

VIVIENDAS PROTEGIDAS EN ANDALUCIA. ASPECTOS NOTARIALES Y REGISTRALES.-

SEVILLA 8 MARZO 2007.
Joaquín Delgado Ramos.

Esquema:

I.- Régimen jurídico de las viviendas de protección oficial con anterioridad a la ley andaluza 13/2005 de 11 de noviembre.

II.- Principales novedades introducidas por la ley andaluza y su reglamento. Examen especial de los aspectos notariales y registrales.

III.- Régimen transitorio de aplicación de las nuevas limitaciones legales a viviendas calificadas con anterioridad.

I.- Régimen jurídico de las viviendas de protección oficial con anterioridad a la ley andaluza 13/2005.

Tradicionalmente, la figura de las viviendas objeto de protección oficial, con independencia de la denominación que en cada caso recibieran, tenían como características básicas las de que, por un lado, gozan de una serie de beneficios en su adquisición (precio máximo de compra o alquiler, ayudas financieras, beneficios fiscales, etc), y, por otro, y como contrapartida a lo anterior, están también sujetas a una serie de limitaciones dominicales a las posteriores transmisiones de las mismas, a fin de evitar la especulación y que se vulnere o quede inoperante la finalidad perseguida por la protección oficial (precios máximos en segundas y posteriores transmisiones, prohibiciones temporales de disponer, posibles derechos convencionales o legales de tanteo y retracto, requisitos de los adquirentes, etc).

Pero la concreción positiva de estas ideas básicas ha ido sufriendo matizaciones en función de la distinta normativa que se ha ido sucediendo en el tiempo hasta llegar a la ley andaluza y su reglamento.

NORMATIVA ESTATAL:

Aun cuando existe normativa anterior, (por ejemplo, la Ley de viviendas protegidas de 15 julio 1954 y Rgto 24 junio 1955), vamos a tomar como punto de partida de nuestro estudio la Ley de 1963.

Ley de 1963 y texto refundido por Decreto 24 julio 1963, y Reglamento por Decreto 24 julio 1968

Viviendas entre 50 y 200 m².

Destino a residencia habitual y permanente.

Precio máximo.

La delegaciones del Ministerio de la Vivienda llevarán un registro de VPO donde se tomará razón de todos los contratos traslativos o de cesión de uso.

Duración 50 años. Posible descalificación, que se concede mediante Orden del Ministerio de la Vivienda, discrecionalmente, siempre que no perjudique a terceros y se hayan reintegrado todos los prestamos y subvenciones, exenciones y bonificaciones fiscales, con sus intereses legales.

Texto refundido por Decreto 12 noviembre 1976

Duración régimen 50 años.

Dos tipos de viviendas:

Grupo I: no se recibían ayudas en la adquisición

Grupo II: el adquirente sí recibía ayudas.

(Real Decreto 14 mayo 1993:

Liberaliza el precio de las VPO de promoción privada acogidas a normativa anterior al Real Decreto ley de 31 octubre 1978)

Real decreto ley 31/1978, de 31 de octubre, desarrollado por el real decreto 3148/1978, de 10 de noviembre

Datos comunes a toda VPO:

Duración del régimen de 30 años.

El destino obligado será para domicilio habitual y permanente.

Sujeta precio máximo, que se determina por módulos por áreas geográficas.

Revisión de planes generales y programas anuales.

Obligación del promotor de entregar copia simple de escrituras de venta en la Delegación Provincial

Para las viviendas de promoción privada:

- .- superficie máxima de 90 m² útiles.
- .- el precio máximo será 1,2 veces el módulo, con actualizaciones para ulteriores transmisiones
- .- los ingresos familiares del adquiriente habrán de ser inferiores a 2,5 veces el salario mínimo interprofesional anual

Para las viviendas de promoción pública:

Superficie máxima 70 m² útiles.

No cabe descalificación.

Sólo pueden ser beneficiarios familias con ingresos inferiores al 25% del precio de la vivienda.

El precio de venta en primera transmisión será el 90% del módulo. Ulteriores, actualizable.

El artículo 54 del real decreto impone prohibición de disponer durante cinco años desde cada adquisición y los derechos de tanteo y retracto.

Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, por el que se desarrolla el Real Decreto-ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre política de vivienda.

Artículo 54. Transmisión.

Las viviendas de promoción pública sólo podrán transmitirse inter vivos, en segunda o sucesivas transmisiones por los propietarios cuando hayan transcurrido cinco años desde la fecha del contrato de compraventa, y siempre que previamente se haya hecho efectiva la totalidad de las cantidades aplazadas.

Los entes públicos promotores podrán ejercitar en estos casos los derechos de tanteo y retracto con arreglo a los artículos 1507 y siguientes del Código Civil, a cuyos efectos se hará constar expresamente el ejercicio de dichos derechos en los contratos de compraventa que suscriban con los beneficiarios.

El precio de venta se determinará, en todo caso, de conformidad con lo establecido en el artículo 51 del presente Real Decreto.

El adquirente, en cualquier caso, solo podrá acceder a la vivienda cuando sus ingresos familiares anuales sean inferiores al 25 % del precio de venta en el momento de la celebración del contrato.

Comentarios:

.- Estas limitaciones (prohibición de disponer, y derechos legales de tanteo y retracto) sólo se aplican a las de promoción pública, no a las VPO de promoción privada.

.- La prohibición de transmitir durante 5 años se entiende aplicable a cada adquisición sucesiva, y por tanto, tal plazo vuelve a nacer y computarse desde cada nueva adquisición, durante todo el plazo de vigencia del régimen de protección (30 años). Además, al venir impuesta por una norma, no necesita constancia registral expresa para producir el cierre registral, conforme al art 26 LH.

.- Los derechos de tanteo y retracto nacen directamente de la norma citada, por lo que no necesitan ser objeto de pacto expreso. Y estarán vigentes

durante todo el régimen de VPO, (aunque alguna interpretación sostuvo que sólo existían tales derechos durante el plazo de la prohibición disponer de 5 años a la que complementan). Estos derechos no necesitan tener constancia registral, aunque se pueden hacer valer sin ella frente a tercero, vía art 37.3 LH. Pero tal efectividad frente a terceros no cuenta con el auxilio de la calificación registral, es decir, que la falta de acreditación de las comunicaciones previas o posteriores, (las cuales, por cierto, no están reguladas en el Código Civil), no constituye defectos para la inscripción. Por otra parte, el plazo de ejercicio del retracto es realmente breve, lo que en la práctica, dificultaba su efectividad: según el Código Civil, 9 días desde la inscripción registral.

.- El régimen de precio máximo de venta resulta aplicable durante todo el régimen de VPO, y por tanto, también a las segundas o ulteriores transmisiones. Pero este extremo tampoco ha sido tradicionalmente objeto de calificación registral, pues ni se sanciona legalmente con la nulidad de pleno derecho (sino que la jurisprudencia suele declarar nulo solamente el sobreprecio), ni ha existido previsión normativa expresa que encomendara al Registrador la calificación de tal extremo.

Régimen de infracciones y sanciones:

.- Las leves se sancionan hasta 50.000 Ptas, las graves hasta 250.000, y las muy graves hasta un millón Ptas.

.- En caso de sobreprecio la sanción deberá alcanzar el duplo de la diferencia.

.- Curiosamente, no se prevé sanción para el caso de incumplimiento de la prohibición de disponer.

Disposiciones transitorias:

.- Las viviendas anteriores mantienen su régimen, precio, beneficios fiscales y plazo de duración previstos en la normativa anterior, pero se permite que se acojan a la nueva normativa.

.- En todo caso sí se le aplica el nuevo régimen de uso, conservación, aprovechamiento y sanciones.

Como antes se indicó, por normativa posterior, (Real Decreto de 14 de mayo de 1993 se liberalizó el precio de las segundas y posteriores transmisiones de aquellas viviendas de promoción privada acogidas a regímenes anteriores a los del real decreto ley de 1978.

PLANES DE VIVIENDA:

Al amparo del marco normativo citado (RDL y RD de 1978), se han ido sucediendo distintos planes estatales de vivienda, y a partir de 1992, también, de modo paralelo, diversos planes andaluces, cuyas características más destacadas, en lo que a limitaciones del dominio se refiere, se reseñan a continuación de manera esquemática.

PLANES ESTATALES DE VIVIENDA:

Plan Estatal 1981-1983 (RD 7 nov 1980)

Preveía convenios con cajas de ahorro para conceder préstamos en mejores condiciones que las de mercado, con subsidiación por el Estado de tipos de interés, y subvenciones o ayudas personales al adquirente.

Plan 1984-1987 (RD 14 dic 1983)

Introduce prohibición transmitir intervivos durante 5 años desde la obtención de la subvención.

Plan 1988-1991 (RD 4 dic 1987)

Diferencia, dentro de las VPO de promoción pública, las de régimen general y las de régimen especial.

Introduce la obligación de pactar los derechos de tanteo y retracto durante 10 años desde la primera venta.

Plan 1992-1995 (RD 20 dic 1991)

Distingue:

VPO régimen general: para ingresos inferiores a 6 veces el SMI

VPO régimen especial: ingresos inferiores a 2,5 veces el SMI

Impone la obligación del promotor de pactar los derechos de tanteo y retracto a favor de la Comunidad autónoma durante una vigencia de 10 años, y con un plazo de ejercicio de 60 días para tanteo y 60 días para el retracto.

Introduce como novedad las "vivivendas a precio tasado": son viviendas libres, no superiores a 130 m², para cuya adquisición se recibe financiación cualificada.

Impone la prohibición de transmitir intervivos durante 5 años desde el préstamo cualificado, así como la obligación de expresar los derechos de tanteo y retracto y la citada prohibición en las respectivas escrituras.

Plan 1996-1999 (RD 28 dic 1995)

Semejante al anterior.

Plan 1998-2001 (RD 12 junio 1998)

Deroga al anterior antes de su expiración.

Desaparece el tanteo y retracto.

Prohibición de transmitir durante 5 años desde el préstamo cualificado.

Obligación de hacer constar prohibición en escrituras y registro (nota marginal)

Real Decreto 9 febrero 2001.

Cambio de política sin haber concluido el plan anterior.

Amplía prohibición de disponer a 10 años.

Prohíbe la descalificación en 15 años desde la calificación definitiva.

Plan 2002-2005 (RD 11 enero 2002)

Similar al plan 2002-2005

Mantiene la prohibición disponer en 10 años desde el préstamo, y la prohibición de descalificar la vivienda en 15 años desde la calificación definitiva.

Real Decreto 1/2002, de 11 de enero, sobre medidas de financiación de actuaciones protegidas en materia de vivienda y suelo del Plan 2002-2005.

Artículo 10. Destino y ocupación de las viviendas. Prohibición y limitaciones a la facultad de disponer y a la descalificación.

*1. Las viviendas promovidas o rehabilitadas para uso propio y las adquiridas, sea para uso propio o para su cesión en régimen de arrendamiento, se destinarán a **residencia habitual y permanente** del propietario o, en su caso, del inquilino, y deberán ser ocupadas por los mismos dentro de los plazos establecidos en la legislación aplicable.*

*2. Los adquirentes, adjudicatarios y promotores individuales, para uso propio, **no podrán transmitir intervivos ni ceder el uso por ningún título de las viviendas para las que hubieran obtenido préstamo cualificado, durante el plazo de diez años desde la formalización de dicho préstamo.** Quedan exceptuadas las familias numerosas, en el supuesto al que se refiere el apartado 2 del artículo 9 de este Real Decreto y podrá dejarse sin efecto esta prohibición de disponer, por subasta y adjudicación de la vivienda por ejecución judicial del préstamo, por cambio de localidad de residencia del titular de la vivienda o por otros motivos justificados, mediante autorización de la Comunidad Autónoma o Ciudades de Ceuta y Melilla. En cualquier caso, se requerirá la previa cancelación del préstamo y reintegro de las ayudas económicas directas recibidas a la Administración o Administraciones concedentes en cada caso, incrementadas con los intereses legales desde el momento de la percepción.*

*Una vez transcurridos diez años desde la formalización del préstamo cualificado al adquirente, adjudicatario o promotor individual para uso propio, la transmisión intervivos o la cesión del uso por cualquier título de las viviendas a que se refiere el apartado anterior, supondrá **la pérdida de la condición de cualificado del préstamo**, pudiendo la entidad concedente determinar su resolución.*

3. En el caso de segundas o posteriores transmisiones de las viviendas sujetas a regímenes de protección pública, el **precio máximo de venta**, por metro cuadrado de superficie útil, no podrá superar el establecido, así mismo por metro cuadrado de superficie útil, en aplicación del artículo 14 de este Real Decreto, para las viviendas calificadas o declaradas protegidas en la misma fecha en que se produzca la transmisión y en la misma localidad o circunscripción territorial.

Este sistema de precios máximos de venta será de aplicación mientras dure el régimen legal de protección.

En cuanto al supuesto de segunda transmisión al que se refiere el artículo 20.2, el precio máximo de venta será el establecido en dicho artículo.

4. Las viviendas sujetas a regímenes de protección pública que se acojan a las medidas de financiación establecidas por este Real Decreto **no podrán ser objeto de descalificación voluntaria** a petición de los propietarios **hasta transcurridos quince años** contados desde la calificación o declaración definitiva de las mismas.

5. **La prohibición de disponer y las limitaciones a que se refieren los apartados 2 a 4 de este artículo se harán constar expresamente** en las escrituras de compraventa, adjudicación o declaración de obra nueva en el supuesto de promoción individual para uso propio, y **en la escritura** de formalización del préstamo hipotecario, a efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad, donde se hará constar la prohibición y limitaciones a la facultad de disponer por medio de **nota marginal**.

Plan 2005-2008 (RD 1 julio 2005). (Plan estatal vigente)

.- Distingue entre "viviendas protegidas" y "adquisición protegida de viviendas usadas" (éstas últimas quedan sometidas a precio máximo durante 15 años, o el superior que establezcan las CCAA).

.- Introduce una prohibición de transmitir intervivos durante 10 años desde CADA adquisición, con determinadas excepciones. (En este aspecto, constituye el antecedente inmediato de la Ley Andaluza 13/2005). Dice "**Los compradores de viviendas acogidas a este Real Decreto, no podrán transmitirlos ...**" Por tanto, se refiere a viviendas "acogidas", no a "compradores acogidos", lo cual justifica la interpretación de que la prohibición nace y renace con cada nueva adquisición.

.- Prohíbe la descalificación voluntaria durante el plazo de 30 años, o el superior que establezcan las CCAA.

- Las escrituras públicas deben expresar las limitaciones y adjuntar copia de la calificación definitiva, y prevé su constancia registral por nota marginal.

.- No establece tanteo y retracto, pero permite que las CCAA los establezcan, así como "cualquier otra clase de medida" que garantice el destino, límites de precio y demás fines de las actuaciones protegidas.

.- Sanción por incumplimiento: sanciones, pérdida de la condición de préstamo convenido, y reintegro de ayudas e intereses de demora.

Real Decreto 801/2005, de 1 de julio, por el que se aprueba el Plan Estatal 2005-2008, para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda.

Artículo 5. Duración del régimen de protección de las viviendas protegidas y limitación del precio de las viviendas usadas

1. Las **viviendas** sujetas a regímenes de protección pública que se acojan a las medidas de financiación establecidas en este Real Decreto tendrán un régimen de protección, sin posibilidad de descalificación voluntaria, que se extenderá a toda la vida útil de la **vivienda**, considerando como tal un período de 30 años, contado desde su calificación definitiva, aunque las Comunidades Autónomas podrán establecer un plazo superior. Las **viviendas** protegidas de precio concertado se regularán conforme a lo que determine la normativa autonómica que les sea de aplicación.

2. La ayuda para la adquisición protegida de las **viviendas** usadas, y de las definidas en el art. 27.2.c) y d) del presente Real Decreto, implicará que los precios de venta en las siguientes transmisiones de aquéllas estarán limitados a los precios máximos determinados conforme a lo establecido en este Real Decreto durante el período que establezcan las Comunidades Autónomas, que no podrá ser inferior a 15 años desde la fecha de adquisición.

Artículo 13. Destino y ocupación de las viviendas. Prohibiciones y limitaciones a la facultad de disponer. Derechos de tanteo y retracto

1. Las viviendas promovidas o rehabilitadas para uso propio y las adquiridas, sea para uso propio o para su cesión en régimen de arrendamiento, se destinarán a **residencia habitual y permanente** del propietario o, en su caso, del inquilino, y deberán ser ocupadas por los mismos dentro de los plazos establecidos en la legislación aplicable. Las viviendas protegidas, así como las viviendas usadas adquiridas para su cesión en régimen de arrendamiento, podrán cederse temporalmente a víctimas de la violencia de género, personas que se encuentren en situaciones de emergencia social, así como a los afectados por actuaciones de remodelación o rehabilitación efectuadas por los organismos públicos en barrios o zonas siempre que de las mismas se derive la necesidad de proceder a realojamientos temporales de toda o parte de la población correspondiente. En estos supuestos, se estará a las normas y procedimientos que se establezcan respecto a la cesión temporal de las viviendas.

2. Los compradores de viviendas acogidas a este Real Decreto, no podrán transmitirlas ínter vivos ni ceder su uso por ningún título, durante el plazo mínimo de diez años desde la fecha de la formalización de la adquisición.

3. La prohibición de transmitir o de ceder el uso de las viviendas **podrá dejarse sin efecto en el caso de subasta** y adjudicación de la vivienda por ejecución judicial del préstamo. Si se hubieran obtenido ayudas financieras, se requerirá la previa cancelación del préstamo y el reintegro de las ayudas económicas estatales recibidas, más los intereses legales producidos desde el momento de la percepción.

4. También **podrá dejarse sin efecto la prohibición** de transmitir o de ceder el uso de las viviendas, por cambio de localidad de residencia del titular de la vivienda, o cuando concurran otros motivos justificados, siempre que medie autorización de las Comunidades Autónomas o de las Ciudades de Ceuta y Melilla y se respeten los procedimientos establecidos por éstas. Igualmente, si se hubiera obtenido ayuda financiera, se requerirá la previa cancelación del préstamo y el reintegro de las ayudas económicas directas estatales recibidas a la Administración concedente, en su caso, más los intereses legales producidos desde el momento de la percepción.

5. La prohibición de transmitir o de ceder el uso de las viviendas podrá dejarse sin efecto cuando se trate de cualquiera de los siguientes supuestos:

a) Familias numerosas que necesiten adquirir una vivienda de mayor superficie por el incremento del número de miembros de su unidad familiar; u otra vivienda más adecuada a sus necesidades específicas, por discapacidad sobrevenida de uno de sus miembros.

b) Personas mayores de 65 años, que deseen trasladar su domicilio habitual y permanente.

c) Personas con discapacidad y las víctimas de la violencia de género o del terrorismo que deseen trasladarse a otro alojamiento más adecuado a sus necesidades específicas.

d) Aquellas personas que por sus circunstancias personales justificadas necesiten trasladar su domicilio habitual y permanente a otra vivienda de menores dimensiones.

En todos estos supuestos, si se hubieran obtenido ayudas financieras, sólo se requerirá la previa cancelación del préstamo.

6. Una vez transcurridos diez años desde la formalización de la compraventa, la transmisión ínter vivos o la cesión del uso de la vivienda a que se refiere este artículo, conllevará la **pérdida de la condición de convenido del préstamo**, en su caso, pudiendo la entidad concedente decidir su resolución.

7. La venta y adjudicación de las viviendas acogidas a este Real Decreto habrá de efectuarse a demandantes inscritos en los registros públicos previstos al efecto por las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla, según los procedimientos que éstas regulen, que, en todo caso, deberán garantizar los principios de **igualdad, publicidad, concurrencia**, así como eliminar cualquier tipo de fraude en las primeras y posteriores transmisiones.

No obstante ello, los convenios de colaboración con las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla previstos en el art. 78 de este Real Decreto, podrán prever otros procedimientos, que garanticen los principios citados en el párrafo anterior y de ellos se dará cuenta a las Comisiones Bilaterales de Seguimiento.

8. La prohibición de disponer y las limitaciones establecidas en este artículo se harán constar expresamente en las Escrituras Públicas de compraventa, de adjudicación o de declaración de obra nueva en el supuesto de promoción individual para uso propio, **y se adjuntará a dichas escrituras públicas, una copia testimoniada o compulsada de la calificación definitiva de la vivienda**, o, en su caso, en la Escritura Pública de formalización del préstamo hipotecario. En ambos supuestos, dichas prohibición y limitaciones se **inscribirán en el Registro** de la Propiedad, donde se harán constar por medio de nota marginal.

9. Las Comunidades Autónomas y las Ciudades de Ceuta y Melilla podrán establecer sobre las viviendas calificadas o declaradas protegidas, con destino a su venta, que regula este Real Decreto, derechos de tanteo y de retracto a favor de:

a) Dichas Administraciones, otras de carácter territorial establecidas en las propias Comunidades Autónomas u otras entidades públicas designadas por éstas.

b) Las agencias o sociedades públicas de alquiler legalmente creadas.

c) Los demandantes de dichos tipos de viviendas inscritos en los correspondientes registros públicos.

10. Asimismo, las Comunidades Autónomas y las Ciudades de Ceuta y Melilla podrán establecer sobre las viviendas calificadas o declaradas protegidas, con destino a su venta, que regula este Real Decreto, cualquier otra clase de medida que garantice el destino y los límites de precios de venta de dichas viviendas y, en definitiva, el cumplimiento de los fines establecidos en las actuaciones protegidas a que se refiere el art. 4.

NORMATIVA AUTONÓMICA ANDALUZA:

Proceso de traspaso de competencias del Estado a la Comunidad Autónoma Andaluza.

Real decreto 3481/1983, de 28 de diciembre, de traspaso de funciones y servicios en materia de vivienda

Y otros decretos posteriores que amplían los traspasos.

Planes Andaluces de vivienda.

I Plan andaluz 1992-1995 (D 7 julio 1992)

II Plan andaluz 1996-1999 (D 6 febrero 1996)

En ambos planes, respecto de las segunda y posteriores transmisiones, se prohibía ceder el uso, tenencia o propiedad de las viviendas para las que se hubiera obtenido subvenciones, durante cinco años (si eran de régimen general) o diez años (si eran de régimen especial)

III Plan andaluz 1999-2002 (D 27 julio 1996)

IV Plan andaluz 2003-2007 (D 10 junio 2003)

Este IV plan 2003-2007 es el actualmente vigente, y al que alude la Ley 13/2005.

Fue aprobado por Decreto de 10 de junio de 2003, y posteriormente reformado y adaptado al plan estatal 2005-2008, hasta dar lugar al texto integrado, publicado por Orden de 8 de agosto de 2005, por la que se publica el **Texto Integrado** del Decreto 149/2003, de 10 de junio, por el que se aprueba el Plan Andaluz de Vivienda y Suelo 2003-2007, y se regulan las actuaciones contempladas en el mismo, con las modificaciones introducidas por el Decreto 463/2004, de 27 de julio, y el Decreto 180/2005, de 26 de julio.

Distingue entre "vivienda protegida" y "actuaciones protegidas en materia de vivienda".

Prohibición transmitir 10 años desde el préstamo cualificado. (art 27)

Prohibición disponer durante 3 años desde la rehabilitación protegida. (art 81)

Duración del regimen legal: lo que dure el préstamo cualificado. Mínimo 15 años. Pero si están acogidas al plan estatal 2005-2008, 30 años. (art 92)

Obligación del promotor de pactar tanteo y retracto durante 10 años (60 días tanteo y 60 días retracto (art 97) debiendo inscribirse en el Registro de la Propiedad.

Sistema de precios máximos, actualizables. (art 94)

Artículo 27. Prohibiciones y limitaciones a la facultad de disponer

1. Los adquirentes, adjudicatarios y promotores individuales para uso propio, no podrán transmitir intervivos ni ceder el uso por ningún título de las viviendas para las que hubieran obtenido préstamo cualificado, durante el plazo de diez años desde la formalización de dicho préstamo, con las excepciones previstas en el apartado 5 del art. 13 del Real Decreto 801/2005, de 1 de julio.

Podrá dejarse sin efecto esta prohibición de disponer por subasta y adjudicación de la vivienda, por ejecución judicial del préstamo, por cambio de localidad de residencia del titular de la vivienda o por otros motivos justificados, mediante autorización de la Consejería de Obras Públicas y Transportes.

En cualquier caso, se requerirá la previa cancelación del préstamo y reintegro de las ayudas económicas directas recibidas a la Administración o Administraciones concedentes en cada caso, incrementadas con los intereses legales desde el momento de la percepción.

2. Transcurridos diez años desde la formalización del préstamo cualificado al adquirente, adjudicatario o promotor individual para uso propio, la transmisión intervivos o la cesión del uso por cualquier título de las viviendas a que se refiere el apartado anterior, supondrá la pérdida de la condición de cualificado del préstamo, pudiendo la entidad concedente determinar su resolución.

Artículo 28. Cláusulas obligatorias

Las prohibiciones y limitaciones a la facultad de disponer establecidas en el artículo anterior, el precio máximo de venta a que se refieren los arts. 19, 22, 25 y 94 y los derechos de tanteo y retracto a que se refiere el art. 97 todos ellos del presente Decreto, **se harán constar expresamente en las correspondientes escrituras públicas de compraventa, adjudicación o declaración de obra nueva en el supuesto de promoción individual para uso propio, y en la escritura pública de formalización del préstamo hipotecario, a efectos de su reflejo en el Registro de la Propiedad, donde se harán constar las prohibiciones y limitaciones a la facultad de disponer, mediante el correspondiente asiento registral.**

Artículo 81. Limitaciones a la facultad de disponer

1. Las viviendas rehabilitadas, no podrán transmitirse ínter vivos durante el plazo de tres años desde la fecha de la calificación de actuación protegida, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 7 del art. 62 del presente Decreto.

2. Excepcionalmente y previa autorización de la Consejería de Obras Públicas y Transportes, se podrá transmitir las viviendas a sus inquilinos, dentro del período señalado en el apartado anterior, por un precio no superior al precio máximo vigente

establecido para las viviendas protegidas de régimen especial en venta en el momento de la venta.

CAPÍTULO V. DISPOSICIONES GENERALES DE LAS VIVIENDAS PROTEGIDAS

SECCIÓN PRIMERA. Normas generales

Artículo 89. Vivienda protegida

Se entiende por vivienda protegida la que cumpla las condiciones de uso, destino, superficie, calidad, diseño y precio de venta o alquiler establecidas para cada uno de los Programas en los Planes andaluces y estatales de vivienda y suelo y obtenga calificación definitiva como tal por la Consejería de Obras Públicas y Transportes.

Artículo 90. Actuaciones protegidas en materia de vivienda

Se entiende por actuaciones protegidas en materia de vivienda las que cumplan las condiciones establecidas para cada uno de los Programas en los Planes andaluces y estatales de vivienda y suelo y sean calificadas como tales por la Consejería de Obras Públicas y Transportes conforme a lo dispuesto en el artículo anterior y a las normas de desarrollo del presente Decreto.

La concesión de ayudas para la realización de actuaciones en viviendas no determinará por sí sólo la atribución de la condición de vivienda protegida.

Artículo 91. Calificación de viviendas protegidas

El procedimiento para la calificación de viviendas protegidas se regulará en las disposiciones de desarrollo del presente Decreto.

Artículo 92. Período de protección y descalificación

1. El plazo de duración del régimen legal de las viviendas protegidas de Iniciativa Municipal y Autonómica concluirá al transcurrir totalmente el período establecido para la amortización del préstamo cualificado. En el caso de préstamos a 10 años, o en el supuesto de no existir préstamo, el período de protección será de 15 años contados desde la calificación definitiva. En el supuesto de amortización anticipada de préstamos a 25 años el período de protección no será inferior a 15 años, contados desde su calificación definitiva.

2. El plazo de duración del régimen legal de las viviendas protegidas que hayan obtenido financiación cualificada al amparo del Real Decreto 801/2005, de 1 de julio, será de 30 años, contados desde su calificación definitiva.

Artículo 93. Destino de las viviendas protegidas y limitaciones a la facultad de adquirir

*1. Las Viviendas Protegidas, durante el período legal de protección se destinarán a **residencia habitual y permanente** de su adquirente o adjudicatario.*

2. No podrán adquirir o promover para uso propio una vivienda protegida quienes sean titulares de pleno dominio de alguna otra vivienda protegida o libre o estén en posesión de la misma en virtud de un derecho real de goce o disfrute vitalicio.

No obstante, por razones de movilidad laboral y con el fin de atender situaciones transitorias, podrán establecerse excepciones a lo dispuesto en el párrafo anterior mediante Orden de la persona titular de la Consejería de Obras Públicas y Transportes.

Artículo 94. Precio máximo de venta

Las viviendas protegidas, durante el período legal de protección no podrán ser enajenadas a un precio superior al precio inicial de la vivienda, una vez actualizado mediante la aplicación de la variación porcentual del Índice Nacional General del Sistema de Índices de Precios al Consumo, registrada desde la fecha de la primera transmisión hasta la segunda o ulterior transmisión de que se trate y multiplicado por los siguientes coeficientes:

- a) Durante los primeros 15 años: 1.
- b) Del decimosexto al vigésimo año: 1,25.
- c) Del vigésimo primer año al vigésimo quinto: 1,50.
- d) Del vigésimo sexto año al trigésimo: 2.

Durante dicho período de protección, deberá comunicarse a la correspondiente Delegación Provincial de la Consejería de Obras Públicas y Transportes cualquier transmisión de las viviendas con el fin de comprobar el cumplimiento de las transmisiones producidas y sin perjuicio de las autorizaciones que procedan.

Artículo 95. Prohibición y limitaciones a la facultad de disponer

A los adquirentes, adjudicatarios y promotores individuales para uso propio de viviendas protegidas, les será de aplicación **la prohibición y las limitaciones a la facultad de disponer las establecidas en el art. 27 del presente Decreto y las previstas para cada uno de los Programas.**

Artículo 96. Titularidad de la propiedad y del uso

Podrán ser propietarios de las viviendas protegidas las personas físicas o jurídicas, pero únicamente las personas físicas podrán ser usuarios de las mismas.

Artículo 97. Derechos de tanteo y retracto

1. El promotor de actuaciones de viviendas protegidas tendrá la **obligación de pactar expresamente con los adjudicatarios de las mismas los derechos de tanteo y retracto** sobre las viviendas, a favor de la Empresa Pública de Suelo de Andalucía o de otras Entidades o Empresas Municipales de Vivienda que aquélla designe, con una vigencia de diez años, debiendo inscribirse en el Registro de la Propiedad.

Estos derechos se ejercerán de conformidad con lo establecido en los arts. 1507 y ss. del Código Civil, y con arreglo a lo dispuesto en el presente artículo, a cuyos efectos se harán constar el ejercicio de los mismos en los contratos y escrituras de dichas viviendas.

2. Los propietarios cuyas viviendas estén sujetas al derecho de tanteo y retracto previsto en el apartado anterior, deberán notificar al beneficiario del derecho la decisión de enajenarlas, con expresión del precio y forma de pago proyectados y

restantes condiciones esenciales de la transmisión, a efectos del ejercicio del derecho de tanteo, durante un plazo de sesenta días naturales a contar desde el siguiente al que se haya producido la notificación.

3. El beneficiario podrá ejercitar el derecho de retracto cuando no se le hubiere hecho la notificación prevista en el apartado 2 de este artículo, se omitiese en ella cualquiera de los requisitos exigidos o el precio efectivo de la transmisión resultara inferior o menos onerosas las restantes condiciones de las mismas.

Este derecho deberá ejercitarse en el plazo de sesenta días naturales a contar desde que el beneficiario tenga constancia de la transmisión de la vivienda.

II.- LEY ANDALUZA 13/2005 DE 11 DE NOVIEMBRE de Medidas para la Vivienda Protegida y el Suelo

Durante la vigencia de citado IV plan andaluz, se produce la aprobación y entrada en vigor de la LEY 13/2005 (en vigor desde el 11 dic 2005. Modificada parcialmente por ley andaluza 1/2006 de 16 de mayo. Desarrollada por **Reglamento** aprobado por Decreto 149/2006, de 25 de julio, con la consiguiente derogación de la normativa autonómica anterior, y el desplazamiento de la aplicación de la normativa estatal.

Se aplica a las viviendas protegidas calificadas por la Consejería de obras públicas, situadas en Andalucía.

Mantiene: Los rasgos básicos tradicionales de las VPO=VP (beneficios en la primera adquisición, y limitaciones para las ulteriores transmisiones)

Innova: A. Nuevas y más severas limitaciones concretas para las viviendas protegidas

B.-Nuevas y más severas sanciones por incumplimiento de los deberes o prohibiciones legales.

Carece de: disposiciones transitorias. (La ley no tiene, pero el Reglamento sí)

A.- RÉGIMEN JURÍDICO : Se regula con rango legal los siguientes extremos:

- .- Duración del régimen: la que fije cada programa.
- .- Precios máximos de venta (nulidad del sobreprecio, y multa por infracción muy grave: 30.000 a 120.000 euros)
- .- Condición resolutoria obligada en transmisiones de suelo destinado a viviendas protegidas.
- .- La prohibición de disponer durante 10 años desde cada adquisición (similar al plan estatal 2005-2008). Modificada parcialmente por ley andaluza 1/2006 de 16 de mayo, que permite que se establezcan excepciones reglamentarias.
- .- El derecho de adquisición preferente de la Junta de Andalucía sobre las viviendas protegidas de promoción privada.
- .- Los derechos de tanteo y retracto en segundas y posteriores transmisiones, nacidos directamente de la ley (y no de estipulación convencional) y con vigencia durante todo el régimen de protección (y no sólo durante 10 años). Estos derechos legales prevalecerán sobre convencionales derivados de los programas de viviendas.
- .- La constancia obligada en la escritura (sancionada como infracción grave del promotor o vendedor que lo incumpla) y en la inscripción registral de tales limitaciones legales.
- .- Regimen sancionador severo: infracciones graves (multa de 3.001 a 30.000 euros) y muy graves (30.001 a 120.000 euros). No hay leves.

Crítica positiva: por abordar la materia con rango legal, llevar a cabo una unificación y clarificación normativa, establecer mayores garantías de cumplimiento de los fines de las viviendas protegidas, dotar de previsibilidad a los futuros planes de vivienda (La Ley y el Reglamento constituyen (art 1 R) "el marco normativo básico al que deberán ajustarse los planes de vivienda al regular los diferentes programas de protección". Con todo ello, se favorece la seguridad jurídica en cuanto a su aplicación para viviendas que se califiquen a partir de su entrada en vigor.

B.- IMPORTANTES SANCIONES POR FALTA DE COMUNICACIÓN DE LA TRANSMISIÓN: (Tres tipos de consecuencias negativas)

- 1.- Infracción muy grave.**
- 2.- Prohibición al notario y al registrador de autorizar o inscribir la transmisión.**
- 3.- Nulidad de pleno derecho.**

En este caso, la valoración crítica de la ley ha de ser negativa, por dos motivos fundamentales:

a.- La regulación legal resulta incongruente y paradójica:

Impone una serie de requisitos sustantivos para las segundas y posteriores transmisiones de viviendas protegidas, como son, fundamentalmente, la prohibición de disponer, el régimen de precio máximo y las condiciones del adquirente. Y junto con tales requisitos sustantivos, impone otros meramente instrumentales, (efectuar determinadas comunicaciones previas y posteriores) que tienen por finalidad comprobar el cumplimiento de los anteriores y facilitar el ejercicio de los derechos legales de tanteo y retracto, en su caso. Hasta aquí todo es perfectamente congruente y acorde con la finalidad de protección legal propia de tales viviendas.

Pero seguidamente incurre en la incongruencia y paradoja de sancionar con mayor rigor el incumplimiento de los requisitos instrumentales (las comunicaciones) que el de los sustantivos, dando así mayor importancia a lo que debiera ser accesorio que a lo que debiera ser lo principal.

En efecto:

1.- Curiosamente no se tipifica ni sanciona infringir la prohibición disponer. En cambio, la falta de comunicaciones previas o posteriores se sanciona como infracción muy grave con multa de 30.001 a 120.000 euros.

2.- La estipulación de un precio superior al máximo permitido no da lugar a la nulidad de pleno derecho de la transmisión, sino sólo a la nulidad del sobreprecio, entendiéndose el contrato realizado al precio máximo.

En cambio, la falta de comunicaciones sí se sanciona con nulidad de pleno derecho.

3.- Consecuencia (absurda) de todo ello es que, según la ley, podríamos encontrarnos ante una transmisión que cumpla todos los requisitos sustantivos (de tiempo, precio, destino de la vivienda, condiciones del adquirente, etc) pero que por la simple omisión de alguna comunicación previa o posterior sería nula de pleno derecho.

b.- Puede haber incurrido en posible extralimitación competencial y motivo de inconstitucionalidad.

Al prohibir la autorización e inscripción de las escrituras de transmisión por el simple hecho de la omisión de alguna comunicación (requisito accesorio o instrumental), puede estar incidiendo en una materia de competencia estatal exclusiva, pues el Estado tiene competencia exclusiva en la ordenación de los instrumentos y registros públicos.

Y así como la infracción de una prohibición legal de disponer, (ya sea impuesta por normativa estatal o autonómica) ya produce de por sí el cierre registral (pues uno de los extremos objeto de calificación es precisamente, la validez del acto y la legitimación de los otorgantes), en cambio, la omisión de una mera obligación administrativa accesorias nunca sería materia de calificación registral, a menos que una norma, necesariamente estatal, así lo estableciera. (Como, por ejemplo, ha ocurrido y ocurre en materias concretas accesorias y ajenas a la validez del acto, como puedan ser el pago de impuestos, o la constitución de seguros de edificación, o la identificación de medios de pago, etc).

El legislador autonómico, puede, por supuesto, regular sustantivamente materias de su competencia (y la vivienda, sin duda, lo es, como, en sentido más amplio, también lo es la ordenación de territorio y el urbanismo), e incluso, como ha proclamado el Tribunal Constitucional, puede regular la forma de acceso al registro de la propiedad de instituciones sustantivas reguladas por normas autonómicas (como se preve en el caso de instituciones de derecho civil en aquellas Comunidades con competencia para ello, lo cual no es el caso de Andalucía). Pero es más discutible defender que el legislador autonómico pueda restringir el derecho de los ciudadanos acceder a la seguridad jurídica que proporcionan la documentación pública y la inscripción registral, como no parece correcto que pretenda incidir en el procedimiento registral convirtiendo en materia de calificación, (con lo que ello conlleva de notas de calificación, prórrogas del asiento, recursos, etc), el cumplimiento o no de requisitos meramente accesorios y que no afectan o no deberían afectar a la validez del negocio.

Tampoco sería adecuado aprovechar este último argumento para eludir su conclusión por la fácil vía de que una norma autonómica declarara que la falta de comunicaciones produce la nulidad de pleno derecho de la transmisión, pues ello, como ocurre en la Ley andaluza 13/2005, sería incurrir en una inconstitucionalidad más clara aún.

Y es que sólo corresponde al Estado determinar los requisitos de validez de las obligaciones contractuales, esto es, de los contratos. Y, conforme a la legislación estatal vigente (única con competencia constitucional en la materia), para la validez de un contrato basta la concurrencia de consentimiento, objeto, y causa, (y excepcionalmente determinada forma pública).

Por todo ello, la sanción que impone la ley andaluza de nulidad de pleno derecho por el simple motivo de haber omitido alguna comunicación en plazo, creo que es claramente censurable.

Y que no debemos confiar su matización a una supuesta práctica relajada que acabe por inaplicar la sanción legal de nulidad. Sino que lo pertinente y correcto sería una rectificación legal, derogando tan desafortunado precepto.

Art 149.1.8 C.E.

. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias.

8.- Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, **ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales**, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respecto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial.

C.- FALTA DE DISPOSICIONES TRANSITORIAS EN LA LEY :

En este tercer aspecto, la crítica ha de ser también negativa, por la inseguridad jurídica que supone. Y porque tal omisión contrasta con otras normas de semejante importancia, tales como el propio RD de 1978, que sí tenía disposiciones Transitorias clarificadoras, o por citar sólo un ejemplo, con otras leyes autonómicas, como la ley canaria de VP de 2003.

En cambio, sí hay disposiciones transitorias en el Reglamento, las cuales, si bien aclaran determinados aspectos, no consiguen hacer olvidar que hubiera sido preferible que tales disposiciones tuvieran rango legal, pues del texto de la ley no se inducía su aplicación retroactiva a viviendas que "estuvieran" calificadas con anterioridad a ella, sino sólo, como dice el art 2, a las que "sean calificadas").

TEXTO LEGAL

Artículo 2. Concepto.

1. Se entiende por vivienda protegida, a efectos de la presente Ley, la que cumpla las condiciones de uso, destino, calidad, precio de venta o alquiler y, en su caso, superficie y diseño, establecidas en esta Ley y en las demás disposiciones que resulten de aplicación y sean calificadas como tales por la Consejería competente en materia de vivienda.

Artículo 5. Duración del régimen de protección.

1. El plazo de duración del régimen legal de las viviendas, sean para venta, uso propio o arrendamiento, se determinará para cada programa en el correspondiente plan de vivienda y suelo, o, en todo caso, por Acuerdo del Consejo de Gobierno.

2. En los citados programas se podrá prever la reducción motivada del plazo fijado inicialmente para determinados supuestos o promociones específicas.

Artículo 6. Precio máximo de venta o alquiler de la vivienda protegida.

1. Durante el período legal de protección, cualquier acto de disposición, arrendamiento o adquisición de las viviendas protegidas estará sujeto a un precio o renta máximos que serán fijados para cada ámbito territorial en los correspondientes planes de vivienda y suelo.

2. Queda prohibida la percepción de cualquier sobreprecio, prima o cantidad distinta a la que corresponda satisfacer a quien compre o sea arrendatario de una vivienda protegida, sin que pueda justificarse la misma por mejoras u obras complementarias al proyecto aprobado.
3. Sin perjuicio de las sanciones administrativas que procedan, serán nulas las cláusulas o estipulaciones que establezcan precios superiores a los máximos autorizados en la normativa aplicable, debiendo entenderse tales estipulaciones hechas al precio o renta máximos legales que resulten de aplicación.

Artículo 8. Condición resolutoria.

Todo contrato o acto de disposición sobre suelos destinados a la promoción de viviendas protegidas estará sujeto a condición resolutoria para el caso de que se incumpla tal destino, debiendo constar tal determinación en los documentos que a tal efecto se suscriban y en el Registro de la Propiedad.

Artículo 9. Acceso registral de las prohibiciones y limitaciones a la facultad de disponer.

Las prohibiciones y las limitaciones a la facultad de disponer que resulten de la calificación como vivienda protegida de acuerdo con la normativa aplicable deberán constar en la correspondiente escritura pública y tendrán reflejo en el Registro de la Propiedad en el respectivo asiento registral.

Artículo 11. Derecho de adquisición preferente.

1. La Administración de la Junta de Andalucía o, en su caso, el Ayuntamiento o la entidad pública que sean designados por aquélla, podrán ejercer el derecho de adquisición preferente sobre las viviendas protegidas de promoción privada.
2. El derecho de adquisición preferente podrá ejercitarse a partir de la solicitud de calificación provisional en la forma y plazo que se determinen en las normas de desarrollo de la presente Ley, debiendo en todo caso ejercitarse en un plazo máximo de 120 días.
3. Este derecho se aplicará también a aquellas viviendas que, cumplido el correspondiente procedimiento para su adjudicación, quedaran vacantes.
4. El derecho de adquisición preferente se ejercerá por un precio máximo igual al vigente para las viviendas protegidas de la tipología de que se trate en el correspondiente ámbito territorial en la fecha en que se pretenda la enajenación.
5. El derecho de adquisición preferente supondrá la subrogación de la Administración o de la entidad pública que lo ejerce, en la posición del promotor, adjudicando las viviendas conforme a lo dispuesto en el artículo 3.

Artículo 12. Derechos de tanteo y retracto.

1. Las segundas o posteriores transmisiones ínter vivos de la titularidad del derecho de propiedad o de cualquier otro derecho real de uso y disfrute sobre las viviendas protegidas estarán sujetas a los derechos de tanteo y retracto legal en favor de la Administración de la Junta de Andalucía, o del Ayuntamiento o entidad pública que sean designados por aquélla. Los compradores de viviendas protegidas no podrán transmitir las ínter vivos ni ceder su uso por ningún título, durante el plazo mínimo de diez años desde la fecha de formalización de la adquisición, CON LAS EXCEPCIONES QUE REGLAMENTARIAMENTE SE ESTABLEZCAN. (Matiz introducido por ley 1/2006).
2. Sin perjuicio de la autorización que requiera la transmisión del derecho sobre la vivienda protegida, los/las titulares de viviendas protegidas comunicarán al órgano competente previsto en el apartado anterior la decisión de transmitir, e indicarán el precio, la forma de pago y las demás condiciones de la transmisión.
Al mismo tiempo, la persona interesada en la adquisición deberá comunicar al citado órgano competente sus datos e ingresos económicos anuales, así como los del resto de los miembros integrantes de su unidad familiar.

El derecho de tanteo habrá de ejercitarse en el plazo de sesenta días naturales a partir del siguiente a aquél en que se haya producido la última de las comunicaciones anteriores; si transcurrido ese plazo no se hubiera ejercitado el tanteo, podrá llevarse a efecto la transmisión comunicada en sus mismos términos.

3. La persona adquirente deberá comunicar a dicho órgano competente, en el plazo de los treinta días naturales siguientes a la transmisión, las condiciones en las que se ha producido la venta, así como una copia de la escritura o documento donde la venta se haya formalizado.

4. En el caso de que quienes transmitan o adquieran no hubieran realizado las comunicaciones a las que se refiere el apartado 2, de que las comunicaciones fueran incompletas o defectuosas, o de que la transmisión se haya producido antes del transcurso del plazo señalado para el ejercicio del derecho de tanteo, o en condiciones distintas a las anunciadas, el órgano competente podrá ejercer el derecho de retracto en el plazo de sesenta días naturales a contar desde el siguiente a la comunicación de la transmisión, o de que ésta hubiere llegado a su conocimiento, fehacientemente, por cualquier otro medio.

5. Los derechos de tanteo y retracto, así como el régimen de comunicaciones a los que se refiere el presente artículo, deberán constar expresamente en la correspondiente escritura pública y tendrán su reflejo en la respectiva inscripción registral.

6. El derecho de tanteo se ejercerá hasta por un precio máximo igual al vigente para las viviendas protegidas de la tipología de que se trate en el correspondiente ámbito territorial en la fecha en que se pretenda la enajenación.

El derecho de retracto se ejercerá por el precio de transmisión, que no podrá superar el máximo vigente para las viviendas protegidas a que se refiere el párrafo anterior.

7. La fijación de tanteos y retractos convencionales en las promociones de viviendas protegidas deberá respetar el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto legal a los que se refiere este artículo.

8. En el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, sus titulares podrán designar a quién se adjudica la vivienda protegida, que se subrogará en la posición de aquellos.

La selección de dicha persona adjudicataria se realizará en la forma prevista en el artículo 3.

Artículo 13. Elevación a escritura pública, inscripción en el Registro de la Propiedad y otras garantías.

1. Las Notarías y los Notarios, para elevar a escritura pública la transmisión de la titularidad o, en su caso, de los derechos reales de uso y disfrute vitalicio de viviendas protegidas sujetas a los derechos de tanteo y retracto, exigirán que se acrediten por las respectivas personas transmitentes y adquirentes las comunicaciones al órgano competente respecto de la oferta de venta con los requisitos señalados en el apartado 2 del artículo 12, así como el vencimiento del plazo establecido para el ejercicio del derecho de tanteo, circunstancias que deberán testimoniarse en las correspondientes escrituras.

2. Igualmente deberán comunicar a la Consejería competente en materia de vivienda la transmisión, mediante remisión por el procedimiento que se determine de copia simple de la escritura pública en la que se hubiera instrumentado la venta de una vivienda protegida.

3. Para inscribir en el Registro de la Propiedad las transmisiones efectuadas sobre las viviendas protegidas, deberá acreditarse el cumplimiento de las obligaciones contempladas en el artículo 12 y en el apartado 2 del presente artículo, con los requisitos exigidos en los mismos.

4. Serán nulas de pleno derecho las transmisiones en las que las partes no hayan efectuado, en la forma y plazos previstos, las comunicaciones previstas en el artículo 12 en relación con los derechos de tanteo y retracto.

ASPECTOS NOTARIALES Y REGISTRALES EN MATERIA DE VIVIENDAS PROTEGIDAS conforme a la ley y reglamentos andaluces de Vivienda protegida..

Los estudiaremos a lo largo de las distintas fases del proceso que se inicia con la mera existencia se suelo destinado a vivienda protegidas, y culmina eventualmente con la descalificación de la vivienda que se construyó y calificó sobre el mismo.

Fases:

- 1.- Transmisiones de suelos destinados a VP.
- 2.- Construcción y calificación como VP.
- 3.- Primera transmisión o adjudicación.
- 4.- Prestamos cualificados o financiación protegida
- 5.- Segundas posteriores transmisiones
- 6.- Descalificación.

1.- Transmisiones de suelos destinados a VP.

Suelos destinados a VP: Mínimo un 30 % del aprovechamiento objetivo residencial, en todos los municipios (no sólo los de relevancia territorial). Nuevo art 10.1 LOUA.

Posible constancia registral: al inscribir la reparcelación, si es que tal destino urbanístico se ha hecho constar en la descripción de la finca de resultado en cuestión.

Precio máximo: art 7 L y 8 R: suelo + coste urbanización: 15% precio de la VP.

Si no se cumple destino VP en plazo previsto en el plan: expropiación por incumplimiento (ART 3 R)

Si se transmiten dichos suelos:

Condición resolutoria obligada por ley: art 8 L y 4 R:

Obligada constancia en escritura.

Inscripción registral.

Contenido mínimo:

.- Si por planeamiento: plazo de inicio y terminación de la VP.

Ejercicio obligado siempre.

.- Si por pacto contractual: fijar plazo para obtención de calificación definitiva. Ejercicio obligado si el transmitente fue una entidad pública.

Cancelación: con la calificación definitiva.

2.- Construcción y calificación como VP.

CALIFICACIÓN PROVISIONAL: declara que la vivienda cumple los requisitos del programa aplicable

.- Solicitud por el promotor, especificando el programa al que desea acogerse. Art 35 R.

Aportar, entre otros, certificación registral de titularidad y cargas de los terrenos, o contrato de opción de compra o título que acredite disponibilidad de terrenos para construir.

.- Plazo de resolución 3 meses. Silencio positivo. No constancia registral.

.- Posible ejercicio del derecho de adquisición preferente de EPSA sobre viviendas de promoción privada, por necesidades de disponibilidad inmediata. (art 45 R) Plazo para notificar su ejercicio: 30 días, y para ejercitarlo 120 días desde la calificación provisional.

Notificación obligada en un mes al Registro para que se haga anotación preventiva.

Otorgamiento de escritura e inscripción. (art 47 R)

CALIFICACIÓN DEFINITIVA: "determina el régimen jurídico de la vivienda". (Art 39 R).

.- solicitud en el plazo de 30 meses desde la provisional, salvo que por pacto o por planeamiento se prevea plazo distinto.

.- Acompañar, entre otros: justificación de la terminación, licencia de primera ocupación y inscripción registral de la escritura de obra nueva, y división horizontal, en su caso.

Cuestiones:

1ª.- Para obtener la calificación definitiva, ¿basta la inscripción de la obra nueva en construcción, o se exige la inscripción registral de la terminación?

Y, si la respuesta fuera negativa, ¿se podría inscribir la calificación definitiva sin hacer constar previamente la nota marginal de terminación?

Si también respondemos negativamente, ¿Serviría la propia calificación definitiva para practicar la nota marginal de terminación de la obra?

Mi opinión: aunque a la CCAA le pueda bastar la inscripción de la declaración de obra nueva en construcción, la constancia de la terminación es obligada por ley, y ha de ser previa a la constancia registral de la calificación definitiva, por exigencia del tracto sucesivo (no de titulares, sino de hechos o actos: esto es, para inscribir un acto – la calificación definitiva- que requiere la previa terminación de la obra, deber

constar inscrita previamente tal terminación de la obra).

Normalmente, la cedula de calificación definitiva no contendrá todos los requisitos necesarios para hacer constar la terminación de la obra (descripción detallada, certificación técnica de final de obra y adecuación al proyecto y licencia, y seguro decenal cuando sea exigible). Además, la certificación administrativa sólo es título formal idóneo para las edificaciones promovidas por la Administración. En cambio, para las de particulares, se exige acta notarial de declaración de terminación de la obra.

En todo caso, se exigirá la acreditación del seguro decenal, salvo autopromotores, y promotores públicos.

.- Inspección previa. Art 40 R

.- Otorgamiento de la calificación definitiva. Art 41 R. Plazo 2 meses. Silencio negativo. (Art 42 R)

.- Si se otorga, expresar, entre otros, los datos registrales, las limitaciones legales aplicables, los precios máximos, y el plazo duración del régimen de protección, y la posible descalificación.

Constancia registral por nota marginal. (art 15.1 R):

Presupuesto: que se identifique debidamente la finca (vivienda) o fincas objeto de calificación definitiva.

La nota deberá expresar la fecha de la calificación y el plazo de duración del régimen.

En cambio, NO deberá expresar las limitaciones para las segundas y ulteriores transmisiones (todavía no, sino al inscribir la 1ª transmisión).

(Puede verse el modelo de nota marginal que se propone al final).

Artículo 15. Acceso registral.

1. La resolución de calificación definitiva será título suficiente para hacer constar en el Registro de la Propiedad, mediante nota marginal, la condición de vivienda protegida, con indicación expresa de la fecha de calificación definitiva y del plazo de duración del régimen legal de protección.

2. Con la inscripción registral de las escrituras públicas de compraventa o adjudicación de viviendas protegidas y de la escritura de declaración de obra nueva de vivienda para uso propio se harán constar, por nota marginal, las limitaciones a la facultad de disponer a las que se refiere el artículo 26, que deberán ser referidas a la fecha de adquisición de la vivienda, el régimen de comunicaciones al que se refiere el artículo 28 y los derechos de tanteo y retracto legal regulados en el Capítulo II del Título III, en relación con las segundas o posteriores transmisiones inter vivos de la titularidad de la vivienda protegida.

3. La resolución firme por la que se acuerda la descalificación de una vivienda como protegida será título suficiente para hacer constar en el Registro de la Propiedad, por nota marginal, la correspondiente descalificación. Esta resolución será igualmente título suficiente para la cancelación en el Registro de la Propiedad de las limitaciones legales derivadas del régimen legal de protección, así como cualquier otro asiento registral de un derecho que estuviese vinculado al citado régimen de protección.

4. Transcurrido el plazo de duración del régimen legal de protección, el Registrador o Registradora procederá de oficio a cancelar las notas marginales señaladas en los apartados 1 y 2, que reflejen el carácter de protegida de la vivienda.

Aparte de tal nota, normalmente habrá que practicar otra **nota de afección fiscal**: normativa estatal: art 99 Reglamento VPO por Decreto 2114/1968 de 24 julio: nota marginal de afección de la finca al reintegro de los impuestos cuya exención o reducción se hubiera concedido, con el interés legal, "en el caso de que se decrete la descalificación". Vigencia de la nota: considero que no serán 5 años desde su fecha, (Ley ITPAJD), que tendrá vigencia hasta la constancia registral de la descalificación o de la terminación del plazo de duración del régimen legal de vivienda protegida, momento en que deberá cancelarse tal nota de afección, como resulta del propio art 13 transcrito.

.- Si se deniega (expresa o presuntamente):

Recurso alzada.

Facultad de los compradores de optar entre: resolver el contrato, o solicitar rehabilitación del expediente a su favor.

3.- Primera transmisión o adjudicación.

.- Requisitos de los destinatarios (art 5 R): los que se establezcan para cada programa en el plan de vivienda. (ingresos máximos, y no disponer de otra vivienda, salvo excepciones).

.- Selección de los destinatarios: convocatoria pública previa autorización de la Consejería, en igualdad y concurrencia (art 12 y 13 R) .

.- Si exceso de solicitantes, sorteo ante fedatario. (actas notariales de sorteo).

.- Si defecto de solicitantes (viviendas vacantes) y son promoción privada: derecho adquisición preferente EPSA (mismos plazos antes vistos y constancia registral: anotación preventiva de la decisión unilateral de ejercitarlo e inscripción de la escritura de adquisición)

.- Contrato privado, (modelos tipo):

Cláusulas obligatorias art 14 R. (entre otras, las limitaciones a la facultad de disponer, y la facultad de resolución si se deniega la calificación definitiva)

Visado: Art 22 R, por la Delegación provincial, en el plazo de 2 meses. Comprueba que contienen las cláusulas obligatorias y requisitos del

adquirente.

.- Escritura pública: art 24 R.

Elevación a publico del contrato privado (visado) en el plazo de 3 meses desde la calificación definitiva, salvo prórroga.

Adjuntar copia autenticada de la calificación definitiva.

Los notarios remitirán copia simple de la escritura según art 5 R.

.-Inscripción registral: Art 15.2 R:

Ahora sí procede extender nota marginal de las limitaciones.

Art 15.2 R 2. Con la inscripción registral de las escrituras públicas de compraventa o adjudicación de viviendas protegidas y de la escritura de declaración de obra nueva de vivienda para uso propio se harán constar, por nota marginal, las limitaciones a la facultad de disponer a las que se refiere el artículo 26, que deberán ser referidas a la fecha de adquisición de la vivienda, el régimen de comunicaciones al que se refiere el artículo 28 y los derechos de tanteo y retracto legal regulados en el Capítulo II del Título III, en relación con las segundas o posteriores transmisiones inter vivos de la titularidad de la vivienda protegida.

Comentario: Conveniencia de utilizar una redacción genérica, de remisión al reglamento y sus excepciones, y no copiar literalmente ni todo lo que diga la calificación definitiva, ni todo lo que dice el reglamento. (Puede verse el modelo que se propone al final).

.- Posibles aumentos posteriores de obra: obligada escritura e inscripción (ar 25 R) a los efectos del art 27 (posible aumento de precio de venta)

4.- Prestamos cualificados o financiación protegida

Normalmente, prestamos hipotecarios. Escritura pública e inscripción registral. Calificación registral.

Nota marginal de prohibición disponer 10 años desde el préstamo. según art Artículo 27 del Texto integrado del plan andaluz de vivienda 2003-2007.

Art 27. Prohibiciones y limitaciones a la facultad de disponer

1. Los adquirentes, adjudicatarios y promotores individuales para uso propio, no podrán transmitir intervivos ni ceder el uso por ningún título de las viviendas para las que hubieran obtenido préstamo cualificado, durante el plazo de diez años desde la formalización de dicho préstamo, con las excepciones previstas en el apartado 5 del art. 13 del Real Decreto 801/2005, de 1 de julio.

5.- Segundas posteriores transmisiones de la titularidad o cualquier derecho de uso y disfrute.

Requisitos del art 26 R: "Limitaciones a la facultad de disponer"

De tiempo, destino, adquirente, precio, y régimen de comunicaciones, así como la sujeción a los derechos legales de tanteo y retracto.

LIMITACIONES DE TIEMPO

Art 12 LEY: Prohibición de transmitir inter vivos ni ceder su uso durante diez años desde la formalización de la adquisición.

Comentario: Por tanto, incluye no sólo las onerosas por precio, sino también a título gratuito (donaciones), onerosas sin precio (permutas) y onerosas forzosas (subastas).

Para las forzosas, lo dispone expresamente el art 33 R.

La reforma por ley andaluza 1/2006 de 16 de mayo, añade el inciso: "con las excepciones que reglamentariamente se establezcan".

Y el reglamento, (art 26 R) establece **tres tipos de excepciones**:

1.-Que el programa prevea un plazo inferior.

Comentario: Los programas del actual plan de vivienda sólo prevén prohibición de 10 años desde el préstamo cualificado, (o de 3 años desde la rehabilitación protegida). Una vez que se cumplan tales plazos, entiendo que no hay más prohibición de disponer. Es decir, que el primer adquirente de una vivienda protegida con préstamo cualificado no podrá transmitirla hasta diez años después de tal préstamo. Pero, si, por ejemplo, la transmite en el año 12, el comprador que la adquiere en ese año 12 desde el préstamo, no está ya sujeto a prohibición de disponer.

2.- Por resolución motivada por alguna causa tipificada en el Reglamento o en el plan de vivienda:

Ej, motivos laborales, familiares, o transmisión de cuotas indivisas a otro condueño, como en particiones de herencia y extinción de condominio o sociedades conyugales.

En tales casos, no es que no exista la prohibición, sino que puede ser dispensada.

3.- Por virtud del silencio positivo:

Transcurrido 1 mes desde la última de las comunicaciones del art 26 R sin notificar resolución, "se podrá entender que procede dicha transmisión".

(La ley establecía que para autorizar la escritura había que esperar a que venciera el plazo para el tanteo (60 días naturales). El Reglamento reduce la espera a 1 mes desde la última de las comunicaciones previas, que luego veremos.

Los notarios, comprobando las comunicaciones y el transcurso del plazo

de 1 mes, podrán autorizar la escritura.

CUESTIONES:

Si constara que la transmisión no cumple los requisitos legales, ¿aún así bastaría para su inscripción el silencio positivo de 1 mes?

Argumentos afirmativos: En principio: Ni hay que denunciar mora, ni el reglamento dice que el silencio positivo dependa de que se cumplan los requisitos (parece que opera siempre, sin excepciones).

Argumentos negativos: el art 31 R exige no sólo comprobar (calificar) "el régimen de comunicaciones" sino también, "las condiciones de la transmisión".

Artículo 31. Inscripción registral de las transmisiones.

Será requisito necesario para proceder a la inscripción registral de las escrituras públicas en las que se formalicen las segundas o posteriores transmisiones, que resulte acreditado el cumplimiento de lo dispuesto en este Capítulo en relación con las condiciones de la transmisión y con el régimen de comunicaciones.

Mi opinión:

.- En cuanto a la prohibición de transmitir antes de 10 años:

Considero que si consta la vigencia de la prohibición de transmitir, se debe exigir que la comunicación al menos alegue alguna causa de excepción tipificada (pues no se concede por silencio lo que no se pide), y que exista manifestación expresa de los otorgantes de no haber recibido notificación alguna en plazo.

LIMITACIONES DE DESTINO, PRECIO Y CONDICIONES DEL ADQUIRENTE:

Igual que para la primera transmisión

Destino: residencia habitual y permanente. (art 4 Ley, y art 9 R y 26.3 R)

Nunca segunda residencia (art 11 R)

No desocupada más de 3 meses seguidos.

Incumplimiento: infracción muy grave (art 20 L)

A este respecto, considero que el registrador, en los casos de autorización de la venta por silencio positivo, no deberá entrar a calificar si el adquirente persona física cumple los requisitos de ingresos máximos familiares, pero sí que podrá y deberá calificar y aplicar la prohibición legal, clara, terminante, y sin excepciones, que impide a las personas jurídicas adquirir viviendas protegidas calificadas para venta (Sólo podría adquirir las calificadas para

alquiler), y cuya formulación legal no parece que pueda quedar eludida ni salvada por el mero silencio positivo a que antes aludíamos.

Precio máximo de venta, calculado conforme al art 27 R.

La ley no permite incremento por obras ni mejoras. (art 6.2 L).

El reglamento sí (art 27 R):

- .- por aumento superficie (precio en proporción)
- .- por mejoras, un 10 %

Para salvar tal discordancia habremos de interpretar que la ley refiere su prohibición a la primera transmisión, y que el reglamento refiere su permisividad sólo a las segundas y ulteriores.

Régimen general: el sobreprecio es nulo, e infracción muy grave.

Condiciones del adquirente que establezca el programa asimilable:

Comentario: considero que ya no es obligada la convocatoria en publicidad y concurrencia.

REGIMEN DE COMUNICACIONES:

.- EL Art 12 de la Ley las regula a los exclusivos efectos de permitir el tanteo y retracto.

.- El art 28 del Reglamento, no sólo las contempla a tales efectos, sino con una finalidad más amplia, como es la de comprobar los requisitos de tiempo, destino, precio y condiciones del adquirente.

Impone un régimen de comunicaciones previas y posteriores.

Comunicación previa del **transmitente**. Modelo Anexo I.A,) con "acreditación, en su caso, de las circunstancias que permiten la transmisión antes del plazo de diez años desde su adquisición en los supuestos previstos en el art. 26.2".

Comunicaciones del **adquirente** (una previa Anexo I.B y otra posterior con copia del contrato, en un mes)

Resolución expresa o presunta:

"La citada Delegación Provincial, en el plazo de un mes desde la recepción de la última de las comunicaciones previstas en los apartados anteriores, resolverá si procede o no la transmisión, apreciando, en su caso, las circunstancias a las que refiere el art. 26.

Dicha Delegación Provincial establecerá en la referida resolución si ejercerá o no el derecho de tanteo sobre la transmisión prevista, así como la entidad pública a la que, en su caso, se ceda el ejercicio del derecho, en los términos previstos en el art. 51."

Actuación notarial (Art 30 R): comprobar e incorporar comunicaciones previas, y la existencia de resolución expresa o el trascurso del plazo de silencio positivo 1 de un mes. Asimismo, está obligado a remitir copia simple.

Calificación registral (art 31 R): Comprobar cumplimiento de las "condiciones de la transmisión y régimen de comunicaciones".

Sanciones:

.- Administrativa: infracción muy grave.

.- Civil: nulidad de pleno derecho de la transmisión (art 13.4 Ley) y art 32 R, que con mejor técnica y redacción, añade el matiz de serán nulas "salvo a los efectos del ejercicio del derecho de retracto".

Esta sanción de nulidad de pleno derecho, además de merecer la crítica que más arriba ya se expuso, conlleva una importante cuestión de práctica notarial y registral:

En tales casos de teórica nulidad de pleno derecho de la transmisión ¿El defecto se calificará como "subsancable", en el sentido registral del término, o como "insubsancable"?

Si se estima que es subsancable, cabría la confirmación de la transmisión por resolución expresa en tal sentido de la Delegación de Obras Públicas, produciendo su inscripción al amparo del mismo asiento de presentación inicial, si estuviera vigente.

Si se califica como insubsancable, no cabría conceptualmente tal posibilidad, sino que se exigiría un nuevo otorgamiento contractual, con nuevo asiento de presentación.

Y lo cierto es que, conceptual y dogmáticamente, la nulidad de pleno derecho debe implicar, por congruencia, la calificación del defecto como insubsancable. Lo cual agrava en la práctica las ya de por sí nefastas consecuencias del atrevido pronunciamiento legal de sancionar con nulidad de pleno derecho la mera omisión de requisitos instrumentales, como son los de efectuar las comunicaciones citadas. Y me permite expresar de nuevo la conveniencia de la derogación de tal extremo.

Artículo 28. Régimen de comunicaciones y autorización previas a la transmisión

1. Las segundas o posteriores transmisiones de viviendas protegidas estarán sujetas, con carácter previo, al régimen de comunicaciones previsto en el art. 12 de la Ley 13/2005, de 11 de noviembre.

2. Las personas titulares de viviendas protegidas comunicarán a la correspondiente Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de vivienda la decisión de transmitir, presentando el modelo que se incluye como Anexo I.A y aportando, al menos, la documentación correspondiente a:

a) Su identificación.

b) Título de propiedad debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad.

c) Determinación del precio de la transmisión y su forma de pago.

d) Condiciones de la transmisión.

e) Acreditación, en su caso, de las circunstancias que permiten la transmisión antes del plazo de diez años desde su adquisición en los supuestos previstos en el art. 26.2.

3. La persona interesada en la adquisición deberá comunicar a la citada Delegación Provincial la intención de adquirir, presentando el modelo que se incluye como Anexo I B, y aportando, al menos, la documentación correspondiente a:

a) Sus datos personales y los de su unidad familiar.

b) Los ingresos económicos anuales así como los del resto de los miembros de la unidad familiar.

c) Una declaración responsable referida a que reúne los requisitos para ser destinataria de la vivienda protegida que pretende adquirir y del compromiso de que va a destinar la misma a residencia habitual y permanente.

4. Si la comunicación no reuniese todos los requisitos a que se refieren los apartados 2 y 3 o faltase documentación, se requerirá a la persona titular o a la interesada en la adquisición para que, en el plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, conforme al art. 71.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

5. La citada Delegación Provincial, en el plazo de un mes desde la recepción de la última de las comunicaciones previstas en los apartados anteriores, resolverá si procede o no la transmisión, apreciando, en su caso, las circunstancias a las que refiere el art. 26.

Dicha Delegación Provincial establecerá en la referida resolución si ejercerá o no el derecho de tanteo sobre la transmisión prevista, así como la entidad pública a la

que, en su caso, se ceda el ejercicio del derecho, en los términos previstos en el art. 51.

Transcurrido dicho plazo sin que se haya dictado y notificado la resolución se podrá entender que procede dicha transmisión, no habiendo lugar al ejercicio del derecho de tanteo.

6. En todo caso, si transcurridos 60 días naturales, computados a partir de la práctica de la última de las comunicaciones previstas en los apartados 2 y 3 de este artículo, no se hubiese ejercitado el derecho de tanteo anunciado en la resolución a la que se refiere el apartado anterior, la transmisión podrá llevarse a cabo en sus mismos términos, conforme a lo dispuesto en el art. 12.2 de la Ley 13/2005, de 11 de noviembre.

Artículo 29. Comunicación de la persona adquirente

La persona adquirente deberá comunicar a la correspondiente Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de vivienda, en el mes siguiente a la transmisión, las condiciones en las que se ha producido la misma, así como una copia de la escritura o documento donde se haya formalizado, conforme a lo dispuesto en el art. 12.3 de la Ley 13/2005, de 11 de noviembre.

Artículo 30. Elevación a escritura pública

*1. Los Notarios y las Notarías no podrán autorizar ninguna escritura pública en que se formalice la segunda o posterior transmisión de la propiedad o de un derecho real de uso y disfrute sobre **viviendas protegidas** sin que, previamente, se acredite la resolución a la que se refiere el art. 28 por la que se declara que procede la transmisión o la práctica de las comunicaciones, cuando haya transcurrido el plazo previsto en el art. 28.5 sin que se haya notificado resolución expresa para el ejercicio de tal derecho, circunstancias todas ellas que deberán reflejarse en la escritura, incorporándose a la matriz la citada resolución o, en su caso, testimonio de las comunicaciones. Si la resolución hubiese anunciado el ejercicio del derecho de tanteo, no se podrá elevar a escritura pública la citada transmisión hasta que hubiese transcurrido el plazo previsto en el art. 51.1.*

*2. Las Notarías deberán poner en conocimiento de la Delegación Provincial competente en materia de vivienda las escrituras públicas de compraventa o adjudicación en primera transmisión que se hayan autorizado en la forma prevista en el art. 5 del Decreto por el que se aprueba este **Reglamento**.*

Artículo 31. Inscripción registral de las transmisiones

Será requisito necesario para proceder a la inscripción registral de las escrituras públicas en las que se formalicen las segundas o posteriores transmisiones, que resulte acreditado el cumplimiento de lo dispuesto en este Capítulo en relación con las condiciones de la transmisión y con el régimen de comunicaciones.

Artículo 32. Nulidad de pleno derecho de las transmisiones

Serán nulas de pleno derecho, salvo a los efectos del ejercicio del derecho de retracto, las transmisiones en las que la persona transmitente y la adquirente de la vivienda protegida no hayan dado cumplimiento a las condiciones establecidas en este Capítulo, referentes a las comunicaciones que con carácter previo o posterior a la transmisión deben realizar, de conformidad con lo previsto en los arts. 13.4 y 12.4, respectivamente, de la Ley 13/2005, de 11 de noviembre.

*Artículo 33. Transmisiones forzosas de las **viviendas protegidas***

*A las transmisiones forzosas, judiciales o extrajudiciales, de las **viviendas protegidas** les será de aplicación lo dispuesto en el presente Capítulo en cuanto al régimen de comunicaciones, de acuerdo con la naturaleza de estas transmisiones.*

DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO:

art 12 y 13 Ley y art 560 y ss Reglamento

Estos derechos existen por ministerio de la ley, como consecuencia de la calificación definitiva como VP:

.- Por tanto, no son meros derechos convencionales que nazcan del pacto (como preven los planes de vivienda, que obligan a tal pacto).

.- Tampoco nacen de la ocasional delimitación de áreas geográficas concretas por planeamiento o por expediente tramitado al efecto. (Art 78.5 LOUA 17 diciembre 2002)

*Art 78.5. Igualmente, para garantizar el cumplimiento efectivo de los límites sobre precios máximos de venta de las viviendas de protección oficial u otros regímenes de protección pública que impongan dicha limitación, se podrán delimitar áreas en las que queden sujetas al ejercicio de los derechos de tanteo y retracto tanto las primeras como las ulteriores transmisiones onerosas de aquéllas.
6. El plazo máximo de sujeción de las transmisiones al ejercicio de los derechos de tanteo y retracto será de diez años, salvo que al delimitarse el área se hubiese fijado otro menor.*

No sólo duran 10 años, (art 97 del vigente plan andaluz de vivienda, o art 78.6 LOUA), sino todo el régimen de protección.

Las notificaciones obligadas son materia de calificación registral

En los tanteos y retractos pactados, no lo son.

En las áreas de tanteo y retracto de la LOUA, sí lo son (Art 85 del RHU RD 1093/1997 de 4 de julio, pero porque así lo determina una norma estatal, no una norma autonómica.

Regulación reglamentaria: Art 50 y ss del Reglamento.

Notas básicas:

.- Se aplican a toda transmisión intervivos, incluso forzosas, o donaciones, o permutas.

.-Titular: la Junta de Andalucía.

.-Lo ejercita: EPSA o el Ayuntamiento o entidad pública (previo convenio art 50) o la persona subrogada (art 54)

.-Excepciones: entre parientes 2ª grado consanguinidad, o entre condóminos.

.-Plazo: tanteo, (de ejercicio discrecional) 60 días desde la última comunicación previa. Retracto, (sólo posible si no se han efectuado completas las comunicaciones previas, o no se ha esperado el plazo legal, o no se han respetado las condiciones anunciadas) 60 días desde la comunicación posterior del adquirente, o desde que la transmisión haya llegado a su conocimiento por otro medio (por ejemplo, la comunicación notarial).

.- Intervención notarial: la EPSA comparecerá ante notario, consignando el precio o acreditando haberlo hecho, se señala fecha de firma, y se notificará al retraído.

.- Precio máximo: en cualquier caso, el precio máximo para retraer será el convenido, con el límite del máximo legal.

Cuestiones prácticas:

.- Si se ha omitido la comunicación previa ¿basta la posterior o hay que tener por nula la transmisión y empezar de cero? "Nulidad de pleno derecho"

Ya hemos criticado todo lo relativo a la nulidad de pleno derecho. Añadiendo más leña al fuego, debemos destacar ahora el hecho de que, tanto por ley, como por reglamento, resulta que si han transcurrido 60 días desde la obligada comunicación notarial de la escritura, ya habría expirado el derecho de retracto. Pero si aplicamos la nulidad de pleno derecho, habría que volver a empezar, y volvería a nacer, y por nuevos plazos, tanto el tanteo como el retracto, lo cual parece injusto y absurdo.

.- ¿Se puede anotar preventivamente en el registro la decisión unilateral de ejercitar el derecho, como ocurre para el derecho de adquisición preferente?

Aunque no hay aquí una regulación expresa en tal sentido, considero que la respuesta ha de ser afirmativa, si bien con la matización de que deberá constar la notificación de tal decisión al titular registral, pues es principio general que no se practique ningún asiento, ni siquiera provisional como es una anotación preventiva, sin consentimiento, o al menos, sin conocimiento del titular afectado.

.- Si el obligado no comparece a otorgar la escritura, ¿cabe otorgamiento unilateral por EPSA, o hay que acudir a los tribunales y ejercitar la acción de retracto?

No es una cuestión resuelta en la regulación que estudiamos, y resulta compleja por cuanto que encierra diversas repercusiones importantes.

Si aplicamos la analogía con la expropiación forzosa (en la medida en que el retracto priva al dueño de su propiedad por causa prevista en la ley y mediante indemnización, esto es, reembolso del precio e impuestos), podría defenderse la posibilidad de otorgamiento unilateral de la escritura pública por parte de la administración retrayente (acreditando la consignación del precio y la citación al retraído), y su inscripción registral. Y habría de ser el retraído el que tendría que reaccionar judicialmente en defensa de sus derechos, impugnando la actuación administrativa ante la jurisdicción contencioso administrativa.

En cambio, si acudimos a la analogía con los retractos legales propios de la legislación civil, lo congruente sería que la EPSA acudiera a los tribunales de la jurisdicción civil ejercitando la acción de retracto, y obtener sentencia condenatoria a emitir la declaración de voluntad por parte del retraído, en los términos previstos en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

Derechos de tanteo y retracto legal

Artículo 50. Tanteo y retracto legal.

1. *Las segundas o posteriores transmisiones intervivos de las viviendas protegidas, durante el período legal de protección, estarán sujetas a los derechos de tanteo y retracto legal establecidos en los artículos 12 y 13 de la Ley 13/2005, de 11 de noviembre.*

2. *La Administración de la Junta de Andalucía ejercerá los derechos de tanteo y retracto legal a través de la Empresa Pública de Suelo de Andalucía.*

Previa solicitud del Ayuntamiento del municipio en el que se ubiquen las viviendas a la Delegación Provincial correspondiente de la Consejería competente en materia de vivienda, y una vez suscrito el acuerdo entre ambas Administraciones, se podrá ceder el ejercicio de estos derechos a favor del Ayuntamiento o entidad pública que designe la Administración de la Junta de Andalucía.

3. *Sin perjuicio de la obligación de efectuar las comunicaciones a que se refieren los artículos 28 y 29 se exceptúan del ejercicio de los derechos de tanteo y retracto legal las transmisiones que, cumpliendo los requisitos establecidos para*

la transmisión de una vivienda protegida, se encuentren en alguno de los siguientes supuestos:

- **a)** La transmisión tenga lugar entre parientes hasta el segundo grado de consanguinidad.
- **b)** Se trate de la transmisión de una cuota indivisa de la vivienda a favor de otra persona cotitular de ésta. Se entenderán comprendidos en este último supuesto las particiones de herencia, y disoluciones de condominio y de sociedades conyugales, cuando uno de los cotitulares adquiera la totalidad de la vivienda abonando en metálico la parte de los demás condueños.

Artículo 51. Derecho de tanteo.

1. El derecho de tanteo podrá ejercitarse a partir del siguiente día a aquel en que se haya producido la resolución favorable a la que se refiere el artículo 28.5 en la que se declare que procede el citado derecho, y siempre dentro del plazo de los sesenta días naturales a partir del siguiente a aquel en que se haya producido la última de las comunicaciones previstas en el artículo 28.

Si, transcurrido este plazo, el derecho de tanteo no se hubiera ejercitado, podrá llevarse a efecto la transmisión en los mismos términos en que se comunicó.

2. El precio en que se ejercerá el derecho de tanteo será el señalado por el transmitente en su comunicación que deberá estar comprendido dentro del precio máximo al que se refiere el artículo 27.

En las transmisiones ínter vivos en que no medie precio, se tomará para el ejercicio del derecho de tanteo el precio máximo a que se refiere el párrafo anterior.

Artículo 52. Derecho de retracto.

1. En el caso de que quienes transmitan o adquieran una vivienda protegida no hubieran realizado las comunicaciones a que se refiere el artículo 12 de la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de que tales comunicaciones sean incompletas o defectuosas o de que la transmisión se haya producido antes del transcurso del plazo señalado para el ejercicio del derecho de tanteo o de la notificación de la resolución comunicando la voluntad de no ejercerlo, o en condiciones distintas a las anunciadas, el Órgano competente podrá ejercer el derecho de retracto.

2. El derecho de retracto habrá de ejercerse en el plazo de sesenta días naturales a contar desde el siguiente a la comunicación de la transmisión prevista en el artículo 29 o de que ésta haya llegado a su conocimiento, fehacientemente, por cualquier otro medio, conforme a lo dispuesto en el artículo 12.2 de la Ley 13/2005, de 11 de noviembre.

3. El precio en que se ejercerá el derecho de retracto será el precio de transmisión que figure en la escritura o contrato de adquisición, que en todo caso, no podrá superar el precio máximo al que se refiere el artículo 27.

En las transmisiones ínter vivos en que no medie precio, se tomará para el ejercicio del derecho de retracto el precio máximo a que se refiere el párrafo anterior.

4. El órgano que haya ejercitado el derecho deberá abonar también al adquirente retraído la cuota del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados que aquel haya satisfecho, pero no la del Impuesto sobre Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, aunque se haya obligado a pagarlo.

Artículo 53. Ejercicio de los derechos de tanteo y retracto.

- 1. El órgano competente que decida ejercitar el derecho de tanteo o retracto comparecerá, dentro del plazo de ejercicio del derecho, ante Notario o Notaria, manifestando su voluntad, depositando el precio o acreditando su consignación judicial, y requiriendo al Notario o Notaria para que señale día y hora para el otorgamiento de la escritura y para que comunique los anteriores extremos al transmitente o adquirente retraído.*
- 2. En el día y hora comunicados por el Notario o Notaria, se otorgará por ambas partes la oportuna escritura pública, en la que se hará entrega del precio, con los descuentos, en su caso, a que se refiere el apartado siguiente, y de la posesión efectiva de la finca transmitida.*
- 3. Si existieran cargas o gravámenes sobre la vivienda, la entidad adquirente podrá descontar del precio los gastos necesarios para su cancelación y poner a disposición del transmitente o adquirente retraído el sobrante, asumiendo el pago de los demás gastos que origine dicha cancelación.*

Artículo 54. Subrogación en el ejercicio de estos derechos.

- 1. En cualquier momento del procedimiento de ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, la Consejería competente en materia de vivienda, o el Ayuntamiento o Entidad Pública a la que se haya cedido el ejercicio del derecho podrá designar a una persona, que reúna los requisitos para ser titular de una vivienda protegida, para que se subroque en su lugar en el acto de adquisición, circunstancia que habrá de acreditarse al Notario o a la Notaria, incorporándose a la escritura testimonio de las resoluciones donde conste tal designación.*
- 2. La selección de dicha persona se llevará a cabo con sujeción a los principios contenidos en el artículo 12.*
- 3. En el supuesto de que no se hubiera producido la subrogación, la Administración o la Entidad Pública adquirente de la vivienda podrá solicitar de la correspondiente Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de vivienda el cambio del régimen de protección de la vivienda.*
La resolución que autorice el cambio de programa al que se refiere este apartado, determinará una nueva calificación definitiva de la vivienda que deberá tener el correspondiente reflejo registral e incluirá las consecuencias que se deriven del cambio de programa.

6.- Descalificación.

.- De viviendas adquiridas después del reglamento

Artículo 44. Descalificación de las viviendas protegidas.

El correspondiente plan de vivienda determinará los programas para los que, si procede, se podrán descalificar las viviendas protegidas acogidas en los mismos antes de que transcurra el plazo legal de protección, estableciendo los requisitos que debe reunir el titular y la vivienda protegida para proceder a la citada descalificación.

.- De viviendas adquiridas antes del reglamento

Disposición transitoria segunda. Descalificaciones de viviendas protegidas adquiridas, adjudicadas o construidas para uso propio con anterioridad a este Decreto.

1. Los titulares de las Delegaciones Provinciales de la Consejería competente en materia de vivienda, conforme a lo previsto en el Decreto 86/1984, de 3 de abril, por resolución motivada podrán descalificar las viviendas que estuviesen protegidas en régimen de propiedad a la entrada en vigor del presente Decreto, teniendo en cuenta los siguientes criterios atendiendo a la función social que cumplen las viviendas protegidas:

- **a)** Que hayan transcurrido 10 años desde la calificación definitiva de la vivienda o el plazo establecido para que proceda la descalificación fijado en el programa al que estuviera acogida la vivienda si éste fuera inferior a 10 años.
- **b)** Que la vivienda haya constituido la residencia habitual y permanente de su titular, al menos, en los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud de descalificación.
- **c)** Que la procedencia de los suelos en los que la vivienda esté ubicada no impida la descalificación.

A estos efectos, no podrán ser descalificadas las viviendas construidas en suelos que procedan de enajenaciones de Administraciones o Entidades Públicas en las que se haya dispuesto de forma expresa que no procede la descalificación.

- **d)** Que no se deriven perjuicios a terceros con la descalificación.

2. La descalificación deberá ser solicitada por el titular de la vivienda protegida ajustándose al modelo que figura como Anexo II del presente Decreto, y aportando la siguiente documentación:

- **a)** Título de propiedad inscrito en el Registro de la Propiedad.
- **b)** Declaración del titular de haber residido de forma habitual y permanente en la vivienda al menos durante los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud.
- **c)** Declaración del solicitante relativa a que la descalificación no ocasionará perjuicio a terceros.
- **d)** Certificación, en su caso, de la correspondiente Administración titular originaria del suelo sobre el que se construyó la vivienda relativa a que la procedencia del suelo no impide la descalificación.
- **e)** Certificación de las correspondientes Administraciones concedentes sobre las ayudas directas o indirectas que se hayan podido conceder en relación con la vivienda que se pretende descalificar y que, en su caso, deban ser objeto de devolución.

3. La persona titular de la correspondiente Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de vivienda resolverá y notificará sobre la descalificación en un **plazo de tres meses desde la presentación de la solicitud, transcurrido el cual sin que se hubiese notificado la resolución, aquella se entenderá estimada.**

Si procede la descalificación se comunicará al interesado el importe global de las cantidades a reintegrar por la totalidad de los anticipos, préstamos, subvenciones y otras ayudas recibidas de la Administración General del Estado, de la Administración de la Junta de

Andalucía o de la Administración Local, incrementado con los intereses legales devengados desde la percepción de la correspondiente ayuda.

La descalificación quedará condicionada a que se acredite el cumplimiento del citado reintegro.

4. *Justificado el ingreso de las cantidades señaladas en el apartado anterior, la persona titular de la correspondiente Delegación Provincial comunicará al Registro de la Propiedad las resoluciones estimatorias de descalificación a efectos del cumplimiento de lo establecido en el artículo 15.3 del Reglamento de Viviendas Protegidas.*

.- En ambos casos, CONSTANCIA REGISTRAL de la descalificación:

Art 15.3. La resolución firme por la que se acuerda la descalificación de una vivienda como protegida será título suficiente para hacer constar en el Registro de la Propiedad, por nota marginal, la correspondiente descalificación. Esta resolución será igualmente título suficiente para la cancelación en el Registro de la Propiedad de las limitaciones legales derivadas del régimen legal de protección, así como cualquier otro asiento registral de un derecho que estuviese vinculado al citado régimen de protección.

CUESTIÓN: Si la descalificación se ha obtenido por silencio positivo de 3 meses, es decir, por inactividad de la administración, es obvio que no se habrá fijado el importe de las cantidades a reintegrar. Y si el citado reintegro es condición para que opere la descalificación ¿Cómo se podrá hacer constar en el Registro de la Propiedad la descalificación obtenida por silencio positivo?

En principio, parecería que nunca se podría hacer constar registralmente. Pero quizá se pudiera salvar tal obstáculo, (y evitar que la administración saque provecho de su propia inactividad en perjuicio del administrado), si en la solicitud de descalificación el propio solicitante calcula y cuantifica los importes a reintegrar, y solicita la confirmación de tales cantidades. Sólo así se podría defender que el silencio positivo implica tanto la concesión de la descalificación solicitada, como la de la cuantificación de reintegros que se ha propuesto en la solicitud, y a cuyo ingreso queda condicionada aquélla.

III.- REGIMEN TRANSITORIO:

Estudiar si la nueva ley y reglamento, fundamentalmente en lo que se refiere a las limitaciones legales a las segundas y ulteriores transmisiones, se aplica sólo a viviendas calificadas a partir de la entrada en vigor de la propia ley o también a las calificadas con anterioridad.

Como puntos de partida, debemos considerar que es evidente que sólo podrán sancionarse con arreglo a la nueva ley conductas que se produzcan a partir de su entrada en vigor, y no antes, y que no podrá ejercitarse el derecho de retracto sobre transmisiones ya consumadas antes de la entrada en vigor de la ley. (Es decir, que por imperativo constitucional y jurisprudencial, no cabría lo que alguna doctrina llama retroactividad de grado máximo).

Pero de esta delimitación en sentido negativo, no se deduce forzosamente que toda conducta o toda transmisión posterior a la ley haya de quedar sujeta a lo que en ella se dispone. Como tampoco se deduce la imposibilidad legal de que así fuera.

Por tanto, al respecto deberemos examinar qué es lo que dice, y lo que quizá quiso decir, la nueva regulación al respecto.

.- La Ley no tiene disposiciones transitorias.

Esta carencia ya ha sido criticada más arriba.

Como premisa, hay que partir del art 2 del Código Civil establece que "las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario", por lo que habrá de comprobarse si la ley andaluza dispone su aplicación retroactiva, (y no hablo aquí de la retroactividad de grado máximo antes aludida) y caso afirmativo, si ello respeta o por el contrario vulnera la Constitución Española, la cual no solo prohíbe sancionar conductas con normas que no estaban vigentes al tiempo de aquéllas, sino que también prohíbe taxativamente (art 9.3) la retroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales, (si bien las meras expectativas no lo son). Y, como establece la doctrina del Tribunal Constitucional, de entre las distintas interpretaciones posibles que admita una norma, el jurista ha de decantarse por aquélla que se acomode a los preceptos y principios constitucionales.

.- Pues bien, la ley no contiene ninguna disposición transitoria al respecto que prevea una aplicación retroactiva, ni siquiera de grado medio o mínimo.

En principio, ello no haría falta si de su articulado se dedujese que tal ley tuviera por objeto actuar también sobre los efectos futuros de las relaciones jurídicas preexistentes, esto es, de las relativas a viviendas calificadas con anterioridad. Pero ocurre que la delimitación que hace de su objeto parece ceñirse sólo a relaciones jurídicas relativas a viviendas que sean calificadas como protegidas en el futuro.

En efecto, en su articulado ordinario, se precisa acudir al concepto legal definido en el art 2.

"Artículo 2. Concepto. 1. Se entiende por vivienda protegida, a efectos de la presente Ley, la que cumpla las condiciones de uso, destino, calidad, precio de venta o alquiler y, en su caso, superficie y diseño, establecidas en esta Ley y en las demás disposiciones que resulten de aplicación y sean calificadas como tales por la Consejería competente en materia de vivienda".

Con esta último requisito, podemos claramente descartar su aplicación a viviendas protegidas anteriormente calificadas, no por la Administración autonómica andaluza, sino por la Administración del Estado.

Y el doble requisito de cumplir esta ley y que "sean calificadas" como tales, (forma verbal pasiva del verbo "calificar") (nótese que no dice "sean o hayan sido calificadas") indica en su interpretación verbal y gramatical la necesidad de una acción futura, esto es, que tras la ley, la vivienda sea objeto de calificación oficial como protegida, con lo cual el propio artículo parece excluir la aplicación de la nueva ley a las viviendas que "hayan sido" calificadas como protegidas con anterioridad a ella.

Con ello, no estoy afirmando que la ley no hubiera podido proclamar su aplicación a viviendas calificadas con anterioridad (que sí que podía).

Lo que afirmo es que en su redacción vigente, parece más bien que proclama expresamente lo contrario, aunque quizá ello puede obedecer más a un defecto de redacción, que a una voluntad clara del legislador.

NORMATIVA POSTERIOR A LA LEY:

Quizá porque esa irretroactividad que parece resultar del texto legal no casaba bien con la finalidad de la norma, ha sido por lo con posterioridad a la ley se han producido diversos pronunciamientos, con distinto rango jerárquico normativo, que vienen a aclarar cuestiones de derecho transitorio, e incluso a proclamar abiertamente cierto grado de retroactividad.

.- La Instrucción de 29 de diciembre de 2005 de la Dirección General de Arquitectura y Vivienda:

Declara que para las VPO acogidas a regímenes anteriores al RDL de 31 octubre de 1978, no procede hacer las comunicaciones del art 12 de la ley ni procede el tanteo y retracto de dicho artículo.

.- la Orden de 20/1/2006 de la Consejería de Obras Públicas (Junta de Andalucía) en contra de la argumentación que se acaba de defender sobre la no aplicación de la nueva ley a viviendas calificadas con anterioridad, **sí** prevé expresamente lo siguiente:

1.- En cuanto al régimen de comunicaciones:

Impone a transmitente y adquirente, para comprobar el cumplimiento de los requisitos legales de precio máximo y condiciones del adquirente, la obligación de efectuar las comunicaciones a que se refiere el art 12 de la ley para toda vivienda calificada conforme al Real Decreto de 31 de octubre de 1978, con independencia de que exista o no el tanteo y retracto.

2.- En cuanto a los derechos de tanteo y retracto:

Establece la **posibilidad de ejercicio del tanteo y retracto respecto de viviendas protegidas calificadas con arreglo a los planes Andaluces de Vivienda** (calificadas al amparo del I Plan Andaluz de vivienda 1992-1995 aprobado por decreto de 7/7/92, y posteriores),

Introduce dos excepciones:

Transmisiones entre parientes hasta el segundo grado de consanguinidad

Transmisiones entre condueños de cuotas indivisas.

3.- En cuanto a los precios máximos y condiciones de los adquirentes:

Aprueba unas tablas de equivalencias para el calculo de los ingresos máximos de los adquirentes, y del precio máximo de venta.

4.- En cambio, la orden no contiene pronunciamiento alguno respecto de la posible aplicación retroactiva de la prohibición de disponer prevista en la ley 13/2005.

Comentario: no cabe decir que esta Orden de la Consejería sea una "interpretación auténtica" de la ley, pues sólo es interpretación auténtica la que haga el legislador (Parlamento de Andalucía), aclarando o completando la ley, y no la que haga una Consejería concreta de la Junta de Andalucía, que además es parte interesada en la interpretación del ámbito de aplicación de un derecho legal en su favor y en perjuicio del ciudadano que es o quiere ser propietario de vivienda protegida..

La Consejería de Vivienda que dictó la orden ni siquiera goza de habilitación normativa para el desarrollo o complemento de la ley 13/2005, pues la disposición final 4ª de ésta encomienda tal tarea al Consejo de Gobierno, y no a una Consejería.

.- Y finalmente, siguiendo la línea marcada por la Orden que acabamos de comentar, en ejercicio de la habilitación normativa citada, se ha aprobado y publicado en el BOJA de 8/8/2006 el **Decreto 149/2006 de 25 de julio, por el que se aprueba el REGLAMENTO DE VIVIENDA PROTEGIDAS** de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que entró en vigor al día siguiente de su publicación, que viene a consolidar el criterio apuntado por la citada orden de la Consejería de Vivienda..

A diferencia de la ley que desarrolla, ley 13/2005, (que por carecer de disposiciones transitorias y por su propia redacción parecía no ser aplicable a viviendas calificadas antes de la ley) el Reglamento SÍ TIENE UNA DISPOSICIÓN TRANSITORIA CLARIFICADORA:

Disposición transitoria primera. Régimen de las segundas o posteriores transmisiones de las viviendas calificadas como protegidas a la entrada en vigor de este Decreto.

1. Las segundas o posteriores transmisiones de las viviendas que ya estuvieran calificadas como protegidas a la entrada en vigor del presente Decreto se ajustarán a lo dispuesto en el Capítulo IV del Título I del Reglamento de Viviendas Protegidas que se aprueba por este Decreto.

Conforme a lo previsto en el artículo 26.2 del Reglamento, si el programa al que esté acogido la vivienda estableciera un plazo inferior a los diez años para la segundas o posteriores transmisiones, transcurrido el citado plazo se podrá transmitir la vivienda.

2. Los derechos de tanteo y retracto legal se ajustarán al siguiente régimen, en función del Plan por el que se calificó la vivienda:

a) En relación con las transmisiones de viviendas protegidas que hayan sido calificadas al amparo de la normativa del III Plan Andaluz de Vivienda y Suelo 1999-2002, aprobado

por Decreto 166/1999, de 27 de julio, y del vigente Plan Andaluz de Vivienda y Suelo 2003-2007, aprobado por Decreto 149/2003, de 10 de junio, los derechos de tanteo y retracto se podrán ejercer de acuerdo con lo dispuesto en el Capítulo II del Título III del Reglamento de Viviendas Protegidas.

b) En relación con las transmisiones de viviendas protegidas que hayan sido calificadas al amparo de la normativa del I Plan Andaluz de Vivienda 1992-1995, aprobado por Decreto 119/1992, de 7 de julio, y del II Plan Andaluz de Vivienda 1996-1999, aprobado por Decreto 51/1996, de 6 de febrero, sólo se ejercerá el derecho de retracto legal cuando se incumplan los requisitos de la transmisión.

Comentario: De esta disposición transitoria resultan varias conclusiones:

La remisión a lo dispuesto en el capítulo IV del Título I, supone en principio, aplicar el regimen de requisitos de tiempo (prohibición de disponer), destino, precio, adquirente, y régimen de comunicaciones, así como los derechos de tanteo y retracto.

1ª.- En cuanto al tanteo y retracto previsto en la nueva ley y desarrollado por el nuevo reglamento:

Es plenamente aplicable a todas las viviendas protegidas calificadas por la Consejería competente de la Junta de Andalucía, incluso a las calificadas antes de la ley conforme a los planes andaluces de vivienda (De 1992 en adelante). De donde se puede deducir, a sensu contrario, que no es aplicable a las viviendas calificadas con anterioridad a dichos planes.

Y dentro de tales planes andaluces (cuatro hasta la fecha), resulta que para las de los dos primeros planes el derecho de retracto sólo procede de manera reglada (cuando se hubieran incumplido los requisitos de la transmisión, a modo de respuesta-sanción por el incumplimiento). Por esa razón no cabe el tanteo, sino sólo, en su caso, el retracto

En cambio, para las calificadas con arreglo al tercero y cuarto (y vigente) plan, el derecho es de ejercicio discrecional, y por eso cabe tanto el tanteo como el retracto.

Y, en consecuencia, interpreto que las VPO calificadas antes de 1992, no están sujetas al tanteo y retracto de la ley andaluza, porque no encajan en el concepto de vivienda protegida del art 2 de la ley y art 2 del reglamento. Y es precisamente por eso, que ni la Orden de 20/1/2006 ni el Reglamento de 27/7/2006 dicen nada acerca de cuándo se podrá ejercer un derecho que no existe.

2ª.- En cuanto a la prohibición de disponer, se dice expresamente que *"si el programa al que esté acogido la vivienda estableciera un plazo inferior a los diez años para la segundas o posteriores transmisiones, transcurrido el citado plazo se podrá transmitir la vivienda".*

De hecho, en planes andaluces de viviendas, el plazo de la prohibición de disponer es siempre inferior al previsto en la ley y el reglamento, pues el de la ley dura diez años desde cada sucesiva transmisión, (es decir, que la prohibición puede renacer varias veces, y por tanto, durar en total mucho más de diez años), mientras que el plazo de la prohibición de disponer de los programas existentes hasta hoy sólo dura diez años desde la fecha del préstamo cualificado en su caso, y por tanto, transcurrido este plazo único de diez años, ya no existe ni puede nacer ninguna nueva prohibición de disponer. Por tanto, como dice el propio reglamento, "transcurrido el citado plazo se podrá transmitir la vivienda".

Por tanto, considero que la nueva y rigurosa prohibición de disponer intervivos prevista en la ley durante 10 años desde cada sucesiva adquisición de la vivienda no será aplicable a viviendas calificadas con anterioridad.

Sólo será aplicable, en su caso, la prohibición que registralmente pueda constar por nota marginal impuesta por el respectivo programa andaluz de vivienda, por plazo de 5 años, o de 10 años (según el programa) pero siempre a contar, y por una sólo vez, desde la fecha de préstamo cualificado.

3ª.- Para el Reglamento, a la hora de decidir la aplicación o no de la nueva ley, lo determinante es sólo la fecha de la calificación de la vivienda protegida, y no la fecha de la adquisición de la misma.

Para entender mejor la disposición transitoria que estamos comentando, debemos comparar:

Lo que el reglamento podía haber dicho.

Lo que efectivamente ha dicho.

O en otros términos, valorar si utiliza como punto de conexión de la norma transitoria una conexión de carácter, digamos, "personal" (la fecha de la adquisición por cada adquirente) o uno de carácter "real" (la fecha de la norma a cuyo amparo se calificó la vivienda como protegida).

En cuanto al tanteo y retracto:

Legal y constitucionalmente, el reglamento (como la propia ley) podía perfectamente decidir aplicar el tanteo y retracto a las nuevas transmisiones que se efectúan tras su entrada en vigor de cualesquiera viviendas existentes con anterioridad (con independencia de cuándo se calificaron, y de quién las calificó).

Incluso, en pura hipótesis, podría haber aplicado derechos legales de tanteo y retracto a viviendas protegidas de precio libre, o incluso a viviendas libres. (con la salvedad que que en tales casos, los derechos habría de ejercitarse por el precio real de la transmisión).

Y es que el establecimiento de nuevos derechos legales de adquisición preferente, que no es ni privación de derechos adquiridos, ni siquiera de expectativas de transmisión, sólo tiene como límite el que hemos llamado punto de conexión "personal", esto es, no afectar a transmisiones ya realizadas antes de la nueva norma, pero no tiene legal ni constitucionalmente ningún otro límite de tipo "real", ya que puede afectar a cualesquiera viviendas preexistentes.

Pues bien, de entre tales opciones, el reglamento se ha decantado por:

Aplicar los derechos de tanteo y retracto sólo a las nuevas transmisiones de viviendas calificadas con arreglo a algún plan andaluz de viviendas (desde 1992 hasta ahora), y no a las calificadas con anterioridad.

Incluso restringe aún más, pues dispone que respecto de los dos primeros planes de vivienda, no existe el tanteo, sino sólo el retracto.

En cuanto a la prohibición de disponer:

Legalmente sí podía aplicar la prohibición de disponer de 10 años a todo aquél que adquiriera después de la ley una vivienda protegida calificada antes. (Pues ello no supondría siquiera retroactividad en sentido propio, ni merma ningún derecho, ni siquiera ninguna expectativa, ya que el que adquiere conoce las reglas de juego, y lo haría sabiendo que no va a poder volver a transmitir hasta dentro de 10 años desde su adquisición.

Pero, al amparo de la reforma legal que permitió al reglamento introducir excepciones, el citado reglamento da prevalencia a lo que a este respecto disponga el programa bajo el que se calificó la vivienda, por lo que sólo será aplicable, en su caso, la prohibición que pueda haber impuesto el correspondiente programa, (que como vimos, en el peor de los casos, sólo dura 10 años desde el préstamo inicial) pero no la general de 10 años computada de desde cada nueva adquisición.

En cuanto al régimen de comunicaciones:

No tendría nada de particular que una norma, de cualquier rango, impusiera al transmitente y al adquirente la obligación de efectuar determinadas comunicaciones previas o posteriores a la Administración encargada de velar por el cumplimiento de los requisitos propios de las viviendas protegidas.

Y por tanto, la simple Orden de 20/1/2006, podía hacerlo, y lo hizo, respecto de toda vivienda calificada al amparo del RDL de 1978, con independencia de que existiera o no el derecho de tanteo y retracto.

El problema viene cuando a la imposición de tal obligación se pretenda anudar como consecuencia que su incumplimiento reciba las severísimas sanciones que preve la nueva ley: multa de hasta 120.000 euros, imposibilidad de documentación pública e inscripción, y nulidad de pleno derecho.

Para ello, se haría preciso que así lo disponga la propia ley, y no un simple decreto, ni menos aún, una simple orden.

Además, si resulta que para viviendas calificadas antes de los planes andaluces (antes de 1992), no hay tanteo ni retracto (como ya hemos visto), ni prohibición de disponer (pues la de 10 años desde el préstamo ya habría expirado), no tiene mucho sentido imponer la sujeción a un régimen de comunicaciones sancionado tan gravemente.

Por análogo motivo, considero que la nota marginal a que alude el art 15.2 del Reglamento, expresiva de las limitaciones a la facultad de disponer y derechos de tanteo y retracto, no debería nunca ponerse en viviendas calificadas antes de los planes andaluces de vivienda, pues registralmente, aunque algunos registradores sostienen que prefieren “pecar por exceso” que por defecto, creo que el pecado es grave, pues nunca se debería hacer constar de oficio en el historial registral unas prohibiciones y unos derechos de tanteo y retracto que en realidad no

existen (como se ha defendido en este trabajo respecto de viviendas anteriores a 1992) o que, cuando menos, su existencia es dudosa y no debe quedar alegremente prejuzgada y condenada por una nota marginal poco meditada.

CONCLUSIÓN FINAL:

La ley y reglamento que comentamos merecen una valoración indudablemente positiva en cuanto que abordan con mayor seriedad y rigor que la normativa anterior una materia tan delicada e importante desde el punto de vista no sólo económico, sino sobre todo, de justicia social.

Pero considero que adolecen de cierta desmesura y falta de contención al no haber sabido limitar las restricciones que imponen a los ciudadanos a las estrictamente imprescindibles para servir a la finalidad perseguida. En efecto, en determinados aspectos, han favorecido innecesariamente la complejidad burocrática (comunicaciones complejas y duplicadas), o aplicado sanciones fuera de lugar (nulidad de pleno derecho por la mera omisión de comunicaciones), o mermando en alguna medida la seguridad jurídica (régimen transitorio confuso y sin rango legal, sino sólo reglamentario).

Probablemente, se podía haber sido incluso más eficaz en la consecución de los fines propuestos, (mantener la finalidad a la que han de servir las viviendas protegidas durante todo el régimen legal), pero aplicando medidas restrictivas más escasas en número y seleccionadas para cada supuesto en función de la finalidad concreta a la que pretenden servir.

Por ejemplo: se hubiera podido llegar más lejos, pero con menos incertidumbres, complejidades, e inseguridades, si la ley hubiera impuesto, con claridad:

.- La existencia de tanteo y retracto para toda transmisión que se produzca a partir de su entrada en vigor de cualquier vivienda que sea calificada o estuviera ya calificada, y sujeta a precio máximo. (La ley y el reglamento se han quedado cortos, al excluir las calificadas antes de 1992).

- .- Prohibición de transmitir durante 10 años a todo el que adquiriera a partir de la ley. (De nuevo se han quedado cortos, pues tanto la ley, que se remite al reglamento, como el reglamento, que se remite a los programas, permiten que se fije una prohibición inferior, con lo cual, la inicial prohibición legal de 10 años, no sólo ha quedado “deslegalizada” , sino incluso, “desreglamentada”, al darse prevalencia a lo que disponga el correspondiente programa).
- .- Obligación notarial de remitir copia de toda transmisión que autorice. (Lo cual suple perfectamente cualquier omisión del transmitente o adquirente, y permite a la Administración reaccionar, requiriendo a las partes información adicional, y ejercitar sus potestades).
- .- Anotación preventiva de la iniciación de cualquier expediente administrativo tendente a producir una modificación jurídico real (p ej, aplicar también al tanteo y retracto lo dispuesto para el derecho de adquisición preferente).
- .- Nulidad de pleno derecho e imposibilidad de inscripción registral sólo en caso de vulneración de prohibición de transmitir (ej 10 años) o de la prohibición absoluta de adquirir (ejemplo, personas jurídicas que pretendan adquirir viviendas calificadas para venta).
- .- Todos los demás incumplimientos debieran ser sólo objeto de sanción administrativa, sin implicar consecuencias civiles, notariales, ni registrales.