

**EL DERECHO A LA VIVIENDA: LA SEGURIDAD JURÍDICA DE
LA TENENCIA Y EL PAPEL DEL DEFENSOR DEL PUEBLO EN
SU GARANTÍA*****THE RIGHT TO ADEQUATE HOUSING: THE LEGAL SECURITY
OF TENURE AND THE ROLE OF THE OMBUDSMAN IN IT'S
GUARANTEE****ALEJANDRA CELI MALDONADO**Investigadora principal
Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo de la
Universidad de Alcalá*

Artículo recibido el 1 de noviembre de 2019

Artículo aceptado el 14 de noviembre de 2019

RESUMEN

La seguridad jurídica de la tenencia, es decir el derecho de quienes disponen de una vivienda a conservarla, es uno de los elementos esenciales del derecho a la vivienda según la interpretación del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales realizada por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. En España, como consecuencia de la crisis económica, este elemento del derecho fue seriamente vulnerado, principalmente, mediante los procedimientos de ejecuciones hipotecarias y los desalojos. En este artículo, luego de describir el marco jurídico general del derecho a la vivienda, se analizan las repuestas de ese Comité ante las comunicaciones individuales correspondientes a España y las actuaciones relevantes del Defensor del Pueblo para garantizar la seguridad jurídica de la tenencia en ese Estado.

PALABRAS CLAVE: derecho a la vivienda, seguridad jurídica de la tenencia, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, defensor del pueblo.

ABSTRACT

Legal security of tenure, i.e. the right of those who have a home to keep it, is one of the essential elements of the right to adequate housing, according to the Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. This element of the right was severely violated in Spain, mainly by means of foreclosure, during the economic crisis. In this paper, after describing the general legal framework of the right to housing, we will analyze the CESCR's responses to individual communications in relation to Spain and the relevant interventions of the Ombudsman in guaranteeing the legal security of tenure in Spain.

KEYWORDS: right to adequate housing, legal security of tenure, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Ombudsman.

SUMARIO

1. *Marco jurídico general del derecho a la vivienda*
2. *El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales y la protección de la seguridad jurídica de la tenencia en España*
3. *El Defensor del Pueblo y la seguridad jurídica de la tenencia*
 - 3.1. *La protección del deudor hipotecario*
 - 3.2. *La dación en pago*
 - 3.3. *Las cláusulas suelo y swaps*
 - 3.4. *La ejecución de vivienda habitual por deudas públicas*
 - 3.5. *El desmantelamiento de asentamientos humanos irregulares*
4. *Conclusión*
5. *Bibliografía*

1. Marco jurídico general del derecho a la vivienda

En el ámbito universal la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), en el artículo 25.1, reconoce el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado que le asegure, entre otros derechos, la vivienda a ella y a su familia. Así también, Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) recoge el derecho a la vivienda adecuada dentro del derecho a un nivel de vida adecuado (art. 11.1). Otros instrumentos internacionales que reconocen este derecho son: la Convención

Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5.c.iii), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 14.h), la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 27.3), la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (art. 21), la Convención Internacional sobre el Estatuto de los Refugiados (art. 21), la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (que no ha sido ratificada por España, art. 43.1) y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (art. 28).

En el marco de las Naciones Unidas cada uno de los tratados fundamentales establece un órgano de vigilancia del mismo, que está compuesto por expertos seleccionados de los Estados Partes. Los órganos de los tratados emiten Observaciones Generales (OG) para guiar a los Estados en la implementación adecuada de los instrumentos internacionales y Observaciones finales en las que se realizan recomendaciones particulares a cada Estado. Asimismo, los órganos de los tratados pueden estar facultados para recibir denuncias individuales, siempre que esta competencia se encuentre contemplada en el tratado y haya sido aceptada por el Estado Parte. Al estar contenido en el PIDESC, la interpretación del derecho a la vivienda le corresponde, principalmente, al Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (CDESC).

El CDESC ha interpretado este derecho en la Observación General Núm. 4 (OG 4), sobre “El derecho a una vivienda adecuada”¹, y en la Observación General Núm. 7 (OG 7), sobre “El derecho a una vivienda adecuada: los desalojos forzosos”². En la OG 4 el Comité DESC ha señalado que por su vínculo con la dignidad humana, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto como “el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza (...). Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte”³, el objeto del derecho a la vivienda es el disfrute de la vivienda digna y adecuada. De igual forma, la OG 7 incorpora como contenido del derecho a la vivienda la protección contra los desalojos forzosos y la obligación de los poderes públicos de garantizar el adecuado realojamiento de las personas sin recursos afectadas por un desalojo. El Comité DESC sistematiza el amplio contenido del derecho a la vivienda en la OG 4, donde señala siete elementos esenciales del derecho: 1. Seguridad jurídica de la tenencia, 2. Disponibilidad de servicios, 3. Gastos soportables, 4. Habitabilidad, 5. Asequibilidad, 6. Lugar adecuado y 7. Adecuación cultural. En este artículo haremos referencia a la seguridad jurídica de la

¹ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, “Compilación de Observaciones Generales Núm. 1 a Núm. 19”, *HRI/GEN/I/Rev.9*. OG 4.

² *Ibid.*, OG 7.

³ *Ibid.*, OG 4, párr. 7.

tenencia y, especialmente, a su relación con la protección del deudor hipotecario y frente a los desalojos forzosos⁴.

En el ámbito regional, dos ordenamientos europeos deben tenerse en cuenta para garantizar el derecho a la vivienda, el Consejo de Europa y la Unión Europea (UE). En la UE la regulación de normas y políticas para garantizar el derecho a la vivienda corresponde a cada Estado miembro, es decir, no se trata de una competencia comunitaria. Sin embargo, varias disposiciones del derecho de la Unión deben ser consideradas para la protección de este derecho, principalmente, las concernientes a la política social, el medio ambiente y a la protección de los consumidores. El Tratado de la Unión Europea (TUE)⁵ establece que la finalidad de la UE es promover la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos; y que el crecimiento económico de Europa debe basarse en: “(...) un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía

⁴ Además, varios órganos de los tratados han emitido OG específicas relativas al derecho a la vivienda, principalmente para la garantía del derecho a personas en situaciones de vulnerabilidad, entre las que podemos destacar: 1. El Comité de Derechos Humanos (CCPR) en su Observación General Núm. 31, referente a la índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, señaló que: “(...) En esferas que afectan a aspectos básicos de la vida ordinaria como el trabajo o la vivienda, los individuos están también protegidos contra la discriminación en el sentido del artículo 26” (párr. 8). 2. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) interpretó la aplicación de este derecho en su Recomendación General Núm. 27, relativa a la discriminación de los romaníes (párrs. 30 y 31). Asimismo, en la Recomendación General Núm. 29, relativa a la discriminación basada en la ascendencia (párr. 7.mm); en la Recomendación General Núm. 30, sobre la discriminación contra los no ciudadanos (párrs. 29 y 32); y en la Recomendación General Núm. 34, referente a la discriminación racial contra afrodescendientes (párr. 50 y 60). 3. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW) se pronunció sobre el derecho de las mujeres a la vivienda en cuatro de sus recomendaciones: 1. Recomendación General Núm. 21, sobre la igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares (párr. 26); 2. Recomendación General Núm. 26, sobre las trabajadoras migratorias (párr. 26.a); 3. Recomendación General Núm. 27, sobre las mujeres de edad y la protección de sus Derechos Humanos (párr. 48). 4. Recomendación General Núm. 28, relativa a las obligaciones básicas de los Estados partes de conformidad con el artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (párr. 13). 4. El Comité de los Derechos del Niño (CRC) se ha referido al derecho a la vivienda en siete de sus OG, que son: 1. Observación General Núm. 3, el VIH/SIDA y los derechos del niño, medidas para la garantía del derecho a la vivienda de los Niños afectados por el VIH/SIDA y niños huérfanos a causa del VIH/SIDA (párrs. 28 y ss.); 2. Observación General Núm. 6, sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (párr. 44); 3. Observación General Núm. 7, referente a la realización de los derechos del niño en la primera infancia (párr. 20); 4. Observación General Núm. 9, Los derechos de los niños con discapacidad, (párr. 76); 5. Observación General Núm. 11, Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención (párrs. 25 y 34); 6. Observación General Núm. 15, sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (párr. 49); y 7. Observación General Núm. 17, sobre el derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes (párr. 26). 5. El Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW) se refirió a este derecho en la Observación General Núm. 1, sobre los trabajadores domésticos migratorios (párr. 61), y en la Observación General Núm. 2, sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares (párr. 10). 6 El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) ha señalado elementos específicos del derecho a la vivienda de las personas con discapacidad en: 1. Observación General Núm. 2, relativa a la accesibilidad (párr. 42); 2. Observación General Núm. 3, sobre las mujeres y las niñas con discapacidad (párr. 59); Observación General Núm. 5, sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad (párrs. 34, 38, 46, 59, 78, 92, 95, 97. j).

⁵ Diario Oficial de la Unión Europea (DO), C 202, 7 de junio de 2016.

social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. (...) La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño” (art. 3.3).

De igual forma, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)⁶ determina que la UE, en sus políticas y acciones, debe tener en cuenta: “(...) las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana” (art. 9). El Título X de la Parte Tercera del TFUE se refiere a la política social (arts. 151-161) y señala que la UE y sus Estados miembros tienen como objetivo “el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones” (art. 151), para lo cual se deben considerar los derechos sociales fundamentales incluidos en la Carta Social Europea y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores. Asimismo, el TFUE recoge la protección a los consumidores y dispone que la UE debe contribuir “a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses” (art. 169). En la UE la protección de los consumidores ha sido clave para garantizar la seguridad jurídica de la tenencia del derecho a la vivienda como derecho de defensa, puede verse por ejemplo que, en referencia al desahucio de la vivienda y a las graves consecuencias que implica sobre el deudor hipotecario y su familia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha destacado la importancia de que el juez nacional cuente con medidas cautelares que puedan suspender o contrarrestar un procedimiento ilícito de ejecución hipotecaria, cuando la concesión de dichas medidas se manifieste necesaria para garantizar la efectividad de la protección pretendida por la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores⁷.

⁶ *Ibíd.*

⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala primera), *Asunto C - 415/11, Mohamed Aziz y Caixa d’Estalvis de Catalunya*, apartado 59: “Por consiguiente, procede declarar que un régimen procesal de este tipo, al no permitir que el juez que conozca del proceso declarativo, ante el que el consumidor haya presentado una demanda alegando el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, adopte medidas cautelares que puedan suspender o entorpecer el procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas resulte necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final, puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva”.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)⁸ no reconoce el derecho a la vivienda, aunque sí establece una protección a la vivienda dentro del artículo correspondiente a la seguridad social y ayuda social (art. 34.3); protege el derecho a la propiedad (art. 17); reconoce el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones (art. 7); y regula la protección de los consumidores (art. 38). A lo que hay que añadir que para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: “En el Derecho de la Unión, el derecho a la vivienda es un derecho fundamental garantizado por el artículo 7 de la Carta (...)”⁹. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea realizó esa interpretación pese a que el artículo 7 de la CDFUE no se refiere de forma literal al derecho a la vivienda, trata de la vida privada y familiar y del derecho al domicilio. En la misma Sentencia el Tribunal agrega que: “la pérdida de una vivienda es una de las más graves lesiones del derecho al respeto del domicilio y que toda persona que corra el riesgo de ser víctima de ella debe en principio poder obtener el examen de la proporcionalidad de dicha medida”¹⁰.

Posteriormente, el Pilar Europeo de Derechos Sociales¹¹ fue aprobado conjuntamente por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, el 17 de noviembre de 2017, durante la Cumbre social en favor del empleo justo y el crecimiento, celebrada en Suecia. Este Pilar contiene veinte principios divididos en tres capítulos: 1. Igualdad de oportunidades y de acceso al mercado de trabajo; 2. Condiciones de trabajo justas; y 3. Protección e inclusión social, capítulo que establece como principio la protección vivienda y asistencia para las personas sin hogar (p. 19).

En el Consejo de Europa el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) no reconoce derechos sociales. Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha resuelto demandas vinculadas al contenido del derecho a la vivienda por su conexión con otros derechos, como la vida privada y familiar o la propiedad privada. Entre otros casos, podemos distinguir el *Caso López Ostra c. España*¹², donde el TEDH señaló la violación del artículo 8 (derechos a la vida privada y familiar), debido a la afectación de la vivienda familiar por la contaminación que producían unos vertederos; y, en el tema que nos ocupa, el *Caso Connors c. el Reino Unido*, en el que el TEDH examinó las garantías del debido

⁸ DO, C 202, 7 de junio de 2016.

⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala tercera), de 10 de septiembre de 2014, Asunto C- 34/13, *Monika Kušionová y SMART Capital, a.s.*, apartado 65.

¹⁰ *Ibid.*, apartado 64. En cuanto a esa Sentencia, TEJEDOR BIELSA ha señalado que “constituye un innegable avance en el proceso de construcción de un derecho a la vivienda familiar justiciable, exigible ante los tribunales y determinante de una actitud proactiva de estos para lograr su efectiva protección”. Disponible en: <http://www.administracionpublica.com/el-derecho-a-la-vivienda-es-derecho-fundamental-en-la-union-europea/>

¹¹ *Vid.*, https://ec.europa.eu/commission/publications/european-pillar-social-rights-booklet_en. *Vid.*, también, Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de enero de 2017, sobre un pilar europeo de derechos sociales, 2016/2095(INI).

¹² TEDH, Demanda 16798/90, *Caso López Ostra c. España*, 9 de diciembre de 1994.

proceso en un caso de desalojo¹³. Asimismo, en el asunto *Mohamed Raji y otros c. España*¹⁴, el TEDH (en aplicación del artículo 39 de su Reglamento) impuso a España medidas cautelares para la suspensión de desalojos y señaló al Gobierno que: “los demandantes no debían ser desalojados hasta que el Gobierno hubiese proporcionado al Tribunal información precisa y exacta sobre las gestiones llevadas a cabo por las autoridades locales para asegurar alojamiento y prestaciones sociales adecuadas a los demandantes”, cuya vivienda estaba ubicada en el asentamiento “El Gallinero”¹⁵.

La Carta Social Europea de 1961 tampoco reconoce el derecho a la vivienda como tal, pero este instrumento sí establece, como parte del derecho de la familia a una protección social, jurídica y económica, el apoyo a la construcción de viviendas adaptadas a las necesidades de las familias (art. 16). En materia de derechos sociales, un avance importante es la Carta Social Europea revisada de 1996, que recoge expresamente el derecho a la vivienda y medidas para hacerlo efectivo (art. 31)¹⁶, pero que no ha sido ratificada por España. El Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS)¹⁷ ha llevado a cabo una destacada labor para la protección de los derechos sociales y del derecho a la vivienda¹⁸. Este último en relación con la protección social, jurídica y económica de la familia (art. 16) y la protección contra la pobreza y exclusión social (art. 30)¹⁹.

En el ámbito interno, el derecho fundamental a una la vivienda digna y adecuada está recogido en el artículo 47 de la Constitución española (CE)²⁰, que incluye una norma de

¹³ TEDH, Demanda 66746/01, *Caso Connors c. El Reino Unido*, 27 de agosto de 2004.

¹⁴ TEDH, Demanda 3537/13, *Mohamed RAJI y otros c. España*, medida dictada el 31 de enero de 2013.

¹⁵ En sentido similar, las medidas cautelares dictadas en el caso *Cesay y otros c. España*, Demanda 62688/13, medida dictada el 4 de octubre de 2013.

¹⁶ *Vid.*, CSER: “Para garantizar el efectivo ejercicio del derecho a la vivienda, las Partes se comprometen a adoptar medidas destinadas: 1. a favorecer el acceso a la vivienda de un nivel suficiente; 2. a prevenir y paliar la situación de carencia de hogar con vistas a eliminar progresivamente dicha situación; 3. a hacer asequible el precio de las viviendas a las personas que no dispongan de recursos suficientes.” (art. 31).

¹⁷ *Vid.*, JIMENA QUESADA, L., “El último bastión en la defensa de los derechos sociales: la Carta Social Europea”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, Núm. 29, 2014, pp. 171-189.

¹⁸ JIMENA QUESADA, L., *La jurisprudencia europea sobre derechos sociales*, UNAM, 2011, pp. 281-311.

¹⁹ *Vid.* GUIGLIA, G., “El derecho a la vivienda en la Carta Social Europea: A propósito de una reciente condena a Italia del Comité Europeo de Derechos Sociales”, *Revista de Derecho Político*, Núm. 82, 2011, pp. 543-578. JIMÉNEZ GARCÍA, F., “Tomarse en serio el Derecho Internacional de los derechos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 101, mayo-agosto, 2014, pp. 79-124.

²⁰ Sobre la vivienda como un derecho fundamental establecido en la CE véase: CELI MALDONADO A, *La interpretación de los derechos sociales por el Defensor del Pueblo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp.41-163; ESCOBAR ROCA, G. y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, B., “El derecho a la vivienda”, en ÍD. (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, Madrid, 2012, pp. 1271-1392; PONCE SOLÉ, J. “El derecho a la vivienda. Nuevos desarrollos normativos y doctrinales y su reflejo en la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda”, en PONCE SOLÉ, J. y SIBINA TOMÁS, D. (coords.), *El derecho de la vivienda en el siglo XXI: sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo: con un análisis específico de la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, en su contexto español, europeo e internacional*, Marcial Pons, 2008; ÍD., “El derecho subjetivo a la vivienda exigible judicialmente: papel de la legislación, análisis jurisprudencial y gasto público”, en VAQUER CABALLERÍA, M., PONCE SOLÉ, J. y ARNAIZ RAMOS, R., *Propuestas jurídicas para facilitar el acceso a la vivienda*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2016, pp. 61-195, p. 69 y ISSN: 2174-6419

mandato a los poderes públicos de regulación (establecer las normas) y de actuación para hacer efectivo el derecho (promover las condiciones)²¹. No obstante, cabe señalar que el Tribunal Constitucional de España ha sido bastante conservador en el reconocimiento de este derecho, así puede verse una reciente sentencia en la que este Tribunal recuerda que: “(...) el art. 47 CE no reconoce un derecho fundamental, sino que enuncia «un mandato o directriz constitucional que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos (art. 53.3 CE) en el ejercicio de sus respectivas competencias» (...) en la medida en que el art. 47 CE no garantiza un derecho fundamental sino que enuncia un principio rector de la política social y económica, una directriz constitucional dirigida a los poderes públicos, la regulación controvertida no puede en ningún caso contravenir el mandato del art. 10.2 CE de interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce (esto es, los contenidos en los arts. 14 a 29, más la objeción de conciencia del art. 30.2) de conformidad con la Declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. De todos modos, ni siquiera en la hipótesis de que el art. 47 CE reconociese un derecho fundamental –lo que no es el caso– cabría admitir que los textos internacionales sobre derechos humanos invocados por los recurrentes constituyesen canon para el control de constitucionalidad de la regulación legal impugnada. Este Tribunal tiene reiteradamente declarado, y procede recordarlo una vez más, que la utilidad hermenéutica de los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por España para configurar el sentido y alcance de los derechos fundamentales, de conformidad con lo establecido en el art. 10.2 CE, no convierte a tales instrumentos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales. De suerte que una eventual contradicción por una ley de esos tratados no puede fundamentar la pretensión de inconstitucionalidad de esa ley por oposición a un derecho fundamental”²².

Sin embargo, por su parte el Tribunal Supremo ha sostenido que: “El artículo 47 de la Constitución Española, dentro del Capítulo III del Título I, proclama el derecho de todos

ss.; PISARELLO, G., *Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Icaria, Barcelona, 2003. Por otra parte, sobre la tesis de la vivienda únicamente como principio rector y no como derecho subjetivo *vid.* TORNOS MAS, J., “El acceso a la vivienda y la nueva función social del derecho de propiedad”, *Revista Vasca de Administración Pública*, Núm. 99-100, 2014, pp. 2853-2871.

²¹ Artículo 47 CE: “Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos”.

²² STC 32/2019, de 28 de febrero de 2019, FJ 6. En igual sentido pueden verse diversas sentencias del Tribunal Constitucional sobre la naturaleza de principio rector de este artículo, por ejemplo, en la STC 152/1988 el Tribunal subrayó: “Sin embargo, el art. 47 no constituye por sí mismo un título competencial autónomo en favor del Estado, sino un mandato o directriz constitucional que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos (art. 53 de la Constitución), en el ejercicio de sus respectivas competencias” (FJ. 2). En igual sentido, la STC 7/2010, de 27 de abril de 2010, FJ 7.

los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, vinculando a los poderes públicos a promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho. Cualesquiera que sean las dificultades dogmáticas que implica la consideración como "derechos constitucionales" de todos los que derivan de actuaciones estatales acomodadas a los principios de política social y económica que enumera el Capítulo III del Título I, es evidente que el citado artículo 47 es un mandato o directriz constitucional que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos"²³. En ese sentido, en la STS de 18 de febrero de 2002, este Tribunal señaló que el artículo 47 CE: "consagra un derecho social o de prestación que exige, consiguientemente, una intervención del Estado en la esfera social y económica y un hacer positivo de los poderes públicos para la consecución de la igualdad material que propugna el artículo 9.2 de la Constitución"²⁴. Asimismo, en una sentencia más reciente y relativa a la seguridad jurídica de la tenencia en un caso de desalojo, el Tribunal Supremo sostuvo que: "(...) el juez de lo contencioso-administrativo, al autorizar la entrada en un domicilio particular para proceder a su desalojo en el que residan menores de edad, debe tomar en consideración la aplicación del principio de proporcionalidad, y, en consecuencia, adoptar las cautelas adecuadas y precisas para asegurar y garantizar una protección integral y efectiva de los derechos e intereses de los menores (...)"²⁵. En esta Sentencia el Tribunal además hace referencia a sentencias del TEDH para reafirmar que: "(...) cualquier persona en riesgo de sufrir la pérdida del hogar familiar debe tener la garantía de que la medida sea proporcionada y razonable, y que esa proporcionalidad y razonabilidad será valorada por un tribunal atendiendo a todos los factores involucrados de carácter social y personal"²⁶.

En España, en virtud del artículo 148.1.3 CE, todas las CCAA han asumido competencias en materia de vivienda regulando las condiciones de acceso a la vivienda y las ayudas para facilitar el ejercicio del derecho²⁷. Asimismo, a tenor de las disposiciones de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, los municipios han adoptado competencias en materias relativas al derecho a la vivienda (arts. 25.2.a)²⁸.

A nivel estatal no existe una Ley general de vivienda²⁹ y no es nuestro objetivo referirnos a todo el conjunto de normas que integra el derecho a la vivienda, si bien mención especial

²³ Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, STS 3967/1998, de 16 de junio de 1998, FD 4.

²⁴ Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, STS 1071/2002, de 18 de febrero de 2002, FD 10.

²⁵ Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3a, STS 1797/2017, de 23 de noviembre de 2017, FD. SEGUNDO.

²⁶ *Ibíd.*

²⁷ *Vid.* RUIZ-RICO RUIZ, G., "Derechos sociales y reforma de los estatutos de autonomía: el derecho a la vivienda", *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, Núm. 2, 2006, pp. 74-95. Además, una tabla con los datos de normas autonómicas sobre el derecho a la vivienda puede verse en: CELI MALDONADO A, *La interpretación de los derechos sociales por el Defensor del Pueblo... op. cit.*, pp. 45-50.

²⁸ *Vid.* BASSOLS COMA, M., "La exclusión social y la contribución de los municipios a la satisfacción del derecho a la vivienda", *Revista de Estudios de la Administración local*, Núm. 291, 2003, pp. 103-116.

²⁹ Sobre la necesidad de una Ley nacional IGLESIAS GONZÁLEZ sostuvo: "Resulta llamativo que no exista en nuestro país una Ley estatal de vivienda que, entre otras cuestiones, establezca el marco de

merece 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 (LS). La LS establece que todos los ciudadanos tienen derecho a: “Disfrutar de una vivienda digna, adecuada y accesible, concebida con arreglo al principio de diseño para todas las personas, que constituya su domicilio libre de ruido u otras inmisiones contaminantes de cualquier tipo que superen los límites máximos admitidos por la legislación aplicable y en un medio ambiente y un paisaje adecuados” (art. 5.a). La importancia que tiene este artículo para borrar cualquier sombra de duda sobre el carácter de derecho subjetivo del derecho a la vivienda ha sido destacada por LÓPEZ RAMÓN: “la existencia de un derecho subjetivo a la vivienda en el ordenamiento jurídico español ya no puede ser por más tiempo desconocida a la vista de su reconocimiento en el artículo (...)”³⁰.

Por otra parte, se debe señalar que a nivel estatal para promover y facilitar el acceso a la vivienda se establecen los Planes Estatales de Vivienda³¹ en los que se determina el marco general de actuaciones estatales de apoyo a la vivienda, para el período de tiempo que son establecidos.

Además, cabe apuntar que entre 2011 y 2017, para hacer frente a las consecuencias de la crisis económica y para mejorar la protección del deudor hipotecario, se adoptaron un conjunto de normas con las que se pretendía proteger en alguna medida la seguridad jurídica de la tenencia de estos deudores³². Normas que no han estado exentas de críticas por ser ineficaces, tardías e insuficientes para solventar los graves efectos de esa crisis³³.

referencia para integrar las políticas estatales y autonómicas en materia de vivienda, bajo el liderazgo del Estado, que para algo tiene *ex constitucione* la competencia relativa a la planificación general de la actividad económica”. IGLESIAS GONZÁLEZ, F., “La planificación de la vivienda protegida”, en LÓPEZ RAMÓN, F. (coord.), *Construyendo el derecho a la vivienda*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 367. Así también ESCOBAR ROCA, G. y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, B., “El derecho a la vivienda”, en ÍD., (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria... op cit.*, p. 1290.

³⁰ LÓPEZ RAMÓN, F., “El derecho subjetivo a la vivienda”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 102, septiembre-diciembre, 2014, pp. 49-91, p. 65.

³¹ Vid., Real Decreto 106/2018, de 9 de marzo, por el que se regula el Plan Estatal de Vivienda 2018-2021.

³² Esta crítica se refiere a las siguientes normas: Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación. Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios. Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal. Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social. Real Decreto-ley 5/2017, de 17 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo y la Ley 1/2013, de 14 de mayo.

³³ Vid., PISARELLO, G., “Vivienda para todos: no quieren, pero se puede”, *Sin permiso*, julio de 2013: “Ley antidesahucios se ha resuelto en una mera amalgama de normas ya dictadas por el Gobierno. Con un objetivo básico: asegurar que los intereses de las entidades financieras no resulten perjudicados por las demandas de las personas y familias afectadas (y estafadas, en muchos casos). De este modo, no solo se realiza una traducción mezquina de las exigencias planteadas por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), del 14 de marzo, que consideraba incompatible la normativa hipotecaria española con la regulación europea en materia de consumo. También se mantiene la impunidad de una operación
ISSN: 2174-6419

Lex Social, vol. 10, núm. 1 (2020)

2. El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales y la protección de la seguridad jurídica de la tenencia en España

Conforme dispone el Comité DESC, por tenencia se entiende una amplia variedad de formas, no únicamente la propiedad. La OG 4 señala como tipos de tenencia (no taxativos): el alquiler, la vivienda en cooperativa, la ocupación por el propietario, la vivienda de emergencia y los asentamientos informales. De igual forma, según la OG 4, la seguridad de la tenencia implica que toda persona, sin importar el tipo de tenencia que ostente, debe tener una “protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas” y que es obligación de los Estados Partes adoptar medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia³⁴; es decir, este elemento del derecho se refiere a la conservación de la vivienda. En esa línea, LÓPEZ RAMÓN agrega que: “el derecho subjetivo también puede y debe fundamentar el establecimiento por el legislador de limitaciones de otros derechos subjetivos (como el de propiedad) e incluso de potestades públicas (como la expropiatoria)”³⁵. La OG 7 del Comité DESC incorpora como elemento del contenido del derecho a la vivienda la protección contra los desalojos forzosos y la obligación de los poderes públicos de garantizar el adecuado realojamiento de las personas sin recursos afectadas por un desahucio. A fin de cumplir con estas obligaciones, las Administraciones públicas deben realizar todos los esfuerzos necesarios (hasta el máximo de recursos disponibles) para satisfacer estos derechos y dar prioridad a los grupos más vulnerables, que deben ser protegidos ante la misma Administración y, también, ante los abusos que puedan cometer los particulares³⁶.

fraudulenta a gran escala sin cuya impugnación frontal es imposible plantear cualquier alternativa democratizadora al actual régimen político, económico y financiero”, p. 4. Otro análisis de estas normas en FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOSES, A., “Derecho a la vivienda y ejecución hipotecaria: valoración de las recientes reformas legales”, *Diario La Ley*, Núm. 8529, Sección Doctrina, 29 de abril de 2015, Ref. D-162. Igualmente, CATENA REAL, R., “Las recientes reformas legislativas ante la problemática planteada por los deudores hipotecarios. ¿Son suficientes?”, *Diario La Ley*, Núm. 8428, Sección Doctrina, 25 de noviembre de 2014, Año XXXV, Ref. D-392. Donde la autora al finalizar el análisis de todas estas normas concluye que: “las distintas reformas legislativas orientadas a dotar de protección al deudor hipotecario han resultado del todo insuficientes: en algunos casos la protección llegaba tarde pues el deudor hipotecario ya había perdido su vivienda habitual, en otros, se limitaba en exceso el ámbito de aplicación con estrictos requisitos tanto subjetivos como objetivos para considerar al deudor en el umbral de exclusión. Sin olvidar el establecimiento de medidas a las que apenas se recurre, como pudiera ser una quita en la deuda o la dación en pago, siendo esta última la solución de mayor reclamo social y establecida por el legislador con un estrecho ámbito de aplicación por cuanto la misma afectaría al sistema financiero, en general, y a la restricción del acceso al crédito hipotecario, en particular”.

³⁴ OG 4, párr. 8.a

³⁵ LÓPEZ RAMÓN, F., “Sobre el derecho subjetivo a la vivienda”, en ID (coord.), *Construyendo el derecho a la vivienda...* op. cit., p. 21.

³⁶ Por ejemplo, las medidas propuestas en la Proposición de Ley 25 de emergencia social, que no llegaron a entrar en vigor. Entre las que se establecían medidas como: la prohibición de los desalojos sin alternativa habitacional (art. 5); la garantía de realojamiento de las personas en situación de exclusión o emergencia social afectados por procedimientos administrativos o judiciales de desalojo (art. 7); y, obligaciones de los grandes tenedores de vivienda de colaboración para la provisión de vivienda para políticas sociales y obligaciones específicas en relación con los desalojos instados por estos (art. 6).

España al ratificar el Protocolo Facultativo del PIDESC³⁷ reconoció la competencia del Comité DESC para recibir y examinar comunicaciones individuales ante posibles violaciones del PIDESC. Este Comité, en su primer dictamen en un caso individual, en 2015 concluyó que España violó el derecho a la vivienda de una mujer cuya vivienda fue objeto de un procedimiento de ejecución hipotecaria. En su dictamen el Comité DESC requiere que España proporcione una reparación efectiva a la persona afectada y que asegure que la legislación que regula los procedimientos de ejecución hipotecaria sea conforme con las obligaciones del PIDESC. Además, el Comité DESC subraya que España debe adoptar medidas legislativas para garantizar que el procedimiento de ejecución hipotecaria y las normas procesales, establezcan requisitos y procedimientos adecuados a seguir antes de que se proceda a la subasta de una vivienda o a un desalojo, en observancia de los derechos reconocidos en el PIDESC³⁸. En este caso, el Comité DESC señaló a España que: “(...) todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas y que los desalojos forzados son *prima facie* incompatibles con los requisitos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y sólo podrían justificarse en las circunstancias más excepcionales y de conformidad con los principios pertinentes de derecho internacional. El Comité considera que los Estados partes deben velar para que los procesos, en el contexto de desalojos forzosos o aquellos en que se pueda afectar la seguridad de la tenencia y concluir en un eventual desalojo, observen las garantías procesales que aseguren entre otras cosas una auténtica oportunidad de consulta a las personas afectadas y un plazo suficiente y razonable de notificación a todas las personas afectadas con antelación a la fecha prevista para el desalojo”³⁹.

En sentido similar, en referencia a la seguridad jurídica de la tenencia como elemento esencial del derecho a la vivienda encontramos otros dos casos en el marco del procedimiento de comunicaciones individuales ante el Comité DESC contra España. El caso *Ben Djazia et al*⁴⁰ relativo al desalojo de un arrendatario como resultado de un proceso judicial iniciado por la arrendadora y en el cual el Comité insistió en que todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia (párr. 13.2), que los desalojos forzosos son *prima facie* incompatibles con el PIDESC (párr. 13.3), y que en los desalojos justificados se debe garantizar que estos se realicen en aplicación de una legislación compatible con el PIDESC y en observancia de los principios generales de razonabilidad y proporcionalidad (párr. 13.3). Además, en este caso el Comité DESC

³⁷ Instrumento internacional que entró en vigor en mayo de 2013. España, Instrumento de Ratificación del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 10 de diciembre de 2008, BOE Núm. 48, 25 de febrero de 2013.

³⁸ COMITÉ DESC, Dictamen aprobado por el Comité en su 55º período de sesiones, 1 a 19 de junio de 2015, Comunicación núm. 2/2014, E/C.12/55/D/2/2014.

³⁹ *Ibid.*, párr. 11.2.

⁴⁰ COMITÉ DESC, Dictamen aprobado por el Comité en su 61er período de sesiones, 29 de mayo a 23 de junio de 2017, Comunicación núm. 5/2015, E/C.12/61/D/5/2015.

enfaticó en el deber estatal de protección de los inquilinos (párr. 14) y en el derecho a la vivienda de las personas desalojadas y el acceso a vivienda pública (párr. 15). Asimismo, puede verse un caso más reciente (2019) que es el correspondiente a la comunicación presentada por *López Albán* debido al desalojo de la vivienda que ocupaba con sus seis hijos⁴¹.

De igual manera, en sus Observaciones finales dirigidas a España en 2018⁴² el Comité DESC insistió en su preocupación debido a que: “las medidas de austeridad adoptadas por el Estado parte han perjudicado el disfrute del derecho a una vivienda adecuada particularmente de personas y grupos más desfavorecidos y marginados” (párr. 35). Entre sus preocupaciones particulares sobre el derecho a la vivienda en España el Comité DESC subraya la falta de protección adecuada de la seguridad de la tenencia (párr. 35) y sobre este elemento del derecho recomienda al Estado que “Revise su legislación sobre arrendamientos y lleve a cabo las modificaciones necesarias a fin de garantizar una protección adecuada de la seguridad de la tenencia y establecer mecanismos judiciales efectivos que garanticen la protección del derecho a una vivienda adecuada” (párr. 36.c) y que adopte “medidas inmediatas, incluyendo la asignación de fondos apropiados a las autoridades de las comunidades autónomas, para asegurar la provisión adecuada de centros de acogida, como refugios de emergencia y albergues” (párr. 36. e). De igual manera, el Comité DESC hace referencia a la falta de un marco legislativo adecuado de garantías legales y procesales para las personas afectadas por los desahucios debido a ejecuciones hipotecarias y por falta de pagos de arrendamientos (párr. 37) y, en ese sentido, insta al Estado a que adopte “(...) un marco legislativo que establezca requisitos y procedimientos adecuados para llevar a cabo desahucios o desalojos forzados, que entre otros incorpore los principios de razonabilidad y proporcionalidad, así como las debidas garantías legales y procesales para las personas afectadas, asegurando que las personas afectadas tengan acceso a una compensación o la opción de una vivienda alternativa adecuada, sean informadas con un plazo suficiente y razonable de notificación sobre las decisiones que ordenen los desahucios y tengan acceso a un recurso judicial efectivo. El Comité recomienda al Estado parte que adopte un protocolo de actuación en casos de desahucios que asegure una coordinación adecuada entre los tribunales y los servicios sociales locales, así como entre los servicios sociales mismos, a fin de brindar una protección adecuada a las personas que puedan quedarse sin hogar como resultado del desahucio (...)” (párr. 38).

En este punto, vale recordar que el Comité DESC, ya en sus Observaciones finales dirigidas a España en 2012⁴³, subrayó que: “le preocupa que se sigan realizando desalojos

⁴¹ Vid., COMITÉ DESC, Dictamen adoptado por el Comité durante su sexagésimo sexta sesión, 30 de septiembre a 18 de octubre de 2019, Comunicación núm. 37/2018, E/C.12/66/D/37/2018, párr. 13.2.

⁴² COMITÉ DESC, “Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: España”, E/C.12/ESP/CO/6, 2018.

⁴³ COMITÉ DESC, “Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: España”, E/C.12/ESP/CO/5, 2012.

forzosos sin las debidas garantías legales, sin que las personas afectadas sean consultadas previamente, y sin que se les ofrezca una alternativa de alojamiento o compensación (art. 12). El Comité recomienda que el Estado parte implemente un marco legislativo que establezca requisitos y procedimientos adecuados a seguir antes de que se proceda a un desalojo, tomando en cuenta las disposiciones de la Observación general N.º 7 (1997) del Comité sobre el derecho a una vivienda adecuada (art. 11, párr. 1 del Pacto): los desalojos forzosos, las recomendaciones del Relator Especial sobre una vivienda adecuada y los Principios básicos y directrices sobre los desalojos y el desplazamiento generados por el desarrollo” (párr.22). Además, el Comité DESC puso de manifiesto que: “Al Comité también le preocupa que el Real Decreto-ley 6/2012 de 9 de marzo de 2012 deje a discrecionalidad de las entidades bancarias la admisión de la dación en pago (art. 12). El Comité recomienda al Estado parte que impulse una reforma legislativa que faculte la dación de la vivienda en pago de la deuda hipotecaria, de modo que esta opción no dependa únicamente de la discrecionalidad de las entidades bancarias. Igualmente se recomienda al Estado parte que incentive a individuos y familias a considerar arrendar propiedades como forma alternativa de acceder a la vivienda”⁴⁴.

En esa línea, cabe hacer mención a que el Relator Especial de Naciones Unidas sobre una vivienda adecuada, MILOON KOTHARI, en su Informe de 2008 sobre su misión a España apuntó los graves efectos que los desalojos conllevan para personas. El Relator recalcó en ese informe que se había elaborado una serie de directrices para ayudar a los gobiernos cuando los desalojos son inevitables, las mismas que están plasmadas en el documento “Principios básicos y directrices sobre los desalojos y el desplazamiento generados por el desarrollo”⁴⁵.

3. El Defensor del Pueblo y la seguridad jurídica de la tenencia

Como se desprende de los señalamientos del Comité DESC y del Relator Especial de Naciones Unidas sobre una vivienda adecuada, antes señalados, la grave crisis económica sufrida en España requería por parte del Estado la adopción de medidas, algunas prestacionales, para proteger el derecho a la vivienda, principalmente, de las personas en riesgo de exclusión social como los deudores hipotecarios afectados por las ejecuciones hipotecarias. De cara a la necesaria adopción de medidas destinadas a la conservación de la vivienda, también ha intervenido el Defensor del Pueblo, principalmente, para la protección del deudor hipotecario y ante los desalojos.

Antes de entrar a enunciar algunas de las actuaciones más relevantes del Defensor del Pueblo en estos ámbitos, debemos señalar que esta Institución se ha pronunciado sobre el deber del Estado de dar cumplimiento a las recomendaciones del Comité DESC. En ese

⁴⁴ COMITÉ DESC, “Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, *E/C.12/ESP/CO/5*, 2012, párr. 21.

⁴⁵ Anexo I del Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado, *A/HRC/4/18*.

sentido, el 18 de julio de 2018 se emitió una Sugerencia dirigida al Ministerio de Justicia con tres objetivos: “1. Actuar en coordinación con el Ministerio de Fomento para realizar las consideraciones que procedan respecto del Dictamen del Comité DESC. 2. Tomar en la debida consideración las recomendaciones particulares, motivando la decisión respecto de las compensaciones y el pago de las costas solicitadas por los afectados. 3. Tomar en la debida consideración las recomendaciones generales, motivando la decisión que se adopte respecto a las mismas, en su caso. 4. Dar publicidad al Dictamen del Comité mediante su publicación en el Boletín Oficial del Estado o en la página web de los Ministerios de Justicia o de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación”⁴⁶. Esta Sugerencia ha sido aceptada por el Ministerio.

3.1. La protección del deudor hipotecario

En ese contexto, en enero de 2012 el Defensor del Pueblo emite un conjunto de Recomendaciones formuladas a varias Administraciones públicas (R7/2012; R8/2012; R9/2012; R10/2012)⁴⁷ en las que analiza la imposibilidad de los ciudadanos para hacer frente a sus deudas hipotecarias, cuando como garantía se había dado la vivienda habitual o el local de su actividad profesional, y cuya pérdida ponía a muchas personas en riesgo de exclusión social. El Defensor consideró que esa situación requería de una solución general y elaboró un informe especial titulado “Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo”⁴⁸, que fue entregado a las Cortes Generales. En las Recomendaciones correspondientes el Defensor señaló que era necesario reforzar la protección a los deudores hipotecarios pues no se podía considerar que sean los únicos responsables de su sobreendeudamiento, debido a que el sistema en sí no había funcionado. El Defensor añadió que existía una responsabilidad compartida de la banca con los clientes, pero la responsabilidad de la banca era mayor porque el profesional de mercado hipotecario tiene conocimiento del mercado y sus riesgos. Por lo tanto, era la banca quien debía evaluar la capacidad de endeudamiento de sus clientes y no otorgar créditos por encima de la capacidad de reembolso. En esa línea, se formularon tres tipos de extensas Recomendaciones, que se pueden resumir en:

1. Medida General: Reforzar la independencia del Servicio de Reclamaciones del Banco de España y que éste ejerza una labor mediadora, pudiendo establecerse como requisito de procedibilidad en las ejecuciones hipotecarias el agotamiento de la vía extrajudicial de mediación.

⁴⁶ Defensor del Pueblo, Sugerencia de 18 de julio de 2018, dirigida al Ministerio de Justicia, Secretaría de Estado de Justicia, Queja Núm. 18000057. Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2019/06/E-2-Sugerencias.pdf>

⁴⁷ *Vid.*, Recomendaciones sobre la protección del deudor hipotecario: Recomendación 7/2012, de 25 de enero, formulada al Banco de España; Recomendación 8/2012, de 25 de enero, formulada a la Vicepresidencia, Ministerio de la Presidencia y Portavoz del Gobierno; Recomendación 9/2012, de 25 de enero, formulada al Ministerio de Economía y Competitividad; Recomendación 10/2012, de 25 de enero, formulada al Ministerio de Justicia.

⁴⁸ DEFENSOR DEL PUEBLO, *Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo*, Madrid, 2012.

2. Medidas preventivas: 2.1. Mejorar la transparencia hipotecaria; 2.2. Hacer efectivo el asesoramiento técnico por parte de las entidades financieras y de los notarios, a fin de que los clientes conozcan el contenido técnico de los productos y servicios financieros antes de su contratación; 2.3. Desarrollar la obligación de concesión responsable de crédito; 2.4. Establecer restricciones a la práctica generalizada de las entidades bancarias de imponer la contratación de los seguros de protección de préstamos y evitar un enriquecimiento irregular de las entidades de crédito. De igual forma, se recomiendan cautelas en la interpretación de esas pólizas, porque se considera que la ciudadanía no ha prestado su consentimiento libre e informado para su contratación. 2.5. Intensificar la independencia de las sociedades de tasación. 2.6. Establecer un intento de acuerdo previo como requisito de procedibilidad en las ejecuciones hipotecarias, debido a la inflexibilidad de la banca para negociar los pagos de la deuda. 2.7. Regular de forma adecuada al momento social la regulación de las hipotecas que afectan a la vivienda habitual y al local de negocio donde se ejerce la actividad que constituye el medio de vida de los particulares.

3. Medidas paliativas: 3.1. Regular un procedimiento específico de insolvencia de las personas físicas, ya sea procesal o extraprocésal; 3.2. Mejorar el sistema de subastas recogido en la Ley de Enjuiciamiento Civil. No obstante, en la misma Recomendación, el Defensor reconoce que, en la situación actual, en que los bienes se tasaron de forma exagerada y existe un sobreendeudamiento sobrevenido, como consecuencia del crédito irresponsable y de la crisis económica, ésta no es la mejor solución; 3.3. La adopción de medidas extraordinarias, que con el fin de evitar situaciones de exclusión social, permitan a los deudores de buena fe, que han perdido su vivienda o local de negocio donde ejercen su actividad económica, continuar utilizando los mismos mediante un precio asumible, buscando su recuperación económica e integración social; 3.4. Limitar los gastos en caso de mora para el deudor de buena fe; 3.5. Limitar los intereses moratorios, a fin de evitar la usura; 3.6. Realizar un acuerdo político que sea asumido por el sector bancario y que incluya una moratoria en el pago de las hipotecas y flexibilización de cuotas, así como la posibilidad del establecimiento de un sistema de pago con carencia de amortización de capital haciendo la cuota asumible; 3.7. Aprobar un modelo de “Código de conducta para la comercialización y ejecución de préstamos hipotecarios” a adoptar a corto plazo por todos los bancos y demás intermediarios financieros como reglamento interno de conducta; 3.8. Elaborar, por parte del Banco de España, una Guía de acceso al préstamo hipotecario, que recoja buenas prácticas en materia de ejecución hipotecaria; 3.9. Establecer, por parte del Banco de España, un plan de pagos en los casos de concesión irresponsable del préstamo por parte de las entidades de crédito, quienes en caso de no aceptarlo deberían admitir la dación en pago; 3.10. Resolver el problema de los productos de permuta financiera, de acuerdo con los

pronunciamientos judiciales que han anulado los mismos ante la falta de consentimiento e información en su contratación⁴⁹.

Una vez emitida esa Recomendación, se aprobó el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, que tiene como anexo un Código de Buenas Prácticas de suscripción voluntaria por las entidades bancarias. Al respecto, en noviembre de 2012, el Defensor realiza otro grupo de Recomendaciones sobre la protección del deudor hipotecario (R137/2012; R138/2012; R139/2012)⁵⁰ en las que se analiza esa normativa y se apunta que, si bien esa regulación se presenta como un avance, es una regulación insuficiente para hacer frente a los problemas sociales derivados de la crisis económica. Algunas de las deficiencias encontradas por el Defensor en esa norma son: 1. Su reducido ámbito de aplicación, porque para poder acogerse a las medidas se requiere que la unidad familiar carezca de ingresos y se quedan fuera quienes tienen ingresos pero los han visto considerablemente reducidos; 2. el hecho de que no pueda haber otras garantías establecidas sobre el préstamo hipotecario, excluyendo así las hipotecas avaladas por terceros, pero las personas que prestan los avales muchas veces pueden estar en situación de exclusión social; y 3. que el Código de Buenas Prácticas es de suscripción voluntaria por las entidades bancarias. Para el Defensor del Pueblo, el Código debería tener una mayor proyección e incluir sanciones para quien no cumpla con sus estipulaciones. Además, el Defensor sostiene que se requiere de la adopción de normas de protección de los deudores hipotecarios más adecuadas a la realidad social, para evitar la ruina de las personas físicas⁵¹.

Posteriormente, también para la protección del deudor hipotecario, se formuló la “Recomendación, de 4 de julio de 2016, dirigida a la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa del Ministerio de Economía y Competitividad para la ampliación de la aplicación del Código de Buenas Prácticas en la protección de deudores hipotecarios sin recursos”. En esta Recomendación el Defensor señaló que cuando las entidades financieras ceden sus créditos a las sociedades gestoras de fondos se desvirtúa el modelo de protección al deudor hipotecario en riesgo de exclusión social, porque el deudor no puede solicitar a esas sociedades la aplicación del Código de Buenas Prácticas Bancarias, regulado en el Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo. Asimismo, el Defensor sostuvo que, como consecuencia de la crisis económica, las cesiones de créditos desde las entidades financieras a las sociedades gestoras de fondos se habían convertido en una práctica habitual; y, que en esas cesiones se ha pagado entre un 20% y un 40% de los

⁴⁹ DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe del Defensor del Pueblo correspondiente a 2012 Anexo E.I. Recomendaciones*, pp. 22-26; 30-36; 41-46; 50-54.

⁵⁰ *Vid.* Recomendaciones sobre la protección del deudor hipotecario: Recomendación 137/2012, de 6 de noviembre, formulada a la Vicepresidencia, Ministerio de la Presidencia y Portavoz del Gobierno; Recomendación 138/2012, de 7 de noviembre, formulada al Ministerio de Justicia; Recomendación 139/2012, de 7 de noviembre, formulada al Ministerio de Economía y Competitividad.

⁵¹ *Vid.* DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe del Defensor del Pueblo correspondiente a 2012... op. cit.*, pp. 349-350; 352-353; 355-356.

préstamos hipotecarios para obtener la propiedad de la deuda. En ese contexto, el Defensor del Pueblo analizó la figura del retracto (art. 1521 y ss. del Código Civil), conforme a la cual, una vez comprado un crédito litigioso, el deudor puede extinguirlo reembolsando al cesionario el precio que pagó, las costas y los intereses del precio desde el día en que fue pagado, pero la figura requiere que el crédito esté en fase judicial. En ese sentido, el Defensor del Pueblo agregó que era necesario reformar el artículo 1535 del Código Civil, extendiéndolo a los créditos no litigiosos y regular la obligatoriedad de notificar al deudor de la cesión de créditos. A criterio del Defensor del Pueblo, en la práctica las sociedades gestoras de fondos no notificaban de manera transparente la cesión de créditos y en muchos casos: “Si a los deudores se les ofrecieran las mismas condiciones de pago que a los cesionarios, la situación de muchas personas en situación de morosidad quedaría resuelta, evitando procesos judiciales, embargos y deudas de por vida. Quedando satisfechos tanto acreedor como deudor”. Por lo tanto, el Defensor recomendó: “1. Modificar el artículo 1535 del Código Civil, para extender a los créditos no litigiosos en situación de morosidad, el derecho de retracto del deudor. 2. Regular la obligatoriedad de notificar al deudor de forma fehaciente la cesión del crédito. 3. Ampliar la aplicación del Código de Buenas Prácticas a casos como el presente, o interpretar la norma de forma que tengan cabida estas situaciones”⁵².

De igual forma, en 2016, a partir de una investigación de oficio realizada ante la Dirección General de Registros y del Notariado y ante la Agencia Española de Consumo y de Seguridad Social, el Defensor del Pueblo tuvo conocimiento de que las dificultades de acceso a la financiación de créditos hipotecarios dieron lugar al surgimiento de prestamistas fuera del sistema de entidades financieras. Prestamistas que, a criterio del Defensor, eluden los requisitos legales de transparencia e información al consumidor establecidos en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. Por consiguiente, el Defensor del Pueblo emitió dos Recomendaciones, con el mismo contenido, sobre la regulación de las condiciones para la concesión de préstamos o créditos hipotecarios. La primera, de 5 de enero de 2016, dirigida a la Secretaría General Técnica de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, donde el Defensor del Pueblo analiza la desprotección en la que el consumidor se encuentra ante esas prácticas; en las cuales, según el Defensor, el bien hipotecado puede llegar a responder por un importe tres veces superior al crédito que el cliente efectivamente recibe, pues a ese valor se añaden intereses de mora, altas penalizaciones y gastos de ejecución. El Defensor del Pueblo incluso describe como prácticas habituales el hacer constar en las escrituras del préstamo la entrega de un valor superior al que recibe el deudor y que el prestamista se hace pasar por una persona particular (socia o amiga), dejando al consumidor sin

⁵² Recomendación, de 4 de julio de 2016, dirigida a la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa del Ministerio de Economía y Competitividad para la ampliación de la aplicación del Código de buenas prácticas en la protección de deudores hipotecarios sin recursos.

protección legal. Ante esas situaciones, el Defensor del Pueblo agregó que había recibido de la Secretaría de Estado de Justicia un informe del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, que contiene propuestas para mejorar la protección legal de los consumidores, como: definir las situaciones de estado de necesidad del prestatario; la sujeción a una especial protección para determinados colectivos; y, precisar detalladamente a quien se considera persona dedicada con carácter profesional a la actividad de concesión de créditos hipotecarios. Frente a estas prácticas, la Recomendación del Defensor del Pueblo fue: “1. Estudiar la posibilidad de modificar la Ley 2/2009, de 31 de marzo, en los términos propuestos por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España: a) Definir las situaciones de estado de necesidad en el prestatario, o de sujeción a una especial protección, incluyendo dentro de ella determinados colectivos de personas. b) Precisar quiénes han de considerarse personas dedicadas con carácter profesional a la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios. 2. Promover la creación por las comunidades autónomas de los registros autonómicos de empresas que se dedican a la actividad de concesión de préstamos y créditos hipotecarios, o a su intermediación, dando cumplimiento a lo previsto en el artículo 3 de la citada Ley 2/2009”⁵³.

Como en la Recomendación formulada a la Subsecretaría del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad esa Administración había señalado al Defensor que la entidad competente en este tema era Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa del Ministerio de Economía y Competitividad (por ser la Administración responsable de la transposición de la Directiva 2014/14/UE del Parlamento y del Consejo de 4 de febrero de 2014, sobre contratos de créditos celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial) se emitió la Recomendación, de 28 de julio de 2016, dirigida a ese Ministerio con el mismo contenido antes descrito.

3.2. La dación en pago

El Defensor del Pueblo analizó la necesidad de crear mecanismos para la dación en pago de la vivienda ante las ejecuciones hipotecarias en las siguientes Recomendaciones: “Recomendación 12/2012, de 25 de enero, formulada al Gabinete de la Presidencia del Gobierno, sobre la dación en pago de la vivienda en ejecución hipotecaria”⁵⁴ y la “Recomendación 13/2012, de 25 de enero, formulada a la Secretaría de Estado de Justicia del Ministerio de Justicia, sobre dación en pago de la vivienda en ejecución hipotecaria”⁵⁵. En la fundamentación de estas Recomendaciones el Defensor describió la situación de sobreendeudamiento que enfrentaban algunos ciudadanos y recalcó que las ejecuciones hipotecarias de las viviendas habituales estaban conduciendo a varias familias a situaciones de riesgo de exclusión social. En ese sentido, el Defensor puso de manifiesto

⁵³ Recomendación, de 5 de enero de 2016, formulada a la Secretaría General Técnica de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

⁵⁴ DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe del Defensor del Pueblo correspondiente a 2012... op. cit.*, pp. 58-63.

⁵⁵ *Ibid.*, pp. 64- 69.

que la aplicación de la legislación hipotecaria implicaba que los deudores hipotecarios, al no poder afrontar el pago de las cuotas hipotecarias, además de perder su vivienda mantenían deudas con las entidades bancarias que concedieron los préstamos; situación que impedía a los deudores atender sus necesidades a largo plazo. Todo aquello debido a que las viviendas eran objeto de subastas judiciales por un monto inferior al de su valor de tasación, que era sobre el cual se concedió el crédito. Asimismo, la entidad que concedió el crédito podía adjudicarse la vivienda en la subasta judicial, por un valor inferior al que en su día tasó, beneficiándose así del desconocimiento de los clientes que confiaron en el sistema impuesto por las mismas entidades financieras. Finalmente, el Defensor del Pueblo consideró que es inconstitucional quitar a las personas los medios mínimos y necesarios para satisfacer sus necesidades y las de su familia. Por lo que, a su criterio, desde el Estado se debían adoptar medidas extraordinarias para los deudores de buena fe ante situaciones de riesgo de exclusión social y recomendó: “Que, con el fin de evitar situaciones de exclusión social, se estudie la adopción de medidas extraordinarias para que los deudores de buena fe, que se encuentran en riesgo de perder la vivienda habitual o el local de negocios, donde se ejerce la profesión o actividad que constituye su forma de vida, puedan continuar utilizando tanto la vivienda como el local por un precio o cualquier otro tipo de compensación. Las medidas de carácter extraordinario se proponen para hacer frente a la actual situación de crisis y con ellas no se pretende un enriquecimiento injusto de los deudores, sino que se busca su recuperación económica y su integración social. Del mismo modo, y también con carácter extraordinario, para los supuestos en que estas personas inmersas en un proceso de ejecución hipotecaria, en el que van a perder su vivienda o local de las anteriores características y con la venta de los mismos no se cubre la cantidad adeudada, se recomienda que se arbitre un sistema que impida que estas personas permanezcan endeudadas de por vida. De tal suerte que cualquier mejora en su situación económica únicamente vaya a servir para el pago de la deuda persistente que, en la mayoría de las ocasiones, ha crecido de forma desmesurada por la mora, generando gastos e intereses que no deberían repercutir en estos momentos en esos deudores de buena fe”⁵⁶.

3.3. Las cláusulas suelo y swaps

En el mismo contexto, en 2012 el Defensor realizó dos Recomendaciones relativas a las cláusulas suelo y swaps⁵⁷. Por una parte, la “Recomendación 57/2012, de 29 de mayo, formulada al Banco de España, sobre la obligación de contratación de productos de permuta financiera vinculados a los préstamos hipotecarios (swaps) y sobre la inclusión

⁵⁶ *Ibíd.*, pp. 63 y 69.

⁵⁷ *Vid.*, por todos, ALONSO PÉREZ, M.T., “Cláusulas frecuentes en préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda: cláusula suelo, cláusula de vencimiento anticipado y cláusula de intereses moratorios”, en ÍD. (dir.), *Vivienda y crisis económica. Estudio de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica*, Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 149 a 217. BARRAL VIÑALS, I., “Cláusulas abusivas en préstamo hipotecario: de la protección al consumidor a la paralización de la ejecución hipotecaria”, en TORNOS MAS, J. y BARRAL VIÑALS, I. (dirs.), *Vivienda y crisis: ensayando soluciones... op. cit.*, pp. 109-124.

de cláusulas suelo en las hipotecas”⁵⁸ en donde el Defensor manifestó que era necesario poner un freno a las entidades bancarias para la comercialización de esos productos. A criterio del Defensor, en la práctica la inclusión de esos productos en los contratos hipotecarios estaba generando situaciones contrarias a aquellas para las que establecieron, pues ellos se deberían haber establecido para proteger al deudor hipotecario de los aumentos del tipo de interés, no para situaciones de descenso de este⁵⁹. Por otra parte, para el Defensor ese tipo de regulaciones deberían servir para la protección de la parte más débil de la relación y no para lo contrario, que era lo que venía ocurriendo. En ese sentido, el Defensor recomendó la creación de un mecanismo de inscripción y control en el Banco de España de este tipo de ofertas⁶⁰.

Al mismo tiempo, sobre este tema se expidió la “Recomendación 58/2012, de 29 de mayo, formulada a la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa del Ministerio de Economía y Competitividad, sobre la obligación de contratación de productos de permuta financiera vinculados a los préstamos hipotecarios (swaps) y sobre la inclusión de cláusulas suelo en las hipotecas”⁶¹. En esta Recomendación el Defensor hizo mención a la falta de una adecuada información sobre los posibles efectos de esas cláusulas al momento de suscripción de los contratos y sostuvo además que en ese tipo de contratos las cláusulas oscuras no pueden beneficiar justamente a quien las introduce, por lo que las normas han sido insuficientes. A criterio del Defensor del Pueblo era necesaria la adopción de una normativa más precisa sobre la información y valoración de los riesgos que se debía facilitar para la comercialización de esos productos⁶².

Del mismo modo, en 2013 se realizó una investigación de oficio referente a las cláusulas limitativas de los tipos de interés en los contratos hipotecarios (cláusulas suelo) y dada la necesidad de evitar la incertidumbre de los clientes (cuyos contratos de préstamo hipotecario establecían esas cláusulas) el Defensor efectuó la “Recomendación 82/2013, de 14 de junio, formulada al Banco de España, sobre la inclusión en los contratos de

⁵⁸ DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe del Defensor del Pueblo correspondiente a 2012... op. cit.*, pp. 211-212.

⁵⁹ Adelantándose así el Defensor a la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, -asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15- en la que resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Mercantil 1 de Granada y la Audiencia Provincial de Alicante, sobre la interpretación de los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante Directiva 93/13/CEE), respecto a la restitución de cantidades abonadas sobre la base de cláusulas contractuales cuyo carácter abusivo ha sido declarado por los tribunales, como consecuencia de la doctrina fijada por el TS en su sentencia de 25 de marzo de 2015. En esa sentencia la doctrina fijada fue: “Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013”.

⁶⁰ DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe del Defensor del Pueblo correspondiente a 2012...op. cit.*, p. 212.

⁶¹ *Ibíd.*, pp. 213-215.

⁶² *Ibíd.*, p. 215.

préstamo hipotecario de cláusulas limitativas del tipo de interés (cláusula suelo)⁶³ y solicitó a esa entidad elaborar instrucciones para las entidades financieras sobre las esas cláusulas en los contratos hipotecarios⁶⁴.

3.4. La ejecución de vivienda habitual por deudas públicas

Para la protección de deudores tributarios, que tengan como único bien su vivienda habitual, el Defensor del Pueblo realizó la “Recomendación, de 1 de diciembre de 2016, dirigida a la Alcaldía del Ayuntamiento de Madrid para la adopción de un procedimiento especial de trámite de la declaración de fallidos por insolvencia provisional de personas físicas sin ejecución sobre la vivienda habitual”. El Defensor realizó esta Recomendación con el fin de establecer un procedimiento para evitar la pérdida de la vivienda habitual, cuando esta sea el único bien del patrimonio del deudor, en las ejecuciones para el cobro de deudas públicas. Para lo cual se propuso que el deudor pueda ser declarado fallido por insolvencia personal cuando el único bien ejecutable que tenga sea la vivienda habitual y resida en ella, en cuyo caso debería aplicarse el principio de proporcionalidad y no ejecutarse el embargo mientras resida en la vivienda. Asimismo, a criterio del Defensor, era necesario ampliar el plazo excepcional de fraccionamiento de pago, que era de hasta cuatro 4 años, pues en la coyuntura de crisis económica resultaba insuficiente, porque no se podían reducir las cuotas para hacerlas más asequibles.

En referencia a los procedimientos de desahucio de viviendas por deudas, el Defensor del Pueblo también intervino ante la Tesorería General de la Seguridad Social, al recibir un escrito del Defensor del Pueblo Andaluz en donde se ponía de manifiesto que existía un elevado número de subastas de viviendas familiares debido a deudas de poca cuantía con la Seguridad Social. Al respecto se expidió la “Recomendación 228/2014, de 18 de agosto, formulada a la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, sobre procedimientos de desahucio de vivienda por deudas”⁶⁵. En el texto de fundamentación de esta Recomendación, el Defensor del Pueblo manifestó que era necesario buscar soluciones alternativas para evitar los perjuicios económicos a los que se veían compelidos algunos ciudadanos por las cuotas adeudadas a la Seguridad Social por importes no elevados. Según el Defensor, esas deudas estaban derivando en situaciones desproporcionadas, poco razonables y alejadas de la CE, porque por esas cuotas se procedía al embargo y subasta de viviendas familiares de propiedad de los deudores, quienes quedaban en situaciones de riesgo de exclusión social. Considerando el contexto de crisis económica y haciendo referencia al artículo 47 CE y al PIDESC, el Defensor recomendó establecer un sistema para deudas de escasa cuantía en la Seguridad

⁶³ DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe del Defensor del Pueblo 2013, Anexo E.1. Recomendaciones*, pp. 259-260.

⁶⁴ *Ibíd.*

⁶⁵ DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe del Defensor del Pueblo correspondiente a 2014 Anexo E.1. Recomendaciones*, pp. 365-368.

Social para evitar el procedimiento de desahucio de la vivienda habitual de los deudores con el objetivo de facilitar su recuperación económica y evitar su exclusión social⁶⁶.

Con un espíritu similar, encontramos la “Recomendación 232/2014, de 20 de agosto, formulada al Instituto de la Vivienda de Madrid (IVIMA), Comunidad de Madrid, para regular el mecanismo de compromiso de pago de deudas por vivienda en los pisos gestionados por el IVIMA”⁶⁷. En la fundamentación de esta Recomendación el Defensor hizo mención a los perjuicios que se derivaban para los ciudadanos con las ventas de viviendas de promoción pública a empresas privadas. Para el Defensor este tipo de operaciones reducía la esfera de los derechos de los adjudicatarios de viviendas, porque la prestación de un servicio público implica que el ejercicio de las competencias administrativas se realice de la forma más favorable a los ciudadanos, inclusive para atender sus situaciones coyunturales de necesidad (art. 9.2 CE), forma de actuación que no se le podía exigir a una empresa privada. El Defensor sostuvo que la obligación del inquilino es pagar la renta, pero que al tratarse de una prestación pública se debía atender a las situaciones coyunturales de necesidad de los arrendatarios, mediante reducciones de renta u otros mecanismos para el abono de deudas. Al no existir una regulación normativa de esos mecanismos, formaba parte de la competencia discrecional del IVIMA ofrecer o no a los inquilinos este tipo de compromisos, lo que para el Defensor podría implicar prácticas arbitrarias del IVIMA y recomendó: “Regular el procedimiento de pago de deudas a través de un compromiso de pago, y hacerlo público para general conocimiento de los interesados”⁶⁸. Sobre los planes de pago a favor de los arrendatarios, también puede verse la “Recomendación 299/2014, de 18 de diciembre, formulada a la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo, para regular los planes de pago de rentas vencidas e impagadas por los arrendatarios de la EMVS”⁶⁹.

3.5. El desmantelamiento de asentamientos humanos irregulares

El Defensor del Pueblo realizó actuaciones en torno a las garantías ante el desmantelamiento de los asentamientos humanos irregulares en casos relativos a los asentamientos de El Ventorro y El Gallinero.

En 2015 el Defensor se pronunció en referencia al realojo de la población afectada por el desmantelamiento de “El Ventorro” mediante la “Recomendación de dos de junio de 2015, formulada al Instituto de Realojamiento e Integración Social de la Comunidad de Madrid”⁷⁰. Esta Recomendación tiene lugar debido a un Convenio firmado entre el Ayuntamiento de Madrid y la Comunidad de Madrid para intervenir conjuntamente en la erradicación definitiva del chabolismo en Madrid que a criterio del Defensor regulaba un

⁶⁶ *Ibíd.*, p. 368.

⁶⁷ *Ibíd.*, pp. 374-376.

⁶⁸ *Ibíd.*, p. 376.

⁶⁹ *Ibíd.*, p. 514.

⁷⁰ Recomendación de dos de junio de 2015, formulada al Instituto de Realojamiento e Integración Social de la Comunidad de Madrid.

procedimiento administrativo para el realojo. Para el Defensor ese tipo de regulación requería de una disposición de carácter general (legal o reglamentario) y no podía ser establecido únicamente mediante un convenio entre las Administraciones públicas, pues tenía efectos sobre derechos de terceros. En la fundamentación de la Recomendación se señaló que: “La administración no puede hacer discriminaciones prohibidas sobre las personas a las que pretende realojar. Y, de la misma manera, el realojo debe llevarse a cabo con unas mínimas formalidades, es decir, con las garantías que el ordenamiento jurídico reconoce a los ciudadanos ante cualquier actuación de la Administración”⁷¹ y por tanto recomendó: la elaboración de una disposición de carácter general que regule el procedimiento de realojo de población afectada por el desmantelamiento de ese tipo de asentamientos.

Para otros casos de desmantelamiento de los asentamientos humanos irregulares el Defensor del Pueblo ha optado por un tipo de resolución que no tiene alcance general y que son las denominadas Sugerencias a la Administración. Así, existen algunas Sugerencias a las Administraciones públicas madrileñas referentes al poblado “El Gallinero” que a nuestro criterio deberían ser Recomendaciones, pues son aplicables a cualquier desalojo forzoso de asentamientos humanos irregulares que realice la Administración pública. En esas resoluciones el Defensor del Pueblo analiza el complejo problema del asentamiento denominado “El Gallinero” y las dificultades para su tratamiento y solución, dadas las características socioculturales de ese asentamiento. Además, durante su investigación, el Defensor encuentra varias deficiencias en la actuación de la Administración pública madrileña, como: ausencia de notificación de la fecha del desalojo, descoordinación administrativa e incumplimiento de instrumentos internacionales. Al respecto puede verse, por ejemplo, la Sugerencia de 17 de julio de 2015, dirigida Alcaldía del Ayuntamiento de Madrid, referente a medidas a adoptar ante los posibles desalojos futuros en el poblado “El Gallinero”, en la que el Defensor señaló que, si bien es una potestad discrecional de la Administración decidir el momento de llevar a cabo el desalojo, eso no implica que esa potestad pueda ser arbitraria. Por el contrario, el Defensor recalcó que se debe respetar de manera especial los derechos de los afectados; principalmente, frente a ejecuciones forzosas de personas con escaso conocimiento de los procedimientos administrativos. Por otra parte, el Defensor apuntó que desconocer por completo la fecha de un desalojo genera inseguridad jurídica y que el derecho a la asistencia letrada es trascendente en estos casos. En esa línea, entre las sugerencias realizadas se señaló la necesidad de contar con una actuación administrativa coordinada; realizar la debida notificación a las personas afectadas o a sus representantes legales de las fechas de los futuros desalojos; dar cumplimiento a las normas humanitarias en caso de desalojos forzosos y tener en cuenta en el Programa de Intervención Social las necesidades particulares de la población gitana⁷². Posteriormente, el 28 de diciembre de 2015 se formula otra Sugerencia sobre este tema, dirigida al Ayuntamiento de Madrid

⁷¹ *Ibíd.*

⁷² Sugerencia de 17 de julio de 2015, dirigida Alcaldía del Ayuntamiento de Madrid.

para “Replantear el Programa de Actuaciones de Intervención Social en El Gallinero, estableciendo objetivos concretos y mensurables con una planificación temporal que permita medir su eficacia”.

No obstante, debemos señalar que el Defensor es bastante riguroso, incluso más que la Administración pública, en la necesidad de aplicar sanciones contra quienes ocupen de manera irregular viviendas protegidas porque, según la Institución, la ocupación de viviendas de titularidad pública constituye un “agravio comparativo hacia los solicitantes de vivienda que sí cumplen con el procedimiento de adjudicación”⁷³ en ese sentido pueden verse las siguientes recomendaciones: “Recomendación 12/2011, de 2 de febrero, para que se adopten medidas eficaces, a fin de conseguir la recuperación posesoria de viviendas ocupadas irregularmente”⁷⁴, dirigida al Director Gerente del Instituto de la Vivienda de Madrid de la Comunidad de Madrid; la “Recomendación 40/2011, de 5 de mayo, sobre la tramitación eficaz de la recuperación posesoria de las viviendas de su propiedad que hayan sido ocupadas por personas sin título suficiente”⁷⁵, dirigida a la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid; la “Recomendación 110/2011, de 20 de diciembre, sobre medidas de exclusión y sanción a quienes ocupan irregularmente viviendas con protección pública”⁷⁶, dirigida al Director General de Vivienda y Rehabilitación de la Comunidad de Madrid.

4. Conclusión

La crisis económica puso en evidencia la grave desprotección del derecho a la vivienda en España y su deficiente sistema de garantías para la protección de la seguridad jurídica de la tenencia, por lo que en ese período se incrementaron notablemente las quejas ante el Defensor del Pueblo y sus Recomendaciones relativas al derecho a la vivienda.

De los casos resueltos por el Comité DESC y de las intervenciones del Defensor del Pueblo, se desprende que en España no se ha actuó de manera eficaz durante la crisis económica para la protección de este elemento del derecho, lo que ocasionó graves dramas sociales como consecuencia de los lanzamientos hipotecarios y los desalojos, que afectaron a multitud familias sin capacidad de pagar la hipoteca o el alquiler⁷⁷. La conservación de la vivienda de estos grupos requería de la adopción oportuna de medidas, algunas prestacionales, que no se realizó a tiempo en el caso español, como la protección del deudor hipotecario por medio de la dación en pago, la regulación de garantías en casos de desalojos como, por ejemplo, mediante alternativas habitacionales ante aquellos; la ordenación de planes de pago a favor de los arrendatarios de viviendas protegidas o la

⁷³ DEFENSOR DEL PUEBLO, *Recomendaciones y Sugerencias 2011*, Madrid, 2012, p. 90.

⁷⁴ DEFENSOR DEL PUEBLO, *Recomendaciones y Sugerencias 2011 ... op. cit.*, pp. 83-97.

⁷⁵ *Ibid.*, pp. 231-240.

⁷⁶ *Ibid.*, pp. 557-567.

⁷⁷ Vid. OBSERVATORIO DESC y PLATAFORMA DE AFECTADOS POR LA HIPOTECA DE BARCELONA (PAH), *Informe Emergencia habitacional en el Estado español: la crisis de las ejecuciones hipotecarias y los desalojos desde una perspectiva de derechos humanos*, 2013.

regulación de la novación de los contratos de vivienda protegida, aspectos que han sido señalados por el Comité DESC y el Defensor del Pueblo.

5. Bibliografía

ALONSO PÉREZ, M. T., “Cláusulas frecuentes en préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda: cláusula suelo, cláusula de vencimiento anticipado y cláusula de intereses moratorios”, en ÍD. (dir.), *Vivienda y crisis económica. Estudio de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica*, Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 149-217.

AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Derechos Desalojados: El derecho a la vivienda y los desalojos hipotecarios en España*, Amnistía Internacional España, Madrid, 2015.

BARRAL VIÑALS, I., “Cláusulas abusivas en préstamo hipotecario: de la protección al consumidor a la paralización de la ejecución hipotecaria”, en TORNOS MAS, J. y BARRAL VIÑALS, I. (dirs.), *Vivienda y crisis: ensayando soluciones: jornadas celebradas en Barcelona, 19 y 20 de noviembre de 2014*, 2015, pp. 109-124.

BENITO SÁNCHEZ, J.C., “Los pronunciamientos del Comité DESC sobre derecho a la vivienda relativos a España. respuestas jurisprudenciales y legislativas”, *Lex Social*, vol. 9, núm. 2, 2019.

CATENA REAL, R., “Las recientes reformas legislativas ante la problemática planteada por los deudores hipotecarios. ¿Son suficientes?”, *Diario La Ley*, Núm. 8428, Sección Doctrina, 25 de noviembre de 2014, Año XXXV, Ref. D-392.

CELI MALDONADO A, *La interpretación de los derechos sociales por el Defensor del Pueblo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, 21º período de sesiones, *E/C.12/1999/10*, 8 de diciembre de 1999.

- “Compilación de Observaciones Generales Núm. 1 a Núm. 19”, *HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I)*; “Núm. 20”, *E/C.12/GC/20*; “Núm. 21” *E/C.12/GC/21*.
- “Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. España, 48º período de sesiones”, 30 de abril a 18 de mayo de 2012, *E/C.12/ESP/CO/5*.
- “Dictamen aprobado por el Comité en su 55º período de sesiones”, *E/C.12/55/D/2/2014*.
- “Dictamen aprobado por el Comité en su 61er período de sesiones”, 29 de mayo a 23 de junio de 2017, Comunicación núm. 5/2015, *E/C.12/61/D/5/2015*.
- “Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: España”, *E/C.12/ESP/CO/6*, 2018.

- “Dictamen adoptado por el Comité durante su sexagésimo sexta sesión”, 30 de septiembre a 18 de octubre de 2019, Comunicación núm. 37/2018, E/C.12/66/D/37/2018.

DEFENSOR DEL PUEBLO, *Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo*, Madrid, 2012.

- Recomendaciones y Sugerencias 2011, Madrid, 2012.
- Informe del Defensor del Pueblo correspondiente a 2012, Anexo E.1. Recomendaciones.
- Informe del Defensor del Pueblo 2013, Anexo E.1. Recomendaciones.
- Informe del Defensor del Pueblo correspondiente a 2014, Anexo E.1.1. Recomendaciones, Madrid, 2015.
- Informe del Defensor del Pueblo correspondiente a 2018, Anexo E.1.1. Recomendaciones, Madrid, 2019.

ESCOBAR ROCA, G. y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, B., “El derecho a la vivienda”, en ÍD. (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, Madrid, 2012, pp. 1271-1392.

FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A., “Derecho a la vivienda y ejecución hipotecaria: valoración de las recientes reformas legales”, *Diario La Ley*, Núm. 8529, Sección Doctrina, 29 de abril de 2015, Ref. D-162.

GUIGLIA, G., “El derecho a la vivienda en la Carta Social Europea: A propósito de una reciente condena a Italia del Comité Europeo de Derechos Sociales”, *Revista de Derecho Político*, Núm. 82, 2011.

IGLESIAS GONZÁLEZ, F., “La planificación de la vivienda protegida”, en LÓPEZ RAMÓN, F. (coord.), *Construyendo el derecho a la vivienda*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 367.

JIMÉNEZ GARCÍA, F., “Tomarse en serio el Derecho Internacional de los derechos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 101, mayo-agosto, 2014, pp. 79-124.

JIMENA QUESADA, L., *La jurisprudencia europea sobre derechos sociales*, UNAM, 2011.

- “El último bastión en la defensa de los derechos sociales: la Carta Social Europea”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, Núm. 29, 2014, pp. 171-189.

KOTHARI, M., “Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, Sr. Miloon Kothari”, A/HRC/7/16/Add.2, 7 de febrero de 2008.

LÓPEZ RAMÓN, F., “Sobre el derecho subjetivo a la vivienda”, en ÍD (coord.), *Construyendo el derecho a la vivienda*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

- “El derecho subjetivo a la vivienda”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 102, septiembre-diciembre, 2014, pp. 49-91.

OBSERVATORIO DESC y PLATAFORMA DE AFECTADOS POR LA HIPOTECA DE BARCELONA (PAH), *Informe Emergencia habitacional en el Estado español: la crisis de las ejecuciones hipotecarias y los desalojos desde una perspectiva de derechos humanos*, 2013.

PISARELLO, G., *Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Icaria, Barcelona, 2003.

- “El derecho a la vivienda como derecho social: implicaciones constitucionales”, *Revista catalana de dret públic*, Núm. 38, 2009.
- “Vivienda para todos: no quieren, pero se puede”, *Sin permiso*, julio de 2013.

PONCE SOLÉ, J., “El derecho a la vivienda. Nuevos desarrollos normativos y doctrinales y su reflejo en la ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda”, en PONCE SOLÉ, J. y SIBINA TOMÀS, D. (coords.), *El derecho de la vivienda en el siglo XXI: sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo: con un análisis específico de la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, en su contexto español, europeo e internacional*, Marcial Pons, 2008.

- “El derecho subjetivo a la vivienda exigible judicialmente: papel de la legislación, análisis jurisprudencial y gasto público”, en VAQUER CABALLERÍA, M., PONCE SOLÉ, J. y ARNAIZ RAMOS, R., *Propuestas jurídicas para facilitar el acceso a la vivienda*, 2016, pp. 61-195.

ROLNIK, R., “Informe de la Relatora Especial sobre la vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado sobre el derecho de no discriminación a este respecto”, *A/HRC/10/7*, 2009.

- “Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado”, *A/67/286*, 2012.

RUIZ-RICO RUIZ, G. J., “Derechos sociales y reforma de los estatutos de autonomía: el derecho a la vivienda”, *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, Núm. 2, 2006, pp. 74-95.

TEJEDOR BIELSA, J., “El derecho a la vivienda es derecho fundamental en la Unión Europea”, disponible en <http://www.administracionpublica.com>.

TORNOS MAS, J., “El acceso a la vivienda y la nueva función social del derecho de propiedad”, *Revista Vasca de Administración Pública*, Núm. 99-100, 2014, pp. 2853-2871.

TORNOS MAS, J. y BARRAL VIÑALS, I. (dirs.), *Vivienda y crisis: ensayando soluciones: jornadas celebradas en Barcelona, 19 y 20 de noviembre de 2014*, Servicio de Estudios Registrales de Cataluña, Barcelona, 2015.

VAQUER CABALLERÍA, M., PONCE SOLÉ, J. y ARNAIZ RAMOS, R., *Propuestas jurídicas para facilitar el acceso a la vivienda*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2016.