ISBN 978-84-617-8209-5

Marcos Vaquer Caballería, Juli Ponce Solé y Rafael Arnaiz Ramos,
Propuestas jurídicas para facilitar el acceso a la vivienda

52

Marcos Vaquer Caballería
Juli Ponce Solé
Rafael Arnaiz Ramos

Propuestas jurídicas para facilitar el acceso a la vivienda

FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

MADRID

MARCOS VAQUER. Es Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad Carlos III de Madrid. Ha sido Subsecretario de Vivienda (2008-2010), Presidente de la Entidad Pública Empresarial de Suelo, SEPES (2008-2010), Miembro del bureau del Comité de Vivienda y Gestión de Suelo de la Comisión Económica para Europa de Naciones Unidas, UNECE (2006-2008), Director General de Urbanismo y Política de Suelo del Ministerio de Vivienda (2004-2008). Sus publicaciones más importantes son *La eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España*, 2011, y *La eficacia territorial y temporal de las normas*, 2010.

JULI PONCE. Es Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Universidad de Barcelona. Ha realizado estudios de postgrado en la Academia Europea de Derecho Público y estancias de investigación en las Universidades de Harvard y Colorado. Miembro de European Network for Housing Research / European Group of Public Law. Lidera una de las comisiones conectadas con el desarrollo del Plan Estratégico Metropolitano de Barcelona. Ha publicado diversos libros y artículos en el ámbito del Derecho público en general.

RAFAEL ARNAIZ. Es Registrador de la Propiedad, Mercantil y de Bienes Muebles, Profesor en la Universidad Autónoma de Barcelona, Vocal de la Comisión de Consultas Doctrinales del Colegio de Registradores y Vocal del Consejo Directivo de EULIS (European Land Information System) en representación de los Registradores de España. Ha sido Director del Centro de Estudios Registrales del Decanato de Cataluña y de Asturias y Director del Servicio de Protección a los Consumidores y Medioambiente y Vocal Miembro de la Junta de Gobierno del Colegio de Registradores (2002-2005).

Presidente
Ernesto Garzón Valdés

Secretario
Fernando P. Méndez

Patronos
Gonzalo Aguilera
Benito Arruñada
María José Añón
Manuel Atienza
Francisco José Bastida
Paloma Biglino
Françesc de Carreras
Pedro Cruz
Juan M.ª Díaz Fraile
Jesús González Pérez
Vicente Guilarte
Liborio L. Hierro
Antonio Manuel Morales
Victoria Ortega
Fernando Pantaleón
Celestino Pardo
Antonio Pau
Juan José Pretel
Carmen Tomás-Valiente
Fernando Vallespín

Gerente
M.ª Isabel de la Iglesia

Propuestas jurídicas para facilitar el acceso a la vivienda

Marcos Vaquer Caballería
Juli Ponce Solé
Rafael Arnaiz Ramos

Propuestas jurídicas para facilitar el acceso a la vivienda



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO
MADRID

© 2016 FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO
© Marcos Vaquer Caballería, Juli Ponce Solé, Rafael Arnaiz Ramos

I.S.B.N.: 978-84-617-6209-5
Depósito Legal: M-39059-2016
Imprime: J. SAN JOSÉ, S.A.
Manuel Tovar, 10
28034 Madrid

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

ÍNDICE

RETOS Y OPORTUNIDADES PARA UNA POLÍTICA CABAL DE VIVIENDA TRAS LA CRISIS ECONÓMICA *(Marcos Vaquer Caballería)* 13

1. En torno al casticismo: Los sesgos y las carencias de nuestras políticas históricas de vivienda 13

2. La reacción a la crisis financiera e inmobiliaria: corrección de sesgos, agudización de carencias y algunas inconsistencias 16

   2.1. Reorientación de la actividad de fomento en materia de vivienda 17

   2.2. Nueva legislación de vivienda.. 25

   2.3. Adopción de medidas extraordinarias 29

3. Cinco propuestas 35

a) La configuración del Derecho de la vivienda al servicio del derecho a la vivienda 35

b) El disfrute efectivo y pacífico de un alojamiento digno y adecuado como parte del mínimo vital de la persona, protegible como un derecho fundamental.. 40

c) La garantía de la existencia de una oferta estable y suficiente de vivienda social en alquiler y de alojamientos dotacionales 51

d) La organización de las competencias al servicio de la eficacia: derechos y deberes + suelo + financiación 54

e) La necesidad de un sistema de información veraz y objetivo que permita un diagnóstico precoz de los problemas 56

Bibliografía 57

EL DERECHO SUBJETIVO A LA VIVIENDA EXIGIBLE JUDICIALMENTE: PAPEL DE LA LEGISLACIÓN, ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL Y GASTO PÚBLICO (*Juli Ponce Solé*) 61

1. Introducción 61

2. El Estado social y la vivienda, en la realidad 62

3. Estado de Derecho, social y democrático y vivienda..... 65

4. La exigibilidad judicial del Derecho a la vivienda y el papel del legislador... 67

a) Los Derechos Sociales y su regulación: la necesidad de superar la inercia y de explicitar los aspectos ideológicos vinculados con el Derecho a la vivienda..... 67

b) La situación actual en el contexto internacional 77

i. El núcleo mínimo inviolable de los Derechos Sociales, incluyendo el Derecho a la Vivienda..... 84

ii. La nueva generación de leyes europeas estableciendo obligaciones de resultado..... 97

iii. Las decisiones internacionales interpretando los tratados vinculantes para España. Las condenas de España en el ámbito de la Organización

de Naciones Unidas y en el TJUE 101

c) La Jurisprudencia en el ámbito español y la exigibilidad del derecho a la vivienda 109

i. Tribunal Supremo 110
ii. Tribunales Superiores de Justicia autonómicos 127
iii. Juzgados de lo Contencioso-Administrativo 130

d) La postura del Tribunal Constitucional Español respecto a los Derechos Sociales y su impacto en el Derecho a la vivienda 153

5. Exigibilidad judicial del Derecho a la vivienda y gasto público 160

a) Gasto público y Derechos Sociales 164

b) Insuficiencia de la regulación de derechos que no vaya acompañada de una regulación del gasto público asociado 166

c) Los límites y orientaciones al presupuesto 171

d) Las posibles líneas de mejora del reconocimiento, el respeto, la protección y la satisfacción de los Derechos Sociales en el futuro 176

i. Derechos y obligaciones de medios y de resultados: respetar, proteger y satisfacer 178
ii. Las cláusulas de progresividad y no regresión..... 180
iii. Reconocimiento de un mínimo vital protegido ... 181
iv. El coste de (todos) los derechos y la garantía de un gasto público suficiente para hacerlos efectivos..... 181

6. Resumen, conclusiones y propuestas... 186

7. Bibliografía..... 189

LAS ACTUACIONES LEGISLATIVAS SOBRE EL DERECHO DE PROPIEDAD POR RAZÓN DE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A UNA VIVIENDA DIGNA (*Rafael Arnaiz Ramos*)..... 197

Introducción 197

1. La configuración legal de la función social del derecho de propiedad recayente sobre inmuebles destinados a vivienda 212

a) Legislación estatal 214

b) Legislación autonómica 217

2. La configuración legal del derecho a una vivienda digna y adecuada 223

3. La titularidad dominical de viviendas vacías, o no destinadas de modo efectivo al uso de vivienda para el que fueron diseñadas 229

4. La actuación sobre viviendas objeto de ejecuciones hipotecarias 233

5. La introducción, en la legislación civil, de modalidades contractuales cuyo objeto es el fomento del acceso a la vivienda 238

Conclusión 240

Bibliografía 241

RETOS Y OPORTUNIDADES PARA UNA POLÍTICA CABAL DE VIVIENDA TRAS LA CRISIS ECONÓMICA

Marcos VAQUER CABALLERÍA

1. En torno al casticismo: Los sesgos y las carencias de nuestras políticas históricas de vivienda

Aunque tienen precedentes más remotos, las políticas de vivienda contemporáneas pueden considerarse inauguradas en España por la Ley de Casas Baratas de 1911. Esta Ley fue la primera en segmentar de forma general el mercado de vivienda, creando la categoría de las «casas baratas» destinadas «para alojamiento exclusivo de cuantos perciben emolumentos modestos como remuneración de trabajo». El régimen de las casas baratas ya combinaba técnicas de regulación, intervención y fomento administrativos, de forma similar a cuanto sigue haciéndose hoy con la que llamamos «vivienda protegida» y que es la versión española de la noción internacional de la «vivienda social».

Así pues, la política contemporánea de vivienda nació y sigue en buena medida asociada

en España a la vivienda protegida, esto es, a un segmento regulado del mercado de vivienda destinado específicamente al interés general de procurar acceso a una vivienda digna y adecuada a las personas que no pueden acceder a ella en el mercado libre.

Primero esta regulación se contuvo en la legislación, es decir, en el binomio ley-reglamento ejecutivo: a la Ley de 1911 le sustituyeron la de 1921 y el reglamento provisional para su aplicación del mismo año, y la II República aprobaría la Ley Salmón de 1935. Pero el franquismo inauguró una nueva etapa caracterizada por la planificación centralizada, cuyo máximo exponente sería el Plan Nacional de Vivienda 1961-1976. Y aunque después decaería la moda de la planificación económica y aunque el nuevo Estado autonómico instaurado por la Constitución de 1978 traería la descentralización de la competencia de vivienda, asumida como propia y exclusiva por todas las Comunidades Autónomas en sus Estatutos, el Estado ya nunca ha dejado de promulgar sucesivos planes de vivienda temporales, amparado en la generosa interpretación que le dio la Sentencia del Tribunal Constitucional 152/1988, de 20 de julio, en relación con esta materia, a sus títulos competenciales sobre bases de la ordenación del crédito (art. 149.1.11ª CE) y planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13ª CE).

De lo expuesto puede concluirse que históricamente se ha urdido una correlación entre

política de vivienda, vivienda protegida y planes de vivienda. Sin embargo, esta correlación no es exclusiva ni excluyente. Mas aún, hay algo de miopía en identificar las políticas de vivienda con los planes de vivienda: estos son sólo uno de los instrumentos de aquélla, y no el central ni el más importante. Dicho más claramente: las políticas de vivienda han venido mucho más marcadas en España por las leyes fiscales, del mercado hipotecario y de arrendamientos urbanos, por ejemplo, que no por las leyes y los planes de vivienda. Y es importante destacarlo desde un principio para no depositar expectativas exageradas en la planificación de vivienda, cuya capacidad para incidir en los mercados de vivienda es limitada.

En segundo lugar, conviene advertir que unos y otros instrumentos han estado frecuentemente orientados a fines distintos o, al menos, complementarios del acceso y disfrute de una vivienda digna y adecuada. Desde la Ley Salmón de 1935, llamada así por el Ministro de Empleo que la promovió y que manifiestamente perseguía reactivar el empleo en el sector de la construcción, a los Pactos de la Moncloa en la Transición, pasando por el gigantesco Plan Nacional de Vivienda para el periodo 1961-1976 promovido por el Ministro Arrese bajo el franquismo. Llegando hasta hoy en día que, cuando se escuchan los discursos políticos o se leen las exposiciones de motivos normativas sobre la oportunidad de promover la renovación urbana

y la rehabilitación edificatoria, el derecho a la vivienda aparece en compañía de —o por detrás de— la reactivación del sector económico y el fomento del empleo.

Esto explica que dichas políticas hayan primado de forma casi permanente a la obra nueva sobre la rehabilitación, a la promoción privada sobre la pública (incluso en el segmento de la vivienda protegida, concebida en España no como un patrimonio público, sino como un mercado regulado alternativo al mercado libre) y a la propiedad sobre el alquiler u otras formas temporales de acceso, rasgos que nos diferencian netamente de los países europeos de nuestro entorno.

2. La reacción a la crisis financiera e inmobiliaria: corrección de sesgos, agudización de carencias y algunas inconsistencias

La crisis ha obligado a repensar las políticas de vivienda. Esta reflexión ha conducido a una reorientación al menos en tres aspectos:

1. La reorientación de los planes de vivienda desde el fomento de la propiedad hacia el alquiler y desde el fomento de la obra nueva hacia la renovación urbana y la rehabilitación edificatoria.

2. La promulgación de leyes de vivienda de más amplio espectro, que persiguen contribuir a la efectividad del derecho a la vivienda.

3. La adopción de medidas extraordinarias o de emergencia para afrontar problemas que han adquirido dimensiones antes desconocidas, como los desahucios de personas y familias vulnerables de sus viviendas habituales.

Trataré a continuación de caracterizar brevemente estas tres reacciones.

2.1. Reorientación de la actividad de fomento en materia de vivienda

El Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, por el que se regula el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria y la regeneración y renovación urbanas 2013-2016[1] proclama en su preámbulo que todos los planes anteriores de la democracia habían tenido como elementos comunes fomentar la producción de un volumen creciente de viviendas, basarse en la ocupación de nuevos suelos y en el crecimiento de las ciudades y apostar por la propiedad, mientras que la «realidad económica, financiera y social hoy imperante en España aconseja un cambio de modelo» que equilibre la propiedad y el alquiler como formas de acceso a la vivienda y que busque asimismo el equilibrio entre la fuerte

[1] Para un análisis más pormenorizado del Plan 2013-2016, pueden consultarse GUILLÉN NAVARRO, 2014, y VAQUER CABALLERÍA, en VV.AA. 2014 (B): 135-150.

expansión promotora de los últimos años y el insuficiente mantenimiento y conservación del parque inmobiliario ya construido.

Esta premisa debe ser matizada al menos en varios sentidos: es cierto que la tradición histórica de los planes de vivienda había tendido a preferir la propiedad sobre el alquiler como forma de acceso a la vivienda y la obra nueva sobre la rehabilitación como forma de inversión y es también cierto que la crisis «pone hoy de manifiesto la necesidad de reorientar las políticas en esta materia». Pero no lo es menos que (1º) ni la diseminación urbana ni el voluminoso stock de vivienda nueva ni las dificultades para acceder a una vivienda o al crédito son efectos de los planes de vivienda, sino más bien imputables a la (des)regulación del mercado libre de suelo y vivienda y de sus condiciones financieras, que (2º) los sesgos antes mencionados de los planes no habían sido constantes ni mucho menos en las tres décadas anteriores y que (3º) habían empezado a corregirse en los últimos planes precedentes.

Así, por ejemplo, el Real Decreto 375/1982, de 12 de febrero, sobre Rehabilitación de Viviendas, ya dotó «de protección oficial a la rehabilitación de viviendas existentes, ampliando el campo tradicional de la actividad de fomento de la Administración Pública, hasta entonces reservada a la vivienda de nueva construcción». El Real Decreto 801/2005, de 1 de julio, por

el que se aprobó el Plan Estatal 2005-2008 ya proclamaba como uno de sus ejes estratégicos contribuir «a un mayor equilibrio entre las formas de tenencia, fomentando el alquiler hacia una equiparación con la propiedad, y promoviendo la movilización del parque de viviendas desocupadas para el alquiler»; y el Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, ya denominado significativamente Plan Estatal de Vivienda *y Rehabilitación* 2009-2012, dedicaba varios de sus programas al fomento del alquiler (promoción de vivienda protegida para alquiler, ayudas para inquilinos) y a la rehabilitación edificatoria y la renovación urbana (ayudas RENOVE, áreas de rehabilitación integral —ARIS— y áreas de renovación urbana —ARUS—).

Así pues, el Plan 2013-2016, más que iniciar un cambio de modelo profundiza en dicho cambio. Lo hace, eso sí, con mayor determinación y radicalidad de lo que hasta ahora se había hecho, dando algunos avances significativos pero también plantea serias dudas sobre su eficacia.

El nuevo Plan ya nace plenamente adaptado a la coyuntura de la crisis financiero-inmobiliaria, caracterizada por el exceso de oferta de viviendas nuevas, la caída de los precios de venta del suelo urbano y la vivienda libre, las severas restricciones al crédito hipotecario y las dificultades de sus deudores para hacer frente a sus obligaciones contractuales. En estas condiciones, más que virtud es necesidad

priorizar al alquiler sobre la compra-venta y a la rehabilitación sobre la obra nueva.

Esto supuesto, las principales novedades del Plan Estatal de Vivienda 2013-2016 pueden aglutinarse en torno a los siguientes puntos:

a) Fortalecimiento de los ejes estratégicos más novedosos de los planes anteriores: fomento del alquiler y la rehabilitación y la renovación urbana. El nuevo Plan se concentra exclusivamente en ellos, abandonando otros como las ayudas para la adquisición y urbanización de suelo para vivienda protegida, por ejemplo[2].

b) Supresión de la vivienda protegida en venta y/o para las clases medias: a partir de este Plan, sólo se conceptúa como vivienda protegida el parque público en alquiler, concebido como un programa específico «para los casos más extremos» según la explicación ofrecida por el preámbulo del Real Decreto.

c) Adaptación a las necesidades derivadas de la crisis, que se observa en los siguientes rasgos:

---

[2] Para comprender la supresión de este programa debe tenerse presente, por un lado, la caída de los precios del suelo urbano del último quinquenio y, por otro, que en el programa de fomento del parque público de vivienda de alquiler se impone a las Administraciones públicas ofrecer gratuitamente su suelo patrimonial a los promotores de las viviendas (art. 15.2).

- Énfasis en la eficiencia y en la colaboración público-privada y público-pública para la financiación y gestión de las actuaciones protegidas.

- Reducción del número de programas[3], de los tipos de ayudas[4], de la cuantía de las ayudas[5] y de los colectivos beneficiarios del plan[6].

---

[3] De los 12 programas del plan anterior (art. 21) se pasa a 8 en el actual (art. 2).

[4] Para fomentar la vivienda protegida, el plan anterior todavía contemplaba tres modalidades de ayudas tradicionales en nuestra política de vivienda: la subsidiación de préstamos convenidos, la ayuda estatal directa a la entrada (AEDE) y las subvenciones (art. 13.1). Sin embargo, la evolución posterior sólo ha dejado en vigor la última de ellas: la AEDE fue derogada por el Real Decreto 1713/2010, de 17 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, por el que se regula el Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012 (art. único, punto 4), y la subsidiación de préstamos fue suprimida por el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (art. 35).

[5] Por ejemplo, en el plan anterior la cuantía máxima de la ayuda a inquilinos era de 3.200 euros por vivienda y año (art. 39.1), y en el actual es de 2.400 (art. 12.2). Y la subvención para la promoción de viviendas protegidas de régimen especial en alquiler a 25 años podía antes alcanzar como máximo los 350 €/m² + 60 €/m² en las ATPMS del grupo A = 410 €/m² (art. 27), mientras que en el nuevo plan la subvención máxima del programa de fomento del parque público de vivienda en alquiler es de 250 €/m² (art. 17.2).

[6] En este caso, la comparación no es directa, porque ha variado la forma de medir los ingresos máximos de los beneficiarios. En el caso de las ayudas a inquilinos, antes el límite estaba en 2,5 x IPREM (art. 38.1) y ahora depende del tamaño y composición de la unidad de convivencia: así, por ejemplo, es 1 x IPREM cuando está compuesta de una

- Derogación de la subsidiación de préstamos, pero manteniendo los efectos de las ya reconocidas al amparo de planes anteriores (art. 9). Esto puede explicarse tanto económica como jurídicamente, por las dificultades sobrevenidas de los deudores hipotecarios en estos últimos años y la inconveniencia de aplicar retroactivamente una disposición restrictiva de derechos subjetivos[7], respectivamente.

d) Innovaciones en la gestión del plan:

- Como consecuencia de la supresión de la AEDE y del reconocimiento de subsidiaciones de préstamos —que eran transferencias directas de la Administración General del Estado a las familias, canalizadas a tra-

---

sola persona adulta, 2 x IPREM en el caso de una pareja adulta, 2,3 x IPREM para una pareja con un hijo menor de 14 años, etc. (art. 12.5). Si consideramos que la demanda en alquiler suele concentrarse en unidades de convivencia jóvenes y con pocos miembros, la consecuencia general es una reducción de los ingresos máximos de la mayoría de estos posibles interesados, estrechando dentro de ellos el colectivo beneficiario del plan.

[7] La extinción *ex nunc* de los efectos futuros de un acto administrativo anterior a la entrada en vigor de la disposición habría supuesto sólo una retroactividad impropia y, por ende, no podría tacharse de inconstitucional por contravenir la prohibición de retroactividad del artículo 9.3 CE (por todas, STC 227/1988, de 29 de noviembre, F.J. 9º), pero tampoco habría sido lo más conveniente para la confianza legítima, que es una de las dimensiones del principio de seguridad jurídica consagrado en el mismo precepto.

vés de las entidades de crédito colaboradoras—, la gestión de todas las nuevas ayudas (subvenciones) opera mediante su territorialización y la transferencia de los fondos a las Comunidades Autónomas (art. 3).

- Fijación de criterios reglados para la distribución territorial de los recursos (art. 5.4), para cuya asignación hasta ahora la Administración General del Estado aplicaba con amplia discrecionalidad técnica unos criterios inerciales que, al no estar reglados ni ser públicos, generaban tensiones interadministrativas.

Ahora bien, todo plan de vivienda es un plan de fomento y, en cuanto tal, de gasto público. Y la crisis financiera e inmobiliaria ha arrastrado a la hacienda pública a niveles de déficit y endeudamiento incompatibles con el pacto europeo de estabilidad y ha empujado a los poderes públicos, en consecuencia, a reducir drásticamente los recursos públicos dedicados a la política de vivienda: tanto los ingresos dejados de percibir por los beneficios fiscales, como el gasto directo de las subvenciones y demás ayudas públicas articuladas por los planes de vivienda.

La reducción de los beneficios fiscales ha tenido su mayor hito por el momento en la supresión de la deducción por compra y/o rehabilitación de vivienda en el IRPF. Y la reducción del gasto público se ejemplifica paradigmática-

mente en la evolución experimentada por las transferencias de capital del Programa 261N «Promoción, administración y ayudas para rehabilitación y acceso a la vivienda» de los Presupuestos Generales del Estado: su dotación inicial[8] en la Ley para 2008 (año del estallido de la crisis) superaban los 1.240 millones de euros, que cayeron hasta sólo 733 millones en 2013 y han repuntado ligeramente hasta los 767 millones en 3014. Y si concentramos nuestra atención en el Concepto 752 «Subvenciones para adquisición y rehabilitación de viviendas», donde se contienen todas las transferencias a las CC.AA para la ejecución del plan estatal de vivienda, el crédito inicial asignado en la Ley de Presupuestos para 2009 era de más de 466 millones, mientras que en la Ley para 2013 había caído por debajo de los 40 millones y si en la Ley para 2014 ha remontado hasta 254 millones[9] es, en buena medida, gracias a la liberación de crédito en las transferencias a las familias generada por la derogación de la renta básica de emancipación de los jóvenes, de la ayuda estatal directa a la entrada y de la subsidiación de préstamos[10], es decir, que ha hecho

---

[8] Téngase en cuenta, además, que el crédito efectivamente disponible es muy inferior al inicial, porque buena parte de éste se encuentra ya comprometido por obligaciones asumidas en ejercicios presupuestarios anteriores.

[9] En este caso, se trata del concepto 753 «Subvenciones Estatales Planes de Vivienda».

[10] El crédito para transferencias a familias e instituciones sin fines de lucro, que importaba más de 740 millones

falta desvestir a un santo para poder revestir a otro. Conviene tener presentes estos datos para poner en su contexto y valorar la eficacia del Plan Estatal de Vivienda 2013-2016. Una valoración que sólo podemos basar en hipótesis porque —hasta donde conozco— no se han publicado todavía datos oficiales de ejecución del Plan 2013-2016 pese a estar ya en su cuarto y último año de programación[11].

2.2. Nueva legislación de vivienda.

En la última década, ha emergido una generación de leyes en materia de vivienda entre las que podemos incluir la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del Derecho a la Vivienda de Cataluña[12], la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora

---

en 2008 y todavía 691 millones en 2013, había caído ya hasta 498 millones para 2014.

[11] La presentación del balance de la legislatura hecho por la Ministra de Fomento en el Consejo de Ministros de 29 de enero de 2016 contiene una diapositiva según la cual éste ha beneficiado a 570.000 familias, de las cuales 250.000 son todavía beneficiarias de las subsidiaciones de préstamos otorgadas con los planes anteriores. Las ayudas al alquiler social suman otras 270.000 y las ayudas para rehabilitación sólo han tenido 80.000 beneficiarios.

Consultado el 10 de junio de 2016 en: http://www.fomento.gob.es/MFOMBPrensa/Noticias/Balance-de-la-legislatura-del-Ministerio-de/2c949e80-f0ca-4efd-8496-7284f219dc0e.

[12] Sobre esta ley, todavía precedente al estallido de la crisis y precedente de las restantes, puede consultarse PONCE SOLÉ y SIBINA TOMÀS, coords., 2008.

del Derecho a la Vivienda de Andalucía, Ley 9/2010, de 30 de agosto, del Derecho a la Vivienda en la Comunidad de Castilla y León, la Ley 8/2012, de 29 de junio, de Vivienda de Galicia o la Ley 3/2015, de 18 de junio, de la Vivienda del País Vasco. Esta generación legal tiene en común el desbordar la tradicional regulación de la vivienda protegida en un intento por configurar más ampliamente el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada y las políticas a su servicio. Para ello, abordan materias tales como la planificación de vivienda y su coordinación con la de suelo, las viviendas dotacionales o los alojamientos transitorios ideados para atender a la población más vulnerable, las condiciones de calidad de la vivienda y las potestades de intervención administrativa para su vigilancia y control, la protección de los demandantes de vivienda en su condición de consumidores y usuarios, el fomento del alquiler y de la rehabilitación edificatoria y la función social de la propiedad de bienes inmuebles de uso residencial.

Este último ha sido, sin duda, el aspecto más polémico y controvertido de algunas de ellas. Me refiero, en particular, a:

a) Los apartados 6 y 7 del artículo 42 de la Ley catalana en su redacción original, que preveían el «alquiler forzoso» mediante la «expropiación temporal del usufructo» de las viviendas vacías o permanentemente desocupadas hasta su derogación por la Ley 9/2011.

b) Los apartados 3 del artículo 1 y 5 y 6 del artículo 25, en relación con la letra a) del 53.1, todos ellos de la Ley andaluza en la redacción que les dio el Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, de Medidas para Asegurar el Cumplimiento de la Función Social de la Vivienda, por cuya virtud se calificaba como parte del contenido esencial del derecho de propiedad de la vivienda el deber de destinarla efectivamente a su uso habitacional y se tipificaba como infracción muy grave no dar uso efectivo a la vivienda deshabitada por parte de las personas jurídicas que fueran sus titulares dominicales; así como la disposición adicional 2.ª de dicho Decreto-ley, que preveía la expropiación forzosa por un máximo de tres años del uso de la vivienda de las personas en especiales circunstancias de emergencia social incursas en procedimientos de desahucio por ejecución hipotecaria instados por entidades financieras, o sus filiales inmobiliarias, o entidades de gestión de activos. Medidas todas ellas que han sido anuladas por la STC 93/2015, de 14 de mayo.

c) El apartado del artículo 9, en relación con los artículos 74 y 75 de la Ley vasca, que en «los supuestos de necesidad de vivienda de personas en especiales circunstancias de emergencia social incursas en procedimientos de desahucio por ejecución hipotecaria o por impagos de arrendamiento» habilitan para la «expropiación temporal del uso de la vivienda» por un máximo de tres años, si bien ha sido cautelarmente sus-

pendida su eficacia por invocación del artículo 161.2 CE en el recurso de inconstitucionalidad deducido contra ellos por el Presidente del Gobierno, admitido a trámite mediante Providencia del 12 de abril de 2016.

Como se ve, los tres ejemplos ofrecidos carecen de vigencia en el momento de escribir estas líneas: el catalán por derogación, el andaluz por anulación y el vasco por suspensión.

En mi opinión, la expropiación temporal del uso de las viviendas por incumplimiento de la función social de la propiedad —sí se articula debidamente— encuentra clara cobertura en una interpretación sistemática de los artículos 33.2, 47 y 128 de la Constitución y, en consecuencia, no me ofrece dudas de constitucionalidad. De hecho, el Tribunal Constitucional la anuló en el caso andaluz no por inconstitucionalidad directa sino sólo indirecta, esto es, por un supuesto conflicto con la legislación estatal básica (sobre el que volveré en el apartado siguiente).

Más dudas me plantea desde la perspectiva de su eficacia: la expropiación temporal del uso de la vivienda que puede tener sentido de forma transitoria y/o eventual para atender alguna situación de necesidad de carácter inaplazable, cuando la Administración carezca de un alojamiento o vivienda dignos y adecuados que ofrecer a la persona o familia vulnerable en una situación perentoria de necesidad (por

ejemplo, cuyo desahucio sea inminente), pero dudo que pueda ocupar en el medio y largo plazo una posición central en las políticas de vivienda, por los costes que acarrea (dinerarios, pero sobre todo de gestión y de transacción, por los procedimientos contradictorios que hay que instruir y la alta conflictividad que suelen generar)[13]. A este respecto, puede recordarse aquí el precedente del Derecho urbanístico, que lleva mucho tiempo articulando la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad —al menos, desde la Ley de Ordenación de Solares de 1945, que ya iniciaba su preámbulo afirmando que «la carencia de viviendas es uno de los más graves problemas que afectan a la Nación»— y, sin embargo, este instituto nunca ha sido masivamente ejecutado.

2.3. Adopción de medidas extraordinarias

La Constitución proclama el derecho a disfrutar de una vivienda, y para disfrutar efectivamente de una vivienda, el acceso a la misma es condición necesaria, pero no suficiente. Hace falta además procurar el mantenimiento pacífico en el disfrute de la vivienda. Y para ello hay que afrontar problemas emergentes durante las coyunturas alzistas (como el *mobbing* o acoso inmobiliario) y también durante las bajistas (los

---

[13] En sentido análogo, Tornos Más, en VV.AA., 2014 (A): 62.

desahucios de individuos y familias vulnerables o en riesgo de exclusión) del ciclo inmobiliario que, sin embargo, habíamos descuidado por nuestra fijación histórica con el problema del acceso a la vivienda[14].

Esto llevó a diversos gobiernos españoles a adoptar con precipitación medidas extraordinarias y urgentes frente a los desahucios. En particular, son notorias y han sido entre sí conflictivas las promulgadas por el Estado y la Junta de Andalucía: De un lado, el Estado primero en el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, y después en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que derogaba al anterior, han dispuesto en su artículo 1 la «suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables». De otro lado, la disposición adicional 2.ª del Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, de la Junta de Andalucía, articulaba la expropiación temporal del uso de la vivienda, como ya sabemos. En mi opinión, este sonado conflicto y su resolución por la STC 93/2015, de 14 de marzo, merecen al menos cuatro comentarios de constitucionalidad:

---

[14] Como es sabido, este descuido nos ha hecho merecedores del reproche tanto del Tribunal de Justicia de la UE (por todas, Sentencia de la Sala Primera de 17 de julio 2014, as. C-169/14) como del Comité DESC de la ONU, quien en el Dictamen de 17 de junio de 2015 respecto de la comunicación nº 2/2014, nos «recuerda asimismo que todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas» (11.2).

En primer lugar, debe advertirse que ambas medidas en conflicto desmienten o, como mínimo, obligan a matizar la conclusión antes alcanzada de que estábamos superando el sesgo patrimonialista de nuestras políticas de vivienda, históricamente volcadas en la propiedad de la vivienda: tanto el Estado (Ley 1/2013, de 14 de mayo: suspensión del lanzamiento por cuatro años) como la Junta de Andalucía (disp. adic. 1.ª de la Ley 4/2013, de 1 de octubre: expropiación temporal del uso desde el lanzamiento) se limitan a proteger del lanzamiento a los deudores hipotecarios más vulnerables dejando fuera de su ámbito de aplicación a los desahucios que pueden producirse en los juicios arrendaticios. Parece dudosamente constitucional tratar como de mejor condición al pobre que compró que al pobre que arrendó —una decisión no sólo igualmente lícita, sino además económicamente racional, más si cabe que la compra en el caso de demandantes con una capacidad económica reducida o inestable— cuando afrontan un estado de necesidad similar.

En segundo lugar, la medida autonómica andaluza fue anulada por una supuesta, pero inexistente, incompatibilidad con la estatal y prevalente. Entre la solución andaluza y la estatal había alteridad, sí, pero no incompatibilidad, como se han ocupado de razonar los votos particulares de los magistrados Adela Asúa y Xiol Ríos. En efecto, el Decreto-ley andaluz disponía que la expropiación temporal

tendría lugar por un plazo «a contar desde la fecha del lanzamiento acordado por el órgano jurisdiccional competente», de donde se sigue que la expropiación no sería eficaz mientras dicho lanzamiento quedara suspendido por aplicación de la medida estatal. Luego no había conflicto de normas. La medida andaluza podría operar de forma subsidiaria o sucesiva a la estatal, pero nunca simultánea, lo que en modo alguno significa que fueran incompatibles en términos constitucionales. Lo contrario, sin embargo, afirma el Alto Tribunal: «no se trata de medidas compatibles en el sentido de que puedan operar a un mismo tiempo» (F.J. 18.º). Pero que sean «figuras jurídicas dispares sobre una misma realidad», que sea «difícil la aplicación conjunta» de ambas o que una se vea «postergada en su eficacia» por la otra no es, en mi opinión, motivo de inconstitucionalidad.

En tercer lugar, resulta cuanto menos paradójico que se utilice de forma inopinada por el Tribunal Constitucional como canon de validez de la ley autonómica una ley estatal de dudosa constitucionalidad. Porque la ley andaluza disponía una expropiación temporal del uso con su justiprecio correspondiente. Mientras que la Ley estatal dispone la suspensión del lanzamiento por un lapso de hasta cuatro años desde su entrada en vigor, después de adjudicada la vivienda al acreedor en el proceso de ejecución hipotecaria. Lo que es tanto como

expropiar temporalmente al dueño el uso de la vivienda, pero manteniendo por ministerio de la ley una situación posesoria sin título ni indemnización e impidiendo la ejecución de la sentencia recaída, en aparente desafío al artículo 33 de la Constitución, así como también a sus artículos 24 y 117 en relación con el 9.3, por cuanto cabe discutir la razonabilidad y proporcionalidad de hacer depender el contenido del derecho fundamental a la ejecución de las sentencias firmes (por todas, STC 312/2006, de 8 de noviembre) de la vulnerabilidad económica de la contraparte procesal, no ya por el tiempo estrictamente necesario para proveerle de una vivienda adecuada, sino durante años. Como reconoce *obiter dicta* el propio Tribunal Constitucional, la previsión legal estatal «prevé una cierta ineficacia del procedimiento de ejecución hipotecaria» (F.J. 17.º).

En cuarto y último lugar, algunos de los fundamentos utilizados en la Sentencia son regresivos en la comprensión y defensa de los derechos sociales: en este caso, del derecho a la vivienda. En efecto, cuando afirma la Sentencia que debe entenderse, «una vez anulados por inconstitucionales los artículos 1.3 y 53.1.a), que el cumplimiento efectivo del uso habitacional de la vivienda no es un deber del propietario sino un objetivo que persigue el poder público mediante su política de vivienda» (F.J. 13.º) desconoce la configuración legal de la propiedad inmobiliaria calificada como

residencial como un derecho estatutario cuya función social es su destino efectivo a la vivienda o habitación, a que apunta la propia Ley estatal de Suelo [arts. 3.4 párrafo 2.º, 5.a), 11.1, 15.1.a) y 49.1 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana] conforme a una jurisprudencia constitucional muy consolidada. Y cuando caracteriza competencialmente a lo que llama «sector de la vivienda» como «un subsector importante de la economía, admitiéndose como constitucionalmente legítimo que, aun cuando la competencia en materia de vivienda corresponda a las Comunidades Autónomas, el Estado señale, si lo considera necesario, ciertas directrices de la ordenación de este segmento de la economía» (F.J. 17.º), confunde la vivienda con el sector inmobiliario como bienes constitucionales[15]. Para la Constitución, la vivienda no es un sector económico sino un derecho (art. 47 CE) y, por ende, si el Estado considera necesario legislar en la materia para regular unas condiciones mínimas que aseguren su disfrute a los más necesitados, debiera hacerlo al amparo del artículo 149.1.1.ª CE y no del artículo 149.1.13.ª CE.

---

[15] Esta confusión produce, además, un efecto competencial «recentralizador» que no interesa a los efectos de este trabajo pero que ha sido advertido y criticado en el voto particular del magistrado Xiol Ríos y, en la doctrina, por Tornos Más, en VV.AA., 2014 (A): 61.

3. Cinco propuestas

a) La configuración del Derecho de la vivienda al servicio del derecho a la vivienda

La doctrina científica lleva décadas enfrascada en la discusión sobre si los derechos proclamados dentro del Capítulo tercero del Título I de la Constitución bajo el título general de principios rectores de la política social y económica, participan de la naturaleza jurídica de los derechos subjetivos o de los principios objetivos del ordenamiento: *¿galgos o podencos?*

Por desgracia, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de vivienda no ha hecho grandes contribuciones para aclarar el debate, desde la STC 152/1988, de 20-VII (sobre el plan estatal de vivienda) a la STC 93/2015, de 14 de mayo (*cit.*, sobre el Decreto-ley andaluz de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda). En primer lugar, porque se ha ocupado más de los problemas organizativos o competenciales que de los sustantivos o dogmáticos y, en segundo lugar, porque ha dado muy poco protagonismo al título competencial estatal que considera a la vivienda como derecho constitucional (art. 149.1.1.ª CE) y mucho, en cambio, al que trata a la vivienda como sector económico (art. 149.1.13.ª CE) cuya financiación subsume en la ordenación del

crédito (art. 149.1.11.ª CE)[16]. Esta doctrina ha contribuido a consolidar un sesgo histórico de nuestras políticas de vivienda que creo, sin embargo, constitucionalmente insatisfactorio.

En mi opinión, dado que su proclamación expresa como tal no puede ser un *flatus vocis*, el de la vivienda es un derecho constitucional (lo que no impide que tenga también una dimen-

---

[16] En efecto, la doctrina constitucional sobre la distribución de competencias en la materia, al atribuir un fuerte protagonismo y una prevalencia incondicionada a las bases de la economía (art. 149.1.13.ª CE), ha impreso un fuerte sesgo dogmático a la consideración constitucional de la vivienda, pretiriendo su dimensión social a la económica. En el reciente caso de la citada STC 93/2015, de 14 de mayo, el Alto Tribunal empieza enfatizando el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada del artículo 47 CE como «una materia que, por su íntima conexión con la esfera individual de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, es de la máxima relevancia» [F.J. 9.º b)], pero después, como ya se ha advertido más atrás, caracteriza a la vivienda como «un subsector importante de la economía» o un «segmento de la economía» y sobre esta consideración sienta que «el Estado define ... la extensión de la intervención pública de protección de personas en situación de vulnerabilidad que considere compatible con el adecuado funcionamiento del mercado hipotecario y, a la vez, ...impide que las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias propias adopten disposiciones que, con este mismo propósito de tutela, afecten de un modo más intenso a dicho mercado», de modo que la competencia sobre vivienda queda reducida a las «regulaciones que estén desligadas del mercado hipotecario» (F.J. 17.º). Con esta doctrina no sólo se otorga primacía al Estado sobre las CC.AA., sino también a la política económica (el «adecuado funcionamiento del mercado») sobre la social (la eficacia de un derecho constitucional «de la máxima relevancia»).

sión objetiva o principial, puesto que los derechos de prestación y los principios comparten la condición de ser «mandatos de optimización» —Alexy—) tanto en sí mismo considerado (*per se*) como por su necesaria interpretación sistemática en conexión con otros derechos constitucionales (*per relationem*):

- *Per relationem*: existe una relación entre disfrute de una vivienda e inviolabilidad del domicilio, análoga a la que el TEDH y el TC han encontrado entre medio ambiente e intimidad. De donde se sigue la posibilidad de proteger con las técnicas reforzadas de los derechos fundamentales ciertas situaciones esenciales para el disfrute efectivo de la vivienda (p. ej., frente a una ruina provocada o consentida, o el bloqueo de accesos o el corte de suministros básicos, etc.).

El disfrute de la vivienda (derecho social de prestación) no está más alejado de la dignidad de la persona que la inviolabilidad del domicilio (derecho de libertad), más bien sirven al mismo bien constitucional. No se trata de confundirlos, pero sí de levantar barreras y conectarlos. La doctrina de nuestro TC contrasta en esto con el mayor activismo y la distinta orientación de otras cortes constitucionales vecinas en materia de derechos sociales en general: por ejemplo, la alemana y la portuguesa han construido a partir de la dignidad de la persona y el

Estado social un derecho fundamental «a un mínimo existencial digno» o a un «mínimo de subsistencia», lo que evoca la idea común a los tratados internacionales según la cual hay necesidades vitales básicas (como la vivienda, el alimento o el vestido) cuya satisfacción no sólo es un derecho humano en sí mismo, sino también una condición para el disfrute de los demás derechos. Sobre esto volveré en la segunda propuesta.

- *Per se*, el derecho a disfrutar de una vivienda es un derecho subjetivo *in fieri*, por ser de configuración legal. Quiere esto decir que la Constitución dirige un mandato al legislador para que configure no cualquier cosa, sino un derecho subjetivo (en sentido pleno, aunque no sea ni universal ni omnicomprensivo).

En España, ha habido un incumplimiento continuado y generalizado de este mandato. El legislador estatal ha descartado por ahora —con la sola excepción de las escasas determinaciones sobre vivienda contenidas en la Ley de Suelo— regular las condiciones básicas de la igualdad en el ejercicio del derecho a la vivienda —como sí ha hecho para otros derechos sociales, por ejemplo en materia sanitaria o de dependencia—. Y el legislador autonómico ha configurado mayoritariamente un Derecho (objetivo) de la vivienda, más que un derecho (subjetivo) a la vivienda.

Decía más atrás que las leyes de vivienda de última generación han dado un paso adelante en la configuración legal de un derecho subjetivo perfecto, en el sentido de llevar aparejada la acción procesal para su tutela. Sin embargo, en la mayoría de los casos dicha configuración sigue agotándose en la constitución de obligaciones de medios para la Administración, no de resultados, por lo que la acción de que disponen los ciudadanos es para exigir la aprobación de un plan (véase, por ejemplo, el art. 24 de la Ley andaluza) o impugnar la arbitrariedad o la discriminación en la adjudicación de subvenciones o de viviendas protegidas hasta el agotamiento de la oferta disponible, pero no para exigir un alojamiento o una vivienda digna y adecuada. Cosa que sí ha hecho, por ejemplo, Francia con la Ley DALO (Ley n.º 2007-290, de 5 de marzo de 2007, que instituye el derecho a un alojamiento exigible) que estableció un derecho de prestación de las personas en situación de necesidad con un procedimiento administrativo y un plazo máximo para su satisfacción, transcurrido el cual queda expedita la vía contenciosa de recurso[17].

En la misma dirección sólo apunta, por ahora, claramente entre nosotros la Ley vasca, cuando establece en su artículo 6.2 que «Las personas

---

[17] Sobre la *Loi DALO* existe, obviamente, una amplia literatura en Francia. En España, pueden consultarse Véronique INSERGUET-BRISSET, en LÓPEZ RAMÓN, coord., 2010: 34-38, Hubert ALCARAZ, en VV.AA., 2014 (B): 157-165.

que, con arreglo al artículo 9 de la presente norma legal y a las disposiciones que se dicten en su desarrollo, tengan derecho a acceder a la ocupación legal de una vivienda o alojamiento protegido podrán reclamar su cumplimiento ante el departamento competente en materia de vivienda del Gobierno Vasco, y las resoluciones de esta administración serán recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa». Al respecto, afirma orgulloso el preámbulo de la Ley: «*Se destaca el explícito reconocimiento, y como derecho subjetivo, del derecho a la ocupación legal estable de una vivienda a favor de quienes, no disponiendo de una vivienda digna y adecuada en la mencionada acepción, carecen de los recursos económicos precisos para conseguir una. (...) Como tal derecho, además, y junto con la acción pública que se instaura en materia de vivienda para la más amplia legitimación en la exigencia del respeto de la legalidad, se atribuye a sus titulares el recurso a la vía jurisdiccional precisa para hacerlo efectivo allí donde sea incumplido por los poderes públicos obligados, en una previsión inédita en la legislación española hasta este momento*».

b) El disfrute efectivo y pacífico de un alojamiento digno y adecuado como parte del mínimo vital de la persona, protegible como un derecho fundamental

Una interpretación conforme a los tratados internacionales ratificados por España aboca a

calificar el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada como un derecho humano. En efecto:

- La Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas enuncia en su artículo 25 el derecho a la vivienda junto al derecho a la alimentación, el vestido, la asistencia sanitaria y los servicios sociales, concebidos todos ellos como elementos del derecho más general «a un nivel de vida adecuado»[18].

- Análogamente, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales proclama en su artículo 11 «el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluidos alimentación, vestido y vivienda adecuados»[19].

---

[18] Etimológicamente, esta asociación entre la vivienda, el alimento y las demás necesidades de la vida tiene mucho sentido. El sustantivo español «vivienda» proviene del latín vulgar *vivenda*, «cosas en que o de que se ha de vivir», de donde se tomó el castellano «vianda» o el francés *viande*, que originalmente significaba también alimento, aunque hoy ha quedado reservado a la carne. Joan Corominas, *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*, 3.ª ed., Madrid, Gredos, 1973, p. 609.

[19] Como ya hiciera la Observación General n.º 4, «El derecho a una vivienda adecuada», el Comité DESC afirma en su Dictamen citado más atrás respecto de la Comunicación n.º 2/2014 que «el derecho humano a una vivienda adecuada es un derecho fundamental que constituye la base para el disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales y está vinculado en su integridad a otros de-

- La Carta Social Europea, en su versión revisada de 1996, no sólo proclama un derecho autónomo a la vivienda en el apartado 31 de su Parte I y en su artículo 31, sino que además la considera como elemento del derecho de los minusválidos, las familias o las personas mayores a la protección social (arts. 15, 16 y 23) y del derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social (art. 30).

- Y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se ocupa de la vivienda en su Título IV, dedicado a consagrar los derechos al servicio del valor de la solidaridad, dentro del artículo 34 relativo a la seguridad social y ayuda social, cuyo apartado 3.º afirma que «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 de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales».

En el Derecho internacional y supranacional invocado, pues, la vivienda no es sólo un bien

---

rechos humanos, incluyendo a aquellos establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos» (11.1).

jurídico en sí mismo, sino también y ante todo un elemento central del principio de la solidaridad social y del consecuente derecho de todas las personas a «un nivel de vida adecuado», a «la protección contra la exclusión social» o a «una existencia digna».

Pues bien, si el disfrute de la vivienda es parte imprescindible de un derecho humano a un nivel de vida adecuado o a una existencia digna, bien puede afirmarse que está directa y estrechamente vinculado con la dignidad de la persona, que es fundamento de todo el orden político y constitucional (art. 10.1 CE) y que, por tanto, el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada es distinto, pero no inferior sino complementario, del derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio, con el que está estrechamente relacionado[20]. Más aún, si por domicilio hemos de entender un «ámbito

---

[20] En el Derecho constitucional alemán se encuentran ejemplos en los que el derecho a una vivienda (*Wohnung*) o habitación (*Wohnraum*) adecuadas se complementa en el mismo precepto con la proclamación de su inviolabilidad, como ocurre con los artículos 106 de la Constitución del Estado de Baviera de 2 de diciembre de 1946, 14 de la Constitución de la Ciudad Hanseática Libre de Bremen de 21 de octubre de 1947 y 28 de la Constitución de la Ciudad-Estado de Berlín de 23 de noviembre de 1995. La Constitución de Portugal también es ilustrativa, porque, cuando cualifica a la vivienda a la que todos tienen derecho según su artículo 65, exige «que preserve la intimidad personal y la privacidad familiar». Sobre estas relaciones entre libertad y prestación en materia de vivienda, me permito remitir a VAQUER CABALLERÍA, 2011: 37-46.

espacial reservado» en el que la persona se aloja y despliega «su esfera privada» (por todas, vid. SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5.º, 22/2003, de 10 de febrero, FJ 4.º, y 189/2004, de 2 de noviembre, FJ 2.º), bien puede concebirse el disfrute de una vivienda (art. 47 CE) o, al menos, de un alojamiento privativo o «reservado» como una precondición para poder ejercer el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE). Como ya tuvo ocasión de afirmar nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia de 27 de junio de 2006, la vivienda «constituye el espacio necesario para poder desarrollar derechos fundamentales como el de la intimidad personal y familiar y el de la dignidad de la persona».

Sin embargo, el Tribunal Constitucional español no ha establecido este puente lógico aquí defendido entre un derecho social de prestación como el disfrute de la vivienda y un derecho fundamental de libertad como la intimidad y la inviolabilidad del domicilio, como debiera resultar de una interpretación finalista y sistemática de la Constitución. Bien al contrario, sigue empeñado en estratificar los derechos constitucionales y marginar a los derechos sociales, no sin antes proclamar enfáticamente su «máxima relevancia», como hace la ya citada STC 39/2015 a propósito de la vivienda (FJ 9.º), o unos meses después y a propósito del derecho a un medio ambiente adecuado la STC 233/2015, de 5 de noviembre, sobre la reforma de la Ley

de Costas, que primero proclama «la interpretación sistemática de los artículos 45 y 132 CE» como «paradigma de la estrategia de protección ambiental» pero inmediatamente después caracteriza al derecho al medio ambiente sólo como un «principio rector» o «mandato» con «carácter informador», porque «ir más allá de esta noción requeriría, como premisa mínima, atribuir al derecho al medio ambiente un contenido intangible para el legislador» (FJ 2.º). Una cosa es que los derechos del Capítulo III no sean directamente accionables ante la jurisdicción ordinaria y otra muy distinta que el Tribunal Constitucional no les atribuya ningún contenido intangible al legislador, porque entonces su proclamación constitucional como tales derechos no pasa de ser un *flatus vocis*.

La superación de esta situación podría consistir en la configuración de un derecho fundamental a un mínimo vital. Y tal cosa podría hacerse bien mediante una reforma de la Constitución, bien evolucionando la doctrina constitucional.

La reforma constitucional, alternativamente a transformar en derechos fundamentales todos o algunos de los derechos sociales del actual Capítulo III, podría consistir en introducir un derecho fundamental a un mínimo vital o, más ampliamente, *el derecho fundamental de todas las personas a disfrutar de alojamiento, vestido, alimentos y las demás condiciones mínimas*

para poder vivir dignamente y desarrollar libremente su personalidad (VAQUER CABALLERÍA, 2014).

La consagración de este derecho como uno de los «derechos fundamentales» de la actual Sección 1.ª del Capítulo II de la Constitución tendría como consecuencias:

1ª. Reservar al Estado, mediante ley orgánica, su desarrollo mediante la determinación de esas condiciones mínimas, sin perjuicio de que las Comunidades Autónomas amplíen, regulen y gestionen después los respectivos sectores de actividad, como ocurre con la educación. Pero un marco general y estable sería muy deseable para consolidar estas prestaciones como auténticos derechos de la persona.

2ª. En segundo lugar, esta consideración *fundamental* del derecho y su consistencia en un *mínimo* prestacional (es decir, no un principio, directiva o mandato de maximización sino una regla prohibitiva de su omisión y de niveles prestacionales inferiores) ofrecería una base sólida y expansiva al Tribunal Constitucional para blindarlo, al menos en su contenido esencial, incluso frente al propio legislador, como veremos que han hecho ya con determinación, por ejemplo, las jurisdicciones constitucionales de Alemania y Portugal. El contenido esencial del derecho fundamental, en efecto, permitiría oponer límites ya no sólo formales (reserva de

ley, procedimiento debido, motivación, etc.) o sustantivos pero meramente relativos (proporcionalidad o necesidad y «razón suficiente») sino también absolutos (un «contenido intangible»), al margen de apreciación del legislador para reducir o revertir las prestaciones sociales que lo conformasen en cada momento histórico según la doctrina del Tribunal Constitucional.

3ª. Para su protección, los ciudadanos gozarían ya no sólo de una tutela judicial ordinaria de carácter preferente y sumario, sino además de la privilegiada del recurso de amparo frente al Tribunal Constitucional.

En defecto de la reforma constitucional, la construcción interpretativa de un derecho fundamental a un mínimo existencial (José Luis CARRO, 2012: 3825-3849) o a la asistencia a los ciudadanos en caso de necesidad (Santiago MUÑOZ MACHADO, 2014: 91) ha sido ya defendida por la doctrina. Y en efecto, el Derecho comparado nos ofrece algunas referencias útiles para ello.

En Alemania, el Tribunal Administrativo Federal afirmó ya a mediados del siglo XX un derecho público subjetivo a las prestaciones sociales que aseguren el mínimo existencial y la Federación tiene una competencia legislativa concurrente con la estatal, en cuyo ejercicio ha dedicado a la asistencia social el Libro XII de su Código Social Federal. Más aún, el Tribunal

Constitucional Federal ha derivado de la dignidad de la persona proclamada en el artículo 1.1 de la Ley Fundamental en relación con el principio de Estado social de su artículo 20.1, un derecho fundamental a un mínimo existencial digno (*ein Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums*) cuya concreción y continua actualización es tarea del legislador, que goza de un margen de configuración. Para este Alto Tribunal, se trata de un derecho humano, aplicable por igual a los ciudadanos alemanes y extranjeros residentes en la República Federal, que incluye tanto la existencia física de la persona como también el aseguramiento de la posibilidad de proteger las relaciones interpersonales y un mínimo de participación en la vida social, cultural y política[21].

En Portugal, el Tribunal Constitucional juzgó en su sentencia 187/2013, de 5 de abril, varios preceptos de la Ley de Presupuestos del Estado para 2013 (que incluían reducciones de las remuneraciones de empleados públicos, las pensiones y los subsidios por enfermedad o por desempleo, entre otras medidas). En lo que aquí importa, el Alto Tribunal fundamen-

---

[21] En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, pueden verse por ejemplo las Sentencias de 9 de febrero de 2010 (1 BvL 1/09) y de 18 de julio de 2012 (1 BvL 10/10). En la del Tribunal Administrativo Federal, desde las de 24 de junio de 1954 (BVerwGE 1, 159) y de 9 de junio de 1967 (BVerwGE 27, 63) a la de 19 de junio de 2014 (BVerwG 10 C 1.14).

tó la inconstitucionalidad de la reducción de los subsidios por enfermedad y por desempleo en la garantía del «derecho a una *subsistencia mínimamente digna* o a un *mínimo de subsistencia*»: un derecho que ya había declarado en fallos precedentes (por todos, n.º 232/1991 y 62/2002) a partir de «la conjunción del principio de la dignidad de la persona y del derecho a la seguridad social en situaciones de necesidad» y que cifra en la cuantía del salario mínimo nacional o el salario mínimo garantizado. Esto supuesto, la medida declarada inconstitucional permitía que las prestaciones resultantes fueran inferiores a dicho límite mínimo, lo que es declarado inconstitucional porque «aun cuando no pueda ponerse en duda la reversibilidad de los derechos concretos y de las expectativas subjetivas, no puede dejar de reconocerse que habrá siempre que salvaguardar, incluso en situación de emergencia económica, el núcleo esencial de la existencia mínima ya hecho efectivo por la legislación general».

Pues bien, en España tenemos fundamentos constitucionales análogos a los que acabamos de ver que han sido empleados en estos países: como en Alemania, nuestra Constitución también proclama la cláusula del Estado social (art. 1.1), la dignidad de la persona como fundamento del orden político y la paz social (art. 10.1) y el deber de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos

en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural (art. 9.2). Y análogamente a lo que ocurre en Portugal, la Constitución española afirma asimismo el deber de los poderes públicos de garantizar la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad (art. 41).

Sin embargo, ninguno de dichos preceptos de la Constitución española constituye un derecho fundamental. Así que la construcción de un derecho fundamental a partir de tales materiales no sería tanto un ejercicio de interpretación extensiva o progresiva de un derecho preexistente, cuanto más bien de creación jurisprudencial de uno nuevo, lo que nos replantea, al máximo nivel, el viejo problema de legitimidades de la jurisprudencia como fuente del Derecho.

En mi opinión, el intérprete de la Constitución actual tiene margen para reforzar la eficacia y la garantía de los derechos sociales agrupados en el Capítulo III del Título I, pero la vía para ello es más bien, a partir del fundamento axiológico de la dignidad de la persona, la interpretación conjunta o integrada de aquéllos con los derechos fundamentales «hermanos» a los que me he referido antes, de forma que éstos les presten la eficacia y garantías que les son propias a las posiciones jurídicas básicas

o elementales de prestación que sean imprescindibles por constituir condiciones vitales o ambientales mínimas para su disfrute efectivo. Del mismo modo que se ha dado amparo a quien padecía en su casa un ruido incompatible con la intimidad individual y familiar a partir de la doctrina López-Ostra[22], debería ampararse a quien no disfrute de una vivienda en la que situar su domicilio, a quien sufra una enfermedad que amenace su vida o su integridad o a quien padezca una situación de dependencia incompatible con su libertad.

En consecuencia, el disfrute de un alojamiento digno y adecuado en el que poder situar el domicilio y desarrollar la intimidad de la vida individual y familiar podría —y debería— ser considerado parte de un derecho fundamental al mínimo vital, en una interpretación sistemática de los artículos 18 y 47 de la Constitución vigente.

c) La garantía de la existencia de una oferta estable y suficiente de vivienda social en alquiler y de alojamientos dotacionales

Aunque históricamente se han confundido recurrentemente, deberíamos distinguir la *po-*

---

[22] STEDH de 9 de diciembre de 1994, López-Ostra contra España, y SSTC 119/2001, de 24 de mayo (FF.JJ. 5.º y 6.º) y 16/2004, de 23 de febrero (F.J. 3.º).

lítica económica inmobiliaria, entendida como una política económica sectorial orientada a estimular la actividad económica de construcción y/o rehabilitación de edificios, el empleo o el crédito hipotecario, de la *política social de vivienda*, orientada a promover el disfrute efectivo de una vivienda digna y adecuada por parte de toda la población. Ambas son lícitas y ambas pueden valerse de los mismos instrumentos, pero persiguen fines distintos y tienen un encaje constitucional diverso. Sólo la segunda, obviamente, sirve a la efectividad del derecho consagrado en el artículo 47 de la Constitución.

Centrándonos, pues, en las políticas al servicio de la efectividad del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, existe un consenso creciente en torno a la necesidad de configurar la vivienda social como (1.º) un servicio de interés general (2.º) provisto con un parque inmobiliario de titularidad pública —aunque su gestión pueda ser privada, bien lucrativa o bien reservada a entidades sin ánimo de lucro— y ofrecido ya sea gratuitamente ya mediante precio, pero mediante títulos jurídicos temporales como el alquiler o el derecho de superficie.

1º. La concepción de la vivienda social como un servicio de interés general, en el que los rigores del Derecho de la competencia pueden modularse mediante la adopción por los Estados de medidas (tales como reservas de

actividad a favor de ciertos tipos de sujetos, cargas administrativas o ayudas) que sean idóneas y proporcionadas para garantizar la misión de interés general que cumplen, es algo ampliamente aceptado en el Derecho de la Unión Europea (como he desarrollado en VAQUER CABALLERÍA, 2010). En el Derecho interno, se abre igualmente paso, por ejemplo, dicha calificación jurídica en las leyes autonómicas de vivienda, como la catalana Ley 18/2007, de 28 de diciembre (art. 4), o la vasca Ley 3/2015, de 18 de junio (art. 5), a las que ya me he referido más atrás.

2º. La erección de un parque estable de vivienda social en el patrimonio de las Administraciones públicas es también un objetivo del Plan Estatal de Vivienda 2013-2016 aprobado por el Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, que, como se ha observado más atrás, ya no contempla financiar otra vivienda protegida que la edificada sobre suelo de titularidad pública y ofrecida en alquiler. Me refiero al programa de fomento del parque público de vivienda en alquiler regulado en su Capítulo IV (arts. 14 a 18)[23].

---

[23] De conformidad con lo dispuesto en su artículo 15, sólo se pueden calificar las viviendas «de edificios públicos» y «sobre suelos pertenecientes a las Administraciones Públicas o sus entidades dependientes» y conforme al artículo 16, sólo pueden ser beneficiarios de las ayudas del Plan dichas Administraciones y las entidades del sector público o sin ánimo de lucro a las que, en su caso, se cedan o transmitan dichos suelos.

Una política de vivienda social como la someramente descrita, si se sostuviera en el tiempo, nos acercaría a los modelos de los países europeos de nuestro entorno[24], resultaría más eficaz para procurar la efectividad del derecho a la vivienda (la vivienda protegida en venta no es la opción más eficaz para este fin, como ya sostuve en VAQUER CABALLERÍA, 2011: 33-35) y también tendría un efecto moderador anticíclico sobre el mercado de la vivienda libre.

d) La organización de las competencias al servicio de la eficacia: derechos y deberes + suelo + financiación

Como exponía al principio de este trabajo, la política de vivienda está abocada al fracaso si se concibe de manera aislada de otras que inciden esencialmente en ella como son, en particular,

---

[24] Como es sabido, en Europa la vivienda social se oferta principalmente en alquiler. En Francia, por ejemplo, aunque también existen ayudas públicas para la adquisición de vivienda, todas las viviendas sociales están en régimen de alquiler y suponían en 2002 un 17,3% del total de los hogares. Sólo en Île-de France hay más de un millón (*Vid.* Jean CLAUDE DRIANT, en LEAL MALDONADO, Jesús (coord.), 2007: 57-95). Algo similar se puede afirmar de los países escandinavos (con la excepción de Suecia, donde no hay vivienda social en alquiler pero sí un importante parque municipal de vivienda en alquiler, que alcanza el 23% del stock de viviendas; *vid.* LUJANEN, Martti, ed., 2005). Y sobre la utilización del derecho de superficie en otros países desarrollados, sobre todo entre los nórdicos y anglosajones, *vid.* Steven C. BOURASSA y Yu-Hung HONG (eds.), 2003.

la configuración de los títulos jurídicos de disfrute de la vivienda (propiedad, arrendamiento, derecho de superficie y demás derechos reales o personales sobre bienes inmuebles), la regulación de los usos del suelo, la regulación del crédito y el mercado hipotecarios y la política fiscal y financiera.

El desarreglo o desentendimiento entre políticas de suelo y de vivienda es un fenómeno histórico en España, al que suele atribuirse el fracaso de la Ley de Régimen de Suelo y Ordenación Urbana de 1956, pero que ha seguido más tarde. Y la desintonía entre política fiscal y de vivienda ha sido asimismo recurrente: basta recordar que, en 2013, mientras se aprobaba un Plan de Vivienda centrado en el fomento de la rehabilitación de los edificios, se derogaba la deducción por obras de rehabilitación del IRPF. O que en los últimos años se está reorientando la política de fomento de la vivienda protegida hacia el parque público en alquiler, como ya he advertido, sin considerar la necesidad que ello puede provocar de resintonizar la calificación urbanística del suelo para vivienda protegida y la calificación de la vivienda protegida a efectos de su financiación, a riesgo de que, en caso contrario, peligre la viabilidad económica de alguna actuación de transformación urbanística.

No es preciso destacar las ineficacias a que conducen estas discordancias. Ni, por tanto, insistir en que una política de vivienda eficaz

pasa por concentrar las competencias citadas o establecer mecanismos funcionales y/u organizativos para su coordinación efectiva.

e) La necesidad de un sistema de información veraz y objetivo que permita un diagnóstico precoz de los problemas

Por último, una consideración aparentemente menor pero que es, en mi opinión, crítica. En España, existe una multitud de fuentes públicas y privadas que ofrecen una información abundante, pero también asistemática y discordante sobre el sector inmobiliario y la vivienda. Las propias Administraciones públicas carecen de información directa, actualizada y cierta sobre hechos tan determinantes para sus decisiones como son el stock edificatorio residencial en oferta, los precios de las transacciones, los desahucios de viviendas habituales y la situación socio-económica de los afectados, etc. En estas condiciones, es muy difícil si no imposible hacer políticas públicas basadas en el conocimiento.

La moderna teoría de la regulación nos explica que una herramienta esencial de la regulación de los sectores económicos estratégicos y de la gestión de los riesgos que les son inherentes es la gestión de la información.

La Administración debe tener la potestad de dotarse de fuentes y herramientas de tratamiento

de la información que (1.º) le garanticen una información relevante, actual y objetiva, (2.º) le permitan hacer un diagnóstico precoz de los riesgos que se avecinan y (3.º) le asistan a determinar con celeridad y precisión las medidas necesarias[25]. Y también debe ejercer la función pública de ofrecer información objetiva y relevante al mercado, para evitar las asimetrías informativas que dañan la competencia en su seno, impidiendo que los precios se formen adecuadamente.

Bibliografía

BOURASSA, Steven C. y HONG, Yu-Hung (eds.), 2003: *Leasing public land. Policy debates and international experiences*, Canadá, Lincoln Institute of Land Policy.

CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis, 2012: «Mínimo existencial y jurisprudencia. Hacia la construcción jurisprudencial de un derecho fundamental», en VV.AA., *Administración y justicia. Un análisis jurisprudencial. Vol. II. Europa y América. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Madrid, Cívitas, 2012.

GUILLÉN NAVARRO, Nicolás Alejandro, 2014: «El Plan de Vivienda 2013-2016: el rena-

[25] Los artículos 69 y 70 y la disposición adicional 1ª de la Ley de Andalucía, por ejemplo, reflejan la necesidad a que he hecho referencia y tratan de darle cumplida respuesta.

cer de la vivienda de alquiler en España», Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales, n.º 182, pp. 591-606.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, 2014: *Sobre la pobreza y el Derecho*, Madrid, Iustel.

LEAL MALDONADO, Jesús (coord.), 2007: *La política de vivienda en las grandes ciudades europeas*, Madrid, Ayuntamiento de Madrid.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando (coord.), 2010: *Construyendo el derecho a la vivienda*, Madrid / Barcelona, Marcial Pons.

LUJANEN, Martti (ed.), 2005: *Vivienda y política de vivienda en los países nórdicos*, Nordic Council of Ministers / Ministerio de Vivienda.

PONCE SOLÉ, Juli, y SIBINA TOMÀS, Domènech, (coords.), 2008: *El derecho de la vivienda en el siglo XXI: sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo. Con un análisis específico de la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, en su contexto español, europeo e internacional*, Madrid / Barcelona, Marcial Pons.

VAQUER CABALLERÍA, Marcos, 2010: «De nuevo sobre la doctrina europea de los servicios de interés general: los problemas para definir la familia de los «servicios sociales» y

su aplicación en materia de vivienda», *Revista General de Derecho Administrativo*, www.iustel.com, n.º 25, octubre de 2010, 19 págs.

— 2011: *La eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España*, Madrid, Iustel.

— 2014: «Derecho a la vivienda y garantía de un mínimo vital», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 48, noviembre 2014, pp. 34-39.

VV.AA., 2014 (A): *Vivienda y crisis: ensayando soluciones. Jornadas celebradas en Barcelona, 19 y 20 de noviembre de 2014*, Barcelona, Universidad de Barcelona / Registradors de Catalunya.

VV.AA., 2014 (B): *I Congreso Nacional sobre Vivienda Social. Sevilla, 14 y 15 de marzo de 2014. Libro de actas*, Sevilla, Real Fundación Patronato de la Vivienda de Sevilla.

EL DERECHO SUBJETIVO A LA VIVIENDA EXIGIBLE JUDICIALMENTE: PAPEL DE LA LEGISLACIÓN, ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL Y GASTO PÚBLICO[1]

Juli PONCE SOLÉ

1. Introducción

El análisis que aquí se inicia se va a centrar en dos ámbitos vinculados con el papel del Derecho en la promoción de la vivienda asequible. Por un lado, la exigibilidad judicial del derecho a la vivienda y el relevante papel del legislador. Por otro, la conexión entre las disponibilidades presupuestarias y el derecho a la vivienda.

---

[1] El presente trabajo se enmarca en el Proycto de Investigación DER2014-57391-C2-1-R Título: *Regeneracion democrática, buena administracion e integridad publica: el papel del derecho administrativo ante la crisis de las instituciones publicas*. IP: Juli Ponce.

El origen del mismo se encuentra en la ponencia desarrollada en la sesión «Propuestas jurídicas para facilitar la accesibilidad de la vivienda», organizada por la Fundación Coloquio Jurídico Europeo el día 23 de junio de 2016. Agradezco a la Fundación su amable invitación. El texto originalmente presentado ha sido modificado para incorporar reflexiones surgidas tras el debate que tuvo lugar a lo largo de la mencionada sesión.

Antes de abordar ambos aspectos, creemos conveniente analizar la realidad existente en el ámbito de la vivienda en España y su relevancia para el modelo de Estado que formalmente reconoce nuestra Constitución.

2. El estado social y la vivienda, en la realidad

La tradicional y conocida falta de suficiente vivienda asequible en España se ha visto agravada por la dura crisis económica que desde hace años afecta a España. Si ya antes de la crisis el relator de la Organización de Naciones Unidas en materia de vivienda, tras una visita *in situ*, elaboró un completo informe reflejando la emergencia habitacional existente, la situación de los últimos años no ha hecho sino empeorar. Entre 2008 y 2015 la inversión en materia de vivienda descendió un 55% en los presupuestos generales del Estado, situándose el gasto en vivienda en el 43,2% de la media de la UEM[2].

En definitiva, se ha constatado durante décadas la impotencia de la actividad de fomento

---

[2] VAQUER, M. «Derecho a la vivienda y garantía de un mínimo vital». *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 48, noviembre de 2014, p. 34: «España está netamente por debajo de la media de Europa en la financiación pública de las políticas sociales en general (...). La política de vivienda es la peor financiada de entre nuestras políticas sociales en comparación con los países europeos».

para hacer frente a una de las necesidades más básicas de la vida humana y se ha llegado a un punto crítico[3].

En el contexto socioeconómico actual, a la situación descrita hay que añadir el elevado número de lanzamientos hipotecarios y desahucios de los últimos años. De acuerdo con los datos proporcionados por el CGPJ, entre 2008 y 2013 en el Estado español se han producido casi 500.000 ejecuciones hipotecarias, de las cuales, casi un 25% en Cataluña (en 2012 hubieron 115 ejecuciones por día, adjudicándose las entidades financieras 30.034 primeras residencias) liderando la clasificación de comunidades autónomas en ejecuciones hipotecarias y en ella destacando los partidos judiciales de Terrassa, Vilanova i la Geltrú y Arenys de Mar (de acuerdo con datos de la Diputación de Barcelona).

---

[3] Todos los datos que a continuación se proporcionan han sido ofrecidos en PONCE SOLÉ, J., «Siete consideraciones sobre el derecho a la vivienda, la ciudad y las viviendas vacías: podemos hacer más (y mejor)», Blog de la Revista de Derecho Público de Cataluña, 20 de marzo de 2015, consultable en: https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2015/03/20/siete-consideraciones-sobre-el-derecho-a-la-vivienda-la-ciudad-y-las-viviendas-vacias-podemos-hacer-mas-y-mejor-juli-ponce-sole/. También se han recogido en PONCE SOLÉ, J., «Viviendas vacías, Derecho a la vivienda y Derecho a la Ciudad», en TORNOS, J. y BARRAL, I., (dirs.), *Vivienda y crisis: ensayando soluciones,* Colegio de Registradores de Catalunya, UB, 2015.

La unión de la crisis económica, el desempleo y la pérdida de un espacio propio donde poder desarrollar la intimidad y la vida familiar y el incremento de las personas sin hogar (concepto más amplio que el de no tener un techo, de acuerdo con la tipología ETHOS desarrollada por FEANTSA y empleada en Europa) explica el aumento experimentado en la tasa de suicidios, algunos de ellos, al parecer, directamente vinculados con la pérdida de la vivienda, como ha informado la prensa en diversas ocasiones y destaca el presidente de la Comisión Nacional de Psiquiatría.

Además de lo ya señalado, cabe añadir la existencia —de acuerdo con el censo de población y vivienda de 2011 del Instituto Nacional de Estadística)— de 3,4 millones de viviendas vacías, de las cuales alrededor de 1.000.000 estarían en manos de entidades financieras (muchos miles de ellas en Cataluña). En el caso catalán, de acuerdo con el INE, hay 448.356 viviendas vacías (13 de cada 100 existentes) y algunos municipios acumulan un relevante porcentaje de ellas (por ejemplo, Terrassa tiene, con más de 200.000 habitantes y más de 100.000 viviendas, un 15,6% de viviendas vacías). Por lo que se refiere a viviendas nuevas vacías, el propio legislador español cifró estas en 723.043 (preámbulo de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación, unas 80.000 en Cataluña de acuerdo con la propia Generalitat).

Todo ello ha llevado a la OCDE en mayo de 2015 a elaborar un informe donde muestra la preocupación por el impacto de estas conductas públicas en la igualdad y la cohesión social: España se sitúa muy por encima de la media de pobreza de la OCDE[4]. Se señala que alrededor de un 30% de la sociedad española habría quedado descolgada de la posibilidad de mantener un nivel de vida digno por efecto de la crisis y los recortes aludidos[5].

3. Estado de derecho, social y democrático y vivienda

La interrelación entre las cláusulas de Estado Social, Democrático y de Derecho, previstas en el artículo 1.1 de nuestro texto constitucional, supone que las características que definen al Estado español actualmente, como fruto de una larga evolución histórica, estén íntimamente vinculadas entre sí. No es posible hablar de un auténtico Estado de Derecho si éste no es Democrático, y para que lo sea realmente, los ciudadanos deben gozar de un mínimo vital que preserve su dignidad y les permita participar, en la práctica del mundo real, en el juego democrático. La crisis económica, social y política

---

[4] OCDE, *Todos Juntos. ¿Por qué reducir la desigualdad nos beneficia?,* 21 de mayo de 2015.

[5] Datos del INE, recogidos en *El País*, 27 de mayo de 2015.

en que nos hallamos inmersos desde hace ya una década pone en peligro no sólo los derechos sociales con los recortes desplegados, que han generado mayor desigualdad y menor cohesión social, sino que, en efecto dominó, también afectan a la configuración del Estado como Democrático y de Derecho.

Es en este contexto cuando diversas voces desde varios sectores (político, social, académico) claman por una reforma constitucional que blinde los derechos sociales y económicos ya existentes en la CE, entre ellos el de vivienda, e incluso introduzca otros nuevos, como el referido a un derecho a una renta básica, por ejemplo.

Si bien existen diversos aspectos mejorables en nuestra Constitución de 1978 sobre los que se podría incidir, no deberíamos ver tal reforma como el Bálsamo de Fierabrás que vaya a curar todos los problemas que arrastramos en relación con el respeto y efectividad de los derechos sociales, entre ellos el de vivienda.

Estos problemas pueden estar causados, en parte, por un marco constitucional que ha devenido inadecuado y/o anticuado en algunos aspectos en referencia a los derechos sociales. Pero ha sido sobre todo *el entendimiento preponderante en nuestro país del concepto de derechos sociales (negando que sean auténticos derechos subjetivos), lo que ha condicionado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al*

respecto, así como el papel desempeñado por las leyes de presupuestos anuales, los factores que, en realidad, han dañado el contenido social de nuestra constitución, y la efectividad del derecho a la vivienda en lo que ahora interesa, más que el texto literal de la misma. Ergo, mejorando éste sólo no se corregirán todos los factores aludidos, aunque pueda ser un paso en la dirección correcta.

Junto a la reforma constitucional, es preciso un cambio de práctica política y jurídica que puede y debe desarrollarse en los niveles estatal y autonómico y también a nivel local, donde el concepto del derecho a la vivienda como derecho exigible y el papel de los sucesivos presupuestos públicos son también fundamentales.

4. La exigibilidad judicial del derecho a la vivienda y el papel del legislador

a) Los derechos sociales y su regulación: la necesidad de superar la inercia y de explicitar los aspectos ideológicos vinculados con el derecho a la vivienda

A la vista de la realidad, más allá de las proclamaciones del artículo 1.1 CE, cambiar la letra de la CE puede ser necesario, sin duda, pero a la vez, con toda seguridad, no suficiente para evitar en el futuro agresiones al Estado social similares a las descritas (y en paralelo

al Estado de Derecho y democrático). Por ello, la gestión en el ámbito de la vivienda, deviene fundamental.

De hecho, podríamos empezar desde el principio, sin apriorismos, preguntándonos, como hacen algunos, si es necesario o conveniente incluir en las Constituciones derechos sociales o si el legislador podría asumir en solitario la regulación de los derechos sociales[6]. La postura que adopta este trabajo es afirmativa, siguiendo a HOLMES y SUNSTEIN[7], puesto que nuestra tradición constitucional ha ido históricamente en esa dirección desde hace casi un siglo y no parecen existir razones de peso para variarla, lo que generaría más desconcierto que ventajas. Además, en nuestra opinión, ello es necesario para la adecuada protección de esos derechos, puesto que, como ha demostrado esta crisis, la protección de los derechos sociales por el legislador en exclusiva entregaría éstos al legítimo juego democrático de mayorías y minorías, el cual, sin embargo, actuando sin ningún límite superior, podría conducir al deterioro del Estado social (cosa que ha sucedido, por cierto existiendo ese marco constitucional, como dijimos, pero por las razones que estamos exponiendo y que, creemos, son corregibles en el futuro).

---

[6] Así, ESTEVE PARDO, J., *Estado Garante. Idea y Realidad*, INAP, Madrid, 2015, p. 149 (versión digital).

[7] HOLMES, S. y SUNSTEIN, C. R., *El costo de los derechos*, Siglo XXI editores, 2011, pp. 143 y ss.

Por ello, si bien creemos que deben incluirse derechos sociales en la Constitución y deben protegerse de forma adecuada en el propio texto constitucional, es preciso *algo más* para su respeto y efectividad, algo que atañe, en parte, al papel de los operadores jurídicos y su modo de comprender los derechos sociales, regular éstos y controlar efectivamente su respeto.

Efectivamente, es preciso aún en España generar un consenso entre los juristas sobre el concepto de los derechos sociales como auténticos derechos subjetivos, sobre su relevancia para el Estado Social y también para el Estado Democrático de Derecho y sobre su inevitable interconexión con otros derechos constitucionales (de los denominados tradicionalmente civiles y políticos). Creemos que tal consenso aún no existe y que ello se debe a la inercia histórica en la doctrina española aún dominante, alejada en este punto de las corrientes internacionales y de países de nuestro entorno, más avanzados al respecto (una de las excepciones a lo dicho la encontramos en diversos destacables trabajos de ESCOBAR ROCA, entre ellos, por ejemplo, 2012).

Esa inercia doctrinal impacta en el modo en que el legislador y la jurisprudencia, sobre todo del TC, afronta las violaciones de estos derechos.

Será preciso, pues, para defender el Estado social desde el Derecho, cambiar, ante todo,

esa *path depenency* mental, tarea en la que ya están trabajando meritoriamente numerosos *ius* publicistas españoles en los últimos años[8]. Inercia intelectual que, por otro lado, incluye, obviamente, aunque no siempre explícitamente, prejuicios de tipo ideológico, como ha señalado VAQUER, al subrayar como:

«no podemos seguir leyendo la Constitución social con los anteojos del jurista liberal, sino que estamos obligados a todo lo contrario, es decir, a leer los derechos de cuna liberal a la luz de la cláusula del Estado social, que hoy tiene ya rango constitucional tanto en su misma formulación (art. 1.1 CE) como en su principal destilación, que es la misión promocional de los poderes públicos para remover y promover la efectividad de la igualdad y la libertad (art. 9.2 CE)»[9].

En ese sentido, un obstáculo frecuente para hacer efectivos los derechos sociales y, en defi-

---

[8] No es posible referir aquí la ingente producción de trabajos vinculados con los derechos sociales, que se han incrementado en los últimos años, mostrando una preocupación por los mismos en el contexto de la crisis económica. Nos limitaremos aquí a dar cuenta de que ese fue el tema que ocupó el IX Congreso de la Asociación de constitucionalistas españoles y que dio lugar a la publicación de sus actas en el libro *Derechos Sociales y Principios Rectores Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, publicado en 2012 por Tirant Lo Blanch. Asimismo, queremos también destacar una reciente tesis doctoral, publicada en 2015 por Marcial Pons, bajo el título *Derechos sociales constitucionales y democracia,* desarrollada por Leticia MORALES.

[9] Vaquer Caballería, M., *La eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España,* Iustel, 2011, p. 43

nitiva, el Estado Social y Democrático de Derecho, es la negación de que los derechos sociales sean auténticos derechos subjetivos. Serían principios, mandatos de optimización, en su caso, incluso, se dice aún, normas *programáticas*, pero no realmente derechos subjetivos para una parte relevante del pensamiento jurídico español.

Como indican ABRAMOVICH y CURTIS, dos especialistas en la materia:

«Gran parte de la tradición constitucional iberoamericana en materia de derechos sociales se caracteriza por la repetición de tópicos que, a la luz de la experiencia internacional y de la ya considerable acumulación de precedentes nacionales, han demostrado ser prejuicios de tipo ideológico, antes que argumentos sólidos de dogmática jurídica. Así, aunque la gran mayoría de las Constituciones de América Latina, la de España y la de Portugal estén alineadas dentro del denominado constitucionalismo social, se ha repetido hasta el hartazgo que las normas que establecen derechos sociales son sólo normas programáticas, que no otorgan derechos subjetivos en el sentido tradicional del término, o que no resultan justiciables. De este modo, se traza una distinción entre el valor normativo de los denominados derechos civiles —o derechos de autonomía, o derechos-libertades—, que si se consideran derechos plenos, y los derechos sociales, a los que se asigna un mero valor simbólico o político, pero poca virtualidad jurídica.

Sin embargo, la cuestión dista de ser tan sencilla[10]».

Efectivamente, la cuestión no es ni de lejos tan sencilla. Como señala la Organización de Naciones Unidas:

«Años atrás se solía considerar que los derechos económicos, sociales y culturales eran totalmente diferentes de los derechos civiles y políticos (...). Sin embargo, esa rígida separación se ha abandonado y se ha producido un restablecimiento de la arquitectura original de la Declaración Universal. En los últimos decenios, los tratados de derechos humanos, como la Convención sobre los Derechos del Niño o la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, han integrado todos los derechos (...).

Por último, en realidad todos los derechos humanos están relacionados entre sí...»[11].

La concepción antigua de los derechos sociales en España está afortunadamente cambiando desde hace algún tiempo, puesto que cada vez

---

[10] ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. «Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los Derechos Sociales», en SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado.* Rio Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003. p. 136.

[11] ONU, *Preguntas frecuentes sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Folleto Informativo núm. 33.

más numerosos autores destacan como la estructura de los derechos sociales es la de auténticos derechos subjetivos públicos, que, como mínimo, articulan la pretensión (defendible judicialmente de forma inmediata) de ser *respetados*, *protegidos* y *satisfechos* con la máxima diligencia posible por los poderes públicos y, como veremos enseguida, deben ser dotados económicamente al máximo de lo posible, cuando precisen gasto público (puesto que habrá ocasiones en que con una simple regulación podrán hacerse efectivos, ej. reservas de suelo para vivienda protegida en relación con el art. 47 CE) y su regresividad debe ser adecuadamente motivada y está limitada en lo que respecta a su núcleo mínimo.

Todas estas son *obligaciones de medios* impuestas por tratados internacionales que vinculan a España de acuerdo con la propia Constitución[12], como comprobaremos enseguida, con independencia, además, de que el regulador español establezca *precisas obligaciones de resultado*, que, éstas sí, sólo serán exigibles (en su caso judicialmente) de acuerdo con lo que la normativa indique. Sobre ello volveremos más tarde en relación con el derecho a la vivienda.

---

[12] «Artículo 96.

1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional».

El razonamiento aquí sucintamente expuesto explica, como señalamos, el cambio doctrinal en marcha desde hace ya años, que lleva, por ejemplo, a que en la obra de un clásico del derecho privado como CASTÁN se indique que los derechos sociales son derechos humanos y derechos públicos subjetivos[13].

En todo caso, no se puede olvidar los aspectos ideológicos imbricados con la cuestión de la vivienda y la falta actual de consenso sobre un modelo de gestión pública que conduzca a la necesaria vivienda asequible en España. En este sentido, SANTI ROMANO aludía a los mitos jurídicos, también recordados por el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA en obras suyas respecto al Derecho administrativo[14]: pesar de la jurisprudencia internacional e in-

---

[13] *Los derechos del hombre*, aparecida en el año de su muerte, 1969, y que luego ha sido actualizada en ediciones sucesivas, se maneja la cuarta de 1992, véase pp. 27 y ss.

[14] Santi Romano, *Fragmentos de un diccionario jurídico*, Ediciones jurídicas Europa — América, Buenos Aires, 1964 pp. 225 y ss., voz «Mitología jurídica», GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 1974, p. 21, señala que «es posible sorprender enquistadas en las relaciones actuales pervivencias históricas como restos singulares de concepciones que en su generalidad fueron arrumbadas definitivamente. Estos residuos, que operan ya por sí mismos sin conciencia final de la función que cumplen, verdaderos mitos jurídicos en el sentido de ROMANO, S., son por cierto extensos en el Derecho Administrativo actual, y su influencia, siempre dudosa, por su autonomía mítica, no es nada desdeñable».

terna, de las diversas leyes aprobadas por los parlamentos, de la existencia de informes y estudios doctrinales que, especialmente en la última década, han destacado la importancia de la vivienda como necesidad básica humana y de su consagración como derecho en el ordenamiento jurídico español (como vamos a ver a lo largo de este trabajo), hay que subrayar que la relación entre vivienda y mercado y la consideración jurídica de la primera sigue arrastrando tópicos y referencias jurídicos ya superados.

Desde luego, la inercia puede ser, en parte, la explicación de esta situación, aunque no debe descartarse la existencia de una ideología liberal, resistente aún ante la cláusula de Estado social y democrático de derecho de la CE (art. 1), que conecta bien con poderosos intereses económicos existentes. Presentadas como opiniones jurídicas objetivas, técnicas y neutrales, amparadas en el positivismo, es posible encontrar argumentos que nada tienen de formalistas ni de técnicos y sí bastante de ideológicos[15].

Para evitar sesgos implícitos, nos parece conveniente señalar de entrada que el presente tra-

[15] En ese sentido, CANO BUESO, J. «El derecho constitucional a una vivienda digna», *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, núm. 291, julio-agosto de 2014, pp. 170 y 171.

bajo se inscribe, de forma explícita, en el compromiso por los derechos humanos de los más débiles y en la compasión por el sufrimiento generado por su conculcación. Esto no es *buenismo* ingenuo, ni su opuesto, maldad *indecente*[16], sino que, como señala el profesor ATIENZA, en sus reflexiones sobre una lectura moral de la crisis, «... la indignación y la compasión, que resulta urgente tomarse en serio» no son una expresión de «sentimentalismo moral», sino «ingredientes fundamentales para que puede existir una moral pública y lo que podríamos llamar valores de la solidaridad», ya que (p. 109):

«La recuperación de la moral pública (cuya pérdida ha llevado a la situación actual de crisis) precisa del restablecimiento de sentimientos como la compasión y la indignación que, en cierto modo, hacen posible el discurso moral y los juicios de adscripción de responsabilidad. Pero todo ello presupone, al mismo tiempo, una sociedad de iguales o, al menos, en la que se hayan eliminado las desigualdades extremas. Y, lamentablemente, no parece que sea es el camino que estamos tomando[17]».

---

[16] Sobre el concepto de sociedad decente, véase MARGALIT, Avishai (1997): *La sociedad decente, Paidós*, Barcelona, esto es sociedades donde las instituciones públicas y privadas no humillen, por activa o por pasiva, a las personas.

[17] ATIENZA, M., *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*, editorial Pasos Perdidos, 2013.

b) La situación actual en el contexto internacional

El que los relativamente modernos desarrollos en materia de derechos sociales aún no hayan alterado el *mainstream* doctrinal español también ha influido en cómo el legislador español y autonómico trata a los derechos sociales, esquivando siempre que puede la inclusión de obligaciones claras de resultado que le vinculen jurídica y económicamente, lo que sólo se da en contadas ocasiones[18], relegando con frecuencia el estándar de prestaciones asociadas a los

[18] Como lo eran las obligaciones de solidaridad urbana en la Ley catalana del derecho a la vivienda de 2007, hasta su modificación en 2011 o la obligación de la Ley 1/2011, de 10 de febrero, de Garantías en el Acceso a la Vivienda en Castilla-La Mancha, vigente sólo hasta el 1 de marzo de 2012, de adjudicar una vivienda protegida en 1 año o abonar el coste de su alquiler en el sector privado, técnica empleada desde hace mucho tiempo en el sector sanitario. Otro ejemplo es la técnica de las reservas de suelo para vivienda protegida, en vinculación con el artículo 47 CE, previstas ahora a nivel estatal en el artículo 20 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana:

«Artículo 20. Criterios básicos de utilización del suelo.

1. Para hacer efectivos los principios y los derechos y deberes enunciados en el título preliminar y en el título I, respectivamente, las Administraciones Públicas, y en particular las competentes en materia de ordenación territorial y urbanística, deberán:

b) Destinar suelo adecuado y suficiente para usos productivos y para uso residencial, con reserva en todo caso de una parte proporcionada a vivienda sujeta a un régimen de protección pública que, al menos, permita establecer su precio máximo en venta, alquiler u otras formas de acceso

derechos sociales a normas de rango meramente reglamentario. En ese sentido, y aunque no podamos extendernos ahora sobre el particular, nos parece imprescindible una mejora regulatoria en el ámbito del alojamiento que contribuya a reforzar el derecho a la vivienda[19].

---

a la vivienda, como el derecho de superficie o la concesión administrativa.

Esta reserva será determinada por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística o, de conformidad con ella, por los instrumentos de ordenación, garantizará una distribución de su localización respetuosa con el principio de cohesión social y comprenderá, como mínimo, los terrenos necesarios para realizar el 30 por ciento de la edificabilidad residencial prevista por la ordenación urbanística en el suelo rural que vaya a ser incluido en actuaciones de nueva urbanización y el 10 por ciento en el suelo urbanizado que deba someterse a actuaciones de reforma o renovación de la urbanización.

No obstante, dicha legislación podrá también fijar o permitir excepcionalmente una reserva inferior o eximirlas para determinados Municipios o actuaciones, siempre que, cuando se trate de actuaciones de nueva urbanización, se garantice en el instrumento de ordenación el cumplimiento íntegro de la reserva dentro de su ámbito territorial de aplicación y una distribución de su localización respetuosa con el principio de cohesión social».

[19] Sobre el movimiento de la *better o smart regulation*, ahora impulsado decididamente por las leyes 39 y 40 de 2015, véanse, por ejemplo: véase, OECD (2005): *Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance;* «*Better regulation for Growth and Jobs in the European Union*» *COM(2005)97* of 16 March 2005; Página web de la Unión Europea sobre *better regulation*: http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/index_es.htm; BALSA, Carmen (2006): *La «Better Regulation», Papeles de Evaluación*, número 1, MAP; BALDWIN, Robert (2005): «Is Better Regulation Smarter Regulation», *Public Law,* otoño, pp. 485-51;.WEATHERILL, S. (Ed.) (2007): *Better Regulation*, Hart Publishing, PINILLA PALLEJÀ, R. (2008), «¿Qué es y

Porque es posible y deseable jurídicamente en un Estado social y democrático de derecho *otra manera de entender los derechos sociales*, en línea con lo que ya se está haciendo a nivel doctrinal, legislativo y jurisprudencial en la esfera internacional.

En relación con los derechos sociales, por ejemplo, el artículo 11 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (en adelante PIDESC), ratificado por España el 13 de abril de 1977, incluye en sus artículos 2 y 11 una referencia que condiciona la interpretación de los derechos sociales reconocidos en nuestra Constitución y en nuestros estatutos de autonomía.

El artículo 11 del PIDESC señala que:

«Artículo 11

1. Los Estados Partes del presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un

---

para qué sirve la evaluación de impacto normativo», *Papeles de evaluación*, núm. 8, PONCE SOLÉ, Juli (2003): «La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los gobiernos y las administraciones», *Revista de Administración Pública*, 162, pp. 89 a 144, PRATS CATALÀ, Joan (2005): «Construyendo la gobernanza del sistema regulador», epígrafe contenido en su libro *De la burocracia al* management. *Del* management *a la gobernanza*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, pp. 171 a 180, FERNÁNDEZ ROJAS, G., «Francia, Seguridad Jurídica y Nueva Política Codificadora», *International Law*, 2004, pp. 147 y ss. http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=82400405

nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una *mejora continua de las condicionas de existencia*. Los Estados Partes *tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho*, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento».

Esas medidas necesarias, de acuerdo con lo señalado por la doctrina, el Comité de derechos económicos, sociales y culturales, organismo encargado de supervisar el cumplimiento de este pacto 20, y las jurisprudencias nacionales que han interpretado los derechos constitucionales propios a la luz de este artículo 11, suponen la existencia de unas obligaciones jurídicas de medios de «tipología tripartita» de respetar (no violar ni dificultar su ejercicio), proteger (que requiere de los Estados tomar medidas para prevenir que terceras partes, por ejemplo privados, interfieran con los derechos) y satisfacer (que obliga a los poderes públicos a hacer lo necesario para superar los obstáculos que impiden el goce completo del derecho en cuestión).

---

[20] Como es sabido, éste órgano está formado por 18 expertos independientes con reconocido prestigio y competencia en el campo de los derechos humanos, que controlan el cumplimiento del PIDSC y emiten observaciones sobre la base de los informes de los Estados parte del pacto.

Por su parte, el artículo 2 precisa el estándar de estas obligaciones jurídicas de medios, al establecer que:

«Artículo 2

1. Cada uno de los Estados Partes del presente pacto se *compromete a adoptar medidas*, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, *hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la llena efectividad de los derechos aquí reconocidos».*

El Comité de derechos económicos, sociales y culturales ha destacado en su Observación General número 3 de 1990 que:

«Además, todas las medidas de carácter deliberadamente regresivo en este aspecto *requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente* por referencia a la totalidad de los derechos previstos en los Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga».

En otras palabras, de conformidad con el Derecho internacional, que vincula la interpretación de nuestra CE y a nuestros legisladores, los derechos sociales han de ser objeto de pro-

moción continua, de acuerdo con las posibilidades existentes y las lícitas opciones políticas distintas existentes en cada sociedad democrática. Tanto es así, que la medida opuesta a tal promoción, la regresión, ha de ser considerada cuidadosamente y, en caso de adoptarse, ser justificada plenamente, teniendo en cuenta la mencionada interconexión entre derechos (por ejemplo, educación en relación con la igualdad o alojamiento en relación con integridad física y psicológica, por ejemplo) y de acuerdo con el aprovechamiento pleno de recursos disponibles.

Caso de no hacerse así, las decisiones que se adopten por un Estado parte en el PIDESC vulnerarían el Tratado internacional y serían susceptibles del correspondiente control por parte del Comité que lo protege, como veremos luego, con independencia de que, además, en el caso español, se alegue una vulneración de la obligación del artículo 10.1 CE, así como de la obligación de dar «razón suficiente» de la pérdida de las conquistas sociales, de acuerdo con la STC 81/1982 y los límites existentes en nuestra CE (por ejemplo, seguridad jurídica, no discriminación, proporcionalidad o interdicción de la arbitrariedad), a los que en otro lugar nos hemos referido[21].

---

[21] PONCE SOLÉ, J., *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los Recortes y la sostenibilidad social*, Instituto Nacional de Administración Publica. Madrid, 2013.

Lo mismo ocurre en el caso de la Carta Social Europea, cuyo artículo 31 señala:

«Para garantizar el efectivo ejercicio del derecho a la vivienda, las partes se comprometen a adoptar medidas destinadas:

1. a favorecer el acceso a la vivienda de un nivel suficiente;

2. a prevenir y paliar la situación de carencia de hogar con vistas a eliminar progresivamente dicha situación;

3. a hacer asequible el precio de las viviendas a las personas que no dispongan de recursos suficientes».

También sucede algo equivalente en el caso del TEDH, como veremos, y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, artículo 34:

«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 de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales».

i. El núcleo mínimo inviolable de los derechos sociales, incluyendo el derecho a la vivienda

Asimismo, la doctrina, legislación y jurisprudencia internacional han avanzado en la definición y protección de un núcleo mínimo inviolable de los derechos sociales, entre los que se cuenta el de vivienda, que queda fuera de la libre disposición del legislador y del juego mayorías-minorías propio de una democracia.

El Comité mencionado (Observación General número 3, párrafo 10) ha subrayado que los derechos contenidos en el PIDESC tienen un mínimo núcleo de obligaciones que obliga a los Estados miembros a satisfacer unos niveles esenciales de cada derecho, salvo que demuestre que todos los esfuerzos han sido hechos para usar todos los recursos disponibles en un esfuerzo para satisfacer, como asunto prioritario, esas obligaciones mínimas[22].

Si acudimos al análisis de los Derechos de nuestro entorno, descubriremos que países

---

[22] La doctrina está trabajando para resolver dudas que aún permanecen respecto a ese núcleo mínimo. ¿Cuál debería ser ese núcleo mínimo? La obligación de respetarlo, ¿es una obligación de medios o de resultado? ¿es una obligación independiente de cada Estado, esto es universal, o hay que tomar en cuenta las circunstancias nacionales y temporales? Sobre esta obligación y el PIDESC puede consultarse, QUB Budget Analysis Project *Budgeting for Economic and Social Rights: A Human Rights Framework (2010)* QUB School of Law Belfast.

como Alemania[23], Italia[24], Portugal, Perú, Argentina[25] o Canadá[26], por ejemplo, tienen una jurisprudencia procedente de sus tribunales (constitucionales, en su caso) que establecen

---

[23] Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de diciembre de 2012: el tribunal constitucional federal alemán ha declarado que la remuneración recibida por los profesores universitarios pagada de acuerdo con la escala de salario W 2 en Hesse infringe el principio de manutención (*Alimentationsprinzip*), es decir, el principio que establece la obligación estatal de cuidar del bienestar de los funcionarios, del artículo 33.5 de la Constitución Alemana (*Grundgesetz*), y es, por tanto, inconstitucional. Sentencia del Tribunal Constitucional alemán, de 9 de febrero de 2012, que ha conocido de la legislación federal que establecía el importe de una especie de renta mínima de subsistencia para las personas que se encuentran en situación de desempleo o quienes no estándolo no ganan lo suficiente de acuerdo a baremos legalmente establecidos. Al controlar la fijación legislativa de esta renta, el Tribunal Constitucional alemán, en una sentencia muy discutida y comentada en Alemania (BITTNER, 2011, EGIDY, 2011), ha establecido que existe un derecho fundamental, que no había sido declarado hasta la fecha en su jurisprudencia anterior, conectado con la dignidad humana (art. 1 de la Constitución alemana) y el principio de estado social (art. 20.1 de la Constitución) a percibir dicha renta en importes adecuados a tal subsistencia digna.

[24] Por su parte, el Tribunal Constitucional italiano afirma, en referencia al derecho al tratamiento sanitario de la Constitución italiana, que los criterios de eficiencia y economía que pueda tomar en consideración el legislador están limitados por el núcleo esencial del derecho a la salud vinculado a la dignidad de la persona humana, Sentencia núm. 304 de 1994.

[25] Sentencia de la Corte Suprema de 24 de abril de 2012, referida al derecho a la vivienda.

[26] Sentencia Eldridge v. British Comumbia (Attorney General) [1997] 3 S.c.R. 624, referida a la igualdad, el derecho a la salud y los servicios sanitarios.

unos límites constitucionales generales a la regresividad en materia de derechos sociales y al cambio de modelo social sin modificación de la Constitución.

Destaca en este sentido el caso argentino, donde es interesante la Sentencia de la Corte Suprema de 24 de abril de 2012[27]. El asunto judicial se inició cuando S.Y.Q.C por derecho propio y en representación de su hijo menor de edad J.H.Q.C. (quien sufría una discapacidad producida por encefalopatía crónica no evolutiva) dirigió acciones judiciales contra la ciudad autónoma de Buenos Aires solicitando la cesación de la ilegalidad de denegarle la inclusión en los programas vigentes en materia de vivienda y de no proporcionarle alternativa para dejar de ser una persona sin hogar (salir de la «situación de calle») junto a su hijo. Tal ilegalidad violaba, según ella, sus derechos fundamentales a la salud, la dignidad y la vivienda, reconocidos no solo en la constitución local sino también en la Constitución nacional y diversos tratados internacionales. Encuadra el problema bajo el marco normativo existente tanto federal como local, a partir del considerando 8.

---

[27] Etchichury, Horacio Javier (2013). Un techo razonable: el derecho a la vivienda en un fallo de la corte suprema argentina. Estudios constitucionales, 11(2), 737-768. Recuperado en 11 de mayo de 2016, de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002013000200020&lng=es&tlng=es

Así, considera diversos preceptos de la Constitución nacional (entre ellos, pero no únicamente el artículo 14 bis tercer párrafo que prevé que la ley establecerá «el acceso a una vivienda digna»), de tratados internacionales (DUDH, PIDESC, Declaración americana de los derechos y deberes del hombre, Convención sobre los derechos del Niño, Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad) así como de la Constitución local de la ciudad autónoma de Buenos Aires —que obliga a resolver progresivamente el déficit habitacional (...) dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales, artículo 31.

Pasa luego a analizar qué medidas normativas ha adoptado la ciudad autónoma de Buenos Aires para hacer efectivo el derecho a una vivienda digna.

En el considerando 10 afirma que los derechos y deberes analizados no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad; que constituyen obligaciones de hacer a cargo del Estado que requieren de una ley del Congreso o de una decisión del Poder ejecutivo para su implementación, no teniendo una operatividad directa en el sentido de que todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por vía

judicial; en tercer lugar, estos derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad limitada «están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder judicial». Con cita de Rawls y su Teoría de la Justicia, la Corte concluye que:

«hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos. Para que ello sea posible, debe acreditarse una afectación de la garantía, es decir, una amenaza grave para la existencia misma de la persona. Estos requisitos se dan en el caso, ya que es difícil imaginar un estado más desesperante: hay un niño discapacitado, con una madre en situación de calle.

La razonabilidad significa entonces que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad.

Esta interpretación permite hacer compatible la división de poderes, la discrecionalidad del Poder ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando estos piden el auxilio de los jueces»[28].

---

[28] En este punto, la Corte enlaza con las posturas doctrinales que insisten en la efectividad jurídica de todos los derechos constitucionales, pues ninguna de ellas es una mera

Aplicada esta doctrina al supuesto concreto, se constata que en los programas de vivienda definitiva no hay uno específico para personas sin hogar, que son alojadas en instalaciones colectivas (paradores, hogares o refugios) que carecen de habitaciones o baños privados y alojan a más de una familia o en su defecto reciben subsidios insuficientes y temporales.

Ninguna de las dos soluciones se adapta a la situación de los demandantes y por tanto el esfuerzo público para garantizar sus derechos económicos, sociales y culturales «no es suficiente o adecuado» ya que ni siquiera atiende a las mínimas necesidades que la situación de la familia requiere. Pese a habérsele ofrecido asistencia económica incluyendo una suma de 1700 dólares para el pago de una habitación de hotel, esta acción no resuelve la problemática del caso, pues no permiten a la demandante acceder a un trabajo ni a su hijo tener una vivienda apta para su discapacidad.

---

declaración programática, en la característica de las obligaciones derivadas del derecho a la vivienda constitucional como obligaciones jurídicas de medios, no de resultado (que será la solución del problema de alojamiento como consecuencia del comportamiento legislativo y ejecutivo diligente como respuesta al derecho existente) y en la existencia de un núcleo del derecho resistente a la discrecionalidad política, cuya afectación conduce a la inconstitucionalidad de las medidas que lo dañen, al amenazar gravemente la vida de la persona o que una persona sea considerada como tal, esto es, en otras palabras, en nuestra opinión, su dignidad.

Por ello, la Corte impone al Gobierno de la ciudad autónoma de Buenos Aires el desarrollo de prestaciones de asistencia social y salud integral para cuidar al niño y orientar a la demandante en la búsqueda de un empleo fuera del marco de la asistencia social, así como la garantía, aunque sea en forma no definitiva, de un alojamiento con condiciones adecuadas a la patología del niño, sin perjuicio de contemplar su inclusión en algún programa de vivienda en curso o futuro para la solución permanente de la situación de excepcional necesidad planteada[29].

En todas estas decisiones, parece abrirse paso la idea de un *mínimo vital* resistente, en la línea del PIDESC, idea de la que pueden empezar a encontrarse rastros en nuestra pro-

---

[29] La doctrina y conclusión de la sentencia argentina nos recuerda el pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Marzari contra Italia de 1999, en referencia al Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, en el que se señaló que:

«aunque el artículo 8 no garantiza el derecho a tener el problema de la vivienda de cada uno solucionado por las autoridades, un rechazo de las autoridades a proveer asistencia a este respecto a un individuo sufriendo una enfermedad severa podría en ciertas circunstancias hacer surgir un supuesto bajo el artículo 8 de la Convención debido al impacto de tal rechazo en la intimidad de la persona..., esta previsión no obliga meramente al Estado a abstenerse de tal interferencia: además de esta tarea negativa puede haber obligaciones positivas inherentes para el efectivo respeto de la intimidad. Un Estado tiene obligaciones de este tipo cuando hay una vinculación directa e inmediata entre las medidas buscadas por el demandante y su intimidad».

pia jurisprudencia[30]. Éste ámbito es un mínimo esencial, un reducto protegido de las afectaciones de los poderes públicos, entendido como el derecho a gozar de unas prestaciones e ingresos mínimos que aseguren a toda persona su subsistencia y un nivel de vida digno así como las necesidades básicas. Éste mínimo vital no alude únicamente al pago de unos ingresos mínimos (como la denominada en las legislaciones autonómicas de asistencia social Renta Mínima de Inserción Renta o la propuesta efectuada de crear en el futuro una Renta Básica Universal[31]. El mínimo vital, ese contenido esencial de los derechos sociales, implica la prestación de servicios públicos precisos para satisfacer necesidades básicas.

En el ámbito americano, es de gran relevancia la poco conocida entre nosotros jurisprudencia del Tribunal Constitucional colombiano, el cual introdujo en 1992 (sentencia T-426/1992) el derecho a un mínimo vital al señalar que «Toda persona tiene derecho a un mínimo de

---

[30] En la jurisdicción contenciosa, véase la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 12 de abril de 2013, comentada en PONCE SOLÉ, J., «Las líneas rojas a los recortes y la sostenibilidad social. ¿Derechos vs. Eficiencia y Economía?», en NOGUEIRA, A., GONZÁLEZ, M.L. DÍAZ OTERO, I., (Eds.). *Crisis, derechos sociales e igualdad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 315 y ss. Téngase en cuenta también el voto particular de la STC 49/2015, repetidamente citada.

[31] Véase http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/view/9

condiciones para su seguridad material. El derecho a un mínimo vital —derecho a la subsistencia como lo denomina el peticionario— es consecuencia directa de los principios de dignidad humana y de Estado Social de Derecho que definen la organización política, social y económica justa acogida como meta por el pueblo de Colombia en su Constitución».

En aplicación de esta constante doctrina jurisprudencial, el Tribunal Constitucional colombiano ha resuelto en favor del demandante «casos de mora en el pago y en el reconocimiento de prestaciones de la seguridad social; la mora en el pago de salarios; el despido de mujer embarazada; la falta de prestación de servicios de salud al trabajador por negligencia de su empleador al no pagar seguro o por negligencia de la entidad prestadora de servicio y la exclusión de medicamentos y tratamientos del Plan obligatorio de salud cuando la Corte considera que esta exclusión amenaza el derecho a la vida o a la integridad física. Entre éstos últimos supuestos encontramos sentencias como son el tratamiento del sida, Corte Constitucional, Sentencia T-328 de 1998, del cáncer T-283 de 1998, con parálisis cerebral T-286 de 1998 que necesitan equipos ortopédicos T-597 de 1993, o intervenciones quirúrgicas T-571 de 1998[32].

---

[32] Como señala LEMAITRE: http://www.escr-net.org/sites/default/files/Julieta_Lemaitre_- _Minimo_vital_ESP.pdf

Además, en relación al derecho a la vivienda contemplado en el artículo 51 de la Constitución colombiana, el TC ha señalado a partir de la Sentencia T-958 de 2001, que en el precepto considerado ha de distinguirse entre: a) el derecho a la vivienda como un derecho subjetivo que entra en el catálogo de los «derechos de innegable carácter fundamental», afirmándose que «todo colombiano tiene derecho a que el Estado respete el ejercicio de su derecho y que le proteja contra todo aquel que pretenda desconocerlo»; y b) el conjunto de condiciones encaminado a hacer realidad el derecho, mediante planes, sistema de financiación y otras medidas, que son «aspectos de desarrollo progresivo del derecho».

Asimismo, el Tribunal Constitucional peruano ha desarrollado también su propia doctrina sobre el mínimo vital, como en la sentencia exp. 2016-2004-AA/TC[33].

---

[33] En la misma se conoció de la demanda de un paciente en relación a la provisión de medicamentos necesarios para el tratamiento del SIDA. El Tribunal Constitucional peruano estima la demanda, obligando a la Administración a proveer el tratamiento necesario, señalando algo que puede ser de interés también en nuestro contexto:

«34. Al respecto, este Tribunal considera que aun cuando el presupuesto de la República se sustenta en el principio de legalidad, y que es inadmisible la ejecución de gastos no aprobados en la Ley de Presupuesto Anual, ello no resulta un alegato con fuerza suficiente frente a la amenaza o vulneración de derechos, pues es el caso que, sin involucrar mayores recursos de los ya presupuestados, los mismos puedan

Finalmente, volviendo al ámbito europeo, en diversas decisiones del TC portugués se alude a la existencia de un núcleo mínimo de los derechos sociales constitucionales que el legislador no puede afectar, vinculado a la dignidad de la persona[34]. El derecho a un mínimo existencial había sido construido por el Tribunal Constitucional en previas decisiones en conexión con la dignidad de la persona, como es el caso notable de la sentencia 509/2002 que contiene casi un

---

destinarse priorizando la atención de situaciones concretas de mayor gravedad o emergencia, como en el caso de autos.

Por consiguiente, consideramos que la recaudación presupuestal no puede ser entendida literalmente como un objetivo en sí mismo, ya que se olvidaría su condición de medio para conseguir el logro de objetivos estatales, cuyos fines son lograr una máxima atención en la protección de los derechos de los ciudadanos.

35. La realidad política de los últimos años ha revelado cómo la corrupción en el uso de los recursos públicos afectó la atención de derechos como la educación, salud y vivienda. Por ello, el principio de progresividad en el gasto a que hace alusión la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución, no puede ser entendido con carácter indeterminado y, de este modo, servir de alegato frecuente ante la inacción del Estado, pues para este Colegiado la progresividad del gasto no está exenta de observar el establecimiento de plazos razonables, ni de acciones concretas y constantes del Estado para la implementación de políticas públicas».

[34] Un análisis de la jurisprudencia del TC portugués ante la crisis y los recortes sociales realizados por el legislador en PONCE SOLÉ, J., «El Estado social y democrático de derecho ante la austeridad y los recortes sociales: la jurisprudencia del tribunal constitucional portugués y su interés para el caso español», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 12, núm. 23, enero-junio de 2015.

tratado, con cita de abundante doctrina europea, sobre esta cuestión[35].

Sin embargo, aunque este razonamiento se encuentra en diversas de las sentencias aludidas, supone en realidad un *obiter dicta* que no conduce, en ninguno de los casos, por sí solo, a la declaración de inconstitucionalidad de las medidas adoptadas[36].

Un ejemplo al respecto lo encontramos en la decisión 187/2013. En la misma se señala que:

«O Tribunal Constitucional, como já foi referido a seu tempo a propósito da norma do artigo 29º, n.º 2, sem pôr em causa a liberdade de conformação do legislador na definição do conteúdo dos direitos sociais a prestações, a quem são dirigidas, em primeira linha, as diretrizes constitucionais, tem vindo a reconhecer, ainda que indiretamente, a garantia do direito a uma sobrevivência minimamente condigna ou a um mínimo de sobrevivência, seja a propósito

---

[35] Consultable en: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120509.html

[36] Como destaca NOGUEIRA DE BRITO, M., «Putting social rights in brackets? the portuguese experience with welfare challenges in times of crisis», en Claire Kilpatrick and Bruno De Witte (Ed.), *Social Rights in Times of Crisis in the Eurozone: The Role of Fundamental Rights' Challenges*, Working Papers, European University Institute, Department of Law, 2014, consultable en: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/31247/LAW%20WP%202014%2005%20Social%20Rights%20final%202242014.pdf

da atualização das pensões por acidentes de trabalho (acórdão n.º 232/91), seja a propósito da impenhorabilidade de certas prestações sociais (acórdãos n.º 62/02, 349/91, 411/93, 318/99, 177/02), fundando um tal direito na conjugação do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à segurança social em situações de carência, e estabelecendo como padrão o salário mínimo nacional ou o salário mínimo garantido. O direito às condições mínimas de existência condigna foi evidenciado, por outro lado, mais recentemente, através do acórdão n.º 509/02, não apenas na sua dimensão negativa, mas como um direito a prestações positivas do Estado, num caso em que se pronunciou pela inconstitucionalidade de um diploma que limitava o âmbito subjetivo dos beneficiários de uma determinada prestação, dela excluindo os jovens entre os 18 e os 25 anos sem encargos familiares».

Dicho esto, el TC no anula en este caso por violación de dicho mínimo, sino, como dijimos, por vulneración del principio de igualdad proporcional y por falta de justificación del legislador de las medidas adoptadas[37].

---

[37] Un comentario a esta sentencia en: GUILLEM CARRAU, J., «El constitucional Portugués ante las medidas de ajuste: la sentencia de 5 de abril de 2013», *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 5, junio de 2013, pp. 70 y ss, consultable en: http://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=106235

En todo caso, como señala Lopes, si bien el TC acepta la reversibilidad de los derechos sociales y la libertad conformativa del legislador, a la vez limita esta libertad, que no puede ser omnímoda en un Estado social y democrático de Derecho[38]. La decisión 187/2013 lo expresa en estos términos concisos:

«Embora não possa pôr-se em dúvida a reversibilidade dos direitos concretos e das expectativas subjetivamente alicerçadas, não pode deixar de reconhecer-se que haverá sempre de ressalvar, ainda que em situação de emergência económica, o núcleo essencial da existência mínima já efetivado pela legislação geral que regula o direito às prestações nas eventualidades de doença ou desemprego, pelo que poderá estar, também, aqui em causa o parâmetro constitucional da existência condigna».

ii. La nueva generación de leyes europeas estableciendo obligaciones de resultado

Este panorama normativo internacional no puede prescindir de la nueva generación de

---

[38] LOPES, M.B., «The role of the Constitutional court of Portugal in the present economic crisis situation», informe presentado en la conferencia sobre «The role of consitutional courts in economics crisis», celebrada en 2014 en Georgia por impulso de la *European Commission for democracy trhourgh law (Venice Commission)* en cooperación con el tribunal constitucional de dicho país. Consultable en: http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-JU(2014)012-e

leyes de Estados europeos que consagran una obligación de resultado asociada al derecho a la vivienda.

Son conocidos los casos de Inglaterra, Escocia y Francia. Sin ánimo ahora de explicar en detalle las diferentes leyes que consagran obligaciones de resultado en estos países, en todos los casos la regulación implica la existencia de una obligación administrativa de proveer de vivienda a personas que carecen de alojamiento, esto es personas sin hogar, en la acepción, amplia, de la terminología abarca más casos que el de no tener techo, de acuerdo con la terminología ETHOS[39].

Por su novedad, cercanía y pertenencia a la familia del Derecho Civil, destaca el caso francés, cuya nueva legislación ha permitido que miles de personas accedan a una vivienda (2553 sólo en 2013 en París[40]). La Ley francesa de 5 de marzo de 2007 sobre el derecho a la vivienda oponible (*droit au logement opposable*, DALO)[41], establece nuevas vías de recurso,

---

[39] Véase, por ejemplo, BALL, J., «El derecho a la vivienda y los derechos de vivienda: Adopción y eficacia en Inglaterra y Francia «, en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente* 2015, 297 bis, pp. 89-122, disponible en: http://eprint.ncl.ac.uk/file_store/production/214341/8628BDA8-BBCD-448A-B958-8685E852BA5C.pdf

[40] Diario *Le Monde*, 8 de marzo de 2015.

[41] Un análisis de la misma puede hallarse en BROUANT, J.P. (2008): «Un droit au logement… variablement opposable», AJDA, 17 de marzo de 2008, pp. 506 y ss.

que ya han sido utilizadas, dando lugar en 2008 a la primera decisión judicial en aplicación de esta ley[42], a la que han seguido otras.

Una de ellas ha dado lugar a la STEDH de 9 de abril de 2015, asunto Tchokontio Happi contra Francia. En la misma se conoció del recurso interpuesto por la señora Tchokontio Happi, de origen camerunés, que vivía con su hija en un alojamiento con deficientes condiciones sanitarias y planteó y ganó un recurso en un órgano judicial francés obligando al Prefecto a garantizar su realojamiento bajo la ley DALO. Transcurridos dos años tras la sentencia judicial condenando a la administración francesa, el realojo no se había producido.

La recurrente alegó ante el TEDH una vulneración del CEDH por incumplimento de las obligaciones de las autoridades francesas. El Estado francés, entre otras consideraciones, alegó que carecía de vivienda disponible para alojar a la recurrente. El TEDH señaló que tal hecho:

---

[42] Se trata de la decisión del Tribunal Administrativo de París de 20 de mayo de 2008 en relación con el caso de la señora Namizata Fofana, de 26 años, que vive en un centro de acogida de París con dos hijos, de tres y ocho años, y que había solicitado una vivienda social desde marzo de 2005, sin resultado. Ante la perspectiva de tener que abandonar en junio de 2008 el centro, se presentó la demanda judicial que ha dado lugar a tal decisión, que considera su caso urgente y ordena la revisión administrativa de su situación.

«no se funda sobre ninguna justificación valiosa en el sentido de la jurisprudencia. El Tribunal recuerda, que en los términos de su jurisprudencia constante, una autoridad estatal no puede pretextar la falta de fondos o de otros recursos para no cumplir, por ejemplo, una deuda fundada sobre una decisión de justicia»[43].

El TEDH concluye con la declaración de la violación del artículo 6 del CEDH por el incumplimiento del Estado francés de proveer de vivienda a la recurrente incumpliendo la sentencia que debería haber ejecutado[44].

---

[43] Traducción propia del texto original francés. El texto traducido proviene del párrafo 50 de la sentencia, que reproducimos aquí íntegro ahora y en francés:

«50. En la cause, la Cour relève que la carence des autorités, qui s'explique, selon le Gouvernement, par la pénurie de logements disponibles, ne se fonde sur aucune justification valable au sens de sa jurisprudence. Elle rappelle, en effet, qu'aux termes de sa jurisprudence constante, une autorité de l'État ne peut prétexter du manque de fonds ou d'autres ressources pour ne pas honorer, par exemple, une dette fondée sur une décision de justice (Bourdov c. Russie (no 2), no 33509/04, § 70, CEDH 2009; Société de gestion du port de Campoloro et Société fermière de Campoloro c. France, no 57516/00, § 62, 26 septembre 2006)».

[44] Un análisis de esta STEDH en BERNARD, N., «Is the DALO — France's enforceable right to housing — really enforceable? Commentary on the European Court of Human Rights' judgment on the Tchokontio Happi case», publicado en *Housing Rights Watch* (http://www.housingrightswatch.org).

iii. Las decisiones internacionales interpretando los tratados vinculantes para España. Las condenas de España en el ámbito de la Organización de Naciones Unidas y en el TJUE

Obviamente, los Tratados firmados por España deben ser respetados por las autoridades españolas, pues pasan a ser Derecho interno (arts. 93 y ss. CE). Por otro lado, como es sabido, los derechos constitucionales, también los sociales, deben ser interpretados siguiendo las indicaciones del artículo 10.1 CE. La referencia del artículo 10.1 CE lo es a todos los tratados internacionales válidamente suscritos por España, no sólo el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y al TEDH, aunque éste sea, de largo, el de consideración más extendida.

Es muy excepcional encontrar referencias a la exigibilidad del derecho a la vivienda en otras instancias, como, por ejemplo al ya mencionado Comité de derechos sociales, guardián del PIDESC, al Comité Europeo de Derechos Sociales, que interpreta la Carta Europea de Derechos sociales o al TJUE.

a) En este sentido, por ejemplo, las observaciones del Comité ante el quinto Informe español relativo al PIDESC, de primavera de 2012, incluyen la recomendación del Comité para que el Estado:

«...garantice que todas las medidas de austeridad adoptadas identifiquen el contenido mínimo esencial de todos los derechos del Pacto, y que tome todas las medidas apropiadas para proteger este contenido esencial en cualquier circunstancia, especialmente para las personas y los grupos desfavorecidos y marginados. En este contexto, el Comité recomienda al Estado parte que recopile información estadística desagregada, con el objeto de identificar a las personas y grupos afectados y aumentar la eficacia de sus esfuerzos para la protección de sus derechos económicos, sociales y culturales»

Más concretamente, el *Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales ONU* dictaminó en el otoño de 2015 que España violó el derecho a la vivienda de una mujer cuya casa fue embargada por falta de pago del préstamo e instó a entregarle una «reparación efectiva». En su dictamen, el Comité solicita a España proporcionar a la Sra. I.D.G. una reparación efectiva y asegurar que la legislación que regula los procedimientos de ejecución hipotecaria y su aplicación sea conforme con las obligaciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del cual el país es signatario.

En particular, España debe adoptar medidas legislativas para garantizar que el procedimiento de ejecución hipotecaria y las normas procesales establezcan requisitos y procedimientos

adecuados a seguir antes de que se proceda a una subasta de una vivienda o a un desalojo, en observancia de los derechos reconocidos en el Pacto.

El Comité concluyó que España violó el artículo 11.1, leído conjuntamente con el artículo 2.1 del Pacto, dado que el juzgado no tomó todas las medidas razonables para notificar adecuadamente a la Sra. I.D.G. la demanda de ejecución hipotecaria presentada contra ella por la entidad acreedora y, como consecuencia, le privó de la posibilidad de defender adecuadamente su derecho a la vivienda ante un tribunal.

De acuerdo al dictamen del Comité, en los procedimientos de ejecución hipotecaria la notificación por edicto debe limitarse estrictamente a situaciones en que se han agotado todos los medios para practicar una notificación personal, y asegurándose la suficiente publicidad y plazo. De esta forma, se da oportunidad a la persona afectada de tener pleno conocimiento del inicio del procedimiento y de personarse en el mismo.

El Comité también publicó sus primeras recomendaciones al gobierno español para que regule los procesos de ejecución hipotecaria y que su aplicación cumpla las obligaciones bajo el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del que España es miembro.

Este fallo es el primer dictamen adoptado por el Comité en un caso individual presentado bajo el Protocolo Facultativo de ese pacto, que entró en vigor en mayo de 2013. Este protocolo constituye una herramienta para recibir quejas de personas que no han conseguido que se haga justicia en casos de violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales en su país[45].

Téngase en cuenta que la recurrente presentó un recurso de amparo ante el TC español el cual el 16 de octubre de 2013, inadmitió el recurso presentado por la autora debido a «la manifiesta inexistencia de violación de un derecho fundamental tutelable en amparo», de conformidad con los artículos 44.1 y 50.1.a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

b) Si nos ceñimos al ámbito europeo, hay que mencionar la Carta Europea de Derechos Sociales (CEDS), el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y sus órganos respectivos de protección.7

b.1) El Comité Europeo de Derechos Sociales, como es sabido, es el guardián de la Carta Europea de Derechos sociales, ya mencionada.

---

[45] Puede leerse la resolución del Comité en: http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16457&LangID=S

El mismo ha constatado en casos como a *Defence for Children International (DCI) v. the Netherlands*[46] que el artículo 31.2 CEDS impone a los Estados parte la obligación de proveer un alojamiento alternativo en caso de deshaucio, especialmente si hay menores implicados y también ha condenado en otras ocasiones a Estados por vulneración de este precepto (Decisión de 2005, afectando a Italia, por ejemplo).

El artículo 31.2 que se refiere al derecho a la vivienda se contiene en la modificación de 1996 de la Carta, no suscrita por España, por lo que no se le aplica a ésta. En ese sentido, ha sido destacada de forma negativa la no ratificación por parte española de la modificación de la Carta Social Europea de 1996 y del protocolo adicional de 1995 que abre la puerta a las acciones colectivas y que ha sido reclamada por la doctrina reiteradamente[47].

---

[46] *Decision on the merits* de 20 de octubre de 2009 a la Reclamación Colectiva 47/2008, apartado 41. Disponible en: http://www.errc.org/cms/upload/file/decision-on-the-merits-by-the-european-committee-of-social-rights.pdf

[47] Por ejemplo, FERNÁNDEZ, G., Y PONCE, J. «Derecho urbanístico, derecho a la vivienda y personas sin hogar. Nuevos desarrollos y perspectivas en España a la vista de las novedades europeas en la materia», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 255, 2010. Sobre la Carta, GUIGLA, G., «El derecho a la vivienda en la carta social europea; a propósito de una reciente condena a Italia del comité europeo de derechos sociales», *UNED. Revista de Derecho Político*, núm. 82, septiembre-diciembre 2011, pp. 543-578, https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3803955

b.2) Siguiendo en el ámbito europeo, si bien es cierto que el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 no reconoce explícitamente un derecho a la vivienda, la jurisprudencia del TEDH, aunque se ha negado a declararlo explícitamente también, lo ha reconocido de forma implícita en conexión con otros derechos del convenio, singularmente con el artículo 8 referido al derecho a la vida privada y familiar y al domicilio, afirmando las obligaciones positivas de los Estados al respecto, entre ellas, las de proveer un alojamiento alternativo a los deshauciados.

Como ya dijimos, en el caso Marzari contra Italia de 4 de mayo de 1999, antes aludido, el TEDH sostuvo que:

«aunque el artículo 8 no garantiza el derecho a tener el problema de la vivienda de cada uno solucionado por las autoridades, un rechazo de las autoridades a proveer asistencia a este respecto a un individuo sufriendo una enfermedad severa podría en ciertas circunstancias hacer surgir un supuesto bajo el artículo 8 de la Convención debido al impacto de tal rechazo en la intimidad de la persona..., esta previsión no obliga meramente al Estado a abstenerse de tal interferencia: además de esta tarea negativa puede haber obligaciones positivas inherentes para el efectivo respeto de la intimidad. Un Estado tiene obligaciones de este tipo cuando hay una vinculación directa e inmediata entre

las medidas buscadas por el demandante y su intimidad».

Como ha sido señalado, la justiciabilidad del derecho a la vivienda en las relaciones entre los poderes públicos y los particulares gracias la jurisprudencia del TEDH sigue siendo limitada, pero pueden encontrarse ejemplos que permiten comprobar su paulatina relevancia como los recientes casos Yordanova y Winterstein y otros de los últimos años.

En estos casos, el TEDH ha vinculado el derecho a la vivienda con el artículo 8 CEDH en aspectos muy específicos, como la habitabilidad de la vivienda, su accesibilidad y su exigibilidad. En este último punto, el TEDH puede llegar a considerar atendiendo a las circunstancias del caso que las autoridades públicas deban ofrecer soluciones alternativas al desalojo de los ocupantes de las viviendas para cumplir con el principio de proporcionalidad.

Además, esta jurisprudencia del TEDH exige que las autoridades públicas deben justificar la injerencia en la vida privada de los ocupantes (su necesidad social imperiosa), sin que sea suficiente para cumplir con este requisito que dicha injerencia esté legitimada por la ley. Además, el TEDH exige que un tribunal independiente analice la proporcionalidad de dicha injerencia, lo que en nuestra opinión se traduce en que el ocupante tenga la posibilidad de

reclamar (si lo desea) el análisis de la proporcionalidad del desahucio en el seno del proceso (que será o no aceptada por el tribunal, quien no deberá rechazar la petición a *limine litis*) y, corolario, que el juez pueda (y deba) entrar a valorar la injerencia por parte de las autoridades públicas[48]. Entender lo contrario supondría admitir un control *ex post* del desalojo por un tribunal independiente en lugar de *ex ante*, lo que iría en detrimento del perjudicado y de la garantía efectiva de los derechos contemplados en el CEDH[49].

En aplicación de su doctrina, el TEDH ordenó la suspensión cautelar del derribo de una vivienda de la que fueron desalojados una familia con una niña de 8 años en Madrid el 31 de enero de 2013 (nuestro TC había rechazado el recurso de amparo previo, presentado en base a la jurisprudencia del propio TEDH) y la del desalojo de 16 familias en Salt, Girona, de un edificio de la SAREB, el 15 de octubre de 2013, hasta que el gobierno catalán facilitó el acceso efectivo a una vivienda social en el marco del programa de emergencias sociales.

---

[48] Ver en este sentido la STEDH de 17 de octubre de 2013 (caso Winterstein), apartado 148.

[49] Un análisis de la jurisprudencia del TEDH sobre vivienda en ZUNZUNEGUI, F., «La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la vivienda en relación al derecho español», *Teoría y Derecho Revista de Pensamiento Jurídico*, 16/2014 Hipoteca y Vivienda, pp. 162 y ss.

b.3) Por su parte, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea contiene en su artículo 34 una referencia a la vivienda. El TJUE ha tutelado ésta a través de su jurisprudencia referida a la protección de los consumidores europeos. El ya famoso caso Aziz, suscitado a raíz de una cuestión prejudicial, es un buen ejemplo de ello (sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013, dictada raíz de una cuestión prejudicial presentada por el juzgado de lo mercantil número 3 de Barcelona, relativa al carácter abusivo de una cláusula contractual en un préstamo bancario, que afectó a la legislación hipotecaria española por ser contraria al Derecho de la UE).

Más recientemente, la sentencia del TJUE de 10 de septiembre de 2014 ha reconocido la existencia de un derecho a la vivienda en vinculación con el artículo 7 de la Carta, que consagra el derecho al respeto de la vida privada y familiar, siguiendo, pues, el camino ya abierto por el TEDH[50].

c) La jurisprudencia en el ámbito español y la exigibilidad del derecho a la vivienda

Si nos centramos en el ámbito español, es preciso analizar la exigibilidad del derecho a la

---

[50] Un comentario a la misma del profesor Julio Tejedor, aquí: http://administracionpublica.com/el-derecho-a-la-vivienda-es-derecho-fundamental-en-la-union-europea/

vivienda frente al Tribunal Supremo, los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas (sea en el ámbito contencioso sea en el ámbito civil), los juzgados unipersonales de lo contencioso y el Tribunal Constitucional.

i. Tribunal Supremo

En cuanto a la exigibilidad frente al Tribunal Supremo, cuya jurisprudencia complementa el ordenamiento jurídico, de acuerdo con el artículo 1 del Código Civil, éste ha reconocido con toda naturalidad que el artículo 47, como el resto del Capítulo III del Título I no es programático, tal y como había ya señalado el profesor García de Enterría tempranamente en los años 80[51] y contra lo que aún puede leerse entre

---

[51] GARCÍA DE ENTERRÍA, E., La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Madrid: Civitas, 1985 (3.ª ed.), extractos de pp. 63 a 103:

«Importa ahora precisar que tanto el Tribunal Constitucional al enjuiciar las Leyes (como en el ejercicio del resto de sus competencias), como los jueces y tribunales ordinarios, como todos los sujetos públicos o privados, en cuanto vinculados por la Constitución y llamados a su aplicación en la medida que hemos precisado, deben aplicar la totalidad de sus preceptos sin posibilidad alguna de distinguir entre artículos de aplicación directa y otros meramente programáticos, que carecerían de valor normativo, Como podremos ver más abajo, no todos los artículos de la Constitución tienen un mismo alcance y significación normativos, pero todos, rotundamente, enuncian efectivas normas jurídicas, como hemos ya sentado más atrás, sea cual sea su posible imprecisión o indeterminación (aunque [...] la Constitución no encierra

algún autor español, al señalar que la vivienda es tratada como un principio programático, lo que como vamos a ver de inmediato no es así en la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo español[52].

El Tribunal Supremo también ha establecido, sin ningún género de dudas, en diversas sentencias, la vinculatoriedad jurídica de los preceptos del capítulo III del título I CE, entre ellos el derecho a la vivienda, y su exigibilidad directa en litigios frente a él.

Hay que destacar que en ocasiones, la jurisprudencia se limita a aplicar la ley interpuesta entre la Constitución y el ciudadano que litiga y que desarrolla el derecho a la vivienda, *pero en otras ocasiones empleando directamente el de-*

---

tanto normas imprecisas como «Derecho concentrado» [...]). El artículo 53, en una redacción poco feliz, ha establecido una distinción que, sin embargo, sí tiene razón objetiva, la de los derechos y libertades del Capítulo II del Título I, por una parte, y de «los principios rectores de la política social y económica», por otra (...). Esta distinción se ha funcionalizado en el artículo 53.3 en una forma que, no obstante su escasa fortuna formulativa, deja perfectamente claro que también los segundos «informarán la práctica judicial» (...). los jueces y tribunales deberán, pues, tenerlos en cuenta para esas funciones de aplicación constitucional que hemos visto (...). Mucho más, como es obvio, podrá el Tribunal Constitucional apoyarse en esos principios de los artículos 39 a 52 inclusive para declarar inconstitucional una ley».

[52] NASARRE, S., «Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 727, p. 2669.

recho constitucional para resolver un litigio en favor del recurrente contra la Administración.

En el ámbito de la jurisdicción contenciosa, por lo que se refiere al artículo 49 CE, la STS de 9 de mayo de 1986 *(RJ* 1986, 4396), señala lo siguiente:

«A la misma conclusión hay que llegar si se trae a colación el artículo 49 de la vigente Constitución española, conforme al cual 'los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este título otorga a todos los ciudadanos', derechos entre los que se encuentra, por ejemplo, el de circulación (art. 19), debiendo recordarse que este mandato del artículo 49, pese a estar incluido bajo la rúbrica 'de los principios rectores de la política social y económica', no es una mera norma programática, que limite su eficacia al campo de la retórica política o de la estéril semántica de una declaración demagógica. Porque como ya precisó hace años el Tribunal Supremo norteamericano, en el caso Trop *versus* Duller, 'las declaraciones de la Constitución no son adagios gastados por el tiempo; ni una contraseña vacía de sentido. Son principios vitales, vivos, que otorgan y limitan los poderes del Gobierno de nuestra Nación. Son regulaciones de Gobier-

no'. Y esta doctrina, aunque establecida por un tribunal extranjero con referencia a la Constitución de su país es perfectamente trasladable a nuestro ámbito para subrayar el sentido de los artículos 9.1 y número 3 de la disposición derogatoria de la Constitución española. De manera *que ese artículo 49, como los demás de esa misma rúbrica, como la totalidad de los que integran la Constitución, tienen valor normativo y vinculan a los poderes públicos, cada uno en su respectiva esfera, a hacerlos eficazmente operativos».*

En cuanto al artículo 45 CE, la STS de 25 de abril de 1989 *(RJ* 1989, 3233), abunda en la misma idea:

«Establecido lo anterior, hay que añadir ahora que lo que aquí se plantea es la de unas consecuencias —que, en el mejor de los casos, pueden calificarse de molestas— que se siguen al recurrente por las deficiencias que presentan las instalaciones de tratamiento y evacuación de las aguas residuales del municipio. *Como el artículo 45 de la Constitución reconoce a 'todos' el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, estableciendo, además, el deber de los poderes públicos de proteger, defender y restaurar el medio ambiente, negar la legitimación de don Gabriel P. S. es negar lo evidente.* Y este Tribunal considera oportuno recordar una vez más —como ya hizo en sentencia de 9 de mayo

de 1986 *(RJ* 1986, 4396)— que *los preceptos contenidos en el capítulo tercero del título I de la Constitución, pese a dar bajo la rúbrica de 'principios rectores de la política, social y económica' no constituyen meras normas programáticas que limiten su eficacia al campo de la retórica política o de la inútil semántica propia de las afirmaciones demagógicas.* Porque como ya precisó hace años el Tribunal Supremo norteamericano, en el caso Trop contra Duller, 'las declaraciones de la Constitución no son adagios gastados por el tiempo; ni una contraseña vacía de sentido. Son principios vitales, vivos que otorgan y limitan los poderes del Gobierno de nuestra nación. Son regulaciones de gobierno'. Y esta doctrina, aunque establecida por un tribunal extranjero con referencia a la Constitución de su país, es perfectamente trasladable a nuestro ámbito. De manera que *ese artículo 45, como los demás del expresado capítulo, tienen valor normativo y vinculan a los poderes públicos, cada uno en su respectiva esfera, a hacerlos eficazmente operativos».*.

En una serie de sentencias similares, que se inician con la STS de 30 de septiembre de 1987 *(RJ* 1987, 6551), el TS da la razón a los recurrentes en litigios referidos a la apertura de farmacias, señalando que:

«El artículo 53.3 de la CE advierte que los principios rectores de la política social y económica han de informar la práctica judicial,

y uno de ellos es el «derecho a la protección a la salud» (art. 43). Y, dada la trascendental importancia que para dicha protección tienen las farmacias, es claro que, de la Constitución, deriva un criterio «pro apertura», en cuanto medida necesaria para una adecuada atención farmacéutico-sanitaria y por razón precisamente de servicio público —tal como ha venido declarando, además, la doctrina de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo»

Y en similar sentido en la STS de 31 de septiembre de 1990 *(RJ* 1990, 10427):

«cómo el artículo cincuenta y tres, párrafo tres, de la Constitución Española advierte que los principios rectores de la política social y económica han de informar la práctica judicial, entre cuyos principios se encuentra el derecho a la protección de la salud, consagrado en el artículo cuarenta y tres de dicho texto constitucional, derecho en el que ocupan un lugar destacado las farmacias, se llega a la conclusión de que en el modelo de convivencia que traza nuestra Constitución (*RCL* 1978\2836y ApNDL 1975-85, 2875), el conflicto de intereses que puede existir entre los farmacéuticos ya establecidos, por un lado, y las necesidades de la salud de los ciudadanos, por otro, ha de resolverse en el sentido de proteger y promover la igualdad de los ciudadanos y la libertad de empresa, con lo que, en último término, se cumple el principio del libre ejercicio de las profesiones liberales».

Vemos, pues, como ante la alegación de un derecho del Capítulo III del Título I, el Tribunal la acepta y es determinante para el fallo favorable a los recurrentes.

En lo que se refiere específicamente al derecho a la vivienda del artículo 47 CE, el Tribunal Supremo también ha reiterado la misma doctrina. Así, en la STS de 16 de junio de 1998 *(RJ* 1998, 6149) se dice lo siguiente:

«Cuarto. El artículo 47 de la Constitución española (*RCL* 1978\2836 y ApNDL 2875), dentro del capítulo III del título I, proclama el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, vinculando a los poderes públicos a promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho.

«Cualesquiera que sean las dificultades dogmáticas que implica la consideración como 'derechos constitucionales' de todos los que derivan de actuaciones estatales acomodadas a los principios de política social y económica que enumera el capítulo III del título I, es evidente que el citado artículo 47 es un mandato o directriz constitucional que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos».

Asimismo, en la STS de 27 de abril de 1999 *(RJ* 1999, 4600), al hilo de la alega ción del artículo 39 situado en la misma parte de la CE, se

declara con toda contundencia la existencia de un derecho a la vivienda exigible judicialmente y que puede y debe ser tutelado por los órganos judiciales. Aunque la cita es larga, merece la pena su reproducción completa:

«C. Y queda todavía por analizar un último obstáculo a la interpretación que aquí venimos sosteniendo: que el recurrente invoca el artículo 39 de la Constitución y ese precepto constitucional se encuentra ubicado dentro de un Capítulo (el III del Título I) que gira bajo esta rúbrica: «De los principios rectores de la política social y económica». *Lo que puede llevar a pensar que su valor es puramente programático, careciendo de fuerza directa de obligar en tanto no sean regulados por una ley.* Y esto porque el artículo 53.3 (que figura en el Título IV: «De las garantías de las libertades y derechos fundamentales») dice que: «El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III (en el que está situado —recuérdese— el art. 39) informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que las desarrollan».

Así las cosas, es necesario tener presente lo que sigue:

a) Que la misma distinción entre principios y reglas es difícil de precisar, dado el manifiesto

abuso en el empleo del significante «principio» tanto por parte de la doctrina como por parte del legislador. Piénsese por ejemplo, en los llamados «principios de la potestad sancionadora» de que habla el Título IX, Capítulo I, de la Ley 30/1992 (*RCL 1992\2512, 2775* y *RCL 1993\246*). ¿Es que acaso es una mera norma programática el que el artículo 129 designa como principio de tipicidad? ¿Lo es también el tan repetidamente invocado principio de reserva legal? Nadie se atrevería a decir tal cosa. Y, efectivamente, cuando la doctrina se ha referido a este problema en el ámbito sancionador ha sabido distinguir entre el principio de legalidad y las dos reglas o mandatos que derivan de él: la regla de la tipicidad y la regla de la reserva legal.

b) Es cierto que el artículo 53.3 CE habla de principios (a diferencia del número 1 de ese mismo artículo que habla de derechos). Pero no es menos cierto que en el Capítulo tercero (donde esta ubicado, lo diremos una vez más) se habla en varias ocasiones de derechos concretos e incluso hay otros que están implícitamente aludidos.

Tenemos, en efecto, expresamente mencionados los siguientes derechos: derecho a la protección de la salud (art. 43.1); derecho a la cultura (art. 44.1) y derecho a disfrutar de un ambiente natural adecuado (art. 45.1).

Además de ello, es claro que la redacción de los artículos que integran ese capítulo ter-

cero permite dar por supuesta la incorporación por la Constitución de otros derechos. Por ejemplo, el derecho a la investigación de la paternidad, el derecho a la igualdad que tienen siempre los hijos, el derecho de los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio a recibir asistencia (sic) de sus padres (art. 39), el derecho del trabajador al descanso necesario (art. 40), etcétera.

c) Nótese, además que el mismo artículo 53.3 CE está rechazando de forma muy clara ese pretendido carácter programático de los artículos 39 a 52, integrantes del Capítulo III, al decir que los principios a que alude explícitamente la rúbrica que le da cobertura «informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos».

Y esto quiere decir, y dice, que todos los poderes públicos y, en particular el legislativo y el judicial, han de ajustar su actuación a esos principios, es decir están vinculados por esos principios. El texto emplea el verbo «informar», que en ninguna de las acepciones que recoge el diccionario de la Academia española tiene el sentido que aquí tiene pero que no puede ser otro que ése: lo que el artículo 53.3 quiere decir es que esos principios vinculan a los poderes públicos, los cuales tienen el deber —nacido directamente de la Constitución— de ajustar su actuación a ellos. Es lo mismo que si el texto dijera que esos principios «presidirán» la

actuación de los poderes públicos. O bien esto otro: que esos principios «regirán», que por eso mismo son principios «rectores», la actuación de los poderes públicos.

d) Así las cosas, no basta con que los artículos 39 a 52 estén cubiertos con la rúbrica de «principios rectores» para negarles, sin más, eficacia normativa directa, siendo necesario analizarlos uno a uno, para saber lo que contienen. Tarea que, por lo demás, es la que ha de llevar a cabo, con toda habitualidad el jurista, y que es lo que se llama actividad calificadora. Y procediendo de este modo nos encontramos que en ese Capítulo III, no sólo hay principios, sino también derechos, y que algunos de los llamados principios enmascaran verdaderos derechos, y que algunos de los derechos expresamente calificados de tales necesitan de la intermediación de una ley para su aplicación o de la necesaria provisión de medios materiales y consiguiente dotación presupuestaria previa, e incluso de la instrumentación de políticas que, aunque necesarias tienen que ser jerarquizadas a la hora de poderlas llevar a cabo. Esto último es lo que ocurre, por ejemplo, con «el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada» de que habla el artículo 47. Y hay otros como el derecho a la salud, y el derecho a un ambiente adecuado cuya efectividad se viene reconociendo por los Tribunales a determinados efectos. Por ejemplo, el Tribunal Supremo se ha apoyado reiteradamente en ese derecho

a la salud para fundamentar la existencia del llamado principio «pro apertura» en materia de autorizaciones de farmacia. Y el Tribunal Supremo ha aplicado directamente en algunas ocasiones el derecho a un ambiente adecuado para estimar pretensiones de los particulares que, de alguna manera, lo habían pasado por alto (cfr. STS [de la antigua Sala 4.ª] de 20 de mayo de 1987 *[RJ* 1987, 5827], asunto Matalascañas).

e) No es nada simple, como se ve, la interpretación de ese artículo 53.3 en relación con los artículos 39 a 52, quizá porque interpretar la Constitución es tarea peculiar que difiere de la mera interpretación de una ley, de un reglamento o de un negocio jurídico. En el bien entendido, sin embargo, que también la interpretación de la Constitución ha de afrontar problemas generales, no específicos de la Constitución como norma jurídica. En todo caso, no está de más recordar en este momento que el Tribunal Supremo ha advertido ya en alguna ocasión, transcribiendo lo dicho en una famosa sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, «Las declaraciones de la Constitución no son adagios gastados por el tiempo: ni una contraseña vacía de sentido. Son principios vitales, vivos, que otorgan y limitan los poderes del gobierno de nuestra nación. Son regulaciones de gobierno. Cuando la constitucionalidad de una ley del Congreso se plantea ante este Tribunal, debemos aplicar dichas regulaciones. Si no lo hiciésemos

las palabras de la Constitución vendrían a ser poco más que buenos consejos». Esta cita aparece recogida, según decimos, en la STS, de la antigua sala 4.ª, de 9 de mayo de 1986 *(RJ* 1986, 4396), asunto «supresión de obstáculos arquitectónicos en Pamplona», y traerla a colación en el caso que nos ocupa parece oportuno porque confirma lo que hemos dicho más arriba: que no basta con que los artículos 39 a 52 aparezcan bajo la rúbrica de «principios rectores», para negarles, sin más, eficacia directa. Y aquí se da el caso, además, de que el precepto invocado es el 39 en cuyo número 3 se establece el deber de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos de matrimonio, lo que, a «sensu contrario», supone reconocer el derecho de los hijos —nótese: «habidos dentro o fuera de matrimonio»— a esa asistencia de los padres.

Es claro entonces que es perfectamente pertinente que la parte recurrente haya invocado ese artículo 39 CE para fundar este segundo motivo. Y como no consta tampoco —ni nadie ha argumentado esto— que su matrimonio sea fraudulento, y como la presunción de inocencia le ampara también en este caso, la conclusión a la que nuestra sala con los argumentos precedentemente examinados, se ve robustecida aún más con las que se acaban de hacer ahora. Por lo que la sentencia impugnada debe ser anulada y la anulamos.

También la STS de 18 de febrero de 2002 *(RJ* 2002, 4826) abunda en la misma idea:

«previsiones del párrafo primero del artículo 47 de la Constitución. Éste consagra un derecho social o de prestación que exige, consiguientemente, una intervención del Estado en la esfera social y económica y un hacer positivo de los poderes públicos para la consecución de la igualdad material que propugna el artículo 9.2 de la Constitución».

Como señala la STS de 17 de julio de 1990 *(RJ* 1990, 6566), en este caso aplicando la normativa sobre vivienda protegida, al resolver un recurso contencioso-administrativo contra dos decisiones administrativas vascas relativas a la denegación de autorización de modificación de proyecto de construcción de viviendas de protección oficial y de denegación de la calificación definitiva de las mismas:

«Cuarto. Pero todo ello, además, tiene que ir completado con la idea de que *la normativa a aplicar aquí tiene que ser interpretada con un profundo sentido finalista o teleológico,* que impida servirse de la misma en la consecución de objetivos no queridos por el legislador.

«Y puesto que tanto se apela ahora a la Constitución (*RCL* 1978, 2836 y ApNDL 1975-85, 2875), en defensa de garantías formales, no será nada malo acordarse de ella y tener presente que la misma da comienzo su articulado declarando solemnemente que "España se constituye en un Estado social y democrático de

Derecho…" (art. 1.1); descendiendo al campo de que se trata en el artículo 47, donde se reconoce que "Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada", indicando a continuación que "Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho…"».

«Ahora bien, *el concepto de vivienda "digna y adecuada" hay que ponerlo en relación con la situación general del país y con los medios económicos y financieros disponibles, que es lo que ha motivado que en el régimen jurídico especial sobre viviendas de protección oficial*, al que se llegó hace varias décadas, tras de regulaciones específicas que le precedieron: viviendas bonificables, protegidas, de renta limitada, por no remontarnos más atrás (casas baratas) en la política de ayuda y de fomento en este sector, haya habido necesidad de conformarse con tipos de viviendas, dignas, sí, pero modestas o no excesivamente confortables o suntuarias, con el fin de extender la ayuda al mayor número de personas verdaderamente necesitadas de ella, y, por lo tanto, excluyendo a las que pueden permitirse la satisfacción de esta necesidad por sus propios medios.

«En definitiva, *estamos atendiendo al espíritu y finalidad de la normativa aplicable aquí, de una manera fundamental, como se recomienda en el inciso final del núm. 1, del artículo 3, del título preliminar del Código Civil.*

«Séptimo. Retrocediendo a lo antes dicho sobre el desiderátum constitucional de proporcionar a los españoles unas "viviendas dignas y adecuadas" se ha de reconocer que *ello por sí solo no nos prestaría gran ayuda en la resolución del problema de que se trata, por tratarse de un concepto indeterminado lo que ha obligado al legislador a tener que acudir a elementos que sirvieran para fijar cuantitativamente los topes en esta política de fomento en el acceso a viviendas de las clases sociales merecedoras de esta protección. Ya que no es lógico ni justo primar con los beneficios establecidos para las viviendas de protección oficial a aquellas que superen las condiciones previstas dentro de este régimen, especial, ya que, de lo contrario, lo que procedería sería primar a todas, solución a todas luces inadmisible».*

Finalmente, en el ámbito civil, podemos destacar la STS de 30 de abril de 2012 *(RJ* 2012, 5235), en la que se señala como:

«Sala ha reiterado que la disposición del artículo 96 CC en relación a la atribución del uso del domicilio a los hijos comunes y al cónyuge que ostente su guarda y custodia, está establecida para proteger el interés de los menores, no en interés de ninguno de los cónyuges mientras los niños sean menores de edad (SSTS 451/2011, de 21 de junio; 236/2011, de 14 de abril y 861/2009, de 18 de enero, entre otras). De este modo, la división de un inmueble a los

efectos que se pretenden en el presente litigio, tiene como único límite esta protección.

Sin embargo, el artículo 96 CC no resulta suficiente, en el plano objetivo, para resolver el conflicto planteado, sino que a través de la interpretación adecuada de las normas de acuerdo con la realidad del tiempo en que deben ser aplicadas, debe decidirse si existen intereses contrapuestos. Señala el Ministerio Fiscal con acierto que las sentencias de contraste citadas no acuerdan la división de la vivienda sin más, sino que tienen en cuenta las circunstancias a las que se ha aludido antes y que se dan en este caso, lo que no ha sido tenido en cuenta en la sentencia recurrida.

Un nuevo argumento lo proporciona el hecho de que el inmueble donde se halla ubicada la vivienda familiar es propiedad exclusiva del marido y que la propuesta división no es tal, sino una redistribución de espacios en el inmueble que no altera su régimen, pero permite obtener una funcionalidad adecuada para satisfacer los intereses presentes en este caso, ya que al ser posible esta nueva distribución, se protege el interés de los hijos menores y el del propio marido, ya que no puede privarse del uso y disfrute de la propiedad a quien es su titular, sin vulnerar sus derechos reconocidos tanto en el artículo 33 CE, que reconoce el derecho de propiedad privada a nivel constitucional, como en el artículo 47 CE, que consagra el derecho

de los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada».

ii. Tribunales superiores de justicia autonómicos

En relación con la exigibilidad en los Tribunales Superiores de Justicia. Igual que hemos visto ocurre frente al Tribunal Supremo, los Tribunales Superiores de Justicia de las CC.AA. aceptan demandas fundadas en el artículo 47 CE, *en ocasiones directamente sin intermediación de ninguna ley*, y resuelven los litigios conforme a éste, procediendo, en ocasiones, a controlar la actividad o inactividad administrativa en su virtud.

En este sentido, en el ámbito contencioso administrativo, la STSJ de Cataluña de 12 de julio de 1996 *(RJ* 1996, 1169), señala al resolver sobre un supuesto de denegación municipal de ruina de un edificio que:

«Teniendo en cuenta la realidad del mercado, precios del Boletín de la Construcción, y la necesidad de que las viviendas sean dignas, como exige la Constitución (*RCL* 1978\2836y ApNDL 2875), artículo 47 CE, no basta cualquier «ligero arreglo» para transformar en habitables viviendas antiguas en desuso como las existentes en el edificio en litigio. El hecho de que no sea aplicable, por razones temporales, la Ley 24/1991, de 29 de noviembre

(*LCAT* 1992\25), de la Vivienda, o el Decreto 274/1995, de 11 de julio (*LCAT* 1995\562), sobre nivel de habitabilidad objetiva exigida a las viviendas, no exime tener en cuenta que si se pretende el mantenimiento de un edificio para viviendas éstas han de cumplir las condiciones mínimas de habitabilidad. Atendiendo a tal hecho, y aun partiendo de la condición modesta de las viviendas, se valoran como excesivamente parcas las partidas rehabilitadoras y la cuantificación reseñada por los técnicos de la Administración Local. Consecuentemente entendemos acredita la ruina económica sin que hubiere que pronunciarse, por ello, sobre la técnica».

Otras anulaciones de decisiones administrativas con base al derecho del artículo 47 CE que se alega en la demanda son:

— la STSJ de Andalucía de 11 de diciembre del 2000 *(RJ* 2000, 41, en la que se conoce de la actividad subvencional de la Administración), STSJ de Baleares de 17 de abril de 2012 *(RJ* 2012, 634, en la que se confirma en apelación la anulación de un acuerdo municipal referido al destino del patrimonio municipal del suelo, señalándose que «ha de tenerse presente también que uno de los derechos constitucionales más reclamados por los ciudadanos en estos momentos es el derecho a la vivienda, establecido en el articulo 47 de la Constitución (*RCL* 1978, 2836)» y que «ni le hacen justicia ni

combinan bien con el contenido del artículo 47 de la Constitución las actuaciones que utilizan el patrimonio municipal del suelo para resolver los problemas de financiación del Ayuntamiento o para la realización de cualesquiera intereses urbanísticos».

— la STSJ de Madrid de 11 de febrero de 2010 *(RJ* 2010, 583), en la que curiosamente, es el derecho a la vivienda del resto de ciudadanos distintos al litigante el que fundamenta la sentencia que mantiene la decisión municipal de demoler una infravivienda en suelo de titularidad pública, señalando que: «Por otro lado, tampoco puede pasar inadvertido que la extensión desmesurada de este tipo de construcciones puede dificultar la ejecución del Planeamiento, al no poder tener lugar las demás fases para la transformación urbanística en suelo urbano, impidiendo con ello que otros ciudadanos puedan ejercer el mismo derecho a la vivienda que invoca el hoy recurrente *ex* artículo 47 de la CE».

— la STSJ del País Vasco de 5 de febrero de 2003 *(RJ* 2003, 115750), que anula una revocación administrativa de subvención para adquisición de vivienda usada, señalando que «la prohibición de cesión intervivos de la vivienda cuya adquisición se financia por los fondos públicos tiene como finalidad impedir actuaciones especulativas a través de las cuales se burle el carácter finalista de las ayudas

desviando las mismas a la consecución de un mero lucro personal. Ahora bien, el sentido de dicho prohibición adquiere toda su relevancia en relación con la cesión a terceros de la vivienda subvencionada, pero no puede pretender que el mantenimiento forzoso de la titularidad se erija en impedimento para el ejercicio de los derechos a la separación o el divorcio que a los cónyuges reconoce la legislación civil. La separación o el divorcio, seguidos de disolución del régimen económico matrimonial con división de los bienes que se poseen en común y adjudicación a cualquiera de los cónyuges de la vivienda familiar no atenta contra la prohibición del artículo 7.2 del decreto 103/92, toda vez que no es la cesión de la parte alícuota de cada miembro de la unidad convivencial lo que preocupa a la norma, ya que la finalidad perseguida de facilitar el acceso a una vivienda digna y adecuada en cumplimiento del principio constitucional del artículo 47 CE, se cumple idénticamente tras la separación de la unidad convivencial en la medida en que alguno de los beneficiarios de las ayudas continúa pese a ello en posesión de la vivienda»

iii. Juzgados de lo contencioso-administrativo

Finalmente, los juzgados unipersonales de lo contencioso también están resolviendo asuntos con apelación del derecho a la vivienda constitucional. Destacan en este sentido la serie de

sentencias de diversos juzgados unipersonales de Barcelona resolviendo controversias entre el Ayuntamiento de Terrassa y diversas entidades bancarias en relación con la desocupación de viviendas que permanezcan vacías más de dos años y la aplicación de la ley catalana del derecho a la vivienda que considera tales supuestos como incumplimientos de la función social de la propiedad.

De acuerdo con informaciones del propio Ayuntamiento de Terrassa, la situación en abril de 2016 es la siguiente[53].

De las 25 sentencias dictadas por juzgados de lo contencioso administrativo de Barcelona (algunas de ellas accesibles por la base datos de jurisprudencia del CGPJ denominada CENDOJ, todas en la página web: http://www.ac-lg.com/noticias/), a fecha mayo de 2016, 17 sentencias son totalmente favorables al Ayuntamiento de Terrassa, 3 lo son parcialmente y 5 dan la razón a entidades bancarias. Del total de sentencias, las favorables al Ayuntamiento de Terrassa provienen de 10 juzgados unipersonales diferentes, mientras la minoría de desfavorables para el Ayuntamiento han sido dictadas por un único juez.

---

[53] Los datos fueron proporcionados por el propio Ayuntamiento de Terrassa en la jornada sobre vivienda organizada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona el día 21 de abril de 2016.

Las sentencias favorables en Terrassa validan la potestad y competencia del Ayuntamiento para incoar expedientes de acuerdo con el artículo 41 LDHCat; afirman que la desocupación incumple la función social del derecho de propiedad; validan el procedimiento administrativo aplicado por el Ayuntamiento, que daba garantías suficientes, sin ninguna necesidad de esperar a un futuro Reglamento de desarrollo de la LDHCat; validan la potestad para imponer multas coercitivas y su proporcionalidad; afirman que no son causas justificativas de mantenimiento de una vivienda vacía por más de dos años supuestos como por ejemplo la suscripción de convenios genéricos entre una entidad bancaria y la Agencia de la Vivienda de Cataluña, la imposibilidad de ocupación por la crisis inmobiliaria, el hecho que las viviendas se encuentren en comercialización o la imposibilidad de la ocupación por la inestabilidad de las fusiones y absorciones de entidades.

A su vez, la minoría de sentencias de un único juez que son desfavorables al Ayuntamiento de Terrassa no cuestionan tampoco los aspectos validados por la mayoría de sentencias. Interpretan, en cambio, que el plazo de dos años de desocupación se inicia con el primer requerimiento, lo que es una conclusión que no se puede encontrar en lugar alguno de la ley vigente, y consideran como causas justificativas las que el resto de juzgados rechazan y ya hemos mencionado antes.

Como señala, por ejemplo, la sentencia de 7 de octubre de 2015 (recurso 467/2014) del juzgado de lo contencioso administrativo número 17 de Barcelona que desestima un recurso de una entidad bancaria:

«En definitiva, lo que pretenden estos expedientes son incentivar a las entidades bancarias para que procedan a procurar la ocupación de las viviendas vacías de las que disponen, en defensa del principio constitucional de la función social de la propiedad y del derecho a la vivienda digna de los ciudadanos. Todo ello de conformidad con lo dispuesto en la Ley 18/2007 de 23 diciembre sobre derecho a la vivienda».

A la vista de esta jurisprudencia, y partiendo, pues, de la indudable vinculación jurídica del artículo 47 CE, queda claro que el derecho a la vivienda no es programático y también que se configura como un auténtico derecho subjetivo, exigible judicialmente, del que se derivan correlativas obligaciones jurídicas para los poderes públicos.

Para poder analizar convenientemente esta afirmación es preciso partir de lo que se entienda por derecho subjetivo. En este sentido, se puede acudir a cualquiera de las clásicas definiciones elaboradas por la doctrina civilista. Así, por ejemplo, Castán lo considera «un poder reconocido a la persona por el ordenamiento ju-

rídico con significado unitario e independiente, y quedando al arbitrio de ella la posibilidad de su ejercicio y defensa», mientras que De Castro lo define como «una determinada situación de poder concreto concedida sobre cierta realidad social a una persona (como miembro activo de la comunidad jurídica) y a cuyo arbitrio se confía su ejercicio y defensa»[54].

Pues bien, ¿el contenido del artículo 47 CE incluye un auténtico derecho subjetivo?

Para responder a esta cuestión, previamente debemos interrogarnos sobre la consecuencia de la existencia de un derecho subjetivo, esto es, la presencia o no de un obligado jurídicamente a dar, hacer o no hacer alguna cosa (art. 1088 del Código Civil, que define el contenido de las obligaciones). El propio artículo 47 CE nos aclara que son los poderes públicos quienes «promoverán las condiciones necesarias»,

---

[54] Tales definiciones pueden encontrarse en el repaso doctrinal hecho por LACRUZ, José Luis; LUNA SERRANO, Agustín; RIVERO HERNÁNDEZ, F. (1984): *Parte General del Derecho Civil, Elementos de Derecho Civil, I, El derecho subjetivo*, Barcelona, Bosch, vol. III, p. 87. Estos autores, a su vez, lo definen como una situación de poder concedido por el ordenamiento jurídico a una persona que se concreta en ciertas posibilidades de actuación específica (facultades) que son componentes naturales suyos, pero no necesariamente esenciales, el cual se presenta como una parte o lado de la relación jurídica aunque con entidad independiente y vida autónoma, cuyo ejercicio queda a discreción del titular.

«establecerán las normas pertinentes» para «hacer efectivo este derecho», para lo que también regularán «la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación». Además, también los privados, de acuerdo con el artículo 9.1 CE, están vinculados por el artículo 47 CE, en el sentido (meramente negativo, en este caso, por contraste con el anterior) de no hacer nada que pueda suponer la vulneración del derecho a la vivienda.

Tenemos, pues, un sujeto titular (todos los españoles, aunque también en el caso de los extranjeros puede existir tal titularidad), un objeto y unos sujetos obligados (de modo distinto) por la existencia del artículo 47 CE. ¿Existe entonces un derecho subjetivo?

La respuesta en nuestra opinión ha de ser claramente positiva. Y la confusión aún reinante en torno a este punto sólo puede ser entendida si se parte de que, habitualmente, *no se distingue correctamente entre obligaciones jurídicas de medios y obligaciones jurídicas de resultados, entendiéndose erróneamente que como del artículo 47 CE no se derivan las segundas entonces no existe derecho subjetivo*. Sin embargo, si se considera, como hacemos nosotros, *que del artículo 47 se derivan claras obligaciones de medios (de hacer y no hacer alguna cosa, tanto, con intensidad distinta, para todos los poderes públicos como para los privados), entonces no existe dificultad alguna para sos-*

tener la existencia de un derecho subjetivo a la vivienda en la Constitución.

Derecho que hemos comprobado, protegen las decisiones de los órganos judiciales en España.

Como es sabido, las obligaciones jurídicas de medios comportan que la prestación que pueda exigirse al obligado sea de actividad, no de resultado (pues ésta es la prestación típica de las obligaciones de resultado). En el caso de las prestaciones de actividad propias de las obligaciones jurídicas de medios, el obligado debe poner los medios para alcanzar ciertos fines, pero sólo (y nada menos que) eso. Aunque no se obtenga el resultado para el que se ponen los medios, el obligado no puede ser hecho responsable si no se prueba su *falta de diligencia*.

En el ámbito de la actividad privada, son típicas obligaciones de medios, como es sabido, las del abogado o el médico[55]. En el ámbito de la actividad pública, son típicas obligaciones de medios las derivadas del derecho a una buena administración contenido implícitamente en di-

---

[55] Sobre la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado, puede consultarse en la doctrina civilista, por ejemplo, LOBATO GÓMEZ, J. (1990): «Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado», *Anuario de Derecho Civil*, pp. 651 y ss., y JORDANO FRAGA, I. (1991): «Obligaciones de medios y de resultado (a propósito de alguna jurisprudencia reciente), *Anuario de Derecho Civil*, pp. 5 y ss.

versos preceptos constitucionales en España y también en diversa normativa europea[56] o, lo que nos interesa ahora especialmente, las obligaciones derivadas del derecho reconocido en el artículo 43 CE.

Efectivamente, existe consenso doctrinal y jurisprudencial en este caso en entender que el derecho que reconoce el artículo 43 CE no es la salud, sino su protección. Diversos autores consideran que debe hablarse no del derecho a la salud, sino del derecho a los cuidados médicos; no del derecho a una salud asegurada, sino del derecho a un nivel de vida suficiente, manejándose en este ámbito por la doctrina la citada distinción entre obligaciones de medios y de resultados, siendo el titular del derecho acreedor a las primeras, no a las segundas[57]. Por ello, el paralelismo entre el derecho del artículo 43 y el del artículo 47, que nos ocupa a nosotros, nos parece singularmente interesante, por cuanto éste último ha sido mucho menos construido que el primero, el cual es una interesante fuente de inspiración para el desarrollo dogmático del derecho a la vivienda.

---

[56] PONCE SOLÉ, Juli (2002): *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Valladolid, Lex Nova, pp. 201 y ss.

[57] Por todos, TAJADURA TEJADA, Idoia (2004): *La protección de la salud (art. 43 CE)*, Madrid, Biblioteca Nueva, pp. 222 y 223.

Pues bien, del mismo modo que del artículo 43 no se deriva el derecho a estar sano toda la vida y una correlativa obligación jurídica de resultado de los poderes públicos de garantizarnos, mediante actividad de no hacer —perjudicar o dañar nuestra salud— o de hacer —previniendo los daños y curando siempre éstos cuando se produzcan—, lo que sería, ciertamente, absurdo, tampoco cabe derivar del artículo 47 un derecho a «tener en propiedad» una vivienda y una correlativa obligación jurídica de resultado de los poderes públicos de garantizarnos, mediante actividad de hacer, el disfrute de tal bien. Pero aunque tal conclusión sea evidente, lo cierto es que, en ocasiones, se trata de una *reductio ad absurdum* que conlleva, erróneamente, una conclusión aneja: que no existe derecho a la vivienda.

Lo que se deriva del artículo 47 CE leído en su literalidad e interpretado sistemáticamente con el artículo 53.3, primera parte, CE es la existencia de una clara serie de prestaciones a efectuar por los poderes públicos: tanto de no hacer (no vulnerar el derecho, esto es, respetarlo, lo que también alcanza a los privados, como se razonará), como de hacer. Entre estas segundas, se encuentran, como vimos, dos prestaciones de hacer vinculadas con el desarrollo de normas, una general (normas «pertinentes» para «hacer efectivo este derecho»), otra más específica vinculada a la regulación de «la utilización del suelo de acuerdo con el interés

general para impedir la especulación», y una prestación de hacer de carácter no normativo y amplia (promover «las condiciones necesarias [...] para hacer efectivo este derecho»).

El derecho a la vivienda da lugar, pues, a la existencia de una serie de prestaciones exigibles: de no hacer (respetar, esto es, no vulnerar, exigible por igual a sujetos públicos y privados) y de hacer (reconocer, proteger y promover), tanto mediante normas y regulaciones del uso del suelo como mediante otros comportamientos públicos. Por ello, el derecho a la vivienda no difiere, pese a lo que en ocasiones parece sostenerse, de otros derechos, sean políticos o civiles. Porque la efectividad del derecho a la vivienda no exige, ni mucho menos, siempre una intervención pública activa con gasto público, pese a que de este dependa, es cierto, una parte no despreciable de su realización. Es decir, la efectividad del derecho de la vivienda no exige siempre que éste sea un derecho «caro». Pero además, por otro lado, lo mismo ocurre con derechos políticos como el derecho a participar en los asuntos públicos (art. 23.1 CE), que exige una impresionante inversión económica y un fuerte despliegue de actividad pública en garantía de su efectividad. Y lo mismo puede sostenerse de derechos civiles como el de propiedad (art. 33 CE), que tampoco incorpora sólo una serie de prestaciones de no hacer, de respetar, de los poderes públicos, sino que, bien al contrario, demanda una serie de costosas

prestaciones de hacer, como el mantenimiento de servicios públicos en su garantía: fuerzas y cuerpos de seguridad, órganos jurisdiccionales, registros de propiedad y otros. La efectividad de estos derechos los convierte también en «caros», no teniendo entonces ninguna diferencia estructural respecto del derecho a la vivienda.

Por otro lado, como decíamos, la efectividad del derecho a la vivienda puede requerir, sencillamente, una abstención en la actividad pública o, en caso de necesidad de intervención, un tipo de comportamiento público que no genere gasto presupuestario (como veremos a lo largo de la Ley del derecho a la vivienda: regulaciones de prohibición de discriminación, regulaciones vinculantes para la planificación urbanística, etc.). En este sentido, la efectividad del derecho a la vivienda, como de otros derechos sociales, es «barata», en el sentido de no comportar gasto presupuestario directo[58].

En definitiva, el derecho a la vivienda previsto en la Constitución española, como otros

---

[58] Aunque es conveniente recordar que la elaboración de normas jurídicas no sale gratis, ni para los poderes públicos, puesto que consume tiempo y recursos, ni para los privados, porque la regulación puede tener notables impactos en su actividad. Lo cual nos conduce al importante tema de la calidad normativa y de la evaluación de los impactos normativos, que será de creciente relevancia en el futuro, también en relación con el desarrollo del derecho a la vivienda.

derechos sociales, es un auténtico derecho subjetivo[59], que genera obligaciones de medios, no de resultados, y que no se distingue tanto de otros derechos civiles y políticos contenidos en la Constitución, los cuales en ocasiones exigen un comportamiento público intervencionista en su garantía y fuertes gastos presupuestarios.

En las llamadas *Directrices de Maastricht*[60] se insiste en la distinción entre obligaciones de «conducta y resultado» derivadas de derechos sociales:

---

[59] Disentimos, desde el punto de vista expuesto, de la opinión, por ejemplo, de GARCÍA MACHO, Ricardo (1982): *Las aporías de los derechos fundamentales social y el derecho a una vivienda*, Madrid, IEAL, p. 166.

[60] Con motivo del décimo aniversario de los Principios de Limburg sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en enero de 1997, se reunió en Maastricht un grupo de más de treinta expertos invitados por la Comisión Internacional de Juristas (Ginebra, Suiza), el Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan (Cincinnati, Ohio, Estados Unidos de América), y el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Maastricht (Países Bajos). Dicha reunión tuvo como objetivo ampliar el entendimiento de los Principios de Limburg con respecto a la naturaleza y el alcance de las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales y las respuestas y recursos adecuados a los mismos.

Los participantes acordaron una serie de directrices las cuales, a su entender, reflejaban la evolución del derecho internacional a partir del año 1986 y tienen el propósito ser de utilidad para todos los que se dedican a conocer e identificar las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales y ofrecer recursos a las mismas, y en particular, aquellas entidades encargadas de la vigilancia y administración de justicia a los niveles nacional, regional e internacional.

«Las obligaciones de conducta y resultado

7. Las obligaciones de respetar, proteger y cumplir incluyen elementos de obligación de conducta y de obligación de resultado. La obligación de conducta exige acciones racionalmente concebidas con el propósito de asegurar el ejercicio de un derecho específico. Por ejemplo, en el caso del derecho a la salud, la obligación de conducta podría implicar la aprobación y ejecución de un plan de acción destinado a reducir el índice de mortalidad materna. La obligación de resultado requiere que los Estados cumplan objetivos concretos que satisfagan un norma sustantiva precisa. Por ejemplo, con respecto al derecho a la salud, la obligación de resultado exige que se reduzca la tasa de mortalidad materna a los niveles acordados en la Conferencia Internacional de El Cairo sobre la Población y el Desarrollo de 1994 y la Cuarta Conferencia Mundial de Beijing sobre la Mujer de 1995».

Es preciso, pues, acabar con ciertos *mitos jurídicos* en torno al derecho a la vivienda y, en general, en torno a otros derechos sociales, los cuales, en primer lugar, existen en el sistema constitucional español, que es el que ahora nos interesa, y, en segundo lugar, no tienen una estructura radicalmente distinta de otros derechos políticos y sociales ni, por supuesto, ninguna dificultad ontológica específica para

hacerlos efectivos y exigibles por sus titulares, lo que es perfectamente posible y deseable, al igual que lo es en el caso del resto de los aludidos[61].

Con frecuencia, las tesis que explican los problemas de protección de los derechos sociales como la vivienda unen a la argumentación sobre su estructura prestacional y costosa (lo que como hemos visto no es siempre cierto, como no lo es que los derechos civiles y políticos nunca lleven aparejadas prestaciones públicas y costos presupuestarios) una segunda línea de razonamiento que enfatiza su carácter vago e indeterminado, a diferencia (supuesta) de los derechos civiles y políticos, que en el caso de la vivienda se predicaría de la alusión del artículo 47 CE a que ésta sea «digna y adecuada».

Pero, de nuevo, nos encontramos ante otro mito jurídico que no debería perdurar mucho más en el tiempo. Efectivamente, esa indeterminación y vaguedad no afecta sólo a los derechos sociales, el de vivienda entre ellos. Es una característica propia del lenguaje e inherente tam-

---

[61] Sobre el conjunto de prestaciones negativas y positivas que generan los derechos sociales y su similar estructura a los otros tipos de derechos, puede consultarse ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian (2002): *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta. En la misma línea, una crítica a los distintos mitos entorno a los derechos sociales y una reconstrucción jurídica de los mismos puede hallarse en PISARELLO, G. (2007): *Los derechos sociales y sus garantías*, Trotta, Madrid.

bién al lenguaje jurídico, que puede detectarse también en relación con otros clásicos derechos civiles y políticos: «trato inhumano o degradante» (art. 15 CE), duración de la detención preventiva «más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos» (art. 17 CE), «información veraz» (art. 20.1 CE), «tutela efectiva» o «proceso sin dilaciones indebidas» (art. 24 CE), etc., etc.

Y sin embargo, nadie cuestiona la posibilidad de hacer efectivos estos derechos ni su exigibilidad. Corresponde, claro está, al legislador y a los gobiernos y administraciones mediante el desarrollo de su potestad reglamentaria concretar los derechos sociales, en la misma medida que deben concretarse los civiles y políticos. Sólo se requiere el mismo nivel de diligencia en el primer caso que en el segundo[62].

---

[62] PISARELLO, Gerardo (2007): p. 68: «Que el grueso de la actividad legislativa, jurisdiccional e incluso doctrinal se dedique a elucidar el alcance de los derechos civiles y políticos no obedece a una suerte de insalvable oscuridad estructural de los derechos sociales, sino a una opción deliberada, muchas veces fundada en simples perjuicios ideológicos. Al igual que se han dedicado códigos, leyes y reglamentos enteros a esclarecer, entre otras cuestiones, si el derecho de propiedad comprende los tesoros hallados en un fundo ajeno, si el derecho a la vida establece algún tipo de tutela sobre los embriones o excluye la posibilidad de eutanasia, si la habitación de un hotel se encuentra protegida por el derecho a la inviolabilidad del domicilio o si la libertad de expresión incluye la publicidad comercial o el derecho a gritar '¡fuego!' dentro de un cine o teatro,

De hecho, el legislador en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno ha dado un paso más y ha configurado auténticas obligaciones de resultado derivadas del derecho a la vivienda, en ocasiones sin necesidad de que un texto constitucional lo consagre explícitamente, como ya nos consta.

En nuestro propio sistema jurídico, hemos tenido ejemplos de obligaciones de resultados asociadas al derecho a la vivienda. Tempranamente, la Ley catalana del derecho a la vivienda de 2007 preveía, siguiendo en este punto a la legislación francesa, una obligación de resultado para los municipios: la denominada solidaridad urbana (art. 73) constituía una obligación jurídica para la efectividad del derecho a la vivienda en todo el territorio de Cataluña, de tal suerte que en un plazo de veinte años se obligaba por la ley a disponer de un parque mínimo de viviendas destinadas a políticas sociales del 15% respecto al total de las existentes en los municipios de más de 5.000 habitantes y las capitales de comarca. Tal previsión fue eliminada con la modificación de la ley del derecho a la vivienda de Cataluña de 2011.

Asimismo, la Ley 1/2011, de 10 de febrero, de Garantías en el Acceso a la Vivienda

---

nada impide que se desarrollen criterios o indicadores que delimiten el derecho al agua, a la alimentación o al más alto nivel posible de salud», así como, añadimos nosotros, a lo que constituye una vivienda digna y adecuada.

en Castilla-La Mancha, vigente hasta el 1 de marzo de 2012, y derogada sin mayores justificaciones, señalaba que:

«Artículo 3. Régimen de garantías de acceso a la vivienda.

1. Las personas demandantes que, llevando al menos inscritas un año en el Registro de Demandantes de Vivienda con protección pública de Castilla-La Mancha, no hayan obtenido el acceso a una vivienda protegida en los términos recogidos en esta Ley, podrán acceder, mediante el alquiler, a una vivienda no sometida a algún régimen de protección pública que sea adecuada a sus necesidades.

2. En el supuesto previsto en el apartado anterior, la Consejería competente en materia de vivienda les reconocerá la garantía económica de acceso a la vivienda en los términos determinados en esta Ley.

3. Dicha garantía económica se disfrutará por las personas beneficiarias en tanto no hayan obtenido el acceso a una vivienda protegida. En todo caso, estas personas estarán obligadas a participar en los procedimientos ordinarios de adjudicación de viviendas en las condiciones previstas en el artículo 5 de esta Ley».

Como es sabido, la ley vasca 3/2015, de 18 de junio, de vivienda, articula ahora un

sistema de exigibilidad del derecho a la vivienda, todavía por evaluar en su aplicación efectiva.

Finalmente, la ley 24/2015, del 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética, fruto de una iniciativa legislativa popular y aprobada por unanimidad del parlamento de Cataluña también establece una serie de obligaciones de resultado tanto para las Administraciones públicas cómo para determinadas entidades privadas (los llamados «grandes tenedores») que en el marco del servicio de interés general de vivienda asequible a que hace referencia el preámbulo de la ley, recordando el artículo 4 de la ley de vivienda catalana.

En una regulación un tanto confusa y complicada, la ley establece medidas referidas a la mediación extrajudicial en casos de sobreendeudamiento y al procedimiento judicial para tratar estos casos (arts. 1 a 4; a la cesión obligatoria de viviendas vacías en determinadas circunstancias (art. 7). También hace referencia a la imposibilidad de corte de suministros básicos de agua potable, de gas y de electricidad a las personas y unidades familiares en situación de riesgo de exclusión residencial (art. 8, medidas ya existentes en otros países como Francia). Además, en los artículos 5 y 6 prevé que en ciertos casos el demandante en un procedimiento de desahucio

por impago de alquiler o ejecución hipotecaria[63] ha de ofrecer un alquiler a precios regulados por la ley[64], si el demandado reúne ciertas caracte-

---

[63] Si se trata de:

a) persona jurídica que tenga la condición de gran tenedor de vivienda.

La tienen las personas jurídicas siguientes: a) Las entidades financieras, las filiales inmobiliarias de estas entidades, los fondos de inversión y las entidades de gestión de activos, incluidos los procedentes de la reestructuración bancaria, de acuerdo con la legislación mercantil. b) Las personas jurídicas que, por sí solas o por medio de un grupo de empresas, sean titulares de una superficie habitable de más de 1.250 m^2, con las excepciones siguientes: 1.º Los promotores sociales a que hacen referencia las letras a y b del artículo 51.2 de la Ley 18/2007, del 28 de diciembre, del derecho a la vivienda. 2.º Las personas jurídicas que tengan más de un 15% de la superficie habitable de la propiedad calificado como viviendas con protección oficial destinados a alquiler.

b) persona jurídica que haya adquirido después del 30 de abril de 2008 viviendas que sean, en primera o en ulteriores transmisiones, provenientes de ejecuciones hipotecarias, provenientes de acuerdos de compensación de deudas o de dación en pago o provenientes de compraventas que tengan como causa la imposibilidad de devolver el préstamo hipotecario.

[64] Es decir, el contrato:

a) Tiene que fijar rentas que garanticen que el esfuerzo por el pago del alquiler no supere el 10% de los ingresos ponderados de la unidad familiar, si están por debajo del 0,89 del indicador de renta de suficiencia (IRSC), o el 12% de los ingresos ponderados de la unidad familiar, si están por debajo del 0,95 del IRSC, o el 18% de los ingresos ponderados de la unidad familiar, si son iguales o superiores al 0,95 del IRSC. b) Tiene que ofrecer preferentemente la vivienda afectada por el procedimiento o, alternativamente, una vivienda situada dentro del mismo término municipal, salvo que se disponga de un informe de los servicios sociales municipales que acredite que el traslado a otro término municipal no tiene que afectar negativamente la situación

rísticas[65]. Las Administraciones, a su vez, tienen que supervisar el cumplimiento de las obligaciones descritas, evitando el incumplimiento de la función social de la propiedad y sancionando en caso de comisión de una infracción de las que ahora se tipifican de nuevo[66], tienen que

---

de riesgo de exclusión residencial de la unidad familiar. c) Tiene que ser para un periodo de como mínimo tres años.

[65] Si el procedimiento afecta personas o unidades familiares que no tengan una alternativa de vivienda propia y que se encuentren dentro de los parámetros de riesgo de exclusión residencial, que se define como las personas que tengan unos ingresos inferiores a 2 veces la IRSC, si se trata de personas que viven solas, o unos ingresos inferiores en 2,5 veces la IRSC, si se trata de unidades de convivencia, o unos ingresos inferiores a 3 veces la IRSC, en caso de personas con discapacitados o con gran dependencia. En el supuesto de que los ingresos sean superiores a 1,5 veces la IRSC, hace falta un informe de los servicios sociales que acredite el riesgo de exclusión residencial. Excepcionalmente, las pueden beneficiar personas y unidades familiares que superen los límites de ingresos que se fijan, siempre que dispongan de un informe de los servicios sociales que acredite que están sometidas a un riesgo inminente de pérdida de la vivienda y no disponen de alternativa de vivienda propia

[66] Se añaden tres letras, e, f y g, al artículo 5.2 de la Ley 18/2007, del 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, con el texto siguiente: «e) Después del logro de acuerdos de compensación o dación en pago de préstamos o créditos hipotecarios sobre la vivienda habitual, o de la firma de compraventas de vivienda que tengan como causa la imposibilidad de devolver el préstamo hipotecario por parte del prestatario, no se formule una propuesta de alquiler social en los términos establecidos por el artículo 5 de la Ley de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética. f) Después del inicio de un procedimiento de ejecución hipotecaria o de un desahucio por impago de alquiler por parte de las personas jurídicas que tengan la condición de grandes tenedores de vivienda, no se formule una propuesta de alquiler

garantizar el realojo de las personas en riesgo de exclusión social que se queden sin hogar[67] y la asequibilidad de las rentas a pagar[68].

---

social en los términos establecidos por el artículo 5 de la Ley de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética. g) Después del inicio de un procedimiento de ejecución hipotecaria o de un desahucio por impago de alquiler por parte de personas jurídicas que hayan adquirido después del 30 de abril de 2008 viviendas que sean, en primera o en ulteriores transmisiones, provenientes de ejecuciones hipotecarias, provenientes de acuerdos de compensación de deudas o de dación en pago o provenientes de compraventas que tengan como causa la imposibilidad de devolver el préstamo hipotecario, no se formule una propuesta de alquiler social en los términos establecidos por el artículo 5 de la Ley de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética».

Además se añaden dos letras, y j, al artículo 124.2 de la Ley 18/2007, con el texto siguiente: «y) No formular la propuesta obligatoria de alquiler social en los supuestos en que el artículo 5 de la Ley de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética lo requiere. »j) Incumplir en la formulación de la propuesta obligatoria de alquiler social los requisitos que establece la definición del alquiler social del artículo 5.7 de la Ley de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética».

[67] Artículo 5.6:

«Las administraciones públicas tienen que garantizar en cualquier caso el realojo adecuado de las personas y unidades familiares en situación de riesgo de exclusión residencial que estén en proceso de ser desahuciadas de su vivienda habitual, para poder hacer efectivo el desahucio. El mecanismo de garantía del realojo lo tiene que acordar la Generalitat con la Administración local para los casos que las meses de valoración que regula la sección IV del Decreto 75/2014, del 27 de mayo, del Plan para el derecho a la vivienda, tramiten como emergencias económicas y sociales.

[68] «El Gobierno tiene que garantizar que en los supuestos de vulnerabilidad a que hacen referencia los artículos

La aplicación de la ley ha permitido evitar la pérdida del alojamiento de centenares de personas desde su entrada en vigor, según informa la prensa[69]. La jurisdicción civil la ha aplicado en el auto de de 15 de enero de 2016 del juzgado de primera instancia núm. 50 de Barcelona, que ha paralizado un procedimiento de ejecución hipotecaria ante la falta de ofrecimiento de alquiler social de un gran tenedor. El Gobierno estatal la ha impugnado ante el TC quién ha aplicado automáticamente la suspensión de diversas de sus previsiones.

En todo caso, nótese que las obligaciones de resultado de las Administraciones lo son «en función de las *disponibilidades presupuestarias*, con priorización, en cualquier caso, de las unidades de convivencia de tres o más miembros, en primer término; de las de dos miembros, en segundo término, y de las integradas por un solo miembro, en último término» (Disposición Transitoria primera). Esto nos llevará en la parte final de este análisis a cuestionar, precisamente, que los presupuestos condicionen los derechos y no sea al contrario.

---

5 y 6 los gastos en vivienda y en suministros básicos no comporten más de un 30% de los ingresos disponibles de la unidad familiar, siempre que los gastos de alquiler y de suministros sean inferiores a los topes máximos que sean establecidos por reglamento en función de la zona geográfica de residencia de las personas o unidades familiares beneficiarias».

[69] *El Periódico de Cataluña*, 3 de mayo de 2016.

En fin, como señala LÓPEZ RAMON[70]:

«En definitiva, cada vez parecen existir menos argumentos jurídicos para no concordar con quienes (especialmente en relación con el derecho al medio ambiente) propugnan que los derechos reconocidos en la Constitución son derechos y no otra cosa. La fuerza de las palabras utilizadas, por lo que ellas mismas significan, junto con la fuerza de la conciencia social sobre la necesidad de compromisos exigibles en torno a ciertos valores del texto fundamental, confirmados y potenciados nada menos que en la Declaración Universal de Derechos Humanos, además de en el Derecho comparado, todos ellos son elementos que justifican interpretar que la palabra «derecho» equivale, como es habitual en el lenguaje jurídico, a derecho subjetivo, esto es, a una situación de poder individual susceptible de tutela judicial. Estamos ante un derecho subjetivo que puede ser calificado de constitucional al haberse garantizado en la Constitución, pero no de fundamental con el significado que a esta última categoría se da en la misma Constitución (arts. 53.2, 81.1 y 168.1); su efecto esencial, propio de todo derecho subjetivo garantizado en el ordenamiento jurídico, consiste en proporcionar al titular una acción judicial para el reconocimiento del

---

[70] LÓPEZ RAMÓN, F., «El derecho subjetivo a la vivienda», *REDC*, núm. 102, 2014, p. 62.

mismo derecho frente a quien —Administración o particular— lo desconozca».

Además, como este autor también señala, es incontestable la consagración de un derecho subjetivo en algunos estatutos de autonomía (art. 26 del Estatuto de Cataluña de 2006, artículo 16 del Estatuto de la Comunidad Valenciana de 2006, cuya redacción es seguida por el artículo 22 del Estatuto de las Islas Baleares de 2007, que este autor considera ajustados a la Constitución y que no han sido impugnados específicamente) así como en la legislación estatal urbanística y en la autonómica de vivienda.

d) La postura del Tribunal Constitucional español respecto a los derechos sociales y su impacto en el derecho a la vivienda

Frente a las crecientes opiniones doctrinales como la acabada de citar y la jurisprudencia del TS, de los TSJ de las CCAA y de los juzgados de lo contencioso, que aceptan con naturalidad en España alegaciones basadas en el artículo 47 CE y resuelven los recursos de acuerdo al derecho allí contenido, el TC español, en cambio, si bien por una parte ha aceptado su alegación como derecho y su consideración como tal en los litigios planteados (por todas STC 7/2010, FJ 7), por otra parte no ha extraído del artículo 47 CE y de su conexión con otros derechos constitucionales las consecuencias posibles que

sí han hecho otros órganos judiciales internacionales y nacionales.

Una muestra de lo que se afirma es la reiterada negativa a analizar seriamente la legislación hipotecaria bajo el prisma del derecho a la vivienda (STC 4/81, Auto TC 113/ 2011, de 19 de julio), lo que, sin duda, tuvo su peso en la decisión del juzgado mercantil número tres de Barcelona de presentar, en vez de una cuestión de inconstitucionalidad, una cuestión prejudicial ante el TJUE, en el ya mencionado caso Aziz[71]. Ese problema se reiteró de nuevo en el caso que dio lugar a la decisión del Comité PIDESC de 2015 ya aludida.

Un problema que presenta la jurisprudencia del TC y que afecta también al derecho a la

---

[71] Dado que estamos tratando del aspecto material del derecho a la vivienda, no consideramos aquí, además, los recientes casos de 2015 y 2016 en que el Tribunal Constitucional ha anulado regulaciones autonómicas que pretendían proteger el derecho a la vivienda, en base a razonamientos competenciales que nos parecen discutibles, como es el caso de la anulación de la ley andaluza que preveía la expropiación de viviendas en manos de bancos y del Código de Consumo Catalán que buscaba proteger a los usuarios de cortes de suministros básicos para la vivienda. Un comentario a ambos supuestos puede encontrarse respectivamente en: https://transjusblog.wordpress.com/2015/06/04/ha-expropiado-el-tribunal-constitucional-las-competencias-autonomicas-en-materia-de-vivienda-a-proposito-de-la-stc-de-14-de-mayo-de-2015-declarando-la-inconstitucionalidad-de-la-regulacion-an-2/ y http://www.elperiodico.com/es/noticias/opinion/doce-hombres-sin-piedad-5054634

vivienda es la ausencia de interconexión entre derechos constitucionales para la protección del derecho a la vivienda, a diferencia de lo que realiza el TEDH o el TJUE, como hemos visto[72].

Las decisiones del Tribunal Constitucional español a diferencia de otras jurisprudencias, internacionales y nacionales, como las antes aludidas, ha partido, respecto a los derechos sociales, de la consideración de que[73]:

1. El Capítulo III del Título I de la CE no contiene auténticos derechos subjetivos (a diferencia de los derechos civiles y políticos incluidos en la Constitución, de los que están separados conceptualmente), sino, a lo sumo, mandatos de optimización, en el mejor de los casos, cuando no es infrecuente seguir leyendo referencias a que en ese capítulo hay normas *programáticas*, tantas décadas después de que el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA negara, muy oportunamente, la existencia de partes de la CE sin valor jurídico, lo que ha sido repetido, por cierto, por el propio TC[74].

---

[72] Un estudio de su jurisprudencia destacando esta limitación en DIAZ, M., «Derechos sociales y amparo constitucional, *RVAP*, num. 94, 2012,

[73] Como es sabido, y ya dijimos antes, existen derechos sociales y económicos en los capítulos segundo y tercero del Título I de la Constitución. Nos concentramos ahora en este último.

[74] «al margen de su mayor o menor generalidad de contenido, enuncian proposiciones vinculantes en términos que se desprenden inequívocamente de los artículos 9 y 53 CE (STC 14/1992, de 10 de febrero, FJ 11, entre otras en la misma línea)

El Tribunal Constitucional, en la sentencia 93/2015 de 14 de mayo relativa al Decreto ley andaluz 6/2013 de 9 de abril de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda, afirma en su FJ 14 que «el derecho a una vivienda digna recogido al artículo 25 del Estatuto de Autonomía de Andalucía más que un derecho subjetivo es un mandato a los poderes públicos autonómicos, STC 247/2007 de 12 de diciembre, FJ 15 c; 31/2010, FJ 16 y 110/2011 de 22 de junio, FJ 15». No se dan las notas de aplicabilidad y susceptibilidad para exigir el cumplimiento que permitiría reconocer la existencia de un derecho subjetivo (STC 247/2007 de 12 de diciembre, FJ 13, B).

2. Tales derechos sociales del Capítulo III del Título I, sin matizaciones entre ellos, no se pueden alegar judicialmente de forma directa, debido a la previsión del artículo 53.3 CE, aunque se señale por el TC, que no son normas sin contenido.

3. Los derechos sociales, en definitiva, dependen de la discrecionalidad del legislador sectorial en su concreción, aunque lo limitan, si bien dependen de los medios de que se disponga (con lo cual esa limitación brilla por su ausencia finalmente, así STC 172/1989, FJ3).

4. Al suponer gasto público, pues se supone que esta nota los define, siempre dependen de la discrecionalidad presupuestaria. Este

punto de vista ha sido de nuevo declarado de forma espectacular en la STC 49/2015.

5. El TC ha sido «excesivamente tímido y escasamente original» en la interconexión entre derechos constitucionales (sociales, civiles y políticos)[75], a diferencia, como es sabido, del TEDH o del TJUE o de Tribunales Constitucionales como el alemán, ya citado, o el sudafricano, por ejemplo[76].

6. Si bien ha dejado entrever la existencia de límites a las regresiones, en decisiones recientes, como la aludida STC 49/2015, otorga a la ley de presupuestos la posibilidad de convertir en papel mojado los derechos sociales, lo que motiva en la misma un interesante voto particular con consideraciones sobre los límites a la reversibilidad de los derechos[77].

---

[75] DIAZ, M., «Derechos sociales y amparo constitucional, *RVAP*, num. 94, 2012.

[76] Véase SUNSTEIN, C.R, «Social and Economic Rights? Lessons from South Africa», John M. Olin Program in L. & Econ., Working Paper núm. 124.

[77] Se señala en este voto particular, que formulan los Magistrados don Fernando Valdés Dal-Ré y don Luis Ignacio Ortega Álvarez, al que se adhieren la Magistrada doña Adela Asua Batarrita y el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos, entre otras cuestiones, que:

«Las razones de nuestra discrepancia parten de un doble y combinado presupuesto constitucional: de un lado, el reconocimiento de determinados derechos por la Constitución no es una mera declaración vacía de contenido, sino que presenta plena coherencia con la calificación de nuestro Estado como social y democrático de Derecho (art. 1.1) y,

de otro el aseguramiento formal de esos derechos no es suficiente, siendo adicionalmente exigible su garantía material y debido cumplimiento.

Los aspectos discutidos en el presente recurso, en el que se cuestiona una regulación a simple vista menos favorable para algunos de esos derechos, los enunciados en los artículos 41 y 50 CE en relación con la actualización periódica de las pensiones, nos situaban en primera instancia ante el problema de discernir la conformidad constitucional de una decisión de los poderes públicos de recortar o rebajar algunos de los aspectos previamente reconocidos en el ámbito de los derechos sociales. En otros términos, se planteaba una cuestión relacionada con la denominada irreversibilidad de los derechos sociales.

No defendemos la tesis de la irreversibilidad absoluta de los derechos sociales que, aplicada a las circunstancias del presente caso, vendría a significar que, una vez que se ha regulado legalmente la actualización de las pensiones, toda medida regresiva que afectara al contenido de tal regulación estaría viciada de inconstitucionalidad. Esa postura implicaría el sacrificio de otros valores constitucionales, como el pluralismo político que implica la posibilidad de que, dentro del marco constitucional, sean posibles diversas opciones legislativas de configuración de los derechos sociales, atendiendo a las diversas prioridades políticas, siendo, por otra parte, evidente que las decisiones precedentes nunca pueden vincular de forma absoluta a las futuras. Ahora bien, el debate acerca de la alterabilidad o inalterabilidad del *statu quo* alcanzado en el desarrollo de los derechos sociales es sensiblemente más complejo.

Admitido que el legislador podría adoptar medidas consideradas regresivas respecto a la situación anterior —pues los derechos sociales, y en particular en materia de seguridad social, están condicionados por lo que podemos calificar de reserva de lo posible—, tampoco podemos aceptar la tesis de que semejante conclusión consienta la adopción de cualquier medida y de cualquier modo. El problema es, entonces, el grado de restricción que pueden sufrir los derechos sociales. Señalada la inviabilidad de la irrever-

Este «catecismo» del TC, respecto a los derechos sociales en general y la vivienda en particular, ha hecho muy difícil su protección efectiva frente a los recortes, la cual ha quedado en manos, hasta el momento, de los órganos judiciales del contencioso administrativo, que han empezado a incorporar por su cuenta razonamientos en la línea de los manejados a nivel internacional y en otros países, como hemos visto ya en relación específica al derecho a la vivienda.

---

sibilidad absoluta, no es aceptable, sin más, su opuesto, la reversibilidad incondicionada o, lo que es lo mismo, el reconocimiento al legislador de una libertad omnímoda al respecto; lo que es perfectamente admisible es que la aplicación de la legislación ordinaria esté presidida por un principio interpretativo restrictivo de los eventuales recortes sociales. No ha de olvidarse que es el legislador el máximo responsable de que los principios rectores constitucionales desplieguen toda su eficacia jurídica; esto es, la Constitución configura derechos sociales jurídicamente exigibles, pues no de otra forma puede entenderse el artículo 53.3 CE, que expresamente ha querido remitir la decisión sobre la concreción en derechos de los principios socioeconómicos constitucionales al plano de la legislación ordinaria. Ni que decir tiene que entre ellos se encuentra los artículos 41 y 50 CE, que obligan a los poderes públicos a garantizar, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica de numerosos colectivos de ciudadanos, la mayor parte de ellos socialmente vulnerables y en estado de necesidad. En este caso, el legislador había determinado el mínimo protegido, mediante el mecanismo previsto en la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social, con el declarado y encomiable objetivo de garantizar el poder adquisitivo de las pensiones».

5. Exigibilidad judicial del derecho a la vivienda y gasto público

Analizada la cuestión de la exigibilidad judicial del derecho a la vivienda, pertoca ahora, de conformidad con lo previsto, abordar el segundo ámbito de este estudio: la conexión entre presupuesto y el derecho social a la vivienda.

Al respecto, se ha sostenido que de acuerdo con el principio de distinción funcional existente en la Constitución, si se invocara directamente el derecho a la vivienda el poder judicial podría determinar el gasto público en el sector y se produciría una invasión judicial indebida de ámbitos de poder que le son ajenos.

Una muestra de este argumento la encontramos en la postura de Luis DÍEZ-PICAZO, cuando señala que «la invocabilidad directa de la mayor parte de las previsiones del capítulo III conduciría a un resultado perverso y absurdo: la determinación del gasto público correspondería a los jueces; y ello no sólo sería antidemocrático, sino incompatible con una gestión mínimamente eficiente de la Hacienda pública»[78].

Es decir, subyace en las opiniones de este tipo una preocupación por la vulneración de un principio común en diversos ordenamientos

---

[78] DÍEZ-PICAZO, Luis (2003): *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, p. 63.

jurídicos relativo a la distinción funcional entre los distintos poderes públicos. Efectivamente, las Constituciones en los estados de derecho, entre ellas la española, establecen una distinción de funciones entre el poder legislativo, el poder ejecutivo y el poder judicial, por un doble orden de razones. Por un lado, sirve de límite negativo al desarrollo del poder, para contenerlo y equilibrarlo. Por otro lado, tal distinción se explica por la voluntad de lograr el cumplimiento óptimo de cometidos materiales distintos, los cuales exigen métodos organizativos y procedimientos diferentes, adaptados a cada ámbito; en este caso, la distinción tendría una función positiva, para el óptimo cumplimiento de cada función por los órganos más aptos y por los procedimientos más adecuados[79].

Si el Tribunal Constitucional o la jurisdicción ordinaria reaccionaran contra los incumplimientos de los derechos sociales por parte de los otros poderes públicos, se puede llegar a sostener que entonces cruzarían el límite de la distinción funcional, actuando sin legitimación democrática, en ámbitos que exceden de su competencia técnica, que se entrecruzan con aspectos de política económica y que, en

[79] PONCE SOLÉ, J. (2002): pp. 112 y ss., con cita de doctrina europea sobre las dos razones de ser (límite negativo del poder en garantía de la libertad de los ciudadanos y criterio de *corrección funcional*, para el óptimo desarrollo de las funciones estatales, en la expresión de Hesse).

definitiva, no les corresponden constitucionalmente[80].

Ahora bien, fácilmente se detecta que una afirmación de este tenor es poco matizada y conduciría, de hecho, poco menos que a la imposibilidad de control de la falta de cumplimiento de las obligaciones jurídicas derivadas de derechos sociales como el derecho a la vivienda. En primer lugar, cabe recordar que las prestaciones asociadas al derecho a la vivienda constitucional no son siempre y en todo caso de tipo económico, puesto que la efectividad del mismo puede requerir la elaboración de normas y regulaciones, como ya se dijo. No hay aquí, pues, peligro de disposición presupuestaria indirecta por órganos judiciales.

En segundo lugar, es evidente que el control de la falta de cumplimiento de las obligaciones derivadas del derecho a la vivienda no puede desconocer los límites estructurales de los poderes constitucionales. Límites que en el caso de la jurisdicción contencioso-administrativa están expresados en el conocido artículo 71.2 LJCA, que prohíbe a los tribunales sustituir la

---

[80] Recuérdese el artículo 117.4 CE, que señala que «los juzgados y tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho». Un resumen de este modo de razonar y de los posibles contraargumentos puede hallarse en PISARELLO, Gerardo (2007): pp. 88 y ss.

discrecionalidad administrativa. Ahora bien, esos límites no tienen por qué impedir (ni pueden, en virtud de los artículos 24 y 106.1 CE y de las funciones que la misma otorga al Tribunal Constitucional) el control de la actividad o inactividad pública (recuérdese la pretensión prevista en el art. 29 LJCA) respecto a, recordemos, el respeto, el reconocimiento, la protección y la promoción del derecho a la vivienda, sea mediante una actividad de limitación de los derechos privados (incluida la regulación legal o reglamentaria), de fomento de ciertas actividades privadas o, como veremos, de servicio público.

Y tal vulneración de la distinción funcional constitucional no debe producirse si se parte, como aquí se ha hecho, de que el derecho subjetivo a la vivienda del artículo 47 sólo prevé obligaciones de medios, no de resultados[81]. Estas últimas, como se argumentará, sólo surgirán cuando, en desarrollo del artículo 47 CE, el legislador y el poder ejecutivo las establezcan. Nada peculiar, por otro lado, de los derechos del capítulo III del título I, por cuanto hay otros derechos subjetivos de cuya existencia y exigibilidad nadie duda con una estructura similar, señaladamente el derecho a la educación del artículo 27 CE.

---

[81] Lo que no significa, claro está, que tales obligaciones de medios frente a los poderes públicos no sean exigibles, tanto frente al legislador como frente al poder ejecutivo y el judicial, como se razona *infra*.

Esta última cuestión nos conduce en la parte final de este apartado a una reflexión sobre el gasto público y los derechos sociales.

a) Gasto público y derechos sociales

Una, entre otras, de las excusas que tradicionalmente se han esgrimido para negar el carácter de derecho subjetivo a los derechos sociales ha sido afirmar que éstos exigen en todo caso gasto público, a diferencia de los derechos que sí son considerados tradicionalmente como tales (los llamados civiles y políticos, aunque esa distinción ha dejado de tener relevancia en la moderna doctrina constitucionalista internacional, como nos consta)[82]. Sin embargo tal argumentación no se sostiene.

Por un lado, porque derechos sobre los que no hay duda de que lo sean, como el derecho a

---

[82] Un análisis más detallado de las excusas jurídicas para negar que los derechos sociales sean derechos subjetivos que imponen obligaciones a los poderes públicos, en reflexión aplicada al derecho a la vivienda pero transversal a todos los derechos sociales, en PONCE SOLÉ, J. «El derecho a la vivienda. Nuevos desarrollos normativos y doctrinales y su reflejo en la ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda», en PONCE SOLÉ, J., y SIBINA TOMÀS, D., coords.), *El derecho a la vivienda en el siglo XXI: sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo. Con un análisis específico de la ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, en su contexto español, europeo e internacional*, Marcial Pons, 2008.

la propiedad o el derecho a votar en una democracia, exigen enormes sumas de dinero público para hacerlos realidad (fuerzas y cuerpos de seguridad del estado, financiación de partidos políticos, organización electoral...). Por otro lado, no vulnerar, proteger y hacer efectivo los derechos sociales no exige siempre y en todo caso gasto público. Existen técnicas de regulación perfectamente eficaces, como son, por ejemplo, las reservas legales para vivienda protegida, ya aludidas, respecto al derecho del artículo 47 CE.

Como señala la Organización de Naciones Unidas en el documento antes citado:

«...se considera que los derechos económicos, sociales y culturales requieren un mayor grado de inversión, en tanto que los derechos civiles y políticos requieren que el Estado se abstenga de interferir en las libertades individuales. Es cierto que muchos derechos económicos, sociales y culturales requieren en ocasiones grandes inversiones —tanto financieras como humanas— para garantizar su pleno disfrute. No obstante, los derechos económicos, sociales y culturales también exigen que el Estado se abstenga de interferir en las libertades individuales, como las sindicales o el derecho a elegir el trabajo que se desee. Paralelamente, los derechos civiles y políticos, aunque abarcan libertades individuales, también requieren inversiones para lograr su plena efectividad. Por ejemplo, los derechos civiles y políticos exigen ciertas infraestructuras, como un sistema judicial que funcione, un

sistema penitenciario que respete condiciones de vida mínimas para los reclusos, asistencia letrada, elecciones libres e imparciales, etc.».

b) Insuficiencia de la regulación de derechos que no vaya acompañada de una regulación del gasto público asociado

Ahora bien, no se puede negar que algunos derechos sociales en cuanto a la obligación jurídica de darles satisfacción exigen un gasto público imprescindible para ello, asociado a la prestación de determinados servicios públicos (educación, sanidad, etc.). Por ello, sería ingenuo hacer propuestas de reforma de la Constitución que no tuvieran en cuenta el aspecto económico vinculado a la garantía de tales derechos.

En este contexto, no cabe reflexionar sobre los derechos sociales sin tener en cuenta el actual artículo 135 CE. Como es sabido, con una celeridad ciertamente espectacular (¡31 días desde la entrada de la proposición modificativa hasta su publicación y entrada en vigor!, excepto los límites de déficit estructural), que suscita reflexiones que ahora debemos orillar sobre el funcionamiento democrático parlamentario en España, el 27 de septiembre de 2011 se aprobó la reforma del artículo 135 CE —siguiendo la senda abierta por ejemplo por la Constitución alemana años atrás— el cual introduce ahora

el principio de estabilidad presupuestaria, distinto del de estabilidad económica aludido en el artículo 40 CE, que no presuponía necesariamente aquélla, y flanqueado por los criterios de limitación y control del déficit público estructural y de la deuda pública.

La ley orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria desarrolla este precepto, siguiendo su mandato, y concreta los supuestos en que es posible incidir en déficit estructural[83], pero no realiza ninguna concreción de lo que deba entenderse por «sostenibilidad social del Estado», cláusula que nos interesa particularmente por su vinculación a los derechos sociales. La Ley Orgánica de estabilidad presupuestaria ha desaprovechado una

---

[83] Art. 11.3

«Excepcionalmente, el Estado y las Comunidades Autónomas podrán incurrir en déficit estructural en caso de catástrofes naturales, recesión económica grave o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control de las Administraciones Públicas y perjudiquen considerablemente su situación financiera o su sostenibilidad económica o social, apreciadas por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados. Esta desviación temporal no puede poner en peligro la sostenibilidad fiscal a medio plazo.

A los efectos anteriores la recesión económica grave se define de conformidad con lo dispuesto en la normativa europea. En cualquier caso, será necesario que se de una tasa de crecimiento real anual negativa del Producto Interior Bruto, según las cuentas anuales de la contabilidad nacional.

En estos casos deberá aprobarse un plan de reequilibrio que permita la corrección del déficit estructural teniendo en cuenta la circunstancia excepcional que originó el incumplimiento».

oportunidad importante de definir la sostenibilidad social como límite al déficit, omisión que debería enmendarse en el futuro.

En este punto, pues, ni la CE ni la ley orgánica orientan y limitan la discrecionalidad del legislador presupuestario. Como ya dijimos, entre 2008 y 2015 la inversión en materia de vivienda descendió un 55% en los presupuestos generales del Estado, situándose el gasto en vivienda en el 43,2% de la media de la UEM.

Pero esa libertad del legislador presupuestario, aunque aparece como amplísima, no puede ser omnímoda. Efectivamente, acudiendo al concepto de sostenibilidad social manejado por la UE y por la legislación española en ciertos sectores, proponemos entender que se perjudica considerablemente a la sostenibilidad social cuando el mantenimiento de la estabilidad presupuestaria implique medidas regresivas de prestaciones sociales que, desde un a perspectiva singular impliquen *afectaciones del núcleo mínimo inviolable de derechos sociales* al que nos hemos referido (y en este caso, so pena de exponerse a una declaración de inconstitucionalidad posterior, debería excepcionarse el límite de déficit y respetar dicho mínimo blindado) y *comprometan la sostenibilidad o cohesión social* de la sociedad española, en los términos que hemos expuesto en otro momento[84].

---

[84] PONCE SOLÉ, J., *La (ir) reversibilidad, op. cit.*

Pero el problema planteado por el artículo 135 CE excede de su modificación o desarrollo, aunque ambas estrategias puedan contrarrestar el riesgo de daño a los derechos sociales, desde luego. En realidad, el artículo 135 CE explicita, más allá de la coyuntura política en que se incluye, una determinada concepción de las leyes de presupuestos que impregna todo el Derecho en España y otros países y que ha sido puesto de relieve por diversos autores como LOZANO[85], entre nosotros, o CORTI[86].

Exponiendo muy simplificadamente ahora sus tesis, estos autores destacan como existe una asimetría, un desarrollo histórico a dos velocidades entre el derecho tributario y el derecho presupuestario recogido en la Constitución (sobre el mismo, en España, son destacables las consideraciones de la STC 3/2003). Mientras el primero atiende a cuestiones procedimen-

---

[85] LOZANO SERRANO, C., «art. 158.1 CE: límites al recorte y copago de servicios fundamentales», en *Fiscalidad en tiempos de crisis*, en Luis Alberto Malvárez Pascual (dir.) y Salvador Ramírez Gómez (dir.), Aranzadi, 2014, pp. 171-197.

[86] CORTI, H., *Derecho Constitucional Presupuestario*, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, 1.º ed, un autentico tratado de casi 1000 páginas. En otros trabajos más breves este autor ha insistido en sus ideas básicas, como en «Ley de presupuestos y derechos fundamentales: los fundamentos de una nuevo paradigma jurídico-financiero», en *Derecho Constitucional Presupuestario en el Derecho Comparado*, Tomo I, Revista jurídica de Buenos Aires, Facultad de Derecho, UBA, departamento de publicacion, 2010, Buenos Aires, pp. 637 y ss.

tales pero también sustanciales (principio de no confiscatoriedad, principio de igualdad), el segundo, el derecho presupuestario:

i. se desvincula de esa evolución y queda encerrado en el ámbito de la soberanía política de la ley, en el mito del legislador soberano.

De ahí que LOZANO se pregunte «si hay criterios supralegales que limiten al legislador a la hora de decidir la financiación de servicios públicos» para concluir que «la respuesta dada hasta ahora por el Derecho, como en tantas otras facetas del gasto público, es la libertad del legislador en sus decisiones presupuestarias, como expresión normativa de la libre opción política de las mayorías parlamentarias de cada momento. Esta respuesta negativa es la dada también históricamente a la cuestión de si había límites al poder financiero en el establecimiento de tributos, hasta que se consolidó la vinculación constitucional del principio de reserva de ley; y también, hasta hace medio siglo, a la de si había límites sustantivos a la ley tributaria, hasta consolidarse como mandatos vinculantes los principios de justicia tributaria. Por ende, la lucha por el Derecho —en términos de IHERING— no puede detenerse ante un valladar erigido desde siglos atrás en torno a la libertad absoluta del legislador en materia de gasto público. Que el artículo 31.2 CE no haya desplegado aún consecuencias precisas no

significa que no exista, que no esté vigente y que no deban buscarse»[87].

ii. en su paradigma clásico, se echa a faltar la relación entre ley de presupuestos y derechos, lo que motiva la crítica razonada de CORTI, quien cree que «una de las finalidades constitucionales de la actividad presupuestaria consiste en otorgarle efectividad a los derechos» y argumenta como la referencia a la «equidad» incluida ahora en la Constitución argentina desde 1994, y de modo pionero en la española en el mencionado artículo 31.2, no es un concepto vacío o carente de consecuencias jurídicas, sino que se refiere al necesario respeto por la ley de presupuestos de los contenidos mínimos de los derechos, pues en caso contrario, se vulnera dicha equidad, mediante la asignación insuficiente de recursos, y convierte a la ley presupuestaria en inconstitucional[88].

c) Los límites y orientaciones al presupuesto

En la línea de repensar el papel del Derecho presupuestario constitucional y de las leyes de presupuestos, existen ya interesantes desarrollos en relación con el análisis de los presupuestos públicos desde la perspectiva de

---

[87] LORENZO SERRANO, C., «Art. 158.1 CE...», *op. cit.*

[88] CORTI, H., «Ley de presupuestos y...», *op. cit.*, pp. 681 y ss.

los derechos humanos, lo que en el futuro es esperar que permita perfeccionar ciertos límites legales, reduciendo el arbitrio del legislador anual presupuestario[89].

Es más, diversas constituciones en el ámbito iberoamericano han dado ya el paso de limitar al legislador, incorporando previsiones constitucionales que establecen *preasignaciones presupuestarias* reservadas en relación a ciertos derechos sociales.

La OCDE y el BID han estudiado los países donde esta técnica ha sido desplegada[90].

Así, entre estos casos podemos destacar ahora, por ejemplo, los de Brasil y Ecuador:

— En el caso de Brasil, la Constitución de 1988, en su artículo 212, señala que:

«La Unión aplicará anualmente, no menos de 18% y los Estados, el Distrito Federal y los mu-

---

[89] En español, puede consultarse, por ejemplo, *Políticas Públicas y Presupuestos con Perspectiva de Derechos Humanos*, de la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, aquí: http://www.hchr.org.mx/images/doc_pub/L280211PPDH.pdf

[90] OCDE y BID, *Panorama de las Administraciones Públicas América Latina y el Caribe 2014: Innovación en la gestión financiera pública: América Latina y el Caribe 2014: Innovación en la gestión financiera pública*, p. 89, consultable gratuitamente aquí: https://books.google.es/books?id=LTTjAwAAQBAJ&hl=es&source=gbs_navlinks_s

nicipios 25% como mínimo, de ingresos provenientes de impuestos (...) en el mantenimiento y desarrollo de la enseñanza»

— Por su parte, Ecuador en su Constitución de 1998, artículo 71, indicaba que:

«En el presupuesto se asignará no menos del 30% de los ingresos totales corrientes para la educación y erradicación del analfabetismo»

Ahora su Constitución de 2008, establece en su DT 18 que el presupuesto:

«Asignará de forma progresiva con incrementos anuales de al menos el 0,5% del PIB hasta alcanzar el 6% del PIB para educación inicial y bachillerato.

Y en su DT 22 que las asignaciones presupuestarias no serán inferiores «al 0,5% PIB hasta el 4% en salud»

Frente a estas técnicas, que algunos pudieran criticar por excesivamente rígidas, se contrapone la inanidad hasta ahora del artículo 31.2 CE ya expuesto, cuando se ha tratado de hacerlo operativo ante el TC, así como una visión del legislador presupuestario con libertad omnímoda, que pervierte, entonces el papel de la CE, visión que alcanza, quizás, su cota más alta en la ya citada STC 49/2015, de 5 de marzo.

En la misma, se considera conforme a la CE el Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, que dejó sin efecto para 2012 la actualización de las pensiones, de todas, sin distinción de cuantía, para el caso de que el IPC fuera superior al previsto y en función del cual se calculaba la revalorización de la pensión. La decisión del TC (objeto de un voto particular de 2 magistrados al que se adhieren 2 más, antes reseñado), señala que la ausencia de revalorización no era retroactiva y por tanto era conforme a la CE. Establece que la revalorización de pensiones no era obligada para la ley presupuestaria anual, sino que es ella la que convierte una simple expectativa de derechos (prevista en la normativa substantiva sectorial) en un derecho adquirido. De ahí que al dictarse el Decreto Ley que en noviembre de 2012 congeló las pensiones sin subir el IPC el TC diga que éste no tiene efectos retroactivos, pues es la ley de presupuestos la que otorga el derecho.

El mencionado voto particular habla de *perplejidad* y *preocupación*, creemos que con razón, pues de perseverarse en esta línea, los derechos se entregarían al legislador presupuestario de turno, el cual, parafraseando a CORTI, en la cita que inicia este trabajo, decidirá si las cárceles están limpias o las pensiones se mantienen dignas en función de si hay dinero, no teniendo ninguna obligación jurídica de asignar dinero a tales finalidades vinculadas a derechos constitucionales.

Tal interpretación, que no se deriva del texto constitucional, insistimos, supone en realidad, citando de nuevo a CORTI, «reconocer una profunda y casi silenciosa revolución jurídica. El poder constituyente no sólo se manifiesta de manera originaria con el dictado de la Constitución y de manera derivada al reformarla, sino que anualmente él se hace presente mediante el dictado de la ley de presupuesto. El hecho mismo de designar a tal decisión como una «ley» no es más que la rémora de un hábito superado, pues las leyes se subordinan a la Constitución. En el caso, en cambio, se trata de una decisión *sui generis,* supra-constitucional, mediante la cual el poder constituyente sale a la luz para fijar hasta dónde se extiende el respeto de los derechos básicos».

Creemos que eso no puede ser posible y que en cambio hay que recuperar, aplicándolo a estos supuestos de regresión de derechos, la jurisprudencia del propio TC español que ha señalado como «la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo en consecuencia, un mínimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de los derechos individuales no conlleven un menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona» (STC 57/1994, FJ 3 A).

d) Las posibles líneas de mejora del reconocimiento, el respeto, la protección y la satisfacción de los derechos sociales en el futuro

En la parte final se sugieren cauces de actuación para mejorar la situación jurídica de los derechos sociales en España.

En esa línea, ningún cambio constitucional, por sí solo, va a producir un resultado «mágico». Es posible incorporar nuevos derechos a la constitución y creernos que blindaremos los ya existentes dándoles la protección propia de los derechos contenidos ahora en el Capítulo segundo del Título I. Sin embargo, por sí solo, esta estrategia está condenada al fracaso pues como ya sabemos, el artículo 27 CE se refiere al derecho a la educación y la situación del mismo no ha sido más resistente a la regresión que otros derechos. Por otro lado, pensar que llenar la Constitución de derechos va a mejorar la posición de éstos es ingenuo y puede conducir al efecto contrario, estudiado empíricamente: las Constituciones largas pueden ser malas constituciones[91].

---

[91] George Tsebelis and Dominic J. Nardi, «A Long Constitution is a (Positively) Bad Constitution: Evidence from OECD Countries» *British Journal of Political Science,* November 2014, pp. 1-22, quienes señalan que:

«...longer constitutions in OECD countries undergo more frequent revisions, despite the fact that they are more difficult to revise. We have demonstrated that the procedural hurdles

Los derechos sociales, ya existentes o de nuevo cuño, pueden pasar a ser protegidos como lo está ya ahora el derecho a la educación, por ejemplo, pero además necesitarán de (a) un cambio de mentalidad de los operadores jurídicos (empezando por la doctrina), que (b) conduzca a una jurisprudencia del TC distinta, en el marco de (c) una mejora de la regulación de los mismos en la CE y de (d) una incidencia en el papel del Derecho presupuestario respecto a su financiación. Sólo si confluyen todos estos factores, podremos hablar algún día de blindaje real de los derechos sociales, al margen del albur coyuntural de la política cotidiana, que podrá incidir sobre los mismos, desde luego, pero

---

for amendment included in a constitution require that any revisions to the constitution have the support of overwhelming majorities. We demonstrated that this simple fact implies that long constitutions are 'bad' because they are restrictive and impose objective costs on society that require redress.

We then connected constitutional length with two substantive variables: GDP per capita and corruption. We saw that longer constitutions are associated with lower per capita GDP and higher levels of corruption. The first result can be explained by the fact that restrictive revisions included in the long constitutions impede widely desirable outcomes (economic wealth) for a period of time (until the required majorities can pass an amendment, if they can). The second, the correlation between the length of the constitution and corruption, does not reveal a precise causal link. It might be that constitutional drafters attempted to use a longer constitution in order to address (pre-existing) corruption, or that they sought to protect special interests by including more constitutional issues. In either case, longer constitutions ultimately generate more opportunities for corruption and exploitation. The exact nature of the causality should be a subject of further investigation».

no aniquilarlos en la práctica, reduciendo por ejemplo, como vimos en el caso de la vivienda, más de la mitad de los recursos dedicados a los mismos en pocos años.

En definitiva, en el siglo XXI se precisa, en realidad, generar una nueva lengua de los derechos (sociales) que refleje la evolución necesaria descrita, tal y como el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA explica magistralmente que en los siglos XVIII y XIX se consiguió hacer, en el marco de las revoluciones liberales[92].

Para finalizar, se realiza un ensayo de lo que podría ser esa nueva lengua de los derechos sociales en el texto constitucional. No nos ocupamos aquí de derechos (existentes o nuevos) en concreto, sino del diseño constitucional para la protección de los que se decidan deben existir en una hipotética futura reforma normativa, que puede ser constitucional, legal o desarrollada mediante el poder normativo municipal en lo posible.

i. Derechos y obligaciones de medios y de resultados: respetar, proteger y satisfacer

Una hipotética reforma normativa debería terminar con la estéril polémica sobre si los

---

[92] GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lengua de los derechos. La formación del Derecho público europeo tras la Revolución Francesa,* Alianza Editorial, 1994.

derechos sociales lo son realmente. Afirmando su condición de derechos subjetivos de los ciudadanos, debería establecerse la trilogía de obligaciones jurídicas de medios de los poderes públicos respecto a ellos, ya vista y aceptados internacionalmente: respetar, proteger y satisfacer. Ello podría implicar, por ejemplo, la modificación del actual artículo 53.3 CE, que PRIETO SANCHÍS señala que es de «redacción particularmente desafortunada» y que no se aplica en realidad, puesto que, como hemos dicho, los derechos sociales son alegados y aceptados en los tribunales cotidianamente. Los cuales, pero ello es obvio, no reconocerán otras obligaciones de resultado que las previstas normativamente en un nivel inferior al constitucional pero sí pueden proteger, y lo hacen, la violación de tales derechos. Protección que se reforzaría con una llamada explícita a la interconexión de todos los derechos constitucionales (como ha hecho el tribunal constitucional sudafricano en relación con la moderna Constitución de Sudáfrica que no distingue tipos de derechos ni los separa, por ejemplo[93]), la cual podría incluirse en una futura reforma constitucional.

---

[93] En el conocido caso *«The Government of the Republic of South Africa and others vs. Grootboom, Irene and others»*, de 4 de octubre de 2000, el tribunal constitucional sudafricano dictó una sentencia, por cierto, en relación con un precepto constitucional muy similar a nuestro artículo 47 CE, en que conecta el derecho a la vivienda con otros derechos políticos y sociales y realza su profunda vinculación, de tal modo que pone de relieve cómo es imposible establecer compartimentos estancos entre ellos y

ii. Las cláusulas de progresividad y no regresión

Asimismo, hemos destacado como internacionalmente, los derechos sociales se vinculan con cláusulas complementarias de progresividad y no regresión, de las que carece nuestra Constitución y que nuestros tribunales no han aplicado mediante la interpretación abierta por el artículo 10.2 CE[94].

---

cómo la vulneración de unos genera también la vulneración de otros. Véase, por ejemplo, español COURTIS, C. y ABRAMOVICH, V. «La justiciabilidad del derecho a la vivienda en la reciente jurisprudencia sudafricana», *Jueces para la democracia*, núm. 40, 2001. En inglés, Cass R. SUNSTEIN, «Social and Economic Rights? Lessons from South Africa» (John M. Olin Program in L. & Econ., Working Paper n.º 124, 2001).

[94] En consecuencia, el actual artículo 53.3 que señala que: «El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen».

Podría pasar a tener una redacción como ésta o similar, en función de lo señalado en el texto:

«Los poderes públicos respetarán, protegerán y harán efectivos los derechos constitucionales del Título I, de acuerdo con sus interconexiones, adoptando todas las medidas precisas, especialmente técnicas y económicas, con el fin de conseguir su plena realización progresiva. Se podrá exigir ante la jurisdicción ordinaria el cumplimiento de dichas obligaciones, así como también prestaciones y resultados concretos, cuando éstos se establezcan en la normativa que los desarrolle. No serán posibles medidas regresivas, salvo que, siendo imprescindibles, estén debidamente justificadas y respeten en todo caso los principios constitucionales y legales y el contenido esencial y el núcleo mínimo vital»

iii. Reconocimiento de un mínimo vital protegido

De igual modo, sería preciso consagrar normativamente la existencia de un mínimo núcleo de los derechos no susceptibles de regresión, ni siquiera por parte del legislador, en la línea internacional ya expuesta[95].

iv. El coste de (todos) los derechos y la garantía de un gasto público suficiente para hacerlos efectivos

Partiendo de que el gasto público no va asociado exclusivamente a los derechos sociales y de que éstos no siempre lo exigen, como dijimos, una posible reforma constitucional debería ir dirigida a garantizar un gasto público suficiente para, como mínimo, hacer efectivo el núcleo mínimo de los derechos.

---

[95] Así, el actual artículo 53.1 CE:

«Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)».

Podría mejorar su regulación en este sentido:

«Los derechos y libertades reconocidos en el presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial o mínimo podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades».

Ello exigiría la inclusión cláusulas de dedicación de los máximos recursos disponibles con carácter prioritario a la satisfacción de los mismos. Demandaría que la equidad del gasto público, reconocida hoy en día, se refuerce conectándola con los derechos sociales y la regulación del derecho presupuestario constitucional existente (que debe eliminar la asimetría reguladora histórica entre ingresos y gastos mencionada[96]). Debería asimismo suponer que

---

[96] El actual artículo 31.2 CE:

«31.2. El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía».

Podría tener en el futuro una redacción similar a ésta:

«El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, empleando el máximo de los disponibles para realizar progresivamente los derechos constitucionales».

Se podría, incluso, en la línea de otros países, influir preasignaciones presupuestarias, del tipo

«Se dedicará el % de los gastos hasta alcanzar el % PIB de inversión en...».

Asimismo, el artículo 134 CE actual, podría incorporar la referencia que se efectúa en cursiva:

Artículo 134

1. Corresponde al Gobierno la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado y a las Cortes Generales, su examen, enmienda y aprobación.

2. Los Presupuestos Generales del Estado tendrán carácter anual, incluirán la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal y en ellos se consignará el importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos del Estado.

3. El Gobierno deberá presentar ante el Congreso de los Diputados los Presupuestos Generales del Estado al menos tres meses antes de la expiración de los del año anterior.

las excepciones a la estabilidad y el equilibrio presupuestario se conecten con los mínimos de los derechos sociales[97]. Y podría implicar un mayor papel estatal, en el diseño del Estado descentralizado actual o futuro, en la garantía

---

4. Si la Ley de Presupuestos no se aprobara antes del primer día del ejercicio económico correspondiente, se considerarán automáticamente prorrogados los Presupuestos del ejercicio anterior hasta la aprobación de los nuevos.

5. Aprobados los Presupuestos Generales del Estado, el Gobierno podrá presentar proyectos de ley que impliquen aumento del gasto público o disminución de los ingresos correspondientes al mismo ejercicio presupuestario.

6. Toda proposición o enmienda que suponga aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios requerirá la conformidad del Gobierno para su tramitación.

7. La Ley de Presupuestos no puede crear tributos. Podrá modificarlos cuando una ley tributaria sustantiva así lo prevea.

8. *Los créditos para satisfacer el contenido esencial y el mínimo vital de los derechos constitucionales tendrán prioridad absoluta. No podrá reducirse el total de gastos dedicados a derechos de un ejercicio económico a otro, salvo que se justifique detalladamente y se respeten las asignaciones previstas en los artículos ... con el límite del X % anual».*

[97] Así, el artículo 135 CE podría incorporar las modificaciones que se sugieren en cursiva:

Artículo 135

1. Todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria, con pleno respeto de los derechos constitucionales.

2. El Estado y las Comunidades Autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros.

Una ley orgánica fijará el déficit estructural máximo permitido al Estado y a las Comunidades Autónomas, en relación con su producto interior bruto. Las Entidades Locales deberán presentar equilibrio presupuestario.

3. El Estado y las Comunidades Autónomas habrán de estar autorizados por ley para emitir deuda pública o contraer crédito.

Los créditos para satisfacer *el contenido esencial y el mínimo vital de los derechos constitucionales* y los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de sus presupuestos y su pago gozará de prioridad absoluta. Estos créditos no podrán ser objeto de enmienda o modificación, mientras se ajusten a las condiciones de la ley de emisión.

El volumen de deuda pública del conjunto de las Administraciones Públicas en relación con el producto interior bruto del Estado no podrá superar el valor de referencia establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

4. Los límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública sólo podrán superarse en caso de catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado, *cuando se afecte al contenido esencial o mínimo vital de los derechos constitucionales o exista un desempleo del X% o un porcentaje de pobreza del % de la población,* apreciadas por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados.

5. Una ley orgánica desarrollará los principios a que se refiere este artículo así como la participación, en los procedimientos respectivos, de los órganos de coordinación institucional entre las Administraciones Públicas en materia de política fiscal y financiera. En todo caso, regulará:

a) La distribución de los límites de déficit y de deuda entre las distintas Administraciones Públicas, los supuestos excepcionales de superación de los mismos y la forma y plazo de corrección de las desviaciones que sobre uno y otro pudieran producirse.

b) La metodología y el procedimiento para el cálculo del déficit estructural.

c) La responsabilidad de cada Administración Pública en caso de incumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria.

de unas condiciones mínimas de los derechos existentes, como suelo, no como techo, en todo el Estado[98] y una mejora de la financiación autonómica para garantizar los derechos sociales[99].

---

6. Las Comunidades Autónomas, de acuerdo con sus respectivos Estatutos y dentro de los límites a que se refiere este artículo, adoptarán las disposiciones que procedan para la aplicación efectiva del principio de estabilidad en sus normas y decisiones presupuestarias.

[98] El actual artículo 149.1.1 CE, podría tener una redacción similar a ésta, con las novedades añadidas en cursiva:

«Artículo 149

1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

1.ª La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. *Para ello, podrá fijarse un mínimo vital para los derechos sociales, sin perjuicio de que las CC.AA y los entes locales puedan ampliarlo en ejercicio de sus competencias respectivas*».

[99] Así, el actual artículo 158 CE, podría redactarse de la siguiente manera (se incluyen modificaciones en cursiva):

«Artículo 158

1. En los Presupuestos Generales del Estado *se establecerá* una asignación a las Comunidades Autónomas en función del volumen de los servicios y actividades estatales que hayan asumido y de la garantía de un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio español *que garantice el contenido esencial o mínimo vital de los derechos constitucionales.*

2. Con el fin de corregir desequilibrios económicos interterritoriales y hacer efectivo el principio de solidaridad *y la garantía del contenido esencial y del mínimo vital de los derechos constitucionales,* se constituirá un Fondo de Compensación con destino a gastos de inversión, cuyos recursos serán distribuidos por las Cortes Generales entre las Comunidades Autónomas y provincias, en su caso.

6. Resumen, conclusiones y propuestas

1. Este análisis se ha centrado en dos temas vinculados con el papel del Derecho en la promoción de la vivienda asequible: la exigibilidad judicial del derecho a la vivienda y el papel del legislador y la conexión entre disponibilidades presupuestarias y derecho a la vivienda.

2. El análisis de las decisiones de los órganos de protección de los Tratados internacionales firmados por España muestra como España ha sido condenada por violación del PIDESC y por vulneración del Derecho de la Unión Europea por su legislación hipotecaria. También muestra como estos órganos (entre ellos el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la UE, aunque no sólo ellos) entienden el derecho a la vivienda en conexión con otros derechos e insisten en las obligaciones jurídicas derivadas de los mismos, las cuales suponen una debida diligencia controlable para no vulnerarlos, protegerlos y hacerlos efectivos por parte de las autoridades de los Estados signatarios.

3. El estudio de la jurisprudencia de los órganos judiciales nacionales de países de nuestro entorno nos muestra como en diversos países el derecho a la vivienda es protegido por estos tribunales, que reconocen su vinculación con otros derechos fundamentales y con un mínimo vital.

4. El análisis de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, nuestros Tribunales Superiores de Justicia de las CC.AA y nuestros juzgados del contencioso administrativo revela como estos órganos judiciales en el ámbito de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo aceptan alegaciones del artículo 47 CE y resuelven litigios aplicando éste y anulando, en ocasiones, decisiones administrativas.

5. En contraste con todo lo anterior, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional sigue negando la existencia de un derecho subjetivo a la vivienda en nuestra Constitución y no conecta el artículo 47 CE con otros derechos constitucionales. Ello ha llevado a que lo que se ha considerado constitucional por el TC haya sido declarado como contrario a Tratados internacionales firmados por España o del Derecho de la UE por parte de otros órganos de control.

6. La disociación entre derecho a la vivienda y presupuestos ha sido tradicional en España, aceptándose la posibilidad de que la legislación de presupuestos pueda decidir, sin límites de mínimos ni de regresividad, el monto de dinero dedicado a la efectividad de la vivienda asequible en España anualmente. Esta ausencia de límites conecta con raíces profundas del pensamiento político y dogmático y con concepciones de la ley de presupuestos anual que la entienden desprovista de todo límite en los niveles de gasto público en relación a los derechos sociales y a su reversión, como se

aprecia en la STC 49/2015, con un interesante voto particular al respecto.

7. En el ámbito de propuestas desde el Derecho para mejorar la asequibilidad a la vivienda:

a. El papel del legislador aparece como fundamental en este ámbito. Pese a algunas experiencias ya derogadas o recientemente promulgadas (ej. Ley Vasca 3/2015), la legislación española está aún lejos de constituir de forma general obligaciones jurídicas de resultado vinculadas al derecho a la vivienda como sí han hecho legislaciones como la inglesa, escocesa o francesa.

b. En términos generales, se aprecia una ausencia de evaluación *ex ante* de la normativa de vivienda, como en general también ocurre, respecto a los impactos futuros de su aprobación, en la línea del movimiento de la *better o smart regulation*. Asimismo, cuando esas obligaciones de resultado existen, y en términos generales también en relación con las obligaciones de medios, carecemos de una evaluación *ex post* de la normativa de vivienda que nos permita conocer su real funcionamiento y mejorarla.

c. Sería deseable una evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español que, sobre la base del artículo 10.1 CE y la experiencia de otros tribunales de nuestro entorno, avanzara en la configuración del derecho a la vivienda constitucional como un derecho

subjetivo generador de obligaciones de medios y limitara las posibilidades de reversión de la legislación presupuestaria de acuerdo con las ideas de progresividad y regresividad limitada (no afectando al núcleo mínimo) y justificada y fundamentada por el legislador.

d. Cabe señalar que existen técnicas jurídicas ya utilizadas a nivel internacional para recuperar la conexión entre derecho presupuestario y derechos constitucionales como el de vivienda. Así, se han analizado las llamadas preasignaciones presupuestarias o las cláusulas de progresividad y de límites a la regresividad en la efectividad de los derechos sociales.

e. Finalmente, la mejora legislativa y jurisprudencial podría venir acompañada de una hipotética reforma constitucional, que no debería limitarse al Título referido a los derechos y deberes fundamentales, sino que debería operar conectando éste con las previsiones de gasto público (art. 31 CE actual) y presupuestarias y de estabilidad presupuestaria (arts. 134 y 135 CE), en la línea que se ha propuesto en la parte final de este trabajo.

7. Bibliografía

A. GARRORENA, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984.

ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. «Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los Derechos Sociales», en SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado.* Rio Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

AGUDO ZAMORA, M., *Reforma constitucional y nuevo paradigma del Estado socia*l, Actual, núm. 74, 2016, Junta de Andalucía.

ASOCIACIÓN ESTATAL DE DIRECTORES Y GERENTES DE SERVICIOS SOCIALES, *Informe sobre el Estado social de la nación 2015.*

ATIENZA, M., *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*, editorial Pasos Perdidos, 2013.

BERNARD, N., «Is the DALO —France's enforceable right to housing— really enforceable? Commentary on the European Court of Human Rights' judgment on the Tchokontio Happi case», publicado en *Housing Rights Watch* (http://www.housingrightswatch.org).

CORTI, H., «Ley de presupuestos y derechos fundamentales: los fundamentos de una nuevo paradigma jurídico-financiero», en *Derecho Constitucional Presupuestario en el Derecho Comparado*, Tomo I, Revista jurídica de Buenos Aires, Facultad de Derecho, UBA, departamento de publicacions, 2010, Buenos Aires, pp. 637 y ss.

CORTI, H., *Derecho Constitucional Presupuestario*, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, 1.º ed.

COURTIS, C. y ABRAMOVICH, V. «La justiciabilidad del derecho a la vivienda en la reciente jurisprudencia sudafricana», *Jueces para la democracia*, núm. 40, 2001.

DIAZ, M., «Derechos sociales y amparo constitucional, *RVAP*, num. 94, 2012.

ESTEVE PARDO, J., *Estado Garante. Idea y Realidad*, INAP, Madrid, 2015.

ESCOBAR ROCA, G, 2012, *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria,* Aranzadi, 2012.

FERNÁNDEZ, G. Y PONCE, J. «Derecho urbanístico, derecho a la vivienda y personas sin hogar. Nuevos desarrollos y perspectivas en España a la vista de las novedades europeas en la materia», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 255, 2010.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lengua de los derechos. La formación del Derecho público europeo tras la Revolución Francesa,* Alianza Editorial, 1994.

GEORGE TSEBELIS, G. y NARDI, D.J., «A Long Constitution is a (Positively) Bad Constitution: Evidence from OECD Countries»

British Journal of Political Science, November 2014, pp. 1-22.

GUILLEM CARRAU, J., «El constitucional portugués ante las medidas de ajuste: la sentencia de 5 de abril de 2013», *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 5, junio 2013, pp. 70 y ss.

HOLMES, S y SUNSTEIN, C.R. *El costo de los derechos*, Siglo XXI editores, 2011.

JIMENA QUESADA, L., «Adopció i rebuig de les mesures d'austeritat: controvèrsies actuals a Europa (vistes des del Comitè Europeu de Drets Socials)», *Blog de la Revista Catalana de Dret Públic*, 22 de octubre de 2014.

LOPES, M.B., «The role of the Constitutional court of Portugal in the present economic crisis situation», informe presentado en la conferencia sobre «The role of consitutional courts in economics crisis», celebrada en 2014 en Georgia por impulso de la *European Commission for democracy trhourgh law (Venice Commission)* en cooperación con el tribunal constitucional de dicho país.

LOZANO SERRANO, C., «Art. 158.1 CE: límites al recorte y copago de servicios fundamentales», en *Fiscalidad en tiempos de crisis*, en Luis Alberto Malvárez Pascual (dir.) y Salvador Ramírez Gómez (dir.), Aranzadi, 2014, pp. 171-197.

NOGUEIRA DE BRITO, M., «Putting social rights in brackets? the portuguese experience with welfare challenges in times of crisis», en Claire Kilpatrick and Bruno De Witte (Ed)., *Social Rights in Times of Crisis in the Eurozone: The Role of Fundamental Rights' Challenges*, Working Papers, European University Institute, Department of Law, 2014.

OCDE, *Todos Juntos. ¿Por qué reducir la desigualdad nos beneficia?,* 21 de mayo de 2015.

ONU, *Preguntas frecuentes sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Folleto Informativo núm. 33.

PÉREZ SALAZAR, M., «Necesidades, Derechos y políticas públicas: una mirada desde la teoría económica», *Revista de Economía Institucional*, vol. 11, núm. 20, 2009.

PONCE SOLÉ, J., «Viviendas vacías, Derecho a la vivienda y Derecho a la Ciudad», en TORNOS, J. y BARRAL, I., (dirs.), *Vivienda y crisis: ensayando soluciones,* Colegio de Registradores de Catalunya, UB, 2015.

PONCE SOLÉ, J. «El derecho a la vivienda. Nuevos desarrollos normativos y doctrinales y su reflejo en la ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda», en PONCE SOLÉ, J., y SIBINA TOMÀS, D., Coords.), *El derecho a la vivienda en el siglo XXI: sus*

relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo. Con un análisis específico de la ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, en su contexto español, europeo e internacional, Marcial Pons, 2008.

PONCE SOLÉ, J., «El Estado social y democrático de derecho ante la austeridad y los recortes sociales: la jurisprudencia del tribunal constitucional portugués y su interés para el caso español», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 12, núm. 23, enero-junio de 2015.

PONCE SOLÉ, J., «Las líneas rojas a los recortes y la sostenibilidad social. ¿Derechos vs. Eficiencia y Economía?», en NOGUEIRA, A., GONZÁLEZ, M.L. DÍAZ OTERO, I., (eds.). *Crisis, derechos sociales e igualdad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 315 y ss.

PONCE SOLÉ, J., *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los Recortes y la sostenibilidad social*, Instituto Nacional de Administración Publica. Madrid, 2013.

QUB Budget Analysis Project *Budgeting for Economic and Social Rights: A Human Rights Framework (2010)* QUB School of Law Belfast.

ROOSEVELT, F. D., *Fireside Chats*, New York, Penguin, 1995.

SUNSTEIN, C. R., «Social and Economic Rights? Lessons from South Africa», John M. Olin Program in L. & Econ., Working Paper núm. 124, 2001.

VAQUER CABALLERÍA, M., *La eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España,* Iustel, 2011.

VAQUER, M., «Derecho a la vivienda y garantía de un mínimo vital», *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 48, noviembre de 2014.

LAS ACTUACIONES LEGISLATIVAS SOBRE EL DERECHO DE PROPIEDAD POR RAZÓN DE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A UNA VIVIENDA DIGNA

Rafael ARNAIZ RAMOS

Introducción

La configuración de la propiedad inmobiliaria como un derecho estatutario, cuyo contenido ordinario es delimitado por la norma según la función social de los bienes sobre los que recae, es un hecho sobre el que no procede argumentar, por ser algo comúnmente aceptado[1]. En el ordenamiento jurídico español, el artículo 33 de la CE reconoce el derecho a la propiedad privada y establece que su función social delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes, y excluye la posibilidad de que nadie sea privado de su derecho sino por causa de utilidad pública o interés social, mediante la correspon-

[1] Un interesante trabajo sobre la función social de la propiedad desde la perspectiva constitucional es el realizado por Ignacio Pereda Pinedo, «La Función Social del Derecho de Propiedad», en obra colectiva, «Propiedad y Derecho Constitucional», Ed. Fundación Beneficencia el Peritia Iuris, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2005.

diente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes. Garantiza con ello el texto constitucional la plena protección de la titularidad dominical, como derecho subjetivo oponible con plena eficacia real tanto frente a la Administración Pública como frente al resto de la comunidad, pero sujeta el contenido de facultades que lo integran a «su función social», expresión ésta que ha de entenderse referida más bien a la función social de los bienes sobre los que el derecho de propiedad recae, de acuerdo con los usos de los que tales bienes son susceptibles. Concepto de uso en el que, a lo largo del presente trabajo, profundizaremos. Y para la delimitación de tal contenido, establece la Constitución una reserva de ley relativa, al imponer que sea realizada «de acuerdo con las leyes».

La labor legal y reglamentaria de delimitación del contenido ordinario de la propiedad, en el ámbito inmobiliario, ha sufrido una transformación en los últimos años como consecuencia de la crisis, —primero financiera y después inmobiliaria—, por la que la economía española ha atravesado, una de cuyas consecuencias ha sido la pérdida de su vivienda por personas que han quedado privadas de la fuente de ingresos que hacía posible atender el pago de rentas arrendaticias o de las cuotas de préstamos o créditos hipotecarios. El llamado «drama de los desahucios» ha supuesto, en muchos casos, la imposibilidad de realización efectiva del dere-

cho que la Constitución reconoce a todo español de disfrutar de una vivienda digna y adecuada, generando o intensificando situaciones de exclusión social y de marginalidad. Resulta así que el problema a cuya solución deben aspirar los poderes públicos en el cumplimiento del mandato constitucional de promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes para hacer efectivo el derecho al disfrute de una vivienda digna no es sólo, —como ocurría hasta la crisis—, el de promover el acceso al disfrute de una primera vivienda por quien carecía de los medios económicos para incorporarse al mercado financiero privado, sino el de resolver la situación de pérdida sobrevenida de la vivienda resultante de los lanzamientos forzosos acordados en procedimientos de desahucio arrendaticio o de ejecución hipotecaria[2].

A ello se ha de añadir que la falta de recursos financieros, tanto en la iniciativa empresarial privada como en las Administraciones Públicas,

---

[2] De la información ofrecida por el Consejo General del Poder Judicial, en los Datos sobre el efecto de la crisis sobre los órganos judiciales, 2007-2016, resulta que el número de lanzamientos agregados por Tribunales Superiores de Justicia llegó a su máximo en el año 2012, con 70.257 lanzamientos, y que si bien disminuyó en 2013, (65.182), ha vuelto a incrementarse en los años 2014 (69.233) y 2015 (69.631). Pueden consultarse tales datos en la url http://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpj/menuitem.65d2c4456b6ddb628e635fc1dc432ea0/?vgnextoid=311600fe2aa03410VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnextchannel=a64e3da6cbe0a210VgnVCM100000cb34e20aRCRD&vgnextfmt=default

ha hecho imposible mantener el centro de gravedad de las políticas de fomento del acceso a la vivienda en la creación de nuevas unidades de edificación en suelos sujetos a procesos de urbanización. No hay dinero para urbanizar y para edificar. Y aunque lo hubiera no procedería emplearlo en ello, dado que la paralización del crédito y, con ello, de la demanda privada, dejó terminadas o pendientes de terminar, y sin vender ni ocupar, un número de viviendas nuevas vacías que la tasadora Tinsa, en su Radiografía del Stock de Vivienda 2015[3], cifra en 389.000 viviendas, el 24.9% de las cuales estaban terminadas desde 2008, y de las cuales el 80% pertenecen a entidades financieras. Un excedente que, según dicha firma, tardaría en absorberse unos 2.5 años, de forma que no se agotará hasta el primer trimestre de 2018.

El referido informe pone de manifiesto no sólo la existencia de un número excesivo de viviendas vacías, sino un cambio en la estructura de la propiedad de las mismas, en cuya virtud su titularidad no pertenece ya a particulares o a empresas promotoras, sino en su mayoría a entidades financieras adquirentes en procedimientos de ejecución hipotecaria o por razón de daciones en pago, o a la sociedad pública adquirente de activos bancarios.

---

[3] https://www.tinsa.es/servicio-de-estudios/extended-papers/stock-vivienda-2015/

Nos encontramos, por tanto, en un escenario en el que la labor desarrollada por los poderes públicos para garantizar la efectividad del derecho al disfrute de una vivienda digna ha trasladado su centro de gravedad desde la actuación sobre la clasificación y calificación de suelos idóneos para la creación de vivienda nueva sujeta a regímenes de protección pública, a una actuación sobre vivienda ya existente, desarrollada con la finalidad esencial de hacer efectivo su uso residencial por quien se encuentre en una situación económica que justifique la intervención pública para garantizar su derecho a disfrutar de una vivienda: fomentando su rehabilitación, su puesta en el mercado a través de contratos de arrendamiento, su posible expropiación por falta de uso efectivo o, en caso de viviendas hipotecadas, su uso, como arrendatario, por el propietario ejecutado.

La implementación normativa de tales objetivos supone, de forma inevitable, una actuación sobre el contenido del derecho de propiedad de tales viviendas ya existentes, o sobre el contenido de derechos reales limitativos del dominio ajeno, derechos que, desde un punto de vista amplio, pueden entenderse incluidos dentro del concepto general de propiedad. La aparición de emergencias sociales cuya atención exige disponer de inmuebles susceptibles de ser destinados a vivienda provoca una redefinición del contenido del derecho de propiedad que sobre tales inmuebles recae y, con ello, plantea el

problema de determinar el punto en el que debe encontrarse el equilibrio entre la protección al derecho a la propiedad privada que reconoce como derecho de los ciudadanos el artículo 33 CE, y el derecho al disfrute de una vivienda digna que como uno de los principios rectores de la política social y económica establece el artículo 47 del mismo texto constitucional.

En el desarrollo de la labor normativa que, ante la nueva situación económica y social surgida, ha intentado garantizar la protección del derecho a una vivienda digna, la intervención de los poderes públicos ha sido múltiple, y nunca lo suficientemente coordinada: diversas medidas, a veces solapadas, a veces contradictorias y rara vez coordinadas han sido adoptadas en diversos momentos por el Estado, las Comunidades Autónomas y los Ayuntamientos; los Jueces y Tribunales han desarrollado en esta materia una labor de creación jurídica apoyada no tanto en la legislación interna como en la interpretación de la legislación europea desarrollada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuya jurisprudencia ha sido, de forma reiterada, la mecha que ha encendido el proceso legislativo en España[4]; el Tribunal Consti-

[4] En este punto cabe poner como ejemplo de una forma de legislar «a empujones», la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, Caso Aziz, dictada a partir de una cuestión prejudicial planteada por un juzgado español y cuya doctrina relativa a la falta de adecuación a la Directiva 93/2013 del procedimiento

tucional ha tenido que pronunciarse de forma reiterada sobre la competencia o falta de competencia de las distintas Administraciones para legislar en materias necesitadas de regulación urgente, suspendiendo la eficacia o anulando normas llamadas de emergencia.

A la vista de tal situación, procede reflexionar acerca de la necesidad de avanzar en la regulación legal del contenido esencial del derecho de propiedad recayente sobre inmuebles cuyo destino propio es el de vivienda, en la determinación legal de los medios para promover la efectiva realización del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, y en la creación de una regulación debidamente coordinada que permita armonizar el derecho de propiedad privada y el derecho a disfrutar de una vivienda, en aquellos casos, —surgidos en su mayoría

---

de ejecución judicial directa de hipotecas dio lugar a la modificación de su regulación contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, por la que se introdujo en el artículo 695 LEC la posibilidad de revisar en la ejecución directa la abusividad de las cláusulas incluidas en el contrato. Regulación que hubo de ser de nuevo modificada por la Ley 9/2015 de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, para admitir la posibilidad de que la resolución desestimatoria de la oposición a la ejecución por razón de abusividad pudiera ser recurrida no sólo por la parte ejecutante sino, también, por la ejecutada, según exigió el TJUE en la Sentencia de fecha 17 de julio de 2014, dictada, de nuevo, para resolver una cuestión prejudicial planteada por un órgano judicial español.

del escenario post crisis—, en que uno y otro pueden entrar en colisión.

Bien entrado ya el siglo XXI, no parece ya posible concebir una forma de organización social y económica que no esté basada, como principio rector, en el reconocimiento a sus individuos del derecho a la propiedad privada. La Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, integra el derecho de propiedad dentro del conjunto de derechos iguales e inalienables que conforman la dignidad intrínseca de la familia humana, al establecer que toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente, y que nadie podrá ser privado de su propiedad arbitrariamente. El derecho de propiedad es, por tanto, reconocido, y no atribuido, por el derecho objetivo. La existencia de un ámbito de poder individual o colectivo sobre la realidad circundante, que permita usar, disfrutar y disponer de las cosas se define como presupuesto que debe ser admitido y reconocido en toda organización política y jurídica de una comunidad.

En términos análogos, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada solemnemente por el Parlamento Europeo, la Comisión y el Consejo en el Tratado de Niza de 7 de diciembre de 2000, reconoce el derecho a la propiedad en su artículo 17, dentro del Capítulo II, dedicado a las

libertades[5]. Conduce tal criterio a la concepción del derecho de propiedad como expresión de la libertad humana, en la medida en que supone la concreción de la capacidad de decisión individual sobre los medios materiales que el hombre necesita para el desarrollo de una vida digna. ¿Es posible reconocer el derecho a la libertad individual sin reconocer el derecho a la propiedad privada? ¿Es posible reconocer un ámbito de decisión libre del que quede excluida la posibilidad de decidir sobre el uso, disfrute y disposición de aquellas realidades materiales necesarias para el desarrollo de una existencia digna?[6].

No es esta obra el lugar adecuado para realizar un estudio en profundidad de esta materia. A sus efectos, basta con poner de manifiesto la muy esencial relación existente entre la propiedad, y la libertad y dignidad humanas, proclamada de forma expresa por las organizaciones supranacionales con vocación de univer-

---

[5] Establece el artículo 17 que «toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de sus bienes adquiridos legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida que resulte necesario para el interés general. 2. Se protege la propiedad intelectual».

[6] Cabe remitir al lector a la obra de Richard Pipes, «Propiedad y Libertad, dos conceptos inseparables a lo largo de la historia», ed. Turner 2002.

salidad, y recogida como principio ordenador de los derechos objetivos nacionales. No parece, pues, que pueda dudarse de la consideración de «derecho subjetivo» que ha de ser atribuida al derecho de propiedad.

Derecho subjetivo, el de propiedad, cuyo ejercicio por sus titulares genera consecuencias cuya ordenación es esencial para la, no sólo adecuada, sino posible organización de la convivencia dentro del agregado social, y para la definición de la estructura económica y social de aquél. Así, al derecho de propiedad debe reconocérsele la máxima relevancia en la definición no sólo del estatuto individual, correspondiente al titular del derecho, sino en la definición del correspondiente al de la comunidad, integrada por todos aquellos otros individuos afectados por su ejercicio. Y tanto mayor será la relevancia que ha de ser atribuida a las consecuencias del reconocimiento y ejercicio de los derechos de propiedad cuanto mayor sea la utilidad que para la comunidad tengan los bienes sobre los que recaiga, y su escasez. En definitiva, cuantas mayores sean las externalidades positivas o negativas que puedan resultar del ejercicio del derecho de propiedad. Es por ello que la regulación que el derecho objetivo lleve a cabo de la delimitación del contenido del derecho de propiedad será más intensa cuanto más útiles para la comunidad y escasos sean los objetos sobre los que el derecho de propiedad recae. En este sentido, cabe citar la STC 37/1987 de 26 de

marzo, cuyo FD 2º establece que «se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir».

Cabe ilustrar tal afirmación comparando el grado de injerencia de la norma positiva en la delimitación del contenido y régimen de ejercicio del derecho de propiedad recayente sobre bienes muebles fungibles y abundantes, —muy reducida—, y la que se produce en el ámbito del derecho de propiedad recayente sobre bienes de especial valor, utilidad o de carácter escaso, cómo los muebles que constituyen medios de transporte, o de producción, o sobre los inmuebles.

Y en este ámbito, el inmobiliario, la delimitación legal del contenido y forma de ejercicio del derecho de propiedad adquiere mayor relevancia en la medida en que el uso de su objeto presente un mayor grado de utilidad para la comunidad. El carácter escaso del suelo susceptible de ser objeto de la implantación de las infraestructuras precisas para su incorporación al núcleo urbano, la necesidad de predeterminar los usos a los que puede ser destinado, —en función de las necesidades de la comunidad—, y las externali-

dades positivas y negativas que el desarrollo de tales usos genera respecto del resto del ámbito físico, económico y social que integra no sólo la ciudad, sino el suelo circundante no destinado a usos urbanos, obliga al legislador a dirigir el modo en que deben ejercitarse los derechos de propiedad de los que resulta la legitimación para el desarrollo de tales usos.

Parece por tanto inevitable, para lograr una adecuada comprensión de la actuación legislativa de delimitación del contenido ordinario de la propiedad inmobiliaria, la previa determinación del significado o significados existentes detrás del término uso. Término que no sólo debe entenderse referido a una de las facultades que integran el contenido básico del dominio, y que atribuye a su titular la facultad de poseer la cosa en términos que le resulten de utilidad, de acuerdo con su naturaleza y configuración física, sino también a aquella determinación normativa que define las utilidades a las que deberá destinarse el uso efectivo del suelo o de las construcciones, instalaciones o edificaciones que sobre el mismo puedan existir[7].

Ambas acepciones del término «uso» aparecen especialmente identificadas cuando habla-

[7] Un completo estudio del concepto de uso, desde el punto de vista del derecho privado, es el realizado por Rafael Arnaiz Eguren en la obra «Terreno y Edificación, Propiedad Horizontal y Prehorizontalidad», Capítulo IV, pp. 149 y siguientes, Ed. Thompson Reuters, 2010.

mos de uso residencial o de vivienda. En efecto, tal expresión puede referirse tanto a la efectiva utilización de un inmueble como vivienda, como a la previsión normativa que establece que el destino que debe darse a un inmueble, al poseerlo, es el de vivienda. Y así, cabe encontrar situaciones de hecho en las que la previsión normativa y el ejercicio del derecho de propiedad sobre un inmueble determinado resultan coincidentes. En tal caso, el inmueble calificado para su destino a vivienda efectivamente lo es. Sin embargo, no resultan infrecuentes las situaciones que podríamos denominar patológicas, en las que o bien la previsión normativa de que el inmueble se destine a vivienda no se ha realizado de forma efectiva, —como ocurre con las llamadas (con distintos significados, como luego veremos), «viviendas vacías»—, o bien el uso de vivienda se desarrolla de forma efectiva sobre inmuebles respecto de los cuales tal determinación de uso no ha sido prevista por la norma, como ocurre con las viviendas ilegales.

Ya hemos hecho referencia al número de viviendas vacías que, por la Tasadora Tinsa, se estiman existentes en España a fecha 2015. Por lo que se refiere al número de viviendas «ilegales», según el concepto de ilegalidad que resulta de la implantación de un uso no previsto previamente por la norma de ordenación urbana, baste poner como ejemplo los datos correspondientes a Cataluña para el año 2013: entre 1526 y 1537, de las cuales, 122 están construidas sobre suelo

no urbanizable. De ello resulta un número de unas 300.000 parcelas ilegales, sobre las cuales existen 164.000 edificaciones de las cuales, el 60%, está destinado a primera residencia[8]. Resulta así que la efectiva realización del derecho a la vivienda de un número importante de familias se produce a través del derecho de propiedad recayente sobre edificaciones que no se ajustan a la legalidad urbanística, generándose con ello una situación de hecho en la que entran en conflicto la protección de tales derechos y el cumplimiento de las normas de ordenación urbana. Especialmente compleja es la situación generada en aquellos casos en los que para la restauración de la realidad física alterada por la construcción no ajustada a la ordenación urbanística se declara judicialmente la nulidad de la licencia indebidamente concedida y se ordena la demolición: en tal caso, la realización del derecho a la tutela judicial efectiva que impone la ejecución de las sentencias puede entrar en conflicto con los derechos de propiedad y al disfrute de una vivienda digna de los ocupantes de la edificación, generando una situación cuyo estudio pormenorizado no corresponde a este trabajo pero del que cabe afirmar que está pendiente una suficiente regulación, no obstante el

---

[8] Datos aportados por la Secretaría de Vivienda y la Dirección General de Ordenación del Territorio y Urbanismo del Departamento de Territorio y Sostenibilidad del Gobierno catalán, en comparecencia ante la Comisión de Territorio y Sostenibilidad del Parlamento de Cataluña, en sesión número 17, de 19 de febrero de 2014.

avance que supuso la nueva redacción dada por la Ley 7/2015 al artículo 108.3 de la Ley 29/98, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, conforme al cual «el Juez o Tribunal, en los casos en que, además de declarar contraria a la normativa la construcción de un inmueble, ordene motivadamente la demolición del mismo y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, exigirá, como condición previa a la demolición, y salvo que una situación de peligro inminente lo impidiera, la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe»[9].

A tales situaciones, que estamos considerando patológicas, se ha de añadir aquellas en las que se produce la ocupación ilegal de viviendas vacías por parte de personas que alegan estados de necesidad, situaciones que proliferan como consecuencia de diversos factores: el incremento del número de viviendas vacías, pertenecientes a entidades financieras y adquiridas por causa de ejecución o dación en pago, o carentes de las autorizaciones necesarias para su primera ocupación por no haber sido terminada la obra de forma completa, el aumento del

[9] Un estudio en profundidad de esta materia, y del conflicto que plantea entre la protección de la legalidad urbanística y la de los terceros adquirentes de buena fe, es el contenido en la obra de Vicente Guilarte Gutiérrez, «Legalidad Urbanística, demolición y terceros de buena fe», Ed. Lex Nova, 2011.

número de situaciones personales de exclusión social consecuencia de la crisis, y la aparición de mafias dedicadas a generar un mercado de ocupación de viviendas[10].

Parece clara, por tanto, la necesidad de desarrollar una actuación tanto legislativa como administrativa que permita reducir al mínimo tales «patologías», o faltas de correspondencia entre el ser y el deber ser en el ámbito del ejercicio del derecho de propiedad sobre inmuebles susceptibles de ser destinados a vivienda. No es éste trabajo lugar en el que referirse a las medidas de carácter social que puedan ser adoptadas. Nos referiremos, únicamente, a las actuaciones posibles sobre la configuración legal del derecho de propiedad recayente sobre inmuebles cuyo destino sea el de vivienda.

1. La configuración legal de la función social del derecho de propiedad recayente sobre inmuebles destinados a vivienda

Y en tal ámbito, parece inevitable señalar la necesidad de que se proceda a la fijación, por el

[10] El Instituto Nacional de Estadística publica la estadística de condenados de la que resulta que entre los años 2008 y 2013 los delitos por usurpación ilegal de edificios fueron los que experimentaron un mayor incremento, haciéndolo en un 168%. Pueden consultarse tales datos en https://docs.google.com/spreadsheets/d/1XMP8seGoFWAWMvWeeM6fMXU222fbuJts98NSssRk6_Q/pubhtml#.

legislador, del grado de obligatoriedad que para el propietario tiene la efectiva realización del uso de la vivienda. O dicho de otro modo: es preciso establecer si, dada una situación social que muestra la existencia de una parte de la población carente de posibilidades de acceso al disfrute de una vivienda, debe entenderse que todo inmueble susceptible de ser destinado a vivienda debe ser objeto de tal uso efectivo, ya por quien sea su propietario, ya por un tercero autorizado por aquél, en virtud de un título que al efecto le habilite. El establecimiento de tal regulación es requisito previo para poder entrar a determinar si lesionan o no el contenido esencial del derecho de propiedad privada aquellas medidas legislativas que sancionan con gravámenes tributarios, multas, cesiones obligatorias o incluso expropiación, la titularidad dominical de viviendas vacías. Si partimos de la consideración de que la utilidad que para la comunidad tienen los inmuebles susceptibles de uso residencial obliga a desarrollar de forma efectiva dicho uso, deberá admitirse la adecuación a la protección constitucional del derecho de propiedad de aquellas medidas legislativas que tienen por finalidad evitar dicho ejercicio antisocial de la propiedad.

Estamos, en definitiva, demandando una actuación legislativa que resuelva la cuestión relativa a si debe considerarse incluido dentro de la función social del derecho de propiedad que tenga por objeto inmuebles susceptibles de

ser destinados a vivienda la efectiva realización de tal uso, y en qué términos. Actuación, como a continuación veremos, ya se ha producido en el ámbito de algunas legislaciones autonómicas, aunque no en el ámbito de la legislación estatal.

a) Legislación estatal

En efecto, no existe en el ordenamiento jurídico español una norma de ámbito estatal que de forma expresa defina en qué consiste la función social de la propiedad inmobiliaria recayente sobre inmuebles destinados a vivienda. El Real Decreto Legislativo 7/2015, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (en adelante TRLS), establece el estatuto jurídico de la propiedad del suelo y fija su contenido de facultades, deberes y cargas según la clasificación urbanística del mismo (cfr. arts. 11 a 17), al establecer en el número 1 del artículo 11 que «el régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística». En los artículos 1.b) y 5.a) el TRLS formula el derecho de todos los ciudadanos a disfrutar de una vivienda digna, pero no configura la efectiva realización de tal derecho como una función social del derecho de propiedad recayente sobre viviendas ya existentes, que delimite su contenido. La rehabilitación y la ocupación de

las viviendas vacías o en desuso se configura, por el artículo 3.3.b) TRLS, como objetivo de políticas que han de ser desarrolladas por los poderes públicos, pero no se definen como deberes del propietario de las mismas, más allá de la formulación genérica que el artículo 15.1.a) TRLS establece del deber del propietario de destinar las construcciones a usos que sean compatibles con la ordenación territorial y urbanística, o del deber legal de conservación, entendido, en el ámbito de las edificaciones, como la obligación de satisfacer los requisitos básicos de la edificación, de acuerdo con el artículo 3.1 de la Ley 38/99 de Ordenación de la edificación (art. 17.3.a) TRLS[11].

No obstante, y pese a que el TRLS no establece una formulación expresa del derecho al disfrute de una vivienda digna como definitorio del contenido y forma de ejercicio del derecho de propiedad, sí recoge la regulación procedente de la Ley 8/2013 de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas, que muestra ya el inicio en el cambio de orientación respecto de las políticas públicas de vivienda propias de los decenios anteriores: ya no sólo se vincula la reali-

[11] Un estudio detallado de la consideración del derecho a una vivienda digna en la norma estudiada es el realizado por Jesús González Pérez en la monografía «El derecho a una vivienda digna en la Ley de Suelo de 2008», publicada en la colección Cuadernos de Derecho Registral, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2008.

zación del derecho a la vivienda al desarrollo de actuaciones públicas de planeamiento y gestión urbanística que generen un número suficiente de viviendas, en condiciones adecuadas para su uso, sino que se establece una regulación enderezada al fomento de actuaciones públicas de rehabilitación de edificaciones ya existentes, de forma que puedan eliminarse situaciones de infravivienda, dar cumplimiento a los requisitos legales de ordenación de la edificación y promover la efectiva realización del derecho a una vivienda digna. Así, la Exposición de Motivos de la Ley 8/2013 establecía que «*No parece admitir dudas el dato de que el parque edificado español necesita intervenciones de rehabilitación y de regeneración y renovación urbanas que permitan hacer efectivo para todos, el derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada, así como la exigencia del deber de sus propietarios de mantener los inmuebles en adecuadas condiciones de conservación*» De acuerdo con ello, el artículo 17.2 TRLS establece, como deber del propietario afectado por actuaciones sobre suelo urbano, y entre ellas las de rehabilitación, el de participar en su ejecución, en el régimen de distribución de beneficios y cargas que corresponda.

Tampoco la regulación estatal de fomento del acceso a la vivienda, concretada en los sucesivos Reales Decretos por los que con frecuencia trienal se han ido aprobando los Planes de Vivienda se ha realizado una declaración general que vincule la función social de la propiedad

de viviendas con el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, aunque es para el fomento de éste último que se imponen un conjunto de limitaciones en el uso y transmisión de las viviendas sujetas a algún tipo de protección pública. Es el último Plan de Vivienda, aprobado por el 233/2013, de 5 de abril, en el que se recoge un giro en el sistema de promoción del acceso a la vivienda, en virtud del cual el peso de la actuación pública deja de centrarse en la creación de nuevas unidades de vivienda para centrarse en la movilización de las ya existentes, a través de su alquiler y rehabilitación y renovación. No obstante, cabe insistir, que este último Plan, al igual que los anteriores, formula una previsión de actuación administrativa de fomento, y no entra a definir el contenido del derecho de propiedad por razón de su función social.

b) Legislación autonómica

Es, como antes hemos señalado, en el ámbito de la legislación autonómica, donde los legisladores han decidido sujetar, de forma expresa y general, el ejercicio del derecho de propiedad sobre inmuebles destinados a vivienda a la función social de la efectiva realización de tal destino y, con ello, de la realización del derecho a una vivienda digna.

En este ámbito cabe citar la Ley del Derecho a la Vivienda de Cataluña, cuyo artículo 5.1,

después de establecer en su número primero que el ejercicio del derecho de propiedad debe cumplir su función social, establece en su número siguiente que existe incumplimiento de la función social de la propiedad de una vivienda o edificio de viviendas en diversos supuestos, que incluyen incumplimientos de deberes legales de conservación y rehabilitación, desocupación o sobreocupación de viviendas, falta de destino de las viviendas protegidas a domicilio de su propietarios, y el incumplimiento de las obligaciones impuestas a determinados propietarios de realizar ofertas de alquiler social. De tal formulación legal resulta la configuración estatutaria del derecho de propiedad recayente sobre viviendas o edificios destinados a viviendas, de tal forma que la no sujeción del titular del derecho a tal estatuto legal generará una actuación represora, que podría conllevar la imposición de sanciones. Así, el artículo 5.3 de la ley del Derecho a la Vivienda citada establece que «Para garantizar el cumplimiento de la función social de la propiedad de una vivienda o un edificio de viviendas, las administraciones competentes en materia de vivienda deben arbitrar las vías positivas de fomento y concertación a las que se refiere el título III, y pueden establecer también otras medidas, incluidas las de carácter fiscal, que propicien el cumplimiento de dicha función social y penalicen su incumplimiento». Y de acuerdo con tal formulación, el artículo 6 de la misma Ley da un paso hacia el reconocimiento de la posibilidad de que los ciudadanos pueden

exigir ante los Tribunales de Justicia la efectiva realización de la función social de la propiedad en materia de vivienda, al establecer que «todos los ciudadanos, en ejercicio de la acción pública en materia de vivienda, pueden exigir ante los órganos administrativos y ante la jurisdicción contencioso-administrativa el cumplimiento de la legislación en materia de vivienda y de las disposiciones y medidas establecidas por el planeamiento urbanístico referidas a la vivienda». Más allá ha ido la Ley 24/2015, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y de la pobreza energética, en cuyos artículos 5 y 7 se establecen medidas para evitar desahucios que puedan provocar situación de falta de vivienda y para garantizar la función social de la propiedad mediante el aumento del parque de viviendas asequibles en alquiler. En la fecha en que el presente trabajo se redacta, el artículo 7 y los apartados 1,2,4,y 9 del artículo 5 se hallan suspendidos en su vigencia por haber sido impugnados ante el Tribunal Constitucional en virtud de Recurso de Inconstitucionalidad 2501-2016.

También la Ley de Vivienda del País Vasco, Ley 3/2015 de 18 de junio, en su artículo 4, establece una formulación legal de la función social de la propiedad de viviendas o edificios destinados a vivienda análoga a la realizada por Cataluña, aunque con alguna diferencia: no incluye el deber de ofrecer un alquiler social a quien pierde la vivienda por razón de una eje-

cución hipotecaria o dación en pago de deuda, e incluye entre las causas de incumplimiento de la función social el «uso inadecuado de la vivienda alojamiento o edificación cuando se someta a una utilización distinta a la de su calificación urbanística, autorización y destino coherente y legal o reglamentariamente autorizable». (art. 4.2.f]). El referido artículo 4 ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad 1643-2016, hallándose, en la fecha en que el presente trabajo se redacta, suspendida su vigencia.

La Comunidad Autónoma de Andalucía reguló igualmente la materia en la Ley del Derecho a la Vivienda 1/2010 de 8 de marzo, modificada por el Decreto Ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda, estableciendo un sistema en el que el deber de destinar de forma efectiva el inmueble al uso habitacional previsto por la norma se configuró como contenido esencial del derecho de propiedad y, en consecuencia, se previó la posibilidad de llevar a cabo la expropiación sanción de viviendas desocupadas, según la definición que de éstas estableció la Ley. Sistema recogido en los artículos 1.3, 25 y 53.1, el primero y último de los cuales, y los apartados 5 y 6 del segundo, fueron declarados inconstitucionales por STC 93/2015, de 14 de marzo.

Cabe igualmente citar la Ley 10/2010, de 10 de mayo, del derecho a la vivienda de Navarra,

modificada por la Ley 24/2013 de 2 de julio, que introduce un Título V, regulador de los instrumentos administrativos para evitar la existencia de viviendas deshabitadas, en el que se prevé la posibilidad de expropiación sanción por incumplimiento de la función social de la propiedad para aquellas viviendas declaradas deshabitadas y pertenecientes a personas jurídicas. Contra dicha regulación se halla también interpuesto recurso de inconstitucionalidad (6036-2013), hallándose su vigencia suspendida.

En idéntica situación de interinidad, por haber sido objeto de recurso ante el Tribunal Constitucional (1824-2015) se hallan los preceptos establecidos por el legislador en la Ley 2/2014 de 20 de junio, de modificación de la Ley 2/2003 de vivienda de Canarias y de medidas para garantizar el derecho a la vivienda, en cuanto establecen una definición del contenido esencial del derecho de propiedad de viviendas que incluye el deber de destinar el bien de forma efectiva al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico, incorporando un concepto legal de vivienda deshabitada y regulando la expropiación sanción del uso de viviendas.

De lo expuesto resulta un escenario ciertamente desolador, en la medida en que pone de manifiesto una descoordinación absoluta entre las distintas Administraciones con competencia legislativa en las diversas materias que se ven inevitablemente involucradas al intentar adoptar

medidas que ayuden a resolver o, al menos, a paliar el grave problema social de pérdida o imposibilidad de acceso a la vivienda generado por la crisis económica. Y es que no parece que sea posible establecer una política (entendido este concepto como conjunto de medidas coordinadas enderezadas a la consecución de un fin de interés público) de protección del derecho a disfrutar de una vivienda digna y de fomento del acceso a la misma sin actuar sobre la definición del concepto de función social de la propiedad y, con ello, sin entrar a definir el contenido de tal derecho, en cuanto recaiga sobre un inmueble. Y tal actuación precisa, de forma inevitable, una actuación conjunta y coordinada de las distintas Administraciones, estatal, y autonómica y local, con competencias en la delimitación del contenido esencial del derecho de propiedad, en fomento del derecho a una vivienda digna y adecuada, y materia de ordenación urbana.

Faltando tal actuación coordinada nos encontramos con una panoplia de regulaciones que, aunque se denominan de urgencia, tienen su vigencia suspendida, o han sido anuladas por haberse interpuesto contra las mismas recursos de inconstitucionalidad, en la medida en que su contenido no sólo establece medidas de fomento del acceso a la vivienda, sino que incluye una revisión del contenido esencial de la propiedad inmobiliaria, en cuanto definido por su función social. No es este trabajo lugar para

entrar a estudiar o a pronunciarse acerca de los argumentos de constitucionalidad o inconstitucionalidad de tales normas. Baste con denunciar la situación de ineficacia generada y proponer un pacto del que resulte una regulación vigente y efectivamente aplicable, y cuyo contenido pueda atender las situaciones de urgencia para las que se establece.

2. La configuración legal del derecho a una vivienda digna y adecuada

La consecución de tal objetivo exige, con carácter previo, avanzar en la configuración legal del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada que establece el artículo 47 CE. No existe una norma estatal dedicada a desarrollar de forma unitaria y completa tal derecho, incluido en el Capítulo III del Título I relativo a los principios rectores de la política social y económica, y cuya alegación ante la jurisdicción ordinaria, por parte de los ciudadanos, sólo podrá ser realizada, de acuerdo con el artículo 53.3 CE, y con lo que dispongan las leyes que los desarrollen. Por tanto, y sin entrar en profundidad en la discusión relativa a si el derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada debe ser considerado mera expresión de un principio programático cuya realización debe ser objetivo de los poderes públicos, imponiendo a éstos una obligación de medios o de resultado, o si por el contrario

debe ser entendido como un derecho subjetivo cuya efectiva realización es exigible de los poderes públicos a través de los Tribunales de Justicia[12], de lo que no puede dudarse es que la superación de las discusiones existentes y el cumplimiento del mandato constitucional exige elaborar y promulgar las disposiciones legales que definan la naturaleza de las obligaciones que los poderes públicos tienen en relación con la efectiva realización del derecho al disfrute de una vivienda digna y adecuada, y que fije los términos en que tal derecho podrá ser alegado ante los Tribunales de Justicia.

Nos atrevemos, en este punto, a aportar una breve reflexión sobre la diferente naturaleza del derecho de propiedad privada y del derecho al disfrute de una vivienda digna y adecuada, más allá de su diversa calificación y ordenación sistemática en el texto constitucional, en cuya virtud, mientras el primero queda incluido en el Capítulo II del Título I, referido a «los derechos y deberes de los ciudadanos» el segundo queda incluido, como ya se ha dicho, en el Capítulo III, relativo a los principios

---

[12] Es de cita obligada en este punto el trabajo, pendiente de publicación en la fecha en que el presente se redacta, de Juli Ponce Solé, ponente en la Jornada en que se expuso la presente ponencia, y titulado «La exigibilidad judicial del derecho a la vivienda en Europa, España y Cataluña: situación actual y perspectivas de futuro». Cabe citar, igualmente, las reflexiones que sobre la naturaleza del derecho constitucional a una vivienda digna realiza Jesús González Pérez en la obra antes citada.

rectores de la política social y económica. En efecto, mientras el derecho de propiedad supone el reconocimiento por el ordenamiento de una cualidad esencial a la personalidad, en cuya virtud toda persona física o jurídica, por el sólo hecho de serlo, puede ser titular de un ámbito de poder sobre aquellas realidades materiales o inmateriales que de forma legítima haya adquirido, el derecho a una vivienda digna y adecuada precisa, para su realización efectiva, de la existencia material de una edificación que presente la configuración adecuada para servir al uso de vivienda. Así, la efectividad del derecho de propiedad tiene lugar por el sólo hecho de la existencia de su titular, sin necesidad de actuación alguna de los poderes públicos, a los que sólo es reclamable una actuación pasiva, o de respeto al ámbito de poder generado por el derecho de propiedad, o bien una actuación activa, para protegerlo contra perturbaciones ilegítimas. Frente a ello, la efectiva realización del derecho al disfrute de una vivienda digna y adecuada precisa no sólo de la existencia del titular de tal derecho, sino de una actuación material de carácter urbanizador y edificatorio, llevada a cabo, bien por los poderes públicos, bien por el mercado privado. Por ello, la garantía de la efectividad de tal derecho exige de los poderes públicos no sólo una actuación meramente protectora y represiva de las posibles perturbaciones, sino una actuación activa, de creación del objeto del derecho o de puesta de su disfrute a disposición

de quien deba ser considerado su titular. Ello nos permite ver de forma clara la diferencia entre la indudable consideración del derecho de propiedad como un derecho subjetivo, en cuanto ámbito de poder de la voluntad reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico, y la dificultad que presenta dar tal consideración al derecho al disfrute de una vivienda, en cuanto éste aparece no como un ámbito del poder de la voluntad de su titular, sino como una pretensión reconocida por el ordenamiento jurídico para cuya satisfacción los poderes públicos deben poner todos los medios a su alcance.

La dificultad dogmática que tiene la configuración legal del derecho al disfrute de una vivienda digna puede ilustrarse, en el ámbito del derecho europeo, señalando como si bien el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dado al derecho a la vivienda la consideración de «derecho fundamental de la Unión»[13], la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea no proclama en su artículo 7 el derecho al disfrute de una vivienda digna, sino el derecho de los ciudadanos a la vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones. El derecho al disfrute de una

[13] La STJUE de 10 de septiembre de 2014, Asunto C-34/13, establece que «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».

vivienda digna, aunque presupuesto en aquél, no aparece formulado por la Carta como un derecho subjetivo, limitándose el artículo 34 de la Carta, en el ámbito de la Seguridad Social y la Ayuda Social, a declarar el reconocimiento de un 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. En el ámbito del derecho interno, la dificultad de configurar el derecho al disfrute a la vivienda como un derecho subjetivo queda bien plasmada en la Ley 13/2015, del Derecho a la Vivienda del País Vasco, que en el epígrafe del Capítulo II califica el derecho de acceso legal a la ocupación de una vivienda digna y adecuada como un derecho subjetivo, y establece su exigibilidad ante los tribunales de lo contencioso administrativo. No obstante, se cuida el legislador de atribuir tal naturaleza sólo al acceso legal, esto es, a aquél que se deba producir como consecuencia de una actuación previa de la Administración Pública, que pone a disposición del ciudadano, en los términos previstos por el artículo 9 de dicha Ley, una vivienda en alquiler o, no siendo ello posible, una prestación económica. Por tanto, se establece un derecho subjetivo cuya realización efectiva no sólo precisa de una actuación administrativa previa, sino que pueden no producirse por falta de medios, generando una prestación sustitutiva. Tal regulación hace evidente la especificidad del derecho a una vivienda digna y adecuada y la necesidad de regular su calificación jurídica

de forma acorde a sus posibilidades de efectiva realización.

Efectiva realización que, en la legislación española y desde que existe una actuación pública en materia de vivienda, se ha buscado, fundamentalmente, a través del destino de fondos para la financiación de obras de edificación que generen viviendas en número suficiente para atender el derecho a disfrutar de una vivienda digna de aquellas personas que carecen de los recursos económicos precisos para realizar tal derecho a través del mercado, imponiendo, a la actuación de planificación del suelo, la existencia de reservas de suelo destinadas a la construcción de tales viviendas. A tal principio inspirador ha respondido la política de vivienda desarrollada a través de planes periódicos de vivienda, hasta el último aprobado por Real Decreto 233/2013, en el que se produce, como ya antes se ha dicho, un cambio de orientación, tras el cual la efectiva realización del derecho al disfrute de viviendas se busca sobre todo, a través de la movilización del parque de viviendas ya existente, mediante su rehabilitación y puesta en alquiler. No obstante, la coyuntura social y económica que la crisis ha dejado muestra la necesidad de una actuación más intensa de los poderes públicos en la promoción de la efectiva realización del derecho a una vivienda digna, actuación que se está desarrollando, de forma, insistimos, descoordinada y fragmentada, en los ámbitos a los que a continuación nos referiremos.

3. La titularidad dominical de viviendas vacías, o no destinadas de modo efectivo al uso de vivienda para el que fueron diseñadas

El concepto legal de vivienda vacía o desocupada, a los efectos aquí estudiados, se refiere no a aquella vivienda que, de hecho, carece de ocupación física, sino a aquella respecto de la cual, por encontrarse en tal situación, se está incumpliendo por su titular dominical la función social propia de su derecho de propiedad. No está formulado tal concepto con carácter general por el legislador estatal, y aparece recogido en diversas leyes autonómicas a las que con anterioridad hemos hecho referencia, de forma fragmentada y no coordinada y, como ya hemos visto con anterioridad, con frecuencia sin vigencia, dada su anulación por sentencia del Tribunal Constitucional. Así, en Cataluña y en el País Vasco cabe considerar en tal situación las viviendas «desocupadas de forma permanente e injustificada» (art. 5.2.b) Ley 18/2007, del Derecho a la Vivienda y 4.2.b) Ley 3/2015 de Vivienda del País Vasco). Conceptos, los de «permanente e injustificada», de difícil precisión jurídica. La ley andaluza 8/2010 del derecho a la vivienda precisa más y presume que son viviendas deshabitadas, en su artículo 25, aquellas edificaciones que contando o pudiendo contar con las autorizaciones necesarias para su efectiva ocupación y teniendo atribuido por el planeamiento o autorizado el uso residencial,

no se destinen de forma efectiva a tal uso durante un plazo de seis meses o que no cuenten con contrato de suministro de agua o electricidad, o presenten nulos o escasos suministros. Tal formulación legal del concepto de vivienda deshabitada aparece también recogido en el artículo 42 de la Ley Foral 10/2010, del Derecho a la Vivienda de Navarra.

Vemos, por tanto, cómo la actuación legislativa por la que se define una situación de incumplimiento de la función social de la propiedad inmobiliaria, —la desocupación de viviendas—, es realizada por los distintos legisladores autonómicos sobre la base de criterios diversos y conceptos no del todo determinados. Escenario, reiteramos, ciertamente indeseable, pues supone una actuación sobre el contenido esencial del derecho de propiedad que puede conllevar la imposición al propietario de cargas tributarias, multas coercitivas, privación forzosa del uso o incluso pérdida de su derecho. Es razonable entender que el establecimiento de tales sanciones, en la medida en que afectan de modo radical al contenido y ejercicio del derecho de propiedad privada, limitando de forma drástica el juego de la autonomía de la voluntad y afectando al mercado inmobiliario, deben establecerse de forma coordinada y general por la legislación básica del Estado, previa definición, como se ha reiterado, de una adecuada formulación de la función social de la propiedad de viviendas y garantizando una actuación de los

poderes que no provoque una limitación del derecho de propiedad que vaya más allá de lo que deba considerarse estrictamente necesario para la protección del derecho al disfrute de una vivienda digna.

Y es igualmente exigible que el establecimiento de tales limitaciones al dominio se establezcan por normas de carácter civil o, al menos, por normas que, aun encuadradas en el ámbito de la legislación administrativa de fomento del derecho al disfrute de una vivienda digna, definan con precisión los conceptos civiles que utilizan y sus consecuencias. Como ejemplo de la falta de rigor en tal definición cabe señalar el contenido del artículo 7 de la Ley 24/2015, de la Generalidad de Cataluña, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y de la pobreza energética, —en la fecha en que se este trabajo se redacta suspendida su vigencia por haber sido objeto de recurso ante el Tribunal Constitucional—, en el que se regula la cesión obligatoria de viviendas vacías pertenecientes a personas jurídicas, y ello, sin precisar si tal cesión obligatoria lo es del dominio o sólo del uso, si por razón de tal cesión obligatoria recibe o no el propietario afectado alguna indemnización, si una vez incorporada la vivienda «cedida» al Fondo de viviendas en alquiler, las rentas generadas por los contratos son entregadas al propietario o pertenecen a la Administración, o cual es el régimen de liquidación de la posesión

respecto de daños o mejoras una vez finalizado el plazo de tres años de cesión. Cuestiones todas ellas cuya regulación precisa y rigurosa no sólo es necesaria para evitar posible actuaciones expropiatorias sin indemnización, contrarias al artículo 33 CE, sino, en definitiva, para que la nueva regulación pueda tener efectiva aplicación práctica.

Debe igualmente ponderarse la conveniencia de promover el destino efectivo de la vivienda al uso que le corresponde, y con ello la realización de la función social de su propiedad, a través de medidas que en lugar de sancionar la titularidad de viviendas vacías, premien su ocupación, ya sea a través de subvenciones para su rehabilitación o puesta en alquiler, ya sea mediante la reducción o exención de impuestos que graven la titularidad de la vivienda cuyo uso efectivo se realice. Decisiones éstas que, en la medida en que exista disponibilidad presupuestaria para su adopción, serán mucho menos perturbadoras para el mercado que las de carácter sancionador[14].

---

[14] Una referencia en esta materia puede ser la legislación británica en materia de viviendas vacías, contenida en la Housing Act de 2004 y normas posteriores de desarrollo. Un interesante trabajo que muestra la situación de viviendas vacías en Inglaterra y las actuaciones legalmente previstas sobre ellas es el Briefing Paper núm. 3012, de 5 de mayo de 2016, llamado «Empty Housing», publicado por The House of Commons Library, y consultable en file:///C:/Users/puesto9/Downloads/SN03012%20(1).pdf.

4. La actuación sobre viviendas objeto de ejecuciones hipotecarias

Nos referimos aquí a aquellas situaciones en las que como consecuencia de ejecuciones hipotecarias, se produce la pérdida de su vivienda habitual por el deudor, cediendo con ello su derecho al disfrute de la vivienda frente a los efectos civiles producidos por la actuación del contenido esencial del derecho real de hipoteca, que atribuye a su titular la facultad de cobrar el crédito garantizado mediante la realización del valor a cambio de la vivienda hipotecada.

En este punto el legislador, tanto estatal como autonómico, ha adoptado medidas enderezadas a evitar que dicha realización de valor de la vivienda habitual del ejecutado le prive del disfrute de una vivienda digna, sea ésta la misma objeto de la ejecución, sea otra proporcionada por la entidad que, habiendo iniciado la ejecución, se adjudique finalmente la propiedad de la vivienda. Así lo hizo el Real Decreto Ley 6/2012, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, cuyos artículos 13 y 14 establecieron la preferencia en el acceso al régimen de ayudas a los inquilinos para aquellas personas que como consecuencia de una ejecución hipotecaria o de una dación en pago hubieran perdido su vivienda habitual, y que estableció el Código de Buenas Prácticas, —de asunción voluntaria para las entidades financieras—, que incluía la previsión de que

en caso de dación en pago pudiera el deudor permanecer durante un plazo de dos años en la vivienda en concepto de arrendatario, satisfaciendo una renta anual del 3 por cien del importe total de la deuda en el momento de la dación.

Vemos así como el legislador estatal, no ha establecido norma alguna que, por razón de la protección del derecho a una vivienda digna del ejecutado, impida la continuación de la ejecución y su terminación, ya con venta a un tercero, ya con adjudicación al ejecutante. El Real Decreto Ley 6/2012, y la posterior Ley 1/2013, no establecieron límites sobre el derecho real de hipoteca del acreedor, o sobre el dominio adquirido como consecuencia de la ejecución, sino que se limitaron a establecer ayudas para el alquiler de una nueva vivienda, y a promover la asunción de compromisos voluntarios por las entidades financieras. Más allá ha ido, —o pretendido ir, dada su impugnación ante el Tribunal Constitucional—, la ya citada Ley 24/2015, de la Generalidad de Cataluña, de Medidas Urgentes para afrontar la emergencia en materia de vivienda y pobreza energética, cuyo artículo 5.2 impone a las entidades financieras que sean titulares del dominio de viviendas, como requisito previo para que pueda interponer una demanda de ejecución hipotecaria, comprobar si los ejecutados están o no dentro de los parámetros de exclusión social establecidos por la Ley y, en caso de estarlo, ofrecerles

una propuesta de alquiler social. Dicha norma sí impone una limitación al contenido del derecho real de hipoteca, en cuanto hace depender la posibilidad de llevar adelante su ejercicio de la realización de una prestación a favor del ejecutado, impuesto por razón de la necesidad de proteger su derecho a una vivienda digna.

Como venimos poniendo de manifiesto a lo largo de este trabajo, también en esta materia observamos una situación reguladora manifiestamente mejorable, en la medida en la que, de nuevo, falta una actuación coordinada entre el Estado y las Comunidades Autónomas que permita avanzar en la regulación, probablemente insuficiente, del Real Decreto Ley 6/2012, considerar la oportunidad de regulaciones como la contenida en la Ley 24/2015 de la Generalidad de Cataluña y, en definitiva, fijar un criterio general que determine la posibilidad de que la protección que los poderes públicos han de dispensar al derecho al disfrute de una vivienda digna puede afectar al contenido y ejecución de la garantía hipotecaria que pueda lesionarlo o impedirlo, siendo deseable que tales medidas no desnaturalicen el contenido de la garantía hipotecaria, en cuanto ha sido, y todavía es, la herramienta esencial de financiación del acceso al disfrute de una vivienda digna por la mayor parte de la población española[15]. Sólo de ésta

[15] Las estadísticas de vivienda publicadas por el INE correspondientes al mes de Febrero de 2016, señalaban que

manera podrán los agentes que intervienen en el mercado inmobiliario descontar las limitaciones que puedan concurrir en tales supuestos y, con ello, evitar una situación de inseguridad que provoque una subida de los precios o una retracción de la oferta.

Y dicha actuación coordinada deberá incluir, además de las medidas que procedan para lograr un equilibrio entre el ejercicio del derecho real de hipoteca y la protección del derecho al disfrute de una vivienda digna por parte del ejecutado, aquellas que fomenten la movilización del parque de viviendas adquirido como consecuencia de tales ejecuciones, o por razón de daciones o compensaciones de pagos. En este punto debe resaltarse que el derecho de propiedad de tales viviendas, cuando pertenezca a las mismas entidades financieras ejecutantes, a fondos de titulización por ellas creados, a fondos de inversión adquirentes de carteras de préstamos dudosos, o a la sociedad pública de gestión de activos bancarios, presenta importantes particularidades que probablemente justifican una actuación más intensa de los poderes públicos sobre su contenido y ejercicio, en orden a proteger el derecho de los

---

el número de hipotecas sobre viviendas inscritas en los Registros de la Propiedad en ese mes fue de 24.887, un 15,9% más que en el mismo mes de 2015, lo que pone de manifiesto que, tras el cierre del crédito hipotecario generado durante la crisis, éste vuelve a convertirse en el principal medio de financiación del acceso a la vivienda.

ciudadanos a una vivienda digna. Y ello, en la medida en que tales entidades son titulares de un inmenso parque de viviendas, en su mayoría desocupadas, cuya terminación, —cuando esté pendiente—, y devolución al mercado, debe ser lo más rápida posible.

Actuaciones públicas entre las que cabe considerar las de concertación con tales entidades, mediante la firma de convenios que permitan el destino de tales parques de vivienda a fines de alquiler social, de fomento de su adquisición por SOCIMIs, cuyo objeto social legalmente establecido es la adquisición y promoción de bienes inmuebles para su arrendamiento urbano[16], de establecimiento de un régimen sancionador para el caso de que tales viviendas permanezcan desocupadas o deshabitadas, según antes hemos visto, o de establecimiento de derechos de adquisición preferente a favor de la Administración, en caso de que se proceda a su transmisión. En relación con éstos últimos, cabe citar aquí el Decreto 1/2015, de la Generalidad de Cataluña, de 24 de marzo, de medidas urgentes y extraordinarias para la movilización

[16] En este punto cabe citar las modificaciones que sobre los contratos de arrendamiento urbanos se recogen en la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas, y las introducidas en el régimen de las SOCIMIs por la Ley 16/2012 de 27 de diciembre, por la que se adoptan diversas medidas tributarias destinadas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica.

de viviendas provenientes de procesos de ejecución hipotecaria, cuyo artículo 2 establece un derecho de tanteo y retracto a favor de la Generalidad para aquellas transmisiones de viviendas adquiridas en un proceso de ejecución hipotecaria o mediante compensación o pago de deuda con garantía hipotecaria que estén situadas en áreas de demanda residencial fuerte y acreditada y que hayan sido adquiridas después de la entrada en vigor de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda.

5. La introducción, en la legislación civil, de modalidades contractuales cuyo objeto es el fomento del acceso a la vivienda

La falta de coordinación en la actuación de las distintas Administraciones con competencias legislativas para definir el contenido esencial del derecho de propiedad por razón de la función social que le impone, se pone igualmente de manifiesto en aquellas iniciativas que tienen por objeto introducir en la regulación civil del derecho de propiedad modalidades de tal derecho o fórmulas contractuales que se consideran adecuadas para promover el acceso a la vivienda. Introducción ésta que ha de ser realizada, a nuestro juicio, de forma muy cuidadosa, y sobre la base de las siguientes consideraciones: la comprobación previa de que no resulta posible llevar a cabo una actuación eficaz de fomento de tales fórmulas contractuales sin,

para ello, alterar la estructura civil básica del derecho de propiedad; la previa comprobación de la efectiva necesidad de tales fórmulas y de su aceptación por el mercado, de forma que una vez reguladas sean efectivamente utilizadas; y, finalmente, la previsión de su tempestividad, de tal forma que a la fecha de su entrada en vigor, una vez finalizado su proceso de promulgación y resueltos los recursos de inconstitucionalidad que, en su caso, se interpongan contra la misma, exista todavía una coyuntura económica que justifique tal regulación y haga necesaria o ventajosa su utilización.

Ejemplo, a nuestro juicio, de lo que no debe hacerse, por incumplir todos los presupuestos indicados, es lo que ha ocurrido en el ámbito de Cataluña con la regulación de la propiedad temporal y compartida, introducida en el Libro V del Código Civil de Cataluña por la Ley 19/2015 de 29 de julio, en la medida en que: establece una regulación cuyo objetivo no precisaba introducir nuevas estructuras disonantes con los elementos característicos del derecho de propiedad, dada la posibilidad de generar derechos de propiedad de duración temporal, —suspensiva y resolutoriamente aplazados—, y formas de cotitularidad idénticas a las introducidas sobre la base del juego de la autonomía de la voluntad; el fomento de tales fórmulas podía haberse logrado con el simple establecimiento de medidas de promoción administrativa y beneficios fiscales; su grado de aceptación y

utilidad en el mercado no se consideró, pues más de un año después de la promulgación de la Ley y tras casi un año de vigencia tales figuras no han sido prácticamente utilizadas[17] y, para finalizar, las nuevas estructuras civiles creadas se han mostrado intempestivas, en la medida en que se ha producido un cambio en la coyuntura inmobiliaria que reduce extraordinariamente su utilidad.

Conclusión

De lo hasta aquí expuesto resulta, a nuestro juicio, la necesidad de superar una situación de descoordinación y paralización regulatoria que impide avanzar en la solución, no sólo de un problema real que genera situaciones de verdadera urgencia, sino en la integración dogmática de los derechos constitucionales de propiedad privada y de disfrute de una vivienda digna y adecuada. Para ello resulta imprescindible alcanzar un pacto político que permita una actuación conjunta de las distintas Administraciones Públicas con competencias legislativas tanto en la definición del contenido legal del derecho de propiedad por razón de su función social,

[17] Habiéndose solicitado de todos los Registros de la Propiedad de Cataluña, para la preparación de este trabajo, información sobre el número de regímenes de propiedad temporal o compartida inscritos en el Registro de la Propiedad durante el periodo en que la Ley ha estado vigente, no se ha comunicado la inscripción de un solo de ellos.

como en la promoción de la efectiva realización del derecho constitucional al disfrute de una vivienda digna, actuación de la que resulte una regulación básica sobre la cual puedan establecerse las diversas medidas concretas que permitan, a cada Administración, actuar sobre las situaciones de emergencia habitacional que puedan ir surgiendo.

Bibliografía

ARNAIZ EGUREN, Rafael, «*Terreno y Edificación,Propiedad Horizontal y Prehorizontalidad*», ed. Thompson Reuters, 2010.

DOMINGUEZ VILA, Antonio, «*El Derecho Constitucional a la Vivienda. Teoría y Práctica*». Revista de Derecho Urbanístico, Año XLVI, núm. 272, marzo de 2012.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, «*El derecho a una vivienda digna en la Ley de Suelo de 2008*», Cuadernos de Derecho Registral, 2008, Fundación Registral.

MANZANO FERNÁNDEZ, María del Mar, «*El Uso de los Inmuebles en el Derecho Civil Moderno*», 1999, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

LÓPEZ CÁNOVAS, Ángeles, «*La propiedad privada inmobiliaria: Bases constitucionales y*

régimen estatutario del contenido y la función social de la propiedad urbana y la propiedad rústica», ed. Thompson Reuters, 2015.

PONCE SOLÉ, Juli, «*El derecho de la vivienda en el siglo XXI: sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo: «análisis específico de la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, en su contexto español, europeo e internacional».* 2008 Marcial Pons.

ROGER FERNÁNDEZ, Gerardo, «*Necesidad de una reorientación recuperadora de las políticas públicas de vivienda para todos los ciudadanos*», Revista de Derecho Urbanístico, Año XLIX, núm. 307, julio-agosto de 2016.

PEREDA PINEDO, Ignacio, «*La Función Social del Derecho de Propiedad», en obra colectiva, «Propiedad y Derecho Constitucional»*, ed. Fundación Beneficencia el Peritia Iuris, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2005.

PIPES, Richard, *«Propiedad y Libertad, dos conceptos inseparables a lo largo de la historia»,* ed. Turner 2002.

FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

LIBROS PUBLICADOS

1. R. Alexy, *Derechos sociales y ponderación.*

2. L. Ferrajoli, J. J. Moreso, M. Atienza, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional.*

3. A. Ruiz Miguel, R. Navarro-Valls, *Laicismo y Constitución.*

4. P. Costa, B. Aláez Corral, *Nacionalidad y ciudadanía.*

5. V. Ferreres, J. A. Xiol, *El carácter vinculante de la jurisprudencia.*

6. M. Taruffo, P. Andrés Ibáñez, A. Candau Pérez, Consideraciones sobre la prueba judicial.

7. R. Romboli, M. Carrillo, *Los consejos de garantía estatutaria.*

8. P. Salazar Ugarte, J. Aguiló Regla, M. A. Presno Linera, *Garantismo espurio.*

9. E. Bulygin, M. Atienza, J. C. Bayón, *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho.*

10. P. Lucas Murillo de la Cueva, J. L. Piñar Mañas, El derecho a la autodeterminación informativa.

11. F. J. Laporta, J. Ruiz Manero, M. A. Rodilla, Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas.

12. I. Shapiro, P. de Lora Deltoro, C. Tomás-Valiente Lanuza, *La Suprema Corte de Estados Unidos y el aborto.*

13. J. F. Malem Seña, F. J. Ezquiaga Ganuzas, P. Andrés Ibáñez, *El error judicial. La formación de los jueces.*

14. M. C. Redondo, J. M.ª Sauca, P. Andrés Ibáñez, Estado de Derecho y decisiones judiciales.

15. S. Huster, A. Pau, M.ª J. Roca, *Estado y cultura.*

16. P. Comanducci, M.ª A. Ahumada, D. González Lagier, *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo.*

17. E. Barros Bourie, Mª P. García Rubio, A. M. Morales Moreno, *Derecho de daños.*

18. A. Aarnio, M. Atienza, F. J. Laporta, *Bases teóricas de la interpretación jurídica.*

19. A. Squella, N. López Calera, *Derechos humanos, ¿invento o descubrimiento?.*

20. S. Huster, F. Molina, E. Garzón Valdés, *Terrorismo y Derechos Fundamentales.*

21. M. T. Soler Roch, J. M. Tejerizo López, F. Serrano Antón, *Los defensores del contribuyente.*

22. R. Vázquez, A. Ruiz Miguel, J. M.ª Vilajosana Rubio, *Democracia, religión y Constitución.*

23. C. Venturini, M. Fuenteseca Degeneffe, *El Juez en Roma: Funciones y responsabilidad.*

24. E. Roca Trías, V. Guilarte Gutiérrez, *Patrimonio matrimonial en matrimonios no indisolubles.*

25. J. J. Moreso, L. Prieto Sanchís, J. Ferrer Beltrán, Los desacuerdos en el Derecho.

26. J. Delgado Echeverría, J. Rams Albesa, *Retos de la dogmática civil española.*

27. A. Pace, P. Andrés Ibáñez, *Inmunidad del poder en Italia.*

28. C. Peña, H. Omar Seleme, F. Vallespín, *Estudios sobre Rawls.*

29. M. Baurmann, J. L. Martí, P. de Lora, *Los desafíos de la democracia.*

30. A. F. Franco, C. Álvarez Alonso, *La cuestión cubana en las Cortes de Cádiz.*

31. J. A. Xiol Ríos, F. J. Bastida Freijedo, *Autonomía del paciente, responsabilidad patrimonial y derechos fundamentales.*

32. A. Ollero, J. A. García Amado, C. Hermida del Llano, *Derecho y moral: una relación desnaturalizada.*

33. E. Garzón Valdés, P. Sala Sánchez, Fco. Rubio Llorente, M. Lorente Sariñena, Fco. Laporta, Elías Díaz, V. Ferreres Comella, *Homenaje a Francisco Tomás y Valiente.*

34. C. Rogel Vide, E. Serrano Gómez, *Tensiones y conflictos sobre derecho de autor en el siglo XXI. Materiales para una reforma de la Ley de Propiedad Intelectual.*

35. M. Carrillo, R. Romboli, *La reforma del recurso de amparo.*

36. P. Schiera, B. Clavero, *Del poder legal a los poderes globales. Legitimidad y medida en política.*

37. J. Esteve Pardo, J. Tejada Palacios, *Ciencia y Derecho: La nueva división de poderes.*

38. J.M. Naredo, Carlos Taibo, *De la burbuja inmobiliaria al decrecimiento: causas, efectos y perspectivas de la crisis.*

39. M. Stolleis, A. Paulus, I. Gutiérrez, *El Derecho constitucional de la globalización.*

40. J. Varela Suanzes-Carpegna, S. Muñoz Machado, *La organización territorial del Estado en España. Del fracaso de la I República a la crisis del Estado autonómico (1873-2013).*

41. Ph. Frumer, I. Villaverde Menéndez *La renunciabilidad de los derechos fundamentales y las libertades públicas.*

42. A.-E. Pérez Luño, F. de Carreras, T. Limberger, R. González-Tablas Sastre, *Construcción Europea y Teledemocracia.*

43. P. Grossi, Á. M. López y López, *Propiedad: otras perspectivas.*

44. C. Pinelli, M. Presno, *Crisis de la representación y nuevas vías de participación política.*

45. B. Aláez Corral, J. J. Ruiz Ruiz *Democracia constitucional y prohibición del velo islámico en los espacios públicos.*

46. G. Cohen, E. Farnos Amorós *Derecho y tecnologías reproductivas.*

47. P. Ruiz-Tagle, J. L. Martí, *La concepción republicana de la propiedad.*

48. Fco. Rubio Llorente, P. Navarro, J. Tornos Mas, J. J. Solozabal Echavarría, F. de Carreras Serra, Fco. Caamaño Domínguez *Una propuesta de federalización.*

49. T. F. Torres García, M.ª Paz García Rubio, *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones.*

50. R. Pirozzi, M. Yzquierdo Tolsada, *Los problemas de delimitación entre responsabilidad civil contractual y responsabilidad civil extracontractual, en los sistemas español e italiano.*

51. R. M. Moura Ramos, A. Rodríguez Benot, *Evolución reciente del Derecho internacional privado de familia en los Estados miembros de la Unión Europea.*

52. M. Vaquer Caballería, J. Ponce Solé, R. Arnaiz Ramos, *Propuestas jurídicas para facilitar el acceso a la vivienda*