



**La protección del derecho a la vivienda durante la crisis hipotecaria en España:
la actuación del Tribunal Constitucional**
(The protection of the right to housing during the Spanish mortgage crisis:
The Constitutional Court's performance)

Rodrigo Blanca-Quesada¹

Resumen:

Este trabajo pretende extraer algunos aprendizajes sobre la capacidad de respuesta del sistema de garantías español en contextos de crisis. Lo hace a partir del estudio de la protección otorgada a los deudores hipotecarios los años posteriores al crac financiero de 2008. Se analizará uno de los hitos jurídicos determinantes del periodo, el Auto 113/2011, mediante el cual el Constitucional ratificará la compatibilidad del carácter sumario del procedimiento de ejecución hipotecaria con la no vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la vivienda. Con esta decisión el Tribunal excluirá del litigio hipotecario la potencial afectación del derecho a la vivienda, contribuyendo a erosionar y vaciar de contenido el mismo. Al tiempo que esta resolución puede considerarse determinante para explicar el giro, de abogacía y judicatura, hacia el derecho de consumidores y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como prácticamente única vía de lograr algún grado de protección para las familias sometidas a un procedimiento de ejecución hipotecaria durante la crisis. A partir de este caso, en las conclusiones finales, se comparte una lectura de la respuesta del Tribunal Constitucional desde la perspectiva de la razón normativa neoliberal, y sobre sus posibles consecuencias a la hora de hacer efectivos los valores, principios y derechos propios del Constitucionalismo Social.

Quiero agradecer a las personas que han realizado el proceso de revisión de este artículo sus aportes y sugerencias. Gracias a los mismos el texto ha ganado en redacción, claridad, interés y coherencia. Las mejoras son responsabilidad de ellas, los posibles errores y carencias siguen siendo míos.

¹ Licenciado en Sociología por la Universidad Complutense de Madrid (UCM) y Máster Europeo en Derechos Humanos y Democratización, por el European Inter-University Centre for Human Rights and Democratisation (EIUC). Actualmente doctorando en el programa de ciencias sociales de la Universidad de Valencia (UV). Líneas investigación: profundización democrática, implementación de los derechos humanos, justicia social y ambiental. Email: blanque@alumni.uv.es; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8010-383X>



Palabras clave:

Tribunal Constitucional, derecho a la vivienda, crisis hipotecaria, razón normativa neoliberal, constitucionalismo social.

Abstract:

This paper aims to draw some lessons on the responsiveness of the Spanish guarantee system in crisis contexts. It does so by studying the protection granted to mortgage debtors in the years following the financial crash of 2008. It will analyse one of the decisive legal milestones of the period, Order 113/2011, by which the Constitutional Court ratified the compatibility of the summary nature of the foreclosure procedure with the non-infringement of the right to effective judicial protection and the right to housing. With this decision, the Court will exclude from the mortgage litigation the potential affectation of the right to housing, contributing to the erosion and emptying of its content. At the same time, this decision can be considered decisive in explaining the shift, by lawyers and the judiciary, towards consumer law and the Court of Justice of the European Union, as practically the only way to achieve some degree of protection for families subjected to foreclosure proceedings during the crisis. Based on this case, the final conclusions share a reading of the Constitutional Court's response from the perspective of neoliberal normative reason, and its possible consequences when it comes to making the values, principles and rights of Social Constitutionalism effective.

Keywords:

Constitutional Court, right to housing, mortgage crisis, neoliberal normative reason, social constitutionalism.

TABLE OF CONTENTS

1. Introducción	197
2. Análisis del caso.....	199
2.1. El ATC 113/2011	200
2.2. Análisis de la argumentación jurídica.....	201
2.3. Análisis sociojurídico	204
2.3.1. Naturaleza del préstamo hipotecario y cambios en su función económica... 204	
2.3.2. Contratación en masa y abuso en la contratación hipotecaria	206
2.3.3. Desarrollo de la normativa de protección de los consumidores y primacía del derecho de la Unión Europea.....	206
3. Discusión de resultados.....	208
3.1. La cuestión jurídica de fondo: el derecho a la vivienda y el carácter sumario del procedimiento de ejecución hipotecaria.....	208
3.2. La caracterización de la actuación del Tribunal Constitucional durante la crisis. 210	
4. Conclusiones: Algunos aportes desde la razón normativa neoliberal	211
Referencias.....	213

1. INTRODUCCIÓN

Si bien las dificultades de acceso a la vivienda es un problema común en diversas regiones del mundo (Kenna 2014, Farha 2019), algunos datos muestran que en España la vulneración de este derecho es especialmente grave si lo comparamos con países de su entorno.

Así, según datos de 2020 de la OCDE, España estaba a la cola en porcentaje de viviendas disponibles para alquiler social, con sólo un 1,1% del parque de viviendas, frente al más del 20% de Países Bajos, Austria o Dinamarca.¹ Al tiempo que aparecía en los primeros puestos de países en los que mayor es la carga del coste de la vivienda para los hogares de renta baja y media.² En la misma línea, el Fondo Monetario Internacional reportaba en 2022 que, en España, el precio de la vivienda se incrementa mucho más rápido que el de los salarios, comparado con otros países europeos, como Noruega, Italia, Irlanda o Bélgica.³

Sin embargo, la Constitución Española de 1978 (en adelante CE) recoge el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, estipulando la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones necesarias, y establecer las normas pertinentes, para hacer efectivo este derecho (Art.47 CE). Y es que, según Leilani Farha, relatora especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la vivienda, “la crisis mundial de acceso a la vivienda [es] también la crisis mundial de acceso a la justicia”. Porque sin la posibilidad de acudir a los tribunales la vivienda “no se reconoce, no se entiende ni se trata adecuadamente como un derecho humano” (Farha 2019, párr.1 y resumen).

Este trabajo indaga sobre la garantía del derecho a la vivienda a través del análisis de la actuación del Tribunal Constitucional español (en adelante TC) en relación a la protección de los deudores hipotecarios durante la crisis financiera de 2008. Un momento socialmente convulso, de emergencia habitacional (Ginebra *et al.* 2020), en la medida que cientos de miles de familias fueron expulsadas de sus hogares, tras un periodo marcado por la especulación inmobiliaria y el abuso bancario (Nasarre 2020).

Analizando la actuación del TC se pretende contribuir a evaluar la capacidad de respuesta del sistema de garantías del Estado Español en el particular contexto de crisis financiera, con el objetivo de poder extraer algunas conclusiones o aprendizajes que nos permitan afrontar en mejores condiciones las previsible crisis económicas futuras. Teniendo en cuenta que si bien la justiciabilidad de los derechos económicos y sociales es uno de los retos tradicionales del constitucionalismo moderno (Linares-Cantillo 2021), su papel puede devenir aún más relevante en un presente y un horizonte marcados por el aumento de la desigualdad, el deterioro de los ecosistemas y el reto de llevar a cabo una transición ecológica justa (Velicu y Barca 2020, Collins 2021, Wang y Lo 2021).

¹Ver: Compareyourcountry.org (<https://www.compareyourcountry.org/housing/es/3/all/default>).

²Ver: OECD, Affordable housing (<https://www.oecd.org/housing/data/affordable-housing-database/housing-conditions.htm>).

³Ver: FMI, Global housing watch (<https://www.imf.org/external/research/housing/>).

Podemos identificar en el periodo dos escenarios jurídicos (López 2006) relacionados de manera directa con la ejecución hipotecaria de viviendas habituales de familias en situación de vulnerabilidad sobre los que el Tribunal Constitucional se pronunciará. Uno es la que tiene que ver con las leyes aprobadas por varios parlamentos autonómicos que estipulaban la expropiación temporal del uso de viviendas en procedimientos de ejecución hipotecaria, las cuales serán declaradas inconstitucionales y que ha sido tratado en otro lugar (Blanca-Quesada 2023). El segundo escenario, del que nos ocuparemos aquí, es el que tiene que ver con el derecho a la vivienda y la tutela judicial efectiva en el contexto de la ejecución hipotecaria. Lo haremos a través del examen del Auto 113/2011 del 19 de julio de 2011. En el mismo el TC decidirá que la subasta y pérdida de la vivienda habitual en un procedimiento sumario, -aun cuando este podría ser legalmente nulo, o estar fundamentado en cláusulas abusivas-, no afecta al derecho a la vivienda en la medida que es posible acudir a los tribunales *a posteriori*.

Cabe avanzar que dicho criterio diferirá con los pronunciamientos realizados poco después de dicho Auto por otros agentes jurídicos y judiciales relevantes. Como por ejemplo el del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), quien considerará la pérdida del hogar en un procedimiento de este tipo como un daño irreparable (*Aziz y Catalunya Caixa*, de 14 de marzo de 2013, párrs. 59 al 61, y *Sánchez Morcillo, Abril García y BBVA*, de 17 de julio de 2014, párr. 43 y fallo). O con el del Defensor del Pueblo Español, que, en 2012, demandaba un régimen procesal con plenas garantías para las ejecuciones hipotecarias que afectasen tanto a la vivienda habitual, como al local de negocio necesario para el sustento de la economía familiar (Defensor del Pueblo Español 2012, 85 y 105). Si bien en este trabajo se tendrá especialmente en cuenta la información, legislación vigente y jurisprudencia asentada, en el momento que el TC dictaminó el Auto, con el objetivo de realizar una aproximación más certera a la actuación del Alto Tribunal.

El análisis del Auto 113/2011, del 19 de julio, se considera aquí clave al menos por dos motivos. En primer lugar, por sus consecuencias inmediatas. Ya que en un país en plena crisis y con más de 6 millones de contratos hipotecarios sobre viviendas habituales, dicha resolución contribuyó a excluir virtualmente del litigio hipotecario la potencial afectación del derecho a la vivienda, vaciando de contenido el mismo. Sucedió además en un momento en el que las ejecuciones hipotecarias ingresadas por año alcanzaban el mayor nivel de la crisis, con casi 100.000 (Consejo General del Poder Judicial -en adelante, CGPJ- 2024), y en el que el grado de indefensión era tal que la mayoría de las familias ni siquiera se personaban en el procedimiento.

En segundo lugar, podemos considerar esta resolución determinante para explicar el giro, de abogacía y judicatura, hacia el derecho de consumidores y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como única vía de lograr algún grado de protección para las familias en situación de vulnerabilidad en el contexto de la ejecución hipotecaria. Siendo, por tanto, en sí mismo indicativo de la capacidad de respuesta del sistema de garantías español en el particular contexto de la crisis financiera. Al tiempo que cabe preguntarse si no se trataría dicha protección, una protección indirecta y disminuida, en tanto que sustentada en el estatuto de consumidor y mediada por el mercado, y no propiamente en la puesta en valor de nuestros derechos como personas y como miembros de una misma comunidad moral y política.

Este trabajo sigue el siguiente itinerario. Tras esta introducción en el segundo apartado se expone y analiza la actuación del Alto Tribunal desde la teoría de la argumentación jurídica (Atienza 2013) y desde la sociología del derecho (Treves 1988, Arnaud y Fariñas 1996), abordando elementos sociales y económico-jurídicos que nos permitan contextualizar y entender el litigio, así como determinar los elementos con los que contaba el Constitucional español a la hora de emitir su resolución. En este sentido cabe apuntar que todo este trabajo parte de la necesaria complementariedad entre dogmática o teoría jurídica y el resto de ciencias sociales (Calvo 2014, Taekema 2021, Kotzé *et al.* 2022). En el tercer apartado se discuten los resultados que se desprenden de dicho análisis, tanto en lo concerniente a la cuestión jurídica de fondo, esto es el carácter sumario del procedimiento de ejecución hipotecaria en los casos de viviendas habituales, como respecto a la actuación del Tribunal Constitucional y la trascendencia de la presente resolución en el contexto de la crisis hipotecaria. Se concluye con un análisis o lectura de la respuesta dada por el sistema de garantías del Estado Español a la crisis hipotecaria desde la perspectiva de la razón normativa neoliberal (Brown 2015), y en su incidencia en la realización efectiva del derecho a la vivienda, teniendo todo este trabajo una orientación o finalidad que podríamos llamar garantista (Ferrajoli 2019), si bien desde una concepción pospositivista del derecho (Atienza 2016).

2. ANÁLISIS DEL CASO

Antes de comenzar, y en aras de facilitar la comprensión del conflicto desde el inicio, conviene señalar dos rasgos del procedimiento de ejecución hipotecaria, esto es, su carácter ejecutivo y sumario. Estos rasgos se presentan tal y como lo definía el propio Constitucional en su doctrina asentada, previa a julio de 2011 fecha en la que emitió el auto.

El carácter ejecutivo significa que no se configura como un procedimiento en el que el juez tenga que decidir sobre unos hechos dudosos -procedimiento declarativo. Sino que la labor del juzgado es realizar, ejecutar, un derecho acordado en sus términos en un contrato que ha sido elevado a escritura pública -esto es, firmado ante notario. En boca del TC: “[se] realiza un derecho del acreedor, que este no puede realizar por sí mismo, porque se lo impide el principio de paz jurídica” (STC 41/1981 FJ.5).

El carácter sumario significa que la ejecución del contrato y subasta de la propiedad se realiza en un marco de garantías restringido, con las comprobaciones jurídicas mínimas - que existe realmente un contrato, que este sigue en vigor, o que no se haya iniciado previamente otro procedimiento de ejecución que afecte al mismo bien-, no cerrando la posibilidad de acudir a los tribunales *a posteriori* por ese mismo hecho:

[L]a ausencia de fase de cognición conlleva el carácter no definitivo del procedimiento. No se produce el efecto de cosa juzgada y se deja abierta la puerta a un juicio declarativo. Las cuestiones de fondo quedan intactas y pueden discutirse después con toda amplitud. (STC 41/1981 FJ 5)

Siendo esta la razón por la que el derecho a la tutela judicial efectiva quedaría salvaguardado.

2.1. EL ATC 113/2011

El 30 de septiembre de 2010, el titular del juzgado de Primera Instancia nº2 de Sabadell, elevaba una cuestión al Tribunal Constitucional sobre cómo actuar, en un caso de ejecución hipotecaria con indicios de abusividad y vicio en el consentimiento. Se trataba de una señora mayor, con una pensión baja, a la que, con la intermediación de una inmobiliaria, el banco había ofrecido créditos por valor de 336.000€. ⁴

El juez argumenta ante el Alto Tribunal que la regulación del procedimiento le “impide de modo absoluto” entrar en el fondo del asunto, esto es, poder examinar las circunstancias fácticas en las que se produjo el contrato. Aun cuando los préstamos contienen condiciones y plazos “temerarios y abusivos”, y la demandada afirma “que no comprendía ni conocía el alcance del contrato”, ambos motivos jurídicos suficientes para valorar la posible nulidad contractual.

Así, el juez expone que la ley nacional no le permite ni apreciar la abusividad ni detener el procedimiento, ⁵ aun cuando ésta se contradice con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la cual en caso de existir indicios de abusividad obliga al juez a intervenir de oficio. ⁶

Ante esta situación el juez se pregunta sobre la posible inconstitucionalidad de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), en la medida que puede afectar al principio de interdicción de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos, al derecho a la tutela judicial efectiva y al derecho a la vivienda (arts. 9.3, 24 y 47 de la CE). Ya que, un procedimiento en el que juez no puede prácticamente intervenir ni la demandada oponerse, “concluiría con la pérdida de la vivienda habitual, lo que podría provocarle [a la demandada] graves daños y perjuicios debido a su débil situación económica”.

El juez conoce la doctrina fijada por el TC en su sentencia 41/1981, en la que se pronunció sobre la constitucionalidad de la ejecución hipotecaria en relación a su carácter sumario y el respeto al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, pero justifica la necesidad de un nuevo examen -entre otros motivos- en base a: la nueva realidad social y económica del país, treinta años después de la anterior sentencia; así como que en dicha sentencia se trataba de un préstamo hipotecario constituido entre dos empresas (una inmobiliaria y un banco) por lo que “no afectaba a un bien inmueble constitutivo de vivienda, derecho constitucional sí afectado en los supuestos que estamos analizando”, por lo que “los juicios de ponderación constitucional que ahora deberán realizarse son sustancialmente distintos”.

A la vista de los hechos el TC valoró estos argumentos como insuficientes y, apoyándose en la argumentación y posición del Fiscal General del Estado, resolvió reiterándose en la doctrina fijada, razón por la que inadmitió la cuestión de inconstitucionalidad por

⁴ Se puede consultar el mismo en la web del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ): <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c9f13c3923bef95b/20110225>

⁵ Se refiere al art. 695 (en su redacción previa a la reforma introducida por la Ley 1/2013), y al art. 698 (en su redacción actual) de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil.

⁶ El juez señalaba en su escrito tres casos: *Mostaza Claro* (del 26/10/06), *Cofidis* (27/06/00), y *Salvat Editores* (21/11/02).

“notoriamente infundada”. Esto es, que consideró que la cuestión planteada era “semejante en su formulación” a la STC 41/1981 y otras previamente resueltas por el tribunal.

2.2. ANÁLISIS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

El análisis de la argumentación jurídica revela dos movimientos realizados por el Constitucional:

a) *En 1er lugar efectúa una separación tajante entre los derechos y principios impugnados, limitando su análisis al de la tutela judicial efectiva.* Así, hizo depender la potencial vulneración del conjunto de derechos de este único precepto, y en este sentido, podríamos decir que eludió la cuestión planteada por el juez.

Según el propio Auto:

[R]azona el juez que la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva *implica simultáneamente* la lesión del derecho fundamental a una vivienda digna (art.47 CE) cuando la ejecución hipotecaria tiene por objeto la vivienda del demandado. A juicio del órgano proponente, es *la consideración conjunta* de la limitación del derecho a la tutela judicial efectiva y su proyección sobre el derecho a la vivienda del ejecutado lo que le lleva a plantear las dudas sobre la inconstitucionalidad de un régimen de ejecución que, para ser respetuoso con los valores constitucionales, debería permitir unas posibilidades de oposición más amplias, al menos cuando la finca ejecutada constituya la vivienda efectiva del ejecutado hipotecario. (ATC 113/2011 I.3.f)⁷

Es decir, la *ratio dicendi* del juez, la cuestión fundamental planteada, es si es compatible el carácter sumario del procedimiento de ejecución hipotecaria con los arts. 9.3, 24 y 47 de la Constitución tomados en consideración en su conjunto, como una unidad. Dicho de otro modo, la cuestión que plantea el juez es si esa protección *a posteriori* es igualmente suficiente y acorde a la Constitución en el caso de que el bien afectado se trate de una vivienda habitual y no de un bien patrimonial.

Sin embargo, el Alto Tribunal resuelve en su penúltimo párrafo:

[H]abida cuenta de que este Tribunal ya ha despejado las dudas formuladas, declarando la conformidad del régimen procesal cuestionado con el referido derecho fundamental [art.24 CE], *de cuya hipotética vulneración el órgano proponente hace depender la lesión de otros derechos* y principios constitucionales, como la interdicción de la arbitrariedad (art.9.3 CE) y el derecho a una vivienda digna (art. 47 CE), que en consecuencia carece de justificación a la luz del examen realizado. (ATC 13/2011 JF 4)⁸

b) *En 2º lugar, decidió por analogía.* Considerando que no había nada en este caso diferente a los resueltos previamente por el Tribunal, lo que le permitió emitir su fallo en forma de Auto en la medida que se limitó a reiterar la doctrina fijada inadmitiendo la

⁷ Cursivas añadidas.

⁸ Cursivas añadidas.

cuestión. Si bien, como veremos, con su actuación extendió la doctrina a otros casos significativamente diferentes a los previos.

En este sentido podría considerarse que el fallo del Alto Tribunal adoleció de motivación insuficiente, ya que *decidió* por analogía, pero no *argumentó* o fundamentó la analogía. Es decir, siguiendo a Atienza (2013), el razonamiento por analogía puede considerarse una inducción:

En el caso C, la solución debe ser S;

C' es un caso semejante a C;

por lo tanto, en el caso C', la solución debe ser también S.

Pero el esquema formal de la inducción nos dice poco a la hora de evaluar los argumentos inductivos, “lo que aquí importa son las cuestiones materiales y contextuales (...) la clave es si las propiedades que tienen en común el caso C y C' son realmente propiedades esenciales” (Atienza 2013, 177 y ss).

De forma esquemática podemos sintetizar los casos tratados atendiendo a cinco características esenciales, tres definitorias de cualquier relación contractual, y dos definitorias del litigio, que son: (1) el tipo de contrato, (2) los sujetos o partes, (3) el objeto del contrato, (4) el conflicto jurídico o alegación y (5) la resolución por parte del Tribunal.

En el caso resuelto mediante el ATC 113/2011 encontramos:

1. Un contrato de préstamo con garantía hipotecaria.
2. Entre un particular y una entidad de crédito.
3. Que tiene por objeto una vivienda habitual.
4. Alega: Abusividad y vicio en el consentimiento en la relación contractual. Procedimiento sumario, vulneración de los arts. 9.3, 24 y 47 CE.
5. Resuelve: Inadmite el recurso por infundado. No hay vulneración del art.24, abierta la puerta a juicio declarativo posterior con todas las garantías.

La siguiente tabla sintetiza estos elementos en los casos de la STC 41/1981, la cual había fijado doctrina, y resto de antecedentes invocados por el Tribunal. Se destacan en negrita las propiedades que tienen en común dichos casos previos con el planteado por el juez de primera instancia.

TABLA 1

STC 41/1981	<ol style="list-style-type: none"> 1 Contrato de préstamo con garantía hipotecaria. 2 Dos sociedades mercantiles (constructora y entidad de crédito). 3 Bienes patrimoniales. 4 Alega: Procedimiento sumario, no se admite oposición a la ejecución. Vulneración del art. 24.1 CE. 5 Resuelve: No hay vulneración, abierta la puerta a juicio declarativo posterior con todas las garantías.
------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

STC 296/1993	<ol style="list-style-type: none"> 1 Contrato de préstamo con garantía hipotecaria. 2 Particular y entidad de crédito. 3 Bien patrimonial persona física. Inmueble no constitutivo de vivienda habitual. 4 Alega: No le llega la notificación de la demanda de ejecución por constar su domicilio en otro lugar. Vulneración del art. 24.1 CE. 5 Resuelve: En contra del recurso de amparo por haberlo tramitado sin agotar todos los recursos previos.
STC 158/1997	<ol style="list-style-type: none"> 1 Contrato de préstamo con garantía hipotecaria. 2 Particular y entidad de crédito, con tercera parte afectada (contrato de arrendamiento). 3 Vivienda habitual. La persona demandada comparte la vivienda con los arrendatarios. 4 Alega: La tercera parte quiere personarse en el procedimiento como parte afectada. Vulneración del art. 24.1 CE. 5 Resuelve: El Tribunal no le otorga validez al contrato de alquiler; “no constancia de título suficiente.”
STC 223/1997	<ol style="list-style-type: none"> 1 Contrato de préstamo con garantía hipotecaria. 2 Dos sociedades mercantiles (inmobiliaria y entidad de crédito) con una tercera sociedad afectada (contrato de arrendamiento). 3 Local comercial. 4 Alega: La tercera parte quiere presentar oposición al procedimiento. Vulneración del artículo 24.1 CE. 5 Resuelve: No constancia de título suficiente para amparar la continuidad de la situación posesoria existente.

Tabla 1. Comparativa de características esenciales.
(Fuente: Elaboración propia.)

La toma en consideración del objeto y los sujetos del contrato ponía en cuestión la aplicación automática de la doctrina fijada en la STC 41/1981 y la inadmisión del recurso. En la medida que al tratarse de sociedades mercantiles no podía darse ni la afectación del derecho a la vivienda, ni de los derechos de los consumidores. Lo mismo puede decirse en relación a la STC 223/1997.

La STC 296/1993 sí que afecta a un particular, si bien el objeto de la ejecución no constituye vivienda habitual y el conflicto jurídico presentado es esencialmente de carácter procesal, por lo que también es sustancialmente distinto y poco pertinente para el caso que nos ocupa.

Finalmente, en la STC 158/1997 sí que está en juego una vivienda habitual, en riesgo igualmente por un procedimiento de ejecución hipotecaria, y sí hay una cuestión material (la existencia de un contrato de arrendamiento). Sin embargo, la validez de la relación contractual en la que se sustenta la ejecución hipotecaria no está en cuestión, sino que se alega la toma en consideración de un contrato de alquiler que afecta al bien hipotecado, apelando de nuevo al art. 24 CE.

Así, son elementos novedosos del caso planteado por el juez:

- El cuestionamiento de la validez del propio contrato de préstamo hipotecario, o de las circunstancias en las que se produjo la relación contractual o negocio jurídico.
- La apelación a los artículos 47 y 9.3 de la Constitución. Si bien es cierto que el resto de casos, al tratarse de recursos de amparo, debían sustentarse en alguno de los derechos contenidos en la sección primera del capítulo segundo de la Constitución. Ahora bien, esta condición no evitaba que se pudiera haber invocado el derecho a la vivienda u otros preceptos constitucionales como argumentos complementarios al motivo principal del recurso. En cualquier caso, la cuestión planteada por el juez presenta la novedad sin precedentes de requerir el examen del TC sobre la posible vulneración del derecho a la vivienda en el proceso de ejecución hipotecaria.
- Finalmente, el juez apela asimismo a los cambios sociales que se han producido en los 30 años que distan desde la STC 41/1981, así como, al desarrollo de la legislación de protección de los consumidores y a Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

2.3. ANÁLISIS SOCIOJURÍDICO

Para poder valorar la actuación del TC es preciso atender algunos elementos de carácter social, económico y jurídico, que nos permitan contextualizar el momento en el que el Tribunal emitía su dictamen. Los mismos nos darán pie a poner de relieve uno de los aspectos alegados por el juez para justificar la necesidad de un nuevo examen por parte del TC, esto es, la nueva realidad social y económica del país.

El principio de interpretación del derecho conforme a la realidad social del momento es un aspecto esencial del mismo. Tratado por juristas clásicos como Savigny, está recogido en el Código Civil Español en el art. 3.1, así como en la doctrina constitucional, por todas la STC 89/2009 que afirma: el derecho “al regular relaciones de convivencia humana, debe responder a la realidad social de cada momento.”

2.3.1. Naturaleza del préstamo hipotecario y cambios en su función económica

En el sistema normativo español el contrato de préstamo con garantía hipotecaria se configura a mediados del S.XIX y perdura “en sus rasgos fundamentales” hasta la LEC de enero del 2000 (ATC 113/2011 FJ.4). Sin embargo, mientras la institución jurídica ha permanecido prácticamente invariable, su función económica y comercialización por el mercado ha cambiado radicalmente.

Su función inicial era facilitar el crédito a personas que disponían de patrimonio pero que carecían de liquidez, en un momento en que la modernización del sistema productivo requería abordar grandes inversiones vinculadas al desarrollo del ferrocarril, la expansión urbanística y el impulso de la industrialización (Valverde 2022). De tal modo que mediante el préstamo hipotecario se facilitaba la disponibilidad de crédito a bajo interés para el

deudor y con garantías para el acreedor, en la medida que estaba respaldado por una garantía real, esto es, por una propiedad.

La Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 lo expresaba así:

El que presta con hipoteca, más bien que a la persona puede decirse que presta a la cosa; (...) el deudor es sólo el representante de la propiedad, al prestamista lo que le importa es que la finca baste en su día para reintegrarle lo que le dio. Su crédito no es un crédito personal, es un crédito real; no depende de la persona del deudor, no está sujeto a sus vicisitudes.

Intentando promover aún más el bajo interés de los préstamos se diseñó un procedimiento asimétrico y expeditivo para activar la garantía en caso de impago. Es decir, la rápida subasta de la propiedad para que la entidad de crédito recuperara el dinero prestado. Lo que explica su carácter ejecutivo y sumario.

Sin embargo, en el último tercio del S.XX el modelo económico inicia una profunda transformación, la llamada “financierización de la economía” (Piketty 2013), en el que la vivienda jugará un papel particular (Aalbers 2016 y 2017), y en la que *el uso del crédito hipotecario poco tendrá que ver con la inversión productiva descrita anteriormente. Conlleva un gran incremento de la complejidad de los productos y del funcionamiento de los mercados financieros, con un fortísimo componente especulativo* (Gil y Martínez 2023). Se produce un aumento del peso del sector financiero sobre el total de la economía, con un alto grado de desconexión de la economía real, al tiempo que ejerce una posición de dominio sobre agentes institucionales y empresariales, y sobre la dinámica de crecimiento (Gemzik-Salwach y Opolski 2017, Cognigni 2024).

En el caso que nos ocupa, el de la economía familiar y el acceso a la vivienda, el crédito hipotecario se convierte en un instrumento fundamental mediante el cual superar la contradicción inherente de un modelo económico que promueve la depreciación salarial y que requiere para su mantenimiento el crecimiento del consumo (Sanabria 2009, Lazzarato 2011). Concediéndose préstamos que recaen sobre bienes sobrevalorados, debido al fuerte proceso de especulación inmobiliaria del que participa la propia banca,⁹ y que por tanto no son capaces de garantizar el crédito. Tal y como, poco después del Auto lo denunciaría el Defensor del Pueblo Español: “hay un problema de tasaciones exageradas y de sobreendeudamiento sobrevenido como consecuencia del crédito irresponsable y de la crisis económica” (2012, 105).

Si bien cabe señalar que el Tribunal no era ajeno a esta cuestión, como lo demuestra el único voto particular del Auto, que esencialmente se centró en ese punto:

La ‘ingeniería financiera del momento actual’, junto a la ‘complejidad y opacidad’ de los riesgos asociados, da lugar a que las partes contratantes ‘[presten] un consentimiento imperfecto, cuando no completamente viciado.’ (Voto particular FJ. 3)

⁹ Al respecto una de las medidas que incorporará la ley 1/2013, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, será la prohibición de “la adquisición o mantenimiento por parte de las entidades de crédito, de forma directa o indirecta, de una participación significativa en una sociedad de tasación.” (art.4.5)

Es por ello que no me parece suficiente para desechar como infundada la presente cuestión de inconstitucionalidad la extensión automática de la doctrina constitucional establecida en la citada STC 41/1981 (...), sería necesario examinar si los preceptos cuestionados, interpretados a la luz del nuevo contexto económico y social, son compatibles o no con los valores constitucionalmente protegidos aducidos por el órgano judicial promovente. (Voto particular FJ. 4)

2.3.2. Contratación en masa y abuso en la contratación hipotecaria

Un segundo elemento relevante es el que tiene que ver con la comercialización de las hipotecas, la cuales se desarrollarán mediante la *contratación en masa*. Es decir, a través de cláusulas predispuestas -redactadas unilateralmente por el empresario- e impuestas, sin posibilidad de negociación real por parte de las personas, en un marco de “*lo tomas o lo dejas*”.¹⁰

El carácter impuesto había sido recogido por el informe realizado por el Banco de España para el Senado un año antes, en 2010, en relación a uno de los aspectos que generarán mayor controversia, las cláusulas suelo:

[L]a decisión de aplicar o no estas cláusulas se adopta como política comercial de carácter general por la dirección central de cada entidad (...). De esta forma, los elementos finales de la cadena de comercialización del producto, normalmente los directores de sucursal, no tienen la facultad de alterar esa característica básica del producto. (Banco de España 2010, 19)

Con el tiempo se irá evidenciando aún más que las prácticas abusivas eran abundantes. Sólo la Sentencia del Tribunal Supremo 705/15 del 23 de diciembre estipuló como abusivas 39 cláusulas de diversos contratos de dos de los principales bancos que operan en el país. Carles Bullagera, registrador y académico especializado en esta cuestión, elaboró en 2017 un listado de 92 prácticas abusivas presentes en contratos de crédito hipotecario enjuiciadas en los tribunales.¹¹

2.3.3. Desarrollo de la normativa de protección de los consumidores y primacía del derecho de la Unión Europea

Finalmente, lo que sí había tenido un desarrollo claro en los 30 años que distan entre la STC 41/1981 y el Auto de 2011 era la legislación de protección de los consumidores. Tanto en la legislación estatal,¹² como en la europea, a través de la Directiva 93/13/CEE

¹⁰ Según la ley y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la posibilidad de escoger entre distintas ofertas del mismo o de distintos empresarios no es negociar. Al tiempo que el Tribunal reconocerá al cliente hipotecario como un cliente cautivo (STS 241/2013 FJ.8).

¹¹ Ver web Notariosyregistradores.com: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/consumo-y-derecho/clausulas-de-hipoteca/lista-y-clausulas-en-3-bloques/lista-numerada-de-las-clausulas-con-link/>

¹² Ley 26/1984 General para la Defensa de los Consumidores, la Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de Contratación, y el Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores. En relación a este último, y del mismo modo que establece la Directiva Europea, se consideran abusivas las cláusulas no negociadas individualmente que causen en detrimento del consumidor un desequilibrio importante, y serán nulas de pleno derecho teniéndose por no puestas (arts. 82 y 83).

de 1993 de protección de los consumidores. La cual busca acabar con la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor.¹³

Para 2011, año del Auto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se había pronunciado, no sólo en cuanto a que el juez español de primera instancia estaba facultado, sino que estaba obligado, a analizar de oficio las posibles cláusulas abusivas de un contrato entre un profesional y un consumidor. Concretamente:

- Sentencia del 27 de junio del 2000 (asuntos C40 a C44/98): El juez nacional “puede examinar de oficio en la fase de admisión de la demanda” [sin necesidad de que la parte demanda interponga recurso]. (Fallo párr. 1).
- Sentencia del 21 de noviembre del 2002 (asunto C473/00): El juez nacional “puede examinar de oficio en cualquier momento” [siempre que no se haya emitido una resolución con efecto de cosa juzgada respecto al asunto], aunque haya acabado el plazo previsto para oponerse al procedimiento. (Fallo párr. 2).
- Sentencia del 26 de octubre del 2006 (asunto C168/05): El juez nacional “debe examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual”. (Párr. 38).
- Sentencia del 1 de agosto de 2009 (asunto C243/08): El juez nacional “deberá examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello”. (Fallo).

Por otro lado, los posibles defectos en la adaptación del derecho nacional a la normativa europea, en este caso, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no era óbice para dejar la Directiva Europea sin efecto.

Así, el propio Tribunal Constitucional había dejado claro en reiterada doctrina, de nuevo previa a dictaminar el Auto, la primacía del derecho comunitario como técnica o principio normativo (SSTC 28/1991, FJ 6, y 64/1991, FJ 4). Reiterándose en el reconocimiento de esa primacía de la normativa europea sobre el derecho interno, así como su efecto directo para los ciudadanos (SSTC 130/1995, FJ 4, 120/1998, FJ 4, y 58/2004, FJ 10).

Así, en lo que se refiere al hipotecario y su relación explícita con el derecho europeo no será hasta la STC 31/2019,¹⁴ en un nuevo caso donde se alega abusividad del contrato de préstamo hipotecario y en el que está en juego una vivienda habitual, apelando a la vulneración de los arts. 9.3, 24, 47 CE y en el que se incluyen así mismo los derechos del consumidor (art. 51 CE), para que, el Tribunal Constitucional reconozca la primacía del derecho de la Unión. Finalmente, cabe señalar, que el posible conflicto jurídico sobre la aplicación de normas válidas (Hart 2011), nunca existió, ya que el TC aclara:

¹³Estableciendo que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor (art.6) y la obligación de los estados miembro de facilitar medios eficaces para el cese del uso de dichas cláusulas (art.7). Así mismo la Directiva es de aplicación directa -al margen de que se haya adaptado o no la normativa nacional- a partir del 31 de diciembre de 1994 (art.10).

¹⁴Previamente, la STC 39/2015 de 2 de marzo, marca un nuevo canon respecto a la doctrina constitucional en relación a la tutela judicial efectiva y la ejecución hipotecaria, incidiendo en la necesidad de huir de interpretaciones excesivamente rigoristas y formalistas (FJ.6). En la misma línea, la STC 49/2016, de 14 de marzo. Nos remitimos aquí a la 31/2019 en la medida que las anteriores no invocan el derecho europeo.

[L]a primacía no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones (DTC 1/2004 FJ4) lo que obliga al Juez nacional o a la Administración pública, en su caso, a aplicar la norma prevalente y a dejar sin efecto a la norma desplazada, aun cuando no haya sido expulsada del ordenamiento interno. (STC 145/2012 FJ 5)

La STC 31/2019 concluyó que la no apreciación de la abusividad constituyó una violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), por lo que podemos inferir que la misma situación se produjo en el caso resuelto mediante el Auto 13/2011.

Así, la única diferencia en cuanto al sistema normativo vigente entre la STC 31/2019 y el Auto 13/2011, es la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil introducida por la Ley 1/2013, lo cual puede considerarse jurídicamente irrelevante como se deriva de la doctrina expuesta. Otra diferencia es que el Ministerio Fiscal, en esta ocasión, sí apoyó la consideración del recurso, argumentando sobre la necesidad de abordar el hipotecario teniendo en cuenta “la realidad social actual” (STC 31/2019 I.8). Si bien el mismo restringe el ámbito del conflicto jurídico al artículo 24 de la CE, excluyendo las referencias de la demanda a la vulneración de los artículos 9.3 y 47 CE, y sorprendentemente también el 51 CE, aun cuando el derecho de los consumidores constituyó el núcleo central de la fundamentación jurídica en la que se sustentó la resolución del caso.

3. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

3.1. LA CUESTIÓN JURÍDICA DE FONDO: EL DERECHO A LA VIVIENDA Y EL CARÁCTER SUMARIO DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA

Si, no se aplicó una norma internacional vigente y prevalente como la Directiva Europea de protección de los consumidores. Entorno a la cual, y a diferencia de lo ocurre con el sistema internacional de los derechos humanos no existe una extensa y prolongada discusión sobre su carácter vinculante para los poderes públicos españoles (Saiz 1999, Trinidad 2009, Cuenca 2012, Macho 2022), sobre la propia naturaleza y justiciabilidad de los derechos económicos y sociales en general (Chapman 1996, Eide 2001, Abramovich y Courtis 2002) y sobre el derecho a la vivienda en particular (Kenna 2006, Pisarello 2009 y 2013, Kenna y Simón-Moreno 2019). Siendo además la defensa de los consumidores un derecho igualmente situado en el Capítulo Tercero del Título I de la Constitución Española, pero con un desarrollo normativo claro, y por lo tanto susceptible de ser alegado ante los tribunales ordinarios (art.53.3 CE). Podemos hacernos una idea de las escasas posibilidades que tenía el derecho constitucional a la vivienda (Bassols 1996, Jiménez-Blanco 2002, Ruiz-Rico 2013, Jimena 2013), de ser contrapuesto al carácter sumario de la ejecución hipotecaria.

Así se ha intentado demostrar que existen suficientes motivos para determinar que, aun circunscribiendo el análisis al derecho a la tutela judicial efectiva, la decisión del Tribunal Constitucional fue jurídicamente errónea. No obstante, y a pesar del desarrollo normativo y doctrinal producidos desde entonces, la cuestión planteada por el juez, la compatibilidad

entre el carácter sumario del procedimiento de ejecución hipotecaria y el derecho a la vivienda, sigue siendo pertinente a día de hoy al menos por tres motivos.

En primer lugar, en lo que se refiere a las cláusulas abusivas. Si bien la mencionada STC 31/2019 supone un importante cambio en la doctrina constitucional, reconociendo sin ambages la vigencia de la Directiva Europea de protección de consumidores de 1993, la efectiva implementación de la misma ha seguido siendo en alto grado problemática, pudiendo encontrarse más de una veintena de resoluciones del Tribunal Constitucional en apenas los 3 años posteriores a la misma (Martínez Escribano 2023).

Dichos pronunciamientos (SSTC 80/2022, 123/2022 ó 141/2022, por citar algunos) continúan a abordar las fricciones entre la norma europea y el estrecho marco procesal que regula la ejecución hipotecaria: ya sea en lo relativo al momento en el que es posible presentar oposición, las circunstancias que han de darse para poder determinar que el análisis de oficio ha tenido lugar, y cuándo y cómo una resolución da lugar al efecto de cosa juzgada. Lo cual ya ha dado lugar a la necesidad de nuevos pronunciamientos por parte del TJUE (STJUE C-600/19, de 17 de mayo de 2022).

Además, esta importante litigiosidad demuestra la persistente resistencia de la judicatura española de ejercer su función de garante de derechos, mediante la obligación del análisis de oficio, interviniendo para *restablecer el equilibrio real entre las partes* que le asigna el derecho europeo, manteniéndose más bien como un elemento pasivo que sólo actúa a instancia de parte. Lo cual incide de nuevo en la importancia de eliminar la asimetría derivada del carácter sumario y expeditivo de la ejecución hipotecaria, al menos, en los casos en que la garantía afecte a una vivienda habitual o local de negocio en el que se base la economía familiar.

En segundo lugar, establecer un marco de plenas garantías para la vivienda habitual también es importante porque la casuística va más allá de la existencia de cláusulas abusivas. Así, podemos encontrar en el periodo litigios relacionados con: discrepancias en torno a la tasación y precio de subasta del inmueble (STC 39/2015, del 2 de marzo); sobre el carácter de la obligación y vínculo de la persona con el contrato de préstamo -legitimación pasiva (STC 49/2016, de 14 de marzo); o de notificación inadecuada o insuficiente (Dictamen del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en adelante CoDESC, Caso *I.D.G vs España*, E/C.12/55/D/2/2014, del 17 de junio de 2015).

En todos estos casos la actuación judicial limitó las posibilidades de defensa de la parte demandada basándose en el carácter sumario del procedimiento de ejecución que estipula el art. 698 de la LEC y que remite a un ordinario posterior (*en el que la misma puede hacer valer sus derechos en toda su amplitud y con todas las garantías*) dando lugar, según las distintas resoluciones a, vulneraciones del derecho a la tutela judicial efectiva en los casos del TC y del derecho a la vivienda en el del CoDESC.

Lo cual nos lleva al tercer motivo. Y es que dictámenes y resoluciones de organismos de Naciones Unidas como el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales o el Consejo de Derechos Humanos, han señalado de manera recurrente al Estado Español, que para ser legal y acorde a los estándares internacionales en relación al derecho a la vivienda, el desalojo debe de:

- Realizarse tras un análisis de la razonabilidad y proporcionalidad por parte del juez (*Ben Djazia c. España*, E/C.12/61/D.5/2015, párr. 13.4; *Fátima El Ayoubi c. España*, E/C.12/69/D/54/2018, párr.11.2.).
- En un proceso llevado a cabo con la máxima diligencia por parte del Estado y con plenas garantías.¹⁵
- Buscando la opción menos lesiva o restrictiva para el derecho a la vivienda (*Gómez-Limón Pardo c. España*, E/C.12/67/D/52/2018, párr. 9.4.).
- Y teniendo en cuenta la función social de la propiedad (*López Alban c. España*, E/C.12/66/D/37/2018, párr. 11.5; y *Fátima El Ayoubi c. España*, E/C.12/69/D/54/2018, párr.11.3.).

3.2. LA CARACTERIZACIÓN DE LA ACTUACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DURANTE LA CRISIS.

Algunos de los estudios empíricos más completos sobre la actuación del Tribunal Constitucional Español muestran que este no ha sido remiso a la hora de ejercer su potestad de control sobre el resto de poderes del Estado, y que lo ha hecho además -con diferencias significativas entre distintos periodos- actuando con relativa unidad e independencia (Omar 2017). Otros concluyen que, en esos momentos de disensión, la afinidad ideológica con el gobierno es un elemento clave capaz de predecir el sentido de los votos de los magistrados (Hanretty 2012, Castillo 2013), algo común a lo que ocurre en otras cortes constitucionales de centro Europa y América Latina (Helmke 2002, Basabe Serrano 2011). O que las decisiones de estos tribunales estarían así mismo muy influenciadas por elementos como el carácter de las leyes afectadas y su posible impacto político o económico (Basabe-Serrano y Valdivieso 2014). Una variable que podemos considerar de especial transcendencia en este caso, en la medida que la cuestión de inconstitucionalidad afectaba a la ejecución hipotecaria en un contexto de crisis hipotecaria y financiera.

Ahora bien, lo que se apunta aquí es que, en el caso estudiado, el TC evita responder al contenido material de la Constitución (Prieto-Sanchís 2004), no correspondiéndose su actuación ni con un constitucionalismo principialista, ni garantista (Ferrajoli 2011a). Esto es, ni realiza una ponderación de las normas aplicables con una conexión inevitable a principios y valores morales contenidos en la Constitución, en la línea de lo defendido por autores como Nino (2005), Alexy (1998) o Dworkin (1988). Ni otorga a la Constitución esa normatividad fuerte y regulativa, que comprende no sólo aspectos formales, sino también sustanciales, a la que ha de someterse también el legislador y la legislación que defiende Ferrajoli (2011b).

Sin embargo, la actuación del TC en relación al derecho a la vivienda no siempre ha sido así. Así, encontramos precedentes en los que el Constitucional ha afirmado que ningún derecho constitucional puede ser considerado una simple fórmula retórica carente de contenido (SSTC 19/1982 FJ6; 45/1989 FJ4). O donde subraya la necesidad de proteger este derecho dado su inevitable vínculo con la protección de la dignidad de la persona (SSTC 120/1990 FJ4; 57/1994 FJ3). O por ser soporte de la vida familiar y la intimidad personal. Dictaminando la necesidad de anteponer las necesidades y derechos de aquellos

¹⁵ Al respecto, los tres últimos informes del Examen Periódico Universal realizado al Reino de España, emitidos por el Consejo de Derechos Humanos: E/C.12/ESP/CO/5, párr. 22; E/C.12/ESP/CO/R.6, párr. 38; y A/HRC/WG.6/35/ESP/2, párr.41.

que utilizan la vivienda para vivir, amparando la continuidad y la estabilidad del domicilio, dado que el uso efectivo de la vivienda “se integra en la función social de la propiedad”, frente a otros fines de “carácter especulativo” (STC 89/1994 5c.).¹⁶

Son estos elementos los que nos dan la medida del interés de la presente resolución. Así, la fuerte incertidumbre que generó la crisis de 2008, una crisis económica que derivó en una crisis política y soberana hizo sin duda la labor del Constitucional más compleja, pero también más necesaria a la hora de preservar y garantizar unos derechos mínimos a la población. En este contexto, podemos describir la actuación del Constitucional como de lealtad hacia el ejecutivo (Santos 2009, 101 y ss), pero esta lealtad contribuirá a la crisis política e institucional (Blanca-Quesada 2024). Por un lado, por las polémicas sentencias del Constitucional, como la presente, o las relativas a la expropiación temporal de viviendas en procedimientos de ejecución hipotecaria (Medina 2015, Tejedor-Bielsa 2018, Torró y Hervás 2018, Blanca-Quesada 2023). O en el caso del Tribunal Supremo con las concernientes a la limitación de los efectos de la nulidad, cuando no la directa reintegración, de cláusulas abusivas presentes en los contratos de préstamo hipotecario (Carrasco y González 2013, Hernández 2013, Aguilar 2014, Agüero-Ortiz 2016, Martínez 2017). Todo ello dará lugar a que, a juicio de algunos juristas, *el derecho de la crisis* estaba dando lugar a una auténtica *crisis del derecho* (González 2013).

4. CONCLUSIONES: ALGUNOS APORTES DESDE LA RAZÓN NORMATIVA NEOLIBERAL

Según lo expuesto, un rasgo que resume la actuación del TC durante la crisis, aplicable igualmente al Tribunal Supremo, será la de acompañar al gobierno en su intención de blindar el procedimiento de ejecución hipotecaria. Con un doble objetivo: por un lado, el de no aumentar el monto de los activos considerados tóxicos y con ello el del rescate bancario. Y por otro, detener lo antes posible la caída del precio de la vivienda. Todo ello, en detrimento de los derechos de las personas que accedieron al crédito para adquirir un lugar donde vivir, y pese a la evidencia de la especulación inmobiliaria, la sobretasación, la contratación en masa y el abuso bancario.

Podemos encontrar, entre quienes han analizado las políticas o la ideología neoliberales (Boltanski y Chiapello 2002, Harvey 2007, Laval y Dardot 2015), algunos elementos que pueden contribuir a contextualizar y entender la actuación de las autoridades españolas durante la crisis. Al tiempo que dichas teorías nos alertan de que el neoliberalismo no daría lugar sólo a una saturación de la democracia con valores de mercado. Sino que desplegaría una *razón normativa* y una acción pública, que suponen una conversión sustantiva y puesta en riesgo de los principios políticos liberales en los que se ha asentado el estado moderno y la democracia entendida como gobierno del pueblo (Brown 2015, 35).

Por un lado, encontraríamos una lógica en la que el estado y el sujeto devienen esencialmente en proyectos gerenciales (Vila-Viñas 2021 y 2022), y en el que la recuperación económica y el crecimiento económico se convierten en la razón de ser y fuente de legitimidad del gobierno (Brown 2015, 21). Al tiempo que la política económica se constituye como la verdadera política social (Brown 2015, 80). Esto explica que, mientras

¹⁶Al tiempo que en la STC 79/2024, de 21 de mayo de 2024, podemos encontrar tímidos indicios de un posible nuevo giro doctrinal para el reconocimiento del derecho a la vivienda como derecho, y de su función social (FJ.2).

las primeras medidas de rescate a la banca se aplicaron en 2008 y 2009 (dedicando más de 160.000 millones de euros de dinero público a avales y aportaciones al Fondo de Garantías de Depósitos), no fuese hasta finales de 2012 que se aprobaron las primeras medidas de protección de los deudores hipotecarios.

Esto trae a colación un segundo elemento, y es que, bajo esta razón normativa neoliberal caracterizada por Brown, las personas ya no serían elementos constituyentes de la soberanía o portadores de derechos, sino esencialmente capital humano útil para el desarrollo económico, o lastre para el conjunto de la sociedad (Brown 2015, 147), cuando no excedente (Sassen 2015) objeto de control o criminalización (Wacquant 2001, Bergalli 2005). Así, si bien fácticamente el conflicto en sede judicial sería entre entidades bancarias y deudores hipotecarios, el mismo se interpreta en unos términos que equipara los intereses de la banca al interés general (Fariñas 2018). En un marco en el que se integra sin contradicción que “junto a un demasiado grande para caer, opera un demasiado pequeño para protegerlo” (Brown 2015, 92). Y en el que los supuestos principios neoliberales de intervención mínima del estado (Pistor 2020), o el del libre mercado como regulador natural de la economía, no opera cuando los afectados son sectores económicos considerados de peso (Naredo 2009).

Un último elemento, que nos permite examinar el presente caso, sería así mismo la ruptura que supone esta razón neoliberal con la concepción de la propiedad privada propia del liberalismo. Así, frente al Rousseau del *Discurso sobre el origen de la desigualdad* (2005), para quien toda propiedad privada sería apropiación indebida o mera usurpación a la comunidad, la concepción que prevalecerá en la teoría política liberal será la que la defiende propiedad como base y sustento de la libertad y la autonomía individuales.

Ahora bien, dicha propiedad privada aparece limitada, y así llega codificado hasta el constitucionalismo del siglo XX, por su función social. Así, para Locke, la apropiación de la naturaleza por parte del ser humano esta mediada por la capacidad de trabajo, y ha de ejercerse teniendo en cuenta las necesidades comunes (Locke 2006). Mientras que para Kant la pobreza es consecuencia de unas relaciones personales asimétricas, de la dependencia y de la falta de libertad, y si no se acumularan más recursos que los necesarios para vivir “no existiría ningún rico, mas tampoco pobre alguno” (Kant, 1988, citado por Aramayo 2018, 170 y ss).

Frente a esto, la práctica neoliberal desvincula la propiedad privada de su función social, tanto de los intereses comunes o necesidades sociales, como de los límites planetarios (Raworth 2017), baste recordar que la persona más opulenta del planeta acumula 243.700 millones de dólares.¹⁷ Pero es que supone así mismo una ruptura con ese principio jurídico que pretendía preservar la propiedad privada como garantía de la independencia y autonomía personal. Esto es, frente a la argumentación del juez que presenta la cuestión de inconstitucionalidad, o del Defensor del Pueblo, que sólo plantean una ejecución hipotecaria no sumaria, con plenas garantías, para los casos de viviendas habituales y los locales de negocio necesarios para el sustento de la economía familiar.

¹⁷Datos de septiembre de 2024 publicados por *Forbes* (<https://forbes.es/forbes-ricos/498857/las-10-personas-mas-ricas-del-mundo-septiembre-de-2024/>).

Referencias

- Aalbers, M.B., 2016. *The Financialization of Housing: A Political Economy Approach* [en línea]. Londres: Routledge. Disponible en: <https://doi.org/10.4324/9781315668666>
- Aalbers, M.B., 2017. The variegated financialization of housing. *International journal of urban and regional research* [en línea], 41(4), 542-554. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/1468-2427.12522>
- Abramovich, V., y Curtis, C., 2002. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
- Agüero-Ortiz, A., 2016. Guía de cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios. *Revista CESCO de derecho del consumo*, n.º 17, 116-134.
- Aguilar, A., 2014. La reciente jurisprudencia supranacional en materia de vivienda. La eficacia de la Directiva 93/13/CE y la tutela de los derechos de los ciudadanos por el TJ. *En: I. Sánchez y M. Olmedo, eds., Desahucios y ejecuciones hipotecarias: un drama social y un problema legal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 509-552.
- Alexy, R., 1998. *El concepto y la validez del derecho*. Trad.: J. Seña. Barcelona: Gedisa.
- Aramayo, R.R., 2018. Solidaridad. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* [en línea], (15), 169-175. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4346>
- Arnaud, A., y Fariñas, M.J., 1996. *Sistemas Jurídicos: Elementos para un análisis sociológico*. Universidad Carlos III de Madrid/Boletín Oficial del Estado.
- Atienza, M., 2013. *Curso de argumentación jurídica* [en línea]. Madrid: Trotta. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/j.ctv31zqcfp>
- Atienza, M., 2016. *Filosofía del derecho y transformación social*. Madrid: Trotta.
- Banco de España, 2010. Informe sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios. *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado*, Núm. 437, 7 de mayo, 12-26.
- Basabe Serrano, S., 2011. *Jueces sin toga: Políticas judiciales y toma de decisiones en el Tribunal Constitucional del Ecuador (1997-2007)* [en línea]. Quito: FLACSO. Disponible en: <https://biblio.flacsoandes.edu.ec/libros/126439-opac>
- Basabe-Serrano, S., y Valdivieso, P., 2014. How do judges vote?: An integrated model of judiciary elections applied to the Supreme Court of Ecuador. *Revista de Estudios Políticos* [en línea], 183-209. Disponible en: <https://recvt.fecvt.es/index.php/RevEsPol/article/view/39430>

- Bassols, M., 1996. Derecho a la vivienda: artículo 47. *En*: O. Alzaga, ed., *Comentarios a la Constitución española de 1978 (T. IV)*. Madrid: Cortes Generales.
- Bergalli, R., 2005. Relaciones entre control social y globalización: Fordismo y disciplina. Post-fordismo y control punitivo. *Sociologías* [en línea], 180-211. Disponible en: <https://doi.org/10.1590/S1517-45222005000100008>
- Blanca-Quesada, R., 2023. La actuación del Tribunal Constitucional español durante la crisis hipotecaria: Derecho a la vivienda y gobiernos autonómicos. *Sortuz: Oñati Journal of Emergent Socio-Legal Studies* [en línea], 13(2), 137-156. Disponible en: <https://opo.iisj.net/index.php/sortuz/article/view/1771>
- Blanca-Quesada, R., 2024. La reacción de la judicatura durante la crisis hipotecaria en España. Una crisis del Estado de Derecho “tout court”. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* [en línea], (26), 95-120. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.8503>
- Boltanski, L., y Chiapello, E., 2002. *El nuevo espíritu del capitalismo*. Trad.: A. Riesco, M. Pérez y R. Sánchez. Madrid: Akal.
- Brown, W., 2015. *El pueblo sin atributos. La secreta revolución del neoliberalismo*. Barcelona: Malpaso.
- Calvo, M., 2014. Positivismo Jurídico y Teoría Sociológica del Derecho. *Sortuz. Oñati Journal of Emergent Socio-legal Studies* [en línea], 6(1), 46-66. Disponible en: <https://opo.iisj.net/index.php/sortuz/article/view/487>
- Carrasco, A., y González, C., 2013. La doctrina casacional sobre la transparencia de las cláusulas suelo conculca la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva. *Revista CESCO de Derecho del Consumo* [en línea], n.º 7, 126-163. Disponible en: <https://hdl.handle.net/10578/35735>
- Castillo, P.J., 2013. La política judicial del Tribunal Constitucional español en los procesos de ratificación de Tratados de la Unión Europea: Aproximación desde un nuevo realismo jurídico. *Revista de Estudios Políticos* [en línea], 159, 107-138. Disponible en: <https://recyt.fecyt.es/index.php/RevEsPol/article/view/39896>
- Chapman, A.R., 1996. A ‘violations approach’ for monitoring the international covenant on economic, social and cultural rights. *Human Rights Quarterly* [en línea], 18(1), 23-66. Disponible en: <https://doi.org/10.1353/hrq.1996.0003>
- Cognigni, I.N., 2024. La Tesis de la Financiarización y sus perspectivas sobre las transformaciones del capitalismo contemporáneo. *Cuadernos de Economía Crítica*, 10(20), 175-181.
- Collins, L., 2021. *The Ecological Constitution Reframing Environmental Law* [en línea]. Londres: Routledge. Disponible en: <https://doi.org/10.4324/9780429277320>

- Consejo General del Poder Judicial, 2024. *Estadística Judicial, Efecto de la crisis en los órganos judiciales* [en línea]. Madrid: CGPJ. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Infornes/Efecto-de-la-Crisis-en-los-organos-judiciales/>
- Cuenca, P., 2012. La incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución Española. *Revista de Estudios Jurídicos* [en línea], nº12/2012, 1-24. Disponible en: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2012.12.413>
- Defensor del Pueblo Español, 2012. *Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas* [en línea]. Madrid. Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/informe-monografico/crisis-economica-y-deudores-hipotecarios-actuaciones-y-propuestas-del-defensor-del-pueblo-enero-2012/>
- Dworkin, R., 1988. *El imperio de la justicia*. Trad.: C. Ferrari. Barcelona: Gedisa.
- Eide, A., 2001. Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights. *En*: A. Eide, C. Krause y A. Rosas, eds., *Economic, Social and Cultural Rights - A Textbook* [en línea]. 2ª ed. rev. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 9-28. Disponible en: https://doi.org/10.1163/9789047433866_006
- Farha, L., 2019. *El acceso a la justicia para la defensa del derecho a la vivienda (A/HRC/40/61)* [en línea]. Consejo de Derechos Humanos, 15 de enero. Disponible en: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g19/007/32/pdf/g1900732.pdf>
- Fariñas, M.J., 2018. Neoliberalismo versus democracia. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* [en línea], (14), 342-352. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4174>
- Ferrajoli, L., 2011a. Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* [en línea], 34, 15-53. Disponible en: <https://doi.org/10.14198/DOXA2011.34.02>
- Ferrajoli, L., 2011b. *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Trad.: P. Andrés. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L., 2019. *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Trad.: P. Andrés. Madrid: Trotta.
- Gemzik-Salwach, A., y Opolski, K., 2017. *Financialization and the Economy* [en línea]. Londres: Routledge. Disponible en: <https://doi.org/10.4324/9781315281537>

- Gil, J., y Martínez, M.A., 2023. State-led actions reigniting the financialization of housing in Spain. *Housing, Theory and Society*, 40(1), 1-21.
- Ginebra, M., Delgado, L., y Domingo, G., 2020. *L'evolució del desnonaments 2008-2019: De l'emergència a la consolidació d'una crisi habitacional* [en línea]. Barcelona: Observatorio DESC. Disponible en: <https://observatoridesc.org/ca/l-evolucio-dels-desnonaments-2008-2019-l-emergencia-consolidacio-d-crisi-habitacional>
- González, A.M., ed., 2013. *El derecho ante la crisis, nuevas reglas del juego*. Barcelona: Atelier.
- Hanretty, C., 2012. Dissent in Iberia: The ideal point of justices on the Spain and Portuguese constitutional tribunals. *European Journal of Political Research* [en línea], 51(5), 671-692. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1475-6765.2012.02056.x>
- Hart, H.L.A., 2011. *El concepto de Derecho*. Trad.: G. Carrió. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Harvey, D., 2007. *Breve historia del neoliberalismo*. Trad.: A. Varela. Madrid: Akal.
- Helmke, G., 2002. The logic of strategic defection: Court-executive relations in Argentina under dictatorship and democracy. *American Political Science Review* [en línea], 96(2), 291-303. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S0003055402000175>
- Hernández, C., 2013. La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. La sorpresiva declaración de la irretroactividad de las cantidades abonadas. *Revista CESCO de Derecho del Consumo* [en línea], n.º 6, 134-169. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4329870>
- Jimena, L., 2013. El derecho a la vivienda: La complejidad jurídica de un acceso y disfrute básicos. En: G. Peces-Barba et al., eds., *Historia de los derechos fundamentales (Tomo IV, Vol. VI, Libro III)*. Madrid: Dykinson.
- Jiménez-Blanco, A., 2002. El derecho a una vivienda digna y adecuada. En: C. Molina, J.L. Monereo y M.N. Moreno, eds., *Comentario a la Constitución socioeconómica de España*. Granada: Comares, 1711-1726.
- Kenna, P., 2006. *Los derechos a vivienda y los derechos humanos*. Barcelona: Prohibitge.
- Kenna, P., ed., 2014. *Contemporary housing issues in a globalized world* [en línea]. Londres: Routledge. Disponible en: <https://doi.org/10.1108/ijlbe.2013.41105baa.001>

- Kenna, P., y Simón-Moreno, H., 2019. Towards a common standard of protection of the right to housing in Europe. *European Law Journal, Review of European Law in Context* [en línea], 25(6), 608-622. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/eulj.12348>
- Kotzé, L., et al., 2022. Earth system law: Exploring new frontiers in legal science. *Earth System Governance* [en línea], vol. 11. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.esg.2021.100126>
- Laval, C., y Dardot, P., 2015. *La nueva razón del mundo*. Trad.: A. Díez. Barcelona: Gedisa.
- Lazzarato, M., 2011. *La fábrica del hombre endeudado. Ensayo sobre la condición neoliberal*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Linares-Cantillo, A., ed., 2021. *Constitutionalism. Old dilemmas, new insights* [en línea]. Nueva York: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/oso/9780192896759.001.0001>
- Locke, J., 2006. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Trad.: C. Mellizo. Madrid: Tecnos.
- López, D., 2006. *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del Derecho judicial*. Bogotá: Legis.
- Macho, A., 2022. El encaje jurídico del sistema universal de protección de los derechos sociales en el ordenamiento español. *Revista Española de Derecho Constitucional* [en línea], n.º 125, 77-105. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.125.03>
- Martínez, C., 2017. El tratamiento judicial de las cláusulas suelo: una historia sin final. *Actualidad Civil*, n.º 5, 33-39.
- Martínez, C., 2023. El control judicial de cláusulas abusivas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la luz de la jurisprudencia del TJUE. *Cuadernos de Derecho Privado* [en línea], 3(5), 68-99. Disponible en: <https://doi.org/10.62158/cdp.38>
- Medina, M., 2015. Derecho a la vivienda y desahucios: la protección del deudor hipotecario en la jurisprudencia del TJUE. *Teoría y Realidad Constitucional* [en línea], n.º 36, 261-282. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.36.2015.16068>
- Naredo, J.M., 2009. La cara oculta de la crisis. El fin del boom inmobiliario y sus consecuencias. *Revista de Economía Crítica* [en línea], (7), 118-133. Disponible en: <https://www.revistaeconomiacritica.org/index.php/rec/article/view/410>

- Nasarre, S., 2020. *Los años de la crisis de la vivienda: De las hipotecas subprime a la vivienda colaborativa*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Nino, C.S., 2005. *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- Omar, J., 2017. *La producción del Tribunal Constitucional de España a través del Control de Constitucionalidad. El rol desempeñado por el Tribunal en el sistema político-institucional español*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Piketty, T., 2013. *Le capital au XXIe siècle*. París: Seuil.
- Pisarello, G., 2009. El derecho a la vivienda como derecho social: implicaciones constitucionales. *Revista catalana de dret públic*, n.º. 38.
- Pisarello, G., 2013. El derecho a la vivienda como derecho humano y constitucional. *En: G. Peces-Barba et al., eds., Historia de los derechos fundamentales (Tomo IV, Vol. VI, Libro III)*. Madrid: Dykinson.
- Pistor, K., 2020. *El código del capital. Cómo la ley crea riqueza y desigualdad*. Trad.: F. Herreros. Madrid: Capitán Swing.
- Prieto-Sanchís, L., 2004. El constitucionalismo de los derechos. *Revista española de Derecho constitucional* [en línea], 71, 47-72. Disponible en: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/25725redc071045.pdf>
- Raworth, K., 2017. *Doughnut economics: Seven ways to think like a 21st-century economist*. Chelsea: Chelsea Green.
- Rousseau, J.J., 2005. *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres y otros escritos*. Trad.: A. Pintor. Madrid: Tecnos.
- Ruiz-Rico, G., 2013. El derecho constitucional a la vivienda. *En: G. Peces-Barba et al., eds., Historia de los derechos fundamentales (Tomo IV, Vol. VI, Libro III)*. Madrid: Dykinson.
- Saiz, A., 1999. *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Sanabria, A., 2009. La naturaleza salarial del ajuste en Ajuste y salario. Las consecuencias del neoliberalismo en América Latina y Estados Unidos. *En: FCE, ed., Ajuste y salario*. Ciudad de México: FCE.
- Santos, B.S., 2009. *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Madrid: Trotta/Ilsa.

- Sassen, S., 2015. *Brutalidad y complejidad en la economía global* [en línea]. Trad.: S. Mastrangelo. Móstoles: Katz. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/j.ctvm7bdqr>
- Taekema, S., 2021. Methodologies of Rule of Law Research: Why Legal Philosophy Needs Empirical and Doctrinal Scholarship. *Law and Philosophy* [en línea], 40, 33-66. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/s10982-020-09388-1>
- Tejedor-Bielsa, J., 2018. A vueltas con las competencias sobre vivienda y la estabilidad del sistema financiero. *Práctica Urbanística*, n.º 151, 3-14.
- Torró, R., y Hervás, J., 2018. La constitucionalidad de la expropiación forzosa. *Práctica Urbanística* [en línea], nº152, 1-14. Disponible en: <https://jorgehervasmas.blogs.upv.es/files/2018/05/Habitatge.pdf>
- Treves, R., 1988. *La sociología del derecho. Orígenes, investigaciones, problemas*. Trad.: M. Atienza, M.J. Añón y J.A. Pérez. Barcelona: Ariel.
- Trinidad, P., 2009. La aplicación judicial en España de las decisiones de los órganos de base convencional de supervisión de derechos humanos creados en el seno de las Naciones Unidas. En: F. Mariño, ed., *La aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos en el Derecho español*. Madrid: Universidad Carlos III, pp. 329-349.
- Valverde, M., 2022. *La hipoteca en España y su evolución histórica: (pignus-peña-hipoteca)*. Barcelona: J.M. Bosch.
- Velicu, I., y Barca, S., 2020. The Just Transition and its work of inequality. *Sustainability: Science, Practice and Policy* [en línea], 16(1), 263-273. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/15487733.2020.1814585>
- Vila-Viñas, D., 2021. Análisis sociojurídico de las transformaciones en la provisión de seguridad. Austeridad y aporofobia como racionalidades estructurantes de la gobernabilidad contemporánea en España. *CEFD* [en línea], 45. Disponible en: <https://doi.org/10.7203/CEFD.45.20613>
- Vila-Viñas, D., 2022. Una lectura iusfilosófica de David Graeber sobre el sujeto, la deuda y la moral. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* [en línea], (22), 54-78. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6807>
- Wacquant, L., 2001. *Cárceles de la miseria*. Trad.: H. Pons. Madrid: Alianza Ensayo.
- Wang, X., y Lo, K., 2021. Just transition: A conceptual review. *Energy Research & Social Science* [en línea], 82, 102291. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.erss.2021.102291>