

## **4. ESTUDIOS EN EL SENO DE LAS COMISIONES ACADÉMICAS DE DERECHO PÚBLICO Y DE DERECHO PRIVADO: UNA APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LA VIVIENDA**

### **4.1. DE MIQUEL MASOT MIQUEL**

#### **Presentación de los estudios**

Una circunstancia absolutamente imprevisible, y desde luego también inevitable, como ha sido la pandemia mundial del Covid 19, ha determinado la paralización de las actividades en nuestra Real Academia, como ha ocurrido en tantas y tantas organizaciones e instituciones. Sin embargo, las Comisiones Académicas de Derecho público y de Derecho privado, en funcionamiento en el seno de nuestra Corporación desde el año 2009, no han estado ociosas durante el presente curso; y ello es así porque al inicio del mismo, en el mes de octubre del pasado año, en la primera de las sesiones académicas celebradas, se debatió el tema a estudiar durante el curso ahora a punto de finalizar, acordándose que los estudios estarían centrados en la problemática jurídica de la vivienda, contemplada desde las diversas ramas del Derecho, al ser la vivienda un concepto polivalente. No se esperaba, desde luego, que precisamente el tema de la vivienda –y en particular de la vivienda habitual– fuera contemplado al cabo de unos meses de manera harto inesperada por una normativa –encarnada especialmente en el Real Decreto-ley 11/2020 de 31 de marzo– encaminada a luchar contra la pavorosa situación en que se encontrará una sociedad empobrecida, con un paro descomunal y una situación económica alarmante en muchas empresas.

El hecho de presentarse esta situación al final del curso académico 2019/2020 ha impedido presentar aquí estudios centrados en la indicada normativa, pero ello no supone una merma del interés que, de entrada, despierta la contemplación de la vivienda desde las diversas ópticas jurídicas en que ello es posible. Ya que, como se dice en el primero de los estudios que siguen –del que es autor Tomás Mir de la Fuente– “hay un Derecho -con mayúscula por objetivo– de la Vivienda español, comprensivo de las normas jurídicas que regulan la vivienda, encuadrables en todas las Ramas

o disciplinas académicas, como: en el Derecho Constitucional el proclamado derecho -con minúscula por subjetivo, aunque no fundamental ni público- a disfrutar de una vivienda digna y adecuada; en el Derecho civil, entendida la vivienda como cosa, susceptible de ser objeto de derechos reales, cuales el de propiedad o el de habitación, y en cualquier caso de posesión, como la mediata del inquilino, en virtud del contrato de arrendamiento, y de transmisión inter vivos o mortis causa y como sede del hogar familiar; en el Derecho Penal como morada a buen recaudo o artículo de primera necesidad a proteger del fraude y la estafa; en el Derecho Procesal, tanto civil como penal, con procedimientos especiales o especialidades de los ordinarios; en el Derecho Administrativo, en todas sus partes y direcciones de la actividad del Estado, las Comunidades Autónomas (desde que las hay) y el Municipio y otras entidades locales, más de fomento que de policía o intervención y de prestación o servicio público; y en el Derecho Financiero y Tributario, en el gasto público, que las ayudas y subvenciones generan, y en los ingresos públicos, en positivo, por las rentas reales o potenciales o imputadas o el capital que gravan algunos impuestos, su valor en las transmisiones inter vivos, entre particulares o empresarios y consumidores, o la sucesión mortis causa, sujetas a otros impuestos, y, en negativo, los beneficios fiscales en favor de la vivienda habitual, en casi todos.”

No es extraño, por tanto, que el estudio del Abogado del Estado y Académico Tomás Mir de la Fuente se titule precisamente “Un Derecho de la vivienda, con nombre y apellidos, y de contenido proteico y calidoscópico, visto desde una particular perspectiva”. Y ello es así porque la vivienda viene a ser como un caleidoscopio, ya que una visión única de la misma permite descubrir de ella imágenes diversas y multiplicadas, mientras que lo de “proteico” –del griego *proteos*, lo que cambia de formas o de ideas– viene a cuenta por las casi incontables formas en que un mismo concepto –la vivienda– viene expresado en las diversas normativas, que nos hablaban de casa, morada y hogar, para añadir ahora adjetivos que acotan el sustantivo vivienda: familiar, habitual, común, de protección oficial, de renta limitada, barata, bonificada, subvencionada, desocupada, okupada, turística, unifamiliar, plurifamiliar, etc, etc... En definitiva, el estudio del que se viene tratando es un recorrido por estas diversas normativas, tanto estatal como autonómica, desde el análisis del pronunciamiento constitucional, que considera el derecho a la vivienda digna como uno de los principios rectores de la política social y económica, hasta los rasgos generales de la legislación administrativa y tributaria dictada en contemplación de ella; para llegar, entre otras, a la conclusión de que esta múltiple adscripción a las diversas ramas del Derecho no la convierte en una rama autónoma, con principios que le den trabazón y coherencia interna, no siendo su estudio una Ciencia con métodos peculiares o perspectiva propia.

Le sigue el estudio del Magistrado y Académico Carlos Izquierdo Téllez titulado “La respuesta penal a la ocupación de viviendas”. En particular se refiere el estudio a la ocupación de inmuebles, edificios y viviendas que no constituyen morada, contraponiéndola al delito de allanamiento de morada, y analizando, en primer término, la política criminal que se ha seguido con relación a aquélla. Se estudian profusamente los tipos penales de los apartados 1 y 2 del art. 245 del Código penal, contemplando asimismo el bien jurídico protegido, las posibles circunstancias eximentes, la penalidad y los aspectos procesales. El estudio finaliza con una referencia a la actual política criminal con una inevitable tendencia al endurecimiento punitivo, posicionamiento que no comparte el autor del estudio, dado que finaliza el mismo con estas palabras: “Entendemos, en fin, que la respuesta penal a la actual situación de la ocupación pacífica de inmuebles, edificios o viviendas que no constituyan morada no debe ser el endurecimiento punitivo, sino la adopción de medidas específicas en otros campos, singularmente civil y administrativo, estimándose que la reforma de la LEC operada por la Ley 5/2018, de 11 de junio, constituye un primer paso.”

Viene a continuación el estudio del Académico y Notario de Palma Carlos Jiménez Gallego titulado “La adquisición de vivienda financiada con préstamo hipotecario”, en el cual combina su reconocida sabiduría jurídica con la experiencia que supone el ejercicio de la profesión de Notario, en contacto diario con la realidad práctica de la financiación mediante hipoteca de las adquisiciones de viviendas. Sabido es que la normativa cambió profundamente a raíz de la ley 5/2019 de 16 de marzo, analizando el autor, en primer lugar, la problemática cuestión del ámbito de aplicación de la misma. A continuación se centra en cada una de las sucesivas etapas que exige, en la actualidad, el otorgamiento de una escritura de préstamo hipotecario de acuerdo con la indicada normativa: el examen de la solvencia del futuro deudor, la tasación, contemplando el tema de la retribución del personal al servicio del prestamista, y la información precontractual, con examen de la documentación a entregar por el prestamista – y en especial por los Bancos–, así como la formalización de un acta notarial previa; también ésta tiene sus sucesivas etapas: elección de notario por el interesado, asignación de la operación por el notario, examen por éste de los documentos enviados (revisión), validación (o petición de subsanación, en su caso), suscripción del acta, y comunicación telemática del resultado del acta al prestamista. Indudablemente, la ley 5/2019 ha potenciado los tratos preliminares como primera etapa de la formación del contrato, de cara a conseguir la absoluta transparencia en estos contratos, de importancia fundamental para inmensas capas de la población.

Relacionado con este tema es el abordado por la Catedrática de Derecho procesal y Académica Isabel Tapia Fernández, titulado “La nulidad de la cláusula “gastos” en los contratos de préstamo hipotecario”, acertadísima incursión de una procesalista en los temas del Derecho civil. El estudio de la cláusula “gastos” le permite pasar revista a la situación actual de las cláusulas abusivas, con amplia referencia a las sentencias tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. De esta manera, van desfilando los pronunciamientos de las sentencias dictadas por los mismos, así como las Directivas que les sirven de fundamento, con relación a las cláusulas “suelo” y “vencimiento anticipado”, tratando también de la posible integración del contrato, una vez expulsadas del mismo las cláusulas abusivas. Finalmente se centra en la cláusula “gastos”, señalando la distribución de los mismos entre las partes contratantes según sea su especial índole. Antecede a todo ello un apartado dedicado a la naturaleza y regulación del contrato de préstamo hipotecario.

Por su parte, el Magistrado y Académico Carlos Gómez Martínez presenta un trabajo titulado “Diferència entre els arrendaments de temporada i els arrendaments turístics (o cessió temporal d’estades turístiques)”, cuya importancia está en consonancia con la de este segundo tipo de arrendamiento dentro de nuestro modelo turístico y de nuestra economía en general. Parte el estudio de la sesión académica celebrada en 2014 sobre la materia, que congregó una cantidad de público extraordinaria –obligando a abrir el primer piso de la sala de actos– y que contó con las ponencias de Anselmo Martínez Cañellas y Bernardo Feliu Amengual, especialistas en la materia, ponencias que se pueden ver en el Boletín número 14 de esta Real Academia. Sin embargo, se dice en el estudio, las mismas han quedado superadas por la normativa hoy vigente, dada la nueva regulación estatal por el Real Decreto Ley 7/2019 de 1 de marzo y la nueva regulación autonómica efectuada por la ley 6/2017 de 31 de julio, de modificación de la ley 8/2012 de 19 de julio, del turismo de las Illes Balears, y por el Decreto Ley 3/2017 de 4 de agosto. El clima social en que se dictó una y otra ley autonómica –la de 2012 y la de 2017– era absolutamente distinto; en el primer caso prevaleció la preocupación de los empresarios hoteleros que veían en el alojamiento turístico una actividad económica que podía constituir para ellos una competencia desleal, mientras que en el segundo caso existía ya un debate público motivado por la “gentrificación” y el aumento excesivo del precio de los alquileres en determinadas zonas urbanas. En el estudio se analizan profusamente el contrato de arrendamiento de temporada de la LAU y el que denomina “contracte d’hostalatge” o arrendamientos turísticos, dando una serie de pautas para distinguir uno y otro, teniéndose en cuenta, entre otros elementos distintivos, la duración del contrato y los servicios prestados por el arrendador.

Finalmente, y desde luego aquí cabe insertar la expresión inglesa “last but not least”, está el estudio de la Catedrática especialista en nuestro Derecho civil propio y Académica María Pilar Ferrer Vanrell, titulado “Notas sobre la llamada “propiedad temporal” de viviendas y su posible conexión con el “alou”. ¿Una figura jurídica a plagiar?”, en el que se hace eco de la incorporación al Libro V del Codi civil de Catalunya, por la ley catalana 19/2015 de 29 de julio, de la propiedad temporal y la propiedad compartida. En su estudio se analiza ampliamente la constitucionalidad de estas figuras jurídicas, detallando las alegaciones vertidas por las diversas partes en el recurso de inconstitucionalidad nº 2465/2016, interpuesto por el Presidente del Gobierno contra determinados artículos de dicha ley, y se estudia en profundidad la sentencia que puso fin al proceso, declarando la constitucionalidad de la ley, por la conexión de las propiedades temporal y compartida con instituciones propias del Derecho civil catalán como la enfiteusis y la sustitución fideicomisaria. Tras ello, el estudio se centra en la propiedad temporal –la cual confiere a su titular el dominio de un bien durante un plazo cierto y determinado, vencido el cual el dominio hace tránsito al titular sucesivo– para analizar todos los aspectos de la misma, según la regulación catalana; y apuntar, agudamente, su conexión con nuestro “alou”, lo que podría determinar la competencia de nuestro Parlament para abordar esta figura de la propiedad temporal, en cuanto la misma supone una flexibilización de las vías de adquisición de la vivienda, al ofrecer fórmulas que permiten abaratar o minorar los costes respetando la naturaleza jurídica del derecho de propiedad.