carta Social Europea; CESE = Comité Económico y Social Europeo; FEANTSA = European Federation of National Organisations working with the Homeless; FEAD = Fondo Europeo de Ayuda a los Más Desfavorecidos; FEDER = Fondo Europeo de Desarrollo Regional; FRA = Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; FSE = Fondo Social Europeo; TEDH = Tribunal Europeo de Derechos; TFUE= Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; TJUE = Tribunal de Justicia de la Unión Europea; TUE = Tratado de la Unión Europea; UE = Unión Europea.

[3] FOLSOM, R.H., *European Union Law*, Thompson West, 2005, 5ª ed., pp. 70 y 71, donde se señala que es contra el mito de que los jueces sólo aplican la ley, que pesa en la mente de muchos europeos, que "the law-making achievements of the European Court of Justice take on a truly remarkable significance".

considerar otros instrumentos atípicos igualmente del *soft law*, como los memorándums y, en ocasiones, los códigos de conducta, así como las resoluciones del Consejo de la UE, las conclusiones del Consejo Europeo y otros documentos del Consejo.

El *soft law* con efectos *ad extra* carece de efectos vinculantes frente a terceros, si bien no deja de tener (limitados) efectos jurídicos, como ha reconocido el TJUE en el conocido asunto Grimaldi. Efectivamente, el mismo puede servir para interpretar, atenuando o acentuando su aplicación el Derecho vigente aplicable (o *hard law*), como es sabido. Por otro lado, como dijimos, puede servir para explorar en una primera fase, antes de una intervención de la UE de carácter imperativo, las posibles reacciones de autoridades nacionales y operadores privados para avanzar hacia un futuro *hard law* en sectores en los que resulta más que dudosa la competencia de la UE para intervenir, sembrando la semilla del futuro Derecho vinculante.

En este sentido, el estado actual del *soft law* relativo a la vivienda permite afirmar su gran volumen y su persistencia a lo largo de los años, lo que da una muestra del interés de este ámbito en la Unión Europea.

Si bien a lo largo de este estudio se van a mencionar de forma indistinta tanto elementos de *soft law* como Derecho vigente de la UE en relación con la vivienda, conviene no perder de vista su diferencia desde este mismo momento.

Aparte de este *soft law* reconocido en el Tratado y que proviene de instituciones de la UE, existe un amplio y diverso mundo de documentos conteniendo declaraciones políticas, iniciativas políticas, borradores, etc., entre los que podemos destacar aquí el borrador de una Carta Europea de Vivienda, impulsada por un grupo constituido en el seno del parlamento europeo[4]. Entre ellos, se va a tener muy en cuenta también el resultado de los trabajos del grupo de vivienda (*Housing Partnership)* vinculado a la Agenda Urbana europea, el cual ha sido hecho publico muy recientemente, en diciembre de 2018[5]. Finalmente, se considerará también, en lo relacionado con este estudio la Declaración municipalista de los gobiernos locales por el derecho a la vivienda y el derecho a la ciudad, "Ciudades por la vivienda adecuada", realizada en Nueva York el

[4]Véase http://urban-intergroup.eu/ (salvo que se diga cosa en contrario, todos los vínculos de internet han sido accedidos por última vez a fecha de 8 de febrero de 2019). El mismo se define como un grupo que ha trabajado desde 2005 (previamente conocido como Urban-Housing) que constituye: "a cross-parties and cross-committees grouping with a horizontal approach to discuss urban related issues. We bring together over 89 MEPs representing most EU Member States, all the political groups at the European Parliament, and working in all the parliamentary committees. We work with 118 partners from local, regional, national and European level that represent the interests of Europe's town and cities or work in the domain relevant for urban development". El texto del documento borrador de la carta, en inglés, en: http://www.iut.nu/wp-content/uploads/2017/03/European-Housing-Charter.pdf

[5]The Housing Partnership FINAL ACTION PLAN:
https://ec.europa.eu/futurium/en/housing/housing-partnership-final-action-plan-0 .
Este documento señala que "The Housing Partnership is one of four pilot partnerships established within the frame of the Urban Agenda for the European Union at the end of 2015. It has a distinct mandate, since housing is not a direct competence of the European Union. In 2016, the Partnership welcomed the official endorsement of the Pact of Amsterdam in 2016 and its recognition of housing as one of the urban priorities in Europe. The Housing Partnership is one of four pilot partnerships established within the frame of the Urban Agenda for the European Union at the end of 2015. It has a distinct mandate, since housing is not a direct competence of the European Union. In 2016, the Partnership welcomed the official endorsement of the Pact of Amsterdam in 2016 and its recognition of housing as one of the urban priorities in Europe"

16 de julio de 2018, y a las que se han adherido diversas ciudades del mundo, incluyendo a Barcelona.

### 1.2.2 Regulaciones de la UE y vivienda. El relevante papel de la jurisprudencia

a) Como es conocido, dos ordenamientos europeos deben tenerse en cuenta para garantizar el derecho a la vivienda, el conectado con el Consejo de Europa y el de la Unión Europea (UE).

Este estudio solo se ocupa del segundo, pues, como es sabido, el Consejo de Europa, del que no nos ocuparemos, que no cabe confundir con la Unión Europea ni con ninguna de sus instituciones, es un mecanismo de integración regional, creado tras la Segunda Guerra Mundial, en el marco del cual se adoptó el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), en 1950. El CEDH ha sido objeto de modificaciones por medio de sus Protocolos, con el Protocolo 11 el Tribunal Europeo de Derechos (TEDH) pasó a ser un órgano permanente con funcionamiento a tiempo completo.

Ahora bien, dado que los 28 Estados miembros de la UE son Partes en el Convenio y que para garantizar que la UE y su legislación estén sujetas a las mismas normas que los Estados miembros el Tratado de Lisboa dispone que la Unión Europea se adhiera al Convenio, cosa que no ha sucedido hasta el momento, ocasionales referencias al mismo y a la jurisprudencia del TEDH serán efectuadas.

Dicha adhesión completaría la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos de la UE y reforzaría los valores fundamentales. También aumentaría la eficacia de la legislación de la UE y la coherencia de la protección de los derechos fundamentales en Europa. Sin embargo, el 18 de diciembre de 2014, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea emitió un dictamen negativo sobre la compatibilidad del proyecto de acuerdo de adhesión con los Tratados de la UE. Por ello, se está debatiendo una nueva solución que haga posible cumplir la obligación de adhesión y tener en cuenta todos los aspectos que señala el Tribunal en su dictamen.

Mientras llegue ese momento, debe tenerse en cuenta el art. 6.3 del TUE, según el cual los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales forman parte del Derecho de la Unión como principios generales.

Ya hemos aludido antes al importante papel de las decisiones judiciales, la jurisprudencia, que interpretan el Derecho vigente y en cierta manera lo crean, como vamos a ver a continuación y a lo largo de todo el estudio.

Aunque el derecho a la vivienda no recibe ninguna regulación específica en el CEDH, el TEDH ha tratado alguno de los elementos que lo integran gracias a la interpretación de los derechos civiles y políticos contenidos en el CEDH, como el respeto a la vida privada y familiar, el domicilio y la correspondencia (caso en que el TEDH ha vinculado el derecho a la vivienda con el art. 8 CEDH en aspectos muy específicos, como la habitabilidad de la vivienda, su accesibilidad y su exigibilidad.

En este último punto, el TEDH puede llegar a considerar atendiendo a las circunstancias del caso que las autoridades deban ofrecer soluciones alternativas al desalojo de los ocupantes de las viviendas para cumplir con el principio de proporcionalidad) y el derecho de propiedad (art. 1 del Protocolo adicional al CEDH). En el caso *caso Marzari contra Italia* de 4 de mayo de 1999[6] el demandante, que padecía una discapacidad grave, dejó de pagar el alquiler hasta que se no llevaran a cabo las adaptaciones pertinentes en su apartamento, que no se adaptaba a sus necesidades. Su demanda no fue admitida por el TEDH ya que las autoridades públicas nacionales habían adoptado las medidas oportunas, si bien dejó la puerta abierta a futuras reclamaciones relacionadas con la acción positiva de las autoridades en cuanto a la accesibilidad de la vivienda[7]. En el caso Y*ordonova* en 2012, el TEDH afirma (después de negar que el CEDH regule el derecho a la vivienda) que "*an obligation to secure shelter to particularly vulnerable individuals may flow from Article 8 of the Convention in exceptional cases*".

Ejemplos de la conexión entre el art. 8 CEDH y el derecho de propiedad (art. 1 del Protocolo) son la STEDH de 28 de julio de 2009[8] (en la que se discutió el derecho de unos ciudadanos a la provisión de una vivienda social a la que tenían derecho gratuitamente por ley, cuya no satisfacción por el número de ciudadanos elegibles conllevó una violación del derecho de propiedad de los solicitantes), la STEDH de 22 de diciembre de 2005[9] (el demandante no había podido disfrutar del el acceso, dominio, uso y disfrute de su domicilio desde la invasión turca de Chipre en 1974) y la STEDH de 28 de septiembre de 1995[10] (el propietario exigió la devolución de la vivienda por caso de necesidad, la cual no fue atendida por las autoridades públicas). La doctrina concluye de esta jurisprudencia que la vivienda es un aspecto positivo del derecho de propiedad[11], al menos cuando la ley legitima a un particular a recuperar el uso de la vivienda[12], y asimismo que la protección de la vivienda es una obligación positiva de los Estados, con lo que también puede conseguirse la exigencia judicial del derecho a la vivienda a través del derecho a la propiedad.

Otra vía para proteger el derecho a la vivienda sería a través de la restricción del disfrute de los derechos previstos en el CEDH. En este sentido, el TEDH se ha amparado en este

---

[6] Final decision as to the admissibility of Application no. 36448/97. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/

[7] "A refusal of the authorities to provide assistance in this respect to an individual suffering from a severe disease might in certain circumstances raise an issue under Article 8 of the Convention because of the impact of such refusal on the private life of the individual".

[8] JUR 2009\338774. *Caso Olaru y otros contra Moldavia*. Apartados 53 a 61.

[9] TEDH 2005\138. *Caso Xenides-Arestis contra Turquía.*

[10] TEDH 1995\34. *Caso Scollo contra Italia.*

[11] "SARIGIANNIDIS, Miltiadis y PERVOU, Ioanna, "Adequate housing: seeking justiciability through the right to property", *International Journal Human Rights and Constitutional Studies*, Vol. 1, No. 1, 2013, pp. 33 y 35.

[12] En la STEDH de 24 de junio de 2003 (JUR 2003\125160, *caso Stretch contra Reino Unido*, el TEDH señaló que la protección de los propios bienes incluía tutelar la expectativa de un arrendatario de renovar el contrato de arrendamiento, y en la STEDH de 3 de mayo 2012 (JUR 2012\150055, *caso Gasimova and others contra Azerbaijan*) diversas sentencias firmes quedaron sin ejecutar durante más de doce años sin que las autoridades actuasen con diligencia para agilizar estos desalojos. De esta manera, considera el TEDH que se violó el art. 1 del Protocolo y el art. 6.1 CEDH. Casos similares son los de la SSTEDH de 22 de abril de 2010 (JUR 2010\121700, *caso Gulmammadova contra Azerbaiyán*), donde el arrendador tuvo que esperar más de siete años, y de 2 de diciembre de 2010 (JUR 2010\396591, *caso Sud est Realisations contra Francia*), en la que el tiempo de espera fue de catorce años.

derecho para imponer restricciones al derecho de propiedad[13], lo que ha tenido lugar por ejemplo en el ámbito de los arrendamientos urbanos sobre la base de la capacidad que tienen los Estados parte para reglamentar del uso de los bienes de acuerdo con el interés general (art. 1.2 del Protocolo). Así, la STEDH de 28 de enero de 2014[14] afirmaba que la fijación de una renta máxima por parte de la autoridad cumplía con el principio de proporcionalidad en tanto que era superior al impuesto que recaía sobre la propiedad y a los costes de su mantenimiento[15]. Un caso similar tuvo lugar en las SSTEDH de 19 de diciembre de 1989[16] (limitación legal de la renta del alquiler por el Estado) y de 21 de noviembre de 1995[17] (donde se impide al propietario recuperar la vivienda arrendada, porque no se justifica la necesidad).

b) El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión proclamaron solemnemente la *Carta Europea de Derechos Fundamentales en Niza en el año 2000*. Tras ser revisada, fue proclamada de nuevo en 2007. Sin embargo, la Carta solo tuvo efecto directo tras la adopción del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009, como establece el artículo 6, apartado 1, del TUE, convirtiéndose así en una fuente vinculante de Derecho primario.

Son importantes los arts. 51 y ss. para entender el alcance de la Carta:

"Artículo 51

Ámbito de aplicación

1. Las disposiciones de la presente Carta *están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión*. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión.

2. *La presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados.*

Artículo 52

Alcance e interpretación de los derechos y principios

1. Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a

[13] STEDH de 21 de febrero de 1988 (TEDH 1986\2). *Caso James y otros contra Reino Unido*. Apartado 47.
[14] JUR 2014\22351. *Caso Bitto y Otros contra Eslovaquia*. Apartados 30 a 32 y 38.
[15] No sucede en este caso lo mismo que en la STEDH de 12 de junio de 2012 (JUR 2012\196330, *Caso Lindeheim and others contra Noruega*), que sí entendió que existía una injerencia en el derecho de propiedad.
[16] TEDH 1989\23. *Caso Mellacher y otros contra Austria.* Apartados 48 a 57.
[17] TEDH 1995\47. *Caso Velosa Barreto contra Portugal*. Apartados 24 y 25.

objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

2. Los derechos reconocidos por la presente Carta que constituyen disposiciones de los Tratados se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos.

3. *En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa.*

4. *En la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones.*

5. Las disposiciones de la presente Carta que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas. Sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos.

6. Se tendrán plenamente en cuenta las legislaciones y prácticas nacionales según lo especificado en la presente Carta.

7. Las explicaciones elaboradas para guiar en la interpretación de la presente Carta serán tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros."

En cuanto a derechos concretos, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) señala que:

«la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social *y a una ayuda de vivienda* para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, *según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales*» (art. 34.3).

Además, protege el derecho a la propiedad, reconociendo que "El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida en que resulte necesario para el interés general" (art. 17); reconoce el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones (art. 7, en la línea del art. 8 del CEDH, ya citado); y regula la protección de los consumidores (art. 38).

En el importante *caso Monika Kušionová y SMART Capital 50*, de 2014, el TJUE interpretó que en la UE:

«el derecho a la vivienda es un *derecho fundamental* garantizado por el artículo 7 de la Carta que el tribunal remitente debe tomar en consideración al aplicar la Directiva 93/13» (párr. 65).

El TJUE realizó esta interpretación pese a que en el artículo 7 de la CDFUE no se establece de forma literal al derecho a la vivienda, sino que se reconoce del derecho a la vida privada y familiar y el derecho al domicilio, pero efectuó la misma interconexión que el TEDH, como vimos. En la misma Sentencia, el TJUE se refiere a jurisprudencia del TEDH, precisamente, para agregar que: «la pérdida de una vivienda es una de las más graves lesiones del derecho al respeto del domicilio y que toda persona que corra el riesgo de ser víctima de ella debe en principio poder obtener el examen de la proporcionalidad de dicha medida» (párr. 64).

c) Entre otras normas de derecho derivado de la UE, para la protección del derecho a la vivienda se debe tener en cuenta:

-la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro 3, que aplican el principio de no discriminación con independencia de la raza, el origen étnico o el género en lo que concierne al acceso a los bienes y servicios públicos, incluida la vivienda.

-Además, para la protección de los sujetos del derecho a la vivienda como consumidores, son de relevancia la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores y la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Para la protección de los derechos de las personas que ya disfrutan de una vivienda a la seguridad jurídica de la tenencia, a fin de que no se les prive de la misma de manera arbitraria, ante casos de ejecuciones hipotecarias en la UE se ha aplicado la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas de los contratos celebrados con los consumidores. También, es relevante en este tema la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y el Libro blanco sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la UE. En esa línea, el TJUE, a través de la vía de la cuestión prejudicial, ha intervenido en relación a la vivienda, al interpretar la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas de los contratos celebrados con los consumidores y su aplicación en los contratos hipotecarios.

El Tribunal de Justicia, a través de la vía de la cuestión prejudicial, ha intervenido en relación a la vivienda al interpretar la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas de los contratos celebrados con los consumidores y su aplicación en los contratos hipotecarios para garantizar el debido proceso en las ejecuciones hipotecarias.

En el caso Mohamed Aziz vs. Catalunyacaixa el demandante había suscrito un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, siendo el inmueble que constituía dicha garantía la vivienda familiar de Aziz. El contrato de préstamo hipotecario suscrito contenía varios intereses de demora automáticamente devengables respecto de las cantidades no

satisfechas a su vencimiento y establecía la facultad de declarar exigible la totalidad del préstamo en el caso de vencimiento de alguno de los plazos pactados, cuando el deudor no hubiese cumplido su obligación de pago de una parte del capital o de los intereses del préstamo.

Una vez analizada la legislación española aplicable, el TJUE sostuvo que esta Directiva: «debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final» (párr. 64).

En relación a la determinación de las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario, el TJUE señaló que: «(...) el concepto de 'desequilibrio importante' en detrimento del consumidor debe apreciarse mediante un análisis de las normas nacionales aplicables a falta de acuerdo entre las partes, para determinar si –y, en su caso, en qué medida– el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos llevar a cabo un examen de la situación jurídica en la que se encuentra dicho consumidor en función de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas; y que, para determinar si se causa el desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe comprobarse si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual» (párr. 76).

El TJUE ha vuelto a pronunciarse sobre la normativa española de ejecución hipotecaria y las cláusulas abusivas contenidas en los préstamos hipotecarios en otros casos, como en la sentencia correspondiente a los asuntos acumulados de Francisco Gutiérrez Naranjo y Cajasur Banco, S.A.U.; Ana María Palacios Martínez y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA); Banco Popular Español, S.A., y Emilio Irles López, Teresa Torres Andreu. También en el Asunto C-421/14, entre el Banco Primus S.A. y Jesús Gutiérrez García, en la que el TJUE aclara cómo debe ser la actuación de los jueces para garantizar a los deudores hipotecarios el nivel de protección que les otorga el Derecho de la Unión.

-Por otra parte, las disposiciones de la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética, permiten una financiación para garantizar la eficiencia energética, además, en el sistema de obligaciones de eficiencia energética, los Estados pueden incluir requisitos con finalidad social como, por ejemplo, la aplicación con carácter prioritario de un porcentaje de medidas de eficiencia energética a los hogares afectados por la pobreza energética o a las viviendas sociales (art. 7.7.a).

En la UE un importante aspecto de la calidad de las viviendas que ha sido especialmente considerado es el de la eficiencia energética, cuya regulación comunitaria está recogida

en la Directiva 2010/31/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 2010, relativa a la eficiencia energética de los edificios.

Bajo el principio de subsidiaridad que rige en este ámbito, de conformidad el artículo 5 del TFUE, la Directiva 2010/31/UE tiene por objetivo fomentar la eficiencia energética de los edificios ubicados en la Unión y establece requisitos en relación con:

«a) el marco común general de una metodología de cálculo de la eficiencia energética integrada de los edificios o de unidades del edificio; b) la aplicación de requisitos mínimos a la eficiencia energética de los edificios nuevos o de nuevas unidades del edificio; c) la aplicación de requisitos mínimos a la eficiencia energética de: i) edificios y unidades y elementos de edificios existentes que sean objeto de reformas importantes, ii) elementos de construcción que formen parte de la envolvente del edificio y tengan repercusiones significativas sobre la eficiencia energética de tal envolvente cuando se modernicen o sustituyan, y iii) instalaciones técnicas de los edificios cuando se instalen, sustituyan o mejoren; d) los planes nacionales destinados a aumentar el número de edificios de consumo de energía casi nulo; e) la certificación energética de los edificios o de unidades del edificio; f) la inspección periódica de las instalaciones de calefacción y aire acondicionado de edificios, y g) los sistemas de control independiente de los certificados de eficiencia energética y de los informes de inspección» (art. 1).

En la Resolución del Parlamento Europeo, sobre la Plataforma europea contra la pobreza y la exclusión social, para garantizar el derecho a la vivienda el Parlamento solicita el incremento de «la dotación del FEDER destinada a financiar medidas de mejora de la eficacia energética en las viviendas sociales, a fin de luchar contra la precariedad energética» (párr. 78).

-En el marco de la UE, en el Pilar europeo de derechos sociales el Capítulo III trata sobre la protección e inclusión social y establece que se debe velar por la vivienda y asistencia para las personas sin hogar. Para lo cual se agrega que:

«a. Deberá proporcionarse a las personas necesitadas acceso a viviendas sociales o ayudas a la vivienda de buena calidad.

b. Las personas vulnerables tienen derecho a una asistencia y una protección adecuadas frente a un desalojo forzoso.

c. Deberán facilitarse a las personas sin hogar un alojamiento y los servicios adecuados con el fin de promover su inclusión social» (párr. 19).

Sobre esta faceta del derecho a la vivienda, en el Capítulo correspondiente a los derechos de solidaridad, Los Fondos Estructurales de la UE pueden cumplir un papel relevante para la efectividad del derecho a la vivienda, como derecho de prestación dirigido a las personas sin hogar, y para la calidad de la vivienda.

En el Reglamento (UE) Núm. 1303/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, por el que se establecen disposiciones comunes relativas a los mismos, entre los objetivos temáticos de esos Fondos y en su marco estratégico común, se incluyó el promover la inclusión social y luchar contra la pobreza y cualquier forma de discriminación (art. 9.9).

-Conforme a ese Reglamento, entre las prioridades de inversión de FEDER se incluye el apoyo de la eficiencia energética, de la gestión inteligente de la energía y del uso de energías renovables en las infraestructuras públicas y en las viviendas. Además, el Reglamento (UE) Núm. 223/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2014, relativo al Fondo de Ayuda Europea para las personas más desfavorecidas, establece que este Fondo debe reforzar la cohesión social, contribuyendo a reducir la pobreza y, entre otros fines, el Fondo debe aliviar las formas de pobreza extrema con mayor impacto de exclusión social, como la carencia de vivienda, la pobreza infantil y la falta de alimentos.

-Cabe destacar dos Resoluciones del Parlamento Europeo. En primer lugar, la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de noviembre de 2011, sobre la Plataforma europea contra la pobreza y la exclusión social, en la que para garantizar el derecho a la vivienda el Parlamento recomienda a los Estados miembros realizar una «política proactiva en materia de vivienda digna, para velar por el acceso universal a una vivienda de calidad, que garantice el acceso a los servicios esenciales desde el punto de vista de la salud y la seguridad, a un coste asequible o a un precio de compra preferente, y para evitar su pérdida» y anima a los Estados a que lleven a cabo programas especiales de vivienda y ofrezcan oportunidades a las personas sin hogar (párr. 75).

En su Resolución, el Parlamento Europeo también recomienda a los Estados que establezcan una oferta de viviendas sociales y de emergencia de calidad, para garantizar: «el acceso de todos, y en especial de los más desfavorecidos, a una vivienda decente a un coste asequible» y, además, el Parlamento recomienda «la aplicación de políticas de prevención de las expulsiones de viviendas de alquiler, en particular mediante la asunción por las entidades públicas de las rentas de alquiler y los atrasos de las mismas de las personas amenazadas de desahucio» (párr. 76).

De igual forma, la Resolución, de 11 de junio de 2013, sobre la vivienda social en la Unión Europea, en la cual el Parlamento subraya la necesidad de fomentar el papel social y económico de la vivienda social y realiza una serie de observaciones, tanto al Consejo y a la Comisión, como a los Parlamentos y los Gobiernos de los Estados miembros.

En esta Resolución, el Parlamento Europeo recuerda que el gasto en vivienda social y asequible no debe considerarse un gasto a recortar, sino una inversión a largo plazo que permite garantizar los derechos fundamentales, responder a la urgencia social y que contribuye a estabilizar la economía al prevenir las burbujas inmobiliarias y el endeudamiento excesivo de las familias (párr. 4). Asimismo, realiza consideraciones sobre la segregación residencial como un elemento negativo vinculado a la (ausencia de y ubicación de) la vivienda social. El Parlamento Europeo, en sus Resoluciones de 16 de diciembre de 2010 y 6 de septiembre de 2011, sobre la estrategia de la Unión Europea en relación con las personas sin hogar, ha insistido a los Estados para que elaboren sus propias estrategias en este ámbito

-Desde la perspectiva de la vivienda social como servicio de interés general, hay que tener en cuenta que, en el ámbito de la Unión Europea, se cuenta ya con diversas declaraciones provenientes de distintos organismos en relación con la consideración de la vivienda social como servicio de interés general.

Así, el Parlamento Europeo, en Resolución de 13 de enero de 2004, relativa al Libro Verde sobre los servicios de interés general, ha señalado que "algunos servicios de interés general deben excluirse del ámbito de aplicación de las normas en materia de competencia, como la sanidad, la educación, la vivienda social y los servicios de interés general destinados a mantener o aumentar el pluralismo de la información y la diversidad cultural".

Asimismo, la Comisión Europea, en su Comunicación sobre la aplicación del Programa comunitario de Lisboa, servicios sociales de interés general en la Unión Europea, considera la vivienda social como un servicio de interés general, al señalar que entre los servicios de interés general "también se incluye la vivienda social, que permite un acceso a la vivienda a las personas con escasos ingresos". Otros documentos posteriores de la Unión Europea insisten en la caracterización de la vivienda social como servicio de interés general, señalando que:

""Los servicios sociales pueden ser de naturaleza económica o no económica dependiendo de la actividad considerada. Si bien no aparecen definidos, la Comunicación de 2006 determinó dos grandes tipos de servicios sociales: en primer lugar, regímenes de seguridad social obligatoria y complementaria, organizados de diversas maneras (organizaciones mutuas o profesionales), que cubren los principales riesgos en el transcurso de la vida, como los vinculados a la salud, el envejecimiento, los accidentes laborales, el desempleo, la jubilación y la incapacidad; en segundo lugar, otros servicios proporcionados directamente a la persona como los servicios de asistencia social, servicios de empleo y formación, vivienda social o asistencia sanitaria de larga duración. Estos servicios se organizan generalmente a nivel local y dependen en gran medida de la financiación pública"[18]

Idea que ha sido trasladada a diversas normas jurídicas, como el artículo 16 del Tratado de la Comunidad Europea (en adelante TCE), modificado por el Tratado de Ámsterdam de 1997 o el artículo 36 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El Protocolo Núm. 26 anexo al TUE y al TFUE trata sobre los servicios de interés general y en él las partes contratantes enfatizan en la importancia de estos servicios y acuerdan, con base en el papel esencial y la amplia capacidad de discreción de las autoridades nacionales, regionales y locales para prestar, encargar y organizar los servicios de interés general, que éstos sean lo más cercanos posible a las necesidades de los usuarios, con un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica; así como la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios (art. 1).

---

[18] COMISIÓN EUROPEA (2007), COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, EL CONSEJO, EL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y EL COMITÉ DE LAS REGIONES, de 2007, que acompaña a la Comunicación «Un mercado único para la Europa del siglo veintiuno» Servicios de interés general, incluidos los sociales: un nuevo compromiso europeo, consultable Comunicación ésta acompañada de tres staff working papers:
• Progress since the 2004 White Paper on services of general interest
• Frequently asked questions in relation to state aid
• Frequently asked questions concerning the application of public procurement rules to social services of general interest
La comunicación y los documentos de trabajo que la acompañan son consultables en: http://ec.europa.eu/services_general_interest/interest_en.htm

Por su parte, el Parlamento europeo, en su resolución de 11 de junio de 2013 sobre vivienda social en la Unión Europea, ya mencionada, ha enfatizado el papel de la vivienda como servicio económico de interés general en la Unión, señalando lo siguiente:

"Considerando que la política de vivienda social forma parte integrante de los servicios de interés económico general, para contribuir a cubrir las necesidades de vivienda, facilitar el acceso a la propiedad, promover la calidad del hábitat, mejorar el hábitat existente y adecuar los gastos de vivienda a la situación familiar y a los recursos de los ocupantes, manteniendo con todo un esfuerzo de su parte".

En el ámbito del Derecho de la Unión Europea, El TJUE ha señalado que la vivienda social constituye un servicio de interés general (así, por ejemplo, sentencia de 8 de mayo de 2013).

La adecuada comprensión del concepto de servicios de interés general y de servicios de interés económico general, pues ambas expresiones son utilizadas con significados, como veremos, no exactamente idénticos, supone partir de la la libre prestación de servicios y de la libre competencia económica y de sus excepciones.

Como es sabido, la Unión Europea admite tanto la titularidad pública como privada de las empresas (artículo 295 TCE, que recoge el Art. 354 TFUE ahora). Pero, a la vez, el ordenamiento comunitario impone, como regla general, la imposibilidad de que los Estados miembros puedan dispensar a las empresas públicas un trato de favor que distorsione la libre competencia, por lo que no pueden atribuirles derechos, poderes o prerrogativas exorbitantes, aunque tengan como finalidad el beneficio de los ciudadanos o usuarios. A ello se refiere el artículo 86.1 TCE (ahora, Art. 106 TFUE):

"Los estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81 a 89, ambos inclusive."

Sin embargo, el segundo apartado de este mismo artículo admite excepciones, como es sabido:

"Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que se contraria al interés de la Comunidad."

El TFUE admite, pues, excepciones, privilegios o prerrogativas, aun con afectación de la libre competencia con las empresas privadas, cuando ello sea preciso para garantizar la prestación de tales servicios de interés económico general, posibilidad confirmada por la jurisprudencia del TJUE cuando ha sido llamado a pronunciarse sobre la cuestión (destacadamente, sentencias *Corbeau*, de 19 de mayo de 1993 y *Almelo*, de 27 de abril de 1994).

De ahí la importancia de precisar lo que sean tales servicios. Aunque se trata de una cuestión en constante evolución, el anexo I al Libro Blanco sobre los servicios de interés general de 2004, ya mencionado, contiene una serie de definiciones de términos con el ánimo de contribuir a deshacer malentendidos en el debate europeo provocados por "las divergencias terminológicas, la confusión semántica y las diversas tradiciones existentes en los estados miembros". De acuerdo con esta guía terminológica y la jurisprudencia existente del TJUE, los servicios de interés general son aquellos servicios y actividades que las autoridades públicas consideran de interés general por su relevancia (recordemos, entre otros aspectos y por lo que aquí interesa, respecto a la cohesión territorial y social y la garantía de derechos básicos, como el de alojamiento) y que, sometidos o no a una disciplina de mercado, están sometidos a obligaciones específicas de servicio público y servicio universal, puesto que, en todo caso, existe una responsabilidad pública en garantía del interés general.

Estas obligaciones pueden ser muy diversas y venir referidas a varios aspectos como, por ejemplo, estándares de calidad del servicio, creación y mantenimiento de ciertas infraestructuras, límites tarifarios, garantías de acceso al servicio a personas con minusvalías, garantías para consumidores y usuarios, etc. Las mismas pueden venir impuestas por la normativa europea o nacional, con clara inspiración en el modelo norteamericano de las *public utilities*.

Por su parte, los servicios de interés económico general son aquellos servicios de interés general que consisten en una dación de bienes o servicios al mercado (entre ellos, por ejemplo, los grandes servicios económicos de redes, como el transporte, los servicios postales, la energía o las telecomunicaciones y todos aquellos otros con semejantes exigencias de interés público, deducidas de la normativa europea o nacional, bajo control, claro está, del TJUE). En cambio, los servicios de interés general no económicos son aquellos en que predominaría una finalidad de naturaleza cívica o social, por encima de la lucrativa, íntimamente vinculados a la solidaridad y a la ciudadanía, que se relacionan con lo que, en diversos estados miembros, entre ellos España, se ha considerado históricamente servicios públicos.

De la jurisprudencia del TJUE y de los pronunciamientos de la Comisión, entre ellos la Comunicación mencionada de 2006, si bien no de forma concluyente y en un proceso, repetimos, de continua evolución y redefinición, se desprende que podrían formar parte de esta categoría los servicios educativos, sanitarios, de Seguridad Social o, en lo que ahora interesa, de vivienda social, si bien existe todavía una cierta confusión entre diversos pronunciamientos de la propia Comisión Europea, respecto a la posible consideración de ésta como un servicio de interés general económico.

Así, en uno de los documentos de trabajo de acompaña a la Comunicación de noviembre de 2007, citada, relativo a las preguntas más frecuentes sobre el Art. 86.2 TCE (106 TFUE), se señala que son actividades consideradas económicas por la Comisión:

"The provision of funds to municipalities and voluntary housing bodies for housing at cheaper rents; provision of general mortgage funds, affordable housing schemes aiming at providing low-cost housing, rental subsidy schemes and grant schemes for elderly and disabled persons, as well as socially disadvantaged households".

Respecto a las consecuencias de considerar una actividad como servicio de interés (económico) general, vienen vinculadas, a la posibilidad de excepcionar las reglas de la libre competencia (artículo 86.2 TCE, ahora 106 TFUE) y de establecer regulaciones en garantía del interés general, las ya aludidas obligaciones de servicio público, como luego analizaremos con más detalle.

Ahora bien, y esto es del mayor interés, tales excepciones "sólo pueden aplicarse si se ha atribuido a los servicios en cuestión, en principio mediante un 'acto legal', una misión que autentifique su carácter de interés general"(Comunicación de 2006). Es precisa, pues, la explicitación nacional del carácter de servicio de interés (económico) general de una actividad para poder hacer aplicación del artículo 86.2 TCE (ahora 106 TFUE). Ello es lo que ocurre en el caso español, donde diversas CC.AA. han declarado en sus leyes la vivienda social como servicio de interés general, la primera de todas ellas la ley catalana del derecho a la vivienda de 2007, en su art. 4:

**Artículo 4. Servicio de interés general.**

1. El conjunto de actividades vinculadas con la provisión de viviendas destinadas a políticas sociales se configura como un servicio de interés general para asegurar una vivienda digna y adecuada para todos los ciudadanos.

2. A efectos de la homologación con la normativa europea en materia de vivienda, tienen la condición de viviendas sociales las viviendas que la presente ley define como destinadas a políticas sociales, tanto si son resultado de procesos de nueva construcción o rehabilitación como si se obtienen en virtud de programas sociales de mediación y cesión."

-El Pilar europeo de derechos sociales, en el principio 20, reconoce a toda persona el derecho a acceder a servicios esenciales de alta calidad, incluidos el agua, el saneamiento, la energía, el transporte, los servicios financieros y las comunicaciones digitales. En el mismo principio se incluye que deberá prestarse apoyo para el acceso a estos servicios a las personas necesitadas.

-En el Derecho derivado de la UE se han establecido regulaciones en materia de contratación pública para aquellos casos en los que el Estado encarga a un tercero la prestación de un servicio público, como la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales 36. Esta Directiva regula temas relativos al suministro de gas y calefacción (art. 8), electricidad (art. 9), agua (art. 10) y, entre otros, el servicio de transporte público (art. 11).

-Para el derecho a la vivienda y la calidad de los servicios públicos domiciliarios, resulta relevante también que en Europa la buena calidad del agua está regulada mediante la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, que se implanta para detener el deterioro del estado de las aguas en la UE y que entre sus objetivos tiene el contribuir a garantizar «el

suministro suficiente de agua superficial o subterránea en buen estado, tal como requiere un uso del agua sostenible, equilibrado y equitativo» (art. 2) 38.

Igualmente, debe considerarse la Directiva 98/83/CE del Consejo, de 3 de noviembre de 1998, relativa a la calidad de las aguas destinadas al consumo humano, en fase de revisión, en la cual los Estados de la UE se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que se lleve a cabo un control regular de la calidad de las aguas destinadas al consumo humano, con objeto de comprobar si las aguas suministradas a los consumidores cumplen los requisitos de esa Directiva (art. 7). Asimismo, para el saneamiento es de trascendencia la Directiva 91/271/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1991, sobre el tratamiento de las aguas residuales urbanas 40, que tiene por objeto regular «la recogida, el tratamiento y el vertido de las aguas residuales urbanas y el tratamiento y vertido de las aguas residuales procedentes de determinados sectores industriales» (art. 1).

-En cuanto al acceso a las telecomunicaciones, la Directiva 2002/22/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, describe las medidas que los Estados deben adoptar para garantizar la existencia de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, de buena calidad y a un precio asequible, y mecanismos para tratar las circunstancias en que las necesidades de los usuarios finales no se vean atendidas de manera satisfactoria por el mercado.

-En la UE sus distintas instituciones han adoptado un conjunto de pronunciamientos y medidas para abordar la situación de las personas sin hogar en los Estados miembros. Entre ellas, la Comunicación de la Comisión, de 16 de diciembre de 2010, titulada «La Plataforma Europea contra la Pobreza y la Exclusión Social: Un marco europeo para la cohesión social y territorial» 56, que incluye la necesidad de que los Estados definan y apliquen medidas adaptadas a las circunstancias específicas de grupos que presentan riesgos particulares, como las personas sin hogar.

La Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de septiembre de 2011, sobre una estrategia de la UE para las personas sin hogar y sus Declaraciones, de 22 de abril de 2008, sobre la resolución del problema de las personas sin hogar instaladas en la vía pública, y de 16 de diciembre de 2010, sobre la estrategia de la UE en relación a las personas sin hogar. Igualmente, el Dictamen del Comité de las Regiones sobre una Estrategia europea para las personas sin hogar contiene recomendaciones políticas relevantes para la protección del derecho a la vivienda de este grupo. Así como otros Dictámenes previos del mismo Comité, entre ellos: de 3 de junio de 1999, sobre «El problema de los sin techo y la vivienda»; de 6 de octubre de 2010, sobre «Combatir el problema de las personas sin hogar»; y de 31 de marzo de 2011, sobre «La Plataforma Europea contra la Pobreza y la Exclusión Social».

Pueden verse además el Informe conjunto sobre protección social e inclusión social, elaborado por la Comisión y el Consejo en 2010; y las recomendaciones finales de la Conferencia Europea de Consenso sobre las personas sin hogar, de 9 y10 de diciembre de 2010. En el Pilar Europeo de Derechos Sociales se incluye expresamente el principio 19 destinado a la protección de la vivienda y asistencia para las personas sin hogar, que establece:

«a. Deberá proporcionarse a las personas necesitadas acceso a viviendas sociales o ayudas a la vivienda de buena calidad. b. Las personas vulnerables tienen derecho a una asistencia y una protección adecuadas frente a un desalojo forzoso. c. Deberán facilitarse a las personas sin hogar un alojamiento y los servicios adecuados con el fin de promover su inclusión social».

Además, la UE puede apoyar la acción de los Estados miembros para la protección de las personas por medio de sus vías de financiamiento y la Comisión puede dar orientación sobre cómo hacer frente a la falta de vivienda dentro del Paquete de Inversión Social de la UE.

-La Directiva 2000/43/CE del Consejo establece un marco para luchar contra la discriminación por motivos de origen racial o étnico en toda la Unión en los ámbitos del trabajo y la formación profesional, la educación, la protección social (incluida la seguridad social y la asistencia sanitaria), las prestaciones sociales y el acceso a bienes y servicios, incluida la vivienda.

En cuanto a minorías, en la UE se han realizado diversas recomendaciones a los Estados miembros para fomentar la integración social y económica de los gitanos. El tema de la vivienda ha sido considerado en una Recomendación del Consejo, adoptada en 2013, en la que se solicita que se establezcan medidas en diversos ámbitos para potenciar la integración de los gitanos y se solicita adoptar medidas eficaces para garantizar la igualdad de trato de los gitanos en el acceso a la vivienda. Para la realización de ese objetivo, se recomienda adoptar medidas como: eliminar la segregación espacial y fomentar de la «desegregación»; fomentar un acceso no discriminatorio a la vivienda social; facilitar áreas de descanso para los gitanos no sedentarios; garantizar el acceso a los servicios (agua, electricidad y gas) e infraestructuras públicos para las viviendas, y garantizar que las solicitudes de las autoridades locales en los proyectos de regeneración urbanística incluyan intervenciones integradas en materia de vivienda a favor de las comunidades marginadas.

La Directiva 2000/43/CE del Consejo establece un marco para luchar contra la discriminación por motivos de origen racial o étnico en toda la Unión en los ámbitos del trabajo y la formación profesional, la educación, la protección social (incluida la seguridad social y la asistencia sanitaria), las prestaciones sociales y el acceso a bienes y servicios, incluida la vivienda.

Por otra parte, se debe tener en consideración la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones titulada: «Un marco europeo de estrategias nacionales de inclusión de los gitanos hasta 2020» y la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones titulada: «Informe sobre la aplicación del marco de la UE para las estrategias nacionales de integración de los gitanos 2015». Además, la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) cuenta con un Programa Multianual de Integración de la Población Gitana (2012-2020) y presenta informes sobre los progresos realizados, entre los que se elaboró un informe sobre la discriminación de la población gitana en lo relativo a la vivienda.

En 2017 la UE se adhirió al Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica del Consejo de Europa. Además, en UE debemos mencionar la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, que tiene por objeto «crear un marco para combatir la discriminación sexual en el acceso a bienes y servicios y su suministro, con vistas a que entre en vigor en los Estados miembros el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres» (art. 1).

Por otra parte, en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (CESE) 78 sobre el tema «Erradicar la violencia doméstica contra las mujeres», el CESE recomienda a las instituciones europeas y a los Estados miembros de la UE que se establezcan políticas de protección que garanticen a las mujeres víctimas de la violencia acceso prioritario a la vivienda.

La Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras incluye entre sus ámbitos de actuación la protección social, dentro de la cual se establece la necesidad de promover condiciones de vida dignas para las personas con discapacidad y se señala que este colectivo:

«debe poder beneficiarse de los sistemas de protección social y de los programas de reducción de la pobreza, de ayudas a la discapacidad, de planes de vivienda pública y de otros servicios de facilitación, así como de programas de prestaciones y jubilación» (apartado 2.1.).

Con ese fin, la Comisión la Comisión Europea debe dar seguimiento a esos temas por medio de la «Plataforma europea contra la pobreza», evaluando «la adecuación y sostenibilidad de los sistemas de protección social y de las ayudas del FSE».

### 1.3. Conclusiones de la sección Primera:

1. El *soft law* con efectos *ad extra* carece de efectos vinculantes frente a terceros, si bien no deja de tener (limitados) efectos jurídicos, como ha reconocido el TJUE en el conocido asunto Grimaldi. Efectivamente, el mismo puede servir para interpretar, atenuando o acentuando su aplicación el Derecho vigente aplicable (o *hard law*), como es sabido. Por otro lado, como dijimos, puede servir para explorar en una primera fase, antes de una intervención de la UE de carácter imperativo, las posibles reacciones de autoridades nacionales y operadores privados para avanzar hacia un futuro *hard law* en sectores en los que resulta más que dudosa la competencia de la UE para intervenir, sembrando la semilla del futuro Derecho vinculante.

En este sentido, el estado actual del *soft law* relativo a la vivienda permite afirmar su gran volumen y su persistencia a lo largo de los años, lo que da una muestra del interés de éste ámbito en la Unión Europea.

2. Cabe diferenciar, de una parte, el sistema de protección de derechos fundamentales establecido por el CEDH, convenio adoptado en 1950 en el marco del Consejo de Europa, y el derecho de la Unión. Este estudio solo se ocupa del segundo. En todo caso, la adhesión de la UE al CEDH sería positiva para reforzar la protección de la vivienda teniendo en cuenta la interpretación realizada por el TEDH.

3. El TJUE ha declarado el derecho a la vivienda como un derecho fundamental, en conexión con el art. 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Sin embargo, debe recordarse el alcance limitado de la Carta, de acuerdo con sus arts. 51 y ss., si bien no cabe despreciar su *vis expansiva* por la vía de la interpretación cuando los derechos de la Carta no son invocables de conformidad con el art. 51 de la Carta.

4. La CDFUE prevé la posibilidad de regular el derecho de propiedad para lograr intereses generales. El TJUE por su parte acepta tal limitación siempre que no constituya respecto del objetivo perseguido una intervención desmesurada e intolerable en las prerrogativas del propietario que atentaría contra la esencia misma del derecho de propiedad (STJUE en el caso 44/79 *Hauer* , que entiende respetada esta relación razonable de proporcionalidad).

La llamada función social de la propiedad constituye un elemento de delimitación, sin indemnización, del derecho de propiedad, ampliamente empleado, con un nombre u otro, por los Derechos nacionales de los Estados miembros, también para la provisión de vivienda asequible.

5. La consideración de la vivienda como servicio de interés económico general permite la imposición de obligaciones de servicio público en el ámbito interno, así como excepcionar las reglas de la libre competencia y la libre prestación de servicios, con requisitos y detalles que más tarde se expondrán, en servicio de la vivienda asequible.

6. El análisis de las Directivas y Reglamentos existentes con impacto en materia de vivienda, muestra una gran dispersión de regulaciones emitidas desde diversas perspectivas, como son protección del medio ambiente, consumidor, igualdad, eficiencia energética, etc.

## SEGUNDO- La necesidad de conectar el desarrollo urbano sostenible con la vivienda para luchar contra la gentrificación y la segregación

Como indica la Declaración "Ciudades por la vivienda adecuada" de 16 de julio de 2018 en su punto cuatro, "Un urbanismo que combine la vivienda adecuada con barrios de calidad, inclusivos y sostenibles", es preciso "planificar ciudades mixtas, compactas y policéntricas, donde la vivienda se beneficie de un contexto equilibrado y contribuya a la sostenibilidad económica y medioambiental del tejido urbanos", hablándose de "usos mixtos", "barrios integrados".

Si bien en el *soft law* de la Unión Europea se pueden encontrar menciones al papel de la vivienda asequible (o más bien a su insuficiencia y a su ubicación inadecuada) respecto a las segregaciones urbanas (residencial, escolar, religiosa, de género…)[19], lo cierto es que en nuestra opinión no se ha acertado aún a trazar una conexión robusta entre vivienda asequible, desarrollo urbano sostenible y medio ambiente urbano y a reconocer en el Derecho vigente de la Unión Europea la importancia de la primera para los otros dos ámbitos.

En cuanto a menciones al tema de la segregación urbana en el ámbito de la vivienda, en el *soft law* es posible encontrarlas, si bien, por lo general, las consideraciones sobre vivienda y los actores europeos del tercer sector en materia de vivienda no suelen incorporar esta perspectiva.

En cuanto al desarrollo sostenible urbano, como es sabido es un aspecto de creciente importancia en el ámbito de la UE, donde está creciendo una política territorial de la UE a partir del concepto de cohesión territorial (arts. 3 y 174 TUE), con impactos en los derechos nacionales de las directivas de contratación y con influencia por vía del medio ambiente en la regulación de usos del suelo (caso de la Red Natura 2000 o de la Directiva 2001/42/CE, de 27 de junio, sobre evaluación de las repercusiones de determinados planes y programas en el medio ambiente, y Directiva 2011/92/UE, de 13 de diciembre, de evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, que la presente ley transpone al ordenamiento interno)[20].

Todo ello ha llevado a hablar ya de un Derecho europeo de la ordenación del territorio y el urbanismo[21]. Esta consideración podría parecer excesiva, puesto que desde una perspectiva iusinternacionalista la ordenación del suelo y del territorio compete a los Estados, que son soberanos, de modo exclusivo. En todo caso, el Derecho europeo puede incidir en el modo en que el Estado ejerce su competencia reservada. Cada vez con mayor frecuencia existen documentos e iniciativas de *soft law* en torno a las

[19] Por ejemplo, resolución del Parlamento Europeo de 2011, ya citada.

[20] En España, téngase en cuenta la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, que somete a evaluación ambiental ordinaria a "Proyectos que requieran la urbanización del suelo para polígonos industriales o *usos residenciales que ocupen más de 5 ha*; Construcción de centros comerciales y aparcamientos, fuera de suelo urbanizable y que en superficie ocupen más de 1 ha; Instalaciones hoteleras en suelo no urbanizable" (Anexo I). Vid. TAMAYO, M., *La EUropeización del territorio,* Dikynson, Madrid, 2013

[21] HAUMONT, F., *Droit Euroéen de l´aménagemente du territorire et de l´urbanisme*, Bruylant, Bruselas, 2014, 2ª ed.

relaciones entre urbanismo y vivienda, destacando entre ellos, por ejemplo, los aprobados por los ministros responsables de Urbanismo y Ordenación Territorial de los Estados miembros de la Unión Europea en la reunión informal sobre desarrollo urbano y cohesión territorial que tuvo lugar en Leipzig en mayo de 2007.

Se aprobaron dos documentos relevantes. El primero, la *Agenda Territorial de la Unión Europea* que se titula *Hacia una Europa más competitiva y sostenible de regiones diversas* (también conocida como Agenda Territorial). El segundo es la *Carta de Leipzig sobre Ciudades Europeas Sostenibles* (Carta de Leipzig)[22].

La Carta, a diferencia de la Agenda, se centra en las ciudades. La Carta aboga por hacer un mayor uso de los enfoques relacionados con la política integrada de desarrollo urbano teniendo en cuenta a la vivienda y por prestar especial atención a los barrios menos favorecidos para prevenir y luchar contra los guetos.

Pues bien, de la combinación de las perspectivas de urbanismo, vivienda, medio ambiente, en íntima conexión con la salud de las personas, como vamos a ver, e igualdad, pueden surgir reflexiones de interés práctico que pasamos a exponer a continuación.

### 2.1 Vivienda, urbanismo, gentrificación y segregación

Como es sabido, el concepto de gentrificación fue acuñado fuera del ámbito jurídico por la socióloga GLASS en 1964[23]. Se trata de un término, escasamente reconocido aun jurídicamente (uno de los pocos ejemplos puede hallarse en la modificación del Plan General Metropolitano impulsada por el ayuntamiento de Barcelona en relación a los derechos de tanteo y retracto y publicada el 20 de diciembre de 2018). Proviene de la palabra inglesa *gentrification*, que literalmente podemos traducir por ennoblecimiento. Es un proceso de transformación física, económica, social y cultural de un barrio antiguamente degradado y / o de clase baja que acaba siendo de clase media-alta. Los edificios son restaurados o modificados, incrementando su valor, lo que a la larga acaba expulsando sus antiguos habitantes, más pobres, con puestos de trabajos precarios.

La gentrificación va unida a otro fenómeno que, este sí, tiene ya amplio reconocimiento, que es el de segregación urbana. La segregación urbana es la acción y efecto de separar a la población dentro de la ciudad de acuerdo con sus características socioeconómicas, étnicas o raciales. Aunque en menor grado que en otros países, como Francia o Estados Unidos (donde los conceptos de *inclusionary zoning* y *exclusionary zoning* están firmemente anclados en su ordenamiento jurídico y en la jurisprudencia), por ejemplo, la segregación urbana ha sido objeto de estudio jurídico también entre nosotros, en los países miembros de la UE, si bien los primeros trabajos aparecieron más tardíamente, destacando Francia, y en el caso español muy tardíamente, a principios del presente siglo[24]

---

[22] https://www.fomento.gob.es/portal-del-suelo-y-politicas-urbanas/otros-proyectos-y-actividades/agenda-urbana-europea/la-carta-de-leipzig-2007-sobre-ciudades-europeas-sostenibles

[23] GLASS, R., "Introduction", en CENTRE FOR URBAN STUDIES (Ed.), *London, Aspects of Change* (pp. xiii-xiv). Londres: Macgibbon & Kee, 1964.

[24] Cfr. PONCE SOLÉ, J., *Poder local y Guetos Urbanos. Las relaciones entre el Derecho urbanístico, la segregación espacial y la sostenibilidad social*, MAP-Fundació Carles Pi i Sunyer, estudio que antes de su publicación obtuvo en 2001 el I Premio Fermín Abella y Blave, convocado por el INAP. Disponible en abierto en: http://biblioteca.unex.es/tesis/Poder_local_y_guetos.pdf

Allí donde existe gentrificación puede afirmarse que existe también segregación, en el sentido de que al menos una parte de las personas expulsadas de sus áreas urbanas van a reinstalarse en otros barrios probablemente segregados. La gentrificación y la segregación urbana son fenómenos, pues, interconectados cuyas causas son plurales, vinculadas a fenómenos como el turismo o el precio de la vivienda de compra y alquiler, el cual puede estar vinculado, a su vez, con el primero[25]

Por otro lado, la segregación urbana incluye la segregación residencial, a la que prestaremos atención aquí, aunque hay que tener en cuenta que la misma da lugar otros tipos de segregaciones vinculadas, como la escolar, que consiste en la distribución desigual de niños con procedentes de la inmigración y con un nivel socioeconómico bajo entre los centros educativos de una ciudad, concentrándose en algunos en proporción equivalente o incluso superior a la segregación urbana existente, cuando, además , hay combinación de ésta con estrategias familiares de los autóctonos (huida hacia la red privada, fraude en empadronamiento ...) para evitar estos centros escolares [26].

La segregación residencial que conlleva la escolar puede dar lugar a las llamadas escuelas-gueto, casos en los que una escuela atiende un porcentaje excesivo de alumnos procedentes de la inmigración y con un nivel socioeconómico bajo. El Defensor del Pueblo español en un informe específico de 2003 ha cifrado en un 30% el porcentaje que genera inconvenientes, a partir de encuestas efectuadas en la comunidad escolar. El defensor del pueblo catalán ha considerado que éste es uno de los más graves problemas a los que se enfrenta la sociedad[27].

Asimismo, la segregación residencial es el caldo de cultivo para la segregación de los lugares de culto[28] y afecta a la salud de las personas y a sus expectativas de vida[29]. De

---

[25] Vid. sobre la influencia de las viviendas de uso turístico en los precios de la vivienda las referencias contenidas, por ejemplo, en PONCE SOLÉ, J., "Economía colaborativa, viviendas de uso turístico e impactos en el marco del desarrollo urbano sostenible. ¿Hacia una futura regulación más innovadora y flexible?, en DE LA ENCARNACIÓN, A.M, y BOIX, A., *La regulación del alojamiento colaborativo. Viviendas de uso turístico y alquiler de corta estancia en el Derecho Español*, Thompson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018, primeres pàgines disponibles en abierto en: https://www.thomsonreuters.es/es/tienda/duo-papel-ebook/La-regulacion-del-alojamiento-colaborativo.-Viviendas-de-uso-turistico-y-alquiler-de-corta-estancia-en-el-Derecho-Espanol-Duo/p/10011474#

[26] PONCE SOLÉ, J., *Segregación escolar e inmigración. Contra los guetos escolares: Derecho y Políticas Públicas*, CEPC, Madrid, 2007. Disponible en abierto en: http://www.cepc.gob.es/docs/doc_publicaciones/coleccion_foro16.pdf?sfvrsn=4

[27] Para el caso catalán, el *Síndic de Greuges* ha alertado repetidamente de la gravedad del fenómeno de la segregación escolar. Véanse sus informes *La segregació escolar a Catalunya,* 2008, disponible en abierto en: http://www.sindic.cat/site/unitFiles/2266/segregacio_escolar_web.pdf , y *La segregació escolar a Catalunya*, I i II, 2016 http://www.sindic.cat/ca/page.asp?id=53&ui=4156 http://www.sindic.cat/site/unitFiles/4228/Informe%20segregacio%20escolar_II_condicions_escolaritzacio_ok.pdf

[28] Véase la relación entre Derecho y segregación religiosa en PONCE SOLÉ, J. (Coord.) *Ciudades, derecho urbanístico y libertad religiosa: elementos comparados de Europa y Estados Unidos*, F. Pi i Sunyer, Barcelona 2010.

[29] Véanse las conclusiones de 2016 del proyecto europeo SOPHIE coordinado por la Agencia de Salud de Barcelona: https://www.aspb.cat/wp-content/uploads/2016/07/ndp_sophie_17feb016_cat.pdf y http://www.sophie-project.eu/pdf/conclusions_cat.pdf

acuerdo con investigaciones realizadas por la Agencia de Salud Pública de Barcelona, por ejemplo, en esa ciudad *hay barrios en los que la esperanza de vida es 11 años superior que en otros* [30].

Además, la gentrificación y la segregación urbana son elementos que influyen sobre la sensación de inseguridad urbana[31].

.

Estudios recientes disponibles muestran como la segregación urbana es un fenómeno en crecimiento en términos generales en la UE, con un notable aumento de la misma en Cataluña entre 2001 y 2012 [32]. Un reciente estudio a nivel estatal confirma la misma tendencia[33].

Es obvio que la ubicación de la vivienda asequible en una ciudad puede mostrar pautas segregadoras. Por otro lado, la falta de vivienda asequible y su segregación en áreas urbanas desfavorecidas, así como las condiciones de dicha vivienda y la pobreza energética, que afecta a millones de europeos y mata más en España que los accidentes de tráfico[34], comportan difíciles condiciones de vida.

El diagnóstico, pues, está hecho. Gentrificación y segregación están creciendo en las ciudades europeas y sus consecuencias sobre la cohesión social y territorial y sobre los derechos y la salud de las personas son devastadoras. Hecho el diagnóstico, se trataría ahora, por parte de quienes tienen competencia y capacidad para ello tanto en el sector público, como en el privado y en el tercer sector de actuar cada uno en la medida de sus posibilidades y dentro de sus límites.

Obviamente, el marco jurídico existente, el Derecho vigente, condiciona tanto la existencia de gentrificación como la segregación urbana, así como los precios de venta o alquiler de la vivienda privada y la existencia, o no, y la ubicación, segregada o no, de las viviendas asequibles. Por tanto, las técnicas jurídicas para luchar contra la gentrificación y la segregación son relevantes y pueden consistir, si existen, en un conjunto de regulaciones e intervenciones públicas que pueden referirse tanto a cuestiones no urbanísticas (límites de precios en determinadas zonas, ayudas para alquiler de vivienda…) como urbanísticas (derechos de tanto y retracto, construcción de vivienda pública, lucha contra la vivienda vacía, reservas para vivienda social…)[35].

---

[30] En concreto, esta máxima diferencia se da al comparar Torre Baró, en Nou Barris, donde la esperanza de vida es de 75,2 años, con Pedralbes, en Sarrià-Sant Gervasi, donde llega a los 86,5 años.
Véase: https://www.elperiodico.com/es/barcelona/20151022/la-esperanza-de-vida-en-la-bcn-pobre-es-hasta-11-anos-menor-que-en-la-rica-4610930

[31] PONCE SOLÉ, J., ORTIZ DE URBINA, I.,( Coords.), *Convivencia ciudadana, seguridad pública y urbanismo. Diez textos fundamentales del panorama internacional,* Diputació de Barcelona, Serie claves del gobierno local, nº 6. Disponible en abierto en:
http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/handle/10873/846

[32] Para el caso catalán, véanse los estudios de Ismael Blanco, Quim Brugué, Oriol Nel.lo y Eduard Jiménez., cuyas conclusiones resumidas, así como un conjunto de trabajos realizados sobre el tema pueden hallarse en: https://barrisicrisi.wordpress.com/

[33] AA.VV., *Barrios vulnerables de las grandes ciudades españolas. 1991/ 2001/ 2011*. Instituto Juan de Herrera. IJH, Madrid, 2018. Disponible en abierto en : http://oa.upm.es/51015/

[34] AAVV, *Pobreza energética: regulación jurídica y protección de los derechos de las personas*, Federación de Municipios de Cataluña, Instituto de Investigación TransJus de la Universidad de Barcelona, 2018.

[35] Un análisis de todas ellas por ejemplo en PONCE, J. i SIBINA, D., (Coords.), *El derecho de la vivienda en el siglo XXI: sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo : con un análisis*

.
Existen diversos derechos que se ejercen en la ciudad y que están afectados, de un modo u otro, por las políticas públicas existentes (o, en su caso, inexistentes, esto es, por acciones u omisiones) en materia de urbanismo y vivienda en general. La íntima relación de las funciones urbanas debe matizar toda distinción tajante entre ordenación del territorio, urbanismo y vivienda y llevar al entendimiento de la vivienda no sólo como el mero soporte físico habitacional sino también como el medio ambiente urbano en el que este se inserta.

En definitiva, en el siglo XXI va ganando fuerza la idea de que la aproximación al uso del suelo, a su regulación y a los derechos implicados, debe ser integrada.[36]

## 2.2 El derecho a la ciudad: concreción y reforzamiento del derecho a la vivienda

De esa constatación sobre la interacción entre el desarrollo local sostenible económico, social y ambiental y la interrelación entre las distintas políticas públicas con impacto territorial y los derechos con ejercicio sobre el territorio surge el desarrollo en torno al derecho a la ciudad. Lentamente, parece caminarse hacia un reconocimiento técnico - jurídico futuro de un *derecho a la ciudad* y de sus consecuencias concretas en la gestión pública y en la colaboración privada.[37] Este enfoque conecta el filosófico de Henri Lefebvre[38] sobre la ciudad y las personas que la construyen y habitan con concretas políticas públicas, derechos y regulaciones. Aunque debe advertirse, como se notará, que nos encontramos en una fase aún temprana, con un derecho *in process*, por así decirlo, en un momento de "invención" del derecho a la ciudad, como en el pasado han sido "inventados" otros derechos en la historia.[39]

La construcción del derecho a la ciudad está pasando por distintas fases en distintos países y también en la esfera internacional. Desde su reclamación por los activistas sociales,[40] pasando por la generación de estudios, incluyendo su articulación en documentos normativos con el status de *soft law* hasta llegar, en algunos casos, a su consagración normativa como derecho subjetivo generador de obligaciones jurídicas.

El mito de que el derecho a la ciudad es etéreo y puede ser contraproducente porque deja preterido el derecho a la vivienda debe ser descartado hoy en día, de acuerdo con la realidad existente. En primer lugar, porque el derecho a la ciudad ha pasado, como decimos a integrarse en normas jurídicas de Derecho directamente aplicable y ha sido reconocido por la jurisprudencia, por ejemplo, la española, la cual, como veremos, en diversas sentencias lo ha utilizado en conexión con la igualdad de género en el uso del suelo, también residencial, claro. En segundo lugar, porque el derecho a la ciudad no

---

*específico de la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, en su contexto español, europeo e internacional*, Marcial Pons, 2008

[36] *European Environment Agency, The European Environment. State and outlook* 2010, *Land Use*, 2010. Disponible en: http://www.eea.europa.eu/highlights/land-use-conflicts-necessitate-integrated-policy

[37] Lefebvre Herni, *El derecho a la ciudad*, *op. cit.*

[38] Lefebvre Herni, *El derecho a la ciudad*, Barcelona, Ed. Península, 1969, pp. 123 a 139.

[39] Hunt Lynn, *La invención de los derechos humanos*, Ed.Tusquets Editores S.A., Barcelona, 2009.

[40] Disponible en: http://www.hic-al.org/derecho.cfm?base=2&pag=derechociudad2. El V Foro Urbano Mundial, que tuvo lugar en Brasil en marzo de 2011 llevaba por título "El Derecho a la Ciudad: Uniendo el urbano dividido". Disponible en: http://www.unhabitat.org/content.asp?cid=6490&catid=584&typeid=24&subMenuId=0

disminuye la fuerza del derecho a la vivienda, sino que la aumenta, al conectar ese derecho con otros derechos relacionados, como vamos a ver.

Por lo que se refiere a informes y documentos relevantes, cabe destacar la generación desde los movimientos sociales de una *Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad*.[41] De igual modo el programa conjunto "The UN-Habitat and Unesco Joint Project" ha producido un libro con el título *Urban Policies and the Right to the City*.[42] Los trabajos de Hábitat III, desarrollados antes y durante la cumbre de Quito de otoño de 2016 han dado lugar a un impulso respecto al derecho a la ciudad. El documento de política 1, punto 2, Comité Preparatorio de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Vivienda y el Desarrollo Urbano Sostenible (Hábitat III), lo señala como:

"El derecho a la ciudad es un nuevo paradigma que ofrece un marco alternativo para volver a plantear las ciudades y la urbanización. Prevé el ejercicio efectivo de todos los derechos humanos acordados internacionalmente, el logro de los objetivos de desarrollo sostenible expresados a través de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, y el cumplimiento de los compromisos del Programa de Hábitat. En este marco, aporta sin embargo una nueva dimensión que servirá de fundamento para la Nueva Agenda Urbana cimentada en una comprensión de la ciudad como lugar que procura garantizar una vida plena y decente para todos los habitantes."[43]

Finalmente, la Resolución aprobada por la Asamblea General el 23 de diciembre de 2016, N° 71/256, "Nueva Agenda Urbana" ha cristalizado el derecho a la ciudad en su párrafo 11:

"Compartimos el ideal de una ciudad para todos, refiriéndonos a la igualdad en el uso y el disfrute de las ciudades y los asentamientos humanos y buscando promover la inclusividad y garantizar que todos los habitantes, tanto de las generaciones presentes como futuras, sin discriminación de ningún tipo, puedan crear ciudades y asentamientos humanos justos, seguros, sanos, accesibles, asequibles, resilientes y sostenibles y habitar en ellos, a fin de promover la prosperidad y la calidad de vida para todos. Hacemos notar los esfuerzos de algunos gobiernos nacionales y locales para consagrar este ideal, conocido como "el derecho a la ciudad", en sus leyes, declaraciones políticas y cartas."

Tales contenidos ya estaban presentes en el documento preparatorio A/CONF.226/PC.3/14, punto 10:

"C. Definición del derecho a la ciudad

10. El derecho a la ciudad se define, por tanto, como el derecho de todos los habitantes, presentes y futuros, a ocupar, utilizar y producir ciudades justas, inclusivas y sostenibles, definido como un bien común esencial para la calidad de vida. El derecho a la ciudad entraña además la responsabilidad de los gobiernos y las personas de reclamar, defender y promover este derecho."

---

[41] Disponible en: http://www.hic-al.org/derecho.cfm?base=2&pag=derechociudad2 (fecha de consulta: 27/09/2018).

[42] Brown, Alison; y Kristiansen, Annali, *Urban Policies and the Right to the City*, UNESCO-UN-HABITAT, 2009. Disponible en: http://unesdoc.unesco.org/images/0017/001780/178090e.pdf

[43] Disponible en: http://habitat3.org/wp-content/uploads/Policy-Paper-1-Espan%CC%83ol.pdf

Y como el punto 38 ya ponía de relieve:

“Ciudades más seguras

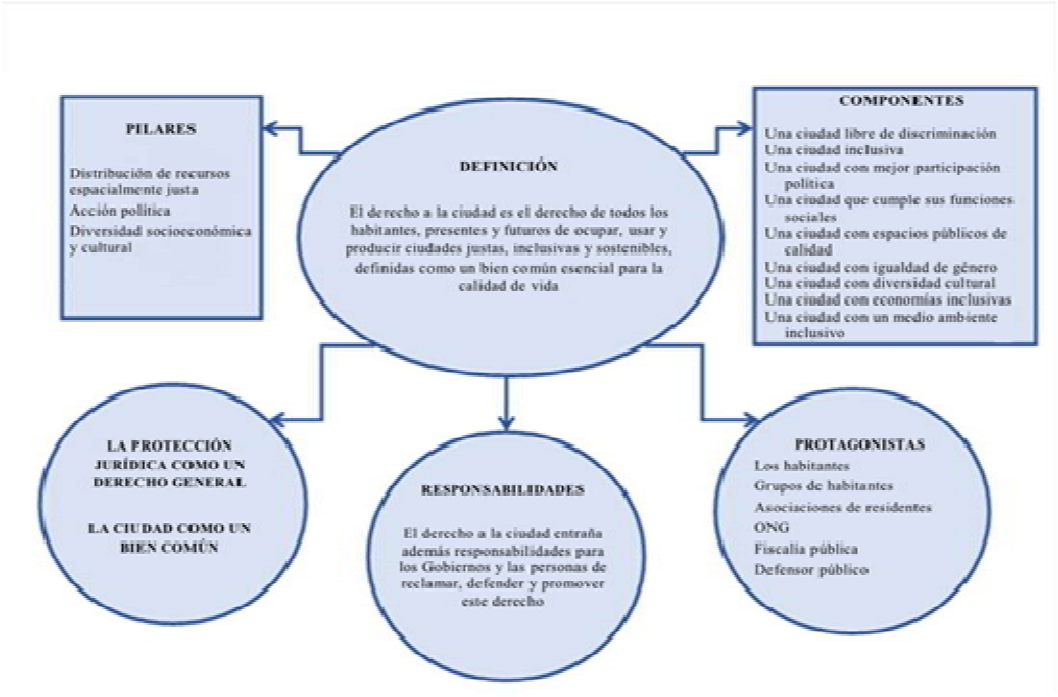
38. Los desafíos son: la falta de seguridad en las ciudades, el aumento de la violencia pública, en particular contra las mujeres y las niñas; **la formación de guetos y la segregación territorial del espacio urbano;** falta de barrios definidos mediante políticas (reevaluación de la definición de los barrios negros como pobres); el aislamiento social y la alienación, la hostilidad hacia los migrantes, los refugiados y los desplazados internos; los efectos de los conflictos violentos y la delincuencia en las ciudades; la exposición de los niños a la violencia; barrios poco seguros relacionados con problemas sociales; transporte público inseguro, en particular por la noche; la falta de alumbrado público (suficiente) en las zonas pobres, y los prejuicios contra los pobres, los migrantes o los grupos étnicos de las zonas urbanas considerados como delincuentes; la penalización de los ocupantes de los espacios públicos, en particular los habitantes de la calle; la falta de acceso efectivo a la justicia”

En sus anexos se incorpora el siguiente gráfico:



**Anexo VI**

**Matriz del derecho a la ciudad**




En relación con la inclusión del derecho a la ciudad como *soft law*, la Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos de 2000, suscrita por diversas ciudades españolas, lo reconoce, indicando en su artículo 1 que la ciudad: “es un espacio colectivo que pertenece a todos sus habitantes que tienen derecho a encontrar las

condiciones para su realización política, social y ecológica, asumiendo deberes de solidaridad".[44]

Por otro lado, variados documentos europeos también ponen de relieve la íntima relación de la vivienda con otras funciones urbanas. Estas perspectivas aludidas se hallan expuestas con toda claridad en diversos e interesantes documentos europeos, que constituyen *soft law* comunitario, que deberán ser tenidos en cuenta por las Administraciones públicas españolas, especialmente las locales.[45] Se trata del Dictamen del Comité de las Regiones "Política de vivienda y política regional" de febrero de 2007,[46] del Informe del Parlamento Europeo aprobado en mayo de 2007 "sobre la política de vivienda y la política regional (2006/2108 (INI))".[47]

Finalmente, existen ejemplos europeos e iberoamericanos de consagración del derecho a la ciudad en textos jurídicamente vinculantes que implican obligaciones jurídicas correlativas. En el ámbito iberoamericano, se destacan los casos de Brasil y Ecuador. En Brasil, la Ley Nº 10257/01, desarrolla los artículos, 182 y 183 de la Constitución Federal del año 1988 y recibe la denominación de *Estatuto da Cidade*, reconociendo en su artículo 2 que la política urbana tiene por objetivo ordenar el pleno desenvolvimiento de las funciones sociales de la ciudad y de la propiedad urbana mediante una serie de directrices generales, entre las que se halla la garantía del derecho a ciudades sostenibles. Por su parte, la Constitución de Ecuador de 2008 reconoce explícitamente en su artículo 31 la existencia de un derecho a la ciudad.[48]

En el ámbito europeo, la doctrina francesa y el propio Derecho francés utilizan el concepto de *hábitat*, que corresponde a la vivienda en su entorno urbano y social.[49] En ese sentido, también la legislación francesa alude a la existencia de un derecho a la ciudad (art.1 de la Ley Nº 91-662, de 13 de julio, año *d'orientation pour la ville*). En España, las profundas relaciones entre urbanismo y vivienda y ordenación del territorio, y los derechos en ellos involucrados, están siendo reconocidas paulatinamente por la legislación estatal y autonómica. La Ley catalana N° 18/2007, del 28 de diciembre año, del derecho a la vivienda, señala en su artículo 16.2 d, como directriz para el planeamiento urbanístico, el mandato de velar por "garantizar el derecho de todos los habitantes a gozar de condiciones de *vida urbana y de hábitat* que favorezcan la cohesión social". En el proyecto de ley se mencionaba explícitamente el derecho a la ciudad en este párrafo. En la versión finalmente adoptada, no hay duda de que se encuentra implícitamente en el mismo. El Real Decreto Legislativo 7/2015, del 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación

---

[44] Como es sabido, numerosas ciudades españolas han firmado la Carta. Pero, simplificando ahora, los derechos recogidos en la misma no son exigibles judicialmente, puesto que la Carta no obliga a los firmantes más que a recoger en sus normas (estas sí, exigibles) sus previsiones.

[45] Sobre el tema, Sarmiento Rodríguez Escudero, Daniel, *El soft Law administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración,* Ed. Thompson Civitas, 2008.

[46] Disponible en:
https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006AR0345&from=ES

[47] Disponible en:
http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A6-2007-0090+0+DOC+PDF+V0//ES

[48] "Art. 31. Las personas tienen derecho al disfrute pleno de la ciudad y de sus espacios públicos, bajo los principios de sustentabilidad, justicia social, respeto a las diferentes culturas urbanas y equilibrio entre lo urbano y lo rural. El ejercicio del derecho a la ciudad se basa en la gestión democrática de ésta, en la función social y ambiental de la propiedad y de la ciudad, y en el ejercicio pleno de la ciudadanía."

[49] Deschamps, Emmanuelle, *Le Droit Public et la Ségrégation Urbaine*, Ed. L.G.D.J., 1998, p. 23.

Urbana, al que nos referiremos en adelante como la Ley de Suelo española vigente, se refiere en su artículo 2.2c al "medio urbano", mientras su artículo 4a reconoce el derecho de todos los ciudadanos a disfrutar de una vivienda digna, adecuada y accesible "en un medio ambiente y un paisaje adecuados".[50] En este sentido, destaca la Ley española N° 2/2011, de 4 de marzo año de Economía Sostenible, ahora derogada, que, de nuevo implícitamente, pareció referirse a un derecho similar.[51]

Desde la perspectiva del derecho a la ciudad y del hábitat o medio ambiente urbano, se constata también legalmente que la ciudad (y la vivienda que forma parte de ella) está condicionando una serie de derechos que precisan de un espacio físico para ser ejercidos. La actividad urbanística en desarrollo de los derechos afectados y de las regulaciones legales existentes debe garantizar un *medio ambiente urbano adecuado*, que, en lo que ahora nos interesa, permita la salud humana, la cohesión social y territorial y no facilite procesos de exclusión o fractura social, lo que incorpora la necesidad de evitar fenómenos segregativos que afectan con mayor virulencia a los ya mencionados colectivos vulnerables.

Desde el ámbito jurídico, la superación de los viejos paradigmas anclados en la protección judicial del derecho a la propiedad como centro de atención del Derecho viene de la mano del paulatino descubrimiento de la relación existente entre este y una serie de derechos constitucionales, notablemente condicionados por el tipo de ordenación urbanística y territorial que pueda realizarse. Asimismo, desde un punto de vista urbanístico, algunos de estos derechos (por ej. educación, libertad religiosa, los

[50] Como indica su Preámbulo: "en general, en relación con el suelo y la vivienda, que incluye derechos y deberes de orden socio-económico y medioambiental de toda persona, con independencia de cuáles sean su actividad o patrimonio, es decir, en el entendimiento de la ciudadanía como un estatuto de la persona que asegure su disfrute en libertad de un medio en el que vive, su participación en la organización de dicho medio y su acceso igualitario a las dotaciones, servicios y espacios colectivos que demandan la calidad y la cohesión del mismo".

[51] "Artículo 107. Fines comunes de las políticas públicas para un medio urbano sostenible. Los poderes públicos, de acuerdo con los principios de cohesión territorial y social, eficiencia energética y complejidad funcional formularán y desarrollarán las políticas de su respectiva competencia al servicio de un medio urbano sostenible que:
a) Posibilite el uso residencial en viviendas constitutivas de domicilio habitual en un contexto urbano seguro, salubre y adecuado, libre de ruidos y otras inmisiones contaminantes que excedan de los límites legalmente permitidos en cada momento y provisto del equipamiento, los servicios, los materiales y productos que eliminen o, en todo caso, minimicen, por aplicación de la mejor tecnología disponible en el mercado a precio razonable, las emisiones contaminantes, el consumo de agua, energía y la producción de residuos, y mejoren su gestión.
b) Mejore la calidad ambiental y la funcionalidad de las dotaciones, infraestructuras y espacios públicos al servicio de todos los ciudadanos.
c) Fomente unos servicios generales, incluidos los que aseguren el acceso universal a las nuevas tecnologías, más eficientes económica y ambientalmente en la gestión del agua, la energía y los residuos.
d) Favorezca, por contar con las infraestructuras, dotaciones y servicios precisos, la localización de actividades de contenido económico generadoras de empleo estable y sostenibles medioambientalmente, especialmente las que faciliten el desarrollo de la investigación científica y de nuevas tecnologías.
e) Garantice el acceso equitativo de los ciudadanos a las dotaciones y los servicios y su movilidad, potenciando al efecto los medios de transporte, especialmente los de uso público, más eficientes energéticamente y menos contaminantes.
f) Integre en el tejido urbano cuantos usos resulten compatibles con la función residencial, contribuyendo al equilibrio de ciudades y núcleos residenciales, para lo que se favorecerá la aproximación de servicios y dotaciones a la comunidad residente, evitando desplazamientos innecesarios.
g) Fomente el uso de materiales, productos y tecnologías limpias que reduzcan las emisiones contaminantes del sector de la construcción."

vinculados con la seguridad o vivienda, como luego veremos) deben forzar a una reflexión más profunda sobre el papel del urbanismo y la vivienda.

En definitiva, la conocida aportación de Lefebvre respecto al derecho a la ciudad, situada todavía en una aproximación teórica filosófica, empieza a ser tecnificada ya por diversas normas jurídicas, sobre la base de reconocer las conexiones entre los diversos niveles de regulación del uso del suelo y, como veremos, de la conexión entre diversos derechos constitucionales, reconociendo la importancia del espacio urbano en la vida de las personas (insistiendo en el componente de la evitación de la segregación urbana de este derecho.

El planeamiento urbanístico —en desarrollo de los derechos y principios constitucionales y de las regulaciones legales existentes—debería garantizar un medio ambiente urbano adecuado que, en lo que ahora nos interesa, permita la salud humana, la cohesión social y no facilite procesos de exclusión o fractura social, lo que incorpora la necesidad de evitar fenómenos segregativos que afectan con mayor virulencia a los ya mencionados colectivos vulnerables.

Debe abrirse aquí un fértil campo de reflexión también desde el Derecho, a pesar de que ha sido destacado que "la alegación del derecho a la ciudad no confiere específicos derechos" y que hay que distinguir el derecho a la ciudad de los derechos en la ciudad.[52] Siendo cierto, no vemos otro camino de avance *que construir un sistema de derechos interconectados que sumen más que las partes*, esto es, que sumen el derecho a la ciudad.[53]

Si existe un derecho, es porque este está reconocido en el ordenamiento jurídico en vigor de que se trate. Si existe un derecho, hay obligaciones jurídicas correlativas de alguien (en lo que nos interesará aquí, de los poderes públicos). Tales obligaciones, si no se cumplen, son exigibles, bien sea ante instancias de control no judicial, caso de los *ombudsmen*, por ejemplo, o destacadamente, en vía judicial. Así de simple, así de limitado, pero también así de preciso.

d) Un elemento clave del desarrollo económico sostenible de un área es la competitividad urbana existente, que la Comisión Europea define como "una elevación sostenida de los niveles de vida de una nación o región y un nivel tan bajo como sea posible de desempleo involuntario".[54] La existencia de un medio urbano adecuado es crucial para esta competitividad (vivienda asequible suficiente y bien ubicada para alojar a la fuerza de trabajo, equipamientos urbanos suficientes y adecuados…). Tener vivienda asequible integrada es importante, porque es, como sabemos, un derecho y la cohesión social y territorial están en juego y porque la competitividad económica de una ciudad depende de la existencia de vivienda asequible para los trabajadores (*workforce housing*), la cual es precisa para que la UE no pierda relevancia internacional y sea posible en la realidad la libre circulación de trabajadores en ella, principio fundamental establecido en el artículo 45 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y

[52] A. Brown, Alison; y Kristiansen, Annali, *op. cit.*, pp. 16 y 36.
[53] Morin, Edgar, *Introducción al pensamiento complejo*, Barcelona, Ed. Gedisa, 1998, pp. 27 y ss.; Von Bertalnffy, Ludwig; Roos Ashby, William; Weinberg, Gerald Marvin *et al.*, *Tendencias en la teoría general de sistemas*, Madrid, Ed. Alianza Editorial, 3ª ed., 1984.
[54] *Foro Internacional Intercambio sobre Política Descentralizadas sobre Vivienda y Hábitat*. Por la realización de los derechos a la vivienda y hábitat, La Paz, 1 y 2 de febrero

desarrollado en el Derecho derivado europeo y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia[55].

La existencia de un medio urbano adecuado también es crucial para un desarrollo social sostenible, que permita mantener la cohesión social y los vínculos entre los diferentes grupos sociales. Es igualmente evidente que un medio ambiente urbano adecuado resulta fundamental para garantizar un desarrollo sostenible ambiental y la salud humana. Por todo ello, el derecho a la ciudad no sólo se construye a partir de la existencia de una serie de derechos que interactúan creando sinergias, sino que su existencia y respeto contribuye al desarrollo sostenible económico, social y ambiental en una sociedad dada.

e) En la actualidad, lentamente, el *espíritu de los tiempos* parece encaminarse hacia un reconocimiento técnico-jurídico futuro de un *derecho a la ciudad* y de sus consecuencias concretas en la gestión pública y en la colaboración privada. El derecho a la ciudad dista de ser etéreo o no alegable incluso judicialmente y refuerza diversos derechos relacionados con la ciudad, incluido el derecho a la vivienda.

### 2.2.1 Derecho a la ciudad e igualdad

Así, por lo que se refiere al *derecho a la igualdad*, el concepto de inclusión o integración social aludido conduce derechamente al papel del Derecho urbanístico y de la vivienda en relación con ciertos colectivos vulnerables (jóvenes, gente mayor, familias monoparentales, inmigrantes extracomunitarios sin recursos...) y al papel del derecho a la igualdad en el disfrute de la ciudad.

Determinadas prácticas urbanísticas pueden suponer discriminación en el uso del suelo, sea por activa o por pasiva, entorpeciendo la igualdad, como ha notado Alves Correia en la doctrina portuguesa[56]. En el ámbito británico, el informe oficial inglés Diversity and Equality in Planning (Office of the Deputy Prime Minister, 2005) es del mayor interés, al hacer un análisis de la situación existente, exponer buenas prácticas de planeamiento urbanístico promotor de la igualdad y sugerir medidas de lucha contra la discriminación y de acción positiva a favor de la igualdad real y efectiva, incluyendo la posibilidad de reclutar en los equipos elaboradores del planeamiento a miembros de minorías étnicas que ayuden a ponderar todos los puntos de vista relevantes en la toma de decisiones sobre el uso del suelo.[57]

---

[55] http://www.epsys.com/wp-content/uploads/2016/04/The-Importance-of-Affordable-Housing-to-Economic-Competitiveness.pdf

[56] Correia, A. O *Plano urbanistico e o Prínicipio da igualdade*, Almedina, 2001

[57] En este sentido, en el derecho español es destacable la previsión contenida en el art. 31 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, El planeamiento urbanístico —en desarrollo de diversos derechos y principios constitucionales, ya aludidos, y de las regulaciones legales existentes— parece que en España debe garantizar también un medio ambiente urbano adecuado, que, en lo que ahora nos interesa, permita la cohesión social y no facilite procesos de exclusión o fractura social, lo que incorpora la necesidad de evitar fenómenos segregativos que afectan con mayor virulencia a los ya mencionados colectivos vulnerables. Efectivamente, en la planificación urbanística se puede hacer realidad tanto el derecho a la vivienda, como el derecho a la igualdad ya aludido (arts. 9.2 y 14 CE, arts 27 y ss. de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que han realizado una interesante transposición de las directivas comunitarias efectúa la transposición de las directivas comunitarias antidiscriminación 2000/43/CE y 2000/78/CE) así como otros derechos que necesitan de una expresión territorial, y a los que luego nos referiremos.

En España, la Ley de Suelo española vigente, aplicable a todas las autoridades públicas en el Estado español, insiste repetidamente en ese papel de la ordenación territorial y urbanística en garantía efectiva del derecho a la igualdad.[58] En la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, tras alguna vacilación inicial (STS del 19 de mayo de 1987, art 5815), también se controla la discrecionalidad del planeamiento urbanístico mediante el principio de igualdad (STS del 7 de diciembre de 1993, Art. 9544 y del 8 de junio de 1998, art. 4390).

Para terminar este apartado, queremos destacar que, por primera vez en España salvo error u omisión por nuestra parte, dos decisiones judiciales recientes han incluido referencias al derecho a la ciudad en su argumentación jurídica para decidir un caso y lo han hecho precisamente en relación con la igualdad, en este caso de género. Se trata de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de abril de 2017, recurso nº 1882/2015, y la sentencia del Tribunal Supremo de Madrid de 10 de diciembre de 2018, recurso nº3781/2017, que conoció en segunda instancia de la anterior.

En la primera se discutió judicialmente un plan urbanístico municipal, que fue finalmente anulado por omisión de un informe de impacto de género. En el razonamiento del tribunal se indica, que, sin entrar ahora en detalles técnicos, para llegar a su conclusión ha partido de (Fundamento jurídico quinto):

"las formulaciones primarias, ya clásicas, del denominado por Henri Lefevre "derecho a la ciudad", formulado en sus bases a finales la década de los sesenta del siglo pasado; un derecho que, desde el contexto social en que se elaboró, y aun interpretado como el antecedente inmediato del derecho a la vida urbana y desde la perspectiva de género que en este asunto nos concierne por el mandato de igualdad que contiene la Constitución Española, se limitaba a mostrar a las mujeres habitantes de los suburbios como meras figuras "somnolientas" que esperaban allí a los hombres que marchaban a trabajar a zonas alejadas y regresaban "destrozados"."

El Tribunal Supremo, por su parte, al conocer del recurso contra esta sentencia, la casa y declara legal el planeamiento urbanístico. Pero al hacerlo, recoge la reflexión sobre el derecho a la ciudad de la sentencia de 2017 (Fundamento de Derecho tercero) y en sus fundamentos de Derecho decimocuarto y decimoquinto señala como el principio de igualdad de trato es "un principio inspirador *de la nueva concepción del desarrollo urbano,* que exige una ordenación adecuada y dirigida, entre otros fines, a lograr la igualdad efectiva entre hombres y mujeres".

Por otro lado, el uso de fondos públicos puede ayudar a aliviar la segregación o a agravarla. En este sentido, una regulación referida a este tema podría ser útil[59].

### 2.2.2 Derecho a la ciudad y derecho a la vivienda

En concreto, las reservas para vivienda social sirven a un doble propósito. Por un lado, claro, la generación de un mayor número de vivienda asequible, que permita hacer

[58] Véanse los arts. 1.1 o 3.2, entre otros.
[59] Véase https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/informat/2014/thematic_guidance_fiche_segregation_en.pdf

frente a la demanda insatisfecha, y, por otra, son un elemento urbanístico, por cuanto permiten contar con vivienda no segregada que promueva la mezcla social urbana como un componente del derecho a la ciudad[60]. A nivel internacional, existen estudios sobre el uso de reservas para vivienda protegida, en terminología española, en diversos países[61].

En definitiva, internacionalmente y en los Derechos urbanísticos nacionales de la UE se aceptan los efectos negativos de la gentrificación y de la segregación urbana y la necesidad de promover una mezcla social que permita la libertad de las personas en la elección de residencia a través del uso de la vivienda social bien ubicada espacialmente[62]. La cohesión social, como situación ideal a conseguir y antítesis de la segregación urbana, implica unos valores comunes y una cultura cívica, un cierto orden y control social, la existencia de solidaridad social y la reducción de las disparidades en la riqueza, la presencia de redes sociales (lo que lo reconduce parcialmente a la idea de capital social), y un vínculo personal con el lugar donde se habita, con el que debe existir una identificación. Por su parte, la cohesión territorial supone una expresión de la solidaridad a nivel geográfico, propugnando un cierto equilibrio entre diversas partes de un territorio que permita hacer realidad el derecho a la ciudad.

Los impactos positivos de la mezcla social, como componente de ese derecho a la ciudad, han sido destacados por la OCDE en su informe *Making cities Work for All*, de 2016, incluyendo la vivienda social como un elemento relevante[63].

Asimismo, ONU-habitat ha señalado en sus *Directrices Internacionales sobre Planificación Urbana y Territorial* como el diseño urbano debería facilitar el fortalecimiento de la mezcla y la interacción social y los aspectos culturales de la ciudad, abogando por la necesidad de necesidad de normas y planes urbanísticos que: "fomenten la mezcla social y el uso mixto de la tierra, con miras a ofrecer un conjunto atractivo y asequible de servicios y posibilidades de vivienda y trabajo para una amplia gama de la población"[64].

---

[60], BANDRES, J.M., "El derecho a la Ciudad", a QDL, 35, 2014
http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1579/07_BANDRES_P95_103_QDL_35.pdf?sequence=1
PONCE SOLÉ, J., "El dret a la ciutat i els drets a la ciutat", blog de la Revista Catalana de dret públic, 22 de noviembre de 2017
http://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2017/11/22/el-dret-a-la-ciutat-i-els-drets-en-la-ciutat-juli-ponce-sole/
AUBY, J.B., *Droit de la ville - Du fonctionnement juridique des villes au droit de la ville* , Lexis Nexis, 2013

[61] Véase PONCE SOLÉ, J., "Foreword", en CALAVITA, N., y MALLACH, A., *Inclusionary Housing in international perspective,* Lincoln Institute of Land Policy, 2010. Disponible en abierto en: https://www.lincolninst.edu/sites/default/files/pubfiles/inclusionary-housing-in-international-perspective-chp.pdf

[62] Sobre la lucha jurídica contra la segregación urbana, puede consultarse http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=359&IDA=25489 .
Para el caso francès, CHARMES, E (2009): "Pour une approche critique de la mixité sociale Redistribuer les populations ou les ressources? », laviedesideés.fr (http://www.laviedesidees.fr/Pour-une-approche-critique-de-la.html?decoupe_recherche=charmes). Para Inglaterra, OFFICE OF THE DEPUTY PRIME MINISTER (2005), Diversity and Equality in Planning,
http://www.communities.gov.uk/publications/planningandbuilding/diversityequality

[63] http://www.oecd.org/gov/making-cities-work-for-all-9789264263260-en.htm

[64] https://unhabitat.org/books/directrices-internacionales-sobre-planificacion-urbana-y-territorial/

También ha señalado ONU-habitat en su *Marco de Evaluación de la Normativa en materia de Planeamiento Urbanístico*[65], que es conveniente que haya una diversidad socioeconómica en los precios de la vivienda y en los tipos de tenencia en cada barrio, donde "del 20 al 50 por ciento del área residencial sea destinado a las viviendas de bajo coste, y que cada tipo de tenencia no alcance más del 50 por ciento del total". Las recomendaciones están pensadas para dejar espacio a las ratios propiedad-alquiler nacionales o regionales.

La diversidad socioeconómica se puede lograr a través de un marco normativo de gestión del suelo como la zonificación inclusiva, las políticas públicas de reserva u otras maneras de asignar suelo para nuevas viviendas que sean adecuadamente proporcionadas a las ratios de asequibilidad local. Estos programas pueden también prever parcelas de vivienda con tamaños variables y tipos de tenencia que aseguren la diversidad de las opciones residenciales. Otro factor importante que considerar en la adquisición de terrenos para viviendas asequibles es la conectividad y la adecuación del lugar, con el fin que no haya segregación social o espacial y tampoco un precio prohibitivo del transporte público.

Los Derechos urbanísticos y de vivienda nacionales en la UE han incorporado con frecuencia estas ideas entre sus técnicas jurídicas.

Así, por ejemplo, en el Derecho francés, la *Loi d´orientation pour la ville* de 1991, ha consagrado un objetivo de cohesión social urbano, para evitar la segregación y asegurar el derecho a la ciudad, por medio de una mezcla de funciones urbanas para promover la *mixité sociale*. Por su parte, la *Loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000, relative à la solidarité* en su art. 55 obligó a todos los municipios franceses con determinadas características (más de 3.500 habitantes, 1500 en la *Ile de France*, localizados en un área metropolitana con más de 50.000 habitantes con una ciudad de al menos 15.000 habitantes) a disponer de no menos de un 20% de vivienda social en relación con el parque de vivienda existente.

En el caso específico de la ciudad de París, su Plan Local de Urbanismo establece que todos los proyectos de nueva construcción, de gran rehabilitación o de cambio de uso que impliquen creación de techo residencial deberán destinar el 30% de la superficie residencial (siempre que sea mayor de 800 m2) a alquiler social.

En el caso inglés, la *Section 106* de la *Town and Country Planning Act* de 1990, establece las llamadas *planning obligations*, acuerdos entre la autoridad local y el promotor en relación al porcentaje de vivienda asequible a reservar caso por caso.

En el caso de Londres en concreto, su plan de urbanismo contempla la reserva de vivienda asequible en caso de promociones nuevas de más de 10 unidades o de 1000 m2 de techo total, en porcentajes que varían desde el 35% en suelo privado al 50% en suelo público y en ciertos casos de suelo privado (si hay subvenciones públicas o hay recalificación de uso industrial a residencial), porcentaje variable en función de la viabilidad económica del proyecto.

[65] Traducido en 2018 por TransJus al español: https://es.unhabitat.org/?mbt_book=planning-law-assessment-framework

En España y Cataluña, esta preocupación por la segregación urbana y a favor de la cohesión social y territorial ha llegado más tardíamente. Así, en el nivel estatal, 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 (en adelante, ley de suelo), contiene, como es sabido, el art. 20 sobre reservas para VPO y su ubicación, que luego analizaremos, así como una serie de principios jurídicos en el art. 3.3, apartados a y g, que establecen que:

"Los poderes públicos formularán y desarrollarán, en el medio urbano, las políticas de su respectiva competencia, de acuerdo con los principios de competitividad y sostenibilidad económica, social y medioambiental, cohesión territorial, eficiencia energética y complejidad funcional, procurando que, esté suficientemente dotado, y que el suelo se ocupe de manera eficiente, combinando los usos de forma funcional. En particular:

a) Posibilitarán el uso residencial en viviendas constitutivas de domicilio habitual en un contexto urbano seguro, salubre, accesible universalmente, de calidad adecuada e *integrado socialmente*…

g) Integrarán en el tejido urbano cuantos usos resulten compatibles con la función residencial, para contribuir al equilibrio de las ciudades y de los núcleos residenciales, favoreciendo la diversidad de usos, la aproximación de los servicios, las dotaciones y los equipamientos a la comunidad residente, *así como la cohesión y la integración social."*

En el caso autonómico, la Ley balear 5/2018, de 19 de junio, de la vivienda de las Islas Baleares, señala en su art. 12, titulado "Cohesión social" que:

"Las administraciones públicas colaborarán en el ejercicio de sus políticas de vivienda y concertarán las actuaciones necesarias para conseguir el objetivo de cohesión social, entendida como la existencia de un parque residencial público (preferiblemente de alquiler, en derecho de superficie u otros derechos que incluyan el uso) al servicio de la ciudadanía y de entidad suficiente para satisfacer el derecho constitucional al disfrute de una vivienda digna y adecuada".

En Cataluña, el art. 17 y otros artículos de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda (en adelante, ley catalana del derecho a la vivienda), así como la legislación de urbanismo catalana, recogen estos principios.

En el ámbito urbanístico en concreto, lo hacen los arts. 57.6 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo (en adelante, ley catalana de urbanismo) y el 66.4 del Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de urbanismo (en adelante, reglamento de la ley catalana de urbanismo):

"Art. 57.6."
Las reservas para la construcción de viviendas de protección pública se deben emplazar evitando la concentración excesiva de viviendas de este tipo, de acuerdo con lo que establece el artículo 3.2, a fin de favorecer la cohesión social y evitar la segregación territorial de los ciudadanos por razón de su nivel de renta"

"Art. 66.4.
La localización de las reservas para vivienda con protección oficial, como regla general, debe ser uniforme para todos los ámbitos de actuación en suelo urbano no consolidado y en suelo urbanizable. Si, excepcionalmente, se modifica el reparto uniforme hay que justificar esta decisión en la memoria social de vivienda del plan urbanístico correspondiente, bien por razón de la incompatibilidad de la tipología edificatoria prevista con la construcción de viviendas protegidas, bien por razón de la viabilidad de la actuación en función de su dimensión. En todo caso se tiene que acreditar la inexistencia de concentración excesiva de dicho tipo de vivienda y la no generación de segregación espacial. Debe procurarse siempre la mezcla de la vivienda con protección oficial y la libre, y a ser posible hacer coexistir ambos tipos de vivienda en el territorio."

Finalmente, destaca a nivel local la reserva de techo edificable en suelo urbano consolidado impulsada por el ayuntamiento de Barcelona y aprobada definitivamente y publicada el pasado 14 de diciembre.

Estas preocupaciones jurídicas han llegado también a la jurisprudencia, tanto nacional como de la Unión Europea.

En cuanto a la jurisprudencia nacional, en España, la STS de 11 de diciembre de 2003, en referencia a la construcción en suelo no urbanizable de módulos viviendas sociales, considerada constitucionalmente inaceptable, por contravenir el objetivo declarado de integración social[66]. En Francia, el principio de mezcla social ha sido aceptado como principio jurídico que ha llegado a la jurisprudencia del *Conseil d'Etat*, quien en su decisión de 22 de noviembre de 2002 lo ha aplicado para resolver una controversia entre municipios franceses en relación con el alojamiento de inmigrantes.

En cuanto a la UE, es relevante la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de mayo de 2013, en los asuntos acumulados C-197/11 y C-203/11. En la misma, se produce una aplicación de la doctrina judicial derivada del caso *Altmark* a un supuesto en el que se encuentran conectadas cuestiones relativas a urbanismo, vivienda asequible y Derecho de la Unión europea, aceptando bajo éste las reservas de planeamiento para vivienda asequible. Más tarde volveremos con detalle sobre ella.

[66] Id Cendoj: 28079130052003101122. El texto de la sentencia está disponible en: http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=2747046&links=cantabria&optimize=20040209&publicinterface=true

### 2.2.3 Derecho a la ciudad y derecho al medio ambiente (urbano)

Desde la perspectiva del derecho al medio ambiente, es evidente la consideración del suelo como un recurso natural esencial, escaso y no renovable, que ha llevado a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español a reconocer la competencia estatal derivada del artículo 149.1.23 para intervenir en el urbanismo (STC español 102/1995, del 26 de junio).

Por otro lado, no cabe olvidar que esta es una perspectiva típicamente europea (recuérdese la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo sobre una Estrategia Temática de Medio Ambiente Urbano [COM (2005) 718 final]), debiendo tener presente las competencias de la Unión Europea para intervenir en la utilización del suelo, de acuerdo con el artículo 175 del Tratado de la Comunidad Europea. En consecuencia, la perspectiva ambiental es fundamental en el urbanismo actual, actuando, además, como un título "cuña" de intervención europea y estatal en el ámbito urbanístico, como pone de relieve la Ley de Suelo estatal vigente en España, con irradiaciones, ya expuestas, sobre la salud humana.

Por utilizar las palabras del Tribunal Supremo español, en su sentencia de 23 de enero de 2017, es preciso cuando hablamos de ciudad, vivienda y urbanismo hacerlo del:

“ámbito del medio ambiente; ámbito este que, sin duda, ha modulado y matizado todo el complejo mundo del urbanismo.

Igualmente, sabemos, que la Unión Europea, no quiere mantenerse al margen de estos ámbitos de actuación. Situándonos en el ámbito normativo europeo debemos reparar, en el terreno de los principios, toda una ya larga trayectoria medioambiental se ha consolidado en el Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que fue firmado por los representantes de los veintisiete Estados Miembros en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007, y que entró en vigor el pasado 1 de diciembre de 2009, una vez ratificado por todos los Estados Miembros. Por otra parte, en el Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (consolidado tras el Tratado de Lisboa), se señala como el Medio Ambiente (artículo 4.e) es una competencia compartida con los Estados Miembros, imponiéndose en el artículo 11 del mismo Tratado que "Las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible".

Así lo hemos dicho, entre otras muchas, en la STS de 22 de febrero de 2012 (RC 3774/2009). de conformidad con lo expresado en la Exposición de motivos del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo :

"(...) hoy parece asimismo claro que el urbanismo debe responder a los requerimientos de un desarrollo sostenible, minimizando el impacto de aquel crecimiento y apostando por la regeneración de la ciudad existente. La Unión Europea insiste claramente en ello, por ejemplo en la Estrategia Territorial Europea o en la más reciente Comunicación de la Comisión sobre una Estrategia Temática para el Medio Ambiente Urbano, para lo que propone un modelo de ciudad compacta y advierte de los graves inconvenientes de la urbanización dispersa o desordenada: impacto ambiental, segregación social e ineficiencia económica por los elevados costes energéticos, de construcción y mantenimiento de infraestructuras y de prestación de los servicios públicos. El suelo, además de un recurso económico, es también un recurso natural, escaso y no renovable. Desde esta perspectiva, todo el suelo rural tiene un valor ambiental digno de ser ponderado y la liberalización del suelo no puede fundarse en una clasificación indiscriminada, sino, supuesta una clasificación responsable del suelo urbanizable necesario para atender las necesidades económicas y sociales...".

(...) Este plus de protección se nos presenta hoy ---en el marco de la amplia, reciente y variada normativa sobre la materia, en gran medida fruto de la transposición de las normas de la Unión Europea--- como un reto ciertamente significativo y como uno de los aspectos más sensibles y prioritarios de la expresada y novedosa normativa medioambiental. Ya en el Apartado I de la Exposición de Motivos de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo (hoy Texto Refundido de la misma aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio ---TRLS08---) se apela en el marco de la Constitución Española ---para justificar el nuevo contenido y dimensión legal--- al "bloque normativo ambiental formado por sus artículos 45 a 47 ", de donde deduce "que las diversas competencias concurrentes en la materia deben contribuir de manera leal a la política de utilización racional de los recursos naturales y culturales, en particular el

territorio, el suelo y el patrimonio urbano y arquitectónico, que son el soporte, objeto y escenario de aquellas al servicio de la calidad de vida". Igualmente, en el mismo Apartado I, último párrafo, el reciente legislador apela a que "el crecimiento urbano sigue siendo necesario, pero hoy parece asimismo claro que el urbanismo debe responder a los requerimientos de un desarrollo sostenible, minimizando el impacto de aquel crecimiento y apostando por la regeneración de la ciudad existente", y se remite, a continuación, a los mandatos de la Unión Europea sobre la materia advirtiendo "de los graves inconvenientes de la urbanización dispersa o desordenada: impacto ambiental, segregación social e ineficiencia económica por los elevados costes energéticos, de construcción y mantenimiento de infraestructuras y de prestación de servicios públicos"; y, todo ello, porque, según expresa la propia Exposición de Motivos "el suelo, además de un recurso económico, es también un recurso natural, escaso y no renovable", añadiendo que "desde esta perspectiva, todo el suelo rural tiene un valor ambiental digno de ser ponderado y la liberalización del suelo no puede fundarse en una clasificación indiscriminada ...". Como ha puesto de manifiesto la buena doctrina española, el TRLS08 lo que, en realidad, aporta "es una mayor imbricación entre urbanismo y protección del medio ambiente; una especie, digámoslo, de interiorización más profunda de los valores ambientales en la ordenación territorial y urbanística, hasta hacerlos inescindibles".

### 2.2.4 Derecho a la ciudad y derecho a la educación no segregada

En cuanto al derecho a la educación, el problema de la segregación escolar y su relación con el urbanismo y la vivienda, ha sido objeto de consideración empírica en el ámbito europeo[67] ( y en el ámbito español por el Defensor del Pueblo[68] y por el *Síndic de greuges* catalán[69] (2008 y 2016)). En otros países, tanto la investigación universitaria como el debate público han descubierto tales vínculos entre urbanismo y educación, como, señaladamente ocurre en el caso francés, donde ya se cuenta con diversos trabajos sobre el tema, a los que iremos haciendo referencia, y existe un vivo debate en el momento de redactar estas líneas sobre la llamada “carta escolar”, mecanismo de relación entre domicilio y escuela.[70]

Es preciso aclarar que segregación urbana y segregación escolar son fenómenos profundamente imbricados: la existencia de guetos urbanos da lugar a la existencia de escuelas-gueto. Ambos son fenómenos negativos (al evitar la interacción entre niños y niñas, afectar al rendimiento escolar y a las actitudes xenófobas), que ponen en riesgo la cohesión social y territorial, el derecho a la ciudad ,el derecho a la igualdad, y el derecho a la educación.

Dichos derechos obligan a los poderes públicos a adoptar una actitud activa diligente de prevención y lucha contra la segregación urbana y la segregación escolar, en garantía del derecho a la educación. La necesaria intervención pública contra la segregación urbana y escolar debe ser de tipo preventivo y reactivo.

---

[67] https://rm.coe.int/fighting-school-segregationin-europe-throughinclusive-education-a-posi/168073fb65

[68] Defensor Del Pueblo, *La escolarización del alumnado de origen inmigrante en España: análisis descriptivo y estudio empírico*, Madrid, 2003.

[69] Sindic De Greuges de Catalunya, *La segregación escolar en Cataluña*, 2008. Disponible en: http://www.sindic.cat/site/unitFiles/2266/segregacio_escolar_web.pdf

[70] Véase sobre todo Maurin Éric *op. cit.*; Felouzis, Georges, Liot, FranÇoise y Perroton, Joëlle, *L´Apartheid scolaire. Enquête sur la ségrégation ethnique dans les colleges*, Ed. Seuil, 2005.

Preventivo, en el sentido de que es necesario considerar la vinculación entre las políticas públicas urbanísticas y de vivienda y la educación (diseño de áreas de influencia, peso de la cercanía del domicilio en la casación de oferta de escuelas en la red pública y demanda de las mismas, lo que genera un problema cuando este está en barrios segregados…). Diversas técnicas jurídicas de promoción de la mezcla social urbana pueden favorecer también la diversidad en la composición escolar.

Reactivo, porque allí donde ya exista segregación urbana y escolar, sin dejar de utilizar políticas públicas urbanísticas y de vivienda para luchar contra ambas, es posible y necesario actuar para atenuar éstas y garantizar el derecho a la educación, mediante diversas vías conectadas con el régimen de admisión en centros sufragados con fondos públicos y la distribución equilibrada de los alumnos entre éstos, recurriendo, si es preciso, a su reparto geográfico en garantía de la cohesión social y territorial, en el marco de acciones positivas específicas sobre territorios y/o personas.[71]

### 2.2.5 Derecho a la ciudad y derecho a la libertad religiosa ejercido en lugares de culto no segregados

De igual modo, en cuanto al derecho a la libertad religiosa, los problemas relativos a la construcción de lugares de culto surgidos frecuentemente en las modernas sociedades pluriculturales tienen una vinculación con las políticas urbanas y el Derecho urbanístico, así también la ubicación de tales centros en relación con las viviendas existentes (la sentencia del TEDH *Vergos c. Grecia*, de 24 de junio de 2004, así como otras decisiones posteriores son claras al respecto[72]). Sin ánimo de profundizar ahora en un tema de notable complejidad, puede quedar apuntado aquí que la expresión territorial del derecho a la libertad religiosa tiene una relevancia destacable. Asimismo, este derecho debe interpretarse sistemáticamente con otros derechos constitucionales (señaladamente, el derecho a la igualdad). También puede señalarse que la técnica legislativa urbanística autonómica en este ámbito puede depurarse más, orientando la necesaria discrecionalidad local mediante el uso de técnicas como, por ejemplo, los estándares referidos específica y precisamente a equipamientos religiosos, en la línea, salvando claro las distancias, de los ya existentes hoy en día en nuestro ordenamiento en relación con viviendas de protección pública y en la línea, de otros países, como, por ejemplo, Singapur o en la UE Italia o Cataluña, donde destaca la Ley catalana 16/2009, de 22 de julio, de centros de culto.[73]

### 2.2.6 Derecho a la ciudad y seguridad urbana

También el medio ambiente urbano y la existencia y ubicación de los distintos tipos de vivienda tienen conexión directa con la prevención de la delincuencia en las ciudades, aproximación que es conocida por el acrónimo inglés de *CPTED* (iniciales de *Crime Prevention Through Enviromental Design*), como ha sido puesto de relieve en diversos documentos internacionales, y que ha inspirado diversas políticas públicas urbanas de

[71] Ponce Solé, Juli, 2007.
[72] Ponce Solé, J. "Derecho, apertura de lugares de culto y libertad religiosa", *Revista CIDOB d'afers internacionals,* Nº. 77, 2007 (Ejemplar dedicado a: Dimensiones del pluralismo religioso), disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2797505
[73] Ponce Solé, Juli, 2009.

seguridad, reguladas en parte por el Derecho urbanístico, en países como Gran Bretaña, Francia y Estados Unidos.

Entre los Estados Miembros de la Unión Europea, el Reino Unido y, en menor medida, Francia, son dos ejemplos de países que han aplicado esta idea en el desarrollo concreto de políticas públicas de seguridad, dando lugar a cambios normativos y/o variación de prácticas administrativas. En el caso británico, la sección 17 de la *Crime and Disorder Act* de 1998 contiene la competencia pública para la prevención del crimen y el desorden, que en el ámbito urbanístico ha sido concretada en el *Planning Policy Statement I: Delivering Sustainable Development*, de 2005.

En el caso francés, los conocidos problemas urbanos que sufre este país también han llevado a reflexionar sobre el urbanismo como herramienta de prevención de la delincuencia y la violencia urbana, existiendo, como en el caso británico, informes oficiales en esta línea. Además, desde 1995, el ordenamiento jurídico urbanístico francés incorpora lo que podríamos definir como una evaluación del impacto criminal de determinadas construcciones (Artículo L111-3-1 del *Code de l'urbanisme*, modificado por la ley 2007-297, de 5 de marzo de 2007, relativa a la prevención de la delincuencia).

En el entorno español, estos enfoques empiezan a ser tomados en cuenta y han encontrado reflejo recientemente en la Memoria Social del planeamiento urbanístico, mediante la regulación establecida ahora por el Reglamento de 2006 de desarrollo de la Ley de urbanismo de Cataluña, cuyo artículo 69.5 señala que también debe formar parte de la Memoria Social "una evaluación del impacto de la ordenación urbanística propuesta" en lo que concierne en especial a diversos parámetros, entre ellos, los de "seguridad y uso del tejido urbano".[74]

.

### 2.2.7 Derecho a la ciudad y derecho a una buena administración

El derecho a la ciudad está conectado, como hemos visto, al efectivo ejercicio de otros derechos en la ciudad. Por otro lado, el derecho a una buena administración abarca tanto a la actividad pública referida al primero como a sus conexiones con el resto de derechos, para hacerlos efectivos.

En cuanto a la buena administración, en el ámbito europeo, el Consejo de Europa ha sido activo en el ámbito del deber de buena administración. Así, la Recomendación CM/REC (2007) 7 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre buena administración incluye varias sugerencias a los Estados Miembros para promover la buena administración. [75] Entre ellas, hay una sobre la adopción de los estándares establecidos en un código modelo que se acompaña como apéndice a la propia Recomendación.[76] Por lo que se refiere a la Unión Europea, debe resaltarse la conocida consagración en la Carta de Derechos Fundamentales (art. 41) y su abundante uso en la

[74] Ponce Solé, Juli, y Ortiz De Urbina (Coord.), *Estudio Preliminar: Convivencia ciudadana, seguridad pública y urbanismo*. Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2008.
[75] Consultable en:
http://www.inmujer.gob.es/publicacioneselectronicas/documentacion/Documentos/DE0019.pdf
[76] Efectivamente, el apéndice de la misma contiene un Código de Buena Administración con 23 artículos, divididos en tres partes: principios de buena administración, aspectos procedimentales y recursos. Puede consultarse la Recomendación con dicho Código en español en: https://rm.coe.int/16807096b9

jurisprudencia del TJUE, con centenares de sentencias ya. El TJUE ha señalado que el derecho a una buena administración forma parte de las tradiciones constitucionales de los estados miembros. Así, por ejemplo, el Tribunal de Primera Instancia en su sentencia de 30 de enero de 2002 (Caso T-54/99, *Max. mobil Telekommunikation Service GmbH. v. Commission*), ya tras la aprobación de la Carta, señala que el derecho a una buena administración es **"***uno de los principios generales que son observados en un Estado de Derecho (governed by the rule of Law) y son comunes a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros"***,** con referencia al art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En la misma línea, en el ámbito nacional, el Tribunal Supremo español en su sentencia de 30 de enero de 2012 ha señalado que:

"(…) El deber de motivación de las Administraciones Públicas se engarza en el derecho de los ciudadanos a una buena Administración, que es consustancial a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados Miembros de la Unión Europea, que ha logrado su refrendo normativo como derecho fundamental en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000, al enunciar que este derecho incluye en particular la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones.".

Además, como es sabido el Parlamento Europeo ha aprobado el Código Europeo de Buena Conducta Administrativa, por resolución de 2001, posible embrión de una futura codificación del procedimiento administrativo europeo.

Se debe notar, por otra parte, que un deber jurídico parecido se encuentra recogido en otros ordenamientos jurídicos. Un informe oficial encargado por el Gobierno sueco a la Agencia sueca para la Gestión Pública, establece una interesante comparación de los principios de buena administración existentes en los ordenamientos jurídicos de los distintos países de la Unión Europea.[77] . De hecho, la jurisprudencia del TJUE se ha referido a este derecho como un elemento de la tradición constitucional de los países miembros (STJUE…)

El derecho a una buena administración tiene numerosas implicaciones, en las que no vamos a entrar ahora. Sin embargo, entre ellas, y pensando en el ámbito del derecho a la ciudad, debe destacarse su virtualidad para establecer obligaciones administrativas referidas a la ponderación cuidadosa y diligente de todos los hechos, intereses y derechos (todos los implicados en la ciudad) involucrados en la toma de decisiones públicas con impacto territorial (sobre la base del principio constitucional de objetividad), con lo que la participación *real* ciudadana en la toma de decisiones con relevancia urbanística y de vivienda deviene básica, y la necesidad de fundamentar y justificar tales decisiones (sobre la base del principio de interdicción de la arbitrariedad y de la obligación de motivar las decisiones, de acuerdo con la Ley N° 39/2015, de Procedimiento Administrativo común). En ese sentido se pronuncia la relevante sentencia del Tribunal Supremo español, de 7 de noviembre de 2017, en referencia a la modificación de un plan de urbanismo[78].

[77] Disponible en: http://www.statskontoret.se/upload/Publikationer/2005/200504.pdf (fecha de consulta: 30/10/2018).

[78] "Hoy, en mismo el ámbito europeo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo Europeo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000 dedica su artículo 41 al

En consecuencia, esta obligación podría hacerse explícita en una futura regulación de la UE vinculada con la vivienda y el urbanismo. Ello puede ser posible si a su vez se engarza con la actividad normativa de la UE relativa a la sostenibilidad energética y medioambiental y la prohibición general de discriminación.

En el ámbito de la política social, la competencia de la UE respecto de la lucha contra la exclusión social es complementaria respecto de los Estados, da poco juego para una intervención decidida de la UE en este ámbito salvo que hubiera un consenso muy elevado entre los Estados quizás precedido de un plan de la Comisión y de resoluciones del Parlamento Europeo. La vivienda como factor de inclusión social sería un planteamiento interesante, aunque hay que tener en cuenta que en la práctica los Estados miembros pasan de puntillas por los temas sociales, a pesar de las cada vez más frecuentes llamadas a intervenir en cuestiones sociales por parte de la Comisión y el Parlamento.

---

denominado "Derecho a una buena Administración " . Tal precepto se integra hoy en el Tratado de la Unión Europea (Tratado de Lisboa), de 13 de diciembre de 2007, ratificado por Instrumento de 26 de diciembre de 2008, que en su artículo 6 señala que, en su artículo 6 dispone que "La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados". Se trata, dicho sea en síntesis, de la tradicional idea del "buen gobierno" en la gestión pública, adelantándose a los hechos, ante la duda de que de una determinada actividad puedan deducirse ciertos riesgos, siendo preferible el error en la previsión de futuro a la pérdida de seguridad; obviamente, como en el supuesto de autos, aun no se ha producido un daño ---lo cual, sin duda alguna, condicionaría la libertad discrecional propia del planeamiento urbanístico---, pero existen datos que acreditan que no existe certeza científica absoluta, sino por el contario evidencias de que el mismo puede llegar a producirse; ante tales situaciones la Administración pública no puede permanecer impasible y debe actuar con la diligencia debida propia del derecho a una buena administración. Por otra parte, numerosos documentos internacionales adoptados en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), hacen referencia directa o indirecta al principio, comenzándose, partir de mediados de la década de los 80 a incluirse al "principio de precaución" en instrumentos internacionales en materia ambiental: Declaración de Helsinki sobre Medio Humano (1972), Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992), Agenda 21 (1992), Convención de Londres sobre Contaminación del Mar por Hidrocarburos (1954) sustituida por la Convención de Londres sobre la Prevención contra la Contaminación por Buques (1973), Convención sobre Cambio Climático (1992), Convención sobre Biodiversidad. En todo caso, debe recordarse como documento internacional que más ha avanzado en la configuración de la obligación de cautela a nivel universal, lo constituye el Protocolo de Montreal sobre Bioseguridad (2000), adoptado en el marco de la citada Convención sobre Biodiversidad.
Lógicamente, la precaución, la cautela, la previsión contienen una vertiente probatoria que obligaría a la Administración a justificar la existencia de razones científicas o técnicas que acreditaran la ausencia de riesgo; y ello es lo que la Administración ha realizado en el supuesto de autos, y la Sala de instancia ha confirmado."

### 2.2.8 Otros derechos en la ciudad

La relación efectuada aquí de derechos imbricados en la ciudad no tiene voluntad de ser completa. Además de los citados, podrían aducirse otros como los de las personas con discapacidad a disfrutar del derecho a la ciudad. La ya citada Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras incluye entre sus ámbitos de actuación la protección social, dentro de la cual se establece la necesidad de promover condiciones de vida dignas para las personas con discapacidad y se señala que este colectivo:

«debe poder beneficiarse de los sistemas de protección social y de los programas de reducción de la pobreza, de ayudas a la discapacidad, de planes de vivienda pública y de otros servicios de facilitación, así como de programas de prestaciones y jubilación» (apartado 2.1.).

## 2.3 Conclusiones de la Sección Segunda:

1. Un análisis de la situación existente muestra como existe una cierta compartimentación entre la vivienda y el desarrollo urbano sostenible.

2. El Derecho a la ciudad podría ser una palanca para conectar los derechos en la ciudad, en lo que ahora nos interesa, la vivienda, con el urbanismo y el desarrollo urbano sostenible, en la línea integradora de la Carta de Leipzig de 2007. El mito de que el derecho a la ciudad es etéreo y puede ser contraproducente porque deja preterido el derecho a la vivienda debe ser descartado hoy en día, de acuerdo con la realidad existente.

En primer lugar, porque el derecho a la ciudad ha pasado, como decimos a integrarse en normas jurídicas de Derecho directamente aplicable y ha sido reconocido por la jurisprudencia, por ejemplo, la española, la cual en diversas sentencias lo ha utilizado en conexión con la igualdad de género en el uso del suelo, también residencial, claro. En segundo lugar, porque el derecho a la ciudad no disminuye la fuerza del derecho a la vivienda, sino que la aumenta, al conectar ese derecho con otros derechos relacionados, como vamos a ver.

3. Diversos derechos (igualdad, medio ambiente, salud, seguridad, educación, buena administración…) se ejercen en la ciudad y la vivienda condiciona su disfrute (o ellos condicionan el disfrute de la vivienda, como es el caso de la obligación de debida diligencia o debido cuidado en la toma de decisiones que incorpora el derecho a una buena administración, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE). En consecuencia, la vivienda es transversal (como lo es el medio ambiente, con el que interactúa) y regulaciones referidas a esas conexiones y un mejor uso de fondos públicos puede ayudar a la efectividad de tales derechos y a la lucha contra la gentrificación y la segregación.

En todo caso, es preciso señalar que abordar el problema de la vivienda desde la perspectiva de la UE sólo es posible desde la óptica de los ámbitos en los que la UE ejerce competencias normativas. El poder más sólido que la UE tiene con incidencia en vivienda parece ser el medioambiental. En cuanto al propósito de lucha contra la exclusión social, se encuentra escasamente desarrollado en el TFUE, enmarcado en facultades de la UE de carácter complementario, lo que dificulta extraordinariamente establecer normas europeas en este ámbito.

## TERCERO: El marco competencial e institucional existente en la actualidad

### 3.1 ¿Ausencia de competencia de la UE en materia de vivienda?

Respecto al ámbito competencial, en la UE la regulación de normas y políticas para garantizar el derecho a la vivienda corresponde a cada Estado miembro, es decir, no se trata actualmente de una competencia de la UE. Sin embargo, ello no ha obstado, como hemos visto, para que se hayan aprobado desde las instituciones de la UE una serie de regulaciones que afectan a la vivienda.

¿Cómo ha sido ello posible, entonces? La respuesta es que la UE ha usado para dichas regulaciones competencias de las que sí dispone en otros ámbitos.

Efectivamente, varias disposiciones del Derecho de la Unión deben ser consideradas para la protección del derecho a la vivienda, si bien, antes de adentrarnos en ellas, conviene muy brevemente recordar algunos aspectos esenciales del Derecho de la UE[79].

#### 3.1.1 Políticas, Objetivos y Competencias de la Unión Europea

Los objetivos de la UE se hallan en el art. 3 del TUE y también el TFUE hace referencia a ellos (afirmando que la UE, en sus políticas y acciones, debe tener en cuenta: «(...) las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la *lucha contra la exclusión social* y con un nivel elevado de educación, formación y *protección de la salud humana*», art. 9).

Se trata de unos objetivos ambiciosos, tanto desde una perspectiva política, social y económica. Sin embargo, no existe correlación entre los objetivos de ese artículo y las competencias realmente existente de la UE para su logro, lo que provoca que la UE se muestre actualmente incapaz de alcanzar dichos objetivos. En consecuencia, determinados objetivos de la UE no pueden ser alcanzados con el actual marco normativo por falta de competencias normativas, pese a que el TJUE haya dicho que dispone de las competencias precisas para lograr sus metas específicas empleando una interpretación finalista del Derecho originario (STJUE de 5 de noviembre de 2002, Comisión c. Alemania, Open Skies, C-476/98 ECLI: EU: C: 2002:631). Ello puede explicar las crisis que la UE atraviesa.

Los objetivos de la UE del art. 3 incluyen parciales referencias a las políticas de la Unión, pues de hecho sólo incluye dos claras alusiones a las políticas de cohesión social y económica y a la Unión Económica y monetaria. A continuación, se reproduce el art. 3, destacando en cursiva aquellas referencias vinculadas con el objeto de este estudio:

"*Artículo 3*
*(antiguo artículo 2 TUE)*

[79] En lo que sigue, se ha tenido en cuenta especialmente el excelente libro de ORTEGA GÓMEZ, M*., Las políticas de la Unión Europea en el Siglo XXI*, Bosch Editor, Barcelona, 2016, donde 16 autores distintos abordan cuestiones relacionadas con lo que se indica en el texto. Entre los capítulos de la obra no hay ninguno dedicado específicamente a desarrollo urbano sostenible o vivienda social.

1. La Unión tiene como finalidad promover la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos.

2. La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia.

3. La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del *desarrollo sostenible* de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la *calidad del medio ambiente*. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico.

*La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación* y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño.

La Unión fomentará la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros.

La Unión respetará la riqueza de su diversidad cultural y lingüística y velará por la conservación y el desarrollo del patrimonio cultural europeo.

4. La Unión establecerá una unión económica y monetaria cuya moneda es el euro.

5. En sus relaciones con el resto del mundo, la Unión afirmará y promoverá sus valores e intereses y contribuirá a la protección de sus ciudadanos. Contribuirá a la paz, la seguridad, el desarrollo sostenible del planeta, la solidaridad y el respeto mutuo entre los pueblos, el comercio libre y justo, la erradicación de la pobreza y la protección de los derechos humanos, especialmente los derechos del niño, así como al estricto respeto y al desarrollo del Derecho internacional, en particular el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas.

6. La Unión perseguirá sus objetivos por los medios apropiados, *de acuerdo con las competencias que se le atribuyen en los Tratados*."

### 3.1.2 Las competencias de la Unión Europea

La base jurídica de las competencias de la UE está en la atribución que los Estados miembros realizan a la UE por medio de los Tratados de la Unión. Por ello, las instituciones de la UE no pueden ejercer más competencias que las atribuidas específicamente en dichos tratados y no pueden adoptar actos jurídicos válidamente fuera de su marco. Los Estados atribuyen su ejercicio, pero no su titularidad que mantienen dado que la soberanía reside en los ciudadanos e cada Estado miembro. Toda competencia no atribuida a la UE corresponde a los Estados miembros (arts. 4.1 y 5.2 TUE).

Como ya dijimos, la UE tiene que perseguir los objetivos del art. 3 del TUE sólo a través de las competencias asignadas, pues carece de competencias generales. Dichas

competencias no están atribuidas por los artículos genéricos (2 a 6) del TFUE, sino por preceptos específicos de éste o del Tratado Euroatom.

Las competencias de la UE son, pues, expresas y limitadas (arts. 1.4.1 y 5 TUE y 2,3,4,5 y 6 TFUE). Cuando una institución de la UE adopta un acto jurídico, ha de explicitar el fundamento jurídico concreto, so pena de invalidez del acto. Además, las competencias de la UE son específicas y funcionales, en el sentido, ya dicho, que la UE sólo dispone de competencias concretas, específicas, especificadas en los Tratados, y no se basan, a diferencia de las de los Estados miembros, en el territorio, careciendo, pues, de competencias genéricas la UE. Toda competencia no atribuida a la UE en los tratados corresponde a los Estados miembros, como señalan los arts. 4.1 y 5.2 del TUE, estableciendo, pues, una presunción de competencia de éstos.

Las competencias atribuidas del modo descrito pueden ser exclusivas, compartidas y de apoyo, coordinación y complemento.

Las exclusivas suponen que sólo la UE puede legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes. Los Estados solo podrán hacer tales cosas si la UE los habilita para ello (art. 2.1 TFUE).

Las competencias compartidas implican, en cambio, que la UE y los Estados miembros son titulares de las competencias y ambos ámbitos tienen potestad para legislar, pero los Estados sólo ejercerán su competencia si la UE no lo hace por su parte y cuando lo haga desplazará a las decisiones nacionales (art. 2.2 TFUE). Entre las competencias de este tipo que nos interesan aquí se encuentran las vinculadas con la política social (de acuerdo con la concreción que efectúa el TFUE), con la política de cohesión económica, social y territorial, la protección de consumidores, el medio ambiente, los transportes, la energía o los aspectos comunes de seguridad de la política de salud pública.

Finalmente, las competencias de apoyo, coordinación y complemento, como, en lo que ahora interesa, el turismo o la protección y mejora de la salud humana, no permiten la armonización de las normas de los Estados miembros (art. 2.5 TFUE)

Este marco descrito queda atemperado por una previsión del TFUE (art. 352) y por el funcionamiento real del sistema en la práctica.

El art. 352 del TFU permite, siempre que haya aprobación del Parlamento Europeo, no ya mera consulta, permite superar la rigidez descrita y alcanzar los objetivos de la UE cuando no exista competencia prevista o la previsión fuera insuficiente.

Finalmente, la ampliación continuada de la capacidad de actuación de la UE ha conducido a que sea difícil establecer con precisión el verdadero alcance material de cada competencia y a una cultura política en Bruselas en la que es el día el día del proceso de toma de decisiones el que fija realmente los límites de la actuación europea y no tanto el marco formal descrito.

Por último, una vez atribuida una competencia, su ejercicio se debe regir, como es sabido, por los principios de subsidiariedad (art. 5 TUE y en su preámbulo y protocolo número 2) y de proporcionalidad (art. 5.4 TUE; en igualdad de condiciones, por

ejemplo, las directivas son preferibles a los reglamentos y las directivas marco a las detalladas).

### 3.1.3 Las competencias de la Unión Europea y la vivienda.

Las competencias relevantes a los efectos de vivienda son principalmente, las concernientes a la política social, la protección de los consumidores y el medio ambiente, la política energética y la libre prestación de servicios.

-El Título X de la Parte Tercera del TFUE se refiere a la política social (arts. 151-161). La política social es una competencia compartida (art. 4.2 TFUE), aunque sin embargo el art. 153 del TFUE señala que la UE ostenta una competencia de apoyo y complemento a la actividad de los Estados miembros. Este precepto, ámbito a a i, señala que sólo se puden adoptar disposiciones mínimas mediante directivas, señalando que en ningún caso la intervención de la UE puede tener carácter armonizador. El artículo señala que la UE puede adoptar actos de carácter legislativo de acuerdo con el procedimiento ordinario (el consejo decide por mayoría cualificada y el Parlamento tiene un papel decisivo de acuerdo con el art. 294 TFUE, abandonándose desde el Tratado de Maastricht la regla de la unanimidad), en 5 de las 9 materias, incluyendo la exclusión social.

El TFUE señala que la UE y sus Estados miembros tienen como objetivo «el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones» (art. 151), para lo cual se deben considerar los derechos sociales fundamentales incluidos en la Carta Social Europea y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores.

El Pilar Europeo de Derechos Sociales fue aprobado conjuntamente por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, el 17 de noviembre de 2017, durante la Cumbre social en favor del empleo justo y el crecimiento, celebrada en Suecia. Este Pilar contiene veinte principios divididos en tres capítulos:
1.Igualdad de oportunidades y de acceso al mercado de trabajo; 2. Condiciones de trabajo justas; y 3. Protección e inclusión social, capítulo que establece como principio la protección vivienda y asistencia para las personas sin hogar (p. 19).

Según se señaló, la UE no tiene competencias específicas en políticas de vivienda, pues se trata de una competencia de los Estados miembros que desarrollan sus propias políticas en este ámbito. Sin embargo, elementos del derecho a la vivienda son atendidos en torno a la política social y de medio ambiente de la UE. En ese contexto, el Consejo Europeo celebrado en Niza en 2000 aprobó los objetivos de la lucha contra la pobreza y la exclusión social adoptados por el Consejo e invitó a los Estados miembros a enmarcar sus prioridades en dichos objetivos.

Entre esos objetivos se incluyeron dos directamente relacionados con el derecho a la vivienda: «Aplicar políticas que tengan por objetivo el acceso de todos a una vivienda digna y salubre, así como a los servicios esenciales necesarios, teniendo en cuenta el contexto local, y a una existencia normal en dicha vivienda (electricidad, agua, calefacción...)» (Objetivo 1.2.b) y «Aplicar políticas que tengan por objetivo evitar las

crisis en las condiciones de vida que puedan conducir a situaciones de exclusión, especialmente en lo que se refiere a los casos de endeudamiento excesivo, exclusión escolar o pérdida de la vivienda» (Objetivo 2.b).

Asimismo, debe considerarse la Estrategia Europa 2020 y su Plataforma Europea Contra la Pobreza y la Exclusión Social, que tiene por objetivo contribuir a enfrentar los retos de la UE en el marco de esa Estrategia. En la Plataforma se resalta que:

«la carencia de hogar y la privación de vivienda son quizá los ejemplos más extremos de pobreza y exclusión social en la sociedad de hoy en día. Aunque el acceso a un alojamiento asequible es una necesidad y un derecho fundamental, en varios Estados miembros sigue siendo bastante complicado garantizar este derecho. El desarrollo de soluciones apropiadas e integradas, tanto para prevenir como para atajar la carencia de hogar, seguirá siendo un elemento importante de la estrategia de inclusión social de la UE»

En referencia a la aplicación de esta Plataforma y su relación con el derecho a la vivienda, puede verse la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de noviembre de 2011, sobre la plataforma europea contra la pobreza y la exclusión social, en donde se señala que la falta de vivienda o una vivienda indigna constituyen un atentado muy grave a la dignidad humana, con consecuencias sobre todos los demás derechos, por lo que se solicita que la Plataforma se oriente hacia la realización de derechos que garanticen una vida digna para todos, en particular en algunos ámbitos como la vivienda, Asimismo, en este tema se deben considerar las conclusiones y recomendaciones establecidas en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la vivienda y la política regional.

-Asimismo, el TFUE recoge la protección a los consumidores (como competencia compartida, art. 4.2, véanse también los arts. 114 TFU, relativo a medidas de armonización, y 169) y dispone que la UE debe contribuir «a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses» (art. 169).

-Respecto a la competencia en medio ambiente, la lucha contra el cambio climático constituye uno de los retos importantes para la UE. La competencia se configura como compartida (art. 4 TFUE). Dentro del Título XX, capítulo IV del TFUE, el art. 191 establece los objetivos de la política medioambiental, entre los que se cuentan la conservación, protección y mejora de la calidad del medio ambiente, la protección de la salud de las personas, la utilización prudente y racional de los recursos naturales, como el suelo o el agua. La protección del medio ambiente es un asunto horizontal, transversal, que debe integrarse en el resto de las políticas para lograr un desarrollo sostenible (art. 11 TFUE, art. 37 CDFUE), cabiendo una doble base jurídica cuando el objeto de la regulación afecta de manera indisociable al medio ambiente y a otra materia, como la energía o los transportes.

- Finalmente, hay que destacar que La UE tiene un marco institucional para promover sus valores y garantizar la coherencia, eficacia y continuidad de sus políticas y acciones. Las principales instituciones de la UE con competencias relevantes para esta materia son: el Parlamento Europeo, el Consejo, el Consejo, la Comisión Europea y el Tribunal

de Justicia de la Unión Europea (TJUE). El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, están asistidos por el Comité Económico y Social y por el Comité de las Regiones, que ejercen funciones consultivas (art. 13 TUE). A su vez, el Comité de Protección Social se encarga de supervisar la situación social y la evolución de las políticas de protección social de los Estados miembros y de la UE, de facilitar el intercambio de información, experiencias y buenas prácticas y de elaborar informes, emitir dictámenes o emprender otras actividades en los ámbitos que sean de su competencia (art. 160 TFUE). En cuanto a la evolución de la situación social en la Unión, la Comisión debe dedicar un capítulo especial de su informe anual al Parlamento Europeo sobre este tema (art. 161 TFUE).

La situación de la vivienda en Europa es analizada periódicamente por EUROSTAT. En el último informe disponible se describe que en 2015 el 69,4% personas de la UE vivía en viviendas propias (el 26,9% de la población vivía en una vivienda propia con un préstamo o una hipoteca pendiente de pago y el 42,5% de la población en una vivienda propia sin préstamo ni hipoteca); el 19,7% alquilaban sus viviendas a precio de mercado y el 10,9% alquilaban sus viviendas en alquiler protegido o alojamiento gratuito. Conforme al mismo informe, la proporción de la población que residía en viviendas de alquiler protegido u ocupaba una vivienda gratuita fue inferior al 20% en todos los Estados miembros de la UE. Además, en el conjunto de la UE el 4,9% de la población sufría de privación de vivienda grave en 2015. En cuanto a la asequibilidad de la vivienda, EUROSTAT evidencia que en 2015 un 11,3% de la población vivía en hogares que destinaban, por lo menos, el 40% de su renta disponible a la vivienda y que la proporción de la población con unos costes en vivienda superiores al 40% de su renta disponible fue más alto en el caso de los arrendatarios con alquileres a precios de mercado.

### 3.2 Conclusiones de la Sección Tercera

1. El Derecho de la Unión Europea no otorga a ésta una competencia explícita en materia de vivienda. Sin embargo, utilizando otras competencias distintas, se ha dictado por la UE, como vimos en la sección primera, un notable número relevante de normas de derecho derivado con impacto en la vivienda

2. La rigidez de la atribución competencial específica por los Tratados queda atemperado por una previsión del TFUE (art. 352) y por el funcionamiento real del sistema en la práctica. El art. 352 del TFU permite, siempre que haya aprobación del Parlamento Europeo, no ya mera consulta, superar la rigidez descrita y alcanzar los objetivos de la UE cuando no exista competencia prevista o la previsión fuera insuficiente.

3. Por otro lado, la ampliación continuada de la capacidad de actuación de la UE ha conducido a que sea difícil establecer con precisión el verdadero alcance material de cada competencia y a una cultura política en Bruselas en la que es el día el día del proceso de toma de decisiones el que fija realmente los límites de la actuación europea y no tanto el marco formal descrito.

4. Las competencias relevantes a los efectos de vivienda son principalmente, las concernientes al mercado interior, política social, el medio ambiente urbano y su vinculación con la salud y a la protección de los consumidores y la política energética (todas ellas compartidas, art. 4 TFUE). No cabe olvidar tampoco las referidas a cohesión social y territorial o transporte (también compartidas, art. 4 TFUE). Asimismo, cabe tener en cuenta el turismo (art. 5, en este caso de mero apoyo o complemento) y sus conexiones con el mercado interior (art. 4 TFUE, competencia compartida).

## IV. POSIBILIDADES DE AVANCE EN LOS ÁMBITOS DE LA VIVIENDA Y EL DESARROLLO URBANO SOSTENIBLE COMBINADOS

A la vista del marco descrito y de algunas sugerencias ya avanzadas, en la parte final de este estudio se procede a proponer avances concretos en el ámbito de la vivienda en el nivel de la UE.

### 4.1. Desde la perspectiva del derecho fundamental a la vivienda derivado de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y sus consecuencias

Como ya tuvimos ocasión de analizar (*supra*, 1.12) la CDFUE contiene interesantes artículos relativos a la vivienda y otros derechos interconectados, que el TJUE, en su sentencia de 2014 citada, ha usado para proclamar la existencia de un derecho fundamental a la vivienda.

Si bien es cierto que la propia Carta, como vimos, prevé que su consagración de derechos está limitada a las relaciones entre ciudadanos e instituciones de la UE o de los Estados miembros cuando estos aplican Derecho de la Unión (arts. 51 y ss., reproducidos más arriba), lo cierto es que desde finales de 2009 la CDFUE es plenamente vinculante y que de la misma se desprende una *vis expansiva* por la vía de la interpretación cuando los derechos de la Carta no son invocables de conformidad con el art. 51 de la Carta. Resulta difícil detener el impacto efectivo de la Carta, lo que debería ser aprovechada para promover una mayor implicación de la UE en este ámbito[80] .

[80] ALONSO GARCÍA, R., *Sistema Jurídico de la Unión Europea,* Thompson Reuters Civitas, Pamplona, 2010, 2ªed, pp. 289 y ss.

**2. Desde la perspectiva del derecho a la vivienda en conexión con el derecho a la ciudad, el medio ambiente urbano y el servicio de interés económico general de vivienda social.**

Estos aspectos fueron tratados antes (véase más arriba, la sección segunda). Al respecto es relevante tener en cuenta ahora la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de mayo de 2013, en los asuntos acumulados C-197/11 y C-203/11, que se refiere al papel de la vivienda y el urbanismo contra la gentrificación, a raíz de una cuestión prejudicial presentada por el Tribunal Constitucional Belga contra ciertas regulaciones referides a reservas para vivienda social

La palabra *gentrification* aparece en la versión inglesa de la sentencia, mientras en la versión en español se usa "desplazamiento social". En la misma se indica

"24 In that regard, the Constitutional Court considers that, according to the travaux préparatoires of the Flemish Decree, *its purpose is to respond to the housing needs of the local population in certain Flemish communes where the high land prices lead to 'gentrification', whereby less affluent population groups are excluded from the property market due to the arrival of 'financially stronger' population groups from other communes*. The Constitutional Court is therefore uncertain, first, whether such an objective can be regarded as being in the 'public interest' in the light of the Court's case-law and thus as justifying the restrictive measures adopted by the Flemish Government and, second, whether those measures are necessary and proportionate to attain such an objective".

El litigio principal versaba sobre un recurso de anulación de diferentes disposiciones del Decreto flamenco interpuesto ante la *Cour constitutionnelle* por 36 empresas del sector inmobiliario. Dichas sociedades alegan, *que la carga social* que se les impone en virtud del libro 4 del Decreto flamenco es contraria al Derecho de la Unión. La carga social obligará al parcelador o al promotor a realizar las actuaciones necesarias para que se haga efectiva una oferta de vivienda social que se ajuste al porcentaje aplicable al proyecto de parcelación o al proyecto de construcción.

En cuanto a la carga social de vivienda social, el Decreto de la Región flamenca, de 27 de marzo de 2009, relativo a la política territorial e inmobiliaria (Belgisch Staatsblad de 15 de mayo de 2009, p. 37408; en lo sucesivo, «Decreto flamenco»), incluye un libro 4, sobre las medidas para facilitar el acceso a la vivienda, en el que figura un capítulo 3, «Cargas sociales», que contiene a su vez el artículo 4.1.16, a tenor del cual:

- «§ 1. Cuando un proyecto de parcelación o de construcción esté sometido a una norma como aquella definida en virtud del capítulo 2, sección 2, se impondrá de pleno Derecho una carga social a la autorización de parcelación o a la autorización urbanística, respectivamente.
- La carga social […] obligará al parcelador o al promotor a realizar las actuaciones necesarias para que se haga efectiva una oferta de vivienda social que se ajuste al porcentaje aplicable al proyecto de parcelación o al proyecto de construcción.

El artículo 4.1.17 de dicho Decreto, incluido en el mencionado capítulo 3, dispone:

«*El parcelador o el promotor podrá ejecutar la carga social de alguno de los modos siguientes, a su elección:*

*1°* *en especie, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 4.1.20 a 4.1.24;*

*2°* *mediante la venta de terrenos exigidos para la oferta de vivienda social establecida a una organización de viviendas sociales, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4.1.25;*

*3°* *mediante el arrendamiento de viviendas construidas en el marco de una parcelación o de un proyecto de construcción a una agencia de alquiler social, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4.1.26;*

*4°* *mediante una combinación de lo previsto en los apartados 1°, 2° y/o 3º.*»

Como decíamos, el litigio principal versaba sobre un recurso de anulación de diferentes disposiciones del Decreto flamenco interpuesto ante la *Cour constitutionnelle* por *All Projects & Developments NV* y otras 35 sociedades de Derecho belga que ejercen una actividad profesional en el sector inmobiliario en la Región flamenca. Dichas sociedades alegan, por un lado, que la carga social que se les impone en virtud del libro 4 del Decreto flamenco es contraria al Derecho de la Unión, y, concretamente, a la libertad de establecimiento, a la libre prestación de servicios, a la libre circulación de capitales y a las Directivas 2006/123 y 2004/18.

Estas son las cuestiones que se suscitan en el proceso[81]:

-¿Debe una normativa que impone de pleno Derecho a operadores privados, cuyos proyectos de parcelación o de construcción tienen una determinada dimensión mínima, una "carga social" que asciende a un porcentaje de un mínimo del 10 % y un máximo del 20 % de la parcelación o del proyecto de construcción y que puede prestarse en especie o mediante el pago de una cantidad de 50.000 euros por cada parcela o vivienda social no realizada, examinarse a la luz de la libertad de establecimiento, de la libre prestación de servicios o de la libre circulación de capitales, o bien debe esta normativa recibir la calificación de normativa compleja que debe ser examinada a la luz de cada una de estas libertades?

Habida cuenta del artículo 2, apartado 2, letras a) y j), de la Directiva [2006/123], ¿es aplicable esta Directiva a una aportación forzosa de los operadores privados a la realización de viviendas y apartamentos sociales, que es impuesta de pleno Derecho como "carga social" vinculada a toda autorización de construcción y de parcelación para un proyecto que tenga una dimensión mínima determinada por ley, de modo que las viviendas sociales realizadas son adquiridas, por un precio máximo determinado de antemano, por entidades promotoras de viviendas sociales para ser arrendadas a una amplia categoría de particulares, o bien son vendidas a particulares pertenecientes a la

[81] Es posible consultar la sentencia en: http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf;jsessionid=9ea7d0f130d526cab9aa0d6f41e5b9ef92361832e185.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4PaN0Qe0?doclang=ES&text=&pageIndex=0&part=1&mode=DOC&docid=137306&occ=first&dir=&cid=730720

misma categoría mediante la subrogación de entidades promotoras de viviendas sociales?

-¿Deben interpretarse los artículos 49 [TFUE] y 56 [TFUE] en el sentido de que se oponen a una normativa que tiene como consecuencia que la concesión de una autorización de construcción o de parcelación relativa a un proyecto de una determinada dimensión mínima esté vinculada de pleno Derecho a una "carga social" que consiste en la construcción, a razón de un determinado porcentaje del proyecto, de viviendas sociales que a continuación serán vendidas, por un precio máximo limitado, a un organismo público o bien mediante la subrogación de éste?

-¿Debe interpretarse el artículo 63 [TFUE] en el sentido de que se opone a una normativa que tiene como consecuencia que la concesión de una autorización de construcción o de parcelación relativa a un proyecto de una determinada dimensión mínima esté vinculada de pleno Derecho a una "carga social" que consiste en la construcción, a razón de un determinado porcentaje del proyecto, de viviendas sociales que a continuación serán vendidas, por un precio máximo limitado, a un organismo público o bien mediante la subrogación de éste?

El TJUE declara que lo dispuesto en el libro 5 del Decreto flamenco constituye claramente una restricción, fundamentada, como veremos, de las libertades fundamentales garantizadas por los artículos 21 TFUE, 45 TFUE, 49 TFUE, 56 TFUE y 63 TFUE y por los artículos 22 y 24 de la Directiva 2004/38. Sobre la justificación de las medidas instauradas por el Gobierno flamenco:

"*49 Es preciso recordar que, según jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia, las medidas nacionales que pueden obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado FUE son, no obstante, admisibles siempre que persigan un objetivo de interés general, sean adecuadas para garantizar la obtención de éste y no vayan más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido (véanse, en particular, las sentencias, antes citadas, Woningstichting Sint Servatius, apartado 25 y Comisión/Hungría, apartado 69).*"

*"52 A este respecto, ha de recordarse que tales exigencias, relativas a la política de vivienda social de un Estado miembro, pueden ser razones de interés general y, por tanto, justificar restricciones como las establecidas por el Decreto flamenco (véanse las sentencias Woningstichting Sint Servatius, antes citada, apartados 29 y 30, y de 24 de marzo de 2011, Comisión/España, C-400/08, Rec. p. I-1915, apartado 74).*"

Por ello:

""*procede responder a las cuestiones segunda, novena y décima planteadas en el asunto C-203/11 que el artículo 63 TFUE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma como la establecida en el libro 4 del Decreto flamenco, según la cual se impone a determinados operadores económicos, al concederles una licencia de construcción o parcelación, una «carga social», siempre que el órgano jurisdiccional remitente aprecie que esta norma es necesaria y apropiada para el cumplimiento del objetivo que tiene por finalidad garantizar una oferta de vivienda suficiente para las*

*personas con escasos ingresos o para otras categorías desfavorecidas de la población local*."

En consecuencia, la lucha contra la segregación constituye un objetivo de interés general que, añadimos, en combinación con la calificación de la vivienda social como servicio económico de interés general podría permitir establecer regulaciones promoviendo ordenaciones urbanísticas inclusivas (con las técnicas diversas de cada ordenamiento nacional) però con el objetivo común de alcanzar un uso del planeamiento urbanístico no excluyente mediante el *inclusionary zoning.*

### 4.2. Desde la perspectiva de la función social de la propiedad y de la vivienda

Los cambios económicos y sociales ocurridos en España y en el resto de estados de derecho de nuestro entorno a lo largo del siglo xx han hecho variar el concepto decimonónico, propio del Estado denominado *liberal de derecho*, del derecho de propiedad, como un poder casi ilimitado en manos de su titular (por ejemplo, recogido en el artículo 348 del Código Civil español vigente desde 1889, aunque incluso en esta norma se admite la sumisión de la propiedad a algunos límites de Derecho público, derivados de leyes especiales o de reglamentos de policía, que imponen límites externos a su ejercicio).

La evolución descrita de los sistemas occidentales hacia una economía social de mercado supone relevantes transformaciones del régimen jurídico del derecho de propiedad, de la mano de una creciente legislación administrativa que incluso incide en la formulación recogida en textos constitucionales (como el alemán, con la bella fórmula recogida en el artículo 14 de la Constitución de 1949, el cual indica que "la propiedad obliga (*Eigentum verpffichter*). Su uso deberá servir, al mismo tiempo, el bien común").[82]

También hay países europeos que vinculan el derecho de propiedad al cumplimiento de cometidos sociales, conectados también al derecho a la vivienda. En el caso francés, existe la institución de la tregua invernal, entre otros mecanismos. En virtud de esta regulación legal (*Code de la Construction et de l'Habitation*, L-613, 3,4 y 5), los arrendatarios con título no pueden ser objeto de desahucio entre noviembre y marzo (la jurisprudencia francesa ha señalado, además, que, ante el silencio de la ley, no existe responsabilidad del Estado legislador en este caso, ante la inexistencia de un perjuicio de carácter excepcional y especial, (CAA Nantes, 26 janvier 1994, Ministère de l'intérieur: *req. no 92NT00581*). Esta previsión ha sido completada con la Ley de 13 de julio de 2006, cuyo artículo 75 prevé que, en el mismo periodo de tiempo, los proveedores de electricidad, calor, gas y agua no pueden interrumpir el suministro por falta de pago a la vivienda, si se trata de una residencia principal y si en el último año el ocupante se ha beneficiado de ayudas específicas en el ámbito de la vivienda.

El Protocolo adicional número 1 CEDH (ratificado bajo reserva de lo previsto en el artículo 33 CE por España, por cierto) reconoce el derecho de toda persona al respeto de sus bienes, sin perjuicio del derecho de los estados a promulgar leyes para regular el uso

[82] Un análisis del derecho de propiedad y de su función social en el ámbito internacional (con análisis de las constituciones alemana, italiana, norteamericana y del CEDH) y español puede hallarse en el Dictamen del Consejo Consultivo que analizó el Proyecto de ley, en las p. 28 y ss.

de los bienes de acuerdo con el interés general (artículo 1). Ya hemos expuesto como el TEDH (*supra* sección primera), al interpretar el alcance de la intervención administrativa en relación con el derecho de la propiedad, reconocido éste sí explícitamente en el artículo 1 del Protocolo número 1 del Convenio, ha señalado en diversas sentencias que la eliminación de lo que se consideran por parte de los legisladores injusticias sociales es un ejemplo de las funciones de los poderes legislativos democráticos.

Más concretamente, el TEDH subraya que las sociedades modernas consideran que *la vivienda es una necesidad primordial, la regulación de la cual no puede ser dejada totalmente en manos del mercado*. Por ello, el TEDH destaca que *el legislador tiene un amplio margen de apreciación en la delimitación del derecho de propiedad, sólo limitado por el respeto al principio de proporcionalidad*. Esta doctrina del TEDH le ha permitido considerar conforme con el Convenio diversas legislaciones que establecían una limitación legal a las posibilidades de desahucio de inquilinos por parte del propietario[83] o un control legal de los importes de los alquileres, estableciendo máximos (casos *Spadea y Scalabrino vs. Italia*, sentencia de 28 de setiembre de 1995, y *Mallacher y otros vs. Austria*, sentencia de 19 de diciembre de 1989, entre otros).[84]

También nos consta que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ya aludida, ha reconocido el derecho de propiedad, incluyendo la posibilidad de regular el uso de los bienes por ley en la medida que resulte necesario para el interés general.

Pues bien, todas esas referencias a la función social de la propiedad, que permite la delimitación regulatoria del derecho de propiedad del suelo y de las viviendas, podría ser incorporada explícitamente en una regulación futura por parte de la UE relativa a viviendas.

---

[83] Supuesto no inusual entre las legislaciones europeas. Destaca en este sentido la vigente legislación francesa, que establece la denominada "tregua invernal". En virtud de esta regulación legal (*Code de la Construction et de l'Habitation*, L-613, 3,4 y 5), los arrendatarios con título no pueden ser objeto de deshaucio entre noviembre y marzo (la jurisprudencia francesa ha señalado, además, que, ante el silencio de la ley, no existe responsabilidad del Estado legislador en este caso, ante la inexistencia de un perjuicio de carácter excepcional y especial, CAA Nantes, 26 janvier 1994, Ministère de l'intérieur: *req. no 92NT00581*). Esta previsión ha sido completada con la Ley de 13 de julio de 2006, cuyo artículo 75 prevé que, en el mismo periodo de tiempo, los proveedores de electricidad, calor, gas y agua no pueden interrumpir el suministro por falta de pago a la vivienda, si se trata de una residencia principal y si en el último año el ocupante se ha beneficiado de ayudas específicas en el ámbito de la vivienda.

[84] En la misma línea del TEDH se sitúa el Tribunal Constitucional español, especialmente en su destacable STC 89/1994, de 17 de marzo, que afirmó la constitucionalidad del artículo 57 LAU 1964, el cual establecía la prórroga obligatoria del contrato para el arrendador (en conexión, como es sabido, a la *congelación* de rentas del artículo 100). El Tribunal Constitucional señala que "la historia de la regulación de los arrendamientos urbanos muestra efectivamente que la introducción de la prórroga forzosa, entre otras medidas, respondía a una finalidad tuitiva de intereses que se consideraban necesitados de una especial protección, concretamente la de los arrendatarios ante la situación del mercado inmobiliario […]. En el contexto de la vigente Constitución, esa delimitación del derecho de propiedad encuentra una justificación en la proclamación del artículo 47 del texto fundamental, que recoge el derecho a disfrutar de una vivienda y ordena a los poderes públicos que promuevan las condiciones para ello necesarias. Además, no puede olvidarse la relevancia que la continuidad del arrendamiento reviste para la protección de la estabilidad del domicilio familiar, y de la misma familia, en la línea de lo dispuesto en el artículo 39.1 de la Constitución. Responde así a la función social de la propiedad inmobiliaria, sin vulneración constitucional, que el legislador establezca una limitación de esa propiedad que, sin suponer su vaciamiento o desfiguración, pueda contribuir (con mayor o menor fortuna, según las distintas teorías económicas) a satisfacer un derecho constitucionalmente afirmado" (FJ 5). Véase *infra* las referencias a la función social de la propiedad contenidas en la Ley.

### 4.3. Desde la perspectiva del Servicio de interés económico general de vivienda social

Desde esta perspectiva (introducida antes, en la sección primera), vuelve a ser relevante la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de mayo de 2013, en los asuntos acumulados C-197/11 y C-203/11. En la misma, se produce una aplicación de la doctrina judicial derivada del caso *Altmark* a un supuesto en el que se encuentran conectadas cuestiones relativas a urbanismo, vivienda asequible y Derecho de la Unión europea.

Los litigantes, decenas de sociedades mercantiles privadas, alegan que los incentivos fiscales y los mecanismos de subvención, previstos en el mismo libro 4 del Decreto antes citado, de los que se benefician como contrapartida por la carga social que se les impone, anteriormente expuesta, podrían constituir ayudas de Estado ilegales, que, al no haber sido notificadas a la Comisión Europea, podrían ser objeto de una decisión de recuperación.

El TJUE señala lo siguiente:

*"...en la medida en que una intervención estatal debe considerarse una compensación que constituye la contrapartida de las prestaciones realizadas por las empresas beneficiarias para el cumplimiento de obligaciones de servicio público, de forma que estas empresas no gozan, en realidad, de una ventaja financiera y que, por tanto, dicha intervención no tiene por efecto situar a estas empresas en una posición competitiva más favorable respecto a las empresas competidoras, tal intervención no está incluida en el ámbito de aplicación del artículo 107 TFUE, apartado 1 (sentencia de 24 de julio de 2003, Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg, C-280/00, Rec. p. I-7747, apartado 87).*

*85 No obstante, para que a tal compensación no se le aplique,* en un caso *concreto, la calificación de ayuda de Estado, deben cumplirse una serie de requisitos (sentencia Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg, antes citada, apartado 88)."*

Esta decisión, pues, como es sabido, está relacionada con la interpretación efectuada por el TJUE de los actuales arts. 106 y 107 del TFUE, ya mencionados.

En concreto el primero recordemos que señala que:

"*Artículo 106*
*(antiguo artículo 86 TCE)*

*1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas de los Tratados, especialmente las previstas en los artículos 18 y 101 a 109, ambos inclusive.*

*2. Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la*

*aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión.*

*3. La Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas*."

Por decisión de la comisión de 2011[85], las ayudas estatales concedidas a proveedores de vivienda social no deben ser notificadas a la comisión para aprobación previa. Dicha decision menciona que los supuestos de vivienda social son:

"*undertakings in charge of social services, including the provision of social housing for disadvantaged citizens or socially less advantaged groups, who due to solvency constraints are unable to obtain housing at market conditions*."

Esta mención a ciudadanos desaventajados o menos aventajados grupos es ciertamente precisa y podría llegar a dificultar operaciones en áreas urbanas segregadas. Efectivamente, de acuerdo con la ya citada *EU Urban Agenda - Housing Partnership. Guidance Paper on EU regulation & public support for housing*[86], el ya citado Protocolo 26 del TFUE recuerda que las empresas a las que se confían operaciones de SIEG están sujetas a las reglas del Tratado relativas a competición, con la excepción de que la aplicación de las mismas impida de hecho o de Derecho, la ejecución de las tareas encomendadas, pero con el límite a la excepción de que la misma no afecte la actividad económica de modo contraria a los intereses de la Unión.

Como es sabido, es competencia de los Estados Miembros definir a la vivienda social como un servicio de interés económico general (sometida a los principios de necesidad proporcionalidad y ausencia de error manifiesto, en cuyo caso puede actuar la Comisión). Por ejemplo en España, como estado descentralizado que es y siendo la competencia sobre vivienda autonómica, han sido las leyes de vivienda de las CC.AA. las que han declarado la vivienda social como servicio de interés general (ejemplos de la ley catalana de 2007, de la Ley gallega de 2008, ya derogada en este punto, y de la Ley valenciana de 2017)

Este partnership de la Agenda urbana europea constata la problemática de la expression ya citada ("undertakings in charge of social services, including the provision of social housing for disadvantaged citizens or socially less advantaged groups, who due to solvency constraints are unable to obtain housing at market conditions." ) de la Decisión de la Comisión de 2011. La Housing Partnership señala que la misma genera incertidumbre legal para los inversonres, financiadores y las autoridades locales y nacionales, siendo cuestionable de acuerdo con los principios del Derecho de la UE de

[85] Se trata de la DECISIÓN DE LA COMISIÓN de 20 de diciembre de 2011 relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 106, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general

[86] Document adopted at the 6th Partnership Meeting, Brussels, 23 March 2017**:** https://ec.europa.eu/futurium/sites/futurium/files/housing_partnership_-_guidance_paper_on_eu_regulation_and_public_support_for_housing_03-2017.pdf

subsidiaridad y proporcionalidad en el contexto del amplio margen que las autoridades de los Estados miembros tienen para organizar sus servicios de interés general.

En concreto la expresión "disadvantaged citizens or socially less advantaged groups" hace surgir dudas y crea falta de seguridad jurídica en las autoridade nacionales sobre su exacto significado. En concreto se pregunta el *partnership*:

"Are young working households disadvantaged? Or senior people? Are school teacher, nurse and police officers, socially less advantaged? How does this relate to the tasks of social mixity, community services and urban renewal some housing organization have?

Por todo ello, en su opinion, la provision de vivienda social para grupos claramente definidos de gente puede ser problemática para la promoción de "nonsegregated communities and for the regeneration of declining urban areas was accepted as SGEI", por lo que "The upcoming review of the SGEI Decision should take this into account and delete the mention of social housing as limited to "disadvantaged citizens or socially less advantaged groups."

En nuestra opinión, suscribiendo la necesidad de mejorar la regulación de la Decisión de 2011, creemos que no se trata tanto de eliminar dicha mención como de ampliarla a la promoción de comunidades no segregadas y la regeneración urbana.

En consecuencia, la perspectiva del servicio de interés general económico de vivienda social ofrece una vía de posible futura regulación de características de las viviendas y del planeamiento que las considera, como vimos. Asimismo, la regulación de las excepciones a la competencia en la Decisión de 2011 de la Comisión Europea debe ser modificada para permitir, claramente, la promoción de comunidades no segregadas y la regeneración urbana.

### 4.4. Desde la perspectiva de la Directiva de servicios y de la vivienda

El otro fenómeno relevante de los pasados años ha sido el impacto de la llamada Directiva de Servicios (2006/123 CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior) y su transposición interna por los Estados miembros.

Como es sabido el rasgo más destacado de la misma es la supresión de toda intervención administrativa previa a la actividad económica o prestación de servicios, que conlleva como regla general, no exenta de excepciones, la supresión del régimen de autorización administrativa para el inicio de actividades económicas y servicios privados y que también afecta a la regulación de las actividades

Como destaca, por ejemplo, NOGUEIRA[87]:

"*A nuestro juicio varios son los elementos que alientan la desregulación que anunciaba la Directiva y que se confirma en la muy deficiente transposición en España. Por un lado, la concepción de los cambios sectoriales como un mero barrido de sustitución de autorizaciones por comunicaciones y/o declaraciones responsables ha omitido una*

[87] http://www.aepda.es/AEPDAAdjunto-110-PonenciaAlba-NogueiraRegulacion-Economica.aspx.

*regulación exhaustiva de los requisitos de acceso y ejercicio de actividades entendidos no como obstáculos para entorpecer estas actividades sino como concreción de los intereses generales que se pretenden proteger. Si una norma fija con detalle los límites de emisiones acústicas, los procedimientos de medición del ruido, las especificaciones técnicas que deben satisfacer los materiales para garantizar la insonorización o la necesidad de que el proyecto técnico plasme esas medidas de control acústico, podrá garantizarse que la sustitución de una autorización –en la que el condicionado recogía estos aspectos- por una comunicación previa no desvirtúa el objetivo de protección de la calidad de vida de los vecinos circundantes y que los operadores conocen esos requisitos cuando se comprometen a su cumplimiento. Si, en cambio, la modificación normativa a la que se procede no establece con claridad estos requisitos -a veces por ausencia de previsiones normativas, otras por una dispersión normativa tal que dificulta su conocimiento por los operadores- se estará abriendo la puerta a una desprotección de otros intereses tan dignos de protección como la libertad de empresa y, también, incumpliendo el mandato del artículo 7 de la Directiva de que esta información se facilite a los operadores de forma clara, inteligible e inequívoca.*

*La dejación por el Derecho de la fijación de los requisitos detallados de inicio de actividades para garantizar valores y bienes relevantes del ordenamiento jurídico, a veces amparándose en razones de ausencia de conocimiento técnico, debe ser criticada dado que supone el abandono desde las instancias políticas de su función de decisión democráticamente atribuida*".

Por otro lado, la Directiva permite dichas regulaciones, si bien impone obligaciones de calidad normativa, menos tomadas en cuenta.

Planteada la cuestión en relación con cuestiones urbanas en la sentencia del TJUE de 30 de enero de 2018, sobre regulaciones urbanísticas y si la Directiva de Servicios hace posible la prohibición de determinados usos por el planeamiento urbanístico, se señala que si bien las normas del plan urbanístico controvertido en el litigio principal tienen por efecto prohibir la actividad de comercio minorista de productos no voluminosos (como ropa y calzado, en una zona geográfica situada fuera del centro de la ciudad del municipio de Appingedam), con ello se pretende preservar la habitabilidad del centro de la ciudad y evitar la existencia de locales desocupados en zona urbana en interés de una buena ordenación del territorio.

Dicho objetivo de protección del entorno urbano puede constituir una razón imperiosa de interés general que justifique un límite territorial como el controvertido en el litigio principal. La Directiva 2006/123 no se opone a que el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio se supedite al respeto de un límite territorial de esta índole, siempre que se cumplan las condiciones de no discriminación, necesidad y proporcionalidad

Estos aspectos siguen generando confusión entre las autoridades nacionales y sería conveniente su aclaración desde la UE. Desde la aplicación o no de la directiva a cuestiones vinculadas al urbanismo y a la vivienda, hasta qué intereses generales estarían implicados en la regulación urbanística. En España, el TS ya se había pronunciado en la misma línea que la sentencia del TJUE, en una decisión anterior de 2016, en la que se indica que:

*"DÉCIMO.- Pese a que, como acabamos de señalar, la Directiva 2006/123 proclama que no se aplica respecto de las normas relativas a la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural, resulta, que la propia Directiva enuncia entre las «razones imperiosas de interés general» que habilitan ciertos regímenes autorizatorios -y, por ende, restricciones-, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural (considerandos 40 y 56).*

*En este sentido, la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha establecido reiteradamente que todas las medidas nacionales, incluidas por tanto la ordenación del territorio y el urbanismo, que restrinjan el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado CE únicamente pueden justificarse si reúnen los siguiente cuatro requisitos:*

*a) aplicación de manera no discriminatoria,*

*b) que estén justificadas por razones imperiosas de interés general,*

*c) que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen,*

*d) no vayan más allá de lo necesario.*

*La STJUE de 29 de abril de 1999, C-302/97 , Konle, señala que "un objetivo de ordenación del territorio como el mantenimiento, en interés general, de una población permanente y una actividad económica autónoma respecto del sector turístico en ciertas regiones, la medida restrictiva que constituye dicha exigencia sólo puede admitirse si no se aplica de forma discriminatoria y si otros procedimientos menos coercitivos no permiten llegar al mismo resultado".*

*Por tanto, las únicas normas urbanísticas que justificarían restricciones a la libertad de establecimiento de servicios serían exclusivamente las referidas a la protección, del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural. Y también estarían las referidas a la protección del medio ambiente."*[88].

---

[88] Se trata de la STS de 19 de octubre de 2016 (recurso de casación núm. 2625/2015) sobre el plan de usos de Sabadell, de singular interés y de la que reproducimos aquí más párrafos:

"*NOVENO.- La denominada Directiva de Servicios, tiene por objeto establecer un marco general que facilite el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores y la libre circulación de los servicios, manteniendo, al mismo tiempo, un nivel elevado de calidad en los servicios. Para ello establece la eliminación de las barreras que obstaculizan el desarrollo de las actividades de servicios entre los Estados integrantes de la UE.*

*La Directiva 2006/123 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior ha eliminado un gran número de restricciones para el acceso a una actividad de servicios o para su ejercicio, al tiempo que ha reclamado de los Estados miembros cambios legislativos de gran envergadura, como acreditan en España, a nivel estatal, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre y la Ley 25/2009, de 22 de diciembre.*

*El art. 2.2 de la citada Directiva, enumera las actividades a las que no se aplica y el considerando 9 excluye expresamente al urbanismo, al disponer que "la presente Directiva solo se aplica a los requisitos que afecten al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio. Así no se aplica a requisitos tales como normas de tráfico rodado, normas relativas a la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural, normas de construcción, ni a las sanciones administrativas impuestas por no cumplir dichas normas, que no regulan específicamente o no afectan específicamente a la actividad del servicio pero que tienen que ser respetadas por los prestadores en el ejercicio de su actividad económica, al igual que por los particulares en su capacidad privada".*

*Consecuentemente, el considerando nueve de la Directiva 2006/123/CE establece que ésta solo se aplica a los requisitos que afectan al acceso a una actividad o a su ejercicio. Por tanto no sería de aplicación a requisitos que responden a una serie de normas de carácter general e imperativas que tienen que ser respetadas tanto por los prestadores en el ejercicio de su actividad económica como por los particulares en su capacidad privada. Entre estas prescripciones, están las normas de tráfico rodado, normas de construcción y en concreto las relativas a la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural así como la regulación de las sanciones administrativas impuestas por no cumplir dichas normas.*

*DÉCIMO.- Pese a que, como acabamos de señalar, la Directiva 2006/123 proclama que no se aplica respecto de las normas relativas a la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural, resulta,*

*que la propia Directiva enuncia entre las «razones imperiosas de interés general» que habilitan ciertos regímenes autorizatorios -y, por ende, restricciones-, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural (considerandos 40 y 56).*
*En este sentido, la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha establecido reiteradamente que todas las medidas nacionales, incluidas por tanto la ordenación del territorio y el urbanismo, que restrinjan el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado CE únicamente pueden justificarse si reúnen los siguiente cuatro requisitos:*
*a) aplicación de manera no discriminatoria,*
*b) que estén justificadas por razones imperiosas de interés general,*
*c) que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen,*
*d) no vayan más allá de lo necesario.*
*La STJUE de 29 de abril de 1999, C-302/97 , Konle, señala que "un objetivo de ordenación del territorio como el mantenimiento, en interés general, de una población permanente y una actividad económica autónoma respecto del sector turístico en ciertas regiones, la medida restrictiva que constituye dicha exigencia sólo puede admitirse si no se aplica de forma discriminatoria y si otros procedimientos menos coercitivos no permiten llegar al mismo resultado".*
*Por tanto, las únicas normas urbanísticas que justificarían restricciones a la libertad de establecimiento de servicios serían exclusivamente las referidas a la protección, del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural. Y también estarían las referidas a la protección del medio ambiente.*
*DECIMOPRIMERO.- Prescindiendo de la alegación que se contiene en el escrito de interposición, al contenido del artículo 22 de la Ley 16/2015, de 21 de julio , de simplicidad de la actividad administrativa de la Administración de la Generalidad de Cataluña y de los Gobiernos locales de Cataluña y de impulso de la actividad económica, cuya inaplicación al caso por razones temporales resulta evidente, podemos concluir que, aún en el caso de que estimáramos en una interpretación extensiva que nos hallamos ante un supuesto regulado por la Directiva[88], no hay duda de que en las prescripciones contenidas en el Plan especial, laten razones imperiosas de interés general (objetivos de salud pública. protección de los consumidores y protección del entorno urbano) que, según la jurisprudencia del Tribunal, que antes hemos citado, justifican las limitaciones de usos previstas, limitaciones que protegen al tiempo los legítimos intereses de los vecinos, resultando una ordenación coherente con lo preceptuado en los artículos 67 y 68 del Decreto legislativo 1/2010, de 3 de agosto y el artículo 27 Ley 11/2009, de 6 de julio , de regulación administrativa de espectáculos públicos y actividades recreativas, de aplicación en Cataluña.*
*DECIMOSEGUNDO.- En cuanto al segundo motivo, según la recurrente, la sentencia "Al realizar una interpretación de la discrecionalidad administrativa en materia de planeamiento que no exige que la concurrencia de los intereses generales que justifican la modificación del mismo no se encuentren debidamente acreditados, razonados y justificados en la documentación que obra en el expediente (y singularmente en la memoria), y que no exige que el análisis de la proporcionalidad de las medidas adoptadas (especialmente cuando nos encontramos ante disposiciones normativas que posibilitan la extinción de títulos habilitantes de determinadas actividades) incluya la consideración de alternativas menos restrictivas de la libertad de empresa, la interpretación realizada por el Tribunal sentenciador es determinante del fallo, al no apreciar las vulneraciones de los artículos 9.3, 38, 103".*
*A este respecto y con carácter general, debemos partir de una primera afirmación, según la cual, la Administración goza de cierta discrecionalidad a la hora de planificar, gracias a las prerrogativas que le confiere la normativa urbanística. De esta forma, la única condición que, en principio, se le va a exigir a la Administración será la de motivar de forma suficiente y adecuada las decisiones que tome en relación con el planeamiento urbanístico de la ciudad.*
*Esta facultad o potestad de la administración, tiene su razón de ser en la propia finalidad del planeamiento, la cual no es otra que dar respuesta a las necesidades sociales que van surgiendo a lo largo del tiempo, de lo que se deriva que los instrumentos de planeamiento no sean documentos estáticos, sino todo lo contrario, documentos dinámicos que sean capaces de dar respuesta razonable y de forma eficaz a las nuevas necesidades que el propio devenir de la ciudad hagan imprescindibles.*
*En esta materia, se ha afirmado con reiteración que la naturaleza normativa del planeamiento y la necesidad de adaptarlo a las exigencias cambiantes del interés público, justifican plenamente el "ius variandi" que en este ámbito se reconoce a la Administración. No obstante, esta potestad de innovación del planeamiento debe ponerse en relación directa con las exigencias del interés público, actuando para ello discrecionalmente, no arbitrariamente, y siempre con observación de los principios contenidos en el art. 103 de la Constitución .*
*Como se señala en la Sentencia de 30 septiembre 2011, (Recurso de Casación 1294/2008 ): "Son acertadas, pues, las consideraciones que se contienen en la sentencia del Tribunal a quo sobre la*

Todo ello nos lleva al crucial papel de la mejora normativa en el realineamiento del sistema global de relaciones entre intervención pública, sociedad y mercado y a la posibilidad de aclarar en una regulación futura los imperiosos intereses generales que se persiguen por los municipios mediante su planeamiento urbanístico.

### 4.5. Desde las perspectivas transversales y sectoriales: existencia de diversas bases jurídicas

#### 4.5.1 Bases jurídicas compartidas: doctrina jurisprudencial y ámbitos implicados

Como ya dijimos antes, la elección y justificación de la base jurídica adecuada para la actuación de la UE es crucial. Tanto en su vertiente competencial, dado que como dijimos la UE sólo dispone de competencias de atribución y cada acto debe conectarse con una disposición de los Tratados que la habilite para dictarlo, como en su vertiente procedimental, pues al indicar la base jurídica se están también determinando las competencias de las diferentes instituciones de la UE para participar en el procedimiento de la toma de decisión.

La elección de la base jurídica adecuada deviene especialmente complicada cuando se puede estar en presencia de pluralidad de bases como resultado de que la intervención de la UE es multisectorial.

---

*necesidad de que las potestades de planeamiento estén subordinadas y encaminadas a la consecución del interés general ...", añadiendo que "las potestades de planeamiento urbanístico se atribuyen por el ordenamiento jurídico con la finalidad de que la ordenación resultante, en el diseño de los espacios habitables, de sus usos y de sus equipamientos, y de las perspectivas de su desarrollo, ampliación o expansión, sirva con objetividad los intereses generales, de manera racional, evitando la especulación".*
*En parecidos términos, la Sentencia de 29 febrero 2012 (Recurso de Casación 6392/2008 ), señala que: "... la potestad de planeamiento, aún siendo discrecional, se circunscribe a un fin concreto: la satisfacción del interés público, hallándose condicionada al mismo tiempo por los principios de interdicción de la arbitrariedad e igualdad consagrados en los artículos 103.1 , 9.3 y 14 de la Constitución ".*
*DECIMOTERCERO.- Sentada esta doctrina general, nos corresponde analizar si dichas finalidades, satisfacción de intereses públicos, se justifican en el presente caso.*
*Como afirma el Fundamento de derecho quinto de la sentencia recurrida "La actora pretende la irracionalidad y falta de justificación de la ordenación propuesta, mas el argumento carece del necesario sustento, por cuanto se ha expuesto ya, pues, contrariamente a lo pretendido, la Memoria del instrumento impugnado sí detalla las razones que conducen al planificador a adoptar la solución propuesta, tras sucesivas ordenaciones que intentaron la equilibrada coexistencia entre el uso recreativo y el residencial próximo. Por lo demás, de la prueba practicada a instancia de los propios recurrentes resulta que entre los años 1997 y 2011 fueron otorgadas en el ámbito del barrio de autos licencias para la construcción de más de dos mil nuevas viviendas, con un incremento constante de la población en el sector (véase la diferencia entre altas y bajas del padrón, siempre favorable a las primeras, año por año, entre 1997 y 2011). La ordenación propuesta responde por ello a una realidad objetivable que la justifica, no incurriendo por ello en irracionalidad ni arbitrariedad que a la actora incumbía probar, hallándonos por ello en el legítimo ejercicio del ius variandi que al planificador corresponde en materia urbanística.*
*Tampoco es de apreciar desproporción en la decisión adoptada allí donde el planeamiento prevé incluso el posible emplazamiento alternativo de las actividades erradicadas en el ámbito de Sant Pau de Riu Sec, que no sólo cuenta con planeamiento derivado definitivamente aprobado y publicado (Texto Refundido del Plan Parcial de 20 de noviembre de 2006), sino con licencias concedidas en orden a la construcción de locales comerciales y oficinas, así como en orden a la parcelación y división horizontal (asimismo, ramo de prueba de la parte actora)".*
*Consecuentemente, ha quedado acreditado que la solución propuesta por la figura de planeamiento objeto de impugnación, para erradicar las molestias que tenían que soportar los vecinos de la zona es idónea para solucionar la problemática existente des de hace mucho tiempo y que había dado lugar a distintas regulaciones tendentes a su solución*."

El TJUE ha señalado que cuando ello ocurre (asunto Comisión c. Consejo de 2006) que si el examen de un acto comunitario muestra que éste persigue un doble objetivo o que tiene un componente doble, y si uno de ellos puede calificarse de principal o preponderante, mientras que el otro sólo es accesorio, dicho acto debe fundarse en una sola base jurídica, a saber, aquella que exige el objetivo o componente principal o preponderante. Pero también ha advertido el TJUE que, de modo excepcional, si se demuestra por el contrario que el acto persigue al mismo tiempo varios objetivos, vinculados entre sí de modo indisociable, sin que uno de ellos sea secundario e indirecto en relación con el otro, tal acto podrá fundarse en las distintas bases jurídicas correspondientes.

Todo ello con un límite: no cabe recurrir a una doble base jurídica cuando los procedimientos previstos para una y otra base jurídica son incompatibles y/o cuando la acumulación de bases jurídicas puede minar los derechos del Parlamento. Este respeto a los derechos del Parlamento fue desarrollado en la sentencia relativa al asunto Parlamento c. Consejo, de 2008, en el sentido de potenciar al máximo el rol del Parlamento, cuya participación en el procedimiento de toma de decisión es el reflejo de un principio democrático.

**a) Medio Ambiente**

De igual modo, hemos hecho referencia continua al medio ambiente (urbano) como un elemento de interconexión continua con la vivienda, el urbanismo y el derecho a la ciudad. Debemos remitirnos de nuevo a lo expuesto antes.

**c) Igualdad y no discriminación. Género.**

Ya hicimos referencia a las consecuencias negativas de la gentrificación y las segregaciones urbanas (*supra*, sección segunda) También vimos como el TJUE en su sentencia de 2013 aceptó el mecanismo de las reservas de suelo para vivienda social como un elemento de lucha contra la gentrificación y persecución de los intereses generales que no se opone al Derecho de la UE, dado que, de acuerdo con la STJUE vista de 2018, habría un imperioso interés general a servir. Asimismo, también explicamos antes las conexiones entre vivienda, urbanismo, discapacidad o minorías, habiendo hecho ya referencia a como decisiones recientes nacionales vinculan el derecho a la ciudad con la igualdad de género en espacios urbanos. Nos remitimos a lo ya expuesto.

Hemos de destacar ahora que el TEDH ha aceptado en su sentencia *Garib c. Holanda* de 6 de noviembre de 2017 medidas nacionales públicas intensas para luchar contra la segregación urbana. Por su parte, el TJUE, en su sentencia *Chez* de 2015, ha tenido en cuenta el elemento de la segregación urbana para considerar la vulneración del derecho a la igualdad, en un supuesto de problemas en el suministro eléctrico en un barrio segregado habitado por gitanos mayoritariamente.

Como es sabido, las segregaciones urbanas son producto bien del funcionamiento natural del mercado inmobiliario y de la pasividad pública, bien, directamente, de medidas urbanísticas que agravan dicho funcionamiento. Si tienen un componente

étnico, la discriminación viene acentuada por el mismo. En todo caso, deben ser consideradas como supuestos de exclusión social y discriminación en el uso del suelo, como ha sido reconocido en la jurisprudencia norteamericana, en relación con el llamado *exclusionary zoning*[89].

Pues bien, la lucha contra la segregación urbana (residencial, escolar, religiosa, de personas discapacitadas, de género…) encaja entre los objetivos de la UE (igualdad) y está relacionada con la lucha contra la exclusión de la política social. En este sentido, se podría avanzar adaptando de las Directivas existentes en materia de igualdad de la UE una regulación específica para vivienda, que abarcara desde la regulación del suelo (planeamiento urbanístico) hasta la contratación de servicios relacionados con viviendas, en la línea, salvando distancias de la *Fair Housing Act* norteamericana, y del ejemplo de la UE de transposición de las directivas genéricas de igualdad al sector del urbanismo y la vivienda: la ley catalana del derecho a la vivienda de 2007.

Efectivamente, el título IV de la Ley catalana se inicia con un capítulo que contiene 4 artículos sólo (45 a 48) y con un título ciertamente neutro ("Disposiciones generales"). Sin embargo, ambos elementos (brevedad y discreción) no debería hacernos perder de vista que estamos ante una de las grandes novedades de la Ley, que innova en este punto el ordenamiento jurídico español y sitúa la legislación de vivienda catalana en la órbita de otras regulaciones europeas e internacionales. Reforzando la lucha contra la discriminación y la segregación residencial. Refuerzo que aparece como necesario, puesto que, de acuerdo con informes de ámbito europeo, la discriminación contra minorías está bastante extendida[90].

Sin embargo, quizás la novedad más relevante de este capítulo es la nueva consideración legal del fenómeno del acoso inmobiliario o, utilizando una terminología inglesa ciertamente peculiar, *mobbing* inmobiliario, como es conocido en España popularmente.

Vale la pena echar un vistazo a la situación de los EE.UU. y en el ordenamiento jurídico de la UE dos fuentes de inspiración legal importantes, que han de permitir entender mejor la regulación de los artículos 45 a 48 de la Ley catalana, que, a su vez, podrían inspirar una futura regulación específica de la UE

[89] En español, sobre el *exclusionary zoining*, me permito remision a PONCE SOLÉ, J., "Segregación espacial, derecho urbanístico y jueces audaces en los Estados Unidos de América (Con algunas reflexiones sobre el Derecho español)", *Revista española de derecho constitucional,* Año nº 19, Nº 57, 1999, págs. 329-354, disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79667

[90] Observatorio Europeo de los Fenómenos Racistas y Xenofóbicos (2005): *Migrants, minorities and Housing: Exclusión, Discrimination and Anti-Discrimination in 15 Member Estates of the European Union*, p. 20. Este informe es consultable, en inglés, en: http://fra.europa.eu/fra/index.php?fuseaction=content.dsp_cat_content&catid=43c54ec8e9d01.

**a) La legislación norteamericana**

Es relevante tener presente la experiencia norteamericana de la mano de la *Fair Housing Act*, que constituye el título VIII de la *Civil Rights Act* de 1968. Esta norma prohíbe cualquier comportamiento (los urbanísticos incluidos, mediante las zonificaciones que se puedan llegar a aprobar) que suponga "coaccionar, intimidar, amenazar o interferir" en el ejercicio del derecho a la igualdad en relación en la vivienda" (Sección 818 [42 U.S.C. 3617]. Conceptos jurídicos indeterminados que tendrán que ser precisados caso a caso y que incluyen, por ejemplo, la prohibición de lo que se conoce como *blockbusting*, es decir una práctica consistente en conseguir la venta de una vivienda a alguien de una raza o etnia minoritaria en un barrio blanco y entonces utilizar tácticas basadas en el miedo de una invasión de otros recién llegados de similares características para conseguir que los propietarios vendan rápido con bajos precios, antes de que el valor de su propiedad caiga debido a la supuesta nueva composición social del barrio.[91]

Si cualquiera de estos tipos de conductas se produce, es posible efectuar una denuncia ante la Administración pública, que iniciará un procedimiento administrativo que acabará con la exigencia de responsabilidad por daños causados a la persona discriminada y la imposición de una sanción administrativa. Cualquier parte puede instar la finalización de la tramitación administrativa para seguir una acción judicial en cualquier momento.[92]

En la Unión Europea, se han dictado tres directivas, acompañadas de diversos documentos.[93] Las directivas son las siguientes:
–2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato a las personas independientemente de su origen racial o étnico.

–2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el trabajo y la ocupación.

–2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso en bienes y servicios y su suministro.

---

[91] Se toma la definición de AA.VV.: *Dictionary of Real Estate Terms*, Barron's, 2000.

[92] Se puede consultar en http://espanol.hud.gov/offices/fheo/FHLaws/yourrights.cfm, página web en español del Departamento de Vivienda y Desarrollo Urbano de los Estados Unidos, con información sobre la *Fair Housing Act*. Un caso de actuación administrativa por vulneración de la ley mencionada lo encontramos en un procedimiento resuelto en julio de 1994, en que una denuncia presentada acaba con la imposición administrativa de compensaciones de 300.000 dólares a las personas discriminadas y una multa administrativa de 10.000 dólares (consultable en http://www.hud.gov/offices/oalj/cases/fha/pdf/johnsn-e.pdfa).

[93] Los documentos son:
–Libro verde de la Comisión de 28 de mayo de 2004: "Igualdad y no-discriminación en la Unión Europea ampliada" [COM (2004) 379 final].
–Comunicación de la Comisión en el Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 1 de junio de 2005: "Estrategia marco contra la discriminación y por la igualdad de oportunidades para todos" [COM (2005) 224].

–Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al año europeo de la igualdad de oportunidades para todos (2007) hacia una sociedad justa [COM (2005) 225 final].
Se pueden consultar en: http://europa.eu/scadplus/leg/es/cha/c10313.htm.

En las tres directivas es posible encontrar algunos aspectos comunes relevantes:

–La definición de acoso como "comportamiento no deseado" relacionado con alguna característica personal "con el propósito/objetivo o el efecto/consecuencia de atentar contra la dignidad de la persona y crear un ambiente intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo".

–La aceptación que el concepto puede definirse de acuerdo con las normativas y prácticas nacionales de cada estado miembro.

–La afirmación que *el acoso es discriminación*.

–La aplicación tanto al sector público como al sector privado. La Directiva 2000/43/CE alude a la vivienda explícitamente.

–La aceptación de acciones positivas para prevenir o compensar desventajas.

–Específicamente, la Directiva 2000/78/CE incorpora el concepto de ajustes razonables de los empresarios para las personas con discapacidad.[94]

–Se facilita la carga de la prueba al acosado. Un ejemplo lo encontramos en el artículo 8 de la Directiva 2000/43/CE.[95]

–Se refuerza también la legitimación para recurrir. Un ejemplo lo encontramos en el artículo 7 de la Directiva 2000/43/CE.[96]

---

[94] Artículo 5.
"Ajustes razonables para las personas con discapacidad.
"A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades."

[95] Artículo 8.
"Carga de la prueba.
"1. Los estados miembros adoptarán, con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional, las medidas necesarias para *garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar* que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato *cuando* una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, de dicho principio alegue, ante un tribunal u otro órgano competente, *hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta.*
"2. Lo dispuesto en el apartado 1 se entenderá sin perjuicio de que los estados miembros adopten normas sobre la prueba más favorables a la parte demandante.
"3. Lo dispuesto en el apartado 1 no se aplicará a los procedimientos penales.
"4. Lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 se aplicará asimismo a todo procedimiento tramitado de conformidad con el apartado 2 del artículo 7.
*"5. Los estados miembros no estarán obligados a aplicar lo dispuesto en el apartado 1 a los procedimientos en los que la instrucción de los hechos relativos al caso corresponda a los organos jurisdiccionales o a otro órgano competente."*

[96] Artículo 7.
"Defensa de derechos.
*"1. Los estados miembros velarán por la existencia de procedimientos judiciales y administrativos, e incluso, cuando lo consideren oportuno, procedimientos de conciliación, para exigir el cumplimiento de las obligaciones establecidas con arreglo a la presente Directiva, para todas las personas que se*

–Se prevén organismos de promoción de la igualdad de trato. Un ejemplo lo encontramos en el artículo 13 de la Directiva 2000/43/CE.[97]

En conclusión, y como señala la Síntesis Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 1 de junio de 2005, "Estrategia marco contra la discriminación y por la igualdad de oportunidades para todos" [COM (2005) 224]:

*"Posibles medidas destinadas a completar el marco legislativo actual.*

"Actualmente, el marco legislativo comunitario prohíbe la discriminación racial en los ámbitos del empleo, la formación, la enseñanza, la protección social, los beneficios sociales y el acceso a los bienes y servicios (Directiva 2000/43/CE). El ámbito de protección frente a la discriminación por motivos de religión o convicciones, edad, discapacidad u orientación sexual se limita al empleo, la ocupación y la formación profesional (Directiva 2000/78/CE). La Directiva 2004/113/CE extiende la protección contra la discriminación por razón de sexo al sector de los bienes y los servicios, pero no a todos los ámbitos contemplados en la Directiva 2000/43/CE.

"Frente a esas *diferencias en términos de nivel y de alcance de protección*, por ahora la Comisión no tiene previsto presentar nuevas propuestas legislativas. Desea iniciar un estudio de viabilidad en relación con las nuevas iniciativas destinadas a completar el marco legislativo actual. Examinará las disposiciones nacionales que vayan más allá de las exigencias comunitarias y hará balance de las ventajas y los inconvenientes de dichas medidas. Los resultados de dicho estudio estarán disponibles en otoño de 2006."

---

*consideren perjudicadas por la no aplicación, en lo que a ellas se refiere, del principio de igualdad de trato, incluso tras la conclusión de la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación.*

"2. Los estados miembros velarán por que las asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas que, de conformidad con los criterios establecidos en el Derecho nacional, tengan un interés legítimo en velar por el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Directiva, puedan iniciar, en nombre del demandante o en su apoyo, y con su autorización, cualquier procedimiento judicial o administrativo previsto para exigir el cumplimiento de las obligaciones de la presente Directiva.

*"3. Los apartados 1 y 2 se entenderán sin perjuicio de las normas nacionales en materia de plazos de interposición de recursos en relación con el principio de igualdad de trato."*

[97] Artículo 13.

"1. Cada Estado miembro designará uno o más organismos responsables de la promoción de la igualdad de trato entre todas las personas sin discriminación por motivo de su origen racial o étnico. Dichos organismos podrán formar parte de los servicios responsables a nivel nacional de la defensa de los derechos humanos o de la salvaguardia de los derechos individuales.

"2. Los estados miembros velarán por que entre las competencias de estos organismos figuren las siguientes:

*"–sin perjuicio del derecho de víctimas y asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas contempladas en el apartado 2 del artículo 7, prestar asistencia independiente a las víctimas de discriminación a la hora de tramitar sus reclamaciones por discriminación,*

"–realizar estudios independientes sobre la discriminación,

"–publicar informes independientes y formular recomendaciones sobre cualquier cuestión relacionada con dicha discriminación."

**b) La regulación de la Ley del derecho a la vivienda en el marco expuesto: discriminación directa, discriminación indirecta, acciones positivas, acoso inmobiliario y ajustes razonables**

.

No hay duda de que la existencia de una regulación específica a nivel de la vivienda permite la protección pública del derecho a la vivienda sin necesidad de gasto, sino mediante la pura regulación.

En esta línea se encuentran los artículos 45 a 48 de la Ley del derecho a la vivienda. Hay que señalar que el texto legal se sitúa en la línea de las regulaciones europeas con un enfoque específico en el nivel de la vivienda.[98]

Estos preceptos[99] aclaran explícitamente que la prohibición de que *todas las personas* (nacionales o no, por tanto) sufran discriminaciones, directas o indirectas, y acoso debe

---

[98] De hecho, a tenor del análisis comparado efectuado en el informe del *European Social Housing Observatory* de CECODHAS titulado *Integración de los inmigrantes en la Unión Europea y la Vivienda Social: Herramientas para los promotores de vivienda social* y consultable en el *Boletín Informativo* núm. 88, julio de 2007, de la Asociación Española de Promotores Públicos de Vivienda y Suelo (http://www.a-v-s.org/boletines.php?SID=), la regulación catalana sería pionera en la transposición de las directivas comunitarias al ámbito de la vivienda, dado que numerosos países no han transpuesto la normativa antidiscriminación en el sector de la vivienda (p. 23).

[99] Reproducimos aquí los artículos claves de la ley, que seran comentados a continuación:

**"TÍTULO IV**
**De la protección de los consumidores y usuarios de vivienda en el mercado inmobiliario**
**CAPÍTULO I**
**Disposiciones generales**
**Artículo 45. Igualdad en el acceso y la ocupación de la vivienda.**
1. Todas las personas deben poder acceder a una vivienda y ocuparla, siempre que cumplan los requerimientos legales y contractuales aplicables en cada relación jurídica, sin sufrir discriminaciones, directas o indirectas, ni acoso.
2. En cumplimiento del precepto a que se refiere el apartado 1, las administraciones públicas deben adoptar las medidas pertinentes, aplicables a todas las personas y a todos los agentes, tanto del sector público como del sector privado.
3. Son objeto específico de la acción protectora a que se refiere el apartado 2 las siguientes situaciones y actuaciones:
a) La discriminación directa, que se produce cuando una persona recibe, en algún aspecto relacionado con la vivienda, un trato diferente del recibido por otra persona en una situación análoga, siempre que la diferencia de trato no tenga una finalidad legítima que la justifique objetiva y razonablemente y los medios utilizados para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios.
b) La discriminación indirecta, que se produce cuando una disposición normativa, un plan, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral, un criterio o una práctica aparentemente neutros ocasionan una desventaja particular a una persona respecto a otras en el ejercicio del derecho a la vivienda. No existe discriminación indirecta si la actuación tiene una finalidad legítima que la justifica objetiva y razonablemente y los medios utilizados para alcanzar esta finalidad son adecuados y necesarios.
c) El acoso inmobiliario, entendido como toda actuación u omisión con abuso de derecho que tiene el objetivo de perturbar a la persona acosada en el uso pacífico de su vivienda y crearle un entorno hostil, ya sea en el aspecto material, personal o social, con la finalidad última de forzarla a adoptar una decisión no deseada sobre el derecho que la ampara para ocupar la vivienda. A efectos de la presente ley, el acoso inmobiliario constituye discriminación. La negativa injustificada de los propietarios de la vivienda a cobrar la renta arrendaticia es indicio de acoso inmobiliario.
d) La utilización de una infravivienda como residencia, la sobreocupación y cualquier forma de alojamiento ilegal.
**Artículo 46. Acción protectora de las administraciones.**

ser respetada por todas las personas y todos los agentes, *tanto del sector público como privado* (artículo 45.1 y 2). Para garantizar el respeto de tal prohibición, la Ley manda a las administraciones públicas con competencias en materia de vivienda que adopten "las medidas pertinentes" (artículo 45.2). Estas medidas de protección frente a discriminaciones, directas o indirectas, acosos y cualquier forma de alojamiento ilegal (como infravivienda o sobreocupación, por ejemplo) pueden consistir "en la adopción de acciones positivas a favor de colectivos y personas vulnerables", la "prohibición de conductas discriminatorias" y "la exigencia de "ajustes razonables para garantizar el derecho a la vivienda" (artículo 46).

Establecido este mandato de acción pública, la ley *define entonces diversos de los términos empleados* y establece una regulación específica respecto de la *carga de la prueba* y la *legitimación procesal* (artículos 45, 46.2, 3 y 4, 47 y 48, respectivamente).

En cuanto a la definición de términos legales empleados, siguiendo la normativa europea ya expuesta, la ley catalana define los conceptos de discriminación directa,[100] indirecta[101] y acoso inmobiliario (artículo 45.3),[102] en los términos que ya nos son ahora familiares.

---

1. Las medidas protectoras que deben adoptar las administraciones públicas pueden consistir en la adopción de acciones positivas en favor de colectivos y personas vulnerables, la prohibición de conductas discriminatorias y la exigencia de la eliminación de obstáculos y restricciones al ejercicio del derecho a la vivienda y de ajustes razonables para garantizar el derecho a la vivienda.
2. Se entiende por ajustes razonables las medidas dirigidas a atender las necesidades singulares de determinadas personas para facilitarles, sin imponer una carga desproporcionada, la inclusión social y el disfrute del derecho a la vivienda en igualdad de condiciones con las demás personas.
3. Para establecer si una carga es proporcionada o no lo es, las administraciones públicas deben tener en cuenta el coste de las medidas, los efectos discriminatorios que suponga no adoptarlas, las características de la persona física o jurídica, entidad u organización que debe ponerlas en práctica y la posibilidad de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda.
4. Las administraciones públicas competentes pueden establecer un régimen de ayudas públicas para contribuir a financiar los gastos derivados de la obligación de aplicar los ajustes razonables a que se refiere el presente artículo.

**Artículo 47. Carga de la prueba.**

En los procedimientos de denuncia de discriminación en el ejercicio del derecho a la vivienda en que la parte denunciante o demandante alega hechos y aporta indicios que permiten presumir la existencia de discriminación, el órgano competente, después de apreciarlos, teniendo en cuenta la disponibilidad y la facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes y el principio de igualdad de las partes, debe exigir a la parte denunciada o demandada que aporte una justificación objetiva y razonable que pruebe suficientemente que en su actuación o como consecuencia de su inactividad no se ha infringido el derecho a la igualdad.

**Artículo 48. Legitimación.**

A fin de hacer efectivos los derechos establecidos por el presente título, sin perjuicio de la legitimación individual de las personas afectadas, las personas jurídicas habilitadas legalmente para defender los derechos e intereses legítimos colectivos pueden actuar en nombre y en interés de las personas que se lo autoricen en un proceso determinado."

[100] "a) La discriminación directa, que se produce cuando una persona recibe, en algún aspecto relacionado con la vivienda, un trato diferente del recibido por otra persona en una situación análoga, siempre que la diferencia de trato no tenga una finalidad legítima que la justifique objetiva y razonablemente y los medios utilizados para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios."

[101] "b) La discriminación indirecta, que se produce cuando una disposición normativa, un plan, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral, un criterio o una práctica aparentemente neutros ocasionan una desventaja particular a una persona respecto a otras en el ejercicio del derecho a la vivienda. No existe discriminación indirecta si la actuación tiene una finalidad legítima que la justifica objetiva y razonablemente y los medios utilizados para alcanzar esta finalidad son adecuados y necesarios."

Los estudios empíricos existentes muestran una panoplia de acciones y omisiones constitutivas de discriminación y acoso en el ámbito de la vivienda. En el caso de la discriminación directa, la más grosera y evidente, informes de ámbito europeo ponen de relieve la existencia de casos acreditados, referidos al uso de anuncios inmobiliarios en los que se declaraba "sólo nacionales" o "no arrendamos a extranjeros extracomunitarios". Los intermediarios en algunos de estos casos declararon que se limitaban a ejecutar la voluntad de los propietarios. Asimismo, en otros casos también quedó acreditada la práctica de exigir a las minorías y a los inmigrantes precios más altos por el alojamiento, acompañados en su caso de la puesta a disposición de viviendas de peor calidad.[103]

En el caso de la discriminación indirecta, más sutil, los informes europeos existentes muestran casos en que el tiempo de residencia en un municipio es utilizado como una barrera para impedir el acceso a una vivienda protegida.[104]

Nótese como en el caso de la discriminación indirecta hay una referencia expresa a la posibilidad de que un plan, en su caso urbanístico, pueda ser la fuente de la misma. En este punto, cumple remitirnos a lo explicado a propósito de las relaciones entre urbanismo y vivienda y, por tanto, de ambos ámbitos con la igualdad.

En cuanto al acoso inmobiliario, ya se han expuesto sumariamente algunas de las prácticas, por acción u omisión, que pueden dar lugar al mismo.[105] La Ley define qué se entiende por acoso y lo califica de discriminación [artículo 45.3.c)]; facilita la prueba del acoso (artículo 47),[106] de acuerdo con las directivas comunitarias y la legislación

---

[102] "c) El acoso inmobiliario, entendido como toda actuación u omisión con abuso de derecho que tiene el objetivo de perturbar a la persona acosada en el uso pacífico de su vivienda y crearle un entorno hostil, ya sea en el aspecto material, personal o social, con la finalidad última de forzarla a adoptar una decisión no deseada sobre el derecho que la ampara para ocupar la vivienda. A efectos de la presente ley, el acoso inmobiliario constituye discriminación. La negativa injustificada de los propietarios de la vivienda a cobrar la renta arrendaticia es indicio de acoso inmobiliario."
El artículo 45.3.d) sólo alude a los conceptos de alojamiento ilegal, sobreocupación e infravivienda, pero no los define, por lo que habrá que estar a una interpretación sistemática con el resto de la Ley y especialmente con el artículo 3 para su concreción.

[103] Observatorio Europeo de los Fenómenos Racistas y Xenofóbicos (2005): p. 70.

[104] Observatorio Europeo de los Fenómenos Racistas y Xenofóbicos (2005): p. 71.

[105] Puede acudirse a la memoria de la actividad correspondiente al año 2005 de la *Oficina Municipal d'Informació al Consumidor* (OMIC) de la Dirección de Comercio y Consumo del Ayuntamiento de Barcelona, la cual desde 2004 tiene un servicio de atención ante posibles casos de acoso inmobiliario. En la misma, la OMIC establece la siguiente clasificación entre los casos susceptibles de ser considerados acoso: supuestos de falta global de mantenimiento de la finca o de la vivienda (33,61% de los supuestos), acoso personal (7,56%), problemas con los suministros (0,84%), falta de higiene (15,5%), negativa del arrendador al cobro de la renta (6,72%) y resto de supuestos (34,45%). Puede consultarse la memoria en: http://www.omic.bcn.es/catala/memoriaomic_2005.pdf.

[106] "En los procedimientos de denuncia de discriminación en el ejercicio del derecho a la vivienda en que la parte denunciante o demandante alega hechos y aporta indicios que permiten presumir la existencia de discriminación, el órgano competente, después de apreciarlos, teniendo en cuenta la disponibilidad y la facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes y el principio de igualdad de las partes, debe exigir a la parte denunciada o demandada que aporte una justificación objetiva y razonable que pruebe suficientemente que en su actuación o como consecuencia de su inactividad no se ha infringido el derecho a la igualdad."

estatal analizada,[107] y abre la legitimación a personas jurídicas defensoras de intereses colectivos (artículo 48),[108] en la misma dirección, de nuevo, del ordenamiento de la UE.

En cuanto a los "ajustes razonables para garantizar el derecho a la vivienda" como posible medida protectora a desplegar por las administraciones, de nuevo un concepto europeo, el artículo 46, apartados 2, 3 y 4, define a éstos como "las medidas dirigidas a atender las necesidades singulares de determinadas personas para facilitarles, sin imponer una carga desproporcionada,[109] la inclusión social y el disfrute del derecho a la vivienda en igualdad de condiciones con el resto de las personas". Sin duda, un colectivo evidente al que pueden afectar estos ajustes puede ser el de las personas discapacitadas (pensemos, sin ir más lejos, en la prohibición que un propietario pueda establecer de aceptar animales domésticos en un piso a arrendar, cuando se trata de un posible arrendatario ciego que usa a un perro como apoyo compensatorio a su limitación física).

De igual modo, puede destacarse la regulación que el artículo 46.1 de la Ley efectúa de las *acciones positivas*. Este precepto, pues, abre la puerta a la, mal llamada,

---

[107] El dictamen del Consejo Consultivo sobre el Proyecto de ley analizó este artículo 47, considerándolo respetuoso con el marco constitucional. Sin embargo, se efectúan diversas afirmaciones discutibles sobre la regulación de la carga de la prueba. Así, se afirma que "afecta al ejercicio de los derechos constitucionales de carácter no fundamental", tanto de los arrendatarios como de los propietarios de viviendas. Sin embargo, como hemos comprobado, la facilidad de la carga de la prueba se refiere a los supuestos de posible discriminación (directa, indirecta o acoso inmobiliario). También se señala que supone una "forma de intervención administrativa sobre los intereses subjetivos del propietario de la vivienda", aunque en realidad, se refiere tanto a procedimientos administrativos (denuncia) como judiciales (demanda), y no sólo en referencia a propietarios, como nos consta, sino a cualquier persona, por ejemplo con actividades profesionales relacionadas con la vivienda (véase el capítulo II de este mismo título). Por otro lado, el dictamen señala que se trata de "una medida derivada del Derecho sustantivo autonómico", con cita de los artículos 149.1.6 CE y 130 EAC, aunque, en realidad, se trata de una transposición de las directivas comunitarias examinadas al sector de la vivienda, donde la Generalitat tiene competencia exclusiva.
En el informe de la Comisión Europea (2006): *Igualdad y no discriminación. Informe anual 2006*, p. 20, se señala como en junio de 2005 el Tribunal de Casación francés admitió la comprobación telefónica como prueba de discriminación en el acceso a viviendas alquiladas en causas penales. El Tribunal declaró admisibles las grabaciones de conversaciones telefónicas que establecían que un agente inmobiliario había informado a posibles clientes de que los pisos estaban disponibles en función de si sus apellidos parecían "franceses". Informe consultable en: http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/pubst/poldoc/annualrep06_es.pdf.

[108] "A fin de hacer efectivos los derechos establecidos por el presente título, sin perjuicio de la legitimación individual de las personas afectadas, las personas jurídicas habilitadas legalmente para defender los derechos e intereses legítimos colectivos pueden actuar en nombre y en interés de las personas que se lo autoricen en un proceso determinado."

[109] De acuerdo con el artículo 46.3, para establecer si una carga es o no proporcionada, las administraciones han de tener en cuenta el coste de las medidas, los efectos discriminatorios que comporte no adoptarlas, las características de la persona física o jurídica (?), la entidad u organización que las ha de poner en práctica y la posibilidad de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda para ello. En relación con este último punto, el artículo 46.4 permite a las administraciones establecer un régimen de ayudas públicas para contribuir a financiar los gastos derivados de la obligación jurídica de aplicar los ajustes razonables referidos.
Estamos, por tanto, ante una exigencia de *análisis coste-beneficio* previo a la adopción de la medida de ajuste razonable, entendiendo por costes y beneficios no sólo los de tipo económico, claro, sino todos los aludidos en la norma.

"discriminación positiva", recogida en las directivas comunitarias ya expuestas con la terminología de "acción positiva"[110].

En el ámbito de la vivienda y de otras decisiones con impacto urbanístico, el *Síndic de Greuges* (el *ombudsman* catalán) ha subrayado la importancia de las acciones positivas (Informe al Parlamento de 2003, p. 56):

"*Finalment, hem de fer un advertiment sobre la segregació espacial que existeix en algunes ciutats mitjançant la concentració de grups socialment homogenis en determinades zones de les ciutats que es converteixen en focus de marginalitat i degradació. Les experiències viscudes per algun dels països de nostre entorn, en relació amb la creació d'autèntics guetos urbans, han de servir de referència en el moment de dissenyar i implantar les polítiques d'habitatge amb la finalitat d'evitar el desenvolupament d'aquest fenomen."*

En esta línea, pues, el artículo 46.1 de la Ley del derecho a la vivienda señala que:

"Las medidas protectoras que deben adoptar las administraciones públicas pueden consistir en la adopción de acciones positivas en favor de colectivos y personas vulnerables, la prohibición de conductas discriminatorias y la exigencia de la eliminación de obstáculos y restricciones al ejercicio del derecho a la vivienda y de ajustes razonables para garantizar el derecho a la vivienda."

La propia ley impulsa acciones positivas en el ámbito de la adjudicación de viviendas de protección pública, mediante la técnica de los denominados *cupos especiales* (artículo 99).

Finalmente, hay que destacar que la Ley tipifica específicamente la discriminación y el acoso inmobiliario, por acción u omisión, como infracción administrativa muy grave [artículo 123.2.a)], con una sanción prevista que puede llegar hasta los 900.000 euros (artículo 118.1)

En este proceso de retroalimentación que supone el Derecho en la Unión Europea, la inspiración ofrecida por el marco de la UE a la ley catalana puede suponer ahora una inspiración desde Cataluña para que la UE adopte una regulación específica incluyendo aspectos de lucha contra la segregación urbana y la discriminación en el uso del suelo y la vivienda.

**c) Eficiencia energética**

Ya mencionamos antes (sección primera) la relevancia de la eficiencia energética de los edificios y la existencia de regulaciones de la UE al respecto, dada además su vinculación con la pobreza energética que afecta a millones de ciudadanos europeos. En

[110] En el marco internacional, téngase en cuenta también el artículo IV de la Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad, ya citada, el cual prevé expresamente la necesidad de que los municipios signatarios lleven a cabo políticas activas específicas de protección para los colectivos más vulnerables.

el ámbito de la energía, los datos que se manejan cifran entre 50 y 125 millones los europeos con riesgo de verse afectados por situaciones de pobreza energética[111].

Pobreza energética que tiene una de sus causas, sin duda, en la insuficiente o nula eficiencia energética de las viviendas en un contexto general de limitadas políticas de protección medioambiental y eficiencia energética. Los efectos del desarrollismo y la especulación urbanística siguen dejando marca y se concretan como parte principal del escenario.

Diversos estudios han considerado las diferentes medidas empleadas en los distintos países de la Unión Europea, pudiéndose clasificar en ámbitos distintos[112]:

1) Una docena de estados miembros de la UE apoyan a los consumidores vulnerables en el mercado eléctrico mediante incrementos en las ayudas sociales o pagos directos de los costes de la energía, y 11 lo hacen para los consumidores de gas.

2) 14 estados miembros usan precios reducidos para ciudadanos vulnerables en el ámbito de la electricidad y 10 en el del gas. Estas medidas pueden tomar la forma de precios especiales de energía, como la regulación de tarifas francesa antes aludida y refrendada en 2016 por el TJUE desde la perspectiva de las obligaciones de servicio público en relación a un servicio de interés general, exenciones de impuestos o suministro gratis de energía básica (hasta una cierta cantidad), por ejemplo.

De esta visión panorámica europea destacamos el sistema de ayudas contra la pobreza energética del Reino Unido y su Plan de ayuda a las viviendas que reciben financiación pública para realizar obras encuadradas en los planes de eficiencia energética aprobados por la administración. También la dotación de un Registro de servicios prioritarios y gratuitos que permite una atención preferente según el tipo de colectivos y prestaciones. Francia actúa sobre las tarifas, fijando su importe en función de determinados indicadores de renta y estableciendo límites para los supuestos subsumibles en las llamadas tarifas de primera necesidad. La normativa francesa, como veremos, impide, además, en según qué casos y en según qué periodos de tiempo el corte de suministros de agua, gas y electricidad.

En el conjunto de medidas comunitarias a las que aludimos se incluye el denominado *bono social* español. Se trata de un descuento en la factura eléctrica para determinados consumidores vulnerables (en 2016 consistía en un 25% de la tarifa regulada, que beneficiaba a 2,4 millones de clientes y 7 millones de personas, con un coste de unos 200 millones de euros anuales). Creado en 2009 como consecuencia de la necesidad de hacer frente a la subida de precios de este tipo de energía, ahora regulado en un Real Decreto Ley de 2018.

3) Hasta el año 2015, sólo 10 países de la UE disponían de medidas específicas dirigidas a los grupos en mayor riesgo de pobreza. Al día de hoy 15 estados miembros

[111] Véase INSIGHT ENERGY (INSIGHT E),'Energy poverty and vulnerable consumers in the energy sector across the EU: analysis of policies and measures', Policy Report for the European Commission, May 2015. Consultable en: http://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/INSIGHT_E_Energy%20Poverty-Main%20Report.pdf

[112] INSIGHT ENERGY (INSIGHT E),'Energy poverty and…", op.cit.

tienen limitaciones referidas a la desconexión debida a falta de pago de las facturas de gas y electricidad, con diferentes fórmulas, como luego veremos, desde prohibir todo tipo de corte a hacerlo solo respecto los consumidores vulnerables o una época del año (en invierno, de ahí que reciban el nombre de treguas invernales). Este tipo de medidas son mencionadas explícitamente en las Directivas 2009/73/EC relativa a las normas comunes para el mercado interior del gas natural y 2009/72/EC de electricidad.

Las directivas de 2009 no contienen una definición en sentido estricto de pobreza energética, pero sí prevén el deber de los Estados miembros de proteger adecuadamente a los consumidores vulnerables y reconocen la posibilidad de establecer obligaciones de servicio público.

Así el art. 3.2 de la relativa al gas natural señala que:

"2. En el pleno respeto de las disposiciones pertinentes del Tratado, y en particular de su artículo 86, los Estados miembros podrán imponer a las compañías de gas natural, en aras del interés económico general, obligaciones de servicio público que podrán referirse a la seguridad, incluida la seguridad del suministro, a la regularidad, a la calidad y al precio de los suministros, así como a la protección del medio ambiente, incluida la eficiencia energética, la energía procedente de fuentes renovables y la protección del clima. Estas obligaciones de servicio público deberán definirse claramente, ser transparentes, no discriminatorias y controlables, y garantizar a las compañías de gas natural de la Comunidad el acceso, en igualdad de condiciones, a los consumidores nacionales. En relación con la seguridad del suministro, la eficiencia energética y la gestión de la demanda, y con miras al cumplimiento de objetivos medioambientales y de objetivos en materia de energía procedente de fuentes renovables, mencionados en el presente apartado, los Estados miembros podrán establecer una planificación a largo plazo, teniendo en cuenta la posibilidad de que terceros quieran acceder a la red."

Posibilidad que planteada en un caso concreto ante el TJUE en el ámbito gasístico ha sido reafirmada por éste, en su sentencia de 7 de septiembre de 2016, en referencia al establecimiento de tarifas limitadas por el Estado francés.

Esta sentencia proviene de una cuestión judicial en la que el *Conseil d'État* (Consejo de Estado) francés se pregunta, en primer lugar, si ha de considerarse que una intervención del Estado en los precios como la prevista en la normativa francesa[113] da lugar a que el nivel del precio de suministro de gas natural al consumidor final se determine con independencia del libre juego del mercado y constituye así, por su propia naturaleza, un obstáculo a la consecución de un mercado del gas natural competitivo, en infracción del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2009/73. Y, en segundo lugar, si, de ser así, cuáles serían los criterios en función de los cuales debería apreciarse la compatibilidad de la referida normativa con la Directiva 2009/73 y, en particular, si el artículo 106 TFUE, apartado 2, en relación con el artículo 3, apartado 2, de esa Directiva, permite a los Estados miembros perseguir, mediante el establecimiento de precios regulados, fines tales como la seguridad del suministro y la cohesión territorial. Finalmente, el *Conseil*

[113] Que obligaba a los suministradores de gas a proveer de éste a determinadas categorías de consumidores a un precio máximo fijado por las autoridades. Se trata de consumidores finales de gas que consumen menos de 30 000 kilowatt horas por año (esencialmente hogares y pymes). En 2014, el 67.5% de todos los hogares y el 40.2% de las pymes en Francia disfrutaban de tarifas reguladas.

*d'État* se pregunta también si el Estado puede intervenir en la fijación del precio sobre la base del principio de cobertura de los costes íntegros del suministrador histórico y de los componentes de costes que pueden tenerse en cuenta en su caso en la determinación de las tarifas reguladas.

La respuesta del TJUE es que debe recordarse que una medida de intervención pública en los precios de venta del gas natural es una medida que, por su propia naturaleza, constituye un obstáculo a la consecución de un mercado interior del gas operativo. La normativa francesa controvertida en el litigio principal prevé una intervención estatal que consiste en obligar a determinadas empresas a ofrecer el gas natural en el mercado, a determinadas categorías de clientes, a precios que resultan de un cálculo efectuado con arreglo a criterios y baremos establecidos por las autoridades. La intervención de un Estado miembro consistente en imponer a determinados suministradores, entre ellos el suministrador histórico, la obligación de proponer al consumidor final el suministro de gas natural a tarifas reguladas constituye, por su propia naturaleza, un obstáculo a la consecución de un mercado del gas natural competitivo prevista en esa disposición, y este obstáculo subsiste aunque dicha intervención no impida que todos los suministradores del mercado propongan ofertas competidoras a precios inferiores a dichas tarifas.

Dicho esto, el TJUE señala que el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/73, interpretado a la luz de los artículos 14 TFUE y 106 TFUE y del Protocolo n.º 26, debe interpretarse en el sentido de que permite a los Estados miembros apreciar si, en aras del interés económico general, deben imponerse a las empresas que operan en el sector del gas obligaciones de servicio público relativas al precio de suministro del gas natural con el fin, en particular, de garantizar la seguridad del suministro y la cohesión territorial, siempre que, por una parte, se cumplan todos los requisitos que establece el artículo 3, apartado 2, de esta Directiva, en especial el carácter no discriminatorio de tales obligaciones, y que, por otra, la imposición de esas obligaciones respete el principio de proporcionalidad. Asimismo, el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/73 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a un método de determinación del precio que se basa en una consideración de los costes, siempre y cuando la aplicación de este método no tenga como consecuencia que la intervención estatal vaya más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos de interés económico general que persigue.

Así, por ejemplo, en el caso francés, existe una prohibición legal de corte de suministro por impago durante todo el año para el suministro de agua y una tregua invernal (de 15 de noviembre a 15 de diciembre) para gas y electricidad (y para los desahucios de arrendatarios por falta de pago, por cierto, de acuerdo con el art. L613-3 del *Code de la construction et de l´habitation*). En el caso de la electricidad y el gas, de acuerdo con la ley denominada *Brottes*, núm. 2013-312 de 15 de abril de 2013, que modifica el art. L.115-3 del *Code de l´action sociales de des familles*, señala que del primero de noviembre de cada año al 15 de marzo del año siguiente, los prestadores de estos tipos de energía no pueden proceder, en una residencia principal, a la interrupción del suministro por impago de facturas. En el caso del agua, el mismo precepto señala que la tregua se aplicará durante todo el año.

La Decisión n° 2015-470 QPC del Consejo Constitucional francés ha señalado que dicha regulación es conforme a la Constitución francesa, pues persiguen una finalidad de interés general, son proporcionadas y no discriminatorias[114].

"*Considérant, en premier lieu, qu'en interdisant aux distributeurs d'eau d'interrompre la distribution d'eau dans toute résidence principale tout au long de l'année pour non-paiement des factures, le législateur a entendu garantir l'accès à l'eau pour toute personne occupant cette résidence ; qu'en ne limitant pas cette interdiction à une période de l'année, il a voulu assurer cet accès pendant l'année entière ; qu'en prévoyant que cette interdiction s'impose quelle que soit la situation des personnes titulaires du contrat, il a, ainsi qu'il ressort des travaux préparatoires de la loi du 15 avril 2013 susvisée, entendu s'assurer qu'aucune personne en situation de précarité ne puisse être privée d'eau ;* que le législateur, en garantissant dans ces conditions l'accès à l'eau qui répond à un besoin essentiel de la personne, a ainsi poursuivi l'objectif de valeur constitutionnelle que constitue la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent"

4) Mejora de la eficiencia energética: todos los estados tienen algún tipo de programa al respecto, ámbito que es considerado por la Comisión Europea como la medida más efectiva a largo plazo, que enlaza con la política pública de vivienda.

5) Diversos estados usan medidas para informar a las personas vulnerables para permitirles gestionar mejor su gasto, como, por ejemplo, más transparentes facturas energéticas. El Reino Unido, por ejemplo, ofrece un completo sistema de información y comprensión de la factura, no sólo en cuanto a la comprensión de los conceptos que la componen sino en cuanto a su formato físico y visibilidad.

En lo que se refiere a los diversos niveles de poder público, consideramos, que la Unión Europea debería adoptar una postura más decidida en atención al correcto funcionamiento del mercado energético, incluyendo en el mismo la perspectiva de los ciudadanos que, en los términos del art. 36 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, tienen derecho al acceso a los SIEG en garantía de la cohesión social y territorial, para lo que consideramos que goza de competencias más que suficientes[115]. Las recomendaciones del COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, en su Dictamen «Por una acción europea coordinada para prevenir y combatir la pobreza energética» van en esa dirección[116].

De nuevo, la renovada concepción de la vivienda, en el marco de un servicio de interés general, en relación con derecho a la ciudad impulsan ese avance. En este sentido, en el siglo XXI, el derecho a la vivienda incluye el acceso a "energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado" por ejemplo, de acuerdo con la Observación general No. 4

---

[114] Su texto completo es consultable en francés aquí: www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2015/2015470qpc.htm . Un análisis de la decisión en BODA, J-S y BELAL-CORDEBAR, A., "De la continuité du service public de la distribution d'eau au regard de la distribution et de la fourniture d'énergie" *Droit Administratif*, num. 5, mayo de 2016, pp. 46 y ss.

[115] Tanto exclusivas como compartidas (arts. 3.1 y 4.2 TFUE). Véase LAGUNA DE PAZ, J.C.. "Los Servicios de interés general en la Unión Europea: su sujeción a las regles del mercado", en PARISI, V., AGUADO, V., NOGUERA, B., *Servicios..., op.cit*. pp. 54 y ss.

[116] «Por una acción europea coordinada para prevenir y combatir la pobreza energética» (Dictamen de iniciativa), 2013/C 341/05, consultable en diversas lenguas, incluido el español en: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52013IE2517

del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, que debe regir la interpretación del derecho a la vivienda. En el ámbito nacional, el defensor del pueblo catalán lo ha expresado con contundencia en su informe sobre el derecho a los suministros básicos, al señalar como del derecho a la vivienda constitucional y legalmente reconocido:

"…se deriva que los suministros básicos (electricidad, agua y gas) constituyen un elemento esencial de la vivienda y así lo confirma la normativa sobre condiciones de habitabilidad de las viviendas (Decreto 55/2009, de 7 de abril) al determinar que todas las viviendas deben disponer de los "servicios de agua fría y caliente, evacuación de aguas y electricidad" o de un "aparato de cocción eléctrico o de gas" para la cocina. Además, se obliga a las empresas suministradoras de energía eléctrica, agua y gas a exigir la cédula de habitabilidad vigente a los usuarios finales para que éstos puedan contratar dichos servicios.

El derecho a la vivienda también está afectado por este proceso de redefinición para garantizar su efectividad, puesto que para que este derecho sea plenamente vigente se requiere que la vivienda disponga de los mínimos suministros básicos que permitan a sus ocupantes vivir con dignidad, pudiendo acceder a su uso normalmente. El derecho constitucional y estatutario a la vivienda no puede referirse sino a una vivienda en condiciones adecuadas y, por lo tanto, que pueda dotarse de unos servicios básicos como son el agua, la electricidad o el gas a unos precios razonables y asequibles".[117]

### d) Turismo

Economía colaborativa (en adelante, EC) es la expresión española que utilizaremos aquí para designar lo que en inglés se conoce como *sharing economy, peer-to-peer economy, mesh, collaborative economy* o collaborative *consumption*[118]. Se trata, en esencia, como es sabido, de las posibilidades económicas que abren las tecnologías informáticas existentes, que favorecen un aumento de la compartición de ciertos bienes (entre ellos, en el que ahora nos interesa aquí, la vivienda[119]) y una creciente separación entre la propiedad y el uso de los mismos.[120]

El progreso en las tecnologías de la información (que implica una reducción de costes de transacción y de la asimetría informativa entre las partes) y la crisis económica (con el interés que despiertan nuevas posibilidades por los ciudadanos de obtener ingresos) explican, por ejemplo, el aumento de estos tipos de economía. Especialmente el primer

---

[117] SINDIC DE GREUGES DE CATALUNYA *Informe sobre el derecho a los suministros básicos (electricidad, agua y gas),* diciembre, 2014, disponible en su web. Sobre el derecho a la vivienda y las competencias autonómicas sobre el mismo, puede verse MOLTÓ, JM., PONCE, J., *Derecho a la vivienda y función social de la propiedad. Nuevas políticas públicas en el marco del Servicio público de alojamiento*, Aranzadi, 2017, primeras páginas en: https://www.thomsonreuters.es/es/tienda/pdp/duo.html?pid=10009516#tab-1

[118] Sobre las diferentes denominaciones y sus distinciones, véase EU, RANCHORDAS, 2016

[119] Así, la conocida plataforma Airbnb: https://www.airbnb.cat/

[120] La bibliografía sobre EC es ya muy abundante. Aparte de la que se citará a lo largo del trabajo, en español, véase, por ejemplo, DOMÈNECH, G. "Economía colaborativa y Administración local", *Anuario del Gobierno local*, 2015/16, pp. 35 y ss, y "La regulación de la economía colaborativa" (el caso "Úber contra el taxi")", *Revista Cefelegal*, núms. 175-176 (agosto-septiembre de 2015), pp. 61 y ss, y LORA TAMAYO, M., "Economía colaborativa y alojamiento", pp. 283 y ss. en *La regulación de la economía colaborativa: Airbnb, Blablacar, Uber y otras plataformas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017

factor permite abaratar mucho las actividades de obtención, almacenando, procesamiento y comunicación de la información precisa para identificar, localizar, conocer y poner en contacto a muchas personas interesadas en acuerdos mutuamente beneficiosos para ellas y que pueden tener efectos positivos en el conjunto de la ciudad, como, por ejemplo, entre otros, como señala el Parlamento europeo la generación de oportunidades empresariales crecimiento y empleo; el impulso de sectores culturales, de tiempo libre y ocio; el reconocimiento internacional de las ciudades; el uso más eficiente y sostenible de recursos existentes, o el otorgamiento de mayor poder a los consumidores[121].

Ahora bien, el mismo Parlamento europeo señala la posible existencia de diversos impactos negativos, frente a los que "las autoridades nacionales, regionales y locales disponen de un amplio margen de maniobra para adoptar medidas específicas con objeto de abordar objetivos de interés público claramente definidos con medidas proporcionadas que se ajusten plenamente a la legislación de la Unión; *pide, por tanto, a la Comisión que apoye a los Estados miembros en la elaboración de sus políticas y en la adopción de normas coherentes con la legislación de la Unión*".

Aquí nos vamos a ocupar específicamente de la economía colaborativa en relación con el alojamiento turístico, donde este modelo profesionalizado aludido en el ámbito de las viviendas de uso turístico ha ido ganando terreno, *alcanzando actualmente un volumen notorio, incluyendo fondos de inversión inmobiliarios atraídos por la alta rentabilidad.* Así en Madrid, la mitad de las viviendas turísticas estarían en manos de fondos de inversión[122]. De igual forma, la idea original de compartición de viviendas en períodos en que los propietarios no estaban en ella ha dado paso al renacimiento de la vieja institución de los *realquilados*, en el contexto de la crisis económica, como puro medio de llegar a final de mes por parte del propietario o como manera de pagar la hipoteca[123].

La cuestión de las viviendas de uso turístico se enmarca además en conexión con la que la que es una importante industria para diversos países de la UE, señaladamente España, donde el turismo supone la primera industria, de la que dependen más de un 11% del PIB, aportando 110.000 millones de euros a la economía[124]. Abordar adecuadamente los retos de las viviendas turísticas, pues, es una difícil empresa, al afectar a diversos intereses privados y generales y, en definitiva, al conjunto de la sociedad.

Ahora bien, la EC implica, aparte de beneficios, como ya apuntamos, también posibles, y numerosas, *externalidades negativas* que afectan al bienestar de las personas, los implicados en la colaboración, pero también terceros (vecinos, habitantes de las ciudades) y, en, definitiva de la sociedad en su conjunto[125]. En el caso de las viviendas

---

[121] Resolución del Parlamento Europeo de 15 de junio de 2017, sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0271+0+DOC+XML+V0//ES

[122] Según informe del Ayuntamiento de Madrid, del que se da noticia aquí: http://cadenaser.com/emisora/2017/05/05/radio_madrid/1493982867_637484.html

[123] Artículo de *The Guardian*, "The reluctant Airbnb host: why I rent my spare bedroom to pay my own rent", 1 de agosto de 2017. Artículo de *El país*: "Los usuarios de Airbnb cambian la esencia de la plataforma", 2 de agosto de 2017, señalando como menos del 25% de los arrendadores en España usan Airbnb conforme al modelo original. El 47% de los que usan la plataforma en Madrid lo hacen para obtener un ingreso adicional que les permita llegar a fin de mes.

[124] Diario El País "Qué hacer con la primera industria de España?", 2 de agosto de 2017.

[125] De aquí la necesidad de su regulación, como veremos.

de uso turístico (en adelante, VUT), esto es alquiladas para períodos cortos de tiempo, estas externalidades negativas o, en lenguaje ya no económico, sino jurídico, afectaciones graves de los intereses generales son de diverso tipo, como es conocido:

-Molestias a los vecinos residentes en por parte de los usuarios ocasionales de estas viviendas y de la ciudad en su conjunto, incluyendo sus espacios públicos, con masificación de éstos como consecuencia de los turistas que residen en los VUT. Cosa lógica, en ciudades como, por ejemplo, Barcelona, que recibe unos 19 millones de turistas al año que pernoctan varios días en la ciudad.

-Competencia desleal con el sector hotelero.

-Carencia de pago de los tributos correspondientes, al operar de manera ilegal y clandestina.

-Carencia de seguridad en las viviendas con relación al uso que se quiere dar; salubridad; ruido; privacidad

-Decrecimiento de la oferta de vivienda asequible a largo plazo para personas con necesidad de vivienda, dado que los propietarios prefieren colocar en el mercado, por su rentabilidad, las viviendas como VUT.

-*Gentrificación* de ciertas zonas urbanas a las ciudades y, en general, desequilibrios urbanos causados por la llamada *turistificación*[126], incluyendo uso intensivo de espacios públicos urbanos.

-Cambios en el comercio del área, asociados al cambio de población, con pérdida de comercio de proximidad que satisfaga las necesidades de los residentes permanentes.

-Problemas de movilidad[127]

-Presión en el mercado inmobiliario, que hace aumentar el precio de la vivienda en general en una ciudad. Si bien se trata de un aspecto en ocasiones discutido, los datos objetivos con los que ya se cuenta hoy en día respaldan este efecto[128].

Es muy frecuente en los enfoques desde la libre competencia por parte, omitir estos impactos en intereses generales urbanos globales, estas *externalidades negativas*

---

[126] Artículo diario Público : "Los pisos turísticos devoran la ciudad: consecuencias del "efecto Airbnb", 10 de abril de 2017: http://www.publico.es/sociedad/turistificacion-pisos-turisticos-devoran-ciudad.html

[127] En el caso de la ciudad de Barcelona, véase el informe de la Síndica de Greuges de esta ciudad "Referent a l'actuació d'ofici de referència en matèria de turisme i el seu impacte en la qualitat de vida del veïnat de Barcelona", de fecha 12 de junio de 2015, aludiendo a estos impactos.

[128] Para el caso de Amsterdam, véase el estudio de la Universidad de Amsterdam de VAN DER BIJL, V., "The effect of Airbnb on House prices in Amsterdam", consultable en: https://vastgoedkennis-data.vakliteratuur.info/Server/getfile.aspx?file=docs/publicaties/site/UVA/Bijl_VM.pdf . Para el caso de 100 ciudades norteamericanas, véase este estudio dado a conocer en agosto de 2017, en español por CityLab: "Nuevas investigaciones muestran que Airbnb sí contribuye al aumento de los alquileres. Un análisis preliminar de 100 áreas metropolitanas sugiere esta empresa sería uno de los factores del alza del costo de la vivienda en EEUU" http://www.univision.com/noticias/citylab-vivienda/nuevas-investigaciones-muestran-que-airbnb-si-contribuye-al-aumento-de-los-alquileres

(gentrificación, disminución de la oferta de vivienda a largo plazo y encarecimiento de ésta con impacto en su asequibilidad, cambios comerciales, impacto en uso de espacios públicos…). No se tiene en cuenta los impactos globales en los intereses generales de miles de *microdecisiones* individuales, a que se refiere SCHELLING desde la Economía[129], que generan *fallos de mercado* potencialmente agresivos para la calidad de vida de las personas en los espacios urbanos[130].

Se suele olvidar la incidencia de estos impactos negativos en los *derechos de las personas* ejercidos en el espacio urbano (derecho a la vivienda, derecho al medio ambiente…) y sobre el cada día más consolidado *derecho a la ciudad*, ya aludido, que se vincula con otra idea fuerza para la gestión urbana y la innovación en el derecho: la idea de que ciudad, en sí misma, es un *common*, un bien común, sujeta a rivalidades en su uso, que pueden llevar a *tragedias,* afectando a los más débiles con mayor fuerza. De ahí la importancia de la regulación para evitarlas[131].

Derecho a la ciudad enraizado a y vinculado con el *principio jurídico de desarrollo territorial y urbano sostenible*, desde un punto de vista social, ambiental y económico. Precisamente, en relación con el derecho a la ciudad mencionado, el defensor del pueblo catalán se ha referido al "derecho a la ciudad", entendido como el derecho a disponer de un espacio público donde los diferentes usos ciudadanos tengan cabida de forma equilibrada y al derecho del ciudadano a vivir con las mínimas molestias posibles"[132]

Por todo lo expuesto, *nosotros insistiremos aquí especialmente en el aspecto del papel de la regulación publica en general y específicamente urbanística y de vivienda de la EC en relación con las VUT para salvaguardar el derecho a la ciudad y el principio jurídico de desarrollo urbano sostenible*. Téngase en cuenta, además, que la progresiva profesionalización de las relaciones a través de las plataformas y *la entrada en el mercado de fondos de inversión interesados en la alta rentabilidad a corto plazo de las VUT* pueden tener impactos urbanos futuros notables. Dicho en otras palabras y crudamente: la búsqueda de plusvalías urbanísticas puede afectar gravemente a las ciudades europeas, susceptibles en los próximos años de ser ahora "destripados" en su interior y de mutar rápidamente en ámbitos de difícil sostenibilidad económica, ambiental y social. Ejemplos internacionales de ciudades que en pocas décadas han decaído hasta la decrepitud no nos faltan, por cierto, empezando por ejemplo por Detroit, paradigma de la ciudad del sistema capitalista, y cuya concentración en un tipo de usos (en ese caso industriales) ha llevado a una crítica situación[133].

En el ámbito de la Unión Europea, recuérdese, sin embargo, que la competencia sobre turismo es del tipo de apoyo, coordinación y complemento, art. 2.5 TFUE:

---

[129] SCHELLING, *Micromotivos y macroconducta* (1989), Fondo de Cultura Económica, México.

[130] PONCE SOLÉ, J." Urbanisme, barris, dret a la ciutat: volem una societat (in)justa, (in)decent, (in)segura, (in)sostenible?", Nous Horitzons, Nº. 195, 2009 (Ejemplar dedicado a: El barris invisibles), págs. 12-25, consultable en: http://www.noushoritzons.cat/ca/file/139211/download?token=iXyvLa8V.

[131] FOSTER, S. y IANONE, C., Foster, Sheila and Iaione, Christian, The City as a Commons (August 29, 2015). 34 Yale L. & Pol'y Rev. 281 (2016). Disponible en : https://ssrn.com/abstract=2653084

[132] Síndic de Greuges de Catalunya, *El derecho a la convivencia*, Marzo 2017: http://www.sindic.cat/site/unitFiles/4339/Informe%20convivencia%20urbana_castella_def.pdf

[133] Puede consultarse: http://www.lasexta.com/programas/salvados/mejores-momentos/de-ser-el-corazon-de-la-industria-del-pais-a-una-zona-marginada-el-declive-del-cinturon-del-oxido-de-eeuu_2017032658d815890cf2cbe7cfedd5a1.html

"En determinados ámbitos y en las condiciones establecidas en los Tratados, la Unión dispondrá de competencia para llevar a cabo acciones con el fin de apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros, sin por ello sustituir la competencia de éstos en dichos ámbitos.

Los actos jurídicamente vinculantes de la Unión adoptados en virtud de las disposiciones de los Tratados relativas a esos ámbitos no podrán conllevar armonización alguna de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros".

Recuérdese, además, que el turismo tiene conexión con la competencia en materia de mercado interior (art. 4 TFUE, compartida)

**e) Otras**

No cabe olvidar tampoco las competencias concernientes a la política social o la la protección de los consumidores, cohesión social y territorial o transporte (todas ellas compartidas, art. 4TFUE).

### 4.5.2 Posibles maneras de articular una regulación futura del derecho a la vivienda en el nivel de la UE

Como indica la Declaración "Ciudades por la vivienda adecuada" de 16 de julio de 2018 en su primer punto "Más competencias para regular mejor el mercado inmobiliario", "los gobiernos locales requerimos herramientas reguladoras y ejecutivas…necesitamos herramientas…requierimos instrumentos…exigimos mecanismos…necesitamos competencias…"

**A) En el caso de que se acepte que *no* existiría competencia relativa a vivienda: *soft law*, art. 352 TFUE y poderes implícitos**

Antes de continuar, cabe aclarar que no consideramos aquí una alternativa siempre existente, pero, sin duda, compleja, esto es, modificar los Tratados para incluir una competencia específica compartida en materia de vivienda.

Dejando de lado aquí y ahora, pues, ese enfoque, pasamos a considerar otros:

**a) *Soft law* como alternative al *hard law*: situación existente**

Esta sería la opción *baseline* o cero, esto es seguir acumulando documentos de *soft law* relativos a la vivienda.

**b) El art. 352 TFUE y los poderes implícitos: posibilidades y límites**

Si se acepta que no hay competencia de la UE que pueda dar lugar a avances en relación con la vivienda, es posible explorar sin embargo otra vía distinta a la anterior.

La doctrina de los poderes implícitos en el ámbito de la UE tiene un significado que ha dado lugar formulaciones amplias y más restrictivas. Según las primeras, signfica que la existencia de un objetivo dado (vimos más arriba esta cuestión en relación con la vivienda) implica la de cualesquiera poderes razonablemente necesarios para alcanzarlo. Esta idea quedó plasmada en el antiguo art. 308 TCE, que fue usado ampliamente como base jurídica para programas ambientales con bastante anterioridad a la Acta Única Europea que finalmente autorizó acción en este ámbito de forma explícita.[134]Según la formulación restrictiva sería la existencia de un poder la que conllevaría la de cualquier otro razonablemente necesario para el ejercicio de aquél.

Ahora el ya mencionado art. 352 TFUE señala que:

*"Artículo 352*
***(antiguo artículo 308 TCE)***

1. Cuando se considere necesaria una acción de la Unión en el ámbito de las políticas definidas en los Tratados para alcanzar uno de los objetivos fijados por éstos, sin que se hayan previsto en ellos los poderes de actuación necesarios a tal efecto, el Consejo adoptará las disposiciones adecuadas por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo. Cuando el Consejo adopte dichas disposiciones con arreglo a un procedimiento legislativo especial, se pronunciará también por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo.

2. La Comisión, en el marco del procedimiento de control del principio de subsidiariedad mencionado en el apartado 3 del artículo 5 del Tratado de la Unión Europea, indicará a los Parlamentos nacionales las propuestas que se basen en el presente artículo.

3. Las medidas basadas en el presente artículo no podrán conllevar armonización alguna de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros cuando los Tratados excluyan dicha armonización.

4. El presente artículo no podrá servir de base para alcanzar objetivos del ámbito de la política exterior y de seguridad común y todo acto adoptado de conformidad con el presente artículo respetará los límites fijados en el párrafo segundo del artículo 40 del Tratado de la Unión Europea."

La utilización de este artículo tiene un límite insalvable, fijado por el TJUE en su asunto CEDH (1996), la imposibilidad de ser utilizada como fundamento para la adopción de disposiciones que, en definitiva, tuvieran por resultado una modificación del Tratado efectuada sin respetar el procedimiento de modificación prevista en el mismo (véase en el mismo sentido la Declaración 42 aneja al Acta final de la CIG de Lisboa).

**B) Aceptando que *sí* existiría competencia relativa a vivienda en base a diversas bases jurídicas**

[134] FOLSON, R.H., *European Union Law*, Thompson West, 2005, 5ªed, pág. 35 y pág. 217, quien considera que el medio ambiente fue durante muchos años el *stepchild* de la integración europea, aunque ahora parezca paradójico.

Creemos que la existencia de un derecho a la vivienda en la CDFUE, conforme a la jurisprudencia del TJUE, junto con la concurrencia de diversas bases jurídicas estrictamente vinculadas con las viviendas, así como de un derecho a una buena administración, derivado de las tradiciones constitucionales de los estados miembros, implica que la UE puede avanzar dentro del marco vigente para integrar en una regulación unitaria los diferentes aspectos vinculados con vivienda que ya está regulando de forma dispersa que permita una correcta gestión de los aspectos de vivienda antes expuestos

**a) Punto de partida, principios de subsidiariedad y proporcionalidad**

Esa regulación debería partir, en todo caso, de los ya mencionados principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

Con esta perspectiva, pasamos a describir opciones de menor a mayor grado de intervención de la UE.

**b) El papel del *soft law* para reforzar las regulaciones ya existentes en diversos sectores relacionados con la vivienda**

Una solución, aceptando la existencia de competencia en materia de vivienda, sería mantener e intensificar el *soft law* existente. Creemos, sin embargo, que los importantes objetivos y políticas vinculadas a la vivienda exigirían una regulación de *hard law*, vinculante frente a terceros.

En ese sentido, debemos acudir al art. 288 TFUE, que hace referencia a las fuentes del Derecho secundario de la UE, que antes sólo aludimos y que ahora pasamos a analizar:

"*Artículo 288*
***(antiguo artículo 249 TCE)***

Para ejercer las competencias de la Unión, las instituciones adoptarán reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes.

El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.

La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.

La decisión será obligatoria en todos sus elementos. Cuando designe destinatarios, sólo será obligatoria para éstos.

Las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes"

**c) Decisión en materia de vivienda**

Un primer nivel sería impulsar una decisión en materia de vivienda que recogiera los aspectos expuestos en este análisis.

En la tradición del Derecho de la Unión Europea (art. 249 TCE), las Decisiones iban, en principio, dirigidas a destinatarios limitados, designados o identificables (Sentencias TJUE *Producteurs de Fruits et Légumes* c. Consejo, y *Féderation Nationale Boucherie* c. Consejo, ambas de 1962).

Ello no obstante, alguna Decisión en determinados casos podía prescribir a uno o varios de los Estados miembros un objetivo a alcanzar cuya consecución exigiera la adaptación de medidas nacionales de alcance general, suponiendo en tales casos un instrumento de legislación indirecta similar a la directiva.

Ahora, el art. 288 TFUE al referirse que la Decisión "Cuando designe destinatarios, sólo será obligatoria para éstos", está aceptando la existencia de Decisiones de alcance general, que deberán ser publicadas en el DOUE (mientras las de alcance limitado que tengan destinatarios serán notificadas a éstos, art. 297 TFUE)

**d) Directiva en materia de vivienda**

Un segundo nivel, sería elaborar una directiva en materia de vivienda que reuniera los aspectos ahora dispersos (igualdad, eficiencia energética, protección del consumidor…) y añadiera de nuevos vinculados con la igualdad (lucha contra la segregación espacial, promoción de la mezcla social mediante técnicas vinculadas con obligaciones de servicio público ligadas al servicio de interés general de vivienda social[135], como las reservas de suelo y techo para viviendas sociales o *inclusionary zoning*, posibles treguas invernales como las existentes en Estados Miembros y alentadas por el Derecho de la UE en materia de pobreza/vulnerabilidad energética[136]….), sin, en ningún caso invadir competencias nacionales de urbanismo y de acuerdo con el principio de subsidiaridad.

---

[135] Recordemos el tenor, por ejemplo, del art. 3.2 DIRECTIVA 2009/73/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 13 de julio de 2009 sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural:

"En el pleno respeto de las disposiciones pertinentes del Tratado, y en particular de su artículo 86, los Estados miembros *podrán imponer a las compañías de gas natural, en aras del interés económico general, obligaciones de servicio público que podrán referirse a la seguridad, incluida la seguridad del suministro, a la regularidad, a la calidad y al precio de los suministros, así como a la protección del medio ambiente, incluida la eficiencia energética, la energía procedente de fuentes renovables y la protección del clima.* Estas obligaciones de servicio público deberán definirse claramente, ser transparentes, no discriminatorias y controlables, y garantizar a las compañías de gas natural de la Comunidad el acceso, en igualdad de condiciones, a los consumidores nacionales. En relación con la seguridad del suministro, la eficiencia energética y la gestión de la demanda, y con miras al cumplimiento de objetivos medioambientales y de objetivos en materia de energía procedente de fuentes renovables, mencionados en el presente apartado, los Estados miembros podrán establecer una planificación a largo plazo, teniendo en cuenta la posibilidad de que terceros quieran acceder a la red"

[136] El art. 3.3 de la misma Directiva en materia de gas natural señala que:

"3. *Los Estados miembros adoptarán las medidas oportunas para proteger a los clientes finales y, en particular, garantizarán una protección adecuada de los clientes vulnerables. A este respecto, cada uno de los Estados miembros definirá el concepto de cliente vulnerable que podrá referirse a la pobreza energética y, entre otras cosas, a la prohibición de desconexión de dichos clientes en períodos críticos. Los Estados miembros garantizarán la aplicación de los derechos y obligaciones relacionados con los clientes vulnerables.* En particular, adoptarán medidas adecuadas para proteger a los clientes finales de zonas apartadas que estén conectados a la red de gas. Los Estados miembros podrán designar un suministrador de último recurso para los clientes conectados a la red de gas. Garantizarán un nivel

La generación de un nuevo concepto de pobreza / vulnerabilidad residencial, que incluyera la energética pero fuera más allá, podría ser útil a tales efectos

**e) Reglamento en materia de vivienda**

Finalmente, el último nivel, por su grado de intrusión, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad sería aprobar una reglamentación en materia de vivienda.

elevado de protección del consumidor, sobre todo en lo que se refiere a la transparencia de las condiciones contractuales, la información general y los procedimientos de resolución de conflictos. Los Estados miembros velarán por que los clientes cualificados puedan cambiar fácilmente de suministrador si así lo desean. Al menos por lo que respecta a los clientes domésticos, estas medidas deberán incluir las que se enuncian en el anexo I.

**4.6 Conclusiones de la Sección Cuarta:**

1. Desde la perspectiva del derecho fundamental a la vivienda derivado de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y sus consecuencias, si bien es cierto que la propia Carta prevé que su consagración de derechos está limitada a las relaciones entre ciudadanos e instituciones de la UE o de los Estados miembros cuando estos aplican Derecho de la Unión (arts. 51 y ss, reproducidos más arriba), lo cierto es que desde finales de 2009 la CDFUE es plenamente vinculante y que de la misma se desprende una *vis expansiva* por la vía de la interpretación cuando los derechos de la Carta no son invocables de conformidad con el art. 51 de la Carta. Resulta difícil detener el impacto efectivo de la Carta, lo que debería ser aprovechada para promover una mayor implicación de la UE en este ámbito.

2. Desde la perspectiva del derecho a la vivienda en conexión con el derecho a la ciudad, el medio ambiente urbano y el servicio de interés económico general de vivienda social, la STJUE de 8 de mayo de 2013 revela como la lucha contra la gentrificación y la segregación es un objetivo de interés general que, añadimos, en combinación con la calificación de la vivienda social como servicio económico de interés general, a la que enseguida nos referiremos de nuevo, podría permitir establecer regulaciones promoviendo ordenaciones urbanísticas inclusivas (con las técnicas diversas de cada ordenamiento nacional) però con el objetivo común de alcanzar un uso del planeamiento urbanístico no excluyente mediante el *inclusionary zoning.*

3.. Desde la perspectiva de la función social de la propiedad y de la vivienda, la evolución de los sistemas occidentales hacia una economía social de mercado supone relevantes transformaciones del régimen jurídico del derecho de propiedad, de la mano de una creciente legislación administrativa que incluso incide en la formulación recogida en textos constitucionales (como el alemán, con la bella fórmula recogida en el artículo 14 de la Constitución de 1949, el cual indica que "la propiedad obliga (*Eigentum verpffichter*). Su uso deberá servir, al mismo tiempo, el bien común"). También hay países europeos que vinculan el derecho de propiedad al cumplimiento de cometidos sociales, conectados también al derecho a la vivienda.

El TEDH al interpretar el alcance de la intervención administrativa en relación con el derecho de la propiedad, reconocido éste sí explícitamente en el artículo 1 del Protocolo número 1 del Convenio, ha señalado en diversas sentencias que la eliminación de lo que se consideran por parte de los legisladores injusticias sociales es un ejemplo de las funciones de los poderes legislativos democráticos. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ya aludida, ha reconocido el derecho de propiedad, incluyendo la posibilidad de regular el uso de los bienes por ley en la medida que resulte necesario para el interés general. Pues bien, todas esas referencias a la función social de la propiedad, que permite la delimitación regulatoria del derecho de propiedad del suelo y de las viviendas, podría ser incorporada explícitamente en una regulación futura por parte de la UE relativa a viviendas.

4. Desde la perspectiva del servicio de interés económico general de vivienda social, vuelve a ser relevante la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de mayo de 2013, en los asuntos acumulados C-197/11 y C-203/11. En la misma, se produce una aplicación de la doctrina judicial derivada del caso *Altmark* a un supuesto en el que se encuentran conectadas cuestiones relativas a urbanismo, vivienda asequible

y Derecho de la Unión europea. Esta decisión, pues, como es sabido, está relacionada con la interpretación efectuada por el TJUE de los actuales arts. 106 y 107 del TFUE. Por decisión de la comisión de 2011, las ayudas estatales concedidas a proveedores de vivienda social no deben ser notificadas a la comisión para aprobación previa. Dicha decisión menciona que los supuestos de vivienda social son:

"*undertakings in charge of social services, including the provision of social housing for disadvantaged citizens or socially less advantaged groups, who due to solvency constraints are unable to obtain housing at market conditions*." .

Esta mención a ciudadanos desaventajados o menos aventajados grupos es ciertamente precisa y podría llegar a dificultar operaciones en áreas urbanas segregadas. La misma genera incertidumbre legal para los inversores, financiadores y las autoridades locales y nacionales, siendo cuestionable de acuerdo con los principios del Derecho de la UE de subsidiaridad y proporcionalidad en el contexto del amplio margen que las autoridades de los Estados miembros tienen para organizar sus SIEC. En nuestra opinión, suscribiendo la necesidad de mejorar la regulación de la Decisión de 2011, creemos que no se trata tanto de eliminar dicha mención como de ampliarla a la promoción de comunidades no segregadas y la regeneración urbana.

En consecuencia, la perspectiva del servicio de interés general económico de vivienda social ofrece una vía de posible futura regulación de características de las viviendas y del planeamiento que las considera. Asimismo, la regulación de las excepciones a la competencia en la Decisión de 2011 de la Comisión Europea debe ser modificada para permitir, claramente, la promoción de comunidades no segregadas y la regeneración urbana.

5. Desde la perspectiva de la Directiva de servicios y de la vivienda, otro fenómeno relevante de los pasados años ha sido el impacto de la llamada Directiva de Servicios (2006/123 CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior) y su transposición interna por los Estados miembros.

Como es sabido el rasgo más destacado de la misma es la supresión de toda intervención administrativa previa a la actividad económica o prestación de servicios, que conlleva como regla general, no exenta de excepciones, la supresión del régimen de autorización administrativa para el inicio de actividades económicas y servicios privados y que también afecta a la regulación de las actividades

Por otro lado, la Directiva permite regulaciones, si bien impone obligaciones de calidad normativa menos tomadas en cuenta. De acuerdo con el TJUE, La Directiva 2006/123 no se opone a que el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio se supedite al respeto de un límite territorial de esta índole, siempre que se cumplan las condiciones de no discriminación, necesidad y proporcionalidad Estos aspectos siguen generando confusión entre las autoridades nacionales y sería conveniente su aclaración desde la UE. Desde la aplicación o no de la directiva a cuestiones vinculadas al urbanismo y a la vivienda, hasta qué intereses generales estarían implicados en la regulación urbanística.

Todo ello nos lleva al crucial papel de la mejora normativa en el realineamiento del sistema global de relaciones entre intervención pública, sociedad y mercado y a la

posibilidad de aclarar en una regulación futura los imperiosos intereses generales que se persiguen por los municipios mediante su planeamiento urbanístico.

6. Desde las perspectivas transversales y sectoriales, se constata la existencia de diversas bases jurídicas compartidas. La elección y justificación de la base jurídica adecuada para la actuación de la UE es crucial. Tanto en su vertiente competencial, dado que como la UE sólo dispone de competencias de atribución y cada acto debe conectarse con una disposición de los Tratados que la habilite para dictarlo, como en su vertiente procedimental, pues al indicar la base jurídica se están también determinando las competencias de las diferentes instituciones de la UE para participar en el procedimiento de la toma de decisión.
La elección de la base jurídica adecuada deviene especialmente complicada cuando se puede estar en presencia de pluralidad de bases como resultado de que la intervención de la UE es multisectorial.

El TJUE ha señalado que cuando ello ocurre que, de modo excepcional, si se demuestra por el que el acto persigue al mismo tiempo varios objetivos, vinculados entre sí de modo indisociable, sin que uno de ellos sea secundario e indirecto en relación con el otro, tal acto podrá fundarse en las distintas bases jurídicas correspondientes. Todo ello con un límite: no cabe recurrir a una doble base jurídica cuando los procedimientos previstos para una y otra base jurídica son incompatibles y/o cuando la acumulación de bases jurídicas puede minar los derechos del Parlamento.

Entre las diversas bases jurídicas con conexiones a la vivienda, se han identificado las relativas a la competencia de medio ambiente (urbano), Igualdad y no discriminación, incluyendo la perspectiva de género, eficiencia energética, desde la renovada concepción de la vivienda, en el marco de un servicio de interés general, o el turismo, en conexión con la economía colaborativa y las externalidades que las viviendas de uso turístico suponen en determinadas ciudades, teniendo en cuenta en este caso que la competencia sobre turismo de la UE es del tipo de apoyo, coordinación y complemento.

7. Finalmente, especialmente relevante parece la conexión entre vivienda, ciudad e igualdad. Como es sabido, las segregaciones urbanas son producto bien del funcionamiento natural del mercado inmobiliario y de la pasividad pública, bien, directamente, de medidas urbanísticas que agravan dicho funcionamiento. Si tienen un componente étnico, la discriminación viene acentuada por el mismo. En todo caso, deben ser consideradas como supuestos de exclusión social y discriminación en el uso del suelo, como ha sido reconocido en la jurisprudencia norteamericana, en relación con el llamado *exclusionary zoning*.

Pues bien, la lucha contra la segregación urbana (residencial, escolar, religiosa, de género…) encaja entre los objetivos de la UE (igualdad) y está relacionada con la lucha contra la exclusión de la política social. En este sentido, se podría avanzar adaptando de las Directivas existentes en materia de igualdad de la UE una regulación específica para vivienda, que abarcara desde la regulación del suelo (planeamiento urbanístico) hasta la contratación de servicios relacionados con viviendas, en la línea, salvando distancias de la *Fair Housing Act* norteamericana, y del ejemplo de la UE de transposición de las directivas genéricas de igualdad al sector del urbanismo y la vivienda: la ley catalana del derecho a la vivienda de 2007.

En este proceso de retroalimentación que supone el Derecho en la Unión Europea, la inspiración ofrecida por el marco de la UE a la ley catalana puede suponer ahora una inspiración desde Cataluña para que la UE adopte una regulación específica incluyendo aspectos de lucha contra la segregación urbana y la discriminación en el uso del suelo y la vivienda.

8. Sobre las posibles maneras de articular una regulación futura del derecho a la vivienda en el nivel de la UE, cabe distinguir entre que se considere que no existe competencia relativa a vivienda ni siquiera a través de bases jurídicas múltiples o se crea que sí existe tal competencia.

En el primer caso, aparece el *soft law* como alternativa al *hard law*, esto es, la situación existente ahora. Esta sería la opción *baseline* o cero, esto es seguir acumulando documentos de *soft law* relativos a la vivienda. Una segunda opción en caso de no considerar que exista competencia para actuar sobre vivienda sería acudir a la doctrina de los poderes implícitos en el ámbito de la UE, a partir ahora del art. 352 TFUE, vía histórica por la que se intervino en materia medioambiental cuando se carecía de poderes explícitos en esta materia, lo que ahora puede parecer chocante. En todo caso, el uso de este artículo tiene un límite insalvable, fijado por el TJUE: la imposibilidad de ser utilizado como fundamento para la adopción de disposiciones que, en definitiva, tuvieran por resultado una modificación del Tratado efectuada sin respetar el procedimiento de modificación previsto en el mismo (véase en el mismo sentido la Declaración 42 aneja al Acta final de la CIG de Lisboa).

Si se aceptara que *sí* existiría competencia relativa a vivienda en base a diversas bases jurídicas, como aquí se sostiene, ello implica que la UE puede avanzar dentro del marco vigente para integrar en una regulación unitaria los diferentes aspectos vinculados con vivienda que ya está regulando de forma dispersa que permita una correcta gestión de los aspectos de vivienda antes expuestos

Esa regulación debería partir, en todo caso, de los ya mencionados principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Con esta perspectiva, las opciones de menor a mayor grado de intervención de la UE disponibles serían las siguientes.

-mantener e intensificar el *soft law* existente. Creemos, sin embargo, que los importantes objetivos y políticas vinculadas a la vivienda exigirían una regulación de *hard law*, vinculante frente a terceros.

-En ese sentido, debemos acudir al art. 288 TFUE, que hace referencia a las fuentes del Derecho secundario de la UE, lo que conduce a la posibilidad de:

-Una Decisión en materia de vivienda

Un primer nivel sería impulsar una decisión en materia de vivienda que recogiera los aspectos expuestos en este análisis

En la tradición del Derecho de la Unión Europea (art. 249 TCE), las Decisiones iban, en principio, dirigidas a destinatarios limitados, designados o identificables. Ello no obstante, alguna Decisión en determinados casos podía prescribir a uno o varios de los Estados miembros un objetivo a alcanzar cuya consecución exigiera la adaptación de

medidas nacionales de alcance general, suponiendo en tales casos un instrumento de legislación indirecta similar a la directiva. Ahora, el art. 288 TFUE al referirse que la Decisión "Cuando designe destinatarios, sólo será obligatoria para éstos", está aceptando la existencia de Decisiones de alcance general, que deberán ser publicadas en el DOUE (mientras las de alcance limitado que tengan destinatarios serán notificadas a éstos, art. 297 TFUE)

-Una Directiva en materia de vivienda

Un segundo nivel, sería elaborar una directiva en materia de vivienda que reuniera los aspectos ahora dispersos (igualdad, eficiencia energética, protección del consumidor…) y añadiera de nuevos vinculados con la igualdad (lucha contra la segregación espacial, promoción de la mezcla social mediante técnicas vinculadas con obligaciones de servicio público ligadas al servicio de interés general de vivienda social, como las reservas de suelo y techo para viviendas sociales o *inclusionary zoning*, posibles treguas invernales como las existentes en Estados Miembros y alentadas por el Derecho de la UE en materia de pobreza/vulnerabilidad energética.…), sin, en ningún caso invadir competencias nacionales de urbanismo y de acuerdo con el principio de subsidiaridad.

La generación de un nuevo concepto de pobreza / vulnerabilidad residencial, que incluyera la energética pero fuera más allá, podría ser útil a tales efectos

Debería tenderse a una Directiva marco, no detallada, si bien no parece haberse impugnada ante el TJUE del detallismo de las directivas y la limitación consiguientes de la libertad de los Estados miembros.

-Un Reglamento en materia de vivienda

Finalmente, el último nivel, por su grado de intrusión, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad sería aprobar una reglamentación en materia de vivienda.

## V. CONCLUSIONES

De conformidad con su título, este estudio se ha centrado en el Derecho a la vivienda en la UE y las competencias de ésta en la materia. No se van a considerar otras organizaciones distintas (como el Consejo de Europa, por ejemplo). Asimismo, el enfoque de este va a recaer en aspectos regulatorios, esto es, jurídicos. Al hilo de estos, se realizarán, sin duda, consideraciones referidas a *public policies* (políticas públicas), pero el énfasis de este estudio no se centra en ellas (mejoras en gestión, mayor financiación, elaboración de guía o protocolos para clarificar regulación ya existente, creación de bases de datos, intercambios de información entre Estados miembros y la Unión Europea…), salvo en aquélla que puedan tener una plasmación regulatoria.

Finalmente, voluntariamente no se va a efectuar aquí una consideración de *politics* (Política), como por ejemplo declaraciones políticas o *soft law*, salvo en el caso de las sugerencias que se efectuarán de mejora de la situación, de *lege ferenda*, que implicarán cambios normativos, los cuales exigirán liderazgo político, evidentemente.

Aun así delimitado, el objeto de estudio reviste una complejidad notable, como puede comprobarse en su extenso texto, pues debe tener en cuenta numerosas variables. La elaboración de este resumen ejecutivo, de conclusiones en cada sección y de conclusiones finales permite mantener una extensión razonable que fundamente las propuestas y, a la vez, facilite al lector/a acudir a las principales ideas del mismo.

Por lo que se refiere al Derecho de la Unión Europea, el *soft law* con efectos *ad extra* carece de efectos vinculantes frente a terceros, si bien no deja de tener (limitados) efectos jurídicos, como ha reconocido el TJUE en el conocido asunto Grimaldi. Efectivamente, el mismo puede servir para interpretar, atenuando o acentuando su aplicación el Derecho vigente aplicable (o *hard law*), como es sabido. Por otro lado, como dijimos, puede servir para explorar en una primera fase, antes de una intervención de la UE de carácter imperativo, las posibles reacciones de autoridades nacionales y operadores privados para avanzar hacia un futuro *hard law* en sectores en los que resulta más que dudosa la competencia de la UE para intervenir, sembrando la semilla del futuro Derecho vinculante.

En este sentido, el estado actual del *soft law* relativo a la vivienda permite afirmar su gran volumen y su persistencia a lo largo de los años, lo que da una muestra del interés de este ámbito en la Unión Europea.

Cabe diferenciar, de una parte, el sistema de protección de derechos fundamentales establecido por el CEDH, convenio adoptado en 1950 en el marco del Consejo de Europa, y el derecho de la Unión Europea. Este estudio solo se ocupa del segundo. En todo caso, la adhesión de la UE al CEDH sería positiva para reforzar la protección de la vivienda teniendo en cuenta la interpretación realizada por el TEDH.

El TJUE ha declarado el derecho a la vivienda como un derecho fundamental, en conexión con el art. 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Sin embargo, debe recordarse el alcance limitado de la Carta, de acuerdo con sus arts. 51 y

ss., si bien no cabe despreciar su *vis expansiva* por la vía de la interpretación cuando los derechos de la Carta no son invocables de conformidad con el art. 51 de la Carta.

La CDFUE prevé la posibilidad de regular el derecho de propiedad para lograr intereses generales. El TJUE por su parte acepta tal limitación siempre que no constituya respecto del objetivo perseguido una intervención desmesurada e intolerable en las prerrogativas del propietario que atentaría contra la esencia misma del derecho de propiedad (STJUE en el caso 44/79 *Hauer* entiende respetada esta relación razonable de proporcionalidad).

La llamada función social de la propiedad constituye un elemento de delimitación, sin indemnización, del derecho de propiedad, ampliamente empleado, con un nombre u otro, por los Derechos nacionales de los Estados miembros, también para la provisión de vivienda asequible.

La consideración de la vivienda como servicio de interés económico general permite la imposición de obligaciones de servicio público, así como excepcionar las reglas de la competencia, con requisitos y detalles que más tarde se expondrán, en servicio de la vivienda asequible.

El análisis de las Directivas y Reglamentos existentes con impacto en materia de vivienda muestra una gran dispersión de regulaciones emitidas desde diversas perspectivas, como son protección del consumidor, igualdad, eficiencia energética, etc.

Un análisis de la situación existente muestra como existe una cierta compartimentación entre la vivienda y el desarrollo urbano sostenible.

El Derecho a la ciudad podría ser una palanca para conectar los derechos en la ciudad, en lo que ahora nos interesa, la vivienda, con el urbanismo y el desarrollo urbano sostenible, en la línea integradora de la Carta de Leipzig de 2007. El mito de que el derecho a la ciudad es etéreo y puede ser contraproducente porque deja preterido el derecho a la vivienda debe ser descartado hoy en día, de acuerdo con la realidad existente y las sentencias a las que se alude a lo largo del estudio.

En primer lugar, porque el derecho a la ciudad ha pasado, como decimos a integrarse en normas jurídicas de Derecho directamente aplicable y ha sido reconocido por la jurisprudencia, por ejemplo, la española, la cual en diversas sentencias lo ha utilizado en conexión con la igualdad de género en el uso del suelo, también residencial, claro. En segundo lugar, porque el derecho a la ciudad no disminuye la fuerza del derecho a la vivienda, sino que la aumenta, al conectar ese derecho con otros derechos relacionados, como vamos a ver.

Diversos derechos (igualdad, medio ambiente, seguridad, educación, buena administración…) se ejercen en la ciudad y la vivienda condiciona su disfrute ( o ellos condicionan el disfrute de la vivienda, como es el caso de la obligación de debida diligencia o debido cuidado en la toma de decisiones que incorpora el derecho a una buena administración, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE). En consecuencia, la vivienda es transversal (como lo es el medio ambiente, con el que interactúa) y regulaciones referidas a esas conexiones y un mejor uso de fondos públicos puede ayudar a la efectividad de tales derechos y a la lucha contra la gentrificación y la segregación.

El Derecho de la Unión Europea no otorga a ésta una competencia explícita en materia de vivienda. Sin embargo, utilizando otras competencias distintas, se ha dictado por la UE, como vimos en la sección primera, un notable número relevante de normas de derecho derivado con impacto en la vivienda. En fín, las competencias relevantes a los efectos de vivienda son principalmente, las concernientes a la política social, el medio ambiente y a la protección de los consumidores, la política energética o la protección del consumidor (todas ellas compartidas, art. 4 TFUE). No cabe olvidar tampoco las referidas a cohesión social y territorial o transporte (también compartidas, art. 4 TFUE). Asimismo, cabe tener en cuenta el turismo (art. 5, en este caso de mero apoyo o complemento). Por otro lado, aspectos vinculados al turismo están conectados a la competencia de mercado interior (art. 4 TFUE). Por ejemplo, como señala la Directiva de Servicios:

"Con el fin de mejorar la transparencia y de favorecer las apreciaciones basadas en criterios comparables en cuanto a la calidad de los servicios ofrecidos y prestados a los destinatarios, es importante obligar a que se pueda acceder fácilmente a la información sobre el significado de las etiquetas y otras marcas distintivas relativas a dichos servicios. Esta obligación de transparencia reviste especial importancia en sectores como el turismo y, especialmente, la hostelería, en los que está muy extendido el uso de sistemas de clasificación"

La rigidez de la atribución competencial específica por los Tratados queda atemperado por una previsión del TFUE (art. 352) y por el funcionamiento real del sistema en la práctica. El art. 352 del TFU permite, siempre que haya aprobación del Parlamento Europeo, no ya mera consulta, superar la rigidez descrita y alcanzar los objetivos de la UE cuando no exista competencia prevista o la previsión fuera insuficiente.

Por otro lado, la ampliación continuada de la capacidad de actuación de la UE ha conducido a que sea difícil establecer con precisión el verdadero alcance material de cada competencia y a una cultura política en Bruselas en la que es el día el día del proceso de toma de decisiones el que fija realmente los límites de la actuación europea y no tanto el marco formal descrito.

Desde la perspectiva del derecho fundamental a la vivienda derivado de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y sus consecuencias, si bien es cierto que la propia Carta prevé que su consagración de derechos está limitada a las relaciones entre ciudadanos e instituciones de la UE o de los Estados miembros cuando estos aplican Derecho de la Unión lo cierto es que desde finales de 2009 la CDFUE es plenamente vinculante y que de la misma se desprende una *vis expansiva* por la vía de la interpretación cuando los derechos de la Carta no son invocables de conformidad con el art. 51 de la Carta. Resulta difícil detener el impacto efectivo de la Carta, lo que debería ser aprovechada para promover una mayor implicación de la UE en este ámbito.

Desde la perspectiva del derecho a la vivienda en conexión con el derecho a la ciudad, el medio ambiente urbano y el servicio de interés económico general de vivienda social, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de mayo de 2013, en los asuntos acumulados C-197/11 y C-203/11, revela como la lucha contra la gentrificación y la segregación es un objetivo de interés general. Lo que, añadimos nosotros, en combinación con la calificación de la vivienda social como servicio económico de

interés general, a la que enseguida nos referiremos de nuevo, podría permitir establecer regulaciones promoviendo ordenaciones urbanísticas inclusivas (con las técnicas diversas de cada ordenamiento nacional) pero con el objetivo común de alcanzar un uso del planeamiento urbanístico no excluyente mediante el *inclusionary zoning.*

Desde la perspectiva de la función social de la propiedad y de la vivienda, la evolución de los sistemas occidentales hacia una economía social de mercado supone relevantes transformaciones del régimen jurídico del derecho de propiedad, de la mano de una creciente legislación administrativa que incluso incide en la formulación recogida en textos constitucionales (como el español, art. 33, con referencia a la función social que delimita el derecho de propiedad o el alemán, con la bella fórmula recogida en el artículo 14 de la Constitución de 1949, el cual indica que "la propiedad obliga (*Eigentum verpffichter*). Su uso deberá servir, al mismo tiempo, el bien común"). También hay países europeos que vinculan el derecho de propiedad al cumplimiento de cometidos sociales, conectados también al derecho a la vivienda.

El TEDH al interpretar el alcance de la intervención administrativa en relación con el derecho de la propiedad, reconocido éste sí explícitamente en el artículo 1 del Protocolo número 1 del Convenio, ha señalado en diversas sentencias que la eliminación de lo que se consideran por parte de los legisladores injusticias sociales es un ejemplo de las funciones de los poderes legislativos democráticos. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ya aludida, ha reconocido el derecho de propiedad, incluyendo la posibilidad de regular el uso de los bienes por ley en la medida que resulte necesario para el interés general. Pues bien, todas esas referencias a la función social de la propiedad, que permite la delimitación regulatoria del derecho de propiedad del suelo y de las viviendas, podría ser incorporada explícitamente en una regulación futura por parte de la UE relativa a viviendas.

Desde la perspectiva del servicio de interés económico general de vivienda social, desde esta perspectiva vuelve a ser relevante la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de mayo de 2013, en los asuntos acumulados C-197/11 y C-203/11. En la misma, se produce una aplicación de la doctrina judicial derivada del caso *Altmark* a un supuesto en el que se encuentran conectadas cuestiones relativas a urbanismo, vivienda asequible y Derecho de la Unión europea. Esta decisión, pues, como es sabido, está relacionada con la interpretación efectuada por el TJUE de los actuales arts. 106 y 107 del TFUE. Por Decisión de la comisión de 2011, las ayudas estatales concedidas a proveedores de vivienda social no deben ser notificadas a la comisión para aprobación previa. Dicha decisión menciona que los supuestos de vivienda social son:

"*undertakings in charge of social services, including the provision of social housing for disadvantaged citizens or socially less advantaged groups, who due to solvency constraints are unable to obtain housing at market conditions*."

Esta mención a ciudadanos desaventajados o menos aventajados grupos es ciertamente muy concreta y podría llegar a dificultar operaciones en áreas urbanas segregadas. La misma genera incertidumbre legal para los inversores, financiadores y las autoridades locales y nacionales, siendo cuestionable de acuerdo con los principios del Derecho de la UE de subsidiaridad y proporcionalidad en el contexto del amplio margen que las autoridades de los Estados miembros tienen para organizar sus servicios de interés general. En nuestra opinión, suscribiendo la necesidad de mejorar la regulación de la

Decisión de 2011, creemos que no se trata tanto de eliminar dicha mención como de ampliarla a la promoción de comunidades no segregadas y la regeneración urbana.

En consecuencia, la perspectiva del servicio de interés general económico de vivienda social ofrece una vía de posible futura regulación de características de las viviendas y del planeamiento que las considera. Asimismo, la regulación de las excepciones a la competencia en la Decisión de 2011 de la Comisión Europea debe ser modificada para permitir, claramente, la promoción de comunidades no segregadas y la regeneración urbana.

Desde la perspectiva de la Directiva de servicios y de la vivienda, otro fenómeno relevante de los pasados años ha sido el impacto de la llamada Directiva de Servicios (2006/123 CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior) y su transposición interna por los Estados miembros.

Como es sabido el rasgo más destacado de la misma es la supresión de toda intervención administrativa previa a la actividad económica o prestación de servicios, que conlleva como regla general, no exenta de excepciones, la supresión del régimen de autorización administrativa para el inicio de actividades económicas y servicios privados y que también afecta a la regulación de las actividades

Por otro lado, la Directiva permite regulaciones, si bien impone obligaciones de calidad normativa menos tomadas en cuenta. De acuerdo con el TJUE, La Directiva 2006/123 no se opone a que el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio se supedite al respeto de un límite territorial de esta índole, siempre que se cumplan las condiciones de no discriminación, necesidad y proporcionalidad Estos aspectos siguen generando confusión entre las autoridades nacionales y sería conveniente su aclaración desde la UE. Desde la aplicación o no de la directiva a cuestiones vinculadas al urbanismo y a la vivienda, hasta qué intereses generales estarían implicados en la regulación urbanística.

Todo ello nos lleva al crucial papel de la mejora normativa en el realineamiento del sistema global de relaciones entre intervención pública, sociedad y mercado y a la posibilidad de aclarar en una regulación futura los imperiosos intereses generales que se persiguen por los municipios mediante su planeamiento urbanístico.

Desde las perspectivas transversales y sectoriales, se constata la existencia de diversas bases jurídicas compartidas. La elección y justificación de la base jurídica adecuada para la actuación de la UE es crucial. Tanto en su vertiente competencial, dado que como la UE sólo dispone de competencias de atribución y cada acto debe conectarse con una disposición de los Tratados que la habilite para dictarlo, como en su vertiente procedimental, pues al indicar la base jurídica se están también determinando las competencias de las diferentes instituciones de la UE para participar en el procedimiento de la toma de decisión.

La elección de la base jurídica adecuada deviene especialmente complicada cuando se puede estar en presencia de pluralidad de bases como resultado de que la intervención de la UE es multisectorial.

El TJUE ha señalado que cuando ello ocurre que, de modo excepcional, si se demuestra por el que el acto persigue al mismo tiempo varios objetivos, vinculados entre sí de modo indisociable, sin que uno de ellos sea secundario e indirecto en relación con el otro, tal acto podrá fundarse en las distintas bases jurídicas correspondientes. Todo ello con un límite: no cabe recurrir a una doble base jurídica cuando los procedimientos previstos para una y otra base jurídica son incompatibles y/o cuando la acumulación de bases jurídicas puede minar los derechos del Parlamento.

Entre las diversas bases jurídicas con conexiones a la vivienda, se han identificado las relativas a la política social, con especial incidencia de los temas de igualdad, el medio ambiente, la política energética o la protección del consumidor (todas ellas compartidas, art. 4 TFUE). No cabe olvidar tampoco las referidas a cohesión social y territorial o transporte (también compartidas, art. 4 TFUE). Asimismo, cabe tener en cuenta el turismo (art. 5, en este caso de mero apoyo o complemento) y sus relaciones con la competencia de mercado interior (compartida, art. 4 TFUE)

Finalmente, especialmente relevante parece la conexión entre vivienda, ciudad e igualdad. Como es sabido, las segregaciones urbanas son producto bien del funcionamiento natural del mercado inmobiliario y de la pasividad pública, bien, directamente, de medidas urbanísticas que agravan dicho funcionamiento. Si tienen un componente étnico, la discriminación viene acentuada por el mismo. En todo caso, deben ser consideradas como supuestos de exclusión social y discriminación en el uso del suelo, como ha sido reconocido en la jurisprudencia norteamericana, en relación con el llamado *exclusionary zoning*.

Pues bien, la lucha contra la segregación urbana (residencial, escolar, religiosa, de género…) encaja entre los objetivos de la UE (igualdad) y está relacionada con la lucha contra la exclusión de la política social. En este sentido, se podría avanzar adaptando de las Directivas existentes en materia de igualdad de la UE una regulación específica para vivienda, que abarcara desde la regulación del suelo (planeamiento urbanístico) hasta la contratación de servicios relacionados con viviendas, en la línea, salvando distancias de la *Fair Housing Act* norteamericana, y del ejemplo de la UE de transposición de las directivas genéricas de igualdad al sector del urbanismo y la vivienda: la ley catalana del derecho a la vivienda de 2007 (arts. 45 y ss. ).

En este proceso de retroalimentación que supone el Derecho en la Unión Europea, la inspiración ofrecida por el marco de la UE a la ley catalana puede suponer ahora una inspiración desde Cataluña para que la UE adopte una regulación específica incluyendo aspectos de lucha contra la segregación urbana y la discriminación en el uso del suelo y la vivienda.

Sobre las posibles maneras de articular una regulación futura del derecho a la vivienda en el nivel de la UE, cabe distinguir entre que se considere que no existe competencia relativa a vivienda ni siquiera a través de bases jurídicas múltiples o se crea que sí existe tal competencia.

En el primer caso, aparece el *soft law* como alternative al *hard law*, esto es, la situación existente ahora. Esta sería la opción *baseline* o cero, esto es seguir acumulando documentos de *soft law* relativos a la vivienda. Una segunda opción en caso de no considerar que exista competencia para actuar sobre vivienda sería acudir a la doctrina

de los poderes implícitos en el ámbito de la UE, a partir ahora del art. 352 TFUE, vía histórica por la que se intervino en materia medioambiental cuando se carecía de poderes explícitos en esta materia, lo que ahora puede parecer chocante.

En todo caso, el uso de este artículo tiene un límite insalvable, fijado por el TJUE: la imposibilidad de ser utilizado como fundamento para la adopción de disposiciones que, en definitiva, tuvieran por resultado una modificación del Tratado efectuada sin respetar el procedimiento de modificación previsto en el mismo (véase en el mismo sentido la Declaración 42 aneja al Acta final de la CIG de Lisboa).

Si se aceptara que *sí* existiría competencia relativa a vivienda en base a diversas bases jurídicas, como aquí se sostiene, ello implica que la UE puede avanzar dentro del marco vigente para integrar en una regulación unitaria los diferentes aspectos vinculados con vivienda que ya está regulando de forma dispersa que permita una correcta gestión de los aspectos de vivienda antes expuestos.

Esa regulación debería partir, en todo caso, de los ya mencionados principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Con esta perspectiva, las opciones de menor a mayor grado de intervención de la UE disponibles serían las siguientes:

-mantener e intensificar el *soft law* existente. Creemos, sin embargo, que los importantes objetivos y políticas vinculadas a la vivienda exigirían una regulación de *hard law*, vinculante frente a terceros

-En ese sentido, debemos acudir entonces art. 288 TFUE, que hace referencia a las fuentes del Derecho secundario de la UE, lo que conduce a las siguientes posibilidades:

Un primer nivel sería impulsar una decisión en materia de vivienda que recogiera los aspectos expuestos en este análisis.

En la tradición del Derecho de la Unión Europea (art. 249 TCE), las Decisiones iban, en principio, dirigidas a destinatarios limitados, designados o identificables. Sin embargo, alguna Decisión en determinados casos podía prescribir a uno o varios de los Estados miembros un objetivo a alcanzar cuya consecución exigiera la adaptación de medidas nacionales de alcance general, suponiendo en tales casos un instrumento de legislación indirecta similar a la directiva. Ahora, el art. 288 TFUE al referirse que la Decisión "Cuando designe destinatarios, sólo será obligatoria para éstos", está aceptando la existencia de Decisiones de alcance general, que deberán ser publicadas en el DOUE (mientras las de alcance limitado que tengan destinatarios serán notificadas a éstos, art. 297 TFUE).

Un segundo nivel, sería elaborar una directiva en materia de vivienda que reuniera los aspectos ahora dispersos (igualdad, eficiencia energética, protección del consumidor…) y añadiera de nuevos vinculados con la igualdad (lucha contra la segregación espacial, promoción de la mezcla social mediante técnicas vinculadas con obligaciones de servicio público ligadas al servicio de interés general de vivienda social, como las reservas de suelo y techo para viviendas sociales o *inclusionary zoning*, posibles treguas invernales como las existentes en Estados Miembros y alentadas por el Derecho de la UE en materia de pobreza/vulnerabilidad energética.…), sin, en ningún caso invadir competencias nacionales de urbanismo y de acuerdo con el principio de subsidiaridad.

La generación de un nuevo concepto de pobreza / vulnerabilidad residencial, que incluyera la energética pero fuera más allá, podría ser útil a tales efectos

Debería tenderse a una Directiva marco, no detallada, si bien no parece haberse impugnada ante el TJUE del detallismo de las directivas y la limitación consiguientes de la libertad de los Estados miembros.

Finalmente, el último nivel, por su grado de intrusión, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad sería aprobar una reglamentación en materia de vivienda.

A la vista de todo ello, el análisis efectuado permite detectar la existencia dentro del marco jurídico competencial de la Unión Europea de un margen para avanzar en el impulso del derecho a la vivienda y del derecho a a la ciudad, con la finalidad de conseguir más vivienda asequible no segregada y detener los procesos de gentrificación y *turistificación* que están afectando a numerosas ciudades.

Sin duda, todo ello requiere de liderazgo político y de valentía, cuestiones éstas que escapan del objeto del presente estudio.

El estudio ha analizado las áreas en que la UE está impulsando ya medidas para que se pueda luchar por el derecho a la vivienda y contra la gentrificación. Se recogen y analizan en este estudio sentencias del TJUE que respaldan decisiones municipales de reservar suelo para vivienda social como medida contra la gentrificación y la segregación. Asimismo, en el ámbito del *soft law*, instituciones como el Parlamento europeo han sido muy activas. Pero ya ha sido expuesto el límite que implica el recurso al *soft law.*

Consideramos que la UE debería aprovechar al máximo diversa bases jurídicas múltiples para impulsar el derecho a la vivienda, con regulaciones de *hard law* de diverso tipo que permitan luchar contra la segregación y la gentrificación. También puede mejorar decisiones existentes, como la Decisión de 2011, vigente, de la Comisión, en relación con las ayudas en materia de vivienda y las excepciones a las reglas de la competencia del TFUE, analizada en el estudio, por ejemplo.

Pero aún si no se considera que existen dichas bases jurídicas, la doctrina de los poderes implícitos y el art. 352 TFUE ofrece un camino futuro, que ya fue recorrido en el pasado en el ámbito del medio ambiente, cuando la Comunidad Económica Europea no preveía un poder específico en este campo.

Por chocante que nos pueda parecer hoy en día, en que la UE lleva años impulsando regulaciones y políticas públicas relevantes en relación con el medio ambiente.

Pero no siempre fue así.

En todo caso, como señala el historiador británico Eric Hobsbawm, una cosa está clara:

“Si la humanidad ha de tener un futuro reconocible, no será prolongando el pasado o el presente. Si intentamos construir el tercer milenio sobres estas bases, fracasaremos. Y el

precio del fracaso, esto es, la alternativa a una sociedad transformada, es la oscuridad"[137]

[137] HOBSBAWN, E., *The age of extremes: The short twentieth century*, *1914-1991*, Vintage Books, 1994, parte final del libro. El original en inglés reza así: ""*one thing is plain. If humanity is to have a recognizable future, it cannot be by prolonging the past or the present. If we try to build the third millennium on that basis, we shall fail. And the price of failure, that is to say, the alternative to a changed society, is darkness*.")