

Voto particular que formulan los magistrados don Enrique Arnaldo Alcubilla, doña Concepción Espejel Jorquera y don José María Macías Castaño a la sentencia dictada por el Pleno del Tribunal en el recurso de inconstitucionalidad núm. 5518-2023.

En el ejercicio de la facultad que nos confiere el art. 90.2 LOTC, y con respeto a la opinión de la mayoría del Tribunal, formulamos el presente voto particular para exponer las razones de nuestra discrepancia con la sentencia aprobada, conforme a los argumentos defendidos en la deliberación del Pleno y que expresamos a continuación.

A) Remisión a los votos particulares formulados a las SSTC 79/2024, 26/2025 y 190/2025

Nuestras discrepancias con los razonamientos empleados en la sentencia para declarar ajustadas a la Constitución la mayor parte de las previsiones impugnadas de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, no son enteramente nuevas, pues en buena parte pueden constatarse en los votos particulares que, en unión con otros magistrados, suscribimos a las SSTC 79/2024, de 21 de mayo, 26/2025, de 29 de enero y 190/2025, de 16 de diciembre, todas ellas dictadas en relación con recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley 12/2023.

Nos remitimos, por tanto, para excusar reiteraciones innecesarias, a los referidos votos particulares en lo relativo a las quejas del recurso que ahora se desestiman en aplicación de aquellas sentencias, concernientes a los arts. 8.a), en cuanto al inciso “en los términos dispuestos por esta Ley”; 15.1; 18, apartados 2 a 4; 19.3; y 28.1; así como a la disposición final quinta de la Ley 12/2023.

Efectuada la precisión que antecede, debemos añadir que, respecto a la presente sentencia, que resuelve el recurso interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid contra diversos preceptos de la Ley 12/2023, nuestras discrepancias se centran en los fundamentos jurídicos 4 y 5, en los que se descarta que sean inconstitucionales los arts. 8.a) y 17.4 de la Ley 12/2023, lo que se proyecta en consecuencia, al fallo. A nuestro entender, ambos preceptos debieron ser declarados inconstitucionales y nulos.

B) Inconstitucionalidad del art. 8.a) de la Ley 12/2023

La sentencia desestima el recurso en relación con este precepto, que atribuye a “todos los ciudadanos” el derecho a “disfrutar de una vivienda digna y adecuada, en los términos dispuestos por esta ley, ya sea en régimen de propiedad, de arrendamiento, de cesión de uso, o de cualquier otro régimen legal de tenencia”. Esta previsión se había impugnado por dos

razones: porque extiende el ámbito subjetivo del derecho –de “todos los españoles” a “todos los ciudadanos”–, y porque lo transforma de principio rector en verdadero derecho subjetivo.

Según nuestro parecer, ambos motivos de impugnación justificaban plenamente la estimación del recurso en este punto.

1) Comenzando por la denunciada mutación de un principio rector (el enunciado en el art. 47 CE) en un derecho subjetivo, la sentencia se acoge a la doctrina constitucional relativa a la extensión del art. 149.1.1 CE a los principios rectores de la política social y económica del capítulo III del título I de la Constitución, entre los que se encuentra el relativo a la vivienda del art. 47 CE, doctrina que se recoge en la STC 79/2024.

Ciertamente, como se señala en el voto particular que, junto a otros magistrados, formulamos a dicha sentencia, el art. 149.1.1 CE atribuye al Estado competencia para “la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”, lo que, puesto en relación con el art. 47 CE, que establece en su primer inciso que “todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada”, permite al Estado dictar una ley para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en esa materia.

Pero la posibilidad de legislar a fin de garantizar la igualdad de los españoles en cuanto a la vivienda no autoriza al Estado para regular una completa política pública en esa materia (desapoderando a las comunidades autónomas de su competencia), ni menos aún a este Tribunal a modificar la caracterización de un principio rector de la política social y económica (que informa la legislación positiva, según señala el art. 53.3 CE), como es el enunciado en el art. 47 CE, para transformarlo en un derecho subjetivo perfecto.

Tal mutación constitucional carece de justificación, y en cualquier caso la sentencia no la razona, sino que la da por supuesta, a menos que se entienda como explicación –lo que se nos antoja a toda luces excesivo– la mera cita de la STC 79/2024, FJ 3, cuando afirma que “el art. 47 CE no contenga un derecho fundamental ni un título competencial, o que constituya un principio rector de la política social y económica, no es óbice para que al mismo tiempo se despliegue como derecho constitucional, con sus vertientes competenciales”.

Semejante afirmación categórica es enseguida enfatizada en la sentencia, al aseverar que “nada más trascendental puede haber, en punto a garantizar la igualdad en el ejercicio del derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada, que la determinación de la existencia misma de tal derecho como derecho subjetivo en sentido técnico-jurídico”. Pero esto no es sino una pseudoargumentación que incurre en la clásica falacia de **petición de principio** (*petitio*

principii) a la que se refería Bentham en su clásica obra, es decir, un argumento circular en el que la conclusión que se intenta demostrar ya está incluida, explícita o implícitamente, en la premisa.

Estamos pues, cuanto menos, ante un error lógico en el razonamiento de la sentencia y, en cualquier caso, ante una aseveración apodíctica que no podemos en modo alguno compartir, pues la garantía de la igualdad de los españoles en materia de políticas de vivienda de ninguna manera justifica que el llamado “derecho a la vivienda” que el art. 47 CE enuncia como principio rector, informador de la legislación positiva *ex* art. 53.3 CE, pase a ser ahora configurado de forma voluntarista por este Tribunal, excediendo su función de intérprete supremo de la Constitución (art. 1.1 LOTC), como un verdadero derecho subjetivo. Semejante mutación acaso pueda resultarle útil a la sentencia de la que disentimos para intentar avalar el exceso competencial en el que incurre el Estado en esta concreta regulación (al igual que en su concreción en numerosos aspectos de la Ley 12/2023), pero carece por completo de fundamento constitucional.

No sobraría advertir que no es esta la primera vez que, en los últimos años, este Tribunal excede de su cometido como supremo intérprete de la Constitución para trasmutar el sentido y alcance de diferentes preceptos constitucionales. Tales casos en la memoria de todos están. Obligado será, por tanto, insistir en lo que ya hemos recordado en anteriores votos particulares, en el sentido de que la Constitución no es una hoja en blanco que pueda reescribir a su capricho, sin límites, su supremo intérprete, erigiéndose en una especie de poder constituyente alternativo. El Tribunal Constitucional es el guardián de la Constitución, no su dueño, como de hecho está operando en los últimos tiempos.

En suma, consideramos que esta mutación que la sentencia acomete no encuentra encaje ni en la sistemática ni en la doctrina constitucional sobre los principios rectores de la política económica y social, de los que el art. 47 CE forma parte. Lo que enuncia este precepto constitucional al referirse al “derecho” a la vivienda (al igual que en otros preceptos del capítulo III del título I CE en los que también se incluye el término “derecho”) no es sino un mandato o directriz que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos (art. 53.3 CE), en particular del legislador, actuación tanto más necesaria en un problema tan acuciante en nuestros días como es el de la vivienda, pero que no autoriza al legislador estatal, claro está, a incurrir en extralimitaciones competenciales como la que se lleva a cabo con la Ley 12/2023, ni a este tribunal a disculpar ese exceso competencial mediante la transformación de un principio rector en un derecho subjetivo perfecto.

2) En segundo lugar, nuestra discrepancia con la sentencia también se extiende a los razonamientos en los que se hace descansar la desestimación del segundo motivo de impugnación del art. 8.a) de la Ley 12/2023, referido a la ilegítima extensión que lleva a cabo del ámbito subjetivo del “derecho” a la vivienda, pues mientras que el art. 47 CE lo refiere a “todos los españoles”, aquel precepto legal lo extiende a “todos los ciudadanos”, lo que incluye, siguiendo el creacionismo constitucional por el que este Tribunal parece haber optado, a los extranjeros que residan legalmente en España.

La sentencia de la que discrepamos utiliza en varios momentos el concepto de “ciudadanos extranjeros”, y ello tras reproducir varias acepciones posibles del concepto de ciudadanía, pero desconociendo que esta es identificable con la titularidad plena de derechos políticos y sociales, en particular los referidos a la participación activa en los asuntos públicos, según la doctrina constitucional históricamente consolidada, por lo que esa noción aparece lógicamente referida en nuestra Constitución a los nacionales españoles (art. 11). La extensión del concepto a los extranjeros no solo no se encuentra en la Constitución (que se limita a señalar en su art. 13 que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el Título Primero en los términos establecidos por los tratados y las leyes, con la limitación del derecho de sufragio activo y pasivo, reservado a los españoles, sin perjuicio de lo previsto para las elecciones municipales), sino que tampoco lo está en la propia Ley 12/2023, por lo que la sentencia incurre en este punto en un exceso jurisdiccional de corte creacionista.

Como la propia sentencia de la que disentimos no puede por menos que reconocer, la doctrina constitucional ha descartado que el art. 149.1.1 CE pueda resultar de aplicación directa a los extranjeros (SSTC 227/2012, de 29 de noviembre, FJ 5, y 33/2014, de 27 de febrero, FJ 4), en cuanto dicho precepto asegura la igualdad sustancial de derechos de los españoles. La sentencia es, pues, plenamente consciente de que la aplicación de esa consolidada doctrina no autoriza a entender que el art. 149.1.1. CE permita prestar cobertura competencial a la pretendida ampliación del ámbito subjetivo de aplicación del art. 47 CE a quienes residen legalmente en España aun sin tener la condición de españoles. Eso hubiera bastado para llevar derechamente a la estimación de este motivo del recurso, en una recta interpretación de la Constitución de la que este Tribunal es defensor.

Para no hacerlo, y esquivar esa consolidada doctrina, la sentencia acude a otro título competencial, el del art. 149.1.2 CE (extranjería), y extiende deliberada e injustificadamente su alcance a partir de la previa definición del contorno de este título competencial contenido en la STC 87/2017, de 4 de julio, FJ 4, que atribuye al Estado la competencia exclusiva para fijar el “estatuto jurídico del ciudadano extranjero”. A nuestro entender, la definición de ese estatuto no

alcanza a prestar amparo competencial a la delimitación del ámbito subjetivo sobre el que se proyecta un principio rector como el del art. 47 CE, en cuanto está constitucionalmente limitado a “todos los españoles”. De nuevo este Tribunal incurre en un exceso jurisdiccional, alumbrando interpretaciones dobladas de constructivismo que vienen a sustituir la voluntad del constituyente, lo que resulta absolutamente rechazable.

Entendemos que desde otras perspectivas puede ser plenamente lícito discrepar de ese ámbito subjetivo de aplicación del principio rector, pero, desde la perspectiva jurídico-constitucional, y más estrictamente competencial, que es la que la resolución del recurso reclamaba y a la que este Tribunal debía atenerse, la conclusión no podía ser sino la estimación de la queja del recurrente, por falta de competencia del legislador estatal para llevar a cabo dicha extensión subjetiva. Y ello por dos buenas razones.

En primer término, porque el art. 149.1.1 CE no lo permite, cosa que la propia sentencia reconoce. En segundo, porque el título competencial del art. 149.1.2 CE es menos específico que la proyección del art. 149.1.1 CE en esta materia, con lo que, ya de por sí, no debía tomarse en consideración para desplazar la competencia del Estado *ex* art. 149.1.1 CE. Como es sabido, la regla general en los supuestos de concurrencia de títulos competenciales es el de la prevalencia de la regla competencial específica sobre el de la más genérica. Además, materialmente, el art. 149.1.2 CE tampoco autoriza al Estado a alterar el contorno de un precepto constitucional que fija las condiciones básicas que garanticen la igualdad en materia de vivienda entre “todos los españoles” (art. 149.1.1 CE), que no entre los extranjeros y los españoles. En suma, resulta inaceptable que la sentencia acuda a interpretaciones constructivistas, que terminan por convertirse en creacionistas, para salvar el exceso competencial en que ha incurrido el legislador estatal al introducir condicionamientos normativos vinculantes para las comunidades autónomas en el ejercicio de la competencia exclusiva de estas en materia de vivienda.

C) Inconstitucionalidad del art. 17.4 de la Ley 12/2023

El art. 17.4 se impugnaba por vez primera mediante el presente recurso de inconstitucionalidad, en el que se reprocha al precepto su falta de cobertura en las competencias de los arts. 149.1.1 y 13 CE, invocadas por el legislador estatal para su aprobación. La sentencia de la que discrepamos desestima esta impugnación.

Exponemos seguidamente las razones de nuestro disenso de la sentencia que, como se verá, son muy similares a las que ya expresamos en el voto particular formulado a la STC 190/2025, allí en relación con el primer apartado del art. 15.1.a) de la Ley 12/2023.

La sentencia descarta que el art. 17.4 de la Ley 12/2023 encuentre cobertura competencial en el art. 149.1.1 CE, pero considera que es encuadrable en el art. 149.1.13 CE y que, por tanto, no vulnera las competencias autonómicas en materia de vivienda y urbanismo.

Discrepamos radicalmente de esa conclusión. El art. 17 de la Ley 12/2023 se dedica a regular la denominada “vivienda asequible incentivada”, en relación con la que, según el impugnado apartado 4, “los instrumentos de ordenación urbanística podrán promover la puesta en el mercado de viviendas en régimen de alquiler durante períodos de tiempo determinados y a precios asequibles permitiendo incrementos de edificabilidad o densidad o la asignación de nuevos usos a una vivienda o a un edificio de viviendas, incluidos en ámbitos delimitados al efecto”.

La sentencia recuerda que la estructura del art. 17.4 ahora impugnado es idéntica a la del art. 15.1.a).1 de la misma Ley 12/2023, examinado en la STC 190/2025, lo que conduce a que se remita a la citada sentencia y destaque que el precepto ahora impugnado (i) se orienta claramente a la finalidad de aumentar la oferta de viviendas en régimen de alquiler a precios asequibles, (ii) articula ese objetivo a través de directrices o criterios de ordenación del sector de la vivienda que, de activarse, tienen una directa y significativa repercusión y trascendencia en la actividad económica general, y (iii) ofrece un amplio margen de maniobra a las comunidades autónomas, pues no impide que el legislador autonómico pueda precisar o completar la habilitación concedida a los instrumentos de ordenación urbanística, ni aborda de manera exhaustiva ni con excesivo detalle la materia regulada, ni utiliza figuras y técnicas urbanísticas en el sentido vedado por la doctrina constitucional.

En nuestra opinión, ninguno de tales argumentos avala la constitucionalidad del inciso final del precepto (“permitiendo incrementos de edificabilidad o densidad o la asignación de nuevos usos a una vivienda o a un edificio de viviendas, incluidos en ámbitos delimitados al efecto”), el cual no encuentra amparo en la competencia estatal del art. 149.1.13 CE. De hecho, la sentencia nada razona al respecto, más allá de la apodíctica afirmación de que el precepto impugnado no “utiliza figuras y técnicas urbanísticas en el sentido vedado por la doctrina constitucional”.

Frente a tal afirmación, estimamos que basta su mera lectura para concluir que en ese inciso se están utilizando figuras y técnicas propiamente urbanísticas, es decir, específicas de la ordenación urbana, pues no otra cosa es el incremento de la edificabilidad o la asignación de usos a una vivienda o edificio. Recuérdese ahora que con el término edificabilidad se hace referencia a la posibilidad de construir en un suelo según la norma urbanística, a la vez que con ello se mide la capacidad de una parcela, esto es los metros cuadrados susceptibles de ser

construidos por cada metro de superficie de la parcela, mientras que con los usos se hace referencia a la actividad a la que, conforme a la normativa urbanística, puede ser destinado un inmueble o parte de él.

Y tampoco puede caer en el olvido que lo vedado, según la doctrina constitucional, es la utilización de técnicas e instrumentos urbanísticos, como los mencionados, para la consecución de objetivos que se dicen vinculados a las competencias estatales. En efecto, el Estado pretende incentivar la vivienda en alquiler y lo hace a través de permitir incrementos de edificabilidad o densidad o asignación de nuevos usos a una vivienda o un edificio, esto es, mediante el recurso a técnicas propiamente urbanísticas, es decir, específicas de la ordenación urbana. En estos casos, no nos encontramos ante el ejercicio de dichas competencias estatales, sino en el ámbito propio del urbanismo, de competencia exclusiva autonómica. No está de más recordar ahora que el contenido del urbanismo se traduce en concretas potestades —tales como las referidas al planeamiento, la gestión o ejecución de instrumentos planificadores— y en la intervención administrativa en las facultades dominicales sobre el uso del suelo y edificación, a cuyo servicio se arbitran técnicas jurídicas concretas [SSTC 61/1997, FJ 6 a); 170/2012, FJ 12, y 141/2014, de 11 de septiembre, FJ 5 A)], de competencia autonómica y local.

Tampoco está de más recordar, en este contexto, que este Tribunal ha afirmado con reiteración que el art. 149.1.13 CE ampara disposiciones estatales con incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general, y que dicho precepto constitucional debe ser interpretado de forma estricta cuando concurre con una materia o un título competencial más específico (entre muchas, STC 21/1999, de 25 de febrero, FJ 5), sin que las competencias estatales que, en este caso, se relacionan con la exclusiva autonómica sobre urbanismo, habiliten al Estado para definir o predeterminar, siquiera como criterio, la técnica urbanística a utilizar. Desde otro punto de vista, de acuerdo con la doctrina constitucional “la incidencia sobre la actividad económica general [...] ha de ser ‘directa y significativa’ para justificar las normas y medidas amparadas en el artículo 149.1.13 CE, según jurisprudencia constitucional consolidada” (STC 33/2018, de 12 de abril, FJ 3). En el caso que nos ocupa la incidencia es meramente hipotética. Y difícilmente puede tener una directa y significativa repercusión y trascendencia en la actividad económica general una previsión que no es de obligado cumplimiento, sino que queda al albur de lo que decida el planificador urbanístico.

Con respecto a esto último hay que precisar también que la sentencia olvida que una regulación como la aquí enjuiciada se ha configurado de un modo ciertamente contradictorio con el carácter pretendidamente básico que se le atribuye. Es un acto de voluntad de los destinatarios de la norma el determinante de su sujeción al régimen previsto por la norma

estatal, de modo que se predica el carácter básico de una regulación cuya aplicación depende de la voluntad de la entidad eventualmente interesada en quedar sujeta a ella. Eso, además de ser contrario al carácter indisponible de las competencias, implica que la determinación del régimen jurídico aplicable quedaría al albur de la decisión del presumible destinatario de la regulación. Consecuencia inadmisibles tanto desde el punto de vista tanto de la certeza y claridad del ordenamiento como de la función que las bases han de cumplir (en un sentido similar, sobre otra materia competencial, STC 151/2011, de 29 de septiembre, FJ 5).

D) Conclusión

En definitiva, conforme ha quedado señalado, damos por reproducidos los razonamientos expuestos en los votos particulares formulados a las SSTC 79/2024, 26/2025 y 190/2025, en lo relativo a las quejas del recurso que la presente sentencia desestima por remisión a aquellas, y añadimos ahora que el art. 8.a) y el inciso “permitiendo incrementos de edificabilidad o densidad o la asignación de nuevos usos a una vivienda o a un edificio de viviendas” del art. 17.4 de la Ley 12/2023 exceden de las competencias estatales e incurren en invasión de las competencias de la Comunidad de Madrid en materia de vivienda y urbanismo, por lo debieron ser declarados inconstitucionales y nulos.

Madrid, a veinticinco de febrero de dos mil veintiséis.