

Expte. DII-920/2001-11 y otros

**EXCMO. SR. CONSEJERO DE OBRAS
PÚBLICAS, URBANISMO Y TRANSPORTES
DIPUTACIÓN GENERAL DE ARAGÓN
Edificio Pignatelli
50004 ZARAGOZA**

ANTECEDENTES

Primero.- Han tenido entrada en esta Institución escritos de queja que han quedado registrados con los números de referencia arriba expresados referentes a la tramitación de la descalificación voluntaria de viviendas de Protección Oficial.

El motivo común de la queja es la modificación del criterio aplicado a las solicitudes de descalificación voluntarias desde el 1 de agosto de 2001, fecha en que se inició la aplicación de la Circular de la Dirección Gerencia del I.S.V.A de 24 de julio de 2001, confirmada por Circular de 24 de septiembre de 2001.

Hasta el 1 de agosto de 2001, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 145 y siguientes del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial aprobado por Decreto 2114/1968 de 24 de julio, el procedimiento establecido y la información que se facilitaba a los ciudadanos era la siguiente:

La descalificación voluntaria de una vivienda de Protección Oficial se solicita en impreso facilitado por el I.S.V.A., acompañado de fotocopia de la escritura de propiedad, certificado del Registro de la Propiedad de titularidad y libertad de cargas, declaración suscrita por el propietario de que la descalificación no ocasiona perjuicio para terceros y que la vivienda no se encuentra alquilada, y en su caso certificado de la entidad de crédito indicando la cuantía de la subsidiación concedida por el Ministerio en los intereses del préstamo y en el que conste la fecha de la cancelación del préstamo.

Una vez acreditada la devolución de los beneficios obtenidos a la administración concedente (al Ministerio de Fomento, la subsidiación de intereses y subvención a fondo perdido en su caso; al Ayuntamiento bonificación de plusvalía y parte proporcional de la bonificación de licencia de obras; a la Dirección General de Tributos de la D.G.A. Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados) el Servicio Provincial resolvía favorablemente concediendo la descalificación de la vivienda.

Segundo.- La circular de la Dirección Gerencia del I.S.V.A. de 24 de julio de 2001 sobre descalificación de viviendas y autorización de ventas, señala en el apartado 1 que..."En la práctica totalidad de los casos la única causa por la que se solicitan las descalificaciones es poder vender sin los límites de precio que impone el régimen de viviendas protegidas y a la vista de las circunstancias concurrentes, se estima conveniente que a partir de esta fecha, no se descalifiquen viviendas sujetas a algún régimen de protección pública".

Tercero.- Las quejas presentadas pueden agruparse en los siguientes supuestos:

1. - Solicitudes de descalificación voluntaria presentadas y tramitadas antes del 1 de agosto, en los que los solicitantes han reintegrado las ayudas y beneficios obtenidos en su día, y están pendientes de recibir la Resolución.

2.- Solicitudes de descalificación voluntaria presentadas y en tramitación en las que el trámite según manifiestan los interesados, se ha paralizado desde el 1 de agosto de 2001. En algunos casos, los solicitantes han ingresado parte de los beneficios obtenidos en su día, pero no la totalidad de ellos, por no haber recibido, por parte de las Administraciones competentes, las correspondientes liquidaciones del préstamo, subsidiación de intereses, subvención, impuesto de transmisiones patrimoniales etc..

3.- Interesados en presentar la solicitud de descalificación de viviendas que se informaron sobre los trámites a realizar y sobre el procedimiento para su tramitación, y al ir a presentar la solicitud con fecha posterior al 1 de agosto de 2001 han sido informados de que desde el 1 de agosto de 2001, no se concede ninguna descalificación voluntaria y en los casos en que ha sido solicitada, les ha sido remitida Resolución de denegación basada en que la descalificación puede concederse con carácter discrecional y siempre que no se deriven perjuicios para terceros, y dada la situación actual del mercado de la vivienda, se hace necesaria una actuación administrativa encaminada a proteger el interés público y el mantenimiento en el mercado de un volumen de viviendas de Protección oficial que haga frente a la amplia demanda existente.

4.- Ciudadanos propietarios de viviendas de Protección Oficial, que sin haber presentado solicitud de descalificación, consideran injusta esta medida.

Con independencia del supuesto en que esté comprendidos cada uno de ellos, coinciden en manifestar que se han visto sorprendidos por el cambio de criterio, que no existe por su parte intención de especular, y que la causa por la que desean solicitar la descalificación y vender su vivienda a precio libre, es la necesidad de adquirir una nueva vivienda adecuada a sus necesidades por haber variado sus circunstancias familiares, laborales o composición familiar. Al haberse actualizado los precios máximos de venta de las viviendas de protección oficial muy por debajo del I.P.C., el desfase existente entre el precio limitado y el de la nueva vivienda a adquirir hace inviable la compra, por la desproporción existente entre los precios de venta de una y otra y por otra parte tampoco encuentran en el mercado viviendas de protección oficial que puedan adquirir.

En muchas de las quejas se plantea que a la vista de la información facilitada por el Instituto del Suelo y la Vivienda de Aragón sobre los trámites y criterio habitual de actuación de concesión de la descalificación voluntaria, a petición del interesado y previa devolución de los beneficios obtenidos y sus intereses legales, habían firmado contratos de compraventa de viviendas contando para su adquisición con la reinversión en la misma del importe de la venta de su vivienda, ante la modificación del criterio se encuentran en una situación que puede producirles importantes trastornos y perjuicios económicos e incluso se encuentran con la situación de que no pueden hacer frente a su pago y si resuelven el contrato tienen cláusulas de penalización que les haría más gravosa la situación.

Cuarto.- Admitidas las quejas a trámite se solicito información al Consejero de Obras Públicas Urbanismo y Transportes sobre la referida cuestión, y concretamente sobre:

1º. -Cuál es la normativa aplicable a los citados procedimientos.

2º. - En qué estado de tramitación se encuentran los procedimientos de solicitud de descalificación voluntaria iniciados.

3º. - Desde qué fecha y en virtud de qué norma no se tramitan ni se conceden descalificaciones voluntarias de Viviendas de Protección Oficial.

Quinto.- Con fecha 3 de diciembre de 2001, se ha recibido contestación del Director Gerente del I.S.V.A. en la que manifiesta que:

1º. - La tramitación de los expedientes de descalificación es competencia de los Servicios Provinciales del departamento, que actúan, en este supuesto concreto, siguiendo las instrucciones dadas por este centro directivo mediante Circular de 24 de septiembre de 2001, que confirma otra de 24 de julio.

Según información remitida por los citados Servicios, a fecha 16 de noviembre de 2001, en los Servicios Provinciales de Huesca y Teruel hay un expediente pendiente de resolución en cada uno de ellos.

En cuanto al Servicio Provincial de Zaragoza, debido al elevado número de expedientes que se han presentado en estas últimas fechas, en estos momentos tienen acumulados varios expedientes pendientes de tramitación, que están siendo resueltos conforme a las instrucciones dictadas por esta Dirección Gerencia. Sirva a título indicativo que desde el 1 de agosto, fecha en la que se inició la aplicación de la Circular de 24 de julio sobre el tema, se han resuelto 208 expedientes. En estos momentos existen 23 solicitudes presentadas durante el año 2001 que no se han resuelto porque falta algún requisito para ello.

2º. - La normativa aplicable a los procedimientos de descalificación voluntaria de viviendas de Protección oficial de promoción privada está regulada en los artículos 147 y siguientes del todavía vigente Decreto 2114/1968, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de viviendas de Protección Oficial, en el que se señala que los propietarios de viviendas de Protección Oficial, podrán pedir la descalificación voluntaria de sus viviendas, que podrá concederse con carácter discrecional y siempre que de ella no se deriven perjuicios para terceros.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 149 del citado decreto, la descalificación a petición del interesado requiere la tramitación del correspondiente expediente, en el que se acreditará el reintegro de la totalidad de los anticipos, préstamos, subvenciones y primas, incrementados con sus intereses legales.

3º. - Con respecto a desde qué fecha y en virtud de qué norma no se tramitan ni se conceden descalificaciones voluntarias de Viviendas de Protección Oficial, todas las solicitudes presentadas se tramitan en los Servicios Provinciales de este Departamento.

En fechas recientes se ha observado un aumento considerable en el número de solicitudes de descalificación de viviendas protegidas sin más justificación que la de vender por encima de los topes de precios que impone el régimen de viviendas protegidas, motivo por el cual, a la vista de las

circunstancias concurrentes, se han dictado varias circulares de fecha 24 de julio y 24 de septiembre de 2001, en las que se estima conveniente no conceder mas descalificaciones, con el objeto de intentar controlar que las citadas transmisiones no vulneren la finalidad de este tipo de viviendas, es decir, la existencia en el mercado de viviendas a precio tasado destinadas a familias con escasos recursos económicos.

Evidentemente, en el caso de expedientes iniciados antes de las citadas Circulares en los que se ha comprobado que se reunía todos los requisitos previstos en la legislación vigente, se ha procedido a su estimación.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERA.- Estudiado el contenido de la queja y analizados los informes remitidos se pone de manifiesto que hay tres situaciones distintas:

1ª. - Las solicitudes presentadas antes de las citadas Circulares, en las que se han reintegrado las ayudas y beneficios obtenidos en su día, y están pendientes de recibir la Resolución, según manifiesta el Director Gerente en su escrito han sido estimadas.

2ª. - Las solicitudes presentadas antes del 1 de agosto de 2001 y en tramitación. En algunos casos los solicitantes, incluso han ingresado a las Administraciones concedentes parte de los beneficios obtenidos en su día (anticipos, préstamos, subvenciones, exenciones y bonificaciones tributarias) pero no la totalidad de ellos, por no haber recibido las correspondientes liquidaciones. Los interesados manifiestan que se ha paralizado el procedimiento desde dicha fecha

En ese caso hay que entender que según la Circular de 24 de julio en la que se manifiesta que **“la instrucción no afectará a los procedimientos en trámite”**, continúa su tramitación. En el momento en que se compruebe que se reúnen todos los requisitos previstos y que se han reintegrado la totalidad de las ayudas y beneficios obtenidos se procederá a su estimación.

3ª. - Que comprende al grupo de interesados en presentar la solicitud de descalificación de viviendas que se informaron anteriormente sobre los trámites a realizar, y que al ir a presentar la solicitud con fecha posterior al 1 de agosto de 2001 fueron informados que desde el 1 de agosto de 2001 no se concede ninguna descalificación voluntaria

En este grupo están también aquellos en que habiendo solicitado la descalificación con posterioridad a la referida fecha, les ha sido remitida resolución denegatoria.

En estos dos casos la resolución se basa en que la descalificación puede concederse con carácter discrecional y siempre que no se deriven perjuicios para terceros. Considera la Administración que teniendo en cuenta la situación actual del mercado de la vivienda se hace necesaria una actuación administrativa encaminada a proteger el interés público y el mantenimiento en el mercado de un volumen de viviendas de Protección Oficial. Se pretende con ello hacer frente a la amplia demanda de viviendas de Protección Oficial. También se debe tener en cuenta a aquellos ciudadanos que sin haber presentado solicitud de descalificación, consideran injusta esta medida.

Habiéndose resuelto de forma favorable a los solicitantes los dos primeros supuestos, pasamos a continuación a estudiar esta última situación.

SEGUNDA.-

1. - La Legislación de Viviendas de Protección Oficial regula dos mecanismos de extinción de la protección para las viviendas de promoción privada.

a). - Por término del plazo de protección. (30 años según establece art.1 del Real Decreto-Ley 31/ 1978)

b). - Por descalificación, que podrá ser acordada bien a petición del interesado o como consecuencia de acta de invitación, aceptada por éste, o bien por sanción en virtud del correspondiente expediente. Las viviendas de promoción pública en ningún caso pueden ser objeto de descalificación según dispone el artículo 47 del Real Decreto 3148/1978.

Los efectos de la extinción de la protección son distintos según la vía utilizada. El transcurso del plazo produce la pérdida de la condición de viviendas de protección oficial, sin necesidad de declaración especial, es un plazo de caducidad que funciona “ope legis”

Pero también puede extinguirse por un acto expreso de la Administración dictado de oficio (descalificación como sanción) o a instancia de parte (descalificación voluntaria).

2. - La descalificación de las viviendas de protección oficial es el acto administrativo en virtud del cual se priva a una vivienda de los beneficios otorgados por la ley protectora. Ello conlleva, la eliminación de las obligaciones que se producían por el otorgamiento de los citados beneficios, entre ellas la eliminación del límite del precio máximo de venta.

Está regulada en los artículos 147 y siguientes del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial, aprobado por Decreto 2114/1968 de 24 de julio, que prevé la descalificación de una vivienda de protección oficial a solicitud de su propietario, que podrá concederse con carácter discrecional y siempre que de ella no se deriven perjuicios para terceros, previo reintegro de la totalidad de los beneficios disfrutados, incluso los tributarios, incrementados con sus correspondientes intereses legales, y en su caso con la diferencia si existiera, entre el interés estipulado y el legal. De los beneficios disfrutados solo se excluye expresamente la bonificación de la contribución territorial urbana (actual I.B.I.)

3. - Si bien el artículo 147 ya citado dispone que la descalificación voluntaria podrá concederse con carácter discrecional y siempre que de ella no se deriven perjuicios para terceros, de las resoluciones emitidas por esa Administración se deduce que la concesión ha venido siendo automática durante años, una vez que se demuestra el cumplimiento de los requisitos exigidos.

4. - Nada hay que objetar, es más, nos parece plausible la finalidad, pretendida en las Circulares de la Dirección Gerencia del I.S.V.A., en cuanto que tratan de mantener en el mercado un volumen de viviendas protegidas que hagan frente a la amplia demanda de este tipo de viviendas.

Sin embargo, no parece adecuado que la modificación del criterio seguido hasta esa fecha por la Administración deba llevarse a cabo por medio de una Circular interna, que no tiene ni naturaleza de norma jurídica ni publicidad.

Como dice la STS S 3ª de 8 de mayo de 1.998, que cita entre otras muchas las STS de 20 de diciembre de 1.996 y 10 de febrero de 1.997 *"Las circulares no sirven para innovar el ordenamiento jurídico porque no forman parte del ordenamiento jurídico"*.

Como dice la STS S.3ª de 14 de febrero de 1.990 *"Las circulares internas solo pueden justificarse como instrucciones orientativas en el modus operandi más bien funcional o burocrático"*. Hace suya la

jurisprudencia del Consejo de Estado Francés en el sentido de que "A las circulares de interpretación no sólo les niega la condición de reglamentarias, sino que las reduce a meras instrucciones, por lo que les priva de acceso a la jurisdicción, que es tanto como negarles la condición de acto administrativo, lo que conlleva que su impugnación solo se puede plantear ante el acto que la asume y aplique". Este mismo criterio ha sido mantenido entre otras por sentencias del TS S 3ª de 16 de noviembre de 1.999 y 14 de septiembre de 1.998.

5. - Las Administraciones Públicas, según se establece en la Ley 4/1999 de modificación de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, deben respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima; máxime cuando dicha confianza se funda en signos o hechos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes que induzcan a aquel a confiar en la apariencia de legalidad que la actuación administrativa a través de actos concretos revela, moviendo a la voluntad de los administrados a realizar determinados actos, inversiones económicas, medios materiales y personales que después no concuerdan con la verdadera voluntad de la Administración.

6.1. - Frente a esto la Administración no puede ampararse en la cobertura que le da la norma cuando se refiere a que "a que no se deriven perjuicios para terceros", ya que se refiere a la existencia de legítimos intereses particulares concurrentes y concretos, como cuando se solicita a efectos de eludir la responsabilidad imputable de un infractor de la legislación sobre viviendas de protección oficial por hechos cometidos con anterioridad a la petición y no a intereses difusos, así lo ha entendido el Tribunal Supremo en las Sentencias 8 de mayo de 1990 y 15 de junio de 1993.

6.2. - Tampoco puede, a nuestro juicio, ampararse en la discrecionalidad que la ley le otorga, ya que esta para no caer en la arbitrariedad no puede ser contraria ni al principio constitucional de igualdad ante la ley, ni al de seguridad jurídica.

Como dice la STS 3ª sc. 2 de 11-03-1999 resulta obvio que la discrecionalidad concedida a la Administración no puede ser utilizada arbitrariamente contrariando el principio de buena fe o expectativa de obtener el porcentaje (de bonificación) en su grado máximo, con la consecuente vulneración del principio de no discriminación y de igualdad.

En este mismo sentido puede tenerse en cuenta la STS de 21 de septiembre de 1.999, que en aras al principio de igualdad, casa parcialmente una sentencia invocando la existencia de precedentes muy próximos para justificar un determinado criterio de valoración sobre ciertas expectativas.

6.3. - Hay que tener en cuenta que aunque algunos ciudadanos pueden utilizar este procedimiento para especular, puede haber otros, probablemente la mayoría, que necesitan vender su vivienda para comprar otra libre, ya que las viviendas nuevas de protección construidas son muy escasas en la última década. Es sabido que el aumento del precio de las viviendas libres es muy superior al de las protegidas, sin duda por causas no imputables al pequeño propietario.

6.4. - Utilizando, por último, un argumento de técnica jurídica pensamos que si el acogerse a este régimen de protección es voluntario, es posible su renuncia, en tanto que la ley no lo prohíba expresamente, se actúe en fraude de ley o con abuso de derecho; pero ni uno ni otro se presumen, hay que probarlos y deben de cumplir ciertos requisitos legales.

En este sentido se pronuncia J.M. Díaz Lema en la publicación Subvenciones y crédito oficial en España, Madrid, IEF, 1985, así como Angel L. Guillén Zanón y José Luis Zúñiga Molleda en los Comentarios a la Legislación de viviendas de Protección Oficial, Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, ya que la voluntariedad que caracteriza al régimen de viviendas de protección oficial obliga a interpretar que “tan voluntario debe ser incorporarse al sistema de protección establecido para estas viviendas, como abandonar este sistema protectorio y sus limitaciones”, si con anterioridad se han devuelto las cantidades recibidas. Tan solo la existencia de derechos de terceros perjudicados o la limitación temporal del ejercicio de este derecho por parte de la legislación autonómica puede justificar la denegación de la solicitud de descalificación.

7. - Por todo ello nos parece necesario que se aborde el problema a solucionar utilizando una norma con rango legal, como se ha hecho al publicar el Real Decreto 115/ 2001 de 9 de febrero por el que se modifica el Real Decreto 1186/1998 de 12 de junio, sobre medidas de financiación de actuaciones protegidas en materia de vivienda y suelo del Plan 1998-2001, en su artículo 12.4 establece expresamente, que 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 definitiva de las mismas. Esta limitación debe hacerse constar expresamente en las escrituras de compraventa, adjudicación o declaración de obra nueva, y en la escritura de formalización del préstamo hipotecario, a efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad.

8. - También se ha actuado así en Baleares y en Navarra. La primera publicando el Decreto 245/1999 de 26 de noviembre, que en su artículo 8 establece el límite de 10 años desde la calificación definitiva. La segunda en el artículo 148.1 del Decreto Foral 287/1998 de 28 de septiembre de la Comunidad Autónoma de Navarra, en la redacción dada por el Decreto Foral 621/1999 de 20 de diciembre establece la prohibición de solicitud de descalificación voluntaria de V.P.O. durante los primeros 12 años desde la calificación Definitiva.

El citado Real Decreto exige que esta limitación se haga constar en las escrituras de venta o adjudicación, en la declaración de obra nueva y en la escritura de formalización del préstamo hipotecario a efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad, de forma que quede garantizado el general conocimiento y cumplimiento.

9. - En la nueva norma, que a nuestro juicio debe regular la materia, es donde se debe plantear y resolver ciertas cuestiones que requieren un amplio debate y un detenido estudio técnico jurídico. Apuntamos las siguientes: momento de nacimiento del derecho a obtener la descalificación, su extensión, límites, normas transitorias y en su caso el grado de retroactividad que se pretenda.

10. - El Gobierno de Aragón tiene la competencia exclusiva en materia de vivienda de conformidad con lo establecido en el artículo 35, 7ª del Estatuto de Autonomía.

Por todo ello y en virtud de las facultades que me confiere la Ley 4/1985 de 27 de junio reguladora del Justicia de Aragón, me permito formularle la siguiente

RECOMENDACIÓN

Primera.- Que con objeto de proteger el interés público; fomentar y mantener en el mercado viviendas de protección oficial, que hagan frente a la amplia demanda existente y teniendo en cuenta que el acceso a una vivienda

digna es un derecho reconocido en la Constitución y que los poderes públicos deben promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes para hacer efectivo ese derecho, **es necesario que se regule en una norma legal el procedimiento y los requisitos necesarios para la descalificación de las viviendas de protección oficial.**

Segunda.- Que en tanto no se publique una norma que regule la materia, por aplicación de los principios constitucionales de igualdad ante la ley y de seguridad jurídica, se deben de continuar resolviendo los expedientes y las peticiones en ellos formuladas con los mismos criterios que hasta ahora se venían manteniendo.

Agradezco de antemano su colaboración y espero que me comunique si acepta o no la **RECOMENDACIÓN** formulada, así como, en caso negativo, las razones que se estimen para su no aceptación.

9 de Enero de 2002

EL JUSTICIA DE ARAGÓN

FERNANDO GARCÍA VICENTE