El proyecto de ley por el derecho a la vivienda, el gasto público y las preasignaciones presupuestarias: una propuesta

Juli Ponce Solé

1. Introducción: gasto público y derecho a la vivienda

2. Las preasignaciones presupuestarias

2.1 ¿Qué son las preasignaciones presupuestarias?

2.2 ¿Dónde se han usado?

2.3 ¿Existen precedentes en España? Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética

2.4 ¿Posibilidad y efectividad de una preasignación presupuestaria en España en materia de vivienda?

2.5 ¿Preservar lo no gastado anualmente en vivienda? El distinto problema de la ejecución presupuestaria

3. **Algunas reflexiones finales. Alternativas de redacción de un posible artículo en la futura ley estatal por el derecho a la vivienda sobre gasto público en materia de vivienda**

4. Materiales de interés

1. Introducción: gasto público y derecho a la vivienda

Se procede a hacer **algunas consideraciones aquí sobre la cuestión de las relaciones entre los derechos, en particular el derecho a la vivienda, y el gasto público, que se prevé anualmente en los presupuestos públicos.** Se trata de un campo muy poco trabajado doctrinalmente y con poca reflexión judicial aún en España y sobre el que ya hemos tenido ocasión de reflexionar antes (en Gasto público, Derechos y Preasignaciones presupuestarias: ¿hacia un buen gobierno y una buena administración? | Asociación Internacional para la Gobernanza, la Ciudadanía y la Empresa (aigob.org) y en Gasto público, Derechos y Preasignaciones presupuestarias: hacia un buen gobierno y una buena administración? - PDF Descargar libre (docplayer.es)).

Como ha sido puesto de relieve por Holmes y Sunstein en un libro sobre esta temática, **todos los derechos pueden suponer un costo** (derecho al sufragio activo y pasivo y gasto electoral, derecho de propiedad y gasto en los Registros correspondiente y en su seguridad…). **Si bien es cierto también que existen maneras de satisfacer derechos** (incluidos también los sociales) **que no implican gasto público directo,** como, por ejemplo, una buena regulación, que delimite otros derechos con base en su función social (por ejemplo, reservas para vivienda de protección oficial, art. 20,1, b 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), o una regulación que imponga obligaciones de servicio público y de servicio universal, en el caso de los servicios de interés económico general, garante de los intereses generales y de los derechos constitucionales.

La situación tradicional y actual en España y otros países (separación conceptual y legal entre derechos y gasto público) ha sido considerado un problema grave, que puede hacer que un derecho quede en papel mojado en la realidad. Un fino analista de la cuestión y crítico con esa separación histórica es el profesor Horacio Corti, actualmente Defensor General de la Ciudad de Buenos Aires, quien ha dedicado diversos trabajos importantes a la cuestión y ha expuesto sus ideas en España en una conferencia celebrada en la Universidad de Barcelona.

En cuanto a los derechos sociales en concreto, hay que partir de las obligaciones de medios (sobre el concepto, véase la STS de 15 de febrero de 2022) establecidas por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), ratificado por España en 1977, que como tratado internacional debe condicionar la interpretación que los poderes públicos, incluido el legislador español, haga de los derechos constitucionales (art. 10. 2 CE).

El PIDESC incluye en sus arts. 2 y 11 referencias que obligan a adoptar a las autoridades públicas españolas las medidas apropiadas para la efectividad de los derechos.

El art. 11 del PIDESC señala que:

“Artículo 11 1.

Los Estados Partes del presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un 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[1], y las jurisprudencias nacionales que han interpretado los derechos constitucionales propios a la luz de este art. 11, supone 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).

Por su parte, el art. 2 precisa el estándar de estas obligaciones jurídicas de medios, como ya sabemos al establecer que:

“Artículo 2

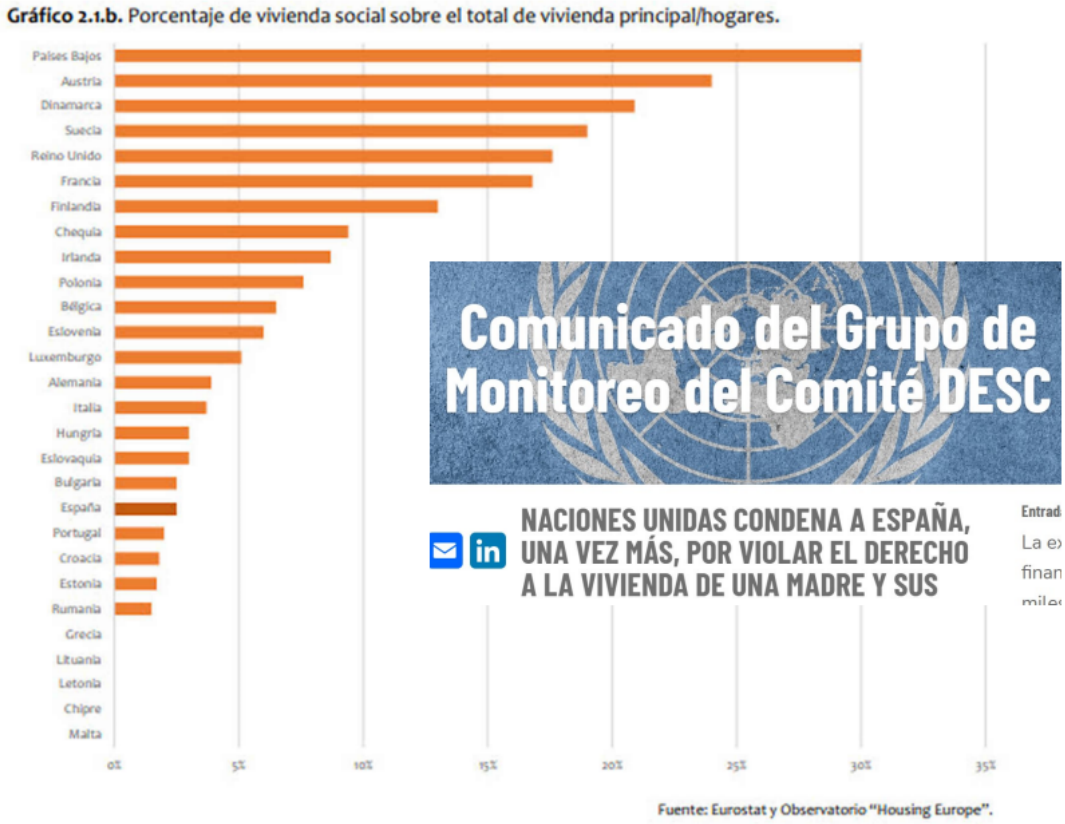
1. Cada uno de los Estados Partes del presente Pacto se *compromete a adoptar medidas*, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, *hasta el máximo de los recursos de que disponga*, *para lograr progresivamente*, *por todos los 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 el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”.

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

Téngase en cuenta, **que en el ámbito de la vivienda**, **el gasto presupuestario del Estado español dirigido a vivienda asequible**, una necesidad relevante de las personas, ha sido y es ridículo.



Además, de acuerdo con el profesor Vaquer, esta **inversión pública bajó un 55% en 7 años de la Gran Recesión, los que fueron de 2008 a 2015,** en un sector donde la misma ya estaba por debajo de la media europea antes del inicio de la crisis y que ahora se sitúa también por debajo de la media de la UEM (M. VAQUER, "Derecho a la vivienda y garantía de un mínimo vital. Algunas propuestas", *El cronista del Estado social y democrático de Derecho*, núm., 48, 2014, pp. 34 y ss.).

Junto a esta baja inversión, como señala la exposición de motivos del proyecto de ley por el derecho a la vivienda en discusión parlamentaria:

"*"Valga el dato de que, del total de las viviendas construidas entre el año 1962 y el año 2020, el 31,5% fueron viviendas protegidas, es decir, unos 5,7 millones de viviendas que se promovieron al amparo de algún régimen de protección pública, pero que en su mayoría y pese al importante esfuerzo público realizado en su promoción y construcción, han dejado de estar sujetas, en plazos relativamente cortos, a ningún tipo de límite de venta o alquiler"*

En otras palabras, **de conformidad con el Derecho internacional, que vincula la interpretación de nuestra CE, los derechos sociales han de ser objeto de promoción 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 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 los 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, con independencia de que, además, en el caso español, se alegue una vulneración de la obligación del art. 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).

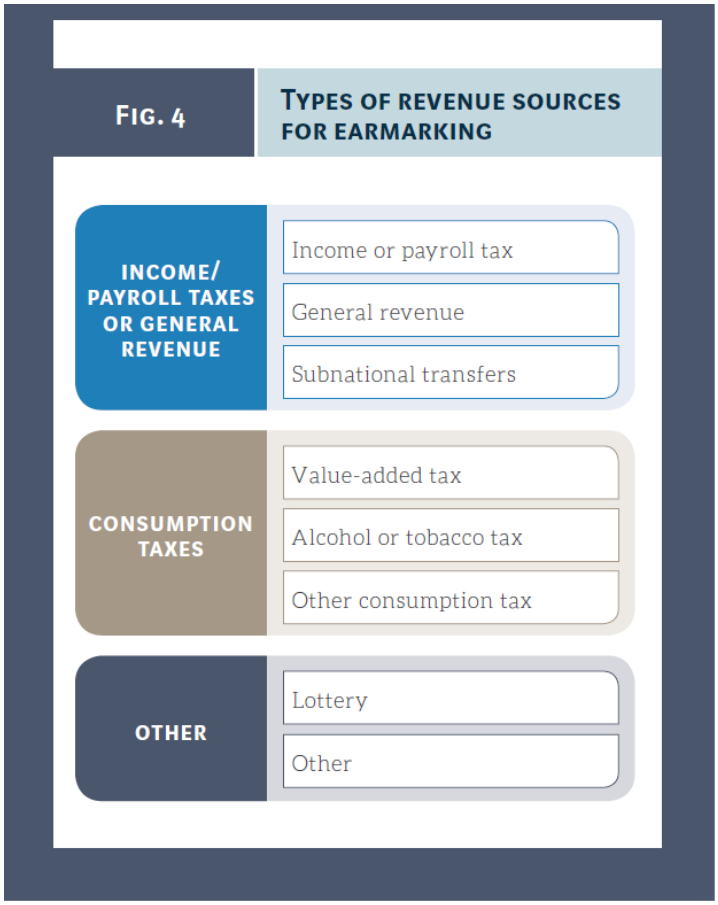
Pero estas obligaciones jurídicas de medios **son distintas de las denominadas preasignaciones presupuestarias,** todavía relativamente desconocidas en nuestro Derecho y en nuestra gestión pública.

2. En especial, las preasignaciones presupuestarias

2.1 ¿Qué son las preasignaciones presupuestarias?

Las preasignaciones presupuestarias (en inglés, *earmarkings*) **son una técnica de gestión pública mediante la que se reserva un porcentaje del gasto público para hacer realidad los derechos de las personas.**

Una modalidad extendida es la de la **reserva de un porcentaje de los futuros presupuestos públicos anuales, porcentaje que se puede calcular sobre el PIB, para sectores específicos (salud, educación o, en lo que ahora interesa, vivienda).**



Fuente: Organización Mundial de la Salud

2.2 ¿Dónde se han usado?

Se han usado en muchos países, en relación con ámbitos como la sanidad o la educación.

La **OCDE** ha estudiado las preasignaciones presupuestarias en diversos países:

4. PREASIGNACIONES PRESUPUESTARIAS

Las preasignaciones presupuestarias reservan un porcentaje de los fondos del gobierno, que se pueden calcular como un porcentaje del producto interno bruto (PIB), para sectores específicos como salud, educación o defensa, y están establecidas por la Constitución, o la legislación primaria a o secundaria. Su objetivo consiste en comprometer con antelación un porcentaje de los gastos del gobierno para sectores específicos. Después de la reciente crisis económica y financiera, las preasignaciones se han vuelto cada vez más relevantes a medida que los gobiernos intentan mejorar la eficiencia y la eficacia del gasto público. Además, numerosos países de ALC asignan

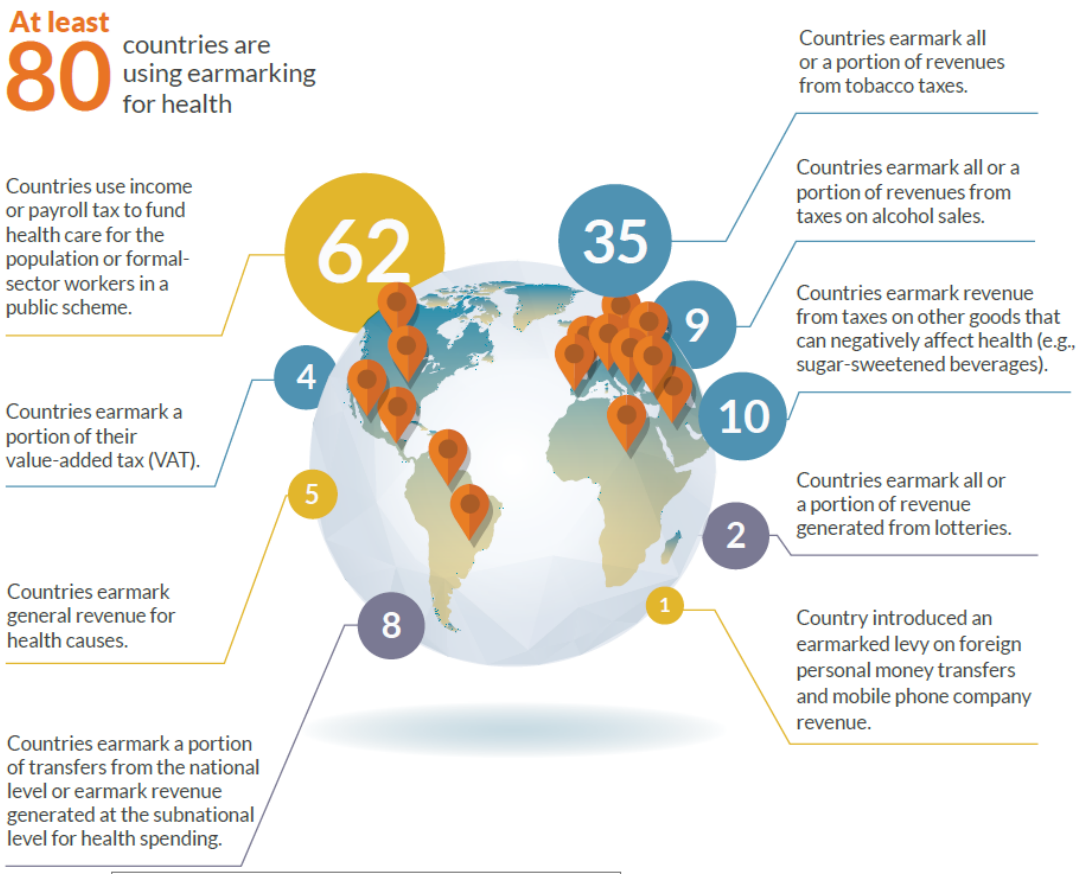
4.13. Preasignaciones presupuestarias (2013)

	Porcentaje del gasto total preasignado	Base legal de las preasignaciones presupuestarias reservadas y sector correspondiente					
		Salud	Educación	Defensa	Seguridad	Justicia	Transferencias a los gobiernos subnacionales
Argentina	41-60	■	■	x	x	■	x
Brasil	81-100	●	●	x	■	x	●
Colombia	61-80	x	x	x	x	x	●
Costa Rica	81-100	■	●■	x.	■	●■	x
Chile	0-20	x	x	■	x	x	■
Ecuador	0-20	●■	●■	x	x	x	●■
El Salvador	0-20	x	x	x	x	●	■
Guatemala	41-60	●■	●■	●■❒	●■	●■	●■
Honduras	0-20	x	●	x	x	■	●
Jamaica	..	..	..	..	..	..	..
México	41-60	x	x	x	x	x	■
Panamá	..	..	..	..	..	..	..
Paraguay	21-40	x	●■	x	x	■	x
Perú	x	x	x	x	x	x	x
Total							
● Constitución		3	6	1	1	3	5
■ Ley de derecho primario		4	5	2	3	5	5
❒ Ley de derecho secundario		0	0	1	0	0	0
❍ Otras bases legales		0	0	0	0	0	0
x No aplicable/no hay preasignación presupuestaria reservada		7	5	10	9	6	4
.. No disponible		2	2	2	2	2	2

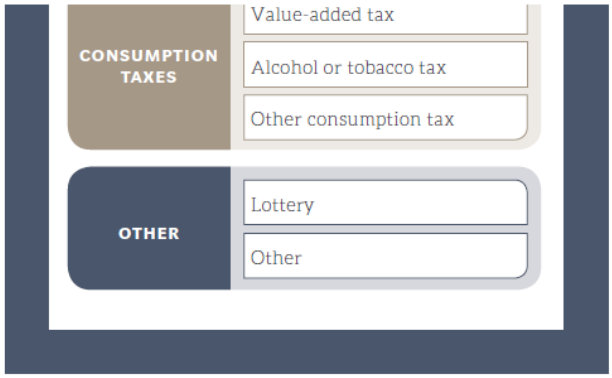
Fuente: OCDE (2013), Encuesta sobre prácticas y procedimientos presupuestarios.

StatLink http://dx.doi.org/10.1787/888933092151

Por su parte, la **Organización Mundial de la salud** las ha estudiado en el ámbito de la salud:


At least
80
countries are using earmarking for health
Countries use income or payroll tax to fund health care for the population or formal-sector workers in a public scheme.
62
Countries earmark a portion of their value-added tax (VAT).
4
Countries earmark general revenue for health causes.
5
Countries earmark a portion of transfers from the national level or earmark revenue generated at the subnational level for health spending.
8
Countries earmark all or a portion of revenues from tobacco taxes.
35
Countries earmark all or a portion of revenues from taxes on alcohol sales.
9
Countries earmark revenue from taxes on other goods that can negatively affect health (e.g., sugar-sweetened beverages).
10
Countries earmark all or a portion of revenue generated from lotteries.
2
Country introduced an earmarked levy on foreign personal money transfers and mobile phone company revenue.
1

INCOME/PAYROLL TAXES OR GENERAL REVENUE



The most widely used earmarking instrument for health is an earmarked payroll or income tax to fund social health insurance. The review identified more than 60 countries that earmark payroll or income tax revenues for health. Earmarked payroll taxes are typically levied on both employers and employees and go toward coverage of formal-sector workers in a social health insurance scheme. The earmarked revenues are typically combined with general tax transfers to reach priority populations, such as the poor or the elderly.

Some countries earmark broader-based income taxes to fund health insurance coverage. In Denmark, a national 8% income tax is earmarked for health by the central government and then redistributed to five regions and 98 municipalities through a risk-adjusted capitation formula and some activity-based payments.[45] France's national health insurance system was funded almost exclusively by an earmarked payroll tax until 1998, when the funding source shifted to a more general earmarked income tax (the General Social Contribution), which is levied not only on wage income but also on income from financial assets and investments, pensions, unemployment benefits, disability benefits and gambling.[46] In Zimbabwe, a 3% personal and corporate income tax funds the Zimbabwe National AIDS Trust Fund.[47,48]

Three countries – Brazil, Indonesia and Viet Nam – earmark expenditure generally for health by specifying the share of total government spending that should be allocated to the health sector. Bolivia also earmarks general revenue for immunization. A government resolution in Viet Nam mandates that increases in total government health spending cannot be less than the increase in total government spending; this ensures that the health sector's share of total government spending cannot decrease.[49,50,51] India, Indonesia, Uganda, and four countries in Latin America – Bolivia, Brazil, Colombia and Mexico – earmark a portion of transfers from the national government to subnational governments for spending on health. South Africa earmarks expenditure within the health budget to specific activities, such as HIV/AIDS.

2.3 ¿Existen precedentes en España? Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética

Si bien en España no puede decirse que haya sido una técnica especialmente usada, sí existen precedentes. Por ejemplo, el art. 14 del Decreto 336/1988, de 17 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento del patrimonio de los entes locales, no derogado formalmente, señala que:

> "**Artículo 14**
>
> **14.1.** El patrimonio municipal del suelo en los municipios que obligatoria u optativamente lo tienen constituido se adscribe a la gestión urbanística para la inmediata preparación y enajenación de solares edificables y reserva de terrenos de futura utilización. Se rige también por su legislación específica y se integra en el del ente local como patrimonio separado.

14.2. Los ayuntamientos de los municipios a los que se hace referencia en el apartado anterior *han de prever específicamente en sus presupuestos las partidas para la constitución, conservación y ampliación del patrimonio municipal del suelo. La cuantía de los gastos no puede ser inferior al 5% del total consignado en los capítulos I y II del presupuesto general de ingresos*"

En materia de vivienda, el reciente Plan de Derechos Humanos de Cataluña señala que:

"Es imprescindible incrementar el gasto público en materia de vivienda y asegurar, desde un punto de vista legislativo, la disponibilidad con carácter obligatorio. Con este fin, se recomienda hacer uso de la técnica de las preasignaciones presupuestarias, ya utilizada en otros países. La determinación del importe del gasto público debería tener en cuenta las necesidades de vivienda presentes y futuras partiendo de la insuficiente e incluso decreciente inversión en políticas de vivienda de los últimos años."

"Para reanudar la promoción de viviendas con protección oficial, es necesario que se establezcan previamente líneas de financiación pública suficientes, vinculadas a preasignaciones presupuestarias".

"Es necesario incentivar, mediante el establecimiento de una preasignación presupuestaria suficiente, el ejercicio del derecho de tanteo y retracto por parte de la Administración sobre la transmisión de viviendas adquiridas en procesos de ejecución hipotecaria, como instrumento eficaz para incrementar el parque de vivienda social en todo el territorio que, además, permite garantizar una mixtura social"

La Estructura de Derechos Humanos de Cataluña (EDHC), formada por el Síndic de Greuges de Cataluña y el Instituto de Derechos Humanos de Cataluña, entregó al Gobierno y al Parlamento catalanes el Plan de derechos humanos de Cataluña (2020-2023) en diciembre de 2019. Dicho plan prevé un mecanismo de seguimiento del cumplimiento de las acciones que contiene y otorga a la EDHC el papel de supervisión de este cumplimiento, junto con las entidades de derechos humanos del país, especialmente aquellas que han participado en su elaboración.

Si bien en el ámbito de la vivienda en concreto esta técnica no ha sido todavía empleada en España, en relación con otro problema crucial de nuestra sociedad, el cambio climático, el legislador español ya ha establecido preasignaciones

presupuestarias. La Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética (Disposición 8447 del BOE núm. 121 de 2021) establece las siguientes dos preasignaciones legales:

1. TÍTULO VII Recursos en el ámbito nacional para la lucha contra el cambio climático y la transición energética

Artículo 30. Recursos públicos destinados a la lucha contra el cambio climático.

1. Al menos un porcentaje equivalente al acordado en el Marco Financiero Plurianual de la Unión Europea de los Presupuestos Generales del Estado deberá contribuir a los objetivos establecidos en materia de cambio climático y a la transición energética, de acuerdo con la metodología y los plazos que se establezcan reglamentariamente. De esta obligación se exceptuarán los recursos transferidos a las Administraciones territoriales, así como los gastos que, por su propia naturaleza, no tienen incidencia directa en el cambio climático, como los gastos de personal, los de finalidad social, como las pensiones o las prestaciones por desempleo, los de finalidad estrictamente financiera de la Administración General del Estado y el conjunto de organismos y entidades del sector público estatal, como el servicio de la Deuda Pública o cualquier otro que se determinare. Las dotaciones que se destinarán al cumplimiento de los objetivos previstos en esta ley se fijarán anualmente en el marco de elaboración de los correspondientes Presupuestos Generales del Estado, de conformidad con la normativa de aplicación y la política del Gobierno.

2. El Gobierno, a propuesta conjunta del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico y del Ministerio de Hacienda, **revisará al alza, antes del año 2025, el porcentaje fijado en el primer apartado de este artículo, a la luz de los resultados de la planificación asociados al mismo.**

3. En las propuestas que presente el Ministerio de Hacienda en el Consejo de Política Fiscal y Financiera se considerará, cuando proceda, la inclusión de criterios que contribuyan a los objetivos establecidos en materia de cambio climático y transición energética.

4. Los ingresos procedentes de las subastas de derechos de emisión de gases de efecto invernadero serán empleados para el cumplimiento de los objetivos en materia de cambio climático y transición energética. **Las leyes de Presupuestos Generales del Estado de cada año recogerán los créditos correspondientes en el presupuesto del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, destinándose al sistema eléctrico al menos 450 millones de euros para financiar los costes del sistema eléctrico previstos en la Ley del Sector Eléctrico, referidos a fomento de energías renovables**, y pudiendo destinarse hasta el 30% de los ingresos totales a medidas con incidencia social para paliar situaciones provocadas por la transición hacia una economía descarbonizada, o relacionadas con la vulnerabilidad a los impactos

del cambio climático. Cada año, previo informe del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, conforme a la normativa comunitaria en vigor se podrá destinar hasta un 25% de los ingresos procedentes de las subastas de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero para la compensación de los efectos de los costes indirectos por las emisiones de CO2 , ligadas al consumo de electricidad, para las instalaciones en riesgo de fuga de carbono.

2. Disposición final segunda. Modificación de la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética.

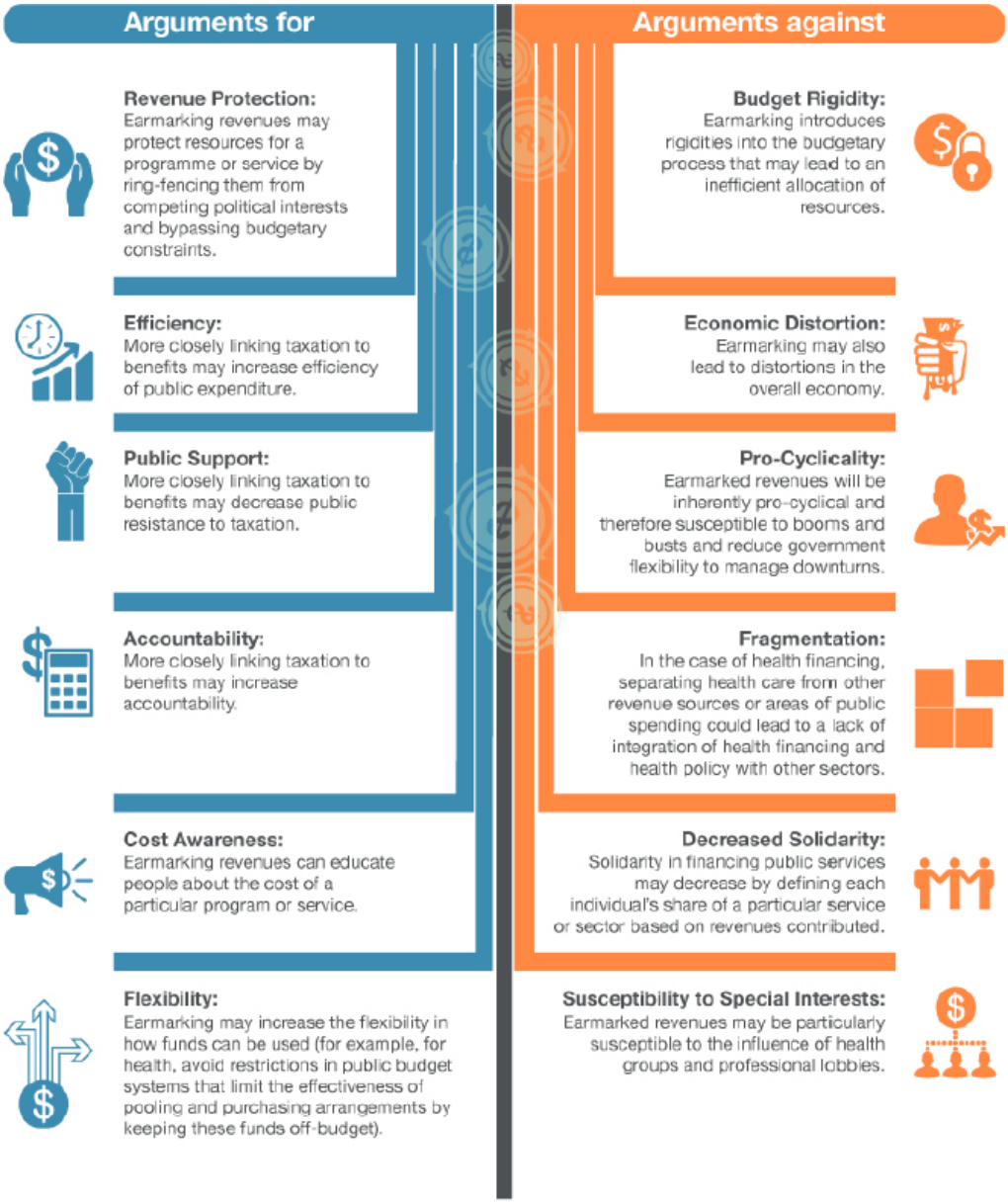
La disposición adicional segunda de la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética, queda redactada como sigue:

«1. **En las Leyes de Presupuestos Generales del Estado de cada año se destinará a financiar los costes del sistema eléctrico previstos en la Ley del Sector Eléctrico, referidos a fomento de energías renovables, un importe equivalente a la suma de la estimación de la recaudación anual derivada de los tributos incluidos en la Ley de medidas fiscales para la sostenibilidad energética.** 2. Las aportaciones señaladas en el apartado anterior se realizarán mediante libramientos mensuales por un importe máximo de la cifra de recaudación efectiva por dichos tributos y cánones, en el mes inmediato anterior, según certificación de los órganos competentes del Ministerio de Hacienda. La aportación que haya de realizarse en función de la recaudación del mes de diciembre se efectuará con cargo al presupuesto del ejercicio siguiente.

2.4 ¿Posibilidad y efectividad de una preasignación presupuestaria en España en materia de vivienda?

A nivel internacional, la previsión de preasignaciones ha sido analizada tanto en sus aspectos positivos como en otros aspectos que pueden presentar problemas.

Por ejemplo:



Fuente: Organización Mundial de la Salud

Pero en esta breve nota no nos ocupamos de los pros y contras desde una perspectiva política ni de política pública.

Nos limitamos a una visión jurídica.

¿Puede una ley estatal de vivienda prever preasignaciones presupuestarias desde un punto de vista jurídico?

Si las prevé, ¿vincularían al legislador presupuestario?

La primera pregunta puede tener una respuesta diversa, en función de a quién se dirija la preasignación. Puede ser al propio legislador presupuestario estatal, al legislador autonómico o a los Ayuntamientos.

En el primer caso, ley estatal de vivienda que preasigna en relación con el legislador estatal, **no parece haber ningún problema de orden constitucional** al respecto. Una ley anterior del Parlamento se dirigiría a una ley posterior por venir, la presupuestaria anual, intentando sujetar la discrecionalidad de ésta a ciertos parámetros.

Cuestión distinta a la constitucionalidad **sería la efectividad del intento de vinculación.** Efectivamente, desde una postura de técnica jurídica y de relación entre normas, una norma posterior de igual rango puede derogar una ley anterior (art. 2.2 Código Civil).

Podría argumentarse, sin embargo, que no sería el caso, pues **la Ley de Vivienda estatal sería una *lex specialis*, una ley especial debido a la materia, a respetar por el legislador presupuestario**

Sobre lo expuesto, puede verse

Diccionario panhispánico del español jurídico | **dpej.rae.es**

Escriba aquí el lema o término que desee buscar | por lemas | Buscar

lex specialis derogat generali

Sublema de *lex specialis*, *lex*

Gral. 'La ley especial deroga a la general'.

• *Adopta otras formas con un significado concordante:* generalia specialibus non derogant; clausula specialis praefertur generali; specialia generalia non derogant; generi per speciem derogatur *y* posterior generalis non derogat priori speciali. *El principio de especialidad rige las relaciones internormativas: la ley especial prevalece sobre cualquier otra de igual o inferior rango, desplazando la eficacia de esta última. Procede de una* regula iuris *del jurista Papiniano recogida en dos lugares:* Digesto *50, 17, 80,* in toto iure generi per speciem derogatur *('en todo el derecho el género es derogado por la especie') y* Digesto *48, 19, 41,* nec ambigitur in cetero omni iure speciem generi derogare *('y no se duda de que en todo otro derecho la especie deroga al género'). En aplicación de la regla, la norma con una regulación directa y específica de la materia de la que se trate prevalece sobre cualquier otra (STS, 3.ª, 28-II-2001, rec. 559/2000). La interpretación jurisprudencial niega la supletoriedad de la ley general en las cuestiones reguladas directamente por la ley especial. El principio de especialidad resuelve el problema del concurso de leyes o de conflicto aparente de las mismas mediante la aplicación preferente y prioritaria de la norma especial, sin embargo no procederá aplicar la regla cuando la especialidad pueda ser atribuida a las dos leyes o normas en conflicto (STS, 1.ª, 30-IX-2010, rec. 670/2007). La jurisprudencia de la Unión Europea ha producido una doctrina homogénea sobre esta regla bajo los siguientes criterios: 1) solo se aplica a la relación existente entre dos normas en vigor (Sentencia del Tribunal de Justicia, Gran Sala, 29-III-2011, C-352/09 P, ap. 48); 2) está vinculada al principio de seguridad jurídica, al principio de presunción de legalidad y de efecto útil de los actos de la Unión (Sentencia del Tribunal General, Sala Cuarta ampliada, 21-III-2012, asuntos acumulados T-50/06, T-56/06, T-60/06, T-62/06 y T-69/06 RENV, ap. 55); 3) «La aplicación del criterio* lex specialis derogat legi generali *adquiere relevancia cuando dos disposiciones persiguen objetivos idénticos y contienen contenidos contradictorios» (Conclusiones del Abogado General, 26-VI-2012, C-199/11, ap. 26); 4) la colisión entre normas especiales y generales se resuelve a favor de las primeras (Sentencia del Tribunal General, Sala Sexta, 9-VI-2010, asunto T-237/05, ap. 33), en un triple sentido: a) si la cuestión planteada al Tribunal de Justicia está prevista en una norma especial, debe resolverse exclusivamente sobre la base de dicha ley especial, siendo innecesario proceder al examen de las normas generales (Conclusiones presentadas por el Abogado General el 22-V-2014, C-221/13, punto 48); b) pueden excluirse derechos previstos en normas generales cuando existen normas especiales que regulan ámbitos específicos (Sentencia del Tribunal de la Función Pública, Sala Segunda, 18-IX-2012, F-96/09, ap. 80, invocando abundante jurisprudencia, en especial la Sentencia del Tribunal de 20-I-2011, asuntos F-121/07, T-197/11 P y T-198/11 P, ap. 65); c) exige analizar las normas especiales en primer lugar y, si se cumplen los requisitos para su aplicación, esta es prioritaria (Conclusiones del Abogado General, 7-IX-2010, C-270/09, ap. 66).*

Definición de lex specialis derogat generali - Diccionario panhispánico del español jurídico - RAE

Por otro lado, nuestro Tribunal Constitucional ha sido extraordinariamente laxo respecto a la vinculación de la ley presupuestaria anual hasta el momento, una postura que ha sido objeto de votos particulares en contra y de críticas doctrinales. Un ejemplo claro es la 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, 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).

En cuanto a la vinculación del legislador autonómico y del regulador local, sí sabemos, de acuerdo con la doctrina del TC, que no existe *spending power* estatal, esto es, la posibilidad de desarrollar actividad de fomento con gasto público si el Estado carece de competencia sobre una materia.

En el caso de la vivienda, no existe competencia estatal sobre la materia, como sabemos, pero sí otras competencias que inciden sobre ella (149.1.1 CE, 149.1.13, etc.). En este punto, **habría que analizar el posible juego de dichos artículos, por ejemplo, el artículo 149.1.13 CE y las bases de la economía, que han sido interpretadas por el TC de forma expansiva hasta el momento, al respecto, cosa que hasta el momento no se ha hecho pues, salvo error u omisión, no se ha presentado un caso similar ante el TC.**

En esta actividad de fomento toman parte tanto las CC.AA. como el Estado, a pesar de que éste no tenga competencia alguna en la materia vivienda. La razón de esta intervención estatal, radica, como es sabido, en la interpretación efectuada por la crucial STC 152/1988 (continuada por la STC 59/1995, de 17 de marzo) que es el fallo constitucional esencial en este punto.

Efectivamente, como es sabido, la STC de 1988 señaló que, dada la relevancia de la vivienda para la economía –y a pesar de que les corresponda a las Comunidades Autónomas el desarrollo de " una política propia en dicha materia, incluido el fomento y promoción de la construcción de viviendas, que es, en buena medida, el tipo de actuaciones públicas mediante las que se concreta el desarrollo de aquella política " (FJ 2)–, las competencias del Estado sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica y sobre las bases de la ordenación del crédito "limitan" esta competencia autonómica (arts. 149. 1. 13 y 11 CE).

Todo eso, sin embargo:

"No significa que las Comunidades Autónomas con competencias en materia de vivienda hayan de quedar absolutamente desprovistas de cualquier atribución por lo que se refiere a las actuaciones protegibles en el sector. Por un lado, es evidente que, en función de aquellas competencias estatutarias, pueden definir y llevar a cabo una política de vivienda propia, complementando las actuaciones de protección y promoción previstas por el Estado, con cargo a sus propios recursos, lo que, frente a lo que alega el Gobierno Vasco, no resulta impedido por las disposiciones que impugna. Pero además, para la ejecución de la normativa estatal reguladora de las actuaciones protegibles que, como diremos más adelante, les corresponde, las Comunidades Autónomas deben contar cono un margen de libertad de decisión que les permita aplicar las medidas estatales adaptándolas a las peculiares circunstancias de su territorio, sin perjuicio del respeto debido a los elementos indispensables que las normas estatales arbitran para alcanzar los fines de política económica general propuestos"

Podemos suponer que una redacción de la ley estatal de vivienda con referencia genérica a obligaciones de medios de acuerdo con PIDESC o mandato sin cuantía específica no deberían presentar ningún problema competencial.

Respecto a las preasignaciones presupuestarias propiamente dichas, **si suponen un límite mínimo, un suelo (esto es, no un techo o máximo) de gasto autonómico y local racional y proporcionado, podrían superar también el test de constitucionalidad** sobre la base de esos artículos citados, como el 149.1.1 CE y el 149.1.18, porque, en definitiva, todos los derechos si se quieren garantizar tienen coste.

El caso de la Disposición Adicional Tercera del Estatuto de Autonomía de Cataluña, analizado en la conocida STC de 2010 sobre el Estatuto, creemos que **es distinto a lo que aquí se está exponiendo**, puesto que trata de un debate sobre la vinculación del legislador presupuestario estatal por un Estatuto de Autonomía, esto es, en dirección inversa a la que aquí nos ocupa.

Efectivamente, la Disposición prevé que la inversión del Estado en Cataluña en infraestructuras, excluido el Fondo de Compensación Interterritorial, se equiparará a la participación relativa del PIB de Cataluña con relación al PIB del Estado para un periodo de 7 años. Dichas inversiones podrán también utilizarse para la liberación de peajes o construcción de autovías alternativas.

El TC señalo en su sentencia de 2010 que la misma no vincula al Estado en la definición de su política de inversiones, ni menoscaba la plena libertad de las Cortes Generales para decidir sobre la existencia y cuantía de dichas inversiones, precisando que el citado apartado es "constitucional" si no tiene "efectos directamente vinculantes para el Estado".

2.5 ¿Preservar lo no gastado anualmente en vivienda? El distinto problema de la ejecución presupuestaria

Finalmente, **un abordaje distinto a las preasignaciones del gasto público en vivienda sería la preservación de lo no gastado pero contemplado en el presupuesto anual para su posterior ejecución**.

Se trataría de superar el "concepto" de: *Se Pierde, si no Se Gasta*.

Pero hay que tener en cuenta, como es sabido, **que la gestión de los créditos presupuestarios deberá realizarse dentro del ejercicio presupuestario**, según el principio de anualidad recogido en la Constitución (art. 134.2) y concretado en la LGP (art. 34).

Sin embargo, como es sabido también, **existen dos supuestos en que, por necesidades debidamente justificadas, y en los supuestos legalmente establecidos, caben excepciones**: en el caso del compromiso de créditos de ejercicios futuros (gastos plurianuales) y en la tramitación anticipada de expedientes de gasto.

A partir de este marco, debería reflexionarse si se trata de un problema de gestión pública, no regulatorio, o si, por el contrario, es preciso introducir alguna otra flexibilización para una mejor gestión que haga realidad el derecho a la vivienda, lo que supondría modificar la LGP.

En este punto, sin embargo, nos parece prudente dejar la cuestión en manos de expertos en la materia.

3. Algunas reflexiones finales. Alternativas de redacción de un posible artículo en la futura Ley de vivienda estatal sobre gasto público en materia de vivienda

La vinculación de las preasignaciones presupuestarias encontraría su anclaje seguro en una inclusión en la Constitución Española con posible reforma del art. 134 CE, como hemos argumentado en otro lugar. Es la Constitución la que podría vincular efectivamente al legislador presupuestario y acabar con su absoluta soberanía, fruto de una tradición y manera de pensar que no viene ahora al caso detallar, pero que es objeto de diversas críticas doctrinales.

Así, entre los casos en que **Constituciones en el mundo imponen preasignaciones presupuestarias**, podemos destacar ahora, por ejemplo, los de Brasil y Ecuador:

-En el caso de Brasil, la Constitución de 1988, en su art. 212, señala que:

"La Unión aplicará anualmente, no menos de 18% y los Estados, el Distrito Federal y los municipios 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, art. 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”

Por debajo del nivel constitucional, la regla de que la ley posterior de igual rango deroga a la anterior (art. 2.2 CC), acompañada de la jurisprudencia, muy discutible, del TC sobre el papel de la ley de presupuestos auguran **dificultades prácticas** de vinculación (salvo que se imponga la regla *lex specialis derogat generali*, ya expuesta) **si bien no de constitucionalidad**, claramente si la preasignación lo es respecto de los presupuestos generales del Estado en una ley estatal de vivienda.

En cuanto a la vinculación estatal de unos límites de gasto autonómicos y locales, diversos artículos constitucionales (art. 149.1.1 CE, art. 149.1.18 CE, por ejemplo) **pueden apoyarlos, siempre que sean diseñados de forma racional y proporcional como una garantía de mínimos** de los ciudadanos y presupuestaria.

Por lo que se refiere a la inclusión de recordatorios de obligaciones de medios de carácter internacional o de mandatos sin cuantía precisa a los presupuestos autonómicos y locales, no creemos que presenten ningún problema de constitucionalidad.

Es más, tanto estos como las preasignaciones **pueden abrir la puerta a futuras discusiones jurídicas sobre el incumplimiento de estos** y, por tanto, a ayudar a precisar un campo como el aquí expuesto, en un estado muy poco maduro aún, pese a su gran relevancia.

Para finalizar, realizamos algunas propuestas relativas a la introducción en una posible ley estatal futura por el derecho a la vivienda de preceptos vinculando el derecho a la vivienda y el gasto público.

Alternativas de redacción de un posible artículo en una futura Ley por el derecho a la vivienda estatal sobre gasto público en materia de vivienda

1. No incluir ningún artículo al respecto.

En opinión de quien escribe, y de otros, **no parece una buena solución, pues se mantiene el *status quo* actual (disgregación entre derecho a la vivienda y gasto**

público, y en general entre derechos y gastos), lo que ha sido considerado un problema grave, como ya dijimos.

2 Hacer una referencia genérica al gasto público en relación con el derecho a la vivienda, teniendo en cuenta el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y culturales

Un avance respecto a lo anterior, introduciendo las obligaciones de medios del PIDESC, que como tratado internacional debe condicionar la interpretación que los poderes públicos, incluido el legislador español, haga de los derechos constitucionales (art. 10. 2 CE).

En ese sentido, **una posible propuesta sería la siguiente**:

"3. Los poderes públicos con competencias en materia de vivienda adoptarán, con la debida diligencia y el debido cuidado propias del derecho a una buena administración, todas las medidas precisas para lograr progresivamente y por todos los medios apropiados, la plena efectividad del derecho a la vivienda"

"4. Todas las medidas de carácter regresivo requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos conectados con el derecho a la vivienda y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga"

La propuesta se basa en el PIDESC, ya aludido.

3. Incluir en la ley de vivienda un mandato al legislador presupuestario, pero sin concretar cuantías

Un paso más sería que la ley incluya un mandato sin concretar cuantía. Por ejemplo, se podría articular de la siguiente manera:

"A tal fin, los distintos presupuestos públicos deberán contemplar las dotaciones apropiadas para asegurar la efectividad del derecho a la vivienda asequible, digna y adecuada y el buen funcionamiento del servicio público vinculado.

Los ciudadanos podrán impugnar las decisiones administrativas presupuestarias que incumplan esta obligación mediante la acción pública prevista en esta ley"

Esta propuesta, sin embargo, **debe considerarse desde la perspectiva de su posible vinculación, como luego explicaremos.**

4. Incluir en la ley del derecho a la vivienda una preasignación presupuestaria

Sería el último paso en la escala, en la línea de lo antes expuesto.

La redacción podría ser similar a éstas (que se extraen de redacciones reales existentes en diversas constituciones en el mundo, si bien no referidas a vivienda, sino a educación o sanidad):

““El Estado aplicará anualmente, no menos de x% y las CCAA y los entes locales, y % como mínimo, de ingresos provenientes de impuestos en relación con las políticas públicas de vivienda asequible y erradicación del sinhogarismo”

o

“En el presupuesto se asignará no menos del z% de los ingresos totales corrientes para la vivienda asequible y erradicación del sinhogarismo”

o

“Los presupuestos asignarán de forma progresiva con incrementos anuales de al menos el x% del PIB hasta alcanzar h% del PIB para la vivienda asequible y la erradicación del sinhogarismo”

o

“Las asignaciones presupuestarias no serán inferiores al w% PIB hasta el a% en vivienda asequible y erradicación del sinhogarismo”.

Así, finalmente, podría regularse un precepto legal basado en esta técnica de la siguiente manera:

Propuesta específica de redacción de artículo de una ley de vivienda estatal incluyendo una preasignación presupuestaria (inspirado en la reciente ley Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética, ya mencionada)

Artículo 1 Objeto de la Ley y recursos públicos destinados a la vivienda a precios asequibles

1. Para cumplir con el objeto definido en los apartados anteriores, los instrumentos de planificación y programación de la Administración General del Estado apoyarán a las Administraciones territoriales competentes en la ejecución de las políticas de vivienda que aseguren la existencia de una oferta suficiente y adecuada de vivienda, a precios asequibles, fomentando la utilización racional del suelo y propiciando la ocupación eficiente del parque residencial.

2. Al menos un porcentaje equivalente al X% del Producto interior Bruto deberá contribuir a los objetivos establecidos en esta ley en relación al aseguramiento de la existencia de una oferta suficiente y adecuada de vivienda a precios asequibles. Dicha cifra deberá alcanzarse antes de 2023, de acuerdo con la metodología y los plazos que se establezcan reglamentariamente. De esta obligación se exceptuarán los recursos transferidos a las Administraciones territoriales, así como los gastos que, por su propia naturaleza, no tienen incidencia directa en la asequibilidad de la vivienda como, como los gastos de personal, los de finalidad social, como las pensiones o las prestaciones por desempleo, los de finalidad estrictamente financiera de la Administración General del Estado y el conjunto de organismos y entidades del sector público estatal, como el servicio de la Deuda Pública o cualquier otro que se determinare. Las dotaciones que se destinarán al cumplimiento de los objetivos previstos en esta ley se fijarán anualmente en el marco de elaboración de los correspondientes Presupuestos Generales del Estado, de conformidad con la normativa de aplicación y la política del Gobierno.

3. El Gobierno, a propuesta conjunta del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana y del Ministerio de Hacienda, revisará al alza, antes del año 2024, el porcentaje fijado en el segundo apartado de este artículo, a la luz de los resultados de la planificación asociados al mismo.

4. Materiales de interés

Las referencias a expertos y sentencias se han extraído de

PONCE SOLÉ, J., "Reforma constitucional y derechos sociales: la necesidad de un nuevo paradigma en el derecho público español", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 111, 2017, disponible en abierto en: Reforma constitucional y derechos sociales: la necesidad de un nuevo paradigma en el derecho público español | Revista Española de Derecho Constitucional (fecyt.es).

Una reflexión similar pero más actualizada puede encontrarse en el capítulo del mismo autor

"Taking Social Rights Seriously? The Spanish Case"**,** incluido en *Contesting Austerity: A Socio-Legal Inquiry*, publicado en 2021 por Hart y editado por Anuscheh Farahat y Xabier Arzoz: Contesting Austerity: A Socio-Legal Inquiry - Google Libros

Sobre la distribución de competencias entre niveles de poder en el ámbito de la vivienda, se ha utilizado PONCE SOLÉ, J. y SIBINA, D., *El Derecho a la vivienda en el Siglo XXI*, Marcial Pons, Madrid, 2008 (primeras páginas, aquí: 00-PRINCIPIOS (G) (marcialpons.es)

El Plan de Derechos Humanos de Cataluña se puede consultar en castellano aquí: Pla de drets EDHC_cast_def.pdf (sindic.cat)

Las citas de la OCDE corresponden al documento consultable en abierto aquí: OECD iLibrary | Preasignaciones presupuestarias (oecd-ilibrary.org)

Las citas a la Organización Mundial de la Salud lo son a estos dos documentos, disponibles en abierto aquí

WHO | Earmarking for health

Y aquí

WHO | Arguments for and against earmarking