



---

## **VOTO PARTICULAR**

---

### **VOTO PARTICULAR DE LOS VOCALES JOSE MARÍA MACIAS CASTAÑO, JUAN MARTÍNEZ MOYA, MARIA ANGELES CARMONA VERGARA Y NURIA DIAZ ABAD AL ACUERDO ADOPTADO POR EL PLENO DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL EN SU REUNIÓN DEL DÍA 24 DE NOVIEMBRE DE 2016, EN EL PUNTO I-7º DEL ORDEN DEL DÍA**

Los Vocales que suscriben, al amparo de lo dispuesto en el art. 631.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formulan voto particular al acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ) en su reunión del día 24 de noviembre de 2016, en el punto del orden del día I-7º, para que se adjunte al acta.

### **HECHOS**

**Primero.-**El 20 de julio de 2016 se recibió en el Servicio de Estudios e Informes la petición de informe al texto del Anteproyecto de Ley por la que se establece el derecho de tanteo y retracto en desahucios de viviendas en Andalucía. El 29 de septiembre de 2016 el informe elaborado por la Vocal ponente Pilar Sepúlveda García de la Torre fue llevado al Pleno celebrado en dicha fecha para su aprobación, si procede, y fue retirado del orden del día para proceder a un estudio más profundo y para que, en su caso, se realizasen observaciones por parte de los Vocales.

**Segundo.-** El 16 de octubre de 2016 el Vocal Jose María Macías Castaño mediante correo electrónico planteó una serie de observaciones. También en esa misma fecha la Vocal Nuria Díaz Abad remitió sus observaciones al texto del borrador de informe del anteproyecto.

**Tercero.-** El 27 de octubre se llevó nuevamente al Pleno y fue retirado del orden del día por asentimiento, al no hallarse presente la Vocal ponente por



razón de enfermedad. Finalmente, el 24 de noviembre de 2016 se llevó nuevamente al Pleno, siendo aprobado por mayoría de votos, con el voto en contra de ocho Vocales, entre ellos los cuatro que suscriben este voto particular.

### **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

Expresando ante todo nuestro respeto a la conclusión alcanzada por la mayoría del Pleno, que ha aprobado el informe sobre el anteproyecto de Ley por el que se establece el derecho de tanteo y retracto en desahucios de viviendas en Andalucía, tenemos que expresar también nuestra discrepancia por las razones que se contienen en el presente voto particular.

Vaya por delante que nuestra objeción no tiene que ver con la calidad y desarrollo del informe, que es tan impecable como siempre y a la que nos tiene acostumbrados el Servicio de Estudios e Informes del Consejo, sino, en primer lugar, con el alcance del informe, que entendemos que se sitúa fuera de nuestro marco competencial.

La solicitud de informe de la Junta de Andalucía es ciertamente muy limitada, y circunscrita al art. 78.1 del anteproyecto, referido al deber que se impone a los órganos judiciales de comunicar a la Administración autonómica las adjudicaciones resultantes en los procesos de ejecución hipotecaria de viviendas.

Naturalmente, no ponemos en cuestión que el alcance de nuestro informe no viene limitado por el preciso contenido de la solicitud, ya que no es la Administración solicitante la que determina el alcance de nuestra competencia consultiva, sino la LOPJ. Pero, precisamente porque es la LOPJ la que determina el alcance de nuestra competencia consultiva, es por lo que entendemos que nuestros informes no pueden extenderse a cualquier aspecto de los anteproyectos que se nos remitan, ni siquiera si así lo pide la Administración que dirige la solicitud -lo que, por cierto, no es el caso-, sino precisamente a aquellos que tengan que ver con el contenido y alcance de nuestra competencia en los términos que establece la LOPJ.

De manera reiterada hemos venido estableciendo en nuestros informes una justificación de su alcance que tiene que ver precisamente con lo que se acaba de exponer. Insistimos en que, de manera reiterada, hemos venido

---

*Voto particular de los Vocales José María Macías Castaño, Juan Martínez Moya, María Angeles Carmona Vergara y Nuria Díaz Abad al Acuerdo del Pleno de 24 de noviembre de 2016*



## **CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**

Vocalías

concluyendo que nuestra competencia consultiva se limita al análisis de "normas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales", porque esa es precisamente la delimitación del alcance de nuestra competencia consultiva que hace el art. 561.1.6º LOPJ, a lo que añadimos, con arreglo al principio de colaboración entre los órganos constitucionales, las cuestiones de técnica legislativa o de orden terminológico, con el fin de contribuir a mejorar la corrección de los textos normativos.

Esto es, en principio, lo que se expone en los apartados 3 a 5 del informe.

Sin embargo, en los apartados 8 y 9 se introduce un giro inesperado en nuestra doctrina para, con fundamento principalmente en los principios generales contenidos en el Título Preliminar de la Constitución (arts. 9 y 10 CE) y los principios rectores de la política social y económica (art. 47 CE), justificar, como se dice literalmente en el informe, un "análisis de conjunto de todo el proyecto normativo" (apartado 9), algo que, por más que se señale en el mismo párrafo que se situaría "dentro de la propia competencia y de los márgenes de ejercicio de la potestad de informe que ostenta este órgano de gobierno del Poder Judicial", en realidad lo excede con mucho. De hecho, el planteamiento del informe, que se separa de la doctrina que ha mantenido reiteradamente este Consejo, supone tanto como afirmar que su competencia consultiva se extiende a todo y cualquier aspecto que guarde alguna relación con algún precepto de la Constitución, lo que es tanto como decir que nuestra competencia consultiva se extiende a todo y cualquier asunto y en toda su extensión.

Solo desde la extensión que se hace de nuestro ámbito competencial fuera del marco definido por el art. 561.1.6º LOPJ pueden entenderse las amplias consideraciones que se hacen para afirmar la compatibilidad del proyecto con los arts. 149.1.8º y 149.1.13º CE, que anticipan e inciden en la opinión sobre un eventual conflicto de competencia entre la Comunidad Autónoma y el Estado en el que creemos que, sencillamente, no debemos entrar; o las igualmente amplias consideraciones sobre la valoración del resto del proyecto, que no encuentran amparo en las previsiones del tantas veces citado precepto de la LOPJ.

Dicho lo anterior, y sobre lo que a nuestro modo de ver, y conforme a lo razonado, debiera constituir el objeto del informe, añadimos:

---

*Voto particular de los Vocales José María Macías Castaño, Juan Martínez Moya, María Angeles Carmona Vergara y Nuria Díaz Abad al Acuerdo del Pleno de 24 de noviembre de 2016*

Acuerdo I.7º



## CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Vocalías

- Estimamos que el informe es acertado al analizar la corrección del art. 76.2 del anteproyecto en cuanto que, aun referido a una problemática competencial, esta guarda relación con la competencia en materia de legislación procesal, que es la materia que de manera precisa se señala por el art. 561.1.6º LOPJ como determinante del ámbito de nuestra función consultiva. Igualmente compartimos con el informe, y por las razones que en él se indican, que pudiera haberse incurrido en un exceso competencial que aconseja la supresión del precepto.

- Discrepamos de la afirmación que se hace en el informe respecto de las obligaciones que se imponen a los órganos judiciales en el art. 78.1 del anteproyecto (relativa a la obligación de remitir determinadas resoluciones a la Junta de Andalucía), que se consideran conformes con el marco competencial en la medida que se le niega carácter "procesal" y se le atribuye el de mero "coadyuvante". A nuestro modo de ver, lo que hace la norma es imponer obligaciones de colaboración al órgano judicial por razón del proceso y lo que en él se decida, de manera que la calificación de su función como "coadyuvante" de la Administración nos parece artificiosa, cuando menos si pretende presentarse como contrapuesta a su naturaleza procesal. Por otro lado, y si pretende negarse su carácter procesal y para plantearla como una colaboración de la Administración de Justicia con la Administración autonómica, entonces lo que cabría es cuestionarse que pueda ser la Administración autonómica la que imponga esa colaboración con carácter obligatorio, teniendo en cuenta la competencia exclusiva del Estado sobre legislación en materia de Administración de Justicia que impone el art. 149.1.5º CE.

En definitiva, el único precepto por el que se ha preguntado por la Administración solicitante del informe se sitúa fuera del marco competencial que le es propio conforme al art. 149.1.8 CE, y si se niega el carácter procesal de las obligaciones que se imponen en el mismo, no dejaría de ser un precepto que impone obligaciones de colaboración de la Administración de Justicia que, con arreglo al art. 149.1.5º CE, solo el Estado podría imponer. En cualquier caso, y habida cuenta de la materia a la que se refieren ambas consideraciones, entendemos que igualmente ambas se sitúan dentro de nuestro perímetro de análisis.

Por último, y aunque entendemos que la cuestión a la que seguidamente nos referiremos debiera haber quedado extramuros del presente informe,

*Voto particular de los Vocales José María Macías Castaño, Juan Martínez Moya, María Angeles Carmona Vergara y Nuria Díaz Abad al Acuerdo del Pleno de 24 de noviembre de 2016*

*Acuerdo I, 7º*



## **CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**

Vocalías

no podemos dejar de expresar que tampoco compartimos la conclusión alcanzada en el apartado 65 del informe en el sentido de que "la norma proyectada se muestra respetuosa con la competencias derivadas del artículo 149.1.13º" de la Constitución, toda vez que dicha conclusión se alcanza apoyándose en los votos particulares a una reciente sentencia de nuestro Tribunal Constitucional y no en la sentencia misma. Dicha sentencia - sentencia 93/2015, de 14 de mayo de 2015, referida a diversos preceptos del Decreto-Ley de Andalucía 6/2013, de 9 de abril, para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda - establece que "la adición por la norma autonómica de un nuevo mecanismo orientado a satisfacer esa misma situación de necesidad rompe el carácter coherente de la acción pública que el Estado articula con ese carácter como medio de obtener simultáneamente los dos objetivos de política económica indicados". La sentencia se refería, concretamente, a los objetivos del Estado al actuar sobre el sistema de ejecución hipotecaria: la situación de vulnerabilidad de las personas y el adecuado funcionamiento del mercado hipotecario.

El Tribunal Constitucional consideró en su sentencia que la norma impugnada constituye un obstáculo significativo para la eficacia de la medida económica que el Estado disciplina en la Ley 1/2013 y, por tanto, declaró que el legislador andaluz había ejercitado su competencia en materia de vivienda de modo que menoscababa la competencia exclusiva del Estado en materia de ordenación general de la economía. En este sentido hay que tener en cuenta que el Estado ha establecido un mecanismo, el Fondo Social de Viviendas (Disposición Adicional Primera de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, en la redacción dada por la Disposición Final Cuarta de la Ley 9/2015, de 25 de mayo), y que la intervención a nivel autonómico prevista en el anteproyecto de ley podría quebrar la respuesta coherente que el Estado ha diseñado.

En este sentido debe tenerse en cuenta que la regulación del Anteproyecto afecta al sistema de financiación hipotecaria que, más en nuestro país, puede considerarse una actividad económica básica, generando no pocas asimetrías con la legislación común.

Tal afectación se aprecia desde el momento en que la limitación de una de las facultades del dominio –la libre disposición de la propiedad inmobiliaria– que se proyecta sobre el adjudicatario de las viviendas que se encuentren en las áreas afectadas, implica una minusvaloración de la propia vivienda al menos a los efectos de acceder a la financiación hipotecaria. Es evidente

---

*Voto particular de los Vocales José María Macías Castaño, Juan Martínez Moya, María Angeles Carmona Vergara y Nùria Díaz Abad al Acuerdo del Pleno de 24 de noviembre de 2016*

*Acuerdo I.7º*



## CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Vocalías

que frente a un derecho de realización de valor como es, en su fase patológica, la hipoteca, el hecho de que quien finalmente resulta adjudicatario del remate pueda ver limitadas sus expectativas económicas degrada a origen el valor de la propia vivienda y sus posibilidades de financiación, pues, por otro lado, la titulación de este tipo de hipotecas para su colocación en el mercado secundario será prácticamente inviable. Ello resta posibilidades a su financiación hipotecaria en unos momentos en que el crédito se encuentra mucho más restringido que anteriormente.

Como consecuencia colateral, perjudicial sin duda para la ulterior puesta en el mercado de tales viviendas, es evidente que los adjudicatarios no harán uso de las posibilidades de adjudicación por los mínimos que regula la LEC, sino que los harán por precios superiores en atención a prevenir un eventual retracto: situación en principio beneficiosa para el hipotecado pero nociva para la ulterior puesta de la vivienda en el mercado.

Por otro lado la normativa proyectada puede también afectar a la legislación procesal civil, competencia exclusiva del Estado.

Ha de tenerse en cuenta que actualmente la legislación procesal no finaliza su aplicación en el momento del remate, sino que, en beneficio del ejecutado, proyecta su aplicación sobre un tiempo ulterior tal y como, por ejemplo, se regula en el art. 579.2 de la LEC en cuya virtud:

"2. Sin perjuicio de lo previsto en el apartado anterior, en el supuesto de adjudicación de la vivienda habitual hipotecada, si el remate aprobado fuera insuficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante, la ejecución, que no se suspenderá, por la cantidad que reste, se ajustará a las siguientes especialidades:

a) El ejecutado quedará liberado si su responsabilidad queda cubierta, en el plazo de cinco años desde la fecha del decreto de aprobación del remate o adjudicación, por el 65 por cien de la cantidad total que entonces quedara pendiente, incrementada exclusivamente en el interés legal del dinero hasta el momento del pago. Quedará liberado en los mismos términos si, no pudiendo satisfacer el 65 por cien dentro del plazo de cinco años, satisficiera el 80 por cien dentro de los diez años. De no concurrir las anteriores circunstancias, podrá el acreedor reclamar la totalidad de lo que se le deba según las estipulaciones contractuales y normas que resulten de aplicación.



**CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**  
Vocalías

b) En el supuesto de que se hubiera aprobado el remate o la adjudicación en favor del ejecutante o de aquél a quien le hubiera cedido su derecho y éstos, o cualquier sociedad de su grupo, dentro del plazo de 10 años desde la aprobación, procedieran a la enajenación de la vivienda, la deuda remanente que corresponda pagar al ejecutado en el momento de la enajenación se verá reducida en un 50 por cien de la plusvalía obtenida en tal venta, para cuyo cálculo se deducirán todos los costes que debidamente acredite el ejecutante."

La aplicación de este beneficio del deudor ejecutado choca frontalmente con las previsiones del retracto legal que contiene el Anteproyecto.

Madrid, a 28 de noviembre de 2016

José María Macías Castaño

Juan Martínez Moya

María Angeles Carmona Vergara

Nuria Díaz Abad

