

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la constitucionalización del Derecho privado: ¿una nueva vía para proteger el derecho a la vivienda?*

*The Charter of Fundamental Rights
of the European Union and the
constitutionalisation of private law: a
new way to protect the right to housing?*

por

HÉCTOR SIMÓN MORENO
*Doctor en Derecho
Profesor Lector de Derecho Civil
Universidad Rovira i Virgili
Cátedra UNESCO de Vivienda*

RESUMEN: La vivienda constituye en la actualidad el epicentro del crecimiento económico de la Unión Europea y el principal activo de sus ciudadanos.

* Este trabajo ha sido posible gracias a la estancia de investigación en el Centre for Housing Law, Rights and Policy Research (dirigido por el Dr. Padraig Kenna) de la National University of Ireland, Galway, durante el periodo comprendido entre el 1 de marzo y el 31 de agosto de 2018, financiada por el Ministerio de Educación, Cultura y Deportes en el marco del Programa «José Castillejo» para la movilidad de jóvenes doctores 2017.

Esta realidad es el resultado de un proceso gradual de mercantilización de este activo, cuya adquisición se ha posibilitado gracias al crédito al consumo, que se ha convertido en uno de los motores de la economía europea. La expansión de la vivienda en propiedad, junto con la falta de regulación de los préstamos hipotecarios irresponsables, ha contribuido no obstante a la crisis financiera internacional, que ha afectado de manera relevante a algunos países europeos, como España o Irlanda. La Unión Europea carece de una competencia expresa en las áreas clave —vivienda y derecho de propiedad— para afrontar los desafíos derivados de la crisis, pero el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha iniciado un proceso de constitucionalización del Derecho privado europeo vinculando el derecho de consumo con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que puede abrir una nueva vía de protección del derecho a la vivienda. El presente trabajo explora de qué manera la Carta puede ayudar a interpretar la normativa de consumo, especialmente la relativa a los préstamos hipotecarios, de una manera acorde con los derechos humanos y fundamentales.

ABSTRACT: Housing is currently the epicentre of economic growth in the European Union and the main asset of its citizens. This reality is the result of a gradual process of commodification of housing, whose acquisition has been made possible thanks to consumer credit, which has become one of the driving forces of the European economy. The expansion of home ownership, couple with the lack of regulation of responsible mortgage loans, has nonetheless contributed to the international financial crisis, which has significantly affected some European countries, such as Spain or Ireland. The European Union lacks an express competence in the key areas —housing and property rights— to face the challenges arising from the crisis, but the Court of Justice of the European Union has initiated a process of constitutionalisation of European private law by linking consumer law with the Charter of Fundamental Rights of the European Union that can open a new way of protecting the right to housing. This paper explores how the Charter can help interpret consumer law rules, especially those related to mortgage loans, in a manner consistent with human and fundamental rights.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la vivienda. Derecho de consumo. Legislación europea. Derechos humanos. Préstamos hipotecarios.

KEY WORDS: Right to housing. Consumer law. European law. Human rights. Mortgage loans.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIVIENDA EN EUROPA: UNA VISIÓN GENERAL: 1. LA CARTA DE

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA CARTA SOCIAL EUROPEA. 2. EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. 3. EL PILAR EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES.—III. LAS ACTUACIONES DE LA UNIÓN EUROPEA FRENTA A LA CRISIS FINANCIERA INTERNACIONAL: *¿SUFICIENTES PARA CONTRARRESTAR LOS EFECTOS DE LA CRISIS?*: 1. EL DERECHO DE CONSUMO COMO LA PRINCIPAL ÁREA DE ARMONIZACIÓN DEL *EUROPEAN REGULATORY PRIVATE LAW*. 2. EL MARCO REGULATORIO DEL DERECHO A LA VIVIENDA EN EL DERECHO COMUNITARIO. 3. LA INSUFICIENCIA DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS EN MATERIA DE CONSUMO Y VIVIENDA PARA CONTRARRESTAR LA CRISIS FINANCIERA. 4. UNA NUEVA PERSPECTIVA EN LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR Y DE LA VIVIENDA EN EL MERCADO HIPOTECARIO EUROPEO: LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES.—IV. EL POTENCIAL ROL DE LA CARTA EUROPEA DE DERECHOS FUNDAMENTALES PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIVIENDA: 1. EL VÍNCULO ENTRE LA CARTA Y EL DERECHO COMUNITARIO. 2. HACIA UNA BIFURCACIÓN DEL DERECHO HIPOTECARIO EN LA UE. 3. DOS EJEMPLOS EN EL DERECHO COMUNITARIO VIGENTE: LOS PROCESOS DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CDFUE: A) *La aplicación del principio de proporcionalidad*: a) Los límites de su aplicación. b) Las consecuencias de su aplicación. B) *La adopción de medidas tendentes a evitar el sobreendeudamiento del deudor*.—V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La principal fuente de riqueza en Europa y en los Estados Unidos de América en los siglos XVIII y XIX fueron los terrenos de naturaleza agrícola. Esta riqueza ha sido reemplazada paulatinamente desde mediados del siglo pasado por otros bienes de naturaleza industrial, financiera e inmobiliaria (en especial, viviendas) (PIKETTY, 2014, 117). El aumento de la importancia de la vivienda como fuente de riqueza puede explicarse por los esfuerzos de las políticas nacionales para extender la vivienda en propiedad entre la ciudadanía con el objetivo de asegurar su propio bienestar («asset-based welfare»). Con este objetivo en mente, la vivienda en propiedad se asoció a determinados valores: estatus social, seguridad, autonomía y condición de buen ciudadano (RONALD, 2008, 29 y 81; ROLNIK, 2012, 3 y sigs.). Como resultado, y siguiendo las políticas nacionales de vivienda un enfoque neoliberal (ROLNIK, 2013, 1061 y sigs.), los gobiernos promovieron la venta (privatización) de viviendas sociales y una liberalización progresiva de los mecanismos de financiación de la vivienda, renunciando así a su papel de proveedores de vivienda asequible. Con todo, la acumulación de riqueza inmobiliaria varía de un país a otro, ya que las políticas de vivienda dependen en gran medida de los contextos socioeconómicos nacionales (WIND *et al.*, 2017, 627 y sigs.)¹.

Este proceso ha cristalizado en una mercantilización gradual de la vivienda², que se ha convertido en la principal fuente de riqueza de los ciudadanos y en la principal garantía utilizada no solo para préstamos hipotecarios y valores respaldados por hipotecas, sino también para toda una gama de productos financieros. De hecho, la relación entre la deuda hipotecaria y los préstamos privados en circulación aumentó del 30% (periodo 1900-1960) al 60% en 2010, y los préstamos hipotecarios hicieron lo propio del 20% del PIB europeo al 64% entre 1914 y 2010 (AALBERS, 2017, 544 y sigs.). El resultado es que los préstamos hipotecarios de vivienda en circulación en Europa ascendieron a casi siete mil billones de euros en 2016 (EUROPEAN MORTGAGE FEDERATION, 2017, 99). Desde el punto de vista del consumidor, este proceso ha desembocado en la «financialización» del consumo, es decir, en un aumento del uso del crédito para adquirir viviendas, por lo que el préstamo hipotecario ha reemplazado a otras vías para acceder a una vivienda como el alquiler de viviendas o su adquisición por herencia³. Nuestra sociedad se ha convertido, pues, en una sociedad de crédito (NOGLER y REIFNER, 2014, 14).

Una de las externalidades negativas de este proceso ha sido la crisis financiera internacional que comenzó en los EEUU tras el colapso de Lehman Brothers, que fue alimentada precisamente por la generalización de la vivienda en propiedad (NASARRE AZNAR, 2014, 37 y sigs.), la falta de normas sobre préstamos hipotecarios responsables y la falta de supervisión por parte de las autoridades públicas. En particular, el impacto de la crisis financiera en algunos Estados miembro de la UE ha sido especialmente relevante. En el caso de España, por ejemplo, el estallido de la burbuja inmobiliaria provocó el sobreendeudamiento de las familias y un aumento en el número de desahucios de deudores hipotecarios e inquilinos, viviendas vacías, malas prácticas bancarias y problemas de acceso a la vivienda, así como la falta de suficientes viviendas sociales y beneficios sociales (NASARRE AZNAR y GARCÍA TERUEL, 2016, 34 y sigs.). Por otra parte, las medidas de austeridad adoptadas por los Estados miembro de la UE para contrarrestar la crisis financiera (contracciones del presupuesto público que afectan el gasto social, medidas fiscales regresivas, reformas del mercado laboral y reformas estructurales de los planes de pensiones) han tenido un gran impacto en el disfrute de los derechos humanos, principalmente de naturaleza social, como el derecho a la vivienda (FAHRA, 2017, 62)⁴.

Sin embargo, las medidas que puede adoptar la UE son limitadas de acuerdo con las atribuciones competenciales de los tratados (no le otorgan una competencia específica en materia de vivienda o derecho de propiedad), por lo que la principal norma que ha adoptado la UE tras la crisis financiera internacional (sobre la base del artículo 169.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE⁵) busca proteger al consumidor de la concesión de préstamos hipotecarios irresponsables (a través de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles

de uso residencial, DCH⁶). Ante el limitado efecto de esta medida, que tiene una clara orientación económica y no social (en tanto que el fin último de la UE es alcanzar un mercado interior), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha abierto (gracias a la iniciativa de los tribunales nacionales mediante el mecanismo de cuestiones prejudiciales, art. 267 TFUE) una nueva vía de protección de los derechos de los consumidores (e indirectamente del derecho a la vivienda) en las sentencias *Sánchez Morcillo*⁷ y *Kušionová*⁸ a través de la interpretación del derecho de consumo (principalmente, de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores⁹ —Directiva 93/13—, que busca proteger al consumidor de las cláusulas abusivas impuestas por profesionales en los contratos formalizados para la adquisición de bienes y servicios) de conformidad con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)¹⁰. Esta aproximación ha tensionado a nivel europeo la relación entre los derechos humanos y las instituciones seculares del Derecho civil, que tradicionalmente ha sido el encargado de establecer los criterios básicos de la ordenación de la convivencia y las categorías fundamentales del sistema.

En este contexto, el presente trabajo analiza en primer lugar la protección del derecho a la vivienda en la UE y su competencia en esta materia, para luego concluir sobre el papel que podría desempeñar la CDFUE para lograr una mejor protección del derecho a la vivienda a nivel europeo, principalmente gracias a una interpretación de la normativa europea e hipotecaria de consumo en consonancia con los derechos humanos.

II. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIVIENDA EN EUROPA: UNA VISIÓN GENERAL

1. LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA CARTA SOCIAL EUROPEA

La CDFUE fue promulgada para contribuir a la preservación y el desarrollo de los valores en los que basó la fundación de la UE (dignidad humana, libertad, igualdad y solidaridad), y tiene actualmente el mismo valor jurídico que los Tratados (art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea, TUE¹¹). La CDFUE no contiene ningún precepto que regule específicamente el derecho a la vivienda, si bien muchos de los derechos que contempla están relacionados indirectamente con este derecho. Su regulación se inspira en otros instrumentos internacionales (como el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, CEDH)¹², por lo que la interpretación de los derechos consagrados en estos últimos puede ayudar a desgranar el significado y alcance de aquellos derechos de la CDFUE que potencialmente pueden proteger el derecho a la vivienda¹³. Algunos ejemplos son los artículos 4 (Prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos

o degradantes, que se inspira en el art. 3 CEDH), 7 (Respeto de la vida privada y familiar, que se inspira en el art. 8 CEDH), 17 (Derecho a la propiedad, que es similar —no idéntico— al art. 1.1 del Protocolo Adicional al CEDH 1952¹⁴), 21 (No discriminación, que se inspira en el art. 14 CEDH), 23 (Igualdad entre hombres y mujeres, que se inspira en el art. 20 de la Carta Social Europea revisada de 1996 —CSE—)¹⁵, 25 (Derechos de las personas mayores, que se inspira en el art. 23 CSE revisada), 26 (Integración de las personas discapacitadas, que se inspira en el art. 15 CSE), 34.3 (que reconoce el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna, que se inspira en el art. 13 CSE), 38 (Protección de los consumidores) y 47 (Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, que se inspira en el art. 6 CEDH.).

Entre estos derechos cabe destacar el de asistencia social y de vivienda¹⁶, que no permite llevar a cabo reclamaciones directas a las instituciones de la UE o a las autoridades de los Estados miembro al considerarse un principio y no un derecho en sentido estricto (CHEREDNYCHENKO, 2014, 183). Dado que el artículo 34.3 CDFUE se basa en la CSE revisada, esta última puede ayudar a ampliar su interpretación y alcance (KENNA y GAILIUTE, 2013, 612 y sigs.). Los Estados Parte de la versión revisada de la CSE (entre los que no se encuentran Alemania o España¹⁷) se comprometen a destinar los recursos necesarios para posibilitar el acceso a la vivienda, a prevenir y a paliar la situación de carencia de hogar con vistas a eliminar progresivamente dicha situación y a hacer asequible el precio de las viviendas a las personas que no dispongan de recursos suficientes (art. 31 CSE)¹⁸. El CEDS ha adoptado decisiones relevantes sobre el derecho a la vivienda a través del mecanismo de reclamaciones colectivas¹⁹.

Por lo tanto, puede concluirse que el derecho a la vivienda se considera como un derecho de naturaleza social tanto en la CDFUE como en la CSE y una cuestión de competencia nacional (KENNER, 2003, 23).

2. EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El CEDH no menciona expresamente el derecho a la vivienda, sino el derecho al respeto a la vida privada y familiar, al hogar y a la correspondencia (art. 8). El interés protegido por el artículo 8 CEDH es la privacidad de la persona o la familia en el hogar contra la injerencia ilegal de una autoridad pública (Sentencias *Airey* —1979—²⁰ y *X and Y* —1985—²¹), contra la que debe interponerse una denuncia ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en caso de violación de este derecho una vez se hayan agotado todos los recursos internos a nivel nacional (art. 45.1 CEDH). Toda injerencia de la autoridad pública en este derecho deberá estar prevista por la ley y constituir una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para alcanzar determinados intereses²². Según el TEDH, la pérdida del hogar es la forma

más extrema de injerencia en este derecho, por lo que cualquier persona en esta situación debería tener la posibilidad de que un tribunal independiente analizase la proporcionalidad de la medida a la luz de los principios del artículo 8 ECHR²³. Con todo, este precepto no otorga a los ciudadanos derechos subjetivos para exigir la provisión de vivienda a las autoridades públicas (es una cuestión política, no judicial²⁴).

No obstante, el artículo 8 CEDH también impone obligaciones positivas a los Estados Parte a la hora de garantizar el respeto del derecho a la vida privada y familiar²⁵, por ejemplo el garantizar un sistema legislativo, administrativo y judicial práctico y eficaz o el tomar determinadas medidas preventivas (CLAPHMA, 1993, 166 y 181), por lo que los Estados podrían ser considerados responsables por las violaciones de los derechos previstos en el CEDH incluso en las relaciones entre particulares (AKANDJI-KOMBE, 2007, 15)²⁶. Ejemplos de la aplicación de la doctrina de las obligaciones positivas en cuestiones de vivienda (principalmente, por la injerencia que un desahucio puede provocar en el derecho a la vida privada y familiar)²⁷ son las sentencias *Bagdonavicius* (2016)²⁸, *Winterstein* (2013)²⁹, *Yordanova* (2012)³⁰ y *Stanková* (2007)³¹.

3. EL PILAR EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES

El pilar europeo de los derechos sociales (2017)³² tiene como objetivo ofrecer nuevos y más efectivos derechos para los ciudadanos en las siguientes categorías: a) Igualdad de oportunidades y acceso al mercado laboral; b) Condiciones de trabajo justas; y c) Protección e inclusión social. En esta última categoría hay disposiciones específicas sobre vivienda y asistencia para las personas sin hogar (principio número 19): a) Deberá proporcionarse a las personas necesitadas acceso a viviendas sociales o ayudas a la vivienda de buena calidad; b) Las personas vulnerables tienen derecho a una asistencia y una protección adecuadas frente a un desalojo forzoso; y c) Deberán facilitarse a las personas sin hogar un alojamiento y los servicios adecuados con el fin de promover su inclusión social. Además, el Principio número 20 hace referencia al acceso a los servicios esenciales para quienes lo necesitan, como el agua, el saneamiento y la energía, que dependen en gran medida de tener una vivienda adecuada. El pilar europeo de los derechos sociales se supervisará mediante un «social scoreboard»³³, que evaluará su implementación por parte de los Estados miembro de la UE.

Esta iniciativa va un paso más allá que el actual artículo 34.3 CDFUE al reconocer el acceso de los más necesitados a vivienda social. Con todo, la Comisión Europea³⁴ ha admitido expresamente que el pilar «no afecta a los principios y derechos ya contenidos en las disposiciones vinculantes del Derecho de la Unión». Por lo tanto, el pilar es un instrumento (adoptado sobre la base del artículo 292 TFUE) que no tiene fuerza vinculante para los Estados

miembro (art. 288 TFUE). De hecho, las instituciones de la UE adoptan este tipo de recomendaciones cuando no tienen la competencia para adoptar medidas vinculantes. La implementación del pilar seguirá siendo, por lo tanto, un asunto de competencia nacional.

Debe tenerse presente, sin embargo, que las recomendaciones deben ser tomadas en consideración por los tribunales nacionales³⁵, por lo que su aplicación judicial podría ser el camino para que el pilar adquiriese fuerza ejecutiva³⁶. Otra vía podría ser el desarrollo de la política social de la UE a través del derecho secundario (ARANGUIZ, 2017). Sea como fuere, ni el pilar ni el *scoreboard* se refieren expresamente al derecho a la vivienda, por lo que la Comisión Europea no supervisará, por ejemplo, la asequibilidad de la vivienda, el número de personas necesitadas o, en general, las políticas adoptadas para cumplir con las disposiciones consagradas en el pilar (HOUSING EUROPE, 2017).

III. LAS ACTUACIONES DE LA UNIÓN EUROPEA FRENTE A LA CRISIS FINANCIERA INTERNACIONAL: ¿SUFICIENTES PARA CONTRARRESTAR LOS EFECTOS DE LA CRISIS?

1. EL DERECHO DE CONSUMO COMO LA PRINCIPAL ÁREA DE ARMONIZACIÓN DEL *EUROPEAN REGULATORY PRIVATE LAW*

El artículo 5 TUE establece los principios de atribución, proporcionalidad y subsidiariedad³⁷, por lo que la UE debe actuar dentro de los límites de las competencias que le confieren los Tratados. En términos generales, la UE carece de competencia expresa en lo que respecta al derecho a la vivienda. Además, existen cláusulas específicas en los Tratados europeos que impiden a la UE adoptar medidas en determinadas materias. Un ejemplo es el artículo 345 TFUE, que establece que «*Los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembro*». Este precepto ha sido calificado de «misterioso» (SCHÜTZE, 2014, 230), si bien su interpretación más plausible es que la UE no prejuzga los regímenes de propiedad de las empresas, que por lo tanto pueden estar sujetos al control público o privado, sin que la UE pueda obligar a los Estados miembro a su nacionalización o privatización (VAN ERP y AKKERMANS, 2010, 303-304). Por lo tanto, la UE tiene margen para regular normas de derecho de propiedad siempre que redunden en beneficio del mercado común³⁸ (la base competencial sería el artículo 114.1 TFUE). Así lo ha hecho para regular áreas específicas del derecho de propiedad (por ejemplo, las relativas a la reserva de dominio, aprovechamiento por turnos, garantías financieras, marcas, gas o electricidad, SIMÓN MORENO, 2017). La necesidad de que la medida tenga un impacto positivo en el mercado común explica, por ejemplo, por qué se ha cuestionado la competencia de la UE para la adopción

de un Código civil Europeo (RUTGERS, 2010, 11) o la armonización de los arrendamientos de uso residencial (SCHMID, 2018, 336 y sigs.).

Por estos motivos, las principales disposiciones que se han promulgado en el seno de la UE tienen por objeto garantizar un alto nivel de protección de los consumidores en los ámbitos de seguridad de los productos, mercados digitales, servicios financieros, seguridad y etiquetado de alimentos, energía y viajes, ocio y transporte³⁹, sobre la base del artículo 169.1 TFUE. Sin embargo, la UE nunca se ha preocupado por el establecimiento de unas reglas específicas de Derecho privado (es decir, de normas contractuales, de propiedad o de derecho de daños basadas en la autonomía privada o la libertad contractual) como si de un ordenamiento jurídico nacional se tratase, dado que el objetivo primordial de la integración europea es el establecimiento de un mercado común. Por esta razón, los tratados no distinguen de manera clara entre normas de Derecho público y de Derecho privado (SEMMELMANN, 2012, 51 y sigs.). Pues bien, el objetivo de lograr un mercado común ha impulsado el denominado *European regulatory private law*, un cuerpo de normas que rodea (y que por lo tanto no es estrictamente idéntico) el núcleo del Derecho privado de cada Estado miembro (MICKLITZ, 2014, 130 y sigs.). Este cuerpo de normas se basa en el denominado «access justice» (MICKLITZ, 2011, 2), es decir, la UE debería asegurar el acceso al mercado a aquellos que están excluidos o que experimentan dificultades para acceder a él. De hecho, el acceso a los mercados determina hoy en día la protección de los derechos socioeconómicos esenciales, como la sanidad, el empleo, la alimentación, los servicios públicos y la vivienda (KENNA, 2017, 191).

2. EL MARCO REGULATORIO DEL DERECHO A LA VIVIENDA EN EL DERECHO COMUNITARIO

La ausencia de una competencia de la UE en materia de vivienda no ha impedido a la Comisión Europea promulgar normas o proponer acciones relacionadas directa o indirectamente con este derecho, que se pondrán en relación con los elementos esenciales que integran el derecho a la vivienda (ONU, 1991)⁴⁰ (seguridad legal de la tenencia; disponibilidad de servicios, materiales e infraestructura; vivienda asequible; vivienda habitable; y vivienda y ubicación accesibles) para constatar su efectividad⁴¹.

Estas normas o acciones son las siguientes:

a) La Agenda Europea de Migración (2015)⁴² tiene como objetivo construir un enfoque coherente e integral para abordar los desafíos derivados de la migración. El alojamiento de los migrantes es una cuestión primordial y un gran desafío para la UE (INTERNATIONAL FEDERATION FOR HOUSING AND PLANNING, 2015)⁴³ ya que no existe un enfoque común en los Estados

miembro con respecto a los solicitantes de asilo (es decir, existen diferentes beneficios sociales, políticas de alojamiento, etc.). Uno de los objetivos a largo plazo de la UE es el fortalecimiento de la política de asilo común, por lo que es probable que se aborde el alojamiento de los migrantes en términos de vivienda accesible, habitabilidad y ubicación. Otras normas europeas se refieren a la igualdad de trato en la vivienda y los solicitantes de asilo⁴⁴.

b) Otra área relevante es la eficiencia energética⁴⁵, en la que se promueve la reducción del consumo de energía de los edificios. Por ejemplo, la Directiva 2010/31/UE establece que el certificado de eficiencia energética (que indica el rendimiento energético de un edificio o unidad del mismo) debe incluirse en todos los anuncios publicitarios cuando un edificio se pone a la venta o en alquiler, y debe entregarse al comprador o al nuevo inquilino después de que se haya alcanzado un acuerdo (art. 12). Existen otras reglas que se centran en la comercialización de productos de construcción⁴⁶ y ascensores⁴⁷. Estas medidas están relacionadas principalmente con la habitabilidad de la vivienda y su asequibilidad (ya que la eficiencia energética de la vivienda probablemente afectará los recursos económicos que los hogares deban destinar al pago de los servicios básicos).

Esta legislación se incluye dentro de la Agenda Urbana de la UE (2016)⁴⁸, que representa un nuevo método de trabajo multinivel que promueve la cooperación entre los Estados miembro, las ciudades, la Comisión Europea y otras partes interesadas. Aunque esta Agenda no afecta a la distribución actual de competencias y a las estructuras de trabajo y toma de decisiones existentes en la UE, podría ayudar al intercambio de buenas prácticas en este ámbito.

c) La legislación antidiscriminación es otro ámbito relevante⁴⁹, que tiene como objetivo combatir la discriminación en el acceso a bienes y servicios basada en la orientación sexual o en el origen racial o étnico. Esta legislación no menciona la vivienda como un bien o servicio incluido en su ámbito objetivo de aplicación, pero así debe entenderse con una interpretación de estas disposiciones en consonancia con los artículos 7 CDFUE y 8 CEDH (European Union Agency for Fundamental Rights y Council of Europe, 2010, 73 y sigs.). Por lo tanto, las disposiciones antidiscriminación pueden tener implicaciones potenciales en cuanto a la forma en que se asignan o se alquilan las viviendas (por ejemplo, por las autoridades sociales), por lo que estas medidas pueden influir en la accesibilidad, asequibilidad y ubicación de la vivienda.

d) Otra área de interés es la de los servicios bancarios y financieros, que incluye la supervisión financiera de las entidades bancarias, los servicios financieros al consumidor, los fondos de inversión, los seguros y las pensiones⁵⁰. Aquí puede destacarse la DCH⁵¹, que ha influido, principalmente, en el acceso a la vivienda.

e) También vale la pena mencionar que se está debatiendo en la UE la implementación de una Ley Europea de Accesibilidad⁵², que tiene como objetivo mejorar el funcionamiento del mercado interno de productos y servicios acce-

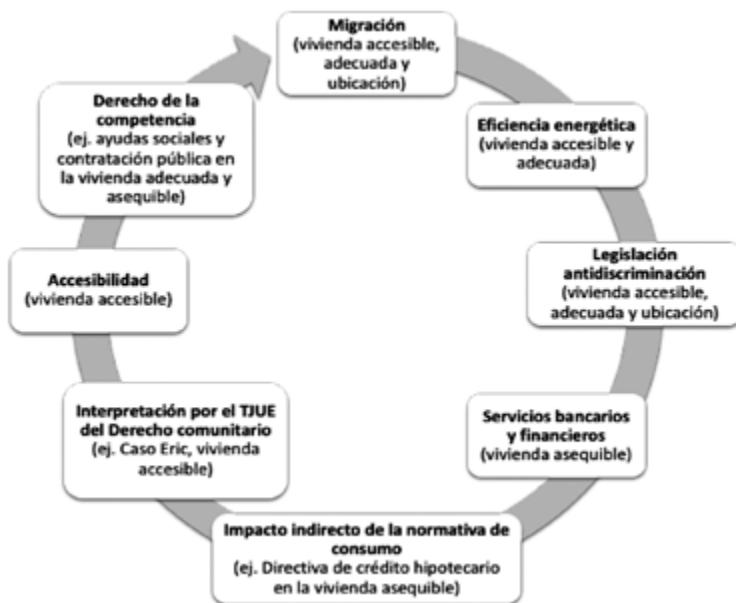
sibles. Aunque la vivienda no está incluida dentro de su ámbito de aplicación, los requisitos de accesibilidad establecidos en la Sección IX del Anexo I se tendrán en consideración al establecer las especificaciones técnicas y los criterios de adjudicación relacionados con todos los contratos y concesiones públicas, lo que significa que las empresas constructoras deberán tenerlos presentes al construir o rehabilitar viviendas (HOUSING EUROPE, 2015). Esto repercutiría favorablemente en la accesibilidad de la vivienda.

f) Finalmente, han surgido algunas controversias entre promotores inmobiliarios, proveedores de viviendas sociales y la Comisión Europea en torno a la provisión de viviendas sociales gracias a ayudas públicas (BRAGA y PALVARINI, 2013, 38 y sigs.), una temática donde es objeto de discusión el artículo 106.2 TFUE⁵³.

Por último, la UE puede influenciar el derecho a la vivienda por otras vías. En primer lugar, la UE puede confiar en las medidas de protección del consumidor para tener un impacto (indirecto) en este derecho. Por ejemplo, la DCH impone a los prestamistas el deber de evaluar la solvencia de los consumidores (art. 18), lo que puede tener un impacto en el acceso a la vivienda ya que los prestamistas podrían otorgar préstamos hipotecarios con un *Loan to Value* (relación entre la cuantía del préstamo y el valor de la vivienda que sirve de garantía) inferior. Esto afectaría a la asequibilidad de los préstamos hipotecarios, ya que las familias estarían obligadas a financiar ellas mismas el coste restante no financiado (NASARRE AZNAR y GARCÍA TERUEL, 2016, 34). En segundo lugar, el TJUE podría interpretar la legislación de la UE de una manera favorable al derecho a la vivienda sobre la base de los derechos fundamentales⁵⁴ y las libertades comunitarias. Un ejemplo en relación a este último supuesto es la sentencia *Libert* (2013)⁵⁵, en la que el TJUE sostuvo que la ley belga que exigía que una persona tuviera un vínculo suficiente con el municipio a la hora de comprar o alquilar bienes inmuebles ubicados en ciertas comunidades de Flandes constitúa una restricción injustificada de las libertades fundamentales. Otro ejemplo relativo a la libertad de circulación de los trabajadores es la sentencia *European Commission* (2011)⁵⁶ (en relación con esta libertad se aprobó la Directiva 2014/54/UE⁵⁷, que se refiere expresamente al acceso a la vivienda, artículo 2(1)(f)). Y, en tercer lugar, la UE puede actuar cuando se identifican problemas específicos que plantean problemas en el mercado interior. Por ejemplo, un estudio identifica algunos problemas en las transacciones inmobiliarias transnacionales de bienes inmuebles de uso residencial (Sparkes, 2016, 198 y sigs.)⁵⁸.

La Figura 1 resume el marco legislativo del derecho a la vivienda en la UE.

Figura 1
Marco legislativo del derecho a la vivienda en la UE. Fuente: elaboración propia



3. LA INSUFICIENCIA DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS EN MATERIA DE CONSUMO Y VIVIENDA PARA CONTRARRESTAR LA CRISIS FINANCIERA

El análisis anterior muestra que la principal medida post-crisis adoptada por la UE (dentro de su ámbito competencial) ha sido la DCH, que pretende proteger al consumidor de la concesión irresponsable de préstamos hipotecarios (un resumen puede consultarse en NASARRE AZNAR y SIMÓN MORENO, 2014, 14 y sigs.).

Por un lado, es cierto que las medidas contempladas en la DCH y la Directiva 93/13 han influenciado los principios generales de derecho contractual y de propiedad de los Estados miembro de la siguiente manera:

a) La entidad prestamista debe proporcionar información al consumidor sobre determinados aspectos del préstamo (por ejemplo, el importe de los tipos de interés) antes de la celebración del contrato (art. 13 DCH), lo que constituye una clara excepción al deber del comprador de cuidar de sus propios intereses (*caveat emptor*);

b) La DCH también impide que la entidad prestamista otorgue el préstamo hipotecario si es probable que los consumidores no puedan devolverlo de acuerdo con el resultado de la evaluación de su solvencia (art. 18.5.a) DCH), incluso si ambas partes aceptan asumir el riesgo de dicho incumplimiento potencial, lo que restringe la libertad contractual de las partes;

c) La entidad prestamista puede verse obligada a tener que aceptar los bienes hipotecados en pago de la deuda (dación en pago) sobre la base de la interpretación que den los Estados miembro al artículo 28.1 DCH (según el cual estos alentarán a los prestamistas a ser razonablemente tolerantes antes de iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria) o verse imposibilitada de poder reclamar la deuda pendiente una vez finalizado el proceso de ejecución, por ejemplo, si el tribunal anula por abusiva la cláusula contractual que prevé el principio de responsabilidad universal del deudor sobre la base de la Directiva 93/13 (este fue el caso en la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona de 7 de diciembre de 2016)⁵⁹;

d) La entidad prestamista puede verse imposibilitada de utilizar el procedimiento estándar de ejecución hipotecaria debido a la existencia de cláusulas contractuales abusivas sobre la base de la Directiva 93/13, como la cláusula de vencimiento anticipado (así lo consideró la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona de 5 de mayo de 2014)⁶⁰, e incluso de ver extinguido el derecho real de garantía (en el caso de que exista una accesoriiedad legal con el préstamo) si el juez declara nulo todo el contrato de préstamo debido a la existencia de condiciones contractuales abusivas sobre la base de la Directiva 93/13⁶¹.

Y por otro, que la DCH no deja de ser una norma de consumo que, como tal, tiene un enfoque básicamente económico⁶²: busca proteger al consumidor para que en última instancia el negocio hipotecario siga contribuyendo a alcanzar un mercado interior. De hecho, la DCH no aborda eficazmente cómo pueden resolverse las situaciones de sobreendeudamiento ya existentes, y es dudoso que pueda contribuir a incrementar el préstamo hipotecario transfronterizo (JOSIPOVIC, 2014, 253).

En definitiva, la DCH es un primer paso necesario, pero, a su vez, insuficiente. Si se analiza esta medida desde una perspectiva más amplia, las acciones adoptadas en el seno de la UE no abordan todos los aspectos que incluye el derecho a la vivienda, y los que sí se abordan, como la accesibilidad, la asequibilidad y la ubicación, lo hacen desde una perspectiva tangencial sin ofrecer soluciones estructurales a los problemas de asequibilidad de la población europea (el 11% de los hogares dedica más del 40% de sus ingresos a la vivienda), a las dificultades de acceso al transporte público (que afecta a casi el 12% de la población) y de mantenimiento de la temperatura adecuada en el hogar (que afecta al 8%), a las situaciones de hacinamiento (que afecta al 16,8%) o al hecho de que el 14% de la población vive en una área especialmente contami-

nada (ABBÉ PIERRE y FEANTSA, 2018, 108). De hecho, no parece que la mercantilización de la vivienda sea un aspecto que vaya a abordarse por la UE: la DCH ha sido aprobada para proteger a los consumidores de los préstamos irresponsables pero tiene un enfoque básicamente económico, y, además, la UE pretende regular la titulización como un elemento básico del mercado interior con el mismo enfoque económico⁶³.

Las dificultades para la realización efectiva del derecho a la vivienda en la UE también están presentes en los Estados miembro. En efecto, si bien de los textos internacionales y europeos puede extraerse un contenido abstracto del derecho a la vivienda (prohibición de desalojos forzados, accesibilidad, etc.), una serie de obligaciones para los Estados miembro (de protección, de respeto y de desarrollo con el máximo de recursos disponibles) y una serie de dimensiones (social, ambiental, económica y fundamental, GALIANA, 2018), la indeterminación sobre su contenido y alcance ha provocado que tanto los jueces como los legisladores se amparen directa o indirectamente en el llamado «derecho a la vivienda» para buscar soluciones a los nuevos retos de nuestra sociedad ante la incapacidad del Derecho civil para afrontarlos de manera efectiva. Es lo que la doctrina ha denominado «Robinprudencia» (NASARRE AZNAR, 2015), es decir, los jueces juzgan de acuerdo a la equidad y no al derecho (un ejemplo lo encontramos en la sentencia citada del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona declarando abusiva la cláusula que prevé la responsabilidad universal del deudor, es decir, una medida de este tipo debe adoptarse por ley⁶⁴), y los legisladores interpretan —a su manera— lo que significa el derecho a la vivienda y aplican o desarrollan políticas que poco o nada tienen que ver entre sí con la finalidad de dar una respuesta a un contexto social y económico concreto. Como ejemplos pueden citarse la dispar regulación del derecho a la vivienda en la UE (algunos lo regulan en la Constitución —España o Portugal—, en otros se ha admitido por la jurisprudencia —Italia— o en normas con rango de ley —Francia—, mientras que en otros no existe ninguna regulación legal o reconocimiento —Malta—), en las prioridades de las políticas nacionales en cuanto al régimen de tenencia inmobiliaria (por ejemplo, la propiedad, el alquiler u otras vías intermedias) o en la manera de afrontar el sobreendeudamiento y el desahucio de las personas que no pueden pagar sus deudas. Todos estos problemas a nivel europeo e internacional derivan, esencialmente, de la dificultad a la hora de definir lo que significa realmente el derecho a la vivienda (HOHMANN, 2013,120 y sigs.)⁶⁵. Todo ello cuestiona además cómo el Derecho civil puede adaptarse al nuevo contexto socioeconómico, del que se ha afirmado se encuentra ante un problema de supervivencia, en especial el derecho real de hipoteca (GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, 2017; MUÑIZ, 2016).

4. UNA NUEVA PERSPECTIVA EN LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR Y DE LA VIVIENDA EN EL MERCADO HIPOTECARIO EUROPEO: LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Por lo tanto, deben buscarse nuevas vías dentro del ámbito competencial de la UE para lograr una mayor protección del derecho a la vivienda y unos estándares comunes en los Estados miembro que posibilite ulteriormente al Derecho privado adaptarse, aunque sea en un área concreta, al nuevo contexto socioeconómico. En este sentido, existen nuevos enfoques para incorporar una dimensión más social en el derecho contractual. Este es el propósito del *European Social Contract Group*, que ha acuñado el concepto de «LifeTime contracts» (NOGLER y REIFNER, 2018, 3 y sigs.), que se definen como relaciones sociales a largo plazo que proporcionan bienes, servicios y oportunidades de trabajo y creación de ingresos. Estos contratos, entre los que se incluye el préstamo hipotecario, serían esenciales para la autorrealización de los individuos y para su participación en la sociedad en las diversas etapas de su vida⁶⁶. Para conseguir este objetivo, este grupo ha elaborado una serie de principios que deberían aplicarse a esta clase de contratos, como el acceso universal a recursos y servicios esenciales (sin discriminación), el establecimiento de un precio justo, la adaptación del contrato a los sucesivos cambios en el tiempo (para abordar las necesidades del consumidor) o la protección contra su finalización injusta o prematura (esta debe ser transparente y socialmente responsable).

Pues bien, las normas que rigen la DCH se refieren directa o indirectamente a algunos de los principios de los «LifeTime contracts». Por ejemplo, no se permite discriminar en el acceso (lo que deriva de la normativa sobre discriminación ya apuntada) y se provee información en la esfera precontractual para superar las asimetrías de información. Sin embargo, la DCH no aborda otras cuestiones como el vencimiento anticipado del crédito por parte del acreedor hipotecario o la existencia de un precio justo como contraprestación, y tampoco tiene en consideración la vertiente o dimensión más humana del contrato, es decir, las relaciones personales y los aspectos físicos, sociales y psicológicos de la parte débil del contrato, el consumidor, por ejemplo a la hora de abordar los riesgos sociales del desempleo, la falta de vivienda y el sobreendeudamiento.

De este modo, la CDFUE podría ser una vía para que la regulación europea de consumo en materia hipotecaria (y ulteriormente el Derecho privado de los Estados miembro) tuviera un enfoque inspirado en los principios de los «Lifetime contracts». No se trataría, pues, de analizar únicamente si la normativa promulgada por la Comisión Europea es compatible con los derechos fundamentales de la CDFUE⁶⁷, sino de integrar estos últimos en aquella desde un inicio. A continuación, se analiza este rol potencial de la CDFUE.

IV. EL POTENCIAL ROL DE LA CARTA EUROPEA DE DERECHOS FUNDAMENTALES PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIVIENDA

1. EL VÍNCULO ENTRE LA CARTA Y EL DERECHO COMUNITARIO

El artículo 51.1 CDFUE establece que sus disposiciones se dirigen no solo a las instituciones y los órganos de la UE —teniendo debidamente en cuenta el principio de subsidiariedad— sino también a los Estados miembro —solo cuando apliquen Derecho de la UE—.

Esto significa, por un lado, que una vez que se establece que la institución de la UE se encuentra dentro de las categorías que prevé el artículo 51.1 CDFUE, «*it is incontrovertible that any act produced by it having legal effects vis-à-vis third parties must comply with the Charter*» (WARD, 2014, 1426). Por lo tanto, la CDFUE debe aplicarse por la Comisión Europea, el Banco Central Europeo (BCE) en su papel dentro del Mecanismo Único de Supervisión (PERASSI, 2016, 277) y por la Autoridad Bancaria Europea (ABE), una agencia de la UE que trabaja para garantizar una regulación y supervisión prudencial efectiva y coherente en todo el sector bancario europeo. Y por otro, que la CDFUE debe aplicarse tanto por las autoridades de los Estados miembro cuando transpongan legislación de la UE como por los tribunales nacionales cuando interpreten legislación de la UE. Esto también afecta a la manera en la que el TJUE interpreta la legislación comunitaria⁶⁸. Por lo tanto, el derecho derivado de la UE debe promulgarse e interpretarse de conformidad con los preceptos relacionados con el derecho a la vivienda que recoge la CDFUE⁶⁹.

De hecho, el TJUE ya ha vinculado el derecho derivado con la CDFUE. Ejemplos son las sentencias *Sánchez Morcillo*⁷⁰ y *Kušionová* (2014)⁷¹, en las que el TJUE ha fortalecido los derechos de los consumidores a través de la interpretación del derecho de consumo, principalmente la Directiva 93/13, de conformidad con los artículos 7 y 47 CDFUE⁷². De hecho, los derechos fundamentales tienen cada vez más relevancia en este ámbito (por ejemplo, en los servicios financieros y la comunicación electrónica) (BENÖHR, 2013, 109 y sigs.). La labor del TJUE ha llevado a la doctrina a destacar la potencial constitucionalización del derecho de consumo sobre la base del vínculo entre estas disposiciones y los derechos fundamentales (DELLA NEGRA, 2015, 1009 y sigs.)⁷³.

Por lo tanto, el vínculo entre la Directiva 93/13 y la DCH con las disposiciones de la CDFUE demuestra que los derechos fundamentales consagrados en la CDFUE pueden ayudar a interpretar al derecho de consumo de una manera acorde con los derechos humanos.

2. HACIA UNA BIFURCACIÓN DEL DERECHO HIPOTECARIO EN LA UE

Dado que la CDFUE está llamada a influenciar el derecho promulgado por las instituciones europeas, este hecho puede desembocar en un nuevo cuerpo de normas destinado a regular los préstamos hipotecarios concedidos para la adquisición de viviendas. Esto sería coherente con la evidencia actual: la vivienda se ha convertido en la principal fuente de riqueza de los ciudadanos, cuya adquisición en masa ha sido posible gracias a los préstamos hipotecarios, y la UE puede promulgar normas en este ámbito (art. 169.1 del TFUE). Además, los préstamos hipotecarios son esenciales para que los consumidores participen en la sociedad y tengan acceso a los derechos socioeconómicos esenciales que proporciona, cada vez más, el mercado. La UE, dentro de sus competencias, debería proteger dichos derechos para garantizar un mínimo de dignidad social y valores morales cuando las personas entablan relaciones contractuales (como también tiene lugar en «Life Time contracts»).

Esta aproximación debería cristalizar en una bifurcación clara de la legislación hipotecaria en Europa (crédito residencial, por un lado, y crédito corporativo, por otro), interpretada conforme los estándares de la CDFUE. De hecho, la CDFUE *«is not merely a set of prohibitions. It also should serve as a tool to guide action, ensuring that the institutions of the Union exercise their competences with a view to fulfilling the provisions of the Charter»* (DE SCHUTTER, 2016, 24). La UE ha adoptado esta división, parcialmente, con la DCH, que se ha confirmado con la Propuesta de Directiva sobre los administradores de créditos, los compradores de créditos y la recuperación de las garantías reales de 11 de abril de 2018⁷⁴, que establece, entre otras medidas, un mecanismo común adicional de ejecución extrajudicial acelerada de garantías reales en relación con los contratos de crédito garantizados celebrados entre los acreedores y los prestatarios empresariales y que estén cubiertos por garantías reales. Este mecanismo no se aplica a los contratos de crédito garantizados celebrados entre acreedores y prestatarios empresariales que estén respaldados por bienes inmuebles residenciales que constituyan la residencia principal de un prestatario empresarial (art. 2.5.(ii), *cfr.* Considerando 43).

Sin embargo, el enfoque adoptado por la UE en otras medidas no es coherente, ya que no distingue entre préstamos hipotecarios residenciales y los desembolsados con otras finalidades. Así, el principal objetivo de las Directrices de la ABE sobre las demoras en los pagos y las ejecuciones hipotecarias (ABE, 2015) es orientar a los Estados miembro en la transposición del artículo 28.1 DCH en relación a los préstamos hipotecarios que se formalicen después del 21 de marzo de 2016. Por el contrario, la Guía del BCE sobre préstamos dudosos para entidades de crédito (BCE, 2017, 41 y sigs.) adopta un amplio ámbito de aplicación al referirse a los préstamos hipotecarios (los préstamos hipotecarios residenciales, de hecho, solo se citan como un ejemplo de especificidades na-

cionales), por lo que entran dentro de su alcance todos los contratos de crédito establecidos en el artículo 3 DCH. Sin embargo, no está clara la relación entre ambos instrumentos⁷⁵. Además, la Comisión Europea, siguiendo las Conclusiones del Consejo «Plan de acción para hacer frente a los préstamos dudosos en Europa» (2017)⁷⁶, presentó el segundo informe de situación sobre la reducción de los préstamos dudosos (marzo de 2018)⁷⁷ que tampoco distingue entre préstamos hipotecarios residenciales y de otra índole.

Sea como fuere, es probable que la UE adopte más medidas legislativas en el ámbito de los préstamos hipotecarios residenciales en un futuro cercano, que debería distinguir entre los préstamos hipotecarios residenciales y de otra naturaleza gracias a la aplicación (a los primeros) de la CDFUE. De hecho, la Comunicación de la Comisión «Un Nuevo Marco para los Consumidores» de 11 de abril de 2018⁷⁸ concluyó que la legislación europea de consumo aprobada hasta la fecha había ofrecido un alto nivel de protección tanto para los consumidores como para los empresarios, pero que todavía quedaban desafíos por abordar, como el uso generalizado por parte de las instituciones crediticias de condiciones contractuales abusivas en los préstamos hipotecarios. Esta podría ser un área por abordar por la Comisión Europea dado que la DCH no regula las cláusulas abusivas.

Con todo, el grado de influencia que la CDFUE puede tener sobre este nuevo cuerpo de normas sobre préstamos hipotecarios en la UE todavía se encuentra por definir y explorar. Sin embargo, a continuación se analizan dos ejemplos de esta influencia en el derecho derivado vigente de la UE.

3. DOS EJEMPLOS EN EL DERECHO COMUNITARIO VIGENTE: LOS PROCESOS DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CDFUE

A) *La aplicación del principio de proporcionalidad*

La sentencia *Kušionová* sostuvo que el derecho a la vivienda («right to accommodation» en la versión inglesa) es un derecho fundamental garantizado por el artículo 7 CDFUE, que debe interpretarse de conformidad con el artículo 8 CEDH. Dado que el TJUE no aborda realmente la complejidad de la jurisprudencia del TEDH en relación al artículo 8 CEDH, ¿qué efectos podría llegar a tener este vínculo?

Si tomamos como ejemplo el caso irlandés *Allied Irish Banks vs Peter Counihan and Mary Counihan* (2016)⁷⁹, la entidad bancaria inició el procedimiento de ejecución hipotecaria ante el impago del préstamo hipotecario destinado a la adquisición de una tierra de cultivo. Los deudores reclamaron la aplicación de la Directiva 93/13, y el tribunal, una vez aceptada dicha demanda, defendió que los tribunales nacionales deben analizar de oficio si una cláusula contrac-

tual que entre dentro del ámbito de aplicación de esta Directiva es abusiva. La aplicación de oficio de la Directiva 93/13 por los tribunales irlandeses significa, primero, que empiezan a cumplir con este (ya reconocido anteriormente por la jurisprudencia del TJUE), lo que no es la norma en la actualidad (CENTRE FOR HOUSING LAW, RIGHTS AND POLICY, 2018, 25)⁸⁰, y, segundo, la potencial aplicación del principio de proporcionalidad⁸¹ ya que el «derecho a la vivienda» está garantizado por el artículo 7 CDFUE. No obstante, los jueces irlandeses parecen reacios a ir un paso más allá de la redacción de la ley⁸². Por este motivo, el Proyecto de ley irlandés *Keeping People in their Homes Bill 2017*⁸³ se encuentra en tramitación parlamentaria, cuyo objetivo es obligar a los tribunales irlandeses a aplicar el principio proporcionalidad —vía artículo 7 CDFUE⁸⁴, interpretado conforme el artículo 8 CEDH— en los procedimientos de ejecución hipotecaria.

Si trasladamos esta reflexión (centrada en el Derecho irlandés) al Derecho comunitario, el principio de proporcionalidad debería aplicarse en los procedimientos de ejecución hipotecaria en los que estén involucrados consumidores y esté en juego la pérdida de la vivienda⁸⁵. De hecho, la DCH (que debería interpretarse conforme al art. 7 CDFUE) prevé entre sus medidas que los Estados miembro velarán por que los acreedores hipotecarios se muestren razonablemente tolerantes antes de iniciar un procedimiento de ejecución (art. 28.1).

Así, una interpretación del artículo 28.1 DCH de conformidad con la CDFUE implicaría, primero, que la Comisión Europea debería haber incluido *ab initio* el principio de proporcionalidad como una medida a implementar por los Estados miembro y, segundo, que, en ausencia de dicha previsión, los jueces nacionales deberían interpretar la normativa nacional de conformidad con la CDFUE, incluso en un litigio entre particulares (CHEREDNYCHENKO, 2014, 185)⁸⁶. Un ejemplo es el caso *Benkharbouche* (2015)⁸⁷, en el que el Tribunal de Apelación inglés (*Court of Appeal*) sostuvo que una normativa que derivaba de un Convenio Europeo (la *English State Immunity Act* de 1978 de la Convención Europea sobre Inmunidad del Estado, adoptada por el Consejo Europeo) era incompatible con los artículos 6 CEDH y 47 CDFUE y que, por lo tanto, no debía aplicarse⁸⁸. De hecho, el TJUE ha sostenido que los derechos fundamentales garantizados en el ordenamiento jurídico de la UE (en los que se incluyen los previstos en la CDFUE) deben ser aplicados en todas las situaciones reguladas por el Derecho comunitario⁸⁹, y en la sentencia *Mediation Sociale* (2014)⁹⁰ que el artículo 27 CDFUE, para ser plenamente efectivo, debe tener una expresión más específica en la legislación europea o nacional. De esto puede deducirse que la aplicación de los derechos previstos en la CDFUE en las relaciones entre particulares dependerá de si requieren una expresión concreta en el Derecho nacional o de si tienen por sí mismos fuerza suficiente para ser invocados por los particulares, lo que debe ponerse en relación con la distinción entre principios y derechos que el artículo 52.5 CDFUE no aborda adecuadamente. Dado que el derecho

a la vida privada y familiar debe considerarse como un derecho y no principio (como sí sucede con los derechos del art. 34.3 CDFUE), si las leyes nacionales que transponen la DCH no hacen referencia al principio de proporcionalidad, el juez debería interpretarla de una manera conforme a la CDFUE.

Por lo tanto, nótese que la doctrina del CEDH podría aplicarse —vía artículo 7 CDFUE— a las relaciones entre particulares y no solo —como sucede ahora con el CEDH— en las relaciones entre los particulares y las autoridades públicas, extendiendo así la protección actual de los deudores hipotecarios (COLLINS, 2017, 215).

Esta conclusión es relevante en tanto que existe un debate en torno a la aplicación horizontal del principio de proporcionalidad del artículo 8 CEDH en las relaciones entre particulares. Por ejemplo, en el caso *Manchester City Council v Pinnock* (2010)⁹¹, el Tribunal Supremo del Reino Unido confirmó su aplicación en los procedimientos de desalojo iniciados por propietarios públicos, pero la rechazó posteriormente en las relaciones entre particulares (caso *McDonald vs McDonald and others*, 2016)⁹² en tanto que la horizontalidad no debería aplicarse en aquellos casos en los que las disposiciones legales rigen la relación contractual, por lo que los tribunales no deberían ir más allá de un análisis de las cláusulas del contrato.

Pero lo cierto es que el juez (como autoridad pública) debería interpretar las disposiciones legales de una manera conforme al CEDH (lo que se ha denominado «statutory horizontal effect», LEES, 2014, 31⁹³) a fin de garantizar la proporcionalidad de la medida como lo exige el artículo 8 CEDH, sin importar si el demandante es un organismo público. El CEDH ya señaló este enfoque en *Khurisd* (2008)⁹⁴. De hecho, en el caso subsiguiente *Stewart v Watts* (2016)⁹⁵ el Tribunal de Apelación inglés aplicó el artículo 8 CEDH (junto con el artículo 14 CEDH) en un caso en el que los fideicomisarios de una fundación querían desalojar a los ocupantes de sus viviendas. Además, la jurisprudencia del TEDH es clara al afirmar que cualquier persona en riesgo de perder su hogar debería tener la posibilidad de que un tribunal independiente analizase la proporcionalidad de la medida, por lo que no se distingue entre propietarios públicos o privados (LOVELAND, 2015, 5)⁹⁶. Un ejemplo sería la sentencia *Lemo and Others* (2014)⁹⁷. También es relevante el Dictamen del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) (el encargado de monitorizar la implementación del PIDESC) de 20 de junio de 2017⁹⁸, en el que los demandantes alegaron que el Estado había violado su derecho a una vivienda adecuada (art. 11 PIDESC) dado que habían sido desahuciados de su vivienda alquilada sin tener en cuenta, primero, el hecho de que no tenían una vivienda alternativa adónde ir, y segundo, las consecuencias de la orden de desalojo en sus hijos menores de edad. El CESCR defendió que las previsiones del PIDESC se extienden a las relaciones entre particulares, por lo que los Estados parte deben tomar medidas razonables (hasta el máximo de sus recursos disponibles) para

proporcionar un alojamiento alternativo a las personas que se quedan sin hogar debido a un desahucio, independientemente de si es iniciado por las autoridades públicas o por un particular, como un arrendador (párrafo 15.2), lo que no sucedió en el caso analizado. Por este motivo, el CESCR consideró la existencia de una violación del derecho a una vivienda adecuada de los ocupantes. Pues bien, el TEDH ha denegado finalmente la aplicación horizontal del artículo 8 CEDH (y, por lo tanto, del principio de proporcionalidad) a una relación estrictamente privada en el caso F.J.M. (2018)⁹⁹, que resuelve la disputa que dio lugar a la sentencia *McDonald vs McDonald and others*.

Sea como fuere, la potencial aplicación horizontal del CEDH no implicaría empoderar a los individuos con acciones basadas en el mismo, sino el deber de los legisladores nacionales de permitir que los tribunales analicen la proporcionalidad de la injerencia (es decir, del desahucio) en el derecho a la vida privada y familiar de los ocupantes de la vivienda (art. 8 CEDH). En ausencia de dicha legislación, los jueces estarían obligados a interpretar la ley de una manera conforme al CEDH. Nótese, por lo tanto, que la aproximación respecto al principio de proporcionalidad es distinta en el caso de la CDFUE: aquí los particulares sí que podrían invocarlo directamente sobre la base de la DCH y su interpretación conforme al artículo 7 CDFUE.

a) Los límites de su aplicación

La aplicación del principio de proporcionalidad por los tribunales de justicia (con base en la CDFUE) está sujeta a una serie de limitaciones. La principal es que solo se aplicará si se produce una conexión entre la CDFUE y la legislación de la UE. En el caso de la Directiva 93/13, debe existir una relación jurídica entre una empresa y un consumidor, por lo que quedarían fuera, por ejemplo, aquellos contratos de arrendamiento o de hipoteca celebrados entre particulares o profesionales. Además, el TJUE mantuvo en la sentencia *Barclays*¹⁰⁰ que la Directiva 93/13 y los principios de la legislación de la UE relativos a la protección del consumidor deben interpretarse de tal modo que las disposiciones legales y reglamentarias de un Estado miembro están excluidas de su ámbito de aplicación cuando no exista una cláusula contractual que altere el efecto o el ámbito de dichas disposiciones. Por lo tanto, el tribunal se limitará a evaluar si el procedimiento tiene un impacto en los derechos de los ocupantes a fin de proteger el derecho a la vivienda tal y como está consagrado en el artículo 7 CDFUE¹⁰¹ y decidirá si el desalojo (lo que provoca la injerencia en el derecho protegido por el art. 7 CDFUE) es o no proporcional (siguiendo por el momento las directrices del art. 8 CEDH); sin embargo, el alcance de su aplicación es limitado en relación con otras cuestiones de derecho público o privado, por ejemplo en cuanto al derecho del acreedor hipotecario a ejecutar

la garantía (el más relevante del acreedor) en caso de incumplimiento de la deuda hipotecaria)¹⁰², que permanecería por lo tanto intacto (si bien la potencial posibilidad de que el ocupante de la vivienda continúe poseyéndola puede tener ulteriores consecuencias para el ejecutante y el adquirente), y no podría aplicar otras medidas de protección del deudor hipotecario a no ser que estuvieran previstas en la legislación nacional (por ejemplo, una dación en pago). En el caso de la DCH, el principio de proporcionalidad solo se aplicaría en aquellos préstamos hipotecarios que entrasen dentro de su ámbito de aplicación, es decir, principalmente aquellos otorgados para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial (art. 3).

b) Las consecuencias de su aplicación

El juez debe aplicar el principio de proporcionalidad con base en el artículo 7 CDFUE. Ahora bien, también deberá respetar el derecho a la propiedad (art. 17 CDFUE), que se basa en el artículo 1.1 del Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y que constituye uno de los pilares de la economía de la UE (es un principio general de derecho comunitario, sentencia *Productores*)¹⁰³. Su contenido, desde una perspectiva de derecho civil, es común a las tradiciones jurídicas de los Estados miembro (SIMÓN MORENO, 2011, 597 y sigs.), e incluye bienes muebles e inmuebles y posesiones inmateriales como acciones o derechos de propiedad intelectual, incluyendo por lo tanto a la vivienda (PEERS, 2014, 472 y sigs.), cuya posesión debe haber sido adquirida legalmente para gozar de plena protección.

Como el derecho a la propiedad y el derecho al respeto por la vida privada y familiar son derechos fundamentales que se encuentran en igualdad de condiciones, los conflictos entre ellos deben resolverse alcanzando el debido equilibrio (LENAERTS, 2012, 393), como estableció el TEDH en *Fernández Martínez* (2014)¹⁰⁴. De hecho, y como no existe una jurisprudencia propia del TJUE en torno a la aplicación del principio de proporcionalidad que deriva del artículo 8 CEDH, la jurisprudencia del TEDH puede servir como primer criterio de interpretación.

En cuanto a la aplicación del principio de proporcionalidad puede concluirse lo siguiente:

a) *Elementos que el tribunal debe tener en consideración.* La evaluación de la proporcionalidad de la injerencia debería tener en cuenta una serie de elementos¹⁰⁵. Así, el Proyecto de ley irlandés *Keeping People in their Homes Bill* 2017 ofrece un exhaustivo listado de aspectos que el tribunal debe tener en consideración incluyendo, entre otros, una serie de circunstancias relacionadas con el préstamo hipotecario (cuantía del capital pendiente y del interés pagado), la capacidad del deudor de pagar el préstamo, la idoneidad de otras

medidas, como la cesión del préstamo a un organismo de vivienda autorizado, el comportamiento de las partes (por ejemplo, si el acreedor hipotecario ha intentado resolver la controversia mediante una mediación), el impacto en otros derechos fundamentales del deudor hipotecario u otros miembros del hogar, la disponibilidad de un alojamiento alternativo adecuado a las personas ocupantes o si están involucradas personas vulnerables. En este sentido, el TEDH ha desarrollado el concepto de grupo vulnerable, al que pertenecerían las personas cuya vulnerabilidad proviene de circunstancias sociales, políticas e institucionales. La minoría romaní, las personas con discapacidad, las personas que viven con el VIH o las que buscan asilo serían ejemplos de este concepto (PERONI y TIMMER, 2013, 1063 y sigs.).

Todo ello ayudará al tribunal a decidir si el prestamista persigue un interés legítimo y necesario en una sociedad democrática (podrá ponerse en duda si hay evidencias de un comportamiento irresponsable del prestamista, por ejemplo si existen cláusulas abusivas o si no se ha analizado la solvencia del consumidor, o si el impacto financiero previsible en el prestamista no es relevante, por ejemplo si se ha satisfecho gran parte del préstamo), responde a una necesidad social imperiosa y es proporcionada al objetivo perseguido (se analizará si existen otras opciones menos gravosas y si el impacto del desahucio es proporcional al objetivo perseguido por el prestamista, en definitiva, si se respeta el derecho a la vida privada y familiar de los ocupantes) (CENTRE FOR HOUSING LAW, RIGHTS AND POLICY y OPEN SOCIETY, 2018, 7-8).

b) *El tribunal debe decidir si el desahucio es o no proporcionado.* Después de analizar los intereses de ambas partes, el tribunal puede sostener que existe una injerencia en los derechos del ocupante. Como el principio de proporcionalidad es una cuestión de otorgar o no la orden de desahucio (es decir, es un principio de carácter procedural), el tribunal puede decidir concederla, suspenderla por un tiempo determinado o incluso rechazarla por completo¹⁰⁶. La decisión final dependerá de las circunstancias del caso y del criterio del tribunal¹⁰⁷ teniendo en cuenta las medidas antes mencionadas, pero hay ejemplos que pueden proporcionar alguna orientación sobre cuál podría ser el resultado. Por ejemplo, el tribunal puede imponer una breve moratoria para poder recuperar la posesión de la vivienda. Esta medida no sería novedosa en algunos Estados miembro. Por ejemplo, la ley faculta al juez español a suspender temporalmente el desalojo de los ocupantes de una vivienda que la utilizan como su residencia principal debido a causas de necesidad (art. 704.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁰⁸), la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social¹⁰⁹, preveía la suspensión de los lanzamientos durante el plazo de dos años (que se ha extendido hasta los siete años, es decir, hasta mayo de 2020¹¹⁰) de aquellas personas en situación de vulnerabilidad cuando el acreedor se hubiera adjudicado la vivienda en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria, sin que esté claro que

el poseedor de la vivienda (antiguo deudor hipotecario) deba satisfacer alguna renta al propietario¹¹¹, y el auto del Juzgado de Primera Instancia de Madrid núm. 39 de 6 de marzo de 2013¹¹² pospuso el desahucio hasta el final del curso académico por la presencia en la vivienda de menores de edad. Desde la perspectiva del derecho a la propiedad, sin embargo, el TEDH sostuvo en un caso relacionado con el control de renta de los alquileres¹¹³ que el derecho de los propietarios a obtener un rendimiento de sus bienes deriva del artículo 1 del Protocolo núm. 1 CEDH. Esto significa que el juez debería tener en cuenta el derecho de los propietarios privados a obtener beneficios de sus propiedades, es decir, debería concretar —a la hora de aplicar el principio de proporcionalidad— las obligaciones de los ocupantes para con la vivienda que ocupan.

c) *El tribunal, en determinadas circunstancias, puede requerir que las autoridades públicas proporcionen a los ocupantes un alojamiento alternativo para que el desahucio sea efectivo.* Existen casos en los que el TEDH ha postergado en España (mediante medidas cautelares) el desahucio de unos ocupantes por las implicaciones que este podía tener en su derecho a la vida privada y familiar con base en el artículo 8 CEDH (SIMÓN MORENO, 2014, 162 y sigs.). Y el CEDS ha sostenido que incluso si el desalojo es legítimo, las autoridades deben adoptar las medidas necesarias para ayudar económicamente o realojar a las personas afectadas¹¹⁴. El principal problema con respecto a la doctrina de las obligaciones positivas del artículo 8 CEDH es el grado en que los Estados parte están obligados a proporcionar un alojamiento alternativo (REMICHE, 2012, 799)¹¹⁵. Los casos relacionados con España muestran, sin embargo, que un alojamiento corto y temporal podría no ser suficiente para cumplir con los estándares del artículo 8 ECHR.

B) *La adopción de medidas tendentes a evitar el sobreendeudamiento del deudor*

Finalmente, otro precepto de la DCH que podría interpretarse conforme a la CDFUE es el 28.5, que prevé que los Estados miembro deben alentar a los prestamistas a adoptar medidas que faciliten el reembolso del préstamo en aquellos casos en que la deuda no quede saldada. En este sentido, las medidas para evitar el sobreendeudamiento están relacionadas con los derechos humanos, tales como el derecho a una vivienda adecuada y una alimentación adecuada (art. 11.1 PIDESC), el derecho a la asistencia sanitaria (art. 12 PIDESC), el derecho al trabajo (art. 23 DUDH), la prohibición del encarcelamiento por el impago de deudas (art. 11 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 1966, ICCPR¹¹⁶), la prohibición de discriminación (arts. 26 ICCPR y 14 CEDH) y el derecho a la privacidad (art. 8 CEDH) (ONDERSMMA, 2014, 295 y sigs.). El Comité Económico y Social Europeo (2014)¹¹⁷ ha recomendado en este sentido una serie de medidas con base en los artículos 38 CDFUE, 114 y 81 TFUE.

V. CONCLUSIONES

I. La crisis financiera internacional ha puesto de manifiesto la limitada capacidad de la UE para adaptar su legislación a las nuevas necesidades socioeconómicas debido a falta de una competencia expresa en materia de vivienda y derecho de propiedad. Las medidas que ha podido adoptar dentro de su ámbito competencial, principalmente la DCH, tienen un alcance limitado (su objetivo es restaurar el equilibrio entre el empresario y el consumidor), tienen un enfoque básicamente económico (en el marco del objetivo de la UE de alcanzar un mercado interior) y no abordan aquellos aspectos más sociales que van más allá de la relación contractual. Por otra parte, la ausencia de una delimitación clara del significado y alcance del derecho a la vivienda (a nivel europeo e internacional) ha motivado que los jueces y los legisladores de los Estados miembro hayan adoptado medidas dispares en sus políticas nacionales de vivienda, en ocasiones reinterpretando (los primeros) el Derecho civil. Por lo tanto, una mayor protección del derecho a la vivienda podría conseguirse a través de otros instrumentos legales, como la CDFUE, que permitiría al derecho derivado de la UE (y ulteriormente al Derecho de cada Estado miembro) alcanzar una dimensión más acorde con los derechos humanos y fundamentales en tanto que todos los Estados miembro de la UE han ratificado el CEDH, la CSE o el PIDESC, aceptando de esta manera la obligación de desarrollar políticas y leyes apropiadas que reconozcan, respeten, protejan, promuevan y cumplan con el derecho a la vivienda. Por lo tanto, todos estos derechos son ahora parte integrante de la legislación de la UE a través de su incorporación a la CDFUE.

II. El TJUE es el principal impulsor de la actual constitucionalización del Derecho derivado europeo gracias a la interpretación de la normativa de consumo (principalmente, la Directiva 93/13) en línea con las disposiciones de la CDFUE. Con todo, no debe olvidarse que sus disposiciones deben tenerse en consideración por las instituciones y organismos de la UE, los Estados miembro al aplicar el Derecho derivado de la UE y los tribunales nacionales. De esta forma, la UE debe no solo valorar la compatibilidad del derecho derivado con la CDFUE sino también integrar y promulgar sus disposiciones de acuerdo con su contenido. Dado que el derecho de consumo es una de las principales áreas de competencia de la UE, su interpretación conforme a la CDFUE (que es necesaria para que los derechos contenidos en ella puedan tener un carácter vinculante entre los particulares) podría conducir a un nuevo cuerpo de normas sobre préstamos hipotecarios dentro la UE que distinguese entre préstamos hipotecarios residenciales y de otra naturaleza. Un ejemplo de esta aproximación son las disposiciones de la DCH relativas al procedimiento de ejecución hipotecaria, que deberían incluir, gracias a la CDFUE, el principio de proporcionalidad y medidas concretas para hacer frente a las situaciones de sobreendeudamiento.

III. La influencia de la CDFUE en otras áreas del Derecho comunitario y en el resto de aspectos que integran el derecho a la vivienda todavía está por definir y explorar. Con todo, el presente trabajo ha querido mostrar el potencial rol de la CDFUE para lograr una regulación europea y nacional en materia de consumo y de vivienda más acorde con los derechos humanos y fundamentales. Esta aproximación podría ser un primer paso para tratar la vivienda como un derecho humano y no como un activo financiero en la UE.

ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS

- STJUE de 10 de septiembre de 2014.
- STJUE de 17 de julio de 2014.
- STJUE de 30 de abril de 2014.
- STJUE de 15 de enero de 2014.
- STJUE de 8 de mayo de 2013.
- STJUE de 26 de febrero de 2013
- STJUE de 15 de marzo de 2012.
- STJUE de 20 de enero de 2011.
- STJUE de 16 de septiembre de 2010.
- STJUE de 29 de enero de 2008.
- STJUE de 12 de diciembre de 2006.
- STJUE de 13 de diciembre de 1989.

- STEDH de 11 de octubre de 2016.
- STEDH de 10 de julio de 2014.
- STEDH de 12 de junio de 2014.
- STEDH de 17 de octubre de 2013.
- STEDH de 29 de mayo de 2012.
- STEDH de 24 de abril de 2012.
- STEDH de 21 de junio de 2011.
- STEDH de 9 de octubre de 2007.
- STEDH de 19 de junio de 2006.
- STEDH de 27 de mayo de 2004.
- STEDH de 18 de enero de 2001.
- STEDH de 24 de febrero de 1998.
- STEDH de 27 de septiembre de 1995.
- STEDH de 26 de marzo de 1985.
- STEDH de 9 de octubre de 1979.

- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona de 7 de diciembre de 2016.

- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona de 5 de mayo de 2014.
- Auto del Juzgado de Primera Instancia de Madrid núm. 39 de 6 de marzo de 2013.

BIBLIOGRAFÍA

- THE FOUNDATION ABBÉ PIERRE y FEANTSA (2018). *Third overview of housing exclusion in Europe [En línea]*. Disponible en <https://www.feantsa.org/download/full-report-en1029873431323901915.pdf>.
- (2015). *An overview of housing exclusion in Europe [En línea]*. Disponible en http://www.fondation-abbe-pierre.fr/sites/default/files/content-files/files/chapter_3_-_european_union_legislation_relating_to_housing.pdf.
- AALBERS, M. (2017). The variegated financialization of housing — Symposium. *International Journal of Urban and Regional Research*, vol. 41, núm. 4, 542-554.
- AALBERS, M. y FERNÁNDEZ, R. (2017). Capital Market Union and residential capitalism in Europe: Rescaling the housing-centred model of financialization. *Finance and Society*, vol. 3, núm. 1, 32-50.
- ABE (2015). *Directrices de la ABE sobre las demoras en los pagos y las ejecuciones hipotecarias [En línea]*. Disponible en <https://www.eba.europa.eu/regulation-and-policy/consumer-protection-and-financial-innovation/guidelines-on-arrears-and-foreclosure>.
- AKANDJI-KOMBE, J. F. (2007). *The development of positive obligations under the European convention on human rights*. Human rights handbooks, vol. 7º. Brussels: Council of Europe.
- ANDERSON, M. (2018). ¿Un modelo distinto de propiedad para la vivienda? Perspectiva europea, española y catalana, a partir de la situación del deudor hipotecario. En J. Tarabal Bosch y E. Lauroba Lacasa (coords.), *El derecho de propiedad en la construcción del derecho privado europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ARANGUIZ, A. (2017). What future for Housing Rights? The Potential of the European Pillar of Social Rights, *Housing Rights Watch [En línea]*, 14 de septiembre de 2017. Disponible en <http://www.housingrightswatch.org/content/what-future-housing-rights-potential-european-pillar-social-rights>.
- BCE (2017). *Guía sobre préstamos dudosos para entidades de crédito [En línea]*, 1-144. Disponible en https://www.banksupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/guidance_on_npl.es.pdf.
- BENÖHR, I. (2013). *EU Consumer Law and Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- BRAGA, M., y PALVARINI, P. (2013). *Social Housing in the EU*. Brussels: European Parliament, Directorate general for internal policies. Policy department a: economic and scientific policy.
- CHEREDNYCHENKO, O. (2014). Fundamental Rights, European Private Law, and Financial Services. En H. Micklitz (ed.), *Constitutionalization of European Private Law*, XXII/2, Oxford: Oxford University Press (170-209).
- CLAPHMA, A. (1993). The ‘Drittewirkung’ of the Convention. En R. St. J. McDonald et al. (eds.), *The European system for the Protection of Human Rights*. London: Martinus Nijhoff Publishers (163-206).

- COLLINS, H. (2017). The challenges Presented by the Fundamental Rights to Private Law. En K. Barker *et al.* (eds.), *Private Law in the 21st Century*. Bloomsbury.
- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LA ONU (1991). *Comentario general (núm. 4) sobre el derecho a una vivienda adecuada [En línea]*. Disponible en <https://www.escr-net.org/resources/general-comment-4>.
- DELLA NEGRA, F. (2015). The uncertain development of the case law on consumer protection in mortgage enforcement proceedings: Sánchez Morcillo and Kušionová. *Common Market Law Review*, vol. 52, núm. 4, 1009-1032.
- COUNCIL OF EUROPE AND EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (2017). *Guide on Article 8 of the Convention – Right to respect for private and family life [En línea]*. Disponible en https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_ENG.pdf.
- HOUSING EUROPE (2017). *Housing in the European Pillar of Social Rights. A critical review [En línea]*, 27 de abril de 2017. Disponible en <http://www.housingeurope.eu/resource-930/housing-in-the-european-pillar-of-social-rights>.
- (2015). *Making Europe Accessible. What does the Accessibility Act bring to the housing sector? [En línea]*. Disponible en http://www.housingeurope.eu/resource-621/making-europe-accessible#_ftn2.
- FARHA, L. (2017). *Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto [En línea]*, presentado en el 34º período de sesiones Consejo de Derechos Humanos. Disponible en <http://www.ohchr.org/SP/Pages/Home.aspx>.
- FONTECHA, L. M. (2017). The European Pillar of Social Rights. *ERA Forum*, vol. 18, núm. 2, 149-153.
- GALIANA SAURA, A. (2018). La naturaleza jurídica del derecho subjetivo a la vivienda. En Nasarre Aznar, S. *et al.* (coords.). *Ánalisis de la política legislativa para la promoción del acceso a la vivienda*, Valencia: Tirant lo Blanch (33-52).
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2017). La efectividad de la garantía hipotecaria en evidente detrimento, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, vol. 762, 2006-2023.
- CENTRE FOR HOUSING LAW, RIGHTS AND POLICY (2018). *Access to Justice and the ECB. A study of ECB Supervised and other Mortgage Possession Cases in Ireland [En línea]*. Galway: NUI Galway. Disponible en <https://www.nuigalway.ie/chlrp/>.
- CENTRE FOR HOUSING LAW, RIGHTS AND POLICY y OPEN SOCIETY (2018). *Your EU Consumer and Human Rights. A Guide for People in Mortgage distress in Ireland [En línea]*. Galway: NUI Galway. Disponible en <https://www.nuigalway.ie/chlrp/>.
- HOHMANN, J. (2013). *The Right to Housing. Law, concepts, Possibilities*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing.
- INTERNATIONAL FEDERATION FOR HOUSING AND PLANNING (2015). *Housing Refugees Report [En línea]*. Disponible en <http://www.ifhp.org/housing-refugees-report>.
- JOSIPOVIC, T. (2014). Consumer Protection in EU Residential Mortgage Markets: Common EU Rules on Mortgage Credit in the Mortgage. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 16, 224-253.
- KENNA, P. (2017). Making Economic, Social and Cultural Rights meaningful. *Irish Law Times*, vol. 35, núm. 14, 191-196.
- KENNA, P. y GAILIUTE, D. (2013). Growing Coordination in Housing Rights Jurisprudence in Europe? *European Human Rights Law Review*, vol. 6, 606-614.

- KENNER, J. (2003). Economic and Social Rights in the EU Legal Order. En T. Herevey y J. Kenner (eds.), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights. A legal perspective*, Oxford-Portland Oregon: Hart Publishing (1-25).
- LEES, E. (2014). Horizontal Effect and Article 8: McDonald v McDonald. *Law Quarterly Review [En línea]*, vol. 131, 34-39. Disponible en <https://www.repository.cam.ac.uk/handle/1810/246005>.
- LENAERTS, K. (2012). Exploring the limits of the EU Charter of Fundamental Rights, *European Constitutional Law Review*, vol. 8, 375-403.
- LOVELAND, I. (2015). Horizontality of article 8 in the context of possession proceedings. *European Human Rights Review [En línea]*, vol. 2, 1-14. Disponible en <http://openaccess.city.ac.uk/13737/1/macdonald.pdf>.
- LUCKOW, A. (2014). *Mortgages in the over-indebtedness of private households - a European comparison*, ponencia presentada en la Conferencia *Buying and Owning Property in Europe [En línea]*, Trier. 16 de junio de 2014). Disponible en <https://www.pfandbrief.de>.
- MAÑKO, R. (2015). *EU competence in private law, The Treaty framework for a European private law and challenges for coherence*. Brussels: European Parliamentary Research Service.
- EUROPEAN MORTGAGE FEDERATION (2017). *Review of Europe's mortgage and housing markets [En línea]*. Disponible en <https://hypo.org/app/uploads/sites/3/2017/09/HYPOSTAT-2017.pdf>.
- MICKLITZ, H.-W. (2014). The EU as a Federal Order of Competences and the Private Law. En L. Azoulai (ed.), *The Question of Competence in the European Union*. Oxford: Oxford University Press (125-154).
- (2011). Social justice and access justice in Private Law. *European University Institute [En línea]*, 2. Working Paper. Disponible en <http://cadmus.eui.eu//handle/1814/15706>.
- MUÑIZ ESPADA, E. (2016). *El deterioro del mercado hipotecario y la necesidad de su reconstrucción*. Madrid: Civitas.
- NASARRE AZNAR, S. (2015). «Robinhoodian» courts' decisions on mortgage law in Spain. *International Journal of Law in the Built Environment*, vol. 7, núm. 2, 127-147.
- (2014). A legal perspective of the Origin and the Globalization of the Current Financial Crisis and the Resulting Reforms in Spain. En P. Kenna (ed.), *Contemporary Housing Issues in a Globalized World*. Farnham: Ashgate Publishing (37-72).
- NASARRE AZNAR, S. y GARCÍA Teruel, R. M. (2016). El acceso a la vivienda en España. En Adicae (ed.), *Vivienda y Financiación. La oferta del crédito en el nuevo mercado hipotecario y otras formas de acceso a la vivienda*. Madrid: ADICAE Servicios Centrales (31-58).
- NASARRE AZNAR, S. y SIMÓN MORENO, H. (2014). Un paso más en la protección de los deudores hipotecarios de vivienda: la Directiva 2014/17/UE y la reforma del Código de Consumo de Cataluña por Ley 20/2014. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, vol. 139, 11-55.
- NIELD, S. (2013). Article 8 Respect for the Home: A Human Property Right?, *King's Law Journal*, vol. 24, núm. 2, 147-171.
- NOGLER, L. y REIFNER, U. (2018). The contractual Concept of Life Time Contracts under Scrutiny. En L. Ratti, (ed.), *Embedding the Principles of Life Time Contracts*. The Hague: Eleven International Publishing (3-26).

- (2014). Introduction: the new dimension of life time in the law of contracts and obligations. En L. Nogler y U. Reifner (eds.), *Life Time Contracts. Social long-term contracts in labour, tenancy and consumer credit law*. The Hague: Eleven International Publishing (1-71).
- NÚÑEZ IGLESIAS, Á. (2014). La suspensión de los lanzamientos en la ejecución hipotecaria. *Revista de Derecho Civil*, Vol. I, Núm. 1, 69-89.
- ONDERSMA, C. (2014). A Human Rights Framework for Debt Relief, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 26, núm. 1, 269-351.
- PEERS, S. (2014). Artículo 17(1), Right to Property. En S. Peers *et al.* (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A commentary*. Oxford: Hart Publishing (465-488).
- PERASSI, M. (2016). The New Pillars of the EU Financial Architecture and the Single Supervisory Mechanism. En F. Fariello *et al.* (ed.), *Financing and Implementing the Post-2015. Development Agenda*. vol. 7, Washington, DC: The World Bank Legal Review, World Bank Publications.
- PERONI, L. y TIMMER, A. (2013). Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, núm. 4, 1056-1085.
- PIKETTY, T. (2014). *Capital in the Twenty-first century*. Harvard: Harvard University Press.
- MAX PLANCK INSTITUTE (2017). *An evaluation study of national procedural laws and practices in terms of their impact on the free circulation of judgments and on the equivalence and effectiveness of the procedural protection of consumers under EU consumer law*. Report prepared by a Consortium of European universities led by the MPI Luxembourg for Procedural Law as commissioned by the European Commission.
- ACTIONES PLATFORM (2017). *Handbook on the Techniques of Judicial Interactions in the Application of the EU Charter* [En línea]. Disponible en <https://www.eui.eu/Projects/CentreForJudicialCooperation/Projects/ACTIONES/ACTIONESplatform>.
- RASNAČA, Z. (2017). (Any) relevance of the european pillar of social rights for eu law? *European Law blog* [En línea]. 17 de noviembre de 2017. Disponible en <http://european-lawblog.eu/2017/11/17/any-relevance-of-the-european-pillar-of-social-rights-for-eu-law/>.
- REMICHE, A. (2012). Yordanova and Others v. Bulgaria: The Influence of the Social Right to Adequate Housing on the Interpretation of the Civil Right to Respect for One's Home. *Human Rights Law Review* [En línea], vol. 12, núm. 4, 787-800.
- ROLNIK, R. (2013). Late Neoliberalism: The Financialization of Homeownership and Housing Rights. *International Journal of Urban and Regional Research*, vol. 37, núm. 3, 1058-1066.
- (2012). *The right to adequate housing* [En línea]. United Nations General Assembly. Disponible en <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Housing/A-67-286.pdf>.
- RONALD, R. (2008). *The Ideology of Home Ownership: Homeowner Societies and the Role of Housing*. Basingstoke: Palgrave Macmillian.
- RUTGERS, J. W. (2010). *European Competence and a European Civil Code, a Common Frame of Reference or an Optional Instrument* [En línea]. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1542533.
- DE SCHUTTER, O. (2016). *The Implementation of the Charter of Fundamental Rights in the EU institutional framework*. European Parliament's Committee on Constitutional Affairs and commissioned, Brussels, 1-76.

- SCHMID, C. (2018). Epilogue. En C. U. Schmid (ed.), *Tenancy law and housing policy in Europe. Towards Regulatory Equilibrium*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- SCHÜTZE, R. (2014). Limits to the Union's 'Internal Market' Competence(s), Constitutional Comparisons. En L. Azoulai (ed.), *The Question of Competence in the European Union*. Oxford: Oxford University Press (215-233).
- SEMMELMANN, C. (2012). Theoretical reflections on the public-private distinction and their traces in European Union law. *Oñati Socio-Legal Series [En línea]*, vol. 2, núm. 4. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2016077.
- SIMÓN MORENO, H. (2017). El Derecho de bienes en el Derecho Privado europeo. En J. A. Tito-Añamuro (dir.), *La unificación del derecho privado en Europa y América Latina: un estudio conjunto de problemas, desafíos y proyecciones*. Perugia: Università Degli Studi di Perugia.
- (2014). La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la vivienda en relación al Derecho español. *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, vol. 16, 162-187.
- (2011). Towards a European System of Property Law. *European Review of Private Law*, vol. 19, núm. 5, 579-611.
- SPARKES, P. (2016). *Cross-Border Acquisition of Residential Property: Problems that Arise for Citizens [En línea]*. Brussels: European Parliament. Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs. Disponible en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556936/IPOL_STU\(2016\)556936_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556936/IPOL_STU(2016)556936_EN.pdf).
- VALANT, J. (2015). *Consumer protection in the EU. Policy overview*. Brussels: European Parliamentary Research Service.
- VAN ERP, S. y AKKERMANS, B. (2010). European Union property law. En C. Twigg-Flesner (ed.), *The Cambridge Companion to European Union Private Law*. Cambridge: Cambridge University Press (173-186).
- WARD, A. (2014). Article 51 — Field of Application. En S. Peers *et al.* (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A commentary*. Oxford: Hart Publishing (1413-1454).
- WIND, B. *et al.* (2017). The distribution of housing wealth in 16 European countries: accounting for institutional differences. *Journal of Housing and the Built Environment*, vol. 32, núm. 4, 625-647.

NOTAS:

¹ Por lo tanto, pueden distinguirse varios grupos de países en el seno de Unión Europea (UE): de alquiler (Alemania, Suiza, Austria) y la zona comunista de Europa central (República Checa, Polonia, Estonia); de expansión de la vivienda en propiedad (Dinamarca, Suecia, Países Bajos, Bélgica y Francia) y de vivienda en propiedad (Italia, España y Portugal).

² El término equivalente en inglés, «*finanzialisation*», ha sido definido como «the increasing dominance of financial actors, markets, practices, measurements and narratives, at various scales, resulting in a structural transformation of economies, firms (including financial institutions), states and households» (AALBERS y RODRIGO FERNÁNDEZ, 2017, 34 y sigs.).

³ La Relatora Especial sobre una vivienda adecuada Leilana FARHA apuntó en el *Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho*

a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, en el 34.^º período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos (2017), que «La cantidad de dinero implicada en la compra de vivienda y bienes inmuebles es casi imposible de asimilar. Cushman and Wakefield, una empresa estadounidense de servicios inmobiliarios mundiales que participa en ventas de bienes inmuebles por un valor de 90.000 millones de dólares anuales, publica un informe anual titulado “The Great Wall of Money” que incluye un cálculo de la cantidad de capital obtenido cada año por las inversiones inmobiliarias transfronterizas. El total en 2015 fue la cifra récord de 443.000 millones de dólares, de la que las viviendas representan la mayor proporción individual» (párrafo 24).

⁴ El Informe afirma que «El gasto en los rescates de bancos e instituciones financieras tras la crisis financiera de 2008 superó con mucho el gasto en la prestación de asistencia a las víctimas de la crisis. De hecho, muchos Gobiernos nacionales hicieron importantes recortes en sus programas de vivienda. Como se ha señalado antes, el Banco Mundial sigue promoviendo la “liberalización financiera” en lugar de la intervención activa del Estado en la provisión de vivienda en las economías emergentes, a pesar de que es evidente que la financiarización aumenta por lo general la desigualdad y no tiene en cuenta las necesidades de los millones de familias que viven en situaciones de falta de vivienda o en viviendas extremadamente inadecuadas».

⁵ DO C 326, de 26 de octubre de 2012, 47.

⁶ DO L 60, de 28 de febrero de 2014, 34.

⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 17 de julio de 2014, Morcillo/Banco Bilbao, 169/14, EU:C:2014:2099, apartado 51.

⁸ STJUE de 10 de septiembre de 2014, Kušionová/SMART, 34/13, EU:C:2014:2189, apartado 65.

⁹ DO L 95, de 21 de abril de 1993, 29.

¹⁰ DO C 202, de 7 de junio de 2016, 389.

¹¹ DO C 326, de 26 de octubre de 2012, 13.

¹² Disponible en https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf (última visita 10 de julio de 2018).

¹³ Ver en este sentido las *Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales* (DOC 303, de 14 de septiembre de 2007, 17), que explica la conexión de sus disposiciones con otros derechos recogidos en instrumentos análogos.

¹⁴ Disponible en https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf (última visita 10 de julio de 2018).

¹⁵ Disponible en <https://rm.coe.int/168047e013> (última visita 10 de julio de 2018). El derecho a la vivienda no se incluye en la versión original de la CSE 1961.

¹⁶ «3. Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales».

¹⁷ Disponible en http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Presentation/SignatureRatificationIndex_en.asp (última visita 10 de julio de 2018).

¹⁸ Ver la Resolución del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), el órgano del Consejo de Europa que supervisa la implementación de la CSE en los Estados Parte, en el caso *International Movement ATD Fourth World (ATD) v. France*. Reclamación no. 33/2006, de 5 de diciembre de 2007. Disponible en <https://www.coe.int> (última visita 10 de julio de 2018).

¹⁹ *Vid., infra* apartado IV, epígrafe A.b).

²⁰ Sentencia del TEDH (STEDH) de 9 de octubre de 1979 *Airey vs. Ireland*, n.º 6289/73, § 25. Series A núm. 32.

²¹ STEDH de 26 de marzo de 1985 *X and Y vs. Netherlands*, núm. 8978/80, § 23. Series A núm. 91.

²² Como la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

²³ Tal y como ha establecido en la STEDH de 27 de mayo de 2004 *Connors vs UK*, núm. 66746/01. Ver también STEDH de 27 de septiembre de 1995 *McCann and Others vs United Kingdom*, núm. 18984/91; STEDH de 21 de junio de 2011 *Orlic vs Croatia*, no. 48833/07; STEDH de 10 de julio de 2014 *Lemo and others vs Croatia*, no. 3925/10; y la STEDH de 29 de mayo de 2012 *Bjedov vs Croatia*, núm. 42150/09, § 66.

²⁴ STEDH de 18 de enero de 2001 *Chapman vs. United Kingdom*, núm. 27238/95, § 99.

²⁵ STEDH de 24 de febrero de 1998 *Botta vs. Italy*, núm. 21439/93, § 33. Reports of Judgments and Decisions 1998-I. El Consejo de Europa y el TEDH defienden que la doctrina de las obligaciones positivas «*may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves*» (Council of Europe and European Court of Human Rights, 2017, 8).

²⁶ Se discute sobre ello *infra* en el apartado IV.

²⁷ La relación entre el artículo 8 CEDH y la vivienda en la jurisprudencia del TEDH se resume por el Consejo de Europa y el TEDH (Council of Europe and European Court of Human Rights, 2017, 54 y sigs.).

²⁸ STEDH de 11 de octubre de 2016 *Bagdonavicius and Others vs. Russia*, núm. 19841/06, §§ 97-108.

²⁹ STEDH de 17 de octubre de 2013 *Winterstein and others vs France*, núm. 27013/07, § 167.

³⁰ STEDH de 24 de abril de 2012 *Yordanova and Others vs. Bulgaria*, núm. 25446/06, §§ 120-144.

³¹ STEDH de 9 de octubre de 2007 *Stanková vs. Slovakia*, núm. 7205/02, §§ 61-62.

³² El texto está disponible en https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/social-summit-european-pillar-social-rights-booklet_es.pdf (última visita 10 de julio de 2018).

³³ Disponible en <https://composite-indicators.jrc.ec.europa.eu/social-scoreboard/#> (última visita 10 de julio de 2018).

³⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 26 de abril de 2017, Establecimiento de un pilar europeo de derechos sociales, 6 (COM(2017) 250 final).

³⁵ STJUE de 13 de diciembre de 1989, *Salvatore/Le Fonds*, 322/88, apartados 13 y sigs.

³⁶ «There is very little in terms of concrete potential for the enforcement of the EPSR. As often is the case in the EU realm, one can only hope that the EPSR will gain some teeth as a result of the judicial application both at the EU and national level. In this regard, the CJEU's past case law concerning similar instruments gives some reason for confidence» (RASNAČA, 2017). El hecho de que el pilar simplemente repita el acervo social ya existente de la UE y su carácter jurídico no vinculante se han señalado como sus principales deficiencias (FONTECHA, 2017, 153).

³⁷ Así, la UE solo puede actuar dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembro en los Tratados, sólo interviene en caso de que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembro y el contenido y la forma de su acción no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados.

³⁸ Ver en este sentido la STJUE de 12 de diciembre de 2006, Alemania/Consejo y Parlamento, 380/03, EU:C:2006:772, apartado 80.

³⁹ Ver https://ec.europa.eu/info/strategy/consumers/consumer-protection_en (última visita 10 de julio de 2018). Existen estudios que proporcionan una visión global de la competencia de la UE en materias relacionadas con el Derecho privado (MANKO, 2015; VALANT, 2015).

⁴⁰ Sobre la base del Artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Disponible en <https://www.ohchr.org/sp/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx> (última visita 10 de julio de 2018). El derecho a la vivienda también se recoge en el artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos 1948 (DUDH). Disponible en <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/> (última visita 10 de julio de 2018).

⁴¹ La Fundación Abbé Pierre y Feantsa proporcionan una visión general de la legislación de la UE sobre vivienda (ABBÉ PIERRE y FEANTSA, 2015, 81 y sigs.).

⁴² COM(2015) 240 final. El último documento disponible es la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo, Informe sobre la aplicación de la Agenda Europea de Migración*, de 14 de mayo de 2018 (COM(2018) 250 final).

⁴³ Disponible en: <http://www.ifhp.org>.

⁴⁴ Directiva 2013/33/UE, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (DO L 180, de 29 de junio de 2013, 96). La vivienda se incluye dentro de las «condiciones materiales de acogida» que deben ponerse a disposición de los solicitantes cuando presentan su solicitud de protección internacional (art. 2.1.g).

⁴⁵ Directiva 2012/27/UE, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética, por la que se modifican las Directivas 2009/125/CE y 2010/30/UE, y por la que se derogan las Directivas 2004/8/CE y 2006/32/CE (DO L 315, de 14 de noviembre de 2012, 1); y la Directiva 2010/31/UE, de 19 de mayo de 2010, relativa a la eficiencia energética de los edificios (DO L 153, de 18 de junio de 2010, 13). Ver en este sentido: <https://ec.europa.eu/energy/en/topics/energy-efficiency/buildings> (última visita 10 de julio de 2018).

⁴⁶ Reglamento 305/2011, de 9 de marzo de 2011, por el que se establecen condiciones armonizadas para la comercialización de productos de construcción y se deroga la Directiva 89/106/CEE (DO L 88, de 4 de abril de 2011, 5).

⁴⁷ Directiva 2014/33/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre la armonización de las legislaciones de los Estados miembro en materia de ascensores y componentes de seguridad para ascensores (DO L 96, de 29 de marzo de 2014, 251).

⁴⁸ Ver en este sentido: <https://ec.europa.eu/futurium/en/urban-agenda> (última visita 10 de julio de 2018).

⁴⁹ Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro (DO L 373, de 21 de diciembre de 2004, 37); y la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (DO L 180, de 19 de julio de 2000, 22).

⁵⁰ Más información en: https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/eu-banking-and-financial-services-law_en#financial-supervision-and-risk-management (última visita 10 de julio de 2018).

⁵¹ *Vid., infra* apartado III, epígrafe 1.

⁵² Propuesta de Directiva relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembro por lo que se refiere a los requisitos de accesibilidad de los productos y los servicios (COM/2015/0615 final).

⁵³ «Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión».

⁵⁴ Sobre ello *vid., infra* apartado, IV epígrafe 1.

⁵⁵ STJUE de 8 de mayo de 2013, *Libert y otros/Gouvernement*, 197/11 y 203/11, EU:C:2013:288, apartado 48.

⁵⁶ STJUE de 20 de enero de 2011, *Comisión/Grecia*, 155/09, EU:C:2011:22, apartado 63.

⁵⁷ Directiva 2014/54/UE, de 16 de abril de 2014, sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de los trabajadores (DO L 128, de 30 de abril de 2014, 8).

⁵⁸ Este estudio identifica y analiza las dificultades legales y prácticas a las que se enfrenta un ciudadano de la UE a la hora de adquirir una vivienda en otro Estado miembro.

⁵⁹ ECLI: ES:JMB:2016:4780. El ECLI puede utilizarse en: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp> (última visita 10 de julio de 2018). De acuerdo con el artículo 1911 del Código civil español 1889 (última versión disponible en <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763&p=20151006&tn=1>) (última visita 10 de julio de 2018), el deudor es responsable

del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros. La doctrina ha criticado el enfoque de esta decisión judicial (GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, 2017).

⁶⁰ ECLI: ES:JMB:2014:85.

⁶¹ La STJUE de 15 de marzo de 2012, Jana/SOS, 453/10, apartado 35, ha establecido que la Directiva 93/13 «no se opone a que un Estado miembro establezca, con el debido respeto del Derecho de la Unión, una normativa nacional que permita declarar la nulidad total de un contrato entre un profesional y un consumidor que contenga una o varias cláusulas abusivas cuando ello garantice una mejor protección del consumidor».

⁶² NOGLER y REIFNER (2014, 41) defienden que la DCH y otras regulaciones de la UE en el campo de los servicios financieros, como la Directiva de Crédito al Consumo o las Directivas MIFID I y II, «focused on the marketing and “sale” of such services providing cooling-off periods, extensive pre-contractual information and a technical harmonisation of products and supervision. Questions concerning the life time of those who use these services (access, exploitation, cancellation, usury, debt enforcement, adaptation, continuity) have expressly been left to the National Legislator, which in fact was based on the neo-liberal assumption that functioning markets would render protective regulation superfluous». Por su parte, se ha defendido que la Directiva «llega tarde y decepciona a muchos, deja huérfanas de la protección que establece a situaciones que muy bien pueden derivar en la pérdida de la vivienda habitual (o de otros bienes esenciales para el sustento) o comprometer seriamente la capacidad económica del consumidor, pero al fin y al cabo es coherente en cuanto a la línea que sigue: dicta, dentro del marco de sus competencias, normas de protección de consumidores [...] No es, por tanto, una norma de protección de la vivienda, aunque claramente en su trasfondo subyace la preocupación por los estragos que ha causado la crisis en algunos Estados miembro» (Anderson, 2018).

⁶³ Por ejemplo, a través del Reglamento 2017/2402, de 12 de diciembre de 2017, por el que se establece un marco general para la titulización y se crea un marco específico para la titulización simple, transparente y normalizada (DO L 347, de 28 de diciembre de 2017, 35). De acuerdo con AALBERS y RODRIGO FERNÁNDEZ, «The goal of the EU Commission is not to create a safer primary or secondary mortgage market for borrowers and lenders, but rather to rollout the technique of securitization across the EU, thereby pushing housing-centred financialization onto countries with hitherto relatively low levels of mortgage debt or securitization», y «giving securitization a central role in financial intermediation in the EU wilfully ignores the systemic risks of the shadow banking system» (AALBERS y FERNÁNDEZ, 2017, 45-46).

⁶⁴ Como tuvo lugar en Rumanía con la promulgación de la Ley 77/2016, que entró en vigor el 13 de mayo de 2016. Esta norma permitía al deudor liberarse en su totalidad de cualquier responsabilidad de la deuda de préstamos hipotecarios residenciales siempre que fuera un consumidor y el valor de la vivienda estuviera por debajo de los 250,000 euros, independientemente de su capacidad financiera. Sin embargo, el Tribunal Constitucional rumano modificó la aplicación de la ley en octubre de 2016 y exigió la existencia de un cambio en las circunstancias (*hardship*) para su aplicación. Se puede encontrar un resumen de las principales reformas emprendidas en Anton y Enache, 2017. Recent Legislative Changes Impacting the Crediting Business. *Chambers and Partners*. 31/7/2017. Disponible en: <https://www.chambersandpartners.com/article/2201/recent-legislative-changes-impacting-the-crediting-business> (última visita 10 de julio de 2018).

⁶⁵ Uno de los problemas legales del derecho a la vivienda es precisamente su concreción: «Despite wealth of interpretative statements and the growing body of jurisprudence on the right, it is difficult to locate a definition of jurisprudence on the right or its corresponding obligations, such that it is almost impossible to say what the right to housing is».

⁶⁶ Ver <http://www.eusoco.eu/?p=1012> (última visita 10 de julio de 2018).

⁶⁷ Lo que se exige en la actualidad, ver Comisión Europea (2009), *Impact Assessment Guidelines*, 31 (SEC[2009] 92). Disponible en http://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/commission_guidelines/docs/iag_2009_en.pdf (última visita 10 de julio de 2018).

⁶⁸ STJUE de 16 de septiembre de 2010, Chatzi/Ypourgos, 149/10, EU:C:2010:534, apartado 43.

⁶⁹ Vid *supra* Apartado II, epígrafe I.

⁷⁰ STJUE de 17 de julio de 2014, apartado 51. El Tribunal sostuvo que el sistema procesal español no era conforme a la legislación de la UE (art. 47 CDFUE), ya que el acreedor que solicitaba la ejecución hipotecaria tenía derecho a presentar un recurso de apelación contra la decisión judicial que declaraba abusiva una cláusula del contrato, pero no permitía, por el contrario, que el consumidor pudiera apelar contra la decisión que desestimaba su oposición a la ejecución por la existencia de cláusulas abusivas.

⁷¹ STJUE de 10 de septiembre de 2014, apartado 65. En este caso, el órgano jurisdiccional remitente trataba de esclarecer si las disposiciones de la Directiva 93/13 posibilitaban el cobro de un crédito, basado en cláusulas contractuales posiblemente abusivas, mediante la ejecución extrajudicial de una garantía que grava un bien inmueble ofrecido en garantía por el consumidor. El TJUE sostuvo que «la pérdida de la vivienda familiar no sólo puede lesionar gravemente el derecho de los consumidores (sentencia Aziz, EU:C:2013:164, apartado 61), sino que también pone a la familia del consumidor en una situación particularmente delicada (véase en ese sentido el auto del Presidente del Tribunal de Justicia SÁNCHEZ MORCILLO y ABRIL GARCÍA, EU:C:2014:1388, apartado 11). En este sentido, el TEDH ha estimado 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 (véanse las sentencias del TEDH, *McCann c. Reino Unido*, demanda núm. 19009/04, apartado 50, y *Rousk c. Suecia*, demanda núm. 27183/04, apartado 137). En el Derecho de la Unión, el derecho a la vivienda es un derecho fundamental garantizado por el artículo 7 de la Carta que el tribunal remitente debe tomar en consideración al aplicar la Directiva 93/13».

⁷² VAN DUIN sostiene que ambas sentencias muestran que el artículo 47 CDFUE puede funcionar como un mecanismo de corrección cuando se considera que el procedimiento civil nacional ofrece una protección incompleta o insuficiente a la luz de la legislación de la UE, ver VAN DUIN (2017). *Metamorphosis? The Role of Article 47 of the EU Charter of Fundamental Rights in Cases Concerning National Remedies and Procedures Under Directive 93/13/EEC. Amsterdam Law School Research Paper [En línea]*, núm. 37, 11. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3034205>.

⁷³ Esto también lo pone de relieve la plataforma Actions (2017), un proyecto implementado con el apoyo financiero de la Fundamental Rights & Citizenship Programme de la UE (Module 4, Consumer Protection, 7). El estudio explica los casos más relevantes en este ámbito.

⁷⁴ COM(2018) 135 final.

⁷⁵ De acuerdo con la Guía del BCE (BCE, 2017), «La guía no sustituye a ningún otro requisito o guía de carácter regulatorio o contable aplicable en virtud de reglamentos o directivas de la UE ya existentes, o de los actos jurídicos que los incorporan al derecho nacional, ni a las directrices emitidas por la Autoridad Bancaria Europea (ABE). Más bien, la guía constituye un instrumento de supervisión dirigido a aclarar las expectativas supervisoras sobre identificación, gestión, medición y saneamiento de NPL en áreas no reguladas en reglamentos, directivas o directrices existentes o reguladas solo de forma genérica». Por lo tanto, no está claro si las instituciones de crédito a las que se dirige la Guía deben seguir solo las Directrices de la ABE o la también Guía del BCE.

⁷⁶ Ver <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2017/07/11/conclusions-non-performing-loans/> (última visita 1 de julio de 2018).

⁷⁷ COM(2018) 133 final. Disponible en http://ec.europa.eu/finance/docs/policy/180314-communication-non-performing-loans_en.pdf (última visita 1 de julio de 2018). Una nota de prensa en español puede consultarse en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-1802_es.htm (última visita 10 de julio de 2018).

⁷⁸ COM(2018) 183 final.

⁷⁹ IEHC 752 Barrett J, de 21 de diciembre de 2016. Disponible en <http://www.icel.ie/userfiles/file/conferences/Abusive%20lending/AIB%20v%20Counihan%20Unrep%20HC%2021%20Dec%2016.pdf> (última visita 10 de julio de 2018).

⁸⁰ De hecho, un estudio muestra que la base legal y la aplicación de oficio del derecho de consumo no es una cuestión clara para los jueces nacionales, que no estarían dispuestos a aplicarlo para evaluar si las cláusulas contractuales acordadas son abusivas. Los autores del estudio recomiendan a la Comisión Europea que aclare el papel activo del juez nacional y el deber de controlar de oficio la existencia de cláusulas abusivas (Max Planck Institute, 2017: 30 31, 181 y sigs., y 196 y sigs.).

⁸¹ Kenna, P. (2016). Actions over mortgages must take account of EU rules. *Irish Times*, 27 de diciembre de 2016. Disponible en <http://www.irishtimes.com/news/crime-and-law/actions-over-mortgages-must-take-account-of-eu-rules-1.2918096> (última visita 1 de julio de 2018).

⁸² Ver *Irish Life and Permanent plc v Gemma Dunne y Kevin Dunne, Irish Life and Permanent plc v Dylan Dunphy*, de 15 de mayo de 2015 ([2015] IESC 46), apartados 5.21 y 22.

⁸³ Núm. 25. Disponible en <https://data.oireachtas.ie/ie/oireachtas/bill/2017/25/eng/initiated/b2517d.pdf> (última visita 10 de julio de 2018).

⁸⁴ El *Explanatory Memorandum* del Proyecto establece que «EU law already requires consideration of additional matters. Indeed, once EU law issues become applicable —as they are in mortgage cases— then the EU Charter of Fundamental Rights obliges Irish courts to consider the «proportionality» of granting, adjourning, varying, postponing, suspending or executing possession orders», 1.

⁸⁵ Sobre su ámbito específico de aplicación, *vid.*, *infra* epígrafe IV, epígrafe 3.

⁸⁶ «It cannot be excluded that the CJEU will also grant direct horizontal effect to other EU fundamental rights in the form of general principles or under the EUCFR in cases that fall within the scope of EU law. This would circumvent the need for private parties to invoke fundamental rights against public authorities in order to ensure respect for such rights in the private sphere. In particular, it would become unnecessary to search for and rely on an interpretation of national law of EU origin which would strike a fair balance between competing EU fundamental rights». Aunque el TJUE se ha mostrado reticente a reconocer el efecto directo de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas privadas, la aplicación horizontal de la CDFUE ha sido admitida en la STJUE de 17 de abril de 2018, Egenberger/Werk, 414/16, ECLI:EU:C:2018:257, apartado 76); y en la STJUE de 6 de noviembre de 2018, Wuppertal y Willmeroth/Baure y Broßonn, C-569/16 y C-570/16, Stadt Wuppertal contra Bauer y Willmeroth contra Broßonn, ECLI: EU: C: 2018: 871, apartado 89.

⁸⁷ Benkharbouche vs. Embassy of the Republic of Sudan; Janah v. Libya [2014] ICR 169.

⁸⁸ El Tribunal Supremo ha confirmado esta posición en la sentencia de 18 de octubre de 2017 ([2017] UKSC 62).

⁸⁹ STJUE de 26 de febrero de 2013, Aklagaren/Hans, 617/10, apartado 19.

⁹⁰ STJUE de 15 de enero de 2014, Médiation/Union Locale, 176/12, ECLI:EU:C:2014:2, apartados 41 y sigs.

⁹¹ UKSC 45, [2011] 1 All ER 285.

⁹² UKSC 28, [2016] All ER (D) 81.

⁹³ Lees distingue entre «statutory horizontal effect, which arises through the court's obligation to interpret statutory provisions in a Convention-compliant way; "common law" horizontal effect, where existing common law rules would be reinterpreted and shaped so as to protect Convention rights; and direct horizontal effect, where a new rule is created such that a private individual relies directly on their Convention right in an action against another private individual», de manera que nos posicionamos a favor de la primera vertiente que menciona sobre el efecto horizontal de las disposiciones del CEDH.

⁹⁴ *Khurshid Mustafa v Sweden*, no. 23883/06. El TEDH mantuvo que «Admittedly the Court is not in theory required to settle disputes of a purely private nature. That being said, in exercising the European supervision incumbent upon it, it cannot remain passive where a national court's interpretation of a legal act, be it a testamentary disposition, a private contract, a public document, a statutory provision or an administrative practice appears unreasonable, arbitrary, discriminatory or, more broadly, inconsistent with the principles underlying the Convention», § 33.

⁹⁵ [2016] EWCA Civ 1247.

⁹⁶ «It is the impact of the loss of the home on the defendant with which the Strasbourg Court is concerned».

⁹⁷ STEDH de 10 de julio de 2014 *Lemo and others vs Croatia*, apartados 39-46. El demandante era una empresa privada (anteriormente era una empresa de propiedad pública) y el TEDH sostuvo que existía una violación del artículo 8 CEDH dado que los tribunales nacionales se limitaron a considerar que la ocupación de los solicitantes carecía de base legal, pero no llevaron a cabo ningún otro análisis en cuanto a la proporcionalidad de la medida.

⁹⁸ Dictamen aprobado por el Comité en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto Inter-nacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales respecto de la comunicación núm. 5/2015 de 20 de junio de 2017. Disponible en https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CESCR/.../E_C-12_61_D_5_2015_26006_S.docx (última visita 10 de julio de 2018).

⁹⁹ STEDH de 6 de noviembre de 2018 *F.J.M. vs The United Kingdom*, No. 7205/02, §§ 46.

¹⁰⁰ STJUE de 30 de abril de 2014, BARCLAYS/Sara, 280/13, EU:C:2014:279, apartado 45.

¹⁰¹ Sobre el resultado, *vid.*, *infra* Apartado IV, epígrafe 3.A.

¹⁰² Desde un punto de vista económico, el Reglamento 575/2013, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión (DO L 176, de 27 de junio de 2013, 1) establece que la cobertura del riesgo de crédito, una técnica de mitigación del riesgo, depende de que la institución prestamista pueda liquidar u obtener la transferencia o la propiedad, o retener determinados activos o importes, en caso de incumplimiento (arts. 4.1.(58) y 194.4). Esta es la razón por la que los Estados miembro, en términos generales, priorizan la protección de las instituciones de crédito y la realización de la garantía real sobre los intereses del deudor (Luckow, 2014).

¹⁰³ STJUE de 29 de enero de 2008, Productores/Telefónica, C-275/06, EU:C:2008:54, apartado 62.

¹⁰⁴ STEDH de 12 de junio de 2014 *Fernández Martínez vs Spain*, no. 56030/07, §123.

¹⁰⁵ Para un análisis desde la óptica del Derecho inglés, aplicando horizontalmente el artículo 8 CEDH (NIELD, 2013, 147 y sigs.).

¹⁰⁶ *Manchester City Council v Pinnock* (2010), apartado 62. UKSC 45, [2011] 1 All ER 285.

¹⁰⁷ Nield pone de relieve sus inquietudes al respecto: «the implications of an Article 8 based protection of the home are dependent firstly upon the width of compliant judicial discretion and secondly on just how the courts will exercise their discretion in assessing proportionality. The signs are that the judiciary will take the most conservative of approaches to both issues. Certainty is a quality beloved of property lawyers and discretion smacks of uncertainty. First, the nature of any discretion must be justified by clear policy, in which the judiciary, in recognition of its proper constitutional role, will wish to defer to Parliament. Secondly, the exercise of any discretion must be guided by avoidance of a disproportionate outcome» (NIELD, 2013, 171).

¹⁰⁸ BOE de 8 de enero de 2000, núm. 7, 575. Última versión disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323> (última visita 10 de julio de 2018).

¹⁰⁹ BOE de 23 de mayo de 2013, núm. 123, 38848. Última versión disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-5073>.

¹¹⁰ Por el artículo 2 del Real Decreto-ley 5/2017, de 17 de marzo (BOE de 18 de marzo de 2017, núm. 66, 19786). Última versión disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2017-2985>.

¹¹¹ Se ha defendido que los ocupantes de la vivienda deben considerarse como comodatarios con el deber, como mínimo, de mantener la vivienda en buenas condiciones (NÚÑEZ IGLESIAS, 2014, 82 y sigs.).

¹¹² ECLI: ES:JPI:2013:13A.

¹¹³ STEDH de 19 de junio de 2006 *Hutten-Czapska vs. Poland*, no. 35014/97, apartado 239.

¹¹⁴ European Committee of Social Rights (2003), European Social Charter (revised) - Conclusions 2003, Volume 1 (Bulgaria, France, Italy), 221.

¹¹⁵ «All in all, if the right to respect for one's home cannot yet be interpreted as requiring the State to provide alternative accommodation to persons who have been forcibly removed,

the Court has construed it as imposing on national authorities an obligation to consider ‘arrangements for alternative shelter’. In other words, the Court does not impose an unqualified duty on national authorities to provide evicted people with alternative housing but it obliges them to demonstrate that the risk of homelessness which may flow from an eviction order and, if necessary, arrangements for alternative housing, were duly considered and weighed».

¹¹⁶ Disponible en <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx> (última visita 10 de julio de 2018).

¹¹⁷ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Protección de los consumidores y tratamiento adecuado del sobreendeudamiento para evitar la exclusión social» (Dictamen exploratorio), (DO C 311, de 12 de septiembre de 2014, 38). Las medidas propuestas «deben basarse en la rapidez y la gratuitad de este procedimiento, la suspensión de los procesos judiciales una vez iniciado el proceso destinado a poner fin al sobreendeudamiento, la verificación de los créditos, la conservación de la vivienda principal, el tratamiento en pie de igualdad de los acreedores ordinarios, la posibilidad de cancelar la deuda en los casos más graves y la obligación de dejar a la persona sobreendeudada un “mínimo para vivir” suficiente para satisfacer de modo digno las necesidades de la vida diaria, dado que el objetivo es reintegrar rápidamente al consumidor en la vida económica y social» (Recomendaciones 1.8 y 1.9).

(Trabajo recibido el 16-7-2018 y aceptado para su publicación el 21-11-2018)