

LA VIVIENDA COMO FUNCIÓN SOCIAL Y LA RENTABILIDAD COMO CONTENIDO ESENCIAL DE LA PROPIEDAD

MARCOS VAQUER CABALLERÍA

Catedrático de Derecho administrativo

Universidad Carlos III de Madrid

TRC, nº 55, 2025, pp. 141-179

ISSN 1139-5583

SUMARIO

I. Introducción sobre la propiedad: ¿es un derecho, ninguno o quizás varios?
II. El estatuto de la propiedad inmobiliaria: su delimitación por la función social. III. La empresa inmobiliaria, entre la libertad y la función social de la propiedad IV. La función social de los inmuebles residenciales y la consecuente delimitación de su propiedad. V. Indagación sobre el contenido esencial o función privada de la propiedad.

I. INTRODUCCIÓN SOBRE LA PROPIEDAD: ¿ES UN DERECHO, NINGUNO O QUIZÁS VARIOS?

Este trabajo versa sobre la relación entre los derechos de propiedad y a la vivienda. En primer lugar, introduciremos algunas consideraciones preliminares sobre la propiedad y más adelante lo haremos con el segundo término de esta relación.

1. Entre el cielo y el infierno de los conceptos jurídicos

Es bien conocido que la propiedad privada ha sido sacralizada por unos y demonizada por otros en un debate que trasciende a la dogmática jurídica y que lidera más bien la filosofía moral y política. Unos la ensalzaron como compañera inseparable de la libertad y fundamento necesario del orden social y del

crecimiento económico, otros abominaron de un privilegio inmoral que promueve la desidia y la insolidaridad y propusieron su abolición.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa en 1789 proclamó a la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión, como «los derechos naturales e imprescriptibles del hombre», cuya conservación es «la finalidad de toda asociación política». Ahora bien, la Declaración sólo concretó en qué consistía la libertad, no la propiedad. De ella se limitó a establecer que «siendo inviolable y sagrado el derecho de propiedad, nadie podrá ser privado de él, excepto cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de manera evidente, y bajo condición de una indemnización previa y justa».

Procediendo de esta forma, la Declaración de 1789 sin duda sacralizó la propiedad,¹ como también contribuyó a mitificarla. Y la definición que de ella hizo el Código Civil francés de 1804 —el legendario Código Napoleón— abundó en lo mismo, al caracterizarla por un absolutismo paradójicamente condicionado, que anticipaba que las leyes podrían prohibir el abuso o el uso antisocial del derecho: «la propiedad es el derecho de gozar y de disponer de las cosas de la forma más absoluta, siempre que no se haga de ellas un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos».²

He aquí pues, desde sus proclamaciones más clásicas y canónicas, un derecho «inviolable y sagrado» del que, sin embargo, se puede privar por necesidad pública mediante indemnización; y «absoluto», pero limitable por las leyes y los reglamentos.

Estas paradojas se explican porque el encarnizado debate filosófico en torno a la propiedad ha dejado importantes secuelas técnicas. En efecto, pese a la centralidad que ocupa en todo sistema económico capitalista, el derecho de propiedad sigue siendo controvertido y permanece bastante indeterminado. El «sagrado» derecho tuvo una acogida mucho menos enfática en el artículo 17 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En Europa, fue excluido del Convenio Europeo de Derechos Humanos hasta su introducción en el Protocolo Adicional, «fruto de compromisos y acuerdos reveladores de divergencias que desembocaron en una clara indefinición textual» (Barcelona Llop, 2013: 7). Y en España, fue excluido de la protección reforzada de los derechos fundamentales y libertades públicas de la sección 1ª del capítulo II del Título I de la Constitución. Además,

1 El término sacralizar no es ni un mero literalismo (hemos visto que la Declaración afirma su carácter sagrado) ni tampoco una licencia estilística. La doctrina del siglo XIX sobre la propiedad individual, nos dice Paolo Grossi (1986: 21), se tradujo en «una teología del *tener*, con gran abundancia de ritos y celebrantes».

2 Puede traerse asimismo a colación el Código civil chileno de Andrés Bello, de 1855, según el cual «el dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno» (art. 582). La propiedad, pues, podía ser arbitraria dentro de los límites que le marcasen la ley y los derechos ajenos. A continuación, el Código admitía varias «especies» de propiedad, sobre las cosas incorporales (art. 583) y sobre las producciones del talento o del ingenio (art. 584).

tanto el constituyente como el legislador y el juez evitan en lo posible su caracterización general. Dos razones contribuyen a esta inhibición: una es eludir la polémica a que nos acabamos de referir, otra es la dificultad de reducir a la unidad el instituto de la propiedad, que siempre se ha caracterizado por su diversidad,³ si bien ha acentuado su entropía como consecuencia de su concepción estatutaria que abordamos en el siguiente apartado.

Pero de lo ya expuesto se puede recapitular que la institución jurídica de la propiedad nunca ha sido tan sagrada, tan absoluta ni tan unitaria como el mito que ha generado. En el origen ilustrado de la reformulación de la propiedad por el Estado contemporáneo ya se encontraba el germen de su evolución posterior desde el Estado liberal al Estado social de Derecho.

2. La concepción estatutaria de la propiedad como síntesis

El constitucionalismo de entreguerras del siglo XX acusó el desgaste del individualismo liberal y empezó a perfilar una propiedad más socializada, funcional y relativizada. La Constitución mexicana de Querétaro, en 1917, atribuyó a la nación la propiedad originaria de las tierras y las aguas, pero también su derecho de transmitírsela a los particulares. La alemana de Weimar de 1919 garantizaba la propiedad, pero habilitaba a la ley a delimitar su contenido y límites y proclamaba que «la propiedad obliga. Su uso debe servir asimismo al bien común». La Constitución de la II República española de 1931 subordinó toda la riqueza del país, fuera quien fuese su dueño, a los intereses de la economía nacional y previó tanto la expropiación forzosa como la socialización de la propiedad. Y la reforma constitucional colombiana de 1936 definió la propiedad como «una función social que implica obligaciones».

Paradójicamente, la funcionalización del derecho de propiedad no es una invención socialista, sino que tiene profundas raíces liberales. Nos bastará, a estos efectos, recordar la importancia que atribuyó John Locke a la propiedad como fundamento de la sociedad civil y finalidad de su gobierno en su *Segundo tratado sobre el gobierno civil* (1690). Y sin embargo, Locke situaba en el trabajo de transformación y explotación de las cosas el fundamento de su apropiación privada («es el trabajo lo que da derecho a la propiedad, y no los delirios y la avaricia de los revoltosos y los pendencieros», de modo que «cualquier cosa que [el hombre]

3 «La verdad es que la unidad no existió nunca, porque en los más viejos tratados existía el hábito de dedicar un capítulo a lo que se llamaban las `propiedades especiales`, donde se incluían, como se sabe, las aguas, los montes, las minas y los derechos de propiedad intelectual y de propiedad industrial» (Luis Díez-Picazo, Prólogo a Rodotà, 1986: 15-16); por lo que «bajo la costra de una definición unitaria se han mantenido en todo momento disciplinas sectoriales fuertemente diferenciadas» (Rodotà, 1986: 50-51). Y estas propiedades especiales diferenciadas, como ha advertido el Tribunal Constitucional español a propósito de las aguas continentales, ya estaban sometidas por el Código civil de 1889 «a límites estrictos en lo que atañe a las facultades del propietario» (STC 227/1988, de 29 de noviembre, F.J. 6°).

saca del estado en que la naturaleza la produjo y la dejó y la modifica con su labor y añade a ella algo que es de sí mismo, es, por consiguiente, propiedad suya») y en su utilidad situaba su límite (pues «Dios no creó ninguna cosa para que el hombre la dejara echarse a perder o para destruirla»). La de Locke ya es una visión ciertamente funcional y antiespeculativa de la propiedad, capaz todavía de escandalizar a quienes siguen defendiendo tesis de resonancias no ya iusnaturalistas —como la del propio Locke— sino pre-modernas.

Pero es con la crítica del iusnaturalismo por el positivismo cuando cobró fuerza la idea de la función social de la propiedad. En su *Système de politique positive* (1851), Auguste Comte ya denunciaba «la viciosa definición adoptada por la mayor parte de los juristas modernos, que atribuyen a la propiedad una individualidad absoluta, como derecho de usar y de abusar», a la que descalificaba como una «teoría antisocial» desprovista tanto de justicia como de realidad. Y afirmaba: «En todo estado normal de la humanidad, cualquier ciudadano constituye realmente un funcionario público, cuyas atribuciones más o menos definidas determinan a la vez las obligaciones y las pretensiones. Este principio universal debe extenderse ciertamente hasta la propiedad, en la que el positivismo ve sobre todo una indispensable función social, destinada a formar y a administrar los capitales con los cuales cada generación prepara los trabajos de la siguiente».⁴

Y sin embargo, la paternidad de esta concepción funcional de la propiedad privada suele serle atribuida a León Duguit, cuyo libro *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón* reúne una serie de conferencias dictadas en la Facultad de Derecho de Buenos Aires en 1911 (la sexta de las cuales se titula justamente «La propiedad función social») y ha conocido sucesivas ediciones en lengua española. Duguit parte de la crítica de lo que denomina «el sistema jurídico de la Declaración de los derechos del hombre y del Código de Napoleón» porque «descansa en la concepción metafísica del derecho subjetivo», que juzga incompatible «con el positivismo de nuestra época», y cita en su apoyo la autoridad de Auguste Comte, «el gran pensador». Para Duguit, la propiedad debe dejar de ser concebida como un derecho subjetivo (unitario, absoluto e individual) para pasar a ser una función social, evolucionar desde el momento de la «propiedad-derecho» o la «propiedad-especulación» a la época de la «propiedad-función»: «Pero la propiedad no es un derecho; es una función social. El propietario, es decir, el poseedor de una riqueza tiene, por el hecho de poseer esa riqueza, una función social que cumplir; mientras cumple esta misión sus actos de propietario están protegidos. Si no la cumple o la cumple mal, si por ejemplo no cultiva la tierra o deja arruinarse su casa, la intervención de los gobernantes es legítima para obligarle a cumplir su función social de propietario, que consiste en asegurar el empleo de las riquezas que posee conforme a su destino».

⁴ Traducido personalmente del Tomo primero, París, L. Mathias, 1851, pp. 154-156.

Esta evolución de la propiedad auspiciada por Duguit se observa —aunque veremos que no fielmente— en el camino que transita en España desde la «tesis» liberal del artículo 348 del Código civil de 1889 a la «síntesis» social del artículo 33 de la Constitución de 1978. Mientras el Estado liberal caracterizaba a la propiedad como un derecho de gozar y disponer libremente de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes, al Estado social de Derecho la caracteriza como un derecho estatutario, esto es, un haz de facultades y obligaciones cuyo contenido viene delimitado por su función social, de acuerdo con las leyes.⁵ Así que las leyes ya no sólo limitan (externamente) la propiedad, sino que delimitan (intrínsecamente) su contenido por consideración a la función social que cumple en cada caso. Lejos del iusnaturalismo de antaño, hoy es la ley quien configura el contenido del derecho de propiedad. Y esa configuración legal contribuye a desdibujar la imagen unitaria del instituto, ya que delimita el derecho diversamente, según sea la función social que cumpla el bien que tiene por objeto en cada caso.

Dicho de otro modo: no es igual la propiedad de una silla, de un libro, de una empresa o de una finca, como no es lo mismo que la empresa tenga por objeto la venta de almohadas o la producción de energía nuclear o que la finca sea rústica o urbana, ni tampoco que la finca urbana tenga por destino la vivienda, el comercio o una zona verde. El contenido del derecho se adapta a su objeto por la función que cumple, no sólo para su titular individual o colectivo, sino para la entera sociedad. Cuanto más intensa sea la función social, mayores límites podrán ponerse a las facultades de aprovechamiento privativo y mayores deberes podrán imponerse al propietario.

Como tempranamente advirtió el Tribunal Constitucional español: «la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como puro ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las Leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general. Por el contrario, la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir. Por ello, la fijación del «contenido esencial» de la propiedad privada

5 En el artículo 33 de la Constitución española influyeron el 14 de la *Grundgesetz* alemana de 1949 (a su vez fuertemente influido por su citado precedente de Weimar), cuyo apartado primero deja asimismo sentado que el contenido y los límites de la propiedad los determinan las leyes y cuyo apartado segundo sostiene que la propiedad obliga y que su uso debe servir al interés general, y el 42 de la italiana de 1947 (también con la «impronta weimariana»: Rodotà, 1986: 28), que encomienda a la ley determinar los límites de la propiedad, «con el fin de asegurar su función social y de hacerla accesible a todos».

no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes.» (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2º)

De ahí no se sigue que el derecho de propiedad reconocido constitucionalmente sea plenamente disponible por el legislador, pero sí que el contenido esencial del derecho que éste debe siempre respetar no es ni puede ser uniforme: «la referencia a que ha de atender el control jurídico por una u otra jurisdicción habrá de buscarse en el contenido esencial o mínimo de la propiedad privada entendido como reconocibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como practicabilidad o posibilidad efectiva de realización del derecho, sin que las limitaciones y deberes que se impongan al propietario deban ir más allá de lo razonable.» (*ibídem*)

Así que esta funcionalización aboca necesariamente, como anunciaba poco más atrás, a la diversidad del derecho de propiedad: «la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos. De ahí que se venga reconociendo en general aceptación doctrinal y jurisprudencial la flexibilidad o plasticidad actual del dominio que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae.» (*ibídem*)

El mayor problema lógico de esta configuración constitucional de la propiedad es que asume la teoría positivista de la función social, pero no la premisa en que se basa, que es la refutación de la concepción de la propiedad como un derecho subjetivo. Se sigue proclamando la propiedad como un derecho, pero ahora delimitado por su función social. Y esta delimitación plural eleva su vertiente institucional sobre la individual, pues hace del dominio un derecho subjetivo «debilitado», como también afirmó tempranamente el Tribunal Constitucional (STC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 8º). Pero ¿puede una misma situación jurídica ser derecho subjetivo y función social? La unidad de lo primero es difícilmente conciliable con la pluralidad de lo segundo, por más que se apele genéricamente a la plasticidad del dominio. ¿Tiene un significado unívoco el concepto constitucional de propiedad? ¿Existe un contenido esencial o mínimo común a los diferentes tipos de propiedades e irreductible para todas las leyes?

Frente a la idea según la cual «no existe finalmente un contenido esencial de la propiedad, sino un contenido esencial de las propiedades»,⁶ su proclamación constitucional como un derecho subjetivo (en singular) invita a pensar que «el contenido esencial lo es de la propiedad, como institución, sin perjuicio de que pueda, respecto de categorías singulares de bienes legítimamente configuradas, experimentar alguna modificación» (Luis Díez-Picazo, 1991: 1263).⁷ Pero la invocación del Tribunal Constitucional a la proporcionalidad, a la reconocibilidad o a la practicabilidad nada nos dice en particular sobre el contenido de la propiedad, ya que puede aplicarse igualmente a otros muchos derechos o institutos jurídicos. De hecho, es una doctrina alumbrada a propósito del derecho de huelga en la STC de 8 de abril de 1981, desde donde se trasvasó a la propiedad. Al final de este estudio retomaremos la pregunta sobre el contenido esencial de este derecho. Mientras tanto, basta observar que esta propiedad constitucional, una y plúrima, ya no es que sea metafísica —como denunciara Duguit— sino que parece mística (Vaquer, 2024: 41).

II. EL ESTATUTO DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA: SU DELIMITACIÓN POR LA FUNCIÓN SOCIAL

Si hasta aquí hemos esbozado brevemente la función social de la propiedad en general, a partir de este punto iniciamos un camino de concreción desde lo general a lo particular, para lo que trataremos primero de la función social de la propiedad inmobiliaria y a continuación de la de la propiedad inmobiliaria residencial o de vivienda.

De entre los distintos tipos de propiedad privada, la inmobiliaria tiene una caracterizada función social, acentuada por su escasez e inmovilidad, que fragmenta sus mercados. Por ello la propiedad de los *bienes raíces* siempre ha recibido particular atención tanto del legislador como de la doctrina.

En su celeberrima obra *La riqueza de las naciones* (1776), Adam Smith —otro padre del pensamiento liberal, sobre el que Locke ejerció además una fuerte influencia— clasifica el producto nacional en tres componentes: la renta de la tierra, los salarios del trabajo y los beneficios del capital, que constituyen el ingreso de tres categorías diferentes de personas. La primera de ellas, los propietarios de

6 A Pugliatti (1954) se debe la famosa propuesta de sustituir la propiedad por las propiedades, debido a la diversidad o pluralidad de la institución ya comentada en el cuerpo del texto.

7 El contenido esencial de la propiedad, pues, sería un concepto unitario pero no necesariamente uniforme. Barnés Vázquez (1988: 101-102) defiende la unidad de la institución y de su contenido esencial, compatible con la diversidad de estatutos jurídicos de la propiedad. Y Aragón Reyes (2024: 281) habla de «un contenido esencial mínimo, sea cual sea el bien sobre el que la propiedad recaiga y, a partir de ese mínimo, un resto de contenido esencial mudable según la función social de los bienes concretos sobre los que la propiedad recae».

la tierra, forman para el padre del pensamiento económico clásico «la única de las tres clases cuyo ingreso no les cuesta ni trabajo ni preocupaciones: puede decirse que acude a sus manos espontáneamente, sin que ellos elaboren ni plan ni proyecto alguno con tal objetivo. Esa indolencia, que es el efecto natural de una posición tan cómoda y segura, los vuelve con frecuencia no sólo ignorantes sino incapaces del ejercicio intelectual necesario para prever y comprender las consecuencias de cualquier reglamentación pública».

También Duguit centra su mirada socializante en la propiedad inmobiliaria en el prólogo a la segunda edición de su obra reseñada, firmado ya en 1920, cuando los estragos de la Gran Guerra han hecho evidente la función social especialmente intensa que tiene la propiedad de las tierras rurales y de las casas de alquiler en las ciudades. De un lado, «la guerra ha mostrado cómo la explotación intensiva de todas las propiedades rurales es de una importancia capital para la vida misma de la nación. Por la falta de mano de obra originada por la movilización general, y también, es preciso decirlo, a consecuencia de la apatía e indiferencia de algunos propietarios, un número de tierras, relativamente importante, ... han quedado sin cultivar». Y de otro lado, «el propietario de casas de alquiler desempeña una función social de primera importancia, que aparece clara cuando un país se encuentra en circunstancias graves y excepcionales».

Siendo la tierra o el suelo el hábitat natural de la persona (sobre el que fija su vivienda y sobre el que se desplaza habitualmente y desarrolla su interacción social), pero también un bien inmueble (cuya oferta no puede desplazarse allí donde tenga demanda), un recurso económico esencial (soporte físico de prácticamente cualquier actividad económica, empezando por la agropecuaria que nos procura el alimento) y un recurso natural escaso y no renovable (cuya transformación por la urbanización es irreversible e impacta sobre los demás recursos, como el agua y el aire), se comprende que la propiedad sobre el suelo cumpla una función social particularmente intensa.

Esta singular relevancia de la función social del suelo ha llevado en Alemania a subrayar su «debilidad» frente al interés general o público y a su Tribunal Constitucional Federal a afirmar, en Sentencia de 12 de enero de 1967 [*BVerfGE* 21, 73, § III.1.b)], que «una ordenación jurídica y social justa obliga a hacer presentes los intereses de la colectividad en el suelo en mayor medida que otros bienes patrimoniales» (Parejo, 1978: 249, 255-256). Y en Italia, después de configurar genéricamente el derecho de propiedad en su artículo 42, la Constitución dedica su artículo 44 específicamente a habilitar a la ley a imponer obligaciones y cargas a la propiedad privada de la tierra para lograr el aprovechamiento racional del suelo y establecer relaciones sociales equitativas.

La sobresaliente función social del suelo también ha permeado al ordenamiento jurídico español, como no podía ser de otro modo. Por de pronto, explica que la Sentencia constitucional que he citado profusamente en el apartado anterior, por su señalada contribución doctrinal a fijar la concepción estatutaria de la propiedad, se dictara —no por casualidad— en un recurso contra una ley de

reforma agraria que imponía a los propietarios de los fundos rústicos determinados deberes de explotación y mejora de la productividad de la tierra. Y que la Constitución española mande regular «la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación» (art. 47). El suelo es el único bien o recurso económico cuya especulación manda expresamente impedir la Constitución española, no por azar sino por su singular función social.

Explica asimismo que el legislador del suelo se anticipara décadas al constituyente en la funcionalización de la propiedad. Al menos, claramente desde la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956, que habilitó a la planificación administrativa para determinar el contenido de la propiedad inmobiliaria al servicio del interés general mediante técnicas como la clasificación, la calificación y la zonificación.⁸ A lo que la reforma de 1975 añadió los deberes de cesión obligatoria y gratuita a la Administración de un porcentaje del aprovechamiento lucrativo en el suelo urbanizable, que la reforma de 1990 aumentó y extendió al suelo urbano, y así sucesivamente. Se forjó de esta manera una tradición que atribuía a la propiedad del suelo un poder jurídico y económico portentoso,⁹ pero le ataba unos deberes asimismo prominentes.¹⁰

Fruto de esta tradición, hoy 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 (TRLSRU) configura a la propiedad del suelo como un haz de «facultades y deberes» determinado por la ordenación territorial y urbanística «conforme al destino» de aquél y advierte que «esta determinación no confiere derecho a exigir indemnización, salvo en los casos expresamente previstos en las leyes» (art.4.1), define como «estatutario» y resultante «de su vinculación a concretos destinos» el régimen urbanístico de la propiedad del suelo y advierte que «la previsión de edificabilidad por la ordenación territorial y urbanística, por sí misma, no la integra en el contenido del derecho de propiedad del suelo. La patrimonialización de la edificabilidad se produce únicamente con su realización efectiva y está condicionada en todo caso al cumplimiento de los deberes y el levantamiento de las cargas propias del régimen que corresponda» (art. 11). Una propiedad estatutaria, en definitiva, que faculta pero también obliga.

8 La expresión de su preámbulo es elocuente: «El régimen jurídico del suelo encaminado a asegurar su utilización conforme a la función social que tiene la propiedad, resulta el cometido más delicado y difícil que ha de afrontar la ordenación urbanística. Y se impone, sin embargo, efectuarlo, precisamente porque si la propiedad privada ha de ser reconocida y amparada por el Poder público, también debe armonizarse el ejercicio de sus facultades con los intereses de la colectividad».

9 Con capacidad de incidir en las potestades y funciones administrativas (iniciativa de la planificación urbanística y de las obras públicas de urbanización) así como de apropiarse de las plusvalías urbanísticas.

10 De promoción y costeamiento de la urbanización, de cesión de parte de su aprovechamiento, de edificación y su conservación, de destinarla a los usos fijados por el planeamiento, ...

III. LA EMPRESA INMOBILIARIA, ENTRE LA LIBERTAD Y LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD

La empresa es un patrimonio afectado a una actividad económica. Ambos elementos —patrimonio y actividad— pueden delimitar la libertad de empresa para subordinarla al interés general. Como sostiene el artículo 128 de la Constitución, toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general. Obviamente, la riqueza inmobiliaria no es una excepción.

En efecto, si consideramos en primer lugar a la empresa como actividad, constatamos que (1º) está siempre subordinada al interés general, a fuer de que además (2º) puede cumplir una misión de interés general. Así, tampoco la libertad de empresa es un derecho absoluto ni abstracto. Veamos:

1. La libre empresa debe ser garantizada y protegida —a tenor del art. 38 CE— «de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación», siendo así que entre las exigencias de la economía general «hay que incluir las que pueden imponerse en virtud de determinados bienes o principios constitucionalmente protegidos» como los de los arts. 40, 128.1 y 130.1 de la Constitución (STC 37/1987, cit., FJ 5º) y también, en mi opinión, los de su artículo 47 CE, esto es, la promoción del derecho a la vivienda y el impedimento de la especulación con el suelo.
2. En el apartado IV.3.3. nos ocuparemos de la actividad oferente de vivienda y, más en particular, de la oferente de vivienda social o protegida como servicio de interés general, que permite modular —si es económico— o aun excluir —si no es económico— su sujeción a la libre competencia.

En segundo lugar, la empresa es asimismo propiedad de medios de producción y de productos. Como patrimonio, no está exenta de la función social que cumplen los bienes y derechos que lo integran. Esta relación entre ambas ya fue tempranamente advertida por la tan citada STC 37/1987, cuando afirmó que «las limitaciones a la actividad empresarial agrícola son, desde el punto de vista que ahora nos ocupa, indisociables de las limitaciones a las facultades de uso y disfrute de la propiedad rústica, determinadas por la función social de esta última» y que «desde el punto de vista de lo que prescribe el art. 38 de la Constitución, la función social de la propiedad, al configurar el contenido de este derecho mediante la imposición de deberes positivos a su titular, no puede dejar de delimitar a su vez el derecho del empresario agrícola para producir o no producir, para invertir o no invertir. (...) En resumen, la libertad de empresa que reconoce el art. 38 de la Constitución no puede exonerar del cumplimiento de la función social de la propiedad, de lo que se sigue que las limitaciones legítimamente

derivadas de esta última no infringen en ningún caso el contenido esencial de la libertad de empresa.» (FJ 5º)

Ni que decir tiene que esta doctrina sobre la indisociabilidad entre la empresa agrícola y la función social de la propiedad sobre la tierra rústica puede predicarse asimismo de la relación entre la empresa inmobiliaria y la función social de la propiedad del suelo residencial o de la vivienda, ya sea rústica o urbana. En efecto, el Tribunal Constitucional también ha asociado el derecho de propiedad y la libre empresa para negar, en aplicación de «las mismas consideraciones», que la prórroga forzosa de los arrendamientos viole cualquiera de ambos derechos (STC 89/1994, de 17 de marzo, FJ 6º), para sostener que la declaración legal de la ordenación territorial y urbanística como una función pública la sustrae de la actividad de los particulares y del mercado, por lo que implica una delimitación negativa de ambos derechos (SSTC 61/1997, FJ 14ºc, 164/2001, FJ 9º, y 141/2014, de 11 de septiembre, FJ 6º), o para calificar a la reserva mínima de suelo residencial para viviendas con algún régimen de protección pública como una condición básica tanto del derecho de propiedad como de la libertad de empresa (STC 141/2014, cit., FJ 8º). Por ello, más adelante, cuando abordemos las técnicas de funcionalización de la propiedad al servicio de la efectividad del derecho a la vivienda, incluiremos las obligaciones de servicio público que cabe imponer a las empresas de vivienda a partir de la consideración de su actividad como un servicio de interés económico general.

IV. LA FUNCIÓN SOCIAL DE LOS INMUEBLES RESIDENCIALES Y LA CONSECUENTE DELIMITACIÓN DE SU PROPIEDAD

En este apartado nos centraremos en la función social de la propiedad y la empresa residenciales. Primero trataremos de exponer el fundamento de dicha función social, que no es otro que el derecho a la vivienda (y a la ciudad) y después describiremos su contenido y alcance a través de algunas de sus principales articulaciones técnicas, como son las reservas de suelo para vivienda social, la configuración de dicha vivienda social como un servicio de interés general, la zonificación urbanística limitadora del uso turístico de las viviendas o las limitaciones de precios en las zonas de mercado residencial tensionado. Su repaso nos permitirá constatar el alcance, la complejidad y la sofisticación de la delimitación estatutaria de la propiedad en España.

1. El derecho a la vivienda y a la ciudad: una introducción

La vivienda es el ámbito del hábitat o medio de la persona en el que desarrolla de forma privativa su vida íntima y familiar. Es nuestro *territorio personal*. Desglosemos brevemente el significado de esta doble referencia de la vivienda, al

territorio y a las personas, que nos habla de su consideración ambiental y socio-económica, respectivamente.

1.1. *Consideración ambiental*

En primer lugar, como hábitat o medio de las personas, la vivienda es un territorio delimitado pero inserto en territorios más amplios. Forma parte del medio urbano o rural en el que no sólo se sitúa, sino del que también se provee (movilidad viaria, suministro de agua, luz, telecomunicaciones y otros servicios básicos, etc.) y al que está esencialmente vinculado.

Por eso el derecho a la vivienda forma parte del bloque ambiental de la Constitución española de 1978 (arts. 45, 46 y 47 CE), que aborda conjuntamente en su artículo 47 el derecho a la vivienda y la regulación del uso del suelo.¹¹

Como advirtió Ildefonso Cerdá en su *Teoría General de la Urbanización* de 1867, de forma tan sencilla como elegante: la urbe es «un conjunto de habitaciones enlazadas por una economía viaria», donde la casa es «la urbe elemental». Y por la misma razón, el *derecho a la vivienda* suele ser reforzado últimamente con la afirmación de un *derecho a la ciudad*, al que está íntimamente asociado. La vivienda no puede ser provista aisladamente del medio —rural o urbano— en el que se inserta y que la dota de funcionalidad. Y no puede ser disfrutada efectivamente sin las infraestructuras, los equipamientos y los servicios en red necesarios para la calidad de vida en la sociedad contemporánea.

La paternidad del concepto de «derecho a la ciudad» se le atribuye a Henri Lefebvre, cuyo libro *Le droit a la ville* fue publicado en 1968, cuando ya se empezaban a hacer evidentes los efectos perversos de la especialización funcional de los espacios urbanos y de las ciudades-dormitorio masivas construidas en los suburbios de las grandes ciudades para alojar a población obrera e inmigrante. «En un periodo en el que los ideólogos discurren profusamente sobre las estructuras, la desestructuración de la ciudad manifiesta la profundidad de los fenómenos de desintegración (social, cultural)», frente a los que Lefebvre propone un derecho a la ciudad «como llamada, como exigencia» que «sólo puede formularse como *derecho a la vida urbana*, transformada, renovada».

Poco a poco, han ido creciendo los problemas de las aglomeraciones urbanas: pobreza, degradación de barrios y segregación espacial de la población, privatización del espacio público, etc. Y el derecho a la ciudad ya no es sólo una

11 También el artículo 65 de la Constitución portuguesa combina a la vivienda y el urbanismo. Y la Constitución de la República del Ecuador de 2008 reúne asimismo «hábitat y vivienda» en una misma sección, la sexta, del capítulo segundo de su título II, dedicado a los que denomina «derechos del buen vivir». Y en el plano internacional, la Carta de la Organización de los Estados Americanos incluye sin solución de continuidad entre las «metas básicas» de su artículo 34 la vivienda adecuada para todos los sectores de la población y unas condiciones urbanas que hagan posible una vida sana, productiva y digna.

reivindicación doctrinal, sino que va afirmándose en el Derecho positivo de algunos países, que inserta el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada en el más amplio derecho a disfrutar de un medio urbano asimismo adecuado. Primero en Francia, donde la Ley nº 91-662, de 13 de julio de 1991, *d'orientation pour la ville*, proclamó el «*droit a la ville*», para cuya efectividad los poderes públicos deben «asegurar a todos los habitantes de las ciudades las condiciones de vida y de hábitat que favorezcan la cohesión social» para lo cual afirmó a la política urbana como un elemento de la política de ordenación del territorio y declaró de interés nacional a la vivienda social. Después, el derecho a la ciudad ha tenido recepción en el Derecho positivo de Brasil, México o Ecuador, por ejemplo (Vaquer, 2024: 61).

En España, aun sin emplear la locución «derecho a la ciudad», también se han adoptado disposiciones para hacerlo efectivo. Aquí rigen unos estándares mínimos de calidad urbana para nuevos desarrollos urbanísticos al menos desde el Reglamento de Planeamiento de 1978 y desde la Ley de Suelo de 2007 hasta el el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana de 2015 hoy vigente (art. 5) han vinculado el derecho a la vivienda con el de acceder, en condiciones no discriminatorias y de accesibilidad universal, a la utilización de las dotaciones públicas y los equipamientos colectivos abiertos al uso público.

1.2. Consideración socio-económica

Como espacio privativo en el que ejercemos nuestro derecho fundamental a la intimidad personal y familiar y en el que fijamos nuestro domicilio (art. 18 CE), la vivienda entronca con la dignidad de la persona (de ahí que la Constitución española no proclame el derecho a una vivienda sin más, sino a una vivienda «digna y adecuada» a las personas que la habitan).

El Derecho constitucional comparado confirma este aserto: en el alemán, se encuentran ejemplos en los que el derecho a una vivienda (*Wohnung*) o habitación (*Wohnraum*) adecuadas se complementa en el mismo precepto con la proclamación de su inviolabilidad, como ocurre con los artículos 106 de la Constitución del Estado de Baviera de 2 de diciembre de 1946, 14 de la Constitución de la Ciudad Hanseática Libre de Bremen de 21 de octubre de 1947 y 28 de la Constitución de la Ciudad-Estado de Berlín de 23 de noviembre de 1995. La Constitución de Portugal también es ilustrativa porque, cuando cualifica a la vivienda a la que todos tienen derecho según su artículo 65, exige «que preserve la intimidad personal y la privacidad familiar».

El Tribunal Constitucional Federal alemán tiene establecido desde 1993 que la vivienda constituye el centro de la vida de las personas y de sus familias y debe servir no sólo para satisfacer las necesidades elementales de la vida, sino también para asegurar la libertad y el desarrollo personal (*BVerfGE* 89, 1, 6 § 21). Y conectando la dimensión personal con la ambiental a que nos acabamos

de referir, ha añadido que esto también incluye la ubicación de la vivienda, por ejemplo en relación con la distancia a los equipamientos culturales, las escuelas, los comercios y las áreas recreativas o con la accesibilidad al transporte público (Decisión de la Sala 1^a de 18 de julio de 2019, 1 *BvL* 1/18, § 82). Y el Tribunal Constitucional español tiene asimismo declarado que «se trata, por tanto, de una materia que, por su íntima conexión con la esfera individual de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, es de la máxima relevancia» (STC 93/2015, de 14 de mayo, FJ 9^o), que la dota de un sentido socio-económico singular:

- a) Económicamente, la vivienda es un bien inmueble con una oferta bastante rígida (por los tiempos y costes de su promoción y por la dependencia de un suelo idóneo para promoverla) y una demanda masiva y bastante inelástica, que tiene un valor de uso como bien de primera necesidad y también un valor de cambio como bien de inversión. Como tal bien, es objeto del derecho de propiedad y de otros derechos reales, como el de superficie, o personales, como el arrendamiento. Y también es objeto de actividad económica: constructiva o rehabilitadora y comercializadora de los edificios residenciales, financiera de los préstamos —normalmente hipotecarios— necesarios para su adquisición y prestacional de servicios de oferta de vivienda, como el arrendamiento. En torno a la vivienda concurren, pues, el derecho de propiedad y la libertad de empresa.
- b) Socialmente, su precio elevado provoca problemas de acceso y/o mantenimiento pacífico en el disfrute de la vivienda a las personas en estado de necesidad y los colectivos vulnerables. Problemas que los poderes públicos están conminados a combatir, porque la vivienda es una necesidad existencial objeto de un derecho humano de carácter social: el derecho «a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios» según el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948. Es decir, que el disfrute efectivo de este bien tiene un carácter basal como parte que es del «nivel de vida adecuado» o del mínimo existencial necesario para poder disfrutar de los restantes derechos de la persona. Sin disfrutar de una vivienda digna y adecuada, difícilmente se puede gozar de la inviolabilidad del domicilio, de la intimidad de la vida personal y familiar o de la protección de la salud, por ejemplo.

Análogamente, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 proclama en su artículo 11 «el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluidos alimentación, vestido y vivienda adecuados». Como ya hiciera la Observación General n^o 4, «El derecho

a una vivienda adecuada», el Comité DESC afirma en su Dictamen de 17 de junio de 2015 respecto de la Comunicación n.º 2/2014 que «el derecho humano a una vivienda adecuada es un derecho fundamental que constituye la base para el disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales y está vinculado en su integridad a otros derechos humanos, incluyendo a aquellos establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos» (11.1).

Y esta concepción basal de la vivienda en el Derecho internacional de los derechos humanos se ha trasladado asimismo a los instrumentos regionales. La Carta de la Organización de los Estados Americanos incluye entre las «metas básicas» de su artículo 34 la vivienda adecuada para todos los sectores de la población. La Carta Social Europea, en su versión revisada de 1996, no sólo proclama un derecho autónomo a la vivienda en el apartado 31 de su Parte I y en su artículo 31, sino que además la considera como elemento del derecho de los minusválidos, las familias o las personas mayores a la protección social (arts. 15, 16 y 23) y del derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social (art. 30). Y en la Unión Europea, el derecho a la vida privada y familiar y al domicilio también proclamado en el artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha servido de base al Tribunal de Justicia para afirmar —invocando la doctrina del TEDH— un derecho fundamental a la vivienda en el Derecho de la Unión en sus Sentencias de 10 de septiembre de 2014 (*Kušionová*, C34/13, § 63 a 66) y de 9 de noviembre de 2023 (*SP*, C598/21, § 85).

Paradójicamente, pese a su expresa proclamación como un derecho en el texto de la Constitución española, a su tratamiento en el Derecho internacional de los derechos humanos y a reconocerle «máxima relevancia» por su conexión con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (STC 93/2015, cit.), el Tribunal Constitucional ha estado vacilando durante décadas sobre si calificar a la vivienda como un derecho subjetivo. El Alto Tribunal ha usado dicha calificación en alguna ocasión (por ejemplo, STC 89/1994, de 17 de marzo, FJ 5º), pero ha optado preferentemente por apoyarse en su dimensión objetiva para considerarlo como «un mandato o directriz constitucional» (por todas, STC 32/2019, de 28 de febrero, FJ 6º). Sólo recientemente ha dejado claramente sentado «que el art. 47 CE no contenga un derecho fundamental ni un título competencial, o que constituya un principio rector de la política social y económica, no es óbice para que al mismo tiempo se despliegue como derecho constitucional con sus vertientes competenciales» y ha convenido en «la existencia de un derecho a la vivienda» [STC 79/2024, de 21 de mayo, FJ 3º B) a) ii)].¹²

12 El voto particular formulado por los magistrados Enríquez Sancho, Arnaldo Alcubilla, Espejel Jorquera y Tolosa Tribiño no discrepa en esto de la mayoría, sino que concurre con ella en que el art. 149.1.1ª CE, puesto en relación con el art. 47, «permite al Estado dictar una ley para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de este derecho constitucional». Lo que rechaza es que la Ley por el Derecho a la Vivienda, objeto del recurso, haga tal cosa, por entender que dicta legislación básica sobre vivienda, como si ésta fuera una materia de competencia compartida. En consecuencia,

Un derecho constitucional que ha permanecido semioculto durante más de 40 años al máximo intérprete de la Constitución.

Pues bien, en su definición del ideal de una ciudad para todos, la Declaración de Quito incluida en la Nueva Agenda Urbana adoptada en la Conferencia Hábitat III de Naciones Unidas (2016) hace 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» y propone imaginar ciudades y asentamientos humanos que «cumplen su función social, entre ellas la función social y ecológica de la tierra, con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho a una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, sin discriminación, el acceso universal y asequible al agua potable y al saneamiento, así como la igualdad de acceso de todos a los bienes públicos y servicios de calidad en esferas como la seguridad alimentaria y la nutrición, la salud, la educación, las infraestructuras, la movilidad y el transporte, la energía, la calidad del aire y los medios de vida.» Como se ve, derecho a la vivienda, derecho a la ciudad y función social de la propiedad de la tierra están lógicamente concatenados en este nuevo texto internacional de referencia en la materia. Una vez caracterizados los dos primeros, volvamos sobre la función social de la propiedad en relación con ellos.

2. La función social de los inmuebles residenciales

Habida cuenta de la relevancia de la vivienda para la dignidad de la persona y su calidad de vida, se comprende que la Constitución española no sólo vincule suelo y vivienda, tanto en su parte dogmática (art. 47 CE) como en la organizativa (art. 148.1.3^a CE), sino que ponga además la regulación del suelo al servicio de la efectividad del derecho a la vivienda. Esta mediatización se expresa en el empleo del gerundio «*regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general*» tras el mandato dirigido a los poderes públicos de promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes para hacer efectivo el derecho a la vivienda. Desde la concreta perspectiva adoptada por el artículo 47 CE (que no agota el tratamiento constitucional de la materia, obviamente, pues debe interpretarse sistemáticamente en relación con otros preceptos de la Constitución) el suelo es el instrumento y la vivienda es el fin.

Sobre esta base, como afirmó el Tribunal Constitucional a propósito de la prórroga forzosa de los arrendamientos, «responde así a la función social de la propiedad inmobiliaria, sin vulneración constitucional, que el legislador

al menos aparentemente, la discrepancia no es dogmática sino competencial, por lo que escapa al objeto de este trabajo.

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» en alusión al derecho a la vivienda del artículo 47 CE (STC 89/1994, cit., FJ 5º). El derecho a la vivienda informa la función social que delimita el contenido de la propiedad inmobiliaria.

Ahora bien, si la vivienda es no sólo un principio rector del orden económico y social sino también un derecho constitucional, su capacidad de incidir sobre el contenido del derecho de propiedad del suelo con destino residencial ¿es una delimitación interna, como es propio de la función social de la propiedad, o es un límite externo, como es propio de los derechos constitucionales entre sí? En mi opinión, pueden concurrir ambos: cuando opera de forma general y abstracta en la configuración del derecho de propiedad sobre cada tipo de bienes, se trata de una función social; mientras que si opera *intuitu personae*, se trata de un límite externo, ya que los límites que unos derechos oponen a otros se suscitan necesariamente en el seno de relaciones jurídicas entre dos o más sujetos distintos y varían según cuales sean el contexto y los sujetos de cada relación particular.¹³ Del primer tipo son todas las técnicas que analizamos en este estudio, en particular en el siguiente apartado. Pero algunas prestaciones imperativas de carácter público impuestas a los propietarios para proteger el derecho a la vivienda de ciertas personas vulnerables encajan mejor en el segundo tipo.¹⁴

En todo caso, la cuestión expresa bien que la diferencia sentada por nuestra doctrina constitucional entre la delimitación interna y la limitación externa puede ser problemática. Ya se le dé una u otra respuesta, lo que importa es hacer una interpretación finalista y sistemática de la Constitución, desde la que la propiedad inmobiliaria con destino residencial está vinculada por la efectividad del derecho de la vivienda.

El desarrollo legislativo más general y claro de este marco constitucional se encuentra en España en el inciso final del artículo 3.4 del Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana: «El suelo vinculado a un uso residencial por la ordenación territorial y urbanística está al servicio de la efectividad del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, en los términos que disponga la legislación en la materia.» Para avalar la validez de este precepto, el

13 Por ejemplo, en el típico conflicto entre los artículos 18.1 y 20.1.d) CE, la libertad de información se expande en contextos públicos o cuando el otro sujeto es una persona pública o con notoriedad pública y, por el contrario, se contrae en ámbitos privados, por el uso de medios ocultos o frente a los menores y las personas con discapacidad (v. gr., SSTC 134/1999, de 15 de julio, 127/2003, de 30 de junio, 176/2013, de 21 de octubre, o 208/2013, de 16 de diciembre).

14 La diferencia entre la función social de la propiedad, que impone «condiciones o elementos objetivos que la acompañan», y las obligaciones tuitivas entre particulares, que «dependen esencialmente de circunstancias personales del beneficiario de la medida» como, por ejemplo, los deudores hipotecarios o los arrendatarios de vivienda en situación de vulnerabilidad, ha sido analizada en profundidad por Jorge García-Andrade, 2025.

Tribunal Constitucional confirmó su raigambre constitucional: «al conectar el uso residencial con el derecho a disfrutar de una vivienda digna, desarrolla y concreta un principio rector de la política económica y social que vincula a todos los poderes públicos *ex art. 47 CE*» (STC 141/2014, de 11 de septiembre, F.J. 6º B).

Queda definida, de esta manera, la función social que cumple la propiedad del suelo cuando esté vinculado a un uso residencial por la ordenación urbanística: contribuir a la efectividad del derecho a una vivienda digna y adecuada. Aunque pudiera parecer una tautología, no lo es. Porque el suelo residencial puede tener distintos destinos: la vivienda habitual (ya sea en un régimen de libre mercado o en uno regulado o protegido para garantizar su accesibilidad económica), la vivienda vacacional o segunda residencia y la llamada «vivienda turística» o «vivienda de uso turístico», esto es, el alojamiento turístico por breves periodos de tiempo. Pero solo el primero de los tres es vivienda en el sentido constitucional del término y, por tanto, objeto del derecho de los artículos 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 47 de la Constitución española. De donde se sigue su primacía —en estrictos términos convencionales, constitucionales y legales— sobre los demás usos del suelo aludidos.

Por último, conviene también advertir que lo que no hizo la Ley de Suelo (ni la de 2007 ni su texto refundido actual de 2015) fue configurar esa función social —es decir, el derecho a la vivienda— porque no era su objeto. A la ley estatal del suelo le corresponde establecer las bases del régimen jurídico del suelo y las condiciones básicas de la igualdad en el ejercicio de la propiedad sobre el suelo para contribuir a la efectividad de aquél derecho. Y a la legislación de vivienda le corresponde determinar el contenido del derecho a la vivienda. Pero ha tardado en hacerlo: empezó la legislación autonómica sólo décadas después de haber asumido la competencia para ello y más tarde aún —ante los límites competenciales que le opuso el Tribunal Constitucional— se le ha superpuesto la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el Derecho a la Vivienda.

En efecto, el artículo primero de esta última Ley estatal señala como su objeto primordial «regular, en el ámbito de competencias del Estado, las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales relacionados con la vivienda y, en particular, el derecho a acceder a una vivienda digna y adecuada y al disfrute de la misma en condiciones asequibles» y, secundariamente, «la regulación del contenido básico del derecho de propiedad de la vivienda en relación con su función social, que incluye el deber de destinar la misma al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico, en el marco de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística, así como de mantener, conservar y rehabilitar la vivienda, atribuyendo a los poderes públicos la función de asegurar su adecuado cumplimiento, en el ámbito de sus respectivas competencias, a través de la aplicación de las medidas que legalmente procedan». A partir de ahí, la idea de la función social —unas veces referida a la vivienda, otras a su propiedad— se reitera obsesivamente en el cuerpo de la Ley: en el encabezado del Título I y en los artículos 7, 11 y 25.

A la postre, hoy concurren dos leyes estatales en la delimitación de la propiedad inmobiliaria residencial por su función social: la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana y la Ley por el Derecho a la Vivienda. A las que hay que sumar todas las leyes urbanísticas y de vivienda de las comunidades autónomas. Y ambas concurren en la imposición de deberes a los propietarios. De hecho, los deberes de uso conforme al destino previsto en la ordenación y de conservación (o rehabilitación, en su caso) que la segunda incluye en el derecho de propiedad de la vivienda ni son originales ni tampoco son exclusivos de los inmuebles residenciales: desde hace ya tiempo que los viene imponiendo la legislación del suelo como deberes de la propiedad inmobiliaria (en la actualidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 15 TRLSRU). Ahora bien, así como respecto del deber de conservación la Ley por el Derecho a la Vivienda apenas aporta novedades reseñables, más novedosa es la rotunda afirmación que hace su art. 11.1.a) del deber de «uso y disfrute propios y efectivos de la vivienda», por exigir que el uso no sólo sea propio sino también efectivo¹⁵ y por su alcance general, es decir, no sólo referido a la vivienda protegida¹⁶ sino también a la libre (Menéndez Rexach, 2024: 156).

3. Algunas técnicas de funcionalización de la propiedad al servicio del derecho a la vivienda¹⁷

La posibilidad de utilizar las técnicas urbanísticas de la calificación y zonificación del suelo, típicas de la potestad administrativa de planificación, para

15 La Ley estatal no determina las consecuencias del incumplimiento de este deber, que el apartado 2º del artículo 11 remite a la legislación autonómica. Por ejemplo, la Ley 3/2015, de 18 de junio, de Vivienda del País Vasco declara que se incumple la función social en la «situación o estado de desocupación de la vivienda, del alojamiento o de la edificación de viviendas cuando ello se produzca de manera permanente o injustificada en los términos de esta ley» (art. 4.2.b) y atribuye la potestad para adoptar medidas de intervención administrativa (art. 63) tales como el derecho de adquisición preferente, el desahucio administrativo, la expropiación, la venta o sustitución forzosa, la imposición de un canon sobre la vivienda deshabitada (art. 57), del alquiler forzoso (art. 59), de multas coercitivas o de sanciones. La STC 97/2018, de 19 de septiembre, falló a favor de la constitucionalidad de algunos de estos preceptos. Similar es el caso de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del Derecho a la Vivienda de Cataluña, en su redacción actual, cuyo tratamiento de la desocupación de la vivienda como incumplimiento de la función social de la propiedad (arts. 5 y 41.1.a) y medidas de ejecución forzosa y de intervención y sanción administrativas (arts. 5.3 bis, 42.6 y 7 y 123.1.h) han sido asimismo salvados por la STC 25/2025, de 29 de enero.

16 El artículo 16 de la Ley imponía que la vivienda protegida «debe destinarse exclusivamente a residencia habitual y estar ocupada durante los períodos de tiempo establecidos como mínimos en la legislación y normativa de aplicación», pero ha sido declarado inconstitucional y nulo por la STC 79/2024, de 21 de mayo. No obstante, el deber de destino a vivienda habitual de la vivienda protegida es común y pacífico. Puede verse, por ejemplo, el art. 22 de la Ley vasca citada en la nota anterior. Y supletoriamente, todavía el art. 27 del Real Decreto 2960/1976, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Legislación de Viviendas de Protección Oficial.

17 Nótese que vamos a desarrollar tan sólo la delimitación específica de la propiedad del suelo calificado como residencial. Esta se inserta en el estatuto común de la propiedad del suelo, que incluye los deberes generales ya aludidos de usarlo conforme a su clasificación y calificación, de participar en la urbanización,

diferenciar entre sus distintos usos y proteger su destino a vivienda (en su sentido constitucional y estricto) ha venido siendo controvertida desde hace décadas en España. Primero, se discutió ampliamente la posibilidad de diferenciar entre la vivienda libre y la social o protegida como calificaciones urbanísticas, después la posibilidad de destinar el suelo dotacional público al alojamiento o vivienda de las personas. Y más recientemente, se ha replanteado el debate a propósito de la posibilidad de limitar o prohibir el uso turístico de las viviendas en determinadas zonas urbanas. Estas controversias reflejan un desencuentro histórico entre las políticas de vivienda y de suelo y urbanismo que sólo en las últimas décadas va atenuándose mediante la articulación de técnicas urbanísticas basadas en la función social de la propiedad y específicamente concebidas para servir al derecho a la vivienda.

3.1. *Las calificaciones y reservas de suelo para vivienda social o protegida*

En España, la calificación de la vivienda protegida como un uso específico del suelo de propiedad privada empezó siendo planteada por el planeamiento urbanístico y anulada por los Tribunales por falta de cobertura legal¹⁸, hasta que obtuvo dicha cobertura expresa a partir del art. 35.3 de la Ley 8/1990, de 25 de julio, y hoy resulta pacífica. No sólo eso, sino que en la actualidad las leyes urbanísticas españolas imponen al planificador urbano reservas mínimas de suelo lucrativo residencial para vivienda protegida [empezando por la regla básica del art. 20.1.b) TRLSRU]¹⁹, siguiendo el precedente francés de la ya citada Ley n.º 91-662, de 13 de julio de 1991, *d'orientation pour la ville*, que instituyó por primera vez en aquel país un estándar de vivienda social obligatorio para todos los ayuntamientos de las aglomeraciones de más de 200.000 habitantes.²⁰ Y similares previsiones se han reproducido después en España para el suelo dotacional público: desde la posibilidad de calificarlo, esto es, destinarlo a vivienda o alojamiento, de la que se sigue el deber de cederlo de forma obligatoria y gratuita

asumiendo sus costes, y de edificar y conservar la edificación o de ceder obligatoria y gratuitamente a la administración parte del aprovechamiento urbanístico.

18 Pueden verse las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de enero de 1985, 1 de junio de 1987, 17 de abril de 1991, 21 de mayo de 1991 y 5 de febrero de 1992.

19 En el País Vasco, la reserva se eleva hasta el 75 % de la edificabilidad residencial en el suelo urbanizable y el 40 % de su incremento en el suelo urbano no consolidado (arts. 16 y 80 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo del País Vasco, en adelante LSUPV).

20 En la actualidad, en Francia los artículos L111-24 del *Code de l'Urbanisme* y L302-9-1-2 del *Code de la Construction et de l'Habitation*, exigen, en toda operación de construcción de inmuebles colectivos de más de 12 viviendas u 800 m² de superficie, que al menos el 30 % sean alojamientos sociales, y el art. L151-15 del primero habilita, además, al reglamento a delimitar, en las zonas urbanas o urbanizables, sectores en los que un porcentaje del programa de vivienda esté afectado a categorías de alojamiento con objetivos de *mixité sociale*.

como carga de la actuación urbanizadora [art. 18.1. a) TRLSRU],²¹ hasta la fijación de reservas mínimas en alguna comunidad autónoma.²²

Aunque he afirmado que la jurisprudencia española empezó anulando la calificación urbanística de suelo para vivienda protegida por falta de cobertura legal, lo cierto es que también esgrimió una reticencia dogmática contra ella, por entender que «la habilitación que dimana del art. 33.2 de la Constitución ... para delimitar urbanísticamente el derecho de propiedad en cuanto a su contenido, está referida a los aspectos o contenidos urbanísticos y no se puede extender al establecimiento de un régimen especial de construcción, enajenación o arrendamiento de los edificios; materia ésta que en la legislación sectorial específica es objeto de un tratamiento preciso a través de medidas de fomento y no de técnicas urbanísticas». Es decir, según esta doctrina ya superada, la diferencia entre vivienda protegida y libre no es urbanística ni encuentra cobertura constitucional para formar parte de la delimitación urbanística del derecho de propiedad.

El urbanismo consiste en la ordenación de los usos del suelo, pero no es ni ha sido nunca una ordenación exclusivamente física o morfológica, ajena a los aspectos sociales, económicos o culturales de la ocupación de este recurso. Bien al contrario, es la expresión espacial o territorial de las diversas políticas socio-económicas que requieren utilizar el suelo²³. Cuando configura el régimen jurídico del suelo y delimita el contenido de su propiedad, puede y debe atender a las diversas funciones sociales que puede cumplir. Es normal, por ejemplo, que las leyes o los planes establezcan estándares diferenciados para equipamientos educativos (desagregados según niveles de enseñanza), deportivos y sociales, sin que tampoco éstos tengan por qué ser física o morfológicamente diferentes entre sí, sino que atienden a necesidades sociales entre sí diversas, como también lo hace la reserva de un porcentaje mínimo de la dotación de aparcamientos para usuarios minusválidos. En la medida en que el urbanismo ordena espacialmente las diversas necesidades sociales y económicas de utilización del suelo,

21 El artículo 36.2.c)2º de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, por ejemplo, incluye la red de viviendas públicas o de integración social entre las redes públicas cuyo suelo debe ser cedido a título gratuito en el suelo urbanizable sectorizado y en el urbano no consolidado. Y el art. 61.2.f) de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de Impulso para la Sostenibilidad del Territorio de Andalucía, habilita al planeamiento a adscribir suelos incluidos en las actuaciones de nueva urbanización «a la dotación pública de viviendas sometidas a algún régimen de protección, con destino exclusivo al alquiler».

22 La LSPV manda en sus artículos 17 y 81 al planeamiento de los municipios de 20.000 o más habitantes calificar unas determinadas superficies mínimas de suelo dotacional público con destino a alojamientos dotaciones en los ámbitos de uso predominantemente residencial. Esta calificación de suelo dotacional para alojamiento dotacional es íntegramente objeto de cesión a la administración autonómica y al ayuntamiento y se diferencia claramente de la calificación para vivienda protegida en virtud de su correspondiente reserva (arts. 16 y 82) que será, en su caso, objeto de la cesión del 15 % de edificabilidad ponderada (art. 27, es decir, edificabilidad para usos de carácter lucrativo: art. 35.3 y 4), hasta el límite de dicha cesión.

23 El propio Tribunal Supremo español parece compartir este parecer cuando, por ejemplo, ha sancionado por razones de integración social la conformidad a Derecho de la denegación de una autorización urbanística de utilización del suelo no urbanizable para uso residencial en ejecución de un plan de erradicación del chabolismo, pues rechaza que pueda ser de interés público «la necesidad de emplazar en el medio rural a un colectivo del que se pretende su integración en el medio urbano» (STS de 11 de diciembre de 2003, F.J. 4º).

puede sin duda atender también a las necesidades de vivienda asequible y disponer sus técnicas al servicio de la política de vivienda, del mismo modo que lo hace al servicio de la política industrial, comercial, social o educativa, por ejemplo.

La Ley por el Derecho a la Vivienda se ha hecho eco de estas técnicas de la calificación y reserva de suelo para vivienda protegida y ha innovado en ellas mediante algunas medidas que suponen «otra vuelta de tuerca»²⁴ y no podemos sino limitarnos a reseñar aquí:

- a) La limitación a casos excepcionales, que deben ser expresamente motivados en el planeamiento urbanístico, de la descalificación de suelo destinado a vivienda protegida en virtud de la reserva establecida en el art. 20.1.b) TRLSRU [art. 15.1.c)], cuya cuantía aumenta al 40 % de la edificabilidad residencial prevista por la ordenación urbanística en el suelo rural que vaya a ser incluido en actuaciones de nueva urbanización y el 20 % en el suelo urbanizado que deba someterse a actuaciones de reforma o renovación de la urbanización (disp. final 4ª).
- b) El destino a vivienda protegida en alquiler del porcentaje que fije el legislador territorial o urbanístico —y al menos el 50 %— de la mencionada reserva, salvo casos excepcionales que debe asimismo motivar expresamente el plan urbanístico [art. 15.1.d)].
- c) El deber de destinar «necesariamente a la construcción y gestión de viviendas sociales o dotacionales», salvo que se acredite su necesidad para otros usos de interés social, el suelo obtenido en cumplimiento del deber de cesión obligatoria y gratuita de aprovechamiento del art. 18.1.b) TRLSRU «en los municipios en los que se hayan delimitado uno o más ámbitos como zonas de mercado residencial tensionado» [art. 15.1.e)]. Dado que dicho suelo alimenta los patrimonios públicos de suelo, su destino normal ya es la vivienda protegida (arts. 51 y 52 TRLSRU), si bien con carácter general la legislación suele ser menos restrictiva con su destino a otros usos de interés social o su conversión en dinero.

3.2. *La zonificación de la vivienda de uso turístico*

Como decía, el debate se ha reabierto en Europa décadas después a propósito de la posibilidad de limitar o prohibir el uso turístico de las viviendas en determinadas zonas urbanas en las que su alta concentración provoca escasez y carestía

²⁴ Declaradas constitucionales en las SSTC 79/2024, de 21 de mayo, FFJJ 5º B) c) y 7º B) c), y 26/2025, de 29 de enero, FJ 3º. A ellas se añadía el mantenimiento de la calificación de la vivienda protegida mientras subsista la calificación del suelo destinado a dicho uso en cumplimiento del art. 20.1.b) TRLSRU, que introdujo el art. 16.1.d) de la Ley por el Derecho a la Vivienda pero ha sido declarado inconstitucional y nulo por la ya citada STC 79/2024, por razones competenciales.

de la vivienda y desplazamiento de la población local. Y también esta cuestión ha quedado ya zanjada por la legislación y la jurisprudencia.

La oportunidad y aun la necesidad de diferenciar la vivienda de uso turístico como uso del suelo es aún más clara que en el caso de la vivienda protegida. Al fin y al cabo, tanto la vivienda protegida como la libre son usos de primera residencia, por lo que la necesidad de calificar suelo para la primera obedece principalmente a razones de accesibilidad a la vivienda y cohesión social. Pero en el caso de la vivienda de uso turístico, no sólo concurren las razones anteriores sino que además demanda equipamientos y servicios diferentes (la vivienda de uso turístico no precisa los mismos equipamientos educativos, sociales ni deportivos, por ejemplo, que la primera residencia),²⁵ por lo que su previsión y cuantificación es necesaria para una adecuada ordenación de los usos del suelo.

La limitación o prohibición del alojamiento turístico puede acometerse al menos desde dos perspectivas y en ejercicio de dos competencias distintas: como actividad económica de prestación de servicios, desde la competencia sectorial del turismo, o como uso diferenciado del suelo, desde la transversal del urbanismo. La primera —que no es objeto de este trabajo— topó prontamente con una jurisprudencia que la entendió contraria a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, más conocida como *Directiva Bolkestein*, por considerarla desproporcionada.²⁶ La segunda está corriendo mejor suerte, pero no por entenderla exenta de la Directiva, sino pese a también estar sujeta a ella.

En la Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de septiembre 2020 (as. ac. C 724/18 y C 727/18, *Cali Apartments*) se discutía la aplicación de la Directiva *Bolkestein* a una normativa nacional que sujetaba el arrendamiento de inmuebles amueblados a clientes de paso, de forma reiterada y durante breves periodos de tiempo, a un régimen de autorización previa en determinados municipios y encomendaba a dichos municipios la determinación de las condiciones de concesión de las autorizaciones.

Se trataba del artículo L 631 7 del *Code de la Construction et de l'Habitation* francés, que (1º) sujeta a autorización previa el cambio de uso de los inmuebles destinados a vivienda en los municipios de más de 200.000 habitantes, (2º) califica como cambio de uso su arrendamiento en las condiciones descritas y (3º) permite al alcalde supeditar dicha autorización a una compensación consistente en la transformación simultánea en vivienda de un inmueble con otro uso. Esta

25 Esta diferencia y su relevancia urbanística han sido advertidas por la STSJ Andalucía de 29 de junio de 2015, confirmada por la STS nº 2318/2016, de 27 de octubre (véase su antecedente de hecho 3º *in fine*).

26 Por ejemplo, SSTS nº 1741 y 1766/2018, de 10 de diciembre y 27 de noviembre respectivamente, y 25, 26 y 1401/2019, las dos primeras de 15 de enero y la tercera de 21 de octubre. Lo que sí aceptó el Alto Tribunal es que se impusieran ciertos requisitos no limitativos al servicio, como placa identificativa, ciertas condiciones de habitabilidad o atención telefónica, para proteger a los usuarios y consumidores (SSTS 1237 y 1401/2019, de 24 de septiembre y 21 de octubre, respectivamente, y 625/2020, de 1 de junio).

previsión fue desarrollada por Reglamento aprobado por la Junta Municipal de París en su sesión de 15, 16 y 17 de diciembre de 2008, que exige que «en las áreas sometidas a compensación cualificada» los inmuebles ofrecidos como compensación tengan el doble de superficie que los que son objeto de cambio de uso, a no ser que se conviertan en viviendas sociales.

Como se ve, en lo que aquí interesa, el asunto versaba sobre la capacidad de los municipios para supeditar la facultad de uso y disfrute de la propiedad a una autorización administrativa condicionada al levantamiento de una pesada carga. Pues bien, el Tribunal europeo fija una interesante doctrina que, en lo que aquí interesa, se resume en dos puntos:

- a) Que «una normativa nacional que, en aras de garantizar una oferta suficiente de viviendas destinadas al arrendamiento de larga duración a precios asequibles, somete determinadas actividades de arrendamiento ... a un régimen de autorización previa aplicable en determinados municipios en los que la tensión sobre los arrendamientos es particularmente acusada está justificada por una razón imperiosa de interés general como la lucha contra la escasez de viviendas destinadas al arrendamiento y es proporcionada al objetivo perseguido, dado que este no puede alcanzarse con una medida menos restrictiva, en particular porque un control *a posteriori* se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz».
- b) Que la Directiva europea tampoco se opone a una normativa nacional que «encomienda a las autoridades locales la facultad de precisar, en el marco fijado por dicha normativa, las condiciones de concesión de las autorizaciones previstas por tal régimen, a la vista de objetivos de diversidad social y en función de las características de los mercados locales de vivienda y de la necesidad de no agravar la escasez de viviendas, acompañándolas, si fuera necesario, de una obligación de compensación en forma de transformación accesoria y concomitante en viviendas de inmuebles con otro uso, siempre que tales condiciones de concesión sean conformes con los requisitos establecidos por esa disposición y que tal obligación pueda satisfacerse en condiciones transparentes y accesibles».

El Tribunal Supremo español ya se ha hecho amplio eco de esta doctrina en sus Sentencias nº 1550/2020, de 19 de noviembre, nº 75/2021, de 26 de enero, y nº 779/2021, de 2 de junio. Esta última, a propósito de un plan especial urbanístico para la regulación de las viviendas de uso turístico de la ciudad de Barcelona,²⁷ sostiene que «no puede negarse que, si de lo que en última instancia se trata

²⁷ Dicho Plan (aprobado por el Pleno del Consejo Municipal de 1 de abril de 2016) diferencia las condiciones para establecer las viviendas de uso turístico en tres tipos o grados, según las zonas específicas de que se tratara, teniendo en cuenta el efecto de agregación que producen, su relación respecto de la población residente o el hecho de tratarse de ámbitos en proceso de desarrollo del planeamiento urbanístico (arts. 8 y ss.).

es de unos concretos usos de las edificaciones existentes en el municipio, no solo es el planeamiento urbanístico el instrumento jurídico idóneo para ordenar esos usos, como el de todas las edificaciones, sino que es uno de los contenidos esenciales de los instrumentos del planeamiento.» Sobre esta base, la Sentencia concluye que la «discriminación» de las viviendas de uso turístico dentro del uso residencial, «no sólo es legítima, sino necesaria» y, por tanto, «el planificador debe hacer esa ordenación de usos específicos».

Qué lejos queda esta doctrina de la de los años 80 y primeros 90 del siglo pasado que negaba al urbanismo la potestad para diferenciar la vivienda libre de la protegida, a la que me he referido más atrás. Desde entonces, el legislador y la jurisprudencia españoles han expandido notablemente la capacidad del planeamiento urbanístico para ordenar los distintos usos residenciales del suelo y delimitar el contenido de su propiedad.

Más recientemente, la STS nº 109/2023, de 31 de enero, ha regresado otra vez a la cuestión a propósito de una prohibición de comercializar estancias turísticas en viviendas sitas en edificios plurifamiliares que el tribunal de instancia había anulado, por entender innecesario y desproporcionado extenderla a todo el término municipal como una zona única, sin diferenciar ámbitos territoriales más acotados, como sí ocurría en los casos juzgados por las sentencias citadas más atrás. El Tribunal Supremo, en cambio, casa la sentencia de instancia fundamentándose (1º) en la cobertura expresa existente en la legislación turística autonómica para la medida adoptada, (2º) en la motivación de ésta por la presión ambiental, territorial, sobre la convivencia en los barrios y los precios de la vivienda que genera el turismo, que califica como evidente y consistente, y (3º) en el hecho de que dicha medida no limita el uso turístico de los inmuebles concebidos para desarrollar esa concreta actividad económica, la turística, sino que decide «no ampliar ese uso, naturalmente concebido para ese tipo de inmuebles, a otros que no lo son».

El urbanismo, en suma, puede configurar como extraordinario el uso turístico de los inmuebles residenciales, cuyo uso ordinario y preferente debiera ser la vivienda de las personas. En consecuencia, el condicionamiento y la limitación de dicho uso turístico no son medidas excepcionales y el canon de proporcionalidad a ellas aplicable debe ser deferente con la legitimidad democrática de la administración local competente para establecerlas y con la «razón imperiosa de interés general» a la que sirven, que no es otra que proteger el derecho a la vivienda.

3.3. La oferta de vivienda como servicio de interés general

El artículo 4 de la Ley por el Derecho a la Vivienda califica como servicios de interés general (a) «la creación, ampliación, conservación y mejora del parque público de vivienda ... así como su gestión para asegurar su utilización efectiva en condiciones asequibles», (b) «las actividades, públicas o privadas, cuyo fin sea la construcción o rehabilitación de viviendas sometidas a algún régimen de

protección pública que fije un precio máximo de venta y alquiler, ...», y (c) «las actuaciones necesarias por parte de las Administraciones públicas competentes y sus entes instrumentales o dependientes, encaminadas a promover la mejora de las condiciones de habitabilidad, de accesibilidad o de eficiencia energética de los edificios de viviendas, de titularidad pública y privada».

De este modo, se extiende a todo el territorio nacional una declaración que, con alcance variable, ya habían hecho algunas leyes autonómicas, como la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del Derecho a la Vivienda de Cataluña (art. 4), la Ley 3/2015, de 18 de junio, de Vivienda del País Vasco (art. 5), la Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la Función Social de la Vivienda de la Comunitat Valenciana (art. 3), la Ley 5/2018, de 19 de junio, de la Vivienda de las Illes Balears (art. 7), o la Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo, del Derecho a la Vivienda en Navarra (art. 3 bis) desde su modificación por la Ley Foral 28/2018, de 26 de diciembre.

Los efectos que extrae la Ley estatal de dicha declaración en el apartado 2º del mismo artículo 4 son por completo inocuos: en efecto, nada innova el afirmar que las administraciones públicas pueden gestionar directamente los servicios o bien optar por colaborar con propietarios, con entidades del tercer sector o del sector privado con sometimiento a la normativa aplicable según sea la naturaleza de dicha colaboración.

Y sin embargo, la calificación de tales actividades como servicios de interés general no es ineficaz. Bien al contrario, puede afectar a su régimen jurídico, por lo que se refiere a su inserción en el mercado interior de la Unión Europea y su sujeción a la libre prestación de servicios, la libertad de establecimiento y el Derecho de la competencia. Y es que cuando una actividad económica es un servicio de interés general, sigue en principio sujeta a las normas de la competencia, pero ya sólo en la medida en que sea compatible con la misión de interés general que cumple, apreciación que requiere un juicio de ponderación del que puede resultar una modulación o limitación de la competencia, conforme a lo dispuesto en el art. 106.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Y si el servicio de interés general no es económico, entonces no es ya que pueda modularse su sujeción a la competencia, sino que los Estados miembros pueden lícitamente excluirlo de ella en el ejercicio de su soberanía. Como afirma el artículo 2º del Protocolo nº 26 anexo al TFUE: «Las disposiciones de los Tratados no afectarán en modo alguno a la competencia de los Estados miembros para prestar, encargar y organizar servicios de interés general que no tengan carácter económico.»

El interés general de los servicios incluidos en el artículo 4 de la Ley parece difícilmente cuestionable. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya afirmó en su Sentencia de 1 de octubre de 2009 (asunto C-567/07, *Woningstichting Sint Servatius*) que «el fomento de la vivienda de protección oficial en un Estado miembro puede ser un interés fundamental de la sociedad» (§ 28) y que «las exigencias de la política de vivienda de protección oficial y su régimen de financiación en un Estado miembro pueden constituir igualmente razones imperiosas de interés general y, por ende, justificar restricciones» a los principios de libre

circulación de capitales y libre prestación de servicios (§ 30), restricciones que, en todo caso, deberán ser necesarias y apropiadas para cumplir con los objetivos de interés general perseguidos. Y en la Sentencia de 8 de mayo de 2013 (as. ac. C 197/11 y 203/11, *Eric Libert*) ha reiterado dicha doctrina (§ 67) y añadido que «teniendo en cuenta, en particular, la amplia facultad de apreciación de que disponen los Estados miembros, no se puede excluir que los servicios de vivienda social puedan calificarse de servicio público» (§ 88).²⁸

Parece asimismo claro que hablamos de servicios sociales de interés general. Así lo declara expresamente, por ejemplo, la Ley Foral navarra ya citada: «cualquier actividad dirigida a posibilitar la satisfacción y protección del derecho a una vivienda digna y adecuada se considerará como un servicio social de interés general». Y en la misma idea abunda a nivel europeo la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (más conocida como *Directiva Bolkestein*) cuando su artículo 2.2 excluye de su ámbito de aplicación, entre otros, a «los servicios sociales relativos a la vivienda social ... proporcionados por el Estado, por prestadores encargados por el Estado o por asociaciones de beneficencia reconocidas como tales por el Estado».

Ahora bien, como se ha ocupado de advertir la Comisión Europea (2006: 4, 7), los servicios sociales «no constituyen una categoría jurídica diferenciada dentro de los servicios de interés general» y pueden ser tanto económicos como no económicos a los efectos de los Tratados, hasta el punto de afirmar que «la práctica totalidad de los servicios prestados en el ámbito social pueden considerarse 'actividades económicas' en el sentido de los artículos 43 y 49 del Tratado CE».

Esto supuesto, lo que no hace la Ley estatal es determinar si los servicios de interés general (SIG) de que aquí se trata son servicios de interés económico general (SIEG) o servicios no económicos de interés general (SNEIG). Y hace bien, porque tal diferenciación no puede hacerse de forma abstracta y apriorística, sino de forma circunstanciada caso a caso (Comisión Europea, 2007: 5), según sea la configuración de la misión de interés general conferida a cada servicio concreto por su régimen jurídico particular.

Así, por ejemplo, la cesión gratuita del uso de alojamientos o viviendas dotacionales a personas en estado de necesidad o en situación de grave vulnerabilidad, no creo que haya mayor dificultad en calificarla como un SNEIG.²⁹ En consecuen-

28 Sobre estas bases, en el último caso por el que citamos el alto tribunal concluye que es compatible con el Tratado imponer una «carga social» que guarda cierta analogía con el Derecho español, pues consiste en sujetar al parcelador o al promotor a destinar a vivienda social un porcentaje de entre el 10% y el 20% de la parcelación o urbanización y que puede prestarse en especie o en dinero, siempre que el órgano jurisdiccional remitente aprecie «que 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».

29 La Comisión Europea (2006: 7, 2007: 5) sostiene que la característica esencial de un servicio económico es la remuneración.

cia, las administraciones públicas pueden gestionarlo y financiarlo en la forma que consideren más conveniente a la función de pura solidaridad que cumple. Pero en el arrendamiento asequible de viviendas sociales es más difícil descartar el carácter económico del servicio, por más que también sea social. Por lo que probablemente se tratará de un SIEG y eso implica que, si se quiere restringir el acceso a la gestión de tal servicio (por ejemplo, sometiénolo a autorización administrativa previa y/o reservándolo a las entidades sin ánimo de lucro) habrá que justificar que dicha restricción es necesaria y proporcionada para garantizar la misión de interés general perseguida. La Sentencia *Cali* del Tribunal de Justicia, comentada en el apartado anterior, es un buen ejemplo de la condicionalidad que cabe poner a la actividad de arrendamiento de inmuebles residenciales para salvaguardar el interés general del acceso a la vivienda.

3.4. *Las limitaciones de precios en las zonas residenciales tensionadas*

El artículo 18.1 de la Ley por el Derecho a la Vivienda dispone que «las administraciones competentes en materia de vivienda podrán declarar, de acuerdo con su normativa reguladora, zonas de mercado residencial tensionado a los efectos de orientar las actuaciones públicas en materia de vivienda en aquellos ámbitos territoriales en los que exista un especial riesgo de oferta insuficiente de vivienda para la población, en condiciones que la hagan asequible para su acceso en el mercado».³⁰

Como se observa, se trata de un precepto meramente dispositivo o habilitante a las administraciones competentes en materia de vivienda, quienes «podrán» declarar —o no— tales zonas de conformidad con lo dispuesto en esta ley y en la normativa reguladora que eventualmente aprueben en su desarrollo. Y esta habilitación no debiera interpretarse como una norma atributiva de competencias, sino como una remisión a dicha «normativa reguladora», que es la que deberá determinar las competencias para tal declaración y para ejecutar sus consecuencias jurídico-administrativas.

Y es que estas zonas están llamadas a desplegar efectos tanto de Derecho administrativo (sobre las políticas de suelo y vivienda) y fiscal (sobre el IRPF) como de Derecho civil (sobre los contratos de arrendamiento). Entre los primeros, por lo que interesa a los efectos de este trabajo, se encuentra la habilitación a las administraciones públicas competentes en la materia para exigir a los «grandes tenedores de vivienda» en estas zonas el cumplimiento de la obligación de

³⁰ Estas zonas tienen su precedente en las «áreas con mercado de vivienda tenso» de la Ley catalana 11/2020, de 18 de septiembre, de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda. Los efectos, de la declaración de tales áreas, limitadores de la libertad de fijar precios en los contratos de arrendamiento fueron declarados inconstitucionales por la STC 37/2022 por razones competenciales que explican su reconsideración ahora por la Ley estatal.

colaboración y suministro de información sobre el uso y destino de las viviendas de su titularidad ubicadas en tales zonas, así como para incorporar «criterios adicionales», acordes a la realidad y características de la zona, en la definición de gran tenedor [arts. 11.1.e) y 19, en relación con el 3 k)].

Por su parte, las consecuencias jurídico-civiles de la declaración de estas zonas se producen *ope legis*, ya que modifica la Ley de Arrendamientos Urbanos para introducir una prórroga extraordinaria y determinadas limitaciones a los precios de los contratos cuando el inmueble se encuentre en una de estas zonas (disposición final primera del Proyecto). Conviene tener presente, a estos efectos, que el Tribunal Constitucional había cerrado el paso a las medidas autonómicas de contención de la renta a percibir en el contrato de arrendamiento de vivienda porque «se inserta[n] de forma natural en la materia de derecho civil y, dentro de la misma, en el ámbito de las obligaciones y contratos», por lo que corresponden a la competencia del Estado, siendo así que la legislación civil estatal, tanto general como especial en materia de arrendamientos urbanos, consagra un principio de libre estipulación de la renta que ha de considerarse una base de las obligaciones contractuales (STC 37/2022, de 10 de marzo, FJ 4º).

V. INDAGACIÓN SOBRE EL CONTENIDO ESENCIAL O FUNCIÓN PRIVADA DE LA PROPIEDAD

Como hemos constatado, el Derecho administrativo configura los derechos de propiedad y a la vivienda. Al obrar así, actualiza la vieja advertencia de Fritz Werner según la cual el Derecho administrativo es Derecho constitucional concretado. Pero ahora toca regresar del *hades* administrativo al *olimp* constitucional para comprobar si se respeta la primacía de la Constitución. Porque, a la vista de la progresiva sofisticación y acumulación de deberes, cargas y condiciones con los que el legislador sigue configurando el estatuto de la propiedad inmobiliaria residencial, la cuestión dogmática que se suscita es: ¿hasta dónde puede seguir haciéndolo sin infringir el contenido esencial del derecho de propiedad?,³¹ es decir, ¿cuál es «el contenido mínimo, necesario e indisponible» (Díez-Picazo, 2021: 109) de la propiedad para el legislador?

Como ya he anticipado en un apartado anterior, las genéricas apelaciones del Tribunal Constitucional a la proporcionalidad de los deberes respecto de las facultades, a la reconocibilidad o a la practicabilidad nada nos dicen del contenido esencial de la propiedad, ya que pueden aplicarse igualmente a cualesquiera otros derechos o institutos jurídicos. Más allá de ellas, el Alto Tribunal sólo ha

31 Como es bien conocido, la garantía del contenido esencial es una técnica de protección de los derechos fundamentales frente al legislador originaria del Derecho alemán (que prohíbe afectar al *Wesensgehalt* en el artículo 19.2 de su Ley Fundamental). Y según nuestro Tribunal Constitucional, «es obvio que esa noción no puede ser precisada por el legislador sino que le vincula» (STC 93/2015, de 14 de mayo, FJ 13º).

establecido algunas precisiones positivas y negativas sobre dicho contenido esencial. Las primeras serán recogidas más adelante. Las negativas se refieren, por ejemplo, a que ha rechazado que la prórroga forzosa de los arrendamientos viole el contenido esencial (STC 89/1994, cit., FJ 5º) o que la iniciativa urbanizadora de los particulares forme parte del mismo (STC 141/2014, de 11 de septiembre, FJ 7ºB).

Llegados a este punto, el estado de la cuestión es que «el legislador del derecho de propiedad, aparte del necesario respeto a su contenido esencial que predica el art. 53.1 CE de ‘los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título’, no encuentra otro límite que el de no sobrepasar el ‘equilibrio justo’ o ‘relación razonable entre los medios empleados y la finalidad pretendida’ (por todas, asunto *James y Otros c. Reino Unido*, 21 de febrero de 1986, § 50), teniendo en cuenta que en las decisiones de índole social y económica se reconoce al legislador un amplio margen de apreciación sobre la necesidad, los fines y las consecuencias de sus disposiciones (*inter alia*, asunto *James y Otros c. Reino Unido*, 21 de febrero de 1986, § 46; asunto *ex Rey de Grecia y otros c. Grecia*, 23 de noviembre de 2000, § 87; asunto *Broniowski c. Polonia*, 22 de junio de 2004, § 149)» (SSTC 16/2018, FJ 17º, y 32/2018, FJ 7º).

Contenido esencial y proporcionalidad son controles idealmente diferentes: el primero es un límite absoluto frente a toda norma o acto restrictivo, mientras que el segundo es un canon relativo al interés general fundante de cada norma o acto restrictivo. En tiempos de crisis, una grave afección a la propiedad podría ser proporcionada y, sin embargo, violar el contenido esencial (Aragón Reyes, 2024: 279). Aquí sólo nos ocupamos de éste,³² aunque para ello tendremos en cuenta —como hace nuestro Tribunal Constitucional— las aproximaciones al contenido de la propiedad utilizadas, por ejemplo, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus análisis de la proporcionalidad de normas o actos restrictivos de la propiedad.³³

Entonces, ¿cuál es el contenido esencial de la propiedad? Como advierte Fernández Farreres (2024: 284), «las dificultades para dar una respuesta convincente son extremas».

32 Tampoco abordamos la garantía expropiatoria (art. 33.3 CE), con la que la garantía del contenido esencial (art. 53.1 CE) guarda una discutida relación, sobre todo cuando se trata de diferenciar entre la delimitación y la privación mediante disposiciones generales (Barnés Vázquez, 1988: 370-379, Baño León, 2008: 1785-1787, Díez-Picazo, 2021: 527-529), pero cuyo tratamiento desbordaría el objeto de este trabajo.

33 En palabras del alto tribunal europeo, «debe existir una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido con las medidas adoptadas por el Estado para controlar el uso de la propiedad individual» (Sentencia Bittó y otros c. Eslovaquia, de 28 de enero de 2014, § 97). En su reciente Sentencia 25/2025, de 29 de enero, sobre la legislación catalana de vivienda, el Tribunal Constitucional dice alinearse con la jurisprudencia del TEDH en la materia, pero sostiene que el canon de control aplicado no es un «juicio de proporcionalidad» sino un «control de razonabilidad», consistente en verificar que las medidas enjuiciadas no vayan «más allá de lo razonable» [FJ 6.3 A) a)]. Hasta donde se nos alcanza, la proporcionalidad consiste precisamente en no exceder de lo razonablemente necesario e idóneo para alcanzar los fines perseguidos.

1. Dos aproximaciones al contenido esencial

La «recognoscibilidad» y la «practicabilidad» del derecho de propiedad y, por tanto, el contenido esencial que lo identifica y diferencia de otros derechos nacen de su condición de «prototipo o paradigma de los derechos reales» que le atribuye Luis Díez-Picazo (1978: 67). Dicho contenido esencial puede construirse de dos formas complementarias pero convergentes entre sí: una estructural, referida a las facultades de la propiedad, y otra funcional, referida a la función que cumple para su titular. Estas dos formas se corresponden con los dos caminos que tempranamente observó el Tribunal Constitucional para aproximarse a la idea de contenido esencial de cualquier derecho, porque el primero se interroga sobre «aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así», mientras que el segundo busca «lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos» (STC de 8 de abril de 1981, FJ 8°).

La aproximación que denomino estructural se refiere, pues, a las facultades típicas de la propiedad: el uso y disfrute y la disposición del bien. Como sigue rezando el artículo 348 del Código Civil, la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa. Si «los derechos, en cuanto titularidades, no son más que formas de utilización de los bienes» (Luis Díez-Picazo, 1978: 67), estas son las formas características del derecho de propiedad y, por tanto, el contenido *sine qua non* respecto a cada uno de los bienes sobre los que recae (Roca Trías, 2024: 274, análogamente Fernández Farreres, 2024: 284). El legislador tiene una amplia libertad para delimitar, condicionar o cargar estas facultades: hemos comprobado que lo hace intensamente en materia de vivienda al amparo de lo dispuesto en el art. 47 CE, como con otros bienes constitucionalmente conexos y asimismo fuertemente caracterizados por su función social, como los espacios naturales protegidos (art. 45) o el patrimonio histórico (art. 46). Pero no puede excluirlas sin desnaturalizar la propiedad.

Ahora bien ¿basta con la posibilidad de gozar o de disponer para reconocer la propiedad, cualquiera que sea la utilidad que de tales facultades extraiga el dueño e incluso aunque no obtenga de ellas utilidad alguna?

La aproximación funcional, a su vez, se refiere a la utilidad que tales facultades tienen para el titular del derecho. El propietario debe poder usar, disfrutar o enajenar el bien para poder obtener de él un provecho o rendimiento. Esa es la *función privada* de la propiedad,³⁴ que el legislador puede delimitar proporciona-

³⁴ Prefiero calificarla como función «privada» en lugar de «individual» porque el derecho subjetivo de propiedad privada no es necesariamente individual, sino que también puede ser colectivo o institucional. Recordemos que el art. 17 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos atribuye este derecho a toda persona, «individual y colectivamente», y el artículo 1 del Protocolo Adicional al Convenio Europeo de

damente para equilibrarla con su *función social*,³⁵ pero que no puede ignorar sin violar el contenido esencial de este derecho constitucional. Utilidad individual y función social definen de forma inescindible el contenido del derecho de propiedad, según la recordada doctrina de la STC 37/1987, de 26 de marzo (FJ 2º), por lo que la segunda nunca puede llegar a anular la primera.

Un derecho patrimonial no puede ser intrínsecamente antieconómico o inútil. Y un derecho subjetivo que sea objetivamente incapaz de generar provecho o rendimiento para un titular diligente no sería reconocible como propiedad en términos constitucionales. Por ello, una configuración tal no podría calificarse ya como delimitación sino como sacrificio, privación o ablación de la propiedad.

Precisamente lo que diferencia a la concepción contemporánea del dominio es la estrecha vinculación establecida entre titularidad y utilidad. «El Derecho tradicional se ocupaba de distribuir los bienes entre las personas, pero se desentendía después del modo cómo eran utilizados o de los rendimientos que de ellos se extraían.» (...) En este modelo, «la extracción del rendimiento o explotación se producían, pero éste era un asunto puramente privado ... dejado por consiguiente al ámbito de su libre arbitrio y voluntad». Hoy, por el contrario, «la titularidad se justifica en la medida en que se produce la explotación y en la medida en que la explotación es causa determinante de una utilidad, que no sólo es individual, sino que debe ser sobre todo y fundamentalmente social» (Luis Díez-Picazo, 1978: 696). La utilidad de la propiedad justifica su protección —como ya propusiera Locke— y, en consecuencia, delimita su contenido tanto negativa como positivamente: La utilidad funcionaliza a la propiedad como derecho subjetivo, pero a su vez la propiedad interioriza a la utilidad como parte esencial de su contenido.

2. Dos problemas de la aproximación funcional

Esta aproximación funcional al contenido esencial de la propiedad suscita dos grandes problemas: uno sustantivo y otro procesal.

Derechos Humanos, a «toda persona física o moral». A su vez, contraponer entre la función «económica» y «social» sería también problemático, porque la función social de la propiedad puede integrar valores económicos como la productividad (por ejemplo, en el deber de edificar y de usar el suelo urbano industrial o terciario, o en el de cultivar el suelo agrario: sobre este último, Barnés Vázquez, 1988: 555, 559).

35 «Justo equilibrio entre los intereses generales de la comunidad y la protección del derecho de propiedad» lo llama el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: por todas, pueden verse las SSTEDH Nobel y otros c. Países Bajos, de 2 de julio de 2013, Bittó y otros c. Eslovaquia, de 28 de enero de 2014, o Riedel y otros c. Eslovaquia, de 10 de enero de 2017.

2.1. *El problema sustantivo: la medida de la utilidad*

Desde un punto de vista sustantivo, el problema radica en cómo determinar la utilidad de un bien para su propietario. Aquí hemos defendido que el contenido esencial es un concepto unitario, pero no necesariamente uniforme. Así como no todos los bienes son susceptibles de los mismos usos ni producen los mismos frutos, tampoco proporcionan la misma utilidad para sus propietarios. Esto supuesto, sin excluir que los diversos bienes (o derechos, en su caso) objeto de propiedad puedan tener otras utilidades y a los efectos que nos interesan de la relación entre la propiedad inmobiliaria y el derecho a la vivienda, proponemos aquí identificar como utilidad la rentabilidad real o potencial neta que su uso y disfrute —su explotación— o su venta puede ofrecer a su titular. Es decir, el saldo entre el valor económico de las facultades —«los valores en uso, en renta y en venta de los bienes» de que habla Luíz Díez-Picazo (1991: 1263)— y el de los deberes y cargas resultantes de la delimitación legal de su propiedad.

Dicho saldo debe ser necesariamente positivo. Como dejó sentado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia *Hutten-Czapska c. Polonia*, de 16 de junio de 2006 (§ 239), los intereses de los propietarios incluyen «la posibilidad de obtener un beneficio de sus bienes».

El legislador español del suelo (que sabemos que fue pionero en delimitar el derecho de propiedad inmueble, acumulando sobre ella los límites, deberes y cargas descritos más atrás) ha condicionado tradicionalmente la viabilidad jurídica de las actuaciones urbanísticas y edificatorias a su viabilidad económica. Podemos entender que, al obrar así, trataba de respetar el contenido esencial de la propiedad del suelo. En la actualidad, en la legislación estatal, puede verse el artículo 22.5 del Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana de 2015, según el cual «la ordenación y ejecución de las actuaciones sobre el medio urbano, sean o no de transformación urbanística, requerirá la elaboración de una memoria que asegure su viabilidad económica, en términos de rentabilidad.» Y dado que siguen rigiendo con carácter supletorio, pueden asimismo consultarse los artículos 117.2.c) del Texto Refundido de 1976, que exige que los polígonos «tengan la entidad suficiente para justificar técnica y económicamente la autonomía de la actuación», y 36.2 y 64 del Reglamento de Gestión Urbanística de 1978, el último de los cuales precisa que la «autonomía» o «viabilidad» económica de la actuación se refiere a su rentabilidad. Como se ve, pueden imponerse al dominio deberes y cargas urbanísticos sólo si y en la medida en que los beneficios asociados (la plusvalía) los superen en valor. No en vano, el aprovechamiento urbanístico susceptible de ser patrimonializado se califica como «lucrativo».

Esta misma idea de la rentabilidad luce asimismo en la utilización del método del valoración del suelo rural mediante «la capitalización de la renta anual real o potencial, la que sea superior, de la explotación» a que acude el art. 36 TRLSRU, que precisa además que «la renta potencial se calculará atendiendo al rendimiento del uso, disfrute o explotación de que sean susceptibles los

terrenos», criterio que parte de la premisa de que cualquier terreno es susceptible de alguna forma de «uso, disfrute o explotación». Como sentenció el Tribunal Constitucional, esta metodología de valoración es conforme con la Constitución, porque «es un sistema que incorpora criterios acordes con la idea del valor real o económico del bien» (STC 141/2014, cit., FJ 9º B).

El propio Tribunal Constitucional también ha apuntado a la rentabilidad como contenido esencial, aunque sea de forma un tanto general y axiomática. Primero, cuando sostuvo que la restricción de las facultades del propietario de los fundos rústicos no infringe el contenido esencial de su derecho «siempre que quede salvaguardada la rentabilidad del propietario o de la empresa agraria» (STC 37/1987, cit., FJ 2º). Y después, cuando afirmó que «la utilidad económica de la propiedad dada en arrendamiento implica la percepción de la correspondiente merced arrendaticia, por lo que una disposición que supusiera el vaciamiento del contenido económico de la renta acordada podría representar la vulneración del derecho reconocido en el art. 33 de la Constitución» (STC 89/1994, cit., FJ 5º).

Pero ¿en qué consiste y cómo se mide la «rentabilidad» o el «contenido económico de la renta»? Tres precisiones pueden hacerse al respecto:

- a) Si la utilidad de la propiedad en arrendamiento radica en el valor económico de la renta (real), podemos inferir que la utilidad de la propiedad que no esté en explotación sería su renta potencial.
- b) Habida cuenta del carácter estatutario de la propiedad, concebida como un haz de facultades y deberes conforme al destino del bien que tiene por objeto, potencial significa aquí la renta susceptible de ser obtenida conforme al destino actual del bien y, por tanto, ya integrada en el contenido del derecho, no la meramente expectante.
- c) Por la misma razón, ya sea real o potencial, hablamos siempre de rentabilidad neta, es decir, la resultante de descontar el valor económico de los costes y los riesgos asociados a la puesta en explotación del bien.

En suma, una medida de la utilidad de la propiedad es su rentabilidad real o potencial neta.

En su más reciente aproximación al problema de la limitación de rentas arrendaticias, al juzgar la modificación de la Ley de Arrendamientos Urbanos por la Ley por el Derecho a la Vivienda, la STC 26/2025, de 29 de enero, afirma que «lo que se ve afectado es una expectativa de beneficio económico que no conforma el contenido esencial del derecho de propiedad» (FJ 5º).³⁶ Pudiera parecer que el Tribunal

³⁶ En sus respectivos votos particulares discrepantes, el magistrado Enríquez Sancho y los magistrados Arnaldo Alcubilla, Espejel Jorquera, Tolosa Tribiño y Macías Castaño sostienen que la limitación de rentas por aplicación de los índices de precios de referencia en las zonas de mercado residencial tensionado debió haber sido declarada inconstitucional y nula respecto de los propietarios que no son grandes tenedores por

refuta la tesis aquí defendida, pero no es así. Obviamente, las expectativas legítimas no son derechos ni, en consecuencia, integran el contenido esencial del derecho de propiedad. Como ya se ha precisado en la letra b) anterior, al referirnos a la rentabilidad potencial no hablamos de expectativas subjetivas, sino de una potencialidad o capacidad objetiva de producir un beneficio o rendimiento. Y la propia Sentencia, aunque sea de forma tangencial y poco concluyente, parece abogar a favor cuando sostiene que el límite de rentas impugnado no es inconstitucional, entre otras razones, porque «está apegado al valor de mercado» y, en consecuencia, añade a continuación que «estamos ante una limitación que en modo alguno cercena o hace irreconocible el derecho». En el mercado, la curva de oferta se forma aumentando la cantidad ofrecida según lo hacen los precios porque los oferentes buscan maximizar sus beneficios. Obviamente, el mercado no garantiza beneficios estables ni permanentes a todos los oferentes, pero es una organización económica objetivamente concebida para casar las necesidades de la demanda con las capacidades de la oferta, que entra o sale voluntariamente de él para optimizar su beneficio. Sin rentabilidad actual o futura, un mercado se extingue.

2.2. *El problema procesal: el control de la utilidad*

El problema procesal antes aludido, en segundo lugar, consiste en que la propiedad constitucional española está extramuros del recurso de amparo y el criterio de la utilidad económica o rentabilidad del bien como contenido esencial de la propiedad difícilmente sirve como valladar frente al legislador cuando se hace un análisis abstracto de inconstitucionalidad (Baño León, 2008: 1782-1783). Es un problema importante, que puede llegar a ser insalvable en algunas circunstancias.

En esencia, este problema no es distinto del que plantea la aplicación de principios como la seguridad jurídica, la interdicción de la arbitrariedad o la proporcionalidad en juicios abstractos de constitucionalidad de las leyes. Es poco probable que tales juicios acaben con fallos de nulidad, como requiere la necesaria autocontención cuando se utilizan conceptos jurídicos tan indeterminados como parámetro de control frente a la libertad de configuración del legislador.

Ahora bien, tengamos presente que la protección de la propiedad por el art. 1 del Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos hace que sí pueda ser objeto de un recurso particular ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como los resueltos en las sentencias citadas en este trabajo. Y en varios de ellos, el Tribunal Europeo ha inferido del caso concreto «un problema generalizado resultante de un mal funcionamiento de la legislación y la práctica administrativa» (Sentencia *Broniowski c. Polonia*, de 22 de junio de 2004, § 289) o «un

vulnerar el derecho de propiedad, pero para ello no invocan el contenido esencial del derecho, sino la quiebra del equilibrio justo entre el fin perseguido y la medida adoptada.

problema sistemático subyacente relacionado con una grave deficiencia en el ordenamiento jurídico interno» (Sentencia *Hutten-Czapska c. Polonia*, de 16 de junio de 2006, cit., § 235). Si tales problemas generalizados o sistemáticos del ordenamiento pueden inferirse de casos concretos, tanto más habrían de poder ser detectados en juicios abstractos sobre la validez de las normas afectadas.

Pero en nuestro problema concurren dos agravantes. El primero es que aboca al Tribunal Constitucional a razonar económicamente, sobre la base de datos estadísticos o empíricos contrastados, cosa a la que está poco habituado. Pero debería hacerlo. Los altos tribunales deben razonar económicamente cuando juzgan la validez de medidas regulatorias o de intervención de mercados como los del suelo y la vivienda. El Tribunal de Justicia de la UE, por ejemplo, ha tenido en cuenta el «efecto inflacionista» de los arrendamientos turísticos (§ 69) o las «tensiones en el mercado» (§ 73) cuando ha analizado la compatibilidad con la *Directiva Bolkestein* de la intervención administrativa sobre ellos en la citada Sentencia *Cali Apartments*. El Tribunal Constitucional Federal alemán, para juzgar la regulación de las rentas de alquiler, ha tenido que ponderar los efectos esperables de dichas medidas sobre el mercado, mediante consideraciones como las que hace en la Decisión de la Sala 1ª de 18 de julio de 2019 (1 *BvL* 1/18) sobre los riesgos de contracción de la oferta por efecto de la regulación de precios (§ 65), la dependencia de dicha oferta respecto de la disponibilidad de suelo (§ 71), los costes de inversión del propietario (§ 76) o el riesgo de exceso de demanda (§ 81). Como ha afirmado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, «las decisiones sobre si y, en tal caso, cuándo puede dejarse enteramente la vivienda a las fuerzas del libre mercado o si debe someterse al control del Estado, así como la elección de las medidas para atender las necesidades de vivienda de la comunidad y su disposición en el tiempo, pasa necesariamente por considerar aspectos sociales, económicos y políticos complejos» (Sentencia *Bittó y otros c. Eslovaquia*, de 28 de enero de 2014, § 96).

Pero ocurre aquí, en segundo lugar, que el vaciamiento del contenido y utilidad de la propiedad puede producirlo no una determinada norma, sino el ordenamiento jurídico, por efecto conjunto de las diversas disposiciones —administrativas, tributarias, civiles— que se suman en la delimitación y el gravamen de la propiedad. Es decir, que una concreta norma restrictiva sólo sería, a lo más, «la gota que colma el vaso». ¿Qué hacer entonces? En un recurso de inconstitucionalidad, en el que se juzga a la última disposición en llegar, se podría eventualmente hacer una interpretación sistemática que la ponga en su

contexto ordinamental,³⁷ constate el *problema subyacente* de inconstitucionalidad³⁸ al que ha contribuido y la anule por haberse promulgado sin modificar ni derogar las precedentes y concurrentes en la causación de dicho problema. Para atenuar los riesgos de tal activismo, podría diferirse los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, dándole al legislador un tiempo razonable para resolver el problema con la amplia discrecionalidad que debe serle respetada.³⁹

Ahora bien, estas prácticas ni tienen cobertura expresa en nuestro ordenamiento ni han sido hasta ahora ensayadas por nuestro Tribunal Constitucional. Además, hay circunstancias en las que dicha solución no es que sea difícil, sino prácticamente imposible: pensemos en (1º) que en la causación del problema pueden haber concurrido normas tanto estatales como autonómicas y locales, algunas de las cuales el legislador en cuestión no podría haber modificado ni derogado por razones competenciales, y (2º) que en una cuestión de inconstitucionalidad puede juzgarse una disposición previa, aprobada antes de alcanzarse el problema subyacente y cuya aplicación a un caso concreto está pendiente.

En todo caso, lo que sí puede hacer el Tribunal Constitucional —y hace con relativa frecuencia— es determinar la interpretación conforme de la ley con la Constitución, fijando criterios vinculantes para su desarrollo reglamentario y su ejecución y aplicación en casos concretos. La técnica de la sentencia interpretativa también es controvertida, pero tendría la virtualidad de fijar parámetros generales para resolver casos particulares en la jurisdicción ordinaria y para orientar la legislación futura.

Concluimos. Desoyendo a Comte y a Duguit, el constituyente español ha querido que la propiedad sea, al mismo tiempo, un derecho individual y una función social. Esta síntesis entre conceptos que fueron ideados como contrarios es ciertamente problemática, pero obliga al legislador a hallar un equilibrio razonable entre la función que la propiedad cumple para su titular (a la que he llamado aquí función privada) y para la sociedad (su función social), sin que ninguna pueda sacrificar a la otra. Un equilibrio que es fácil invocar, pero que es muy difícil establecer, más aún mantener y sobre todo controlar.

37 En este sentido apunta el voto particular a la citada STC 89/1994 de Rodríguez Bereijo, con adhesión de Cruz Villalón y Gabaldón López, cuando defiende juzgar la inconstitucionalidad del precepto impugnado no «en sí mismo y aisladamente considerado», sino por «el carácter trabado del régimen jurídico de los arrendamientos urbanos, que forma un todo único, un *continuum*» o un sistema del que es el cierre.

38 Parafraseamos aquí una expresión ya citada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Puede traerse asimismo a colación, *mutatis mutandis*, la doctrina del *estado de cosas inconstitucional* utilizada por la Corte Constitucional colombiana.

39 Aquí, puede invocarse como referencia de Derecho comparado la doctrina de la *incostituzionalità differita* de la Corte Constitucional italiana (Baamonde, 2025: 90).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Aragón Reyes, M. (2024). Contenido esencial y función social de la propiedad privada. En Betancor Rodríguez, Andrés, coord., *Instituciones del Estado democrático de Derecho, conversaciones*. Madrid: Fundación Rafael del Pino y BOE, 279-281.
- Baamonde Gómez, L. (2025). An Overview of the Relationship Model Between Parliament and Constitutional Court of the Italian Republic. *Journal of Parliamentary and Political Law-Revista de Droit Parlementaire et Politique*, issue XIX (en prensa).
- Baño León, J.M. (2008). El contenido esencial de la propiedad en el contexto del Derecho europeo. En Agirreazkuenaga, Iñaki, col., *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al Prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*. El Justicia de Aragón, vol. II, 1781-1796.
- Barcelona Llop, J. (2013). *Propiedad, privación de la propiedad y expropiación forzosa en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Barnés Vázquez, J. (1988). *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*. Madrid: Cívitas/Junta de Andalucía.
- Coalición Internacional para el Hábitat (2008). *El derecho a la ciudad en el mundo. Compilación de documentos relevantes para el debate*, Ciudad de México.
- Comisión Europea (2006). Comunicación *Servicios sociales de interés general en la Unión Europea* [COM(2006) 177 final].
- Comisión Europea (2007). Comunicación *Servicios de interés general, incluidos los sociales: un nuevo compromiso europeo* [COM(2007) 725 final].
- Cordero Quinzacara, E. (2018). Garantía institucional y derecho de propiedad. En Vaquer Caballería, M., Moreno Molina, Á.M. y Descalzo González, A., Coords., *Estudios de Derecho público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso*, vol. 1. Valencia: Tirant lo Blanch, 687-711.
- Díez-Picazo, L. (1978). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*. Vol. II. *Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*. Madrid: Tecnos.
- Díez-Picazo, L. (1991) Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución. En VV.AA. *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*. Tomo II, *De los derechos y deberes fundamentales*. Madrid: Cívitas.
- Díez-Picazo, L.M. (2021). *Sistema de derechos fundamentales*. 5ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Fernández Farreres, G. (2024). Algunas consideraciones a propósito del derecho de propiedad, su función social y el contenido esencial del derecho como límite a la ley. En Betancor Rodríguez, A., coord., *Instituciones del Estado democrático de Derecho, conversaciones*. Madrid: Fundación Rafael del Pino y BOE, 283-286.
- García-Andrade Gómez, J. (2025). *La imposición de obligaciones tuitivas entre particulares. El Estado garante ante la vulnerabilidad*. Madrid: Marcial Pons (en prensa).
- Grossi, P. (1986). *Historia del derecho de propiedad. La irrupción del colectivismo en la conciencia europea*. Barcelona: Ariel.
- Lefebvre, H. (1978). *El derecho a la ciudad*, prólogo de Mario Gaviria, 4ª ed. Barcelona: Ediciones Península.

- Menéndez Rexach, Á. (2024). Derecho a la vivienda y función social de la propiedad: el deber de uso efectivo. Capítulo IV en Chinchilla Peinado, J.A. y López de Castro García-Morato, L., coords., *Estudios sobre el derecho a la vivienda*. Madrid: RDU Editores, 149-196.
- Parejo Alfonso, L. (1978). La garantía de derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el Derecho alemán (I). *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 17, 245-272.
- Pasquale, M.F. (2014). La función social de la propiedad en la obra de León Duguit: una re-lectura desde la perspectiva historiográfica. *Historia constitucional*, nº 15, 93-111.
- Pugliatti, S. (1954). *La proprietà nel nuovo diritto*. Milán: Giuffrè.
- Rajevic Mosler, E. (1996). Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad privada. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 23, nº 1, 23-97.
- Roca Trías, E. (2024). Función social de la propiedad. En Betancor Rodríguez, Andrés, coord., *Instituciones del Estado democrático de Derecho, conversaciones*. Madrid: Fundación Rafael del Pino y BOE, 271-278.
- Rodotà, S. (1986). *El terrible derecho: estudios sobre la propiedad privada*. Trad. y prólogo de L. Díez-Picazo. Madrid: Cívitas.
- Rolnik, R. (coord.) et al. (2002). *El estatuto de la ciudad. Nuevas herramientas para garantizar el derecho a la ciudad en Brasil*, Instituto Polis (www.polis.org.br).
- Santaella Quintero, H. (2019). *La propiedad privada constitucional: una teoría*, Madrid: Marcial Pons.
- Vaquer Caballería, M. (2024). La función social y ecológica de la propiedad del suelo: un diálogo entre Europa y Latinoamérica. En Lora-Tamayo Vallvé, M., y Vaquer Caballería, M., *El Derecho territorial y urbano en Latinoamérica. Una aproximación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 35-76.

TITLE: *Housing as a social function and profitability as an essential content of the property*

ABSTRACT: *The right to housing progressively affects the content of the right to real estate property. This article reviews the historical evolution of both rights until reaching their current configuration. It also checks the main techniques developed by the Spanish law dealing with housing as a social function of property and the discussions they have raised. And it finally concludes with a reflection on the essential content of the property, as a constitutional limit to the limits set by the legislator, that focuses on profitability.*

RESUMEN: *El derecho a la vivienda incide progresivamente sobre el contenido del derecho de propiedad inmobiliaria. Este artículo revisa la evolución histórica de ambos derechos hasta llegar a su configuración actual, repasa las principales técnicas desarrolladas por el legislador español al servicio de la vivienda como función social de la propiedad y las discusiones que han suscitado y concluye con una reflexión sobre el contenido esencial de la propiedad, como límite constitucional a los límites puestos por el legislador, que pone el foco en su rentabilidad.*

KEY WORDS: *Housing, land, property, social function, essential content*

PALABRAS CLAVE: *Vivienda, suelo, propiedad, función social, contenido esencial*

FECHA DE RECEPCIÓN: 03.01.2025

FECHA DE ACEPTACIÓN: 20.02.2025

CÓMO CITAR/ CITATION: Vaquer Caballería, M. (2025) La vivienda como función social y la rentabilidad como contenido esencial de la propiedad. *Teoría y Realidad Constitucional* 55, 141-179.

