



CERTIFICACIÓN DE ACUERDO RELATIVO A INFORME

Acto que se certifica: Acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 24 de noviembre de 2016, por el que se ha aprobado el siguiente:

INFORME JURIDICO SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY POR EL QUE SE ESTABLECE EL DERECHO DE TANTEO Y RETRACTO EN DESAHUCIOS DE VIVIENDAS EN ANDALUCIA, MEDIANTE LA MODIFICACIÓN DE LA LEY 1/2010, DE 8 DE MARZO, REGULADORA DEL DERECHO A LA VIVIENDA, Y SE MODIFICA LA LEY 13/2005, DE 11 DE NOVIEMBRE, DE MEDIDAS PARA LA VIVIENDA PROTEGIDA Y EL SUELO

I. ANTECEDENTES

1.- Con fecha 19 de julio de 2016, procedente de la Consejería de Fomento y Vivienda, Secretaría General de Vivienda, de la Junta de Andalucía, tuvo entrada en el Consejo General del Poder Judicial a efectos de evacuación del correspondiente informe conforme a lo dispuesto en el artículo 561.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, el Anteproyecto de Ley por la que se establece el derecho de tanteo y retracto en desahucios de viviendas en Andalucía, mediante la modificación de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda, y se modifica la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de medidas para la vivienda protegida y del suelo.

2.- La Comisión Permanente del Consejo, en su reunión de 27 de julio de 2016, designó Ponente de este informe a la Vocal doña Pilar Sepúlveda García de la Torre.

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CGPJ

3.- La función consultiva del Consejo General del Poder Judicial a que se refiere el artículo 561 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en la redacción dada a dicho precepto por la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio), tiene por objeto los anteproyectos de leyes y disposiciones generales que afecten total o parcialmente, entre otras materias expresadas en el citado precepto legal, a "[n]ormas procesales o que afecten a aspectos jurídico-



constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales” (apartado 6 del art. 561.1 LOPJ).

4.- Atendiendo a este dictado, en aras a una correcta interpretación del alcance y sentido de la potestad consultiva que allí se prevé a favor de este Consejo, y considerado el contenido del Anteproyecto remitido, el informe que se emite se limitará al examen y alcance de las normas sustantivas o procesales que en él se incluyen específicamente, evitando cualquier consideración sobre cuestiones ajenas al Poder Judicial o al ejercicio de la función jurisdiccional que éste tiene encomendada.

5.- Sin perjuicio de lo anterior, y con arreglo al principio de colaboración entre los órganos constitucionales, el Consejo General del Poder Judicial ha venido indicando la oportunidad de efectuar en sus informes otras consideraciones relativas, en particular, a cuestiones de técnica legislativa o de orden terminológico, con el fin de contribuir a mejorar la corrección de los textos normativos y, por consiguiente, a su efectiva aplicabilidad en los procesos judiciales, por cuanto son los órganos jurisdiccionales quienes, en última instancia, habrán de aplicar posteriormente las normas sometidas a informe de este Consejo, una vez aprobadas por el órgano competente.

6.- El Anteproyecto de Ley que el gobierno autonómico ha sometido a consulta de este Consejo General del Poder Judicial se dirige, por una parte, a establecer y regular, mediante la introducción de un nuevo título IX en la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía, los derechos de tanteo y retracto en determinadas transmisiones de viviendas en favor de la Administración autonómica, fijando su objeto y el procedimiento para su delimitación, los presupuestos, las condiciones de ejercicio, sus efectos, así como las obligaciones de las partes, interesados y profesionales intervinientes en las transmisiones y en las funciones fedatarias; y por otra parte, a través de la modificación de la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de medidas para la vivienda protegida y del suelo, se dirige a incluir nuevas infracciones en el catálogo de ilícitos administrativos que esta contempla, y a modificar puntualmente las ya existentes, con relación a las obligaciones respecto de las viviendas protegidas, así como a establecer la posibilidad de imponer multas coercitivas como forma de incentivar el carácter ejecutorio de los requerimientos de información, comunicación y colaboración regulados en la Ley con relación a las mismas.

7.- El órgano remitente, en su solicitud de informe, después de señalar que el anteproyecto normativo que se somete a consulta tiene por objeto dar un impulso legislativo para asegurar *<<el cumplimiento de la función social de*



la vivienda que, desde una perspectiva global, permita adecuar el bloque de legalidad vigente a las exigencias que la coyuntura actual presenta, en la búsqueda de las condiciones idóneas de protección del derecho a una vivienda digna>>, parece limitar la función informadora de este Consejo al artículo 78.1 del Anteproyecto, que, en síntesis, impone a los órganos judiciales el deber de comunicar a la Administración autonómica las adjudicaciones resultantes en los procesos de ejecución hipotecaria de viviendas. La solicitud del preceptivo informe, por tanto, se circunscribe, en principio, a dicho precepto, al considerar el órgano remitente que puede tener naturaleza o alcance procesal y que puede quedar encuadrado en el artículo 561.1.6º de la LOPJ.

8.- Sin poner en cuestión el expresado fundamento de la solicitud de informe, el que ha de emitir este órgano de gobierno del Poder Judicial sobre el anteproyecto normativo que se somete a su consideración no ha de circunscribirse, empero, al indicado precepto. La norma proyectada quiere articular *ex novo* unos derechos de adquisición preferente en favor de la Administración autonómica –o si se prefiere, y con mayor rigor, un derecho de adquisición preferente que se desarrolla en dos momentos distintos y en distintas circunstancias- en la transmisión de determinadas viviendas afectadas por garantía hipotecaria, en el marco y en el ejercicio de las competencias que tiene estatutariamente atribuidas en materia de vivienda (artículo 56 del Estatuto de Autonomía para Andalucía), y en cumplimiento de las responsabilidades que corresponden a los poderes públicos en orden a promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes para hacer efectivo el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (artículo 47 CE), estableciendo una regulación que, según explica la breve exposición de motivos del texto proyectado, persigue adoptar medidas que mitiguen las consecuencias desfavorables del actual escenario de ejecuciones hipotecarias para los grupos sociales más desfavorecidos. La regulación proyectada se concibe, por tanto, en función de la necesidad de proteger los intereses de dichos grupos en la medida en que se ven afectados por la efectividad, potencial o actual, de la garantía hipotecaria que grava sus viviendas; en tal medida, trasciende del ámbito estrictamente material de los derechos que establece y regula, así como de las relaciones sobre las que se articulan, para alcanzar el marco procesal de la ejecución de la garantía hipotecaria que sirve de telón de fondo para su desenvolvimiento, al tiempo que incide en derechos constitucionales –tanto en lo que a los derechos de adquisición preferente se refiere, como a las normas sancionadoras que contempla-, específicamente en el derecho a la propiedad privada, con la delimitación de su contenido por la función social de dicho derecho y sus límites (artículo 33.1,2 y 3 CE), pero también en



otros derechos y principios de raigambre constitucional, como los contemplados en los artículos 9 y 10 de la Constitución, que han de ser tenidos en cuenta a la hora de informar sobre el contenido de la norma proyectada, en contemplación de su eventual y futura aplicación por los órganos jurisdiccionales.

9.- Por tanto, la función informadora de este Consejo General del Poder Judicial se ha de proyectar necesariamente sobre todo el conjunto del texto articulado por el prelegislador, en la medida en que se ven concernidos no solo aspectos de naturaleza procesal, sino también derechos y principios de carácter constitucional, lo que impone, en fin, una análisis de conjunto de todo el proyecto normativo, sin soslayar los aspectos constitucionales que encierra, incluida la legitimación constitucional de la competencia legislativa ejercitada, siempre y en todo caso 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.

III.- ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO DE LEY OBJETO DE INFORME

10.- El texto del anteproyecto de Ley que se somete a informe comprende una breve exposición de motivos, y se desarrolla en dos artículos, el primero de los cuales se dirige a modificar la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía, mediante la introducción de un nuevo Título IX relativo a "Los derechos de tanteo y retracto en determinadas transmisiones de viviendas". El artículo segundo, por su parte, modifica diversos artículos del régimen disciplinario y sancionador que regula la Ley 13/2010, de 11 de noviembre, de medidas para la vivienda protegida y el suelo.

11.- El nuevo Título IX que se pretende introducir en la Ley 1/2010 se estructura en tres capítulos, el primero de los cuales versa sobre el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto. A través de él, se regula la competencia –la titularidad, propiamente- y ámbito de aplicación de tales derechos (artículo 72); el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto en adquisiciones por compensación o pago de deuda con garantía hipotecaria (artículo 73); el ejercicio del derecho de retracto en adquisiciones derivadas de procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria (artículo 74); la elevación a escritura pública, la inscripción en el Registro de la Propiedad y otras garantías para la efectividad de los derechos (artículo 75); el precio de la adquisición (artículo 76); su formalización (artículo 77); y las obligaciones de notificación de la transmisión para posibilitar el



ejercicio de los derechos (artículo 78). En el Capítulo II se regula la delimitación de las áreas en las que las transmisiones quedarán sujetas al ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, con la determinación de su concepto y objetivos (artículo 79) y el procedimiento para la delimitación de las áreas (artículo 80). El Capítulo III versa sobre la adjudicación de las viviendas objeto de los derechos de tanteo y retracto, con un único artículo, en el que se regula el destino de las viviendas adquiridas.

12.- Las modificaciones que introduce el artículo 2 del Anteproyecto en la Ley 13/2005 afectan al artículo 19, modificando el apartado f) e introduciendo un nuevo apartado i); a los párrafos a) y e) del artículo 20; y finalmente, al artículo 21, al que añade un nuevo apartado 5.

13.- El texto proyectado se cierra con una disposición adicional única, relativa a la aplicación temporal del ejercicio de los derechos de tanteo y retracto que contempla, y con una disposición final única mediante la que se regula la entrada en vigor de la Ley en proyecto.

IV.- CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ANTEPROYECTO NORMATIVO OBJETO DE INFORME

I

14.- La reforma legislativa proyectada encuentra su fundamento, según explica la sucinta exposición de motivos que le sirve de encabezamiento, en los artículos 25, 37 y 56 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, tal y como quedaron redactados tras la reforma operada por la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo. Conforme a tales preceptos, que concretan el mandato contenido en el artículo 47 CE, el derecho a la vivienda se configura como una base necesaria para el pleno desarrollo de los demás derechos constitucionales y estatutarios, de suerte que tanto la Constitución como el Estatuto de Andalucía configuran el conjunto de actuaciones de los poderes públicos en la promoción de las condiciones necesarias para la efectividad del derecho a la vivienda en el marco de la senda abierta por el artículo 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, y por el artículo 11.1 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1996.

15.- El proyecto de reforma, que incide, como se ha indicado, en la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía, y en la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de medidas para la vivienda



protegida y del suelo –concebidas ambas como instrumentos a través de los cuales se desarrolla la actuación pública para dar efectividad al mandato del legislador constituyente y autonómico- viene de la mano, según explica el prelegislador, de las nuevas circunstancias socioeconómicas vigentes en la actualidad, *<<que requieren un nuevo impulso legislativo en forma de medidas que, desde una perspectiva global, permitan adecuar el boque de la legalidad vigente a las exigencias de la coyuntura actual, en la búsqueda de las condiciones idóneas de protección del derecho a una vivienda digna>>*.

16.- Las medidas que ha concebido el prelegislador son, por una parte, la atribución a la Administración autonómica de sendos derechos de tanteo y retracto en la transmisión de determinadas viviendas, incluidas en las áreas delimitadas a tal efecto en el Plan Autonómico de Viviendas en función de diversos parámetros, como consecuencia de operaciones de compensación o de pago de deuda garantizada con hipoteca, y como consecuencia de procedimientos judiciales y extrajudiciales de ejecución hipotecaria, a los que se añaden, como se verá, los procedimientos de apremio administrativo. La atribución de estos derechos de adquisición preferente se concibe, dentro del ejercicio de las responsabilidades que incumben a la Administración en orden a dotar de virtualidad el derecho a la vivienda en el marco una situación económica desfavorable que afecta a los sectores más desfavorecidos, como un medio que permitirá a la Administración autonómica adquirir viviendas procedentes de procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria o de negocios jurídicos de compensación o pago de deuda con garantía hipotecaria, a fin de proceder al alquiler social de las mismas, otorgando preferencia a quienes hubieran sido privadas de ellas como consecuencia de un desahucio, y estuvieren inscritos en el Registro Público Municipal de Demandantes de Vivienda Protegida. Se pretende de este modo articular un mecanismo que, dándose los presupuestos para ello, permita a la Administración autonómica incrementar el parque de viviendas vinculado a políticas sociales.

17.- Por otro lado, las medidas cuya implementación pretende el prelegislador para potenciar el cumplimiento de la función social de la propiedad –y de la vivienda- afectan a la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de medidas para la vivienda protegida y el suelo. La reforma en proyecto introduce nuevas infracciones en el catálogo que contiene la sección segunda del capítulo III de dicha Ley, precisando el contenido de la regulada en la letra f) del artículo 19 (la falta de ocupación de la vivienda protegida en los plazos reglamentariamente establecidos), y añadiendo, también entre las infracciones graves, la falta de autorización, visado o



comunicación de los documentos públicos o privados que, con carácter preceptivo, hayan de otorgarse o presentarse, en relación con la ocupación y uso de la vivienda protegida. Al mismo tiempo, se modifica el tenor del apartado a) del artículo 20 (infracciones muy graves) para incluir la no devolución por el promotor de viviendas protegidas de las cantidades percibidas a cuenta del precio en caso de resolución del contrato y demás supuestos previstos en la normativa sobre vivienda protegida. Asimismo, se modifica el párrafo e) del artículo 20, al que se da nueva redacción para tipificar como infracción muy grave el incumplimiento por persona distinta de la destinataria u ocupante autorizado de la vivienda protegida de la obligación de dar a esta el destino previsto en su normativa reguladora, y en todo caso, destinarlas a usos no autorizados o alterar el régimen de usos de las mismas, así como el incumplimiento por la persona jurídica o promotora titular de la vivienda del deber de posibilitar su ocupación por persona física que reúna los requisitos establecidos el efecto por la normativa aplicable en materia de vivienda protegida. Por último, se añade un apartado quinto al artículo 21 para contemplar la posibilidad de imponer de forme reiterada y consecutiva multas coercitivas, hasta un máximo de tres, cuando transcurran los plazos señalados para dar cumplimiento a un requerimiento relativo a las obligaciones de aportación, información, comunicación y colaboración reguladas en la ley.

II

18.- La Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía (en lo sucesivo, la Ley 1/2010), tiene por objeto, según reza su artículo 1.1, garantizar, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y al amparo de lo previsto en el artículo 56.1 de su Estatuto de Autonomía, el derecho constitucional y estatutario a una vivienda digna y adecuada, del que son titulares las personas físicas con vecindad administrativa en la Comunidad Autónoma de Andalucía en las condiciones establecidas en la misma. En el marco de estas condiciones, la ley regula un conjunto de facultades y deberes que integran este derecho, así como las actuaciones necesarias para hacerlo efectivo, cuyo ejercicio corresponde a las administraciones públicas andaluzas y a las entidades públicas y privadas que actúan en el ámbito sectorial de la vivienda.

19.- Conforme al tercer apartado del artículo 1, forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad de la vivienda el deber de destinar de forma efectiva el bien al uso habitacional previsto por el ordenamiento



jurídico, así como mantener, conservar y rehabilitar la vivienda con los límites y condiciones que establezca el planeamiento y la legislación urbanística.

20.- A tales efectos, la administración autonómica y las administraciones locales, dentro del marco de sus respectivas competencias, promoverán el acceso a una vivienda digna y adecuada a través de una política de actuaciones en materia de vivienda protegida y suelo y de apoyo a la conservación, mantenimiento rehabilitación y calidad del parque de viviendas existente. Y también a estos efectos, se concibe el ejercicio de las potestades de inspección y sanción de las infracciones tipificadas en materia de vivienda como garantía legal del efectivo cumplimiento del derecho a una vivienda digna y adecuada, en particular respecto de las viviendas deshabitadas con objeto de garantizar el derecho a la vivienda y el efectivo uso residencial de aquellas.

21.- El contenido de la Ley fue objeto de diversas reformas llevadas a cabo por el Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda, que fue seguido de la Ley -del mismo título- 4/2013, de 1 de octubre; y recientemente por la Ley 3/2016, de 9 de junio, para la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios sobre la vivienda.

22.- La Ley regula, en síntesis, las condiciones, modalidades y procedimiento para el acceso a una vivienda protegida (título I); los instrumentos con los que cuentan las administraciones públicas andaluzas en materia de vivienda protegida (título II); las obligaciones de conservación, mantenimiento y rehabilitación como instrumento para promover el derecho a la vivienda (título III); las situaciones de alojamiento transitorio (título IV), las garantías del derecho a la vivienda (título V), incluyendo la protección jurisdiccional de los derechos (artículo 24); los instrumentos administrativos para evitar la existencia de viviendas deshabitadas (título VI); y el ejercicio de la potestad de inspección y la potestad sancionadora (título VII).

23.- Interesa, llegado este punto, destacar que mediante providencia de 11 de julio de 2013, el Pleno del Tribunal Constitucional acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad núm. 4286/2013 contra el artículo 1 del Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, por el que se dio nueva redacción a los artículos 1.3 (sobre el deber de destinar de forma efectiva la vivienda al uso habitacional, como parte del contenido esencial del derecho a la propiedad), 25 (definición de viviendas deshabitadas), y 53.1 a) (tipificación



como infracción muy grave no dar efectiva habitación a la vivienda) de la Ley 1/2010.

24.- Posteriormente, por providencia de 14 de enero de 2014 acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad núm. 7357/2013 contra el artículo 1 y la disposición adicional primera de la Ley 4/2013, de 1 de octubre. Dicho artículo 1 ha dado nueva redacción al artículo 1.3 e introducido los artículos 25 y 53.1 –con el contenido indicado- en la Ley 1/2010. Por auto de 8 de abril de 2014, el Pleno del Tribunal acordó mantener la suspensión del artículo 1 de la Ley 4/2013 y, por tanto, de las modificaciones que introducía.

25.- Por otra parte, interesa también añadir ahora –y sin perjuicio de volver a incidir en ella más adelante- que con fecha 14 de mayo de 2015 el Pleno del Tribunal Constitucional dictó su sentencia 93/2015 en el recurso de inconstitucionalidad 4286-2013, por la que, estimando parcialmente el recurso, declaró la inconstitucionalidad y nulidad del primer inciso del artículo 1.3 (<<[el deber del uso efectivo de la vivienda] forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad>>), de los apartados 5 y 6 del artículo 25 (sobre el ejercicio de la potestad sancionadora con relación a las viviendas deshabitadas titularidad de una persona jurídica), y del artículo 53.1 a) (que tipifica como infracción muy grave no dar efectiva habitación a la vivienda titularidad de persona jurídica en los términos del art. 25), todos ellos de la Ley 1/2010, en la redacción aprobada por el artículo 1 del Decreto-ley 6/2013, así como la inconstitucionalidad y nulidad de la disposición adicional segunda de dicho Decreto-ley. Al mismo tiempo, declaró que el resto del artículo 25 es conforme con la Constitución, siempre que se interprete como instrumento de la política autonómica de fomento de la vivienda en alquiler en los términos establecidos en los fundamentos jurídicos 13, 14 y 15 de la sentencia.

26.- Poco después, el Pleno del Tribunal Constitucional dictó la sentencia 154/2015, de 9 de julio de 2015, en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1832-2006, que había sido interpuesto contra diversos preceptos de la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de medidas para la vivienda protegida y suelo. El Alto Tribunal examina los dos motivos de inconstitucionalidad que interesan a efectos del presente informe, que se dirigen a considerar contrario al derecho de propiedad el régimen de tanteo y retracto que establecen los artículos 12 y 13 de la Ley respecto de las viviendas de protección pública, y a reputarlo contrario también a la prohibición constitucional de aplicación retroactiva de medidas restrictivas de derechos individuales (art. 9.3 CE). El Tribunal, partiendo de la evidencia de que la regulación de los derechos de tanteo y retracto delimita, restringiéndola, la



libertad con que contaban los titulares de las viviendas protegidas para elegir comprador o adquirente, gravándoles, además, con nuevas obligaciones de comunicación destinadas a asegurar que la Junta de Andalucía pueda ejercer sus derechos de adquisición preferente –en otros términos, partiendo de que el legislador andaluz ha variado la posición jurídica de una serie de titulares de vivienda protegida al cambiar el contenido estatutario de su derecho de propiedad-, descarta la lesión al derecho de propiedad y considera que la sujeción del titular de viviendas protegidas al ejercicio de derechos de tanteo y retracto por parte de la Administración autonómica se ajusta el régimen constitucional del derecho de propiedad (art. 33 CE).

27.- La sentencia basa, en síntesis, su argumentación en que, conforme a anterior doctrina constitucional –cita las SSTC 6/1983, de 4 de febrero, y 65/1987, de 21 de febrero-, la garantía constitucional del derecho de propiedad cubre también los derechos reconocidos a través de acciones de protección social. Ello sentado, es claro que en el marco del Estado social (art. 1.1 CE) el legislador está autorizado a negar pura y simplemente el derecho de propiedad por razones de utilidad pública e interés general –si bien con los límites que impone el art. 33.3 CE-, y, sin llegar a tal extremo, a restringirlo para ajustar su contenido a los más variados objetivos colectivos (arts. 33.2 y 128.1 CE), con la consiguiente generación de *<<diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos>>*. *<<[L]a Constitución –señala el F.J. 4º de la sentencia, con cita de la STC 204/2004, de 18 de noviembre- reconoce el derecho a la propiedad como un haz de facultades individuales, pero también como un conjunto de derechos y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores e intereses de la comunidad>>*. Y prosigue: *<<El legislador puede de este modo articular la función social de la propiedad imponiendo cargas o extrayendo facultades del haz que él mismo ha asegurado previamente a través, por ejemplo, de prohibiciones de construir edificaciones destinadas a residencia o de instalar carteles de publicidad en zona de la servidumbre de protección de la ribera del mar (art. 25 de la Ley de costas, STC 149/1991, de 4 de julio, FFJ 2 y 8), de extinguir el contrato de arrendamiento de un inmueble destinado a vivienda llegado el día del vencimiento pactado (STC 89/1994, de 17 de abril, FJ 5) o destinar una finca a cualquier aprovechamiento incompatible con una rigurosa protección medioambiental (STC 170/1989, de 19 de octubre, FJ 8)>>*.

28.- La decisión del Alto Tribunal atiende a que el sometimiento del titular de viviendas protegidas a derechos de adquisición preferente responde claramente a una finalidad de interés general: el acceso a una vivienda



digna por parte de personas necesitadas. La limitación que impone el legislador se ampara de este modo en razones que, por lo demás, son particularmente poderosas al entroncar con un pilar constitucional: el compromiso de los poderes públicos por la promoción de las condiciones que aseguren la efectividad de la integración en la vida social (art. 9.2 CE), en general, y el acceso a una vivienda digna (art. 47 CE), en particular; e igualmente conecta con el mandato constitucional de protección social y económica de la familia (art. 39.1 CE), la juventud (art. 48 CE), la tercera edad (art. 50 CE), las personas con discapacidad (art. 49 CE) y los emigrantes retornados (art. 42 CE).

29.- Abona la argumentación el hecho de que la restricción indicada tiene un limitado alcance: el sometimiento al ejercicio del derecho de tanteo y retracto no afecta a la facultad en sí de transmitir, pues incide solo en la facultad de elegir el adquirente, y está sujeta a determinadas condiciones.

30.- Y concluye que, en todo caso, el ejercicio de estos derechos, aunque responda a fines no asociados a comportamientos antijurídicos de los beneficiarios de viviendas protegidas, *<<[n]o produce en abstracto perjuicios de relevancia desde la perspectiva del control constitucional de las exigencias derivadas del art. 33 CE: es habitual que al vendedor le sea indiferente quién sea el comprador. En consecuencia, únicamente podría resultar perjudicado el propietario que tenga interés en que el adquirente sea una persona determinada y solo si la Administración opta por ejercer efectivamente sus derechos de tanteo y retracto. Ahora bien, incluso en este caso, al menos desde la perspectiva de control abstracto que aquí corresponde, ese perjuicio carece de significación porque no puede reputarse sorpresivo ni inesperado en el marco de un sector del ordenamiento necesariamente expuesto a una fuerte intervención pública y a cambios normativos (...)>>.*

31.- El Tribunal rechaza también que el régimen de tanteo y retracto que establece la Ley vulnere la interdicción de retroactividad contenida en el artículo 9.3 CE. Conforme inveterada doctrina constitucional, lo que prohíbe dicho artículo es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de manera que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad, sino al de la protección que tales derechos, en el supuesto de que experimenten alguna vulneración, hayan de recibir. *<<En consonancia con ello –concluye el F.J. 5 de la sentencia- procede excluir la presencia de efectos retroactivos constitucionalmente prohibidos en el presente caso. Primeramente porque*



la eficacia d la norma se proyecta hacia situaciones futuras, sin pretender establecer efectos derivados de una incompatibilidad `pro praeterito´, a partir de una fecha fijada con anterioridad a la Ley. Y correspondientemente, porque no se ven afectadas las transmisiones `inter vivos´ celebradas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley (...)>>.

III

32.- Antes de abordar el examen de la regulación proyectada conforme a parámetros de constitucionalidad –que ha de incluir también y especialmente, como se ha anunciado, el de la competencia legislativa-, conviene situar las modificaciones legislativas propuestas en el conjunto de otras normas autonómicas de similar contenido.

33.- Son numerosas las normas autonómicas que establecen regímenes de derechos de adquisición preferente en la transmisión de viviendas protegidas. Centrando la atención en estos derechos, su regulación se encuentra, además de en la Ley andaluza 13/2005 -y entre otras-, en la Ley 4/2003, de 29 de julio, de vivienda de Galicia; en la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda; en el Decreto 92/2005, de 2 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento en materia de vivienda de la Ley del Principado de Asturias 2/2004, de 29 de octubre, de medidas urgentes en materia de suelo y vivienda; en la Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la Vivienda de la Comunidad Valenciana; en la Ley 3/2015, de 18 de junio, de Vivienda del País Vasco; y en la Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo, del derecho a la vivienda en Navarra, que ha sido parcialmente modificada por la Ley Foral 24/2013, de 2 de julio, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra, pero sin afectar a la regulación de los derechos de tanteo y retracto establecida en aquella.

34.- Sin embargo, el precedente legislativo más inmediato del régimen diseñado por el prelegislador andaluz –que, como ha quedado indicado, se orienta a establecer un régimen de derechos de tanteo y retracto sobre determinadas viviendas gravadas con hipoteca en las transmisiones extrajudiciales y judiciales de las mismas llamado a coexistir, dado su diferente objeto, con el régimen de adquisición preferente de viviendas protegidas- se encuentra en el Decreto-ley 1/2015, de 24 de marzo, de la Generalitat de Cataluña, de medidas extraordinarias y urgentes para la movilización de las viviendas provenientes de procesos de ejecución hipotecaria.



35.- La referida norma autonómica encuentra su fundamento en la situación generada por la crisis económica iniciada en el año 2007, en lo que se ha dado en llamar “*estallido de la burbuja inmobiliaria*”, particularmente en las promociones de viviendas inacabadas y en aquellas gravadas con hipoteca que, tras la ejecución de la garantía, han terminado en manos de entidades financieras y de la SAREB. Esta situación aconseja la adopción de una serie de medidas extraordinarias y urgentes respecto de estas viviendas con el fin de hacer frente a los objetivos de gobernabilidad en materia de vivienda, a la vista de dos circunstancias concurrentes. La primera –explica la exposición de motivos del Decreto-ley, y es la que ahora interesa especialmente- reside en el hecho de que algunas entidades financieras y sociedades vinculadas han empezado a vender parte de su cartera hipotecaria, o incluso estas viviendas, a fondos de inversión internacionales, que en su mayoría persiguen la materialización de beneficios a corto plazo mediante diferentes mecanismos que incluyen la posible nueva venta de las viviendas a otros inversores, lo que puede acabar suponiendo que miles de viviendas queden en manos de estos fondos de inversión, con la subsiguiente afectación del mercado caso de no adoptarse medidas que favorezcan la movilización de estas viviendas prioritariamente en alquiler e impidan una nueva dinámica especulativa de las mismas. La segunda circunstancia a considerar –continúa el preámbulo del Decreto-ley catalán- consiste en el elevado número de viviendas propiedad de entidades financieras o de la SAREB que no pueden movilizarse por requerir obras de adecuación de las mismas a la habitabilidad vigente.

36.- El Decreto-ley catalán, a la vista de tales circunstancias, adopta *“una serie de medidas que pretenden, en el marco de competencias de la Generalidad de Cataluña, movilizar directamente los parques de viviendas sometidos a procesos de ejecución hipotecaria, sin perjuicio de que estas medidas favorezcan además el interés y la función social de estas viviendas y tiendan a posibilitar que las familias residentes en estas viviendas puedan permanecer en las mismas en régimen de alquiler. Así, ante la eventualidad de que puedan producirse ventas masivas de estas viviendas por las entidades financieras, se establece un derecho de tanteo y retracto a favor de la Administración, del cual también podrán ser beneficiarios los municipios y otras entidades, y que garantiza que la Administración pública pueda beneficiarse de los bajos precios de estas transacciones para incrementar su parque de vivienda social”*.

37.- La norma autonómica catalana es, como se ve, más explícita y presenta mayor alcance que la andaluza en proyecto a la hora de exponer su fundamento y su finalidad. El prelegislador andaluz, al menos



expresamente, no ha querido vincular la finalidad del régimen de tanteo y retracto que establece a la evitación de que las viviendas sujetas a una potencial o actual ejecución hipotecaria queden en manos de entidades financieras –o de la SAREB- y desde ahí pasen a titularidad de fondos de inversión cuyas finalidades sean incompatibles con fines de naturaleza social. Por más que semejante finalidad pueda subyacer en la *voluntas legislatoris*, y por más que indirectamente pueda constituir un objetivo a considerar, el legislador andaluz se ha limitado a justificar las medidas que quiere introducir en el ejercicio de las competencias y potestades administrativas en orden al efectivo desarrollo del derecho a la vivienda y a orientar el ejercicio de los derechos de adquisición preferente que contempla a facilitar a los afectados en situación de vulnerabilidad, particularmente los afectados por los lanzamientos de sus viviendas, la posibilidad de acceder a aquellas objeto del tanteo o del retracto en régimen de alquiler; lo que sin duda puede contribuir a aligerar el contenido del examen, siquiera en los términos abstractos en que ha de moverse el que puede llevar a cabo este Consejo, de la normativa proyectada desde la perspectiva de su incidencia o contradicción con la regulación estatal sobre el sector económico que representa el mercado hipotecario, de singular relevancia, desde luego, y desde la perspectiva, por tanto, de las competencias que atribuye el artículo 149.1.13 CE.

IV

38.- La norma proyectada se dicta, según indica la exposición de motivos, al amparo del título competencial recogido en el artículo 56 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, que establece la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de vivienda, urbanismo y ordenación del territorio, y, según asimismo se indica, en su ejercicio se respetan las competencias reservadas al Estado en el artículo 149.1.1ª y 18ª de la Constitución. Ya en el texto del articulado, el proyectado artículo 72.1, último párrafo, establece que en todo caso se garantizará la compatibilidad del ejercicio de los derechos de tanteo y retracto que configura con aquellas otras medidas ya establecidas o que puedan imponerse en el futuro por el Estado en el ejercicio de sus competencias derivadas del artículo 149.1.11ª y 13ª de la Constitución.

39.- No obstante los títulos competenciales aludidos, el examen que ahora procede realizar, atendido el contenido del proyecto normativo sometido a consulta, y en el marco del ejercicio de la potestad de informe que corresponde a este órgano de gobierno del Poder Judicial, se contrae a verificar si la iniciativa legislativa autonómica respeta el marco competencial



derivado del artículo 149.1.6ª y 8ª CE, ordinales que deben ser puestos en relación con las materias recogidas en el ordinal 1º, y, finalmente, en el 13º del mismo artículo, así como a determinar si la regulación proyectada respeta las exigencias constitucionales derivadas del artículo 33 de la Constitución y la interdicción de la retroactividad impuesta por el artículo 9.3 de la misma Carta Magna. El análisis propuesto se centrará en el régimen de los derechos de adquisición preferente proyectados por el prelegislador, dejando para un momento posterior, cuando se examine el articulado de la propuesta de modificación de la Ley 13/2005, el análisis de la normativa proyectada que afecta a dicha Ley desde parámetros de constitucionalidad, teniendo a la vista los recursos de inconstitucionalidad resueltos y los que se encuentran pendientes de resolución y pudieran afectar al articulado propuesto.

V

40.- Los derechos de tanteo y retracto que diseña el prelegislador se suman a los que, dentro del marco legal de regulación de la vivienda protegida recogido en la Ley 13/2005, se confieren a la Administración autonómica en las transmisiones de este tipo de viviendas, de modo semejante a como, según se ha visto, se atribuyen derechos de tal naturaleza a otras Administraciones autonómicas e incluso a determinadas entidades locales.

41.- Los derechos de adquisición preferente concebidos tienen, sin embargo, un objeto diferente a los que recaen sobre viviendas protegidas, pues en este caso las que son objeto del tanteo y del retracto carecen de tal calificación administrativa y no están sometidas al régimen tutelar que dispensa la normativa que las regula, sino que se trata de viviendas que circulan en el tráfico privado sin estar sujetas a condiciones o limitaciones de ningún tipo, tanto en cuanto a su titularidad como al régimen de utilización, al precio y demás condiciones de transmisión, con el único presupuesto de que se encuentren gravadas con hipoteca, de ejecución potencial o actual, y de que se encuentren incluidas dentro de las áreas detalladas en el Plan Autonómico de Viviendas y Suelo en función de los elementos y circunstancias considerados por el prelegislador. Los derechos de tanteo y retracto previstos por este operan, por tanto, sobre viviendas hipotecadas y en las transmisiones onerosas *inter vivos* que tienen por finalidad extinguir, total o parcialmente, la obligación garantizada, así como en las derivadas de ejecuciones hipotecarias, judiciales y extrajudiciales, a las que, como se verá, se suman los apremios administrativos. Se conciben, por consiguiente, según ha quedado explicado, como un instrumento de la Administración autonómica que complementa su política en materia de



vivienda, y se contemplan ante situaciones de riesgo de pérdida de la vivienda hipotecada –que hace presumir que es la habitual y familiar- y respecto de los grupos sociales más desfavorecidos.

42.- Es, sin duda, este diferente objeto de los derechos de tanteo y retracto el que ha llevado al prelegislador a situar la regulación proyectada extramuros del régimen de las viviendas protegidas contenido en la Ley 13/2005, situándolo en el ámbito de la Ley 1/2010, reguladora del derecho de vivienda en Andalucía, ubicación que desde un punto de vista material y sistemático parece más adecuada.

43.- Con todo, aun teniendo distinto objeto, los derechos de tanteo y retracto proyectados presentan con los que recaen sobre viviendas protegidas identidad de razón: y es que en uno y otro caso se atribuyen a la Administración autonómica por razón de un interés social y como instrumento de políticas sociales ejercidas en el marco de sus propias competencias.

44.- Es este un elemento de singular importancia a la hora de determinar la naturaleza de los derechos de adquisición preferente diseñados por el prelegislador y de verificar el encaje de la regulación proyectada dentro de los límites que se derivan del artículo 149.1.8ª de la CE.

45.- Es tradicional el debate doctrinal abierto acerca de la naturaleza de los derechos de adquisición preferente de carácter legal atribuidos a la Administración, y particularmente aquellos articulados en la legislación de viviendas protegidas. La falta de definición de sus perfiles abre paso a la controversia, todavía no enteramente resuelta, acerca de su naturaleza civil o administrativa y, por tanto, sobre si se trata de una figura jurídica cuya disciplina corresponde al Derecho civil o al Derecho administrativo, con la subsiguiente incidencia en el orden jurisdiccional competente para conocer las cuestiones relativas al ejercicio de tales derechos.

46.- Debe reconocerse, ante todo, el carácter legal y no meramente convencional de los derechos estatuidos. Se trata de derechos de adquisición preferente en favor de la Administración que nacen en la Ley y se imponen desde ella, y no por razón de su previsión convencional. El hecho de que el artículo 72.3 del Anteproyecto disponga que “[L]os derechos de tanteo y retracto, así como el régimen de comunicaciones a los que se refiere el presente Capítulo, deberá (sic) constar, expresamente, en la correspondiente escritura pública y tendrán su reflejo en la respectiva inscripción registral” no empece a reconocer el carácter legal que tienen, y el precepto debe entenderse rectamente como orientado a asegurar el



cumplimiento de las comunicaciones que han de servir para el ejercicio de los derechos de adquisición preferente por la Administración autonómica y el cumplimiento por los fedatarios y registradores de verificar la constancia de tales comunicaciones.

47.- Algunas legislaciones autonómicas, como la derogada Ley 7/1988, de 15 de abril, de derecho preferente de adquisición en las transmisiones de viviendas de protección oficial a favor de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi, y la Ley 4/2003, de 2 de julio, de vivienda de Galicia, inciden en el carácter administrativo de estos derechos, configurándolos como instrumentos del ejercicio de potestades administrativas más que como medios de adquirir la propiedad. En otros términos, estos derechos se conciben como medios para impedir que las viviendas sean titularidad de quienes no reúnen los requisitos legales, y de quienes las adquieren sin cumplirlos, como instrumentos, en fin, de control de legalidad vinculado al ejercicio de finalidades de naturaleza pública.

48.- El debate se aviva desde el momento en que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado con reiteración sobre el carácter civil de estos derechos, si bien con referencia a los previstos en la legislación de espacios naturales protegidos, y cuando la Sala Primera del Tribunal Supremo, al examinar en sede casacional el ejercicio del retracto establecido en la Ley de Patrimonio Forestal del Estado, reconoció la naturaleza privada de la institución, alejada de las potestades de *imperium*, y por tanto, situada en la esfera del Derecho civil y de la jurisdicción de este orden (STS 10 de junio de 1988, ECLI ES:TS:1988:4460). Al contrario, sin embargo, del criterio sostenido por la Sala Tercera del mismo Alto Tribunal, (cfr. SSTs 20 de julio de 2000, ECLI ES:TS:2000:6085, y 10 de octubre de 2000, ECLI:ES:TS:2000:7259), que, con relación al mismo derecho, lo califica no de mero derecho privado sino como una auténtica potestad pública que permite a la Administración subrogarse en la posición del adquirente, como expresión, por tanto, de una potestad pública ejercitable *ob rem*; y en similares términos, al tratar sobre el derecho de retracto que regula el artículo 38 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, lo ha calificado de retracto de matiz expropiatorio acentuado (cfr. STS, Sala tercera, de 21 de mayo de 1998, ECLI ES:TS:1998:3306).

49.- Se explica, de este modo, la dicotomía existente en los retractos legales en favor de las Administraciones públicas, de distinta naturaleza: frente a los retractos calificados como plenamente administrativos se sitúan los retractos civiles a favor de las administraciones públicas. Esta dicotomía no se oscurece por el hecho de que en los retractos administrativos de



carácter civil pueda reconocerse una esfera de actos separados correspondiente al Derecho administrativo, singularmente el acuerdo de ejercicio del derecho, cuya corrección y ajuste a los presupuestos legalmente establecidos para su ejercicio cabría concebir como revisable en sede contencioso-administrativa.

50.- Doctrinalmente se ha propuesto, para determinar la naturaleza de estos derechos de adquisición preferente, atender al canon que representa su vinculación al ejercicio de finalidades públicas e intereses generales en el marco de las propias competencias, a cuya satisfacción se orientan tales derechos, como instrumento para el ejercicio de potestades administrativas, utilizando para ello el esquema que ofrecen las figuras del derecho de tanteo y retracto del Derecho privado. Lo relevante, según esta orientación, no es tanto que los derechos se conciban como medio de adquirir la propiedad y la trascendencia de quien vaya a ser su titular, sino si tales derechos sirven para la consecución de fines públicos e intereses generales vinculados a la competencia de la Administración retrayente, y se presenta, por tanto, como el ejercicio de propias potestades al servicio de tales finalidades e intereses.

51.- Conforme a tal esquema, que en lo que ahora interesa sirve para verificar el respeto del marco competencial que se deriva del artículo 149.1.8ª de la CE, cabe reconocer en la regulación de los derechos de tanteo y retracto concebidos por el prelegislador su afectación a un interés general y a una finalidad pública de carácter social que sitúa a estas figuras en el marco de las potestades conferidas a la Administración autonómica en orden a satisfacer los fines vinculados a sus propias competencias.

52.- Esta consideración, que comporta destacar el aspecto netamente administrativo de estos derechos y situarlos en un plano meramente formal dentro del esquema de los derechos de tanteo y retracto propios del derecho privado, sirve para salvar cualquier atisbo de extralimitación competencial, incluso respecto de aquellas disposiciones que regulan la actuación de los notarios y registradores, en la medida en que no se dirigen directamente a establecer normas de naturaleza civil, sino simplemente reglas instrumentales para el ejercicio de aquellos derechos y, por tanto, para la consecución de sus fines públicos.

53.- Semejante concepción se encuentra, por lo demás, avalada por la doctrina constitucional. La STC (Pleno) 207/1999, de 11 de noviembre de 1999 (ECLI:ES:TC:1999:207), dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1840/89, interpuesto contra los artículos 47.3 y 48 de la Ley Foral de



Navarra 7/1989, de 8 de junio, de Medidas de Intervención sobre el Suelo y Vivienda, permite sustentar la anterior conclusión. En su recurso, el Abogado del Estado no puso en tela de juicio la competencia legislativa de la Comunidad Foral de Navarra para establecer un derecho de tanteo y retracto en materia de vivienda y suelo, pues admitía que esa opción normativa se integraba sin dificultad en su competencia exclusiva en materia de urbanismo y vivienda, como tampoco discutía que, como consecuencia de ese título competencial, la Comunidad Foral pudiera imponer obligaciones legales, tipificar infracciones y conminar con las correspondientes sanciones. Tampoco formulaba objeción al hecho de que, en desarrollo de esa competencia, se estableciese por la Comunidad Autónoma –como habían hecho otras- determinadas obligaciones con relación a los notarios y registradores. El objeto de la impugnación se encontraba, por el contrario, en el hecho de que el mencionado título competencial otorgase a la Comunidad Foral cobertura para tipificar, como infracción administrativa, el incumplimiento por dichos profesionales de tales obligaciones y, en su virtud, se reconociese a la autoridad administrativa autonómica la potestad para imponer la correspondiente sanción.

54.- Con independencia de la relevancia que la decisión del Alto Tribunal respecto de tal motivo de impugnación puede tener a la hora de analizar las modificaciones que el prelegislador proyecta introducir en la Ley 13/2005 –y que se analizarán más adelante-, interesa recoger la argumentación contenida en el FJ 5 de la referida sentencia, que se expresa en los siguientes términos:

<<[L]os derechos de tanteo y retracto pertenecen, en cuanto institución jurídica, al ámbito de las relaciones jurídico-privadas y, desde esta perspectiva, como derechos reales de adquisición preferente, su regulación es competencia exclusiva del Estado en cuanto integrantes de la legislación civil (art. 149.1.8ª CE), a salvo las peculiaridades propias de los Derechos forales y especiales (...). Ahora bien, como ha declarado este Tribunal (SSTC 170/1989 y 102/1995), ello no excluye que tales derechos de tanteo y retracto puedan constituirse en favor de las Administraciones públicas para servir finalidades públicas con adecuado respaldo constitucional, siendo en tal caso regulados por la correspondiente legislación administrativa, e insertándose en las competencias de titularidad autonómica cuando las Comunidades Autónomas hayan asumido en sus Estatutos competencias normativas sobre la materia en que dichos derechos reales se incardinan. Así, en materia de medio ambiente, han sido establecidos y regulados por las Comunidades Autónomas con finalidad protectora de determinados espacios naturales, siguiendo el postulado de la Ley estatal básica (ley



4/1989, de Protección de los Espacios Naturales y de la Fauna y Flora Silvestre, art. 10), como es el caso de la Ley del Parlamento Vasco 5/1989, de Protección y Ordenación de la Reserva de la Biosfera de Urdabai, y la Ley de la Comunidad de Madrid 1/1985, del Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares, que configuraron derechos de tanteo y retracto de tal índole a favor de las respectivas Administraciones autonómicas, y cuya constitucionalidad fue declarada por las SSTC 156/1995 y 170/1989>>.

Y añade la sentencia: <<En el presente caso, los derechos de tanteo y retracto contenidos en la Ley Foral impugnada se instrumentan al servicio de finalidades constitucionales que son ínsitas a la normativa sobre urbanismo y vivienda, competencia exclusiva de la Comunidad Foral de Navarra (art. 44.1 LORAFNA), pues se configuran, en puridad, como un mecanismo o técnica jurídica establecido con la plausible finalidad de combatir el fenómeno de la especulación del suelo, haciendo asimismo viable la construcción de viviendas que, por su régimen de protección pública, sean asequibles al sector más desfavorecido de la población, en acomodación a los mandatos constitucionales contenidos en los arts. 33.2 y 47 CE>>.

55.- Tales argumentos, así como la conclusión que se deriva de ellos, son fácilmente extrapolables al régimen de los derechos de adquisición preferente proyectados por el prelegislador andaluz, en la medida en que cabe apreciar en él aquellos elementos –ejercicio de competencias en materia de vivienda, instrumento para la consecución de finalidades públicas vinculadas a aquellas competencias, fines constitucionalmente legítimos- que permiten hacer semejante proyección. Y, a modo de cierre, no cabe desconocer la realidad que representa la vigencia de la regulación de los derechos de tanteo y retracto sobre viviendas protegidas –de cuyo fundamento participan en gran medida los ahora proyectados- que se contiene, en lo que ahora interesa, en la Ley del Parlamento andaluz 13/2005, de medidas para la vivienda protegida y suelo, pues si bien sus artículos 12 y 12 fueron objeto de impugnación en el recurso de inconstitucionalidad 1832-2006, la tacha de inconstitucionalidad no versaba sobre la competencia legislativa, sino sobre el ajuste de la regulación autonómica sobre tales derechos a las exigencias constitucionales derivadas del artículo 33 CE, tacha que, por lo demás, fue rechazada por el Tribunal Constitucional, tal y como se ha visto.

VI

56.- La normativa que el prelegislador proyecta introducir en la Ley 1/2010 también supera el control competencial realizado con base en el título que



recoge el artículo 149.1.6ª de la CE. La autoridad remitente ha circunscrito la solicitud de informe de este Consejo General del Poder Judicial al artículo 78 del texto proyectado, por considerar que es la única norma que contiene un precepto de naturaleza procesal que requiere del parecer consultivo de este órgano de gobierno del Poder Judicial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 561.1.6 de la LOPJ. Sin embargo, como ya se ha razonado, la función informadora no ha de detenerse en dicho precepto, sino que ha de alcanzar al resto del texto proyectado, en la medida en que, en lo que ahora interesa, puede incidir en aspectos de procedimiento.

57.- Dicho lo anterior, el examen del articulado propuesto conduce a la conclusión de que, como se acaba de anunciar, el prelegislador ha respetado el marco competencial derivado del señalado artículo de la Constitución. Los derechos de tanteo y retracto que contempla operan, en rigor, bien al margen del proceso, y actúan en el ámbito de las relaciones materiales entre acreedor y deudor hipotecario, bien en el marco de procedimientos extrajudiciales o judiciales de ejecución hipotecaria, pero tras la adjudicación del bien al adjudicatario, y, en su caso, tras la firmeza del auto que acuerda el lanzamiento de los ocupantes de la vivienda sobre la que ha recaído el procedimiento de ejecución. En realidad, la reglamentación proyectada, antes de tener naturaleza procesal, sirve para articular el ejercicio de los derechos de adquisición preferente que el prelegislador quiere establecer, y, salvo lo que a continuación se dirá respecto del precio de la adquisición, no tiene incidencia formal o material en el curso de los procedimientos de ejecución. La norma contenida en el artículo 78, lejos de articular un acto de naturaleza procesal, establece una obligación dirigida a los órganos judiciales que hayan conocido de los procesos de ejecución hipotecaria sobre viviendas incluidas en áreas de tanteo y retracto en orden a trasladar a la Administración autonómica competente copia de los testimonios de firmeza de los decretos de adjudicación, comprensivos de la resolución de aprobación del remate o de la adjudicación al acreedor, así como copia de los testimonios de firmeza de las resoluciones judiciales que acuerden el lanzamiento de las personas ocupantes de las viviendas objeto de proceso de ejecución hipotecaria. De este modo, la actuación del órgano judicial se concibe como mero coadyuvante en el ejercicio de los derechos de adquisición preferente por la Administración autonómica, como un instrumento, por tanto, para el ejercicio de tales derechos al servicio de las finalidades públicas a cuya consecución se orientan. Sin perjuicio de lo anterior, y en la medida en que pudiera reconocerse alguna obligación para los órganos judiciales, cabría concebir tal actuación en el marco de las relaciones de colaboración a través del desarrollo o ejecución de un instrumento convencional del que fuera



parte el Consejo General del Poder Judicial y la Administración autonómica, al margen, por tanto, de toda previsión normativa a tal efecto.

58.- El reproche únicamente podría venir de la mano de la regulación que el proyectado artículo 76 hace del precio de la adquisición. Sin perjuicio de lo que más adelante se dirá, al examinar en detalle el articulado del texto proyectado, debe ahora ponerse de relieve que, al prever el apartado segundo de dicho artículo que del precio del retracto podrá descontarse, en su caso, el importe necesario para la cancelación de las hipotecas y demás cargas que, con carácter preferente, afecten a las viviendas adquiridas, asumiendo la Administración o entidad actuante la responsabilidad de su cancelación, el prelegislador está introduciendo una norma que puede tener incidencia en el proceso de ejecución, conforme se argumentará en su momento, y, por lo tanto, podría llevar a considerar que se ha incurrido en una extralimitación competencial al incidir en el ámbito de la competencia exclusiva que establece el artículo 149.1.6ª de la CE. El riesgo de semejante consideración, sin embargo, podría evitarse mediante una lectura del precepto conforme a la Constitución y al título competencial que contiene el indicado precepto constitucional, interpretando este apartado segundo del artículo 76 en relación con el último inciso del apartado anterior del mismo artículo, conforme al cual la Administración o entidad actuante garantizará a la persona o entidad titular que no se producirá menoscabo económico como consecuencia de la transmisión hecha en el caso de retracto; si bien debe insistirse en la conveniencia de que la redacción del apartado segundo del artículo 76 analizado aleje toda sobra de duda sobre el ajuste constitucional del precepto y el respeto al título competencial contenido en el artículo 149.1-6º CE, evitando cualquier incidencia en el curso del proceso de ejecución, y abundando en la garantía de indemnidad que en todo caso ha de ofrecer la Administración retrayente, conforme a lo dispuesto en el primer apartado del mismo artículo 76.

VII

59.- Orientando el examen de la reglamentación proyectada hacia la perspectiva del título que habilita el artículo 149.1.13ª, se debe comenzar por recordar que el legislador estatal ha dictado el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, que luego se ha convirtió en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de deudores hipotecarios, de reestructuración de deuda y alquiler social, modificada parcialmente por el artículo 3 del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, que ha dado lugar finalmente,



tras su tramitación parlamentaria, a la Ley 25/2015, de 28 de julio, normas todas ellas dictadas bajo el título competencial del artículo 149.1.13ª de la CE.

60.- En lo que ahora interesa, dicha normativa, que atiende, en lo esencial, a la situación de quienes, por habitar viviendas gravadas con hipoteca en garantía de préstamos hipotecarios que no son atendidos, se encuentran en riesgo de perder su vivienda, establece la suspensión de los lanzamientos en los procesos judiciales y extrajudiciales de ejecución hipotecaria cuando la vivienda hipotecada sea la vivienda habitual de personas que se encuentran en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas en la misma normativa. Dicha medida se ha ampliado hasta el año 2107 por virtud de la Ley 25/2015. Por otra parte, la señalada legislación estatal –Disposición adicional primera de la Ley 1/2013- encomienda al Gobierno *<<que promueva con el sector financiero la constitución de un fondo social de viviendas propiedad de las entidades de crédito destinadas a ofrecer cobertura a aquellas personas que hayan sido desalojadas de su vivienda habitual por el impago de un préstamo hipotecario cuando concurren las circunstancias previstas en el art.1 de esta Ley. Este fondo social de viviendas tendrá por objetivo facilitar el acceso a estas personas a contratos de arrendamiento con rentas asumibles en función de los ingresos que perciban. En el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley se podrá valorar la ampliación del ámbito de cobertura del fondo social de viviendas a personas que se encuentren en circunstancias de vulnerabilidad social distintas a las previstas en el art. 1 de esta Ley>>*. Dicho fondo social de viviendas fue creado mediante convenio suscrito el 17 de enero de 2013, y la comisión de seguimiento y coordinación del mismo amplió en su reunión de 9 de mayo de 2014 las circunstancias que determinan los beneficiarios del fondo, facilitando de esa forma su acceso a otras personas o grupos socialmente vulnerables.

61.- A la vista de dicha regulación estatal -que, como precisa la STC 93/2015 (cit.), tiene una conexión relevante con el objetivo de normalizar los mercados hipotecarios y con ello asentar el funcionamiento del sistema financiero-, el examen de la regulación proyectada desde la óptica del título competencial del artículo 149.1.13ª, que confiere al Estado la competencia exclusiva para dictar las bases y para la coordinación de la planificación general de la actividad económica, debe llevarse a cabo tomando como regla de análisis la confrontación de las medidas legislativas de índole económica dictadas por el legislador estatal y las previsiones normativas proyectadas por el legislador autonómico, considerando que estas, al igual



que aquellas, se enfrentan a un escenario de ejecución hipotecaria surgido por las dificultades para satisfacer un préstamo, se proyectan sobre personas o grupos especialmente vulnerables y en circunstancias de emergencia social, y tiene por objeto la creación de bolsas de viviendas con la finalidad social de facilitar el acceso a las mismas a tales personas o grupos desfavorecidos.

62.- Esta línea de análisis debe, a su vez, tener como eje la doctrina constitucional establecida en relación con el artículo 149.1.13ª de la CE, conforme a la cual, la competencia de "ordenación general de la economía" da cabida a <<las normas estatales que fijan las directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, así como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector>> (STC 235/1999, de 20 de diciembre, ECLI:ES:TC:1999:235). Y si bien el legislador estatal, al amparo del artículo 149.1.13ª, puede aprobar normas de naturaleza económica sobre diversos sectores en los que las Comunidades Autónomas hayan asumido competencias, lo es <<a condición de que el referido título competencial no alcance a incluir cualquier acción de naturaleza económica, si no posee una incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general>> (STC 21/1999, de 25 de febrero, ECLI:ES:TC:1999:21, con cita de otras anteriores), y a reserva de que el uso que haga el Estado de esta atribución transversal no agote el título competencial específico que incumbe a la Comunidad Autónoma (cfr. STC 34/2013, de 14 de febrero, ECLI:ES:TC:2013:34).

63.- A la vista de tales elementos de análisis, es posible concluir, en este examen abstracto de la competencia legislativa que este órgano de gobierno del Poder Judicial está en disposición de hacer, que la regulación proyectada no incide en la competencia estatal en la medida en que no la contradice ni menoscaba las normas dictadas por el Estado. Pese a la reseñada coincidencia de circunstancias y finalidades, la configuración de unos derechos de tanteo y retracto en favor de la Administración autonómica no contradice ni menoscaba la normativa estatal, por cuanto tales derechos de adquisición preferente son compatibles con las medidas establecidas en ella, particularmente con la suspensión de los lanzamientos, pues su efectividad está condicionada a la firmeza de la resolución judicial que lo declare, después, claro está, de respetar el periodo de suspensión establecido por la legislación estatal. La mera sustitución del titular, en el ejercicio de unos derechos vinculados a las finalidades públicas propias de la competencia autonómica, no parece que suponga una afectación



relevante para el mercado hipotecario ni, por ende, para el sector financiero, cuando el efecto del ejercicio de tales derechos es la mera subrogación en la posición de dicho titular pagando el precio por el que se produjo la transmisión, que ha de responder al valor real del bien retraído. Y lo mismo cabe decir respecto de la constitución de bolsas de viviendas, a través del ejercicio de los señalados derechos de adquisición preferente, para ser ofrecidas en arrendamiento a los grupos más desfavorecidos afectados por las vicisitudes del mercado hipotecario, pues dicha finalidad no solo aparece vinculada a las competencias autonómicas, sino que se alinea con aquella a la que se orientan las medidas legislativas estatales.

64.- Es cierto –y este Consejo General del Poder Judicial no lo ignora- que la doctrina del Tribunal Constitucional interpretativa del artículo 149.1.13º de la CE ha ido orientándose, desde las SSTC 34/2013, de 14 de febrero (ECLI:ES:TC:2013:34) y 74/2014, de 8 de mayo (ECLI:ES:TC:2014:74), a concebir las bases de la planificación económica no ya como meros criterios o directrices de ordenación general con especial incidencia en la economía en general o en un sector económico concreto, sino como título que permite regulaciones sobre materias concretas, dentro de cada sector, cuando este, y no la medida, tenga incidencia sobre la economía en general, y que autoriza regulaciones tan pormenorizadas como sea necesario para cumplir el objetivo económico identificado con el Estado; lo que se traduce en que, una vez que este ha acometido la regulación de un determinado sector en una forma determinada, queda excluida la competencia autonómica para entrar a regular dicho sector, con el subsiguiente vaciamiento de las competencias que sobre el mismo tienen las Comunidades Autónomas. Semejante orientación ha llevado al Tribunal Constitucional a declarar, en su STC 93/2015 (cit.), la inconstitucionalidad de los preceptos y disposiciones del Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, que contienen medidas sobre viviendas deshabitadas y en concreto la expropiación de su uso, por considerar que incidían en la competencia estatal que había abordado su reglamentación, y suponían *<<una intervención pública adicional que quiebra la respuesta coherente que (...) ha diseñado el Estado>>*.

65.- Si bien con arreglo a tal criterio cabría sostener con suficiente solidez, y en un plano teórico, la posible extralimitación competencial del prelegislador autonómico, el hecho de que dicha orientación jurisprudencial no se muestre unánime –son numerosos los votos particulares dictados en las sentencias que la siguen- y de que el Tribunal Constitucional haya ido aplicándolo de forma singularizada examinando en cada caso el contenido de la regulación autonómica frente a la reglamentación estatal, aconseja, en aras a la prudencia que ha de guiar el examen con arreglo a cánones



constitucionales de los proyectos normativos que se someten a informe de este Consejo, sostener que la norma proyectada se muestra respetuosa con las competencias derivadas del artículo 149.1.13ª, dejando a salvo, claro está, la consideración que eventualmente pudiera merecer al Tribunal Constitucional, a quien compete en último término la interpretación de la Carta Magna.

VIII

66.- Resta por abordar, en esta línea de análisis, el examen de la compatibilidad de la regulación de los derechos de adquisición referente que contempla el prelegislador con las exigencias derivadas de los artículos 33 y 9.3 CE.

67.- Tal y como se ha avanzado, la compatibilidad de estos derechos con las exigencias constitucionales vinculadas al derecho de propiedad se desprende con nitidez de los términos de la STC 154/2015, de 9 de julio, cuya fundamentación ha quedado parcialmente recogida en el párrafo del presente informe, y a la que, en aras a la brevedad, procede remitirse.

68.- Y de la misma sentencia, y de la doctrina constitucional que en ella se recoge respecto del artículo 9.3 de la CE –y a la que también se hace expresa remisión-, se desprende que la normativa proyectada respeta la interdicción de la retroactividad que impone dicho precepto, si se atiende a la aplicación combinada de la disposición adicional única del anteproyecto y a lo establecido en su artículo 79.1. Con arreglo a la primera “[E]l ejercicio de los derechos de tanteo y retracto regulado en esta ley será de aplicación a las transmisiones de viviendas adquiridas en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria, o de compensación o pago de deuda con garantía hipotecaria, que se produzcan con posterioridad a su –sic- entrada en vigor de la presente ley”; y conforme al segundo, “[P]ara el ejercicio de ambos derechos se requerirá, en el caso de retracto, que la transmisión se haya producido durante la vigencia del correspondiente Plan [Autonómico de Vivienda] que delimite tales áreas [de sujeción a los derechos de tanteo y retracto] y, en el caso de tanteo, que la transmisión se comuniquen a la Administración durante la citada vigencia. Todo ello con independencia de que el ejercicio efectivo de tales derechos tenga lugar tras perder vigencia la planificación de las áreas respectivas, siempre y cuando los procedimientos para el ejercicio de tanteo y retracto se encuentren iniciados mediante el correspondiente acuerdo de inicio”. La norma proyectada, de este modo, dirige su aplicación hacia el futuro, afectando a las transmisiones que tengan lugar con posterioridad a su entrada en vigor



y que se produzcan durante la vigencia del correspondiente Plan delimitador de las áreas sobre las que cabrá el ejercicio de los derechos, lo que excluye cualquier atisbo de retroactividad, tal y como ha sido entendida por la doctrina constitucional.

IX

69.- Para concluir estas consideraciones generales, resta hacer una última observación. El Anteproyecto normativo no viene acompañado de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo que regula el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, lo que hubiera sido aconsejable de cara a explicar la oportunidad de la propuesta, su objeto y finalidad, así como su adecuación al orden de distribución de competencias, además de los impactos que la norma proyectada ha de tener en los distintos ámbitos, singularmente en el económico y presupuestario, facilitando de ese modo mayores y necesarios elementos para hacer un análisis completo de la norma objeto de informe.

V.- EXAMEN DEL ARTICULADO DEL ANTEPROYECTO DE LEY OBJETO DE INFORME

a) Modificación de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía

70.- La ley proyectada introduce un nuevo título IX en la Ley 1/2010, con el epígrafe "*Los derechos de tanteo y retracto en determinadas transmisiones de viviendas*". El nuevo título se divide en tres capítulos, el primero de ellos relativo al ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, el segundo referido a la delimitación de las áreas en las que las transmisiones de viviendas quedarán sujetas al ejercicio de tales derechos, y el tercero a la adjudicación de las viviendas objeto de los mismos.

71.- Dentro del primer capítulo, el artículo 72 tiene por objeto determinar la competencia para ejercer los derechos de tanteo y retracto y su ámbito de aplicación. En realidad, la norma sirve para definir la titularidad de los derechos y la titularidad de su ejercicio así como su objeto.

72.- La titularidad corresponde a la Consejería competente en materia de vivienda, la cual podrá ejercitar los derechos bien por sí misma, directamente, bien a través de un órgano delegado, la Agencia de Rehabilitación de Andalucía, mediante la correspondiente delegación de competencias. Este mecanismo de delegación competencial, que supone la



atribución por el titular de la competencia a otro órgano administrativo de la potestad para ejercitarla, admite, en términos generales, no solo la delegación directa y vertical, sino también la horizontal, entre órganos que no son jerárquicamente dependientes los unos de los otros, y entre órganos de la Administración (territorial) y órganos de la Administración instrumental, vinculados o dependientes de aquellas (cfr. artículo 13.1 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común –LRJPAC-, todavía en vigor, y artículo 9.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público).

73.- En este caso, el prelegislador ha previsto una delegación del ejercicio de la competencia en favor de un organismo, la Agencia de la Vivienda y Rehabilitación de Andalucía, heredera de la Empresa Pública del Suelo de Andalucía, que pasó a tener la denominación actual por virtud de la disposición final primera de la Ley 4/2013, de 1 de octubre, de medidas para asegurar la función social de la vivienda. Se trata, por tanto, de una modalidad de delegación inter-orgánica e instrumental conocida tradicionalmente como <<descentralización funcional>>, estatuida en favor de un ente instrumental –una agencia- de los previstos en los artículos 50 y 54 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, que se encuentra expresamente prevista en el artículo 101.2 de la misma ley.

74.- Esta delegación del ejercicio de la potestad, sin embargo, no se encuentra enteramente delimitada en la norma proyectada, pues si bien conforme al artículo 72 sólo se concibe en favor del referido ente instrumental, el artículo 74.4, apartado c), parece incluir a los Ayuntamientos entre los destinatarios de la delegación, al incluir a estos, junto con la Agencia, en el contenido de la notificación del acuerdo del ejercicio del derecho de retracto previsto en este último artículo. Se trataría de una delegación inter-subjetiva o interterritorial, verdaderamente una reasignación de competencias y responsabilidades entre dos niveles territoriales, cuyo régimen jurídico se encuentra en la Ley 7/1985, de 2 de abril Reguladora de las Bases del Régimen Local (art. 27.1), al cual deberá sujetarse el correspondiente acto descentralizador. Sería conveniente, en cualquier caso, que el prelegislador determinara con precisión las entidades en favor de las cuales contempla la posibilidad de delegación del ejercicio de la competencia que se atribuye respecto de los derechos de adquisición preferente a la Consejería que la tiene atribuida en materia de vivienda, y que, bien mediante el oportuno desarrollo de la Ley proyectada, bien en el



acto o acuerdo de delegación, se precisasen la forma y los efectos del ejercicio de los derechos de tanteo y retracto por la entidad delegada.

75.- Los derechos de tanteo y retracto se establecen respecto de determinadas transmisiones y respecto de ciertos bienes. Recaen sobre las transmisiones *inter vivos* y onerosas de viviendas que queden incluidas en las áreas definidas en el Plan Autonómico de Vivienda, en los términos que establecen los artículos 79 y 80 proyectados, y conforme a los objetivos fijados en el apartado segundo del artículo 79. Pero no todas las transmisiones *inter vivos* y onerosas está sujetas a los derechos de adquisición preferente: solo lo están las que tengan por objeto las viviendas incluidas en tales áreas de delimitación del ejercicio de los derechos, que se encuentren gravadas con hipoteca en garantía de préstamos hipotecarios, y que sean consecuencia de un negocio jurídico que tenga por objeto la dación en pago de la vivienda hipotecada, o de un procedimiento, judicial o extrajudicial, de ejecución hipotecaria, e incluso de un procedimiento administrativo de apremio, lo que, como se verá, presenta ciertas singularidades respecto de los anteriores supuestos. Quedan en todo caso excluidas las transmisiones posteriores, y queda asimismo excluido el ejercicio de tales derechos durante la suspensión del lanzamiento establecida en la Ley 1/2013, de 14 de mayo.

76.- Esta configuración objetiva de los derechos de tanteo y retracto prevista por el legislador requiere las siguientes observaciones:

- a) El artículo 72 se refiere a las adquisiciones de viviendas con ocasión de una dación en pago, a las que vincula los derechos de tanteo y retracto. Parece aludir, por tanto, a los actos y negocios jurídicos englobados bajo la categoría de negocios de naturaleza solutoria, entre los que se encuentran los que tienen por objeto la dación de bienes en pago de la deuda.
- b) Debe tenerse presente que, conforme a su caracterización jurisprudencial, la *datio in o pro solutum* es una forma especial de pago, llamada también forma subrogada de cumplimiento, que consiste en el acuerdo, como negocio jurídico bilateral, de que se cumpla la obligación mediante una prestación distinta de la que era objeto de la misma. Tal y como señala la STS -Sala Primera- de 23 de septiembre de 2002, recogida en la de la misma Sala de 1 de octubre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:5939), <<[E]sta figura jurídica, conforme a la construcción de la jurisprudencia civil, opera cuando la voluntad negocial de las partes acuerdan llevar a cabo la satisfacción de un débito pendiente, y el acreedor acepte recibir del deudor



determinados bienes de su propiedad, cuyo dominio pleno se le transmite para aplicarlo a la extinción total del crédito, actuando este crédito con igual función que el precio en la compraventa (Sentencias de 19-10-1992, 26-6-1993, 2-12-1994, 8-2-1996 , entre otras)>>.

c) La jurisprudencia ha insistido reiteradamente en la necesidad de distinguir la dación en pago *-datio pro soluto-* del pago por cesión de bienes *-datio pro solvendo -*. Así, la STS (Sala Primera) de 28 de junio de 1997 (ECLI:ES:TS:1997:4592) , recogiendo otras muchas anteriores, dice: *<<[h]a de recordarse la reiterada doctrina de esta Sala sobre las características diferenciadoras entre la "datio pro soluto" y la "datio pro solvendo", recogida, entre otras, en sentencias de 14 de septiembre de 1987, 4 y 15 de diciembre de 1989, 29 abril de 1991 y 19 octubre de 1992, ampliamente expuesta en la de 13 de febrero de 1989 al decir que "la datio pro soluto, significación de adjudicación del pago de las deudas, si bien no tiene una específica definición en el derecho sustantivo civil, aunque sí en el ámbito fiscal, se trata de un acto en virtud del cual el deudor trasmite bienes de su propiedad al acreedor, a fin de que éste aplique el bien recibido a la extinción del crédito de que era titular, actuando este crédito con igual función que el precio en la compraventa, dado que, según tiene declarado esta Sala en sentencia 7 de diciembre de 1983 , bien se catalogue el negocio jurídico que implica como venta, ya se configure como novación o como acto complejo, su regulación ha de acomodarse analógicamente por las normas de la compraventa, al carecer de reglas específicas, adquiriendo el crédito que con tal cesión se extingue, como viene dicho, la categoría de precio del bien o bienes que se entreguen en adjudicación en pago de deudas, en tanto que la segunda, es decir, la datio pro solvendo, reveladora de adjudicación para el pago de las deudas, que tiene específica regulación en el artículo 1175 del Código Civil, se configura como un negocio jurídico por virtud del cual el deudor propietario transmite a un tercero, que en realidad actúa por encargo, la posesión de sus bienes y la facultad de proceder a su realización, con mayor o menor amplitud de facultades, pero con la obligación de aplicar el importe obtenido en la enajenación de aquéllos al pago de las deudas contraídas por el cedente". Sin embargo, hay que hacer y resaltar una salvedad: si bien se aplican por analogía normas de la compraventa, aunque es claro que no es un contrato de compraventa, ello no significa que deban aplicarse totalmente y sin excepción ni variación. Así, si un conjunto de prestaciones cuyo pago es debido, pero no plenamente identificadas, ni valoradas, forman el*



contenido de una obligación, el acreedor y el deudor, mediante acuerdo entre ambos, pueden aceptar una dación en pago en el sentido de que se haga el cumplimiento, como subrogado del pago, mediante ella, sin que pueda exigirse que conste un precio cierto, como exige el artículo 1445 del Código civil para la compraventa, pues las partes, en aras del principio de autonomía de la voluntad ex artículo 1255 pueden acordar esta forma especial del pago>>.

- c) El prelegislador se refiere únicamente a la figura jurídica de la dación en pago de deuda, por lo que se excluyen los casos de transmisiones cuyo objeto sea la entrega de la vivienda para hacerse pago el acreedor con el producto de la venta de la misma (*datio pro soluto*). Además, al poner en relación el artículo 72.1 con los artículos 73.1, 75.1, 77.1, y 79.1, se desprende que ha de tratarse de una dación en pago de una deuda con garantía hipotecaria, y no de cualquier otra deuda; lo que, desde luego, es coherente con el objeto y finalidad de la normativa proyectada, que aspira a satisfacer finalidades sociales en el marco de la situación que afecta a los deudores hipotecarios incapaces de cumplir con sus obligaciones. El artículo 72.1, sin embargo, no contiene esta precisión, que, sin embargo, sería conveniente incluir cuando se trata de delimitar el ámbito material para el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto.
- d) Aunque el artículo 73.1 se refiere a "*la persona interesada en adquirir una vivienda o viviendas por compensación o pago de deuda con garantía hipotecaria*", el marco habitual en el que se producirá este negocio jurídico solutorio es el propio de las relaciones entre acreedor y deudor hipotecario. Por lo tanto, lo usual será que la dación en pago se realice entre uno y otro, como instrumento o medio de extinción de la deuda y las obligaciones nacidas del contrato de préstamo con garantía hipotecaria. No obstante, el tenor del precepto permite extender el ámbito de los derechos de tanteo y retracto a otros supuestos, sin duda más infrecuentes en las relaciones hipotecarias, pero no por ello inimaginables, de pago a tercero con validez y eficacia solutoria cuando se hubiere convertido en utilidad del acreedor (artículo 1163, segundo párrafo, Cc). Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el pago en favor de tercero sirve de ordinario para anticipar "*per saltum*" la extinción de la obligación entre el acreedor –hipotecario, en este caso- y el tercero que recibe el pago, y que de conformidad con el segundo inciso del proyectado artículo 72 las transmisiones posteriores –a la que opera la dación de bienes en pago- quedan excluidas de la posibilidad de ejercer los



citados derechos. En rigor, el pago hecho a un tercero no debería servir para, mediante la invocación de este último precepto, eludir en esos casos la eficacia de los derechos de tanteo y retracto, por cuanto los efectos solutorios se producen con relación a la deuda con garantía hipotecaria y al crédito garantizado, y por cuanto la cesión del bien a un tercero ex artículo 1163, segundo párrafo, Cc constituiría en todo caso la primera transmisión –la sujeta al ejercicio de los derechos- a los efectos del artículo 72.1, segundo inciso, del texto del anteproyecto. En ese entendimiento, no cabe oponer objeción alguna a la fórmula utilizada por el prelegislador en el artículo 73.1, al referirse a *“la persona interesada en adquirir una vivienda”*.

- e) El artículo 73.1, y también los artículos 75.1, 77.1 y 79.1, se refieren no solo a la dación en pago de una deuda hipotecaria, sino también a los supuestos de transmisión de la vivienda *“por compensación”*. El prelegislador andaluz acude también a esta figura, como antes hiciera el legislador catalán en el Decreto-ley 1/2015, de 24 de marzo. La compensación que regulan los artículos 1195 y siguientes del Cc parte de la situación en que dos personas, por derecho propio, son recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra, con los requisitos establecidos en el artículo 1196 Cc –que cada uno de los obligados lo esté principalmente y sea a la vez acreedor principal del otro; que ambas deudas consistan en una cantidad de dinero o, siendo fungibles las cosas debidas, sean de la misma especie y también de la misma calidad, si esta se hubiera designado; que las dos deudas estén vencidas, sean líquidas y exigibles; y que sobre ninguna de ellas haya retención o contienda promovidos por terceras personas y notificada oportunamente al deudor-, y su efecto es extinguir una y otra deuda en la cantidad concurrente (artículo 1202 Cc). Por consiguiente, es difícil imaginar cómo, en el marco de una hipotética compensación de deudas, una de ellas, al menos, con garantía hipotecaria, se puede producir la transmisión de la vivienda gravada con la hipoteca, y que una transmisión de estas características opere como compensación extintiva de las obligaciones, habida cuenta de los requisitos a los que está sujeta. Únicamente cabría comprender la alusión a la compensación referida a supuestos –muy escasos, sin duda-, en los que la entrega de la vivienda hipotecada operase, no como medio de extinción total de la deuda, efecto propio de la dación en pago, sino para extinguir parcialmente la deuda en la cantidad concurrente (siempre con el presupuesto, claro está, de que el acreedor y el deudor lo fueran



recíprocamente uno del otro). Se sugiere, con todo, al prelegislador que reconsidere la inclusión de este medio de extinguir las obligaciones junto con la dación en pago de la deuda, y que considere la conveniencia de limitar a esta última los supuestos en los que han de operar los derechos de tanteo y retracto, además de las transmisiones derivadas de procedimientos de ejecución hipotecaria, bien judiciales, bien extrajudiciales.

- f) Es irrelevante, dada la redacción del artículo 72.1 y de sus concordantes, el marco en el que tiene lugar el negocio jurídico solutorio; por tanto, podría darse en el curso de la ejecución de la relación material, es decir, en el desenvolvimiento del cumplimiento de las obligaciones que integran el contenido material del contrato, que será lo normal, pero también estando pendiente un procedimiento de ejecución hipotecaria, judicial o extrajudicial. Cabe recordar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 670.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) –aplicable al procedimiento de ejecución hipotecaria por virtud de lo dispuesto en el artículo 681.1 de la misma Ley-, en cualquier momento anterior a la aprobación del remate o de la adjudicación, en su caso, al ejecutante, podrá el deudor liberar sus bienes pagando al acreedor ejecutante lo que deba por principal, intereses y costas. Surge la duda, que convendría que el prelegislador despejara, de si la cesión en pago de la deuda hipotecada a la que se vincula el ejercicio de los derechos de tanteo retracto proyectados comprende también los casos de cesión de bienes como consecuencia de un acuerdo extrajudicial de pagos previsto en el artículo 236.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), en relación con su artículo 155.5, teniendo en cuenta que este último precepto exige la autorización judicial para la cesión del deudor de bienes hipotecados por virtud de un acuerdo extrajudicial de pagos. No puede olvidarse que el acuerdo extrajudicial de pagos, que fue introducido en la LC por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores, y cuya regulación fue objeto de modificación por la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, constituye un mecanismo paraconcursal de solución de las situaciones de insolvencia dirigida a los deudores personas naturales, no necesariamente empresarios (artículo 231 de la LC), en cuyo pasivo podrán encontrarse –y no será infrecuente- créditos garantizados por hipoteca sobre la vivienda, que se verán alcanzados por la extensión del acuerdo en los términos previstos en el artículo 238 bis de la LC.



- g) El artículo 72.1 incluye en el ámbito del derecho de retracto las transmisiones derivadas de los procedimientos administrativos de apremio. A este tipo de procedimientos se refiere también el artículo 78.4, al imponer a las autoridades administrativas competentes para tramitar y resolver los procedimientos de apremio la obligación de trasladar a la Consejería titular de los derechos la copia de las resoluciones por las que se formalicen las transmisiones. La inclusión de las transmisiones derivadas de estos procedimientos administrativos de apremio en el ámbito de aplicación *-rectius*, de la posibilidad de ejercicio- del derecho de retracto en favor de la Administración autonómica se encuentra, sin embargo, un tanto desligada de la situación a la que el prelegislador vincula la atribución de los derechos de adquisición preferente que diseña, y que sirve de a la vez de justificación para su atribución, y al mismo tiempo desdibuja la finalidad de la norma, que, en términos de su exposición de motivos *"atiende a la responsabilidad de los poderes públicos de adoptar medidas que mitiguen las consecuencias desfavorables del actual escenario de ejecuciones hipotecarias para los grupos sociales más desfavorecidos"*. La potestad que se atribuye a la Administración autonómica se encuentra orientada a satisfacer tal finalidad pública vinculada a las consecuencias desfavorables de ese escenario de ejecuciones hipotecarias, por lo que el reconocimiento de dicha potestad respecto de las transmisiones operadas como consecuencia de procedimientos de apremio -que responden a responsabilidades distintas de las derivadas de las relaciones hipotecarias- se muestra un tanto extravagante con relación al objeto y finalidad de la reglamentación propuesta. Cabe, por tanto, sugerir al prelegislador que reconsidere la inclusión de este tipo de procedimientos de apremio administrativo en el ámbito de aplicación del derecho de retracto proyectado.
- h) La norma proyectada garantiza la compatibilidad del ejercicio de los derechos de tanteo y retracto con aquellas otras medidas ya establecidas o que puedan imponerse en el futuro por el Estado en el ejercicio de sus competencias derivadas del artículo 149.1.11ª y 13ª de la CE (artículo 72.1, último párrafo), y con otros derechos de adquisición preferente establecidos por la legislación vigente al servicio de las políticas de vivienda (artículo 72.4). Con ello el prelegislador persigue eludir cualquier sombra de duda que pueda recaer sobre su competencia legislativa y sobre la compatibilidad de la normativa proyectada con las exigencias constitucionales y con la



legislación vigente. En apartados anteriores de este informe (cfr. subapartados V, VI, VII y VIII del apartado IV) ya se ha hecho un examen de la regulación proyectada desde el punto de vista de los títulos competenciales del artículo 149 CE que pudieran ser concurrentes, y se ha examinado la reglamentación de los derechos de adquisición preferente que diseña el prelegislador autonómico desde parámetros constitucionales. Baste ahora decir que, aunque la norma proyectada garantiza la compatibilidad con otras medidas estatales y con otros derechos de la misma naturaleza, no se contempla, sin embargo, el modo en que ha de resolverse una eventual concurrencia, ni se ofrecen pautas para situar los derechos que proyecta respecto de aquellos otros derechos de similar naturaleza que pudieran entrar en concurso con los diseñados.

- i) Por lo demás, debería mejorarse la sintaxis del precepto contenido en el apartado 3 del artículo 72, expresando en plural el término "deberá"; la frase, por tanto, debería quedar redactada del siguiente modo: *"Los derechos de tanteo y retracto así como el régimen de comunicaciones a los que se refiere el presente capítulo deberán constar..."*.

77.- El artículo 73 regula el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto en adquisiciones por compensación o pago de deuda con garantía hipotecaria. El ejercicio de los derechos se articula a partir de la comunicación que el adquirente interesado, con la conformidad del transmitente, ha de dirigir a la Consejería competente, conteniendo la oferta de venta, y con indicación del precio, la forma de pago y demás condiciones de la transmisión. La Consejería competente habrá de ejercitar el derecho de tanteo dentro de los sesenta días naturales a partir del siguiente a aquel en que se haya producido la comunicación anterior. Si, transcurrido dicho plazo no se hubiera ejercitado el tanteo, podrá llevarse a efecto la transmisión comunicada en sus mismos términos.

78.- La norma impone asimismo al adquirente la obligación de comunicar a la Consejería, una vez formalizada la transmisión, y dentro de los treinta días siguientes, las condiciones en que se ha producido, adjuntando una copia de la escritura o documento donde se haya formalizado la venta.

79.- El mecanismo adquisitorio se completa mediante la posibilidad del ejercicio del retracto en el caso de que no se hubiese producido la anterior comunicación, que esta fuese incompleta o defectuosa, o que la transmisión se hubiere efectuado antes de transcurrido el plazo señalado para el



ejercicio del derecho de tanteo o en condiciones distintas a las anunciadas. En tales supuestos, la Consejería titular de los derechos podrá ejercitar el retracto en el plazo de sesenta días naturales a contar desde el siguiente a la comunicación o, en su defecto, desde que esta hubiere llegado a su conocimiento, fehacientemente, por cualquier otro medio.

80.- Aun cuando el negocio jurídico en que consiste la dación en pago se conceptúa, en términos generales, como una compraventa, y se aplican en general al mismo las normas que la rigen, parece más adecuado evitar la expresión "*oferta de venta*", pues la dación en pago se presentará de ordinario como un negocio autónomo, por más que el crédito cuya extinción se opera se identifique con el precio de la compraventa.

81.- Sería conveniente, por otra parte, que la norma profundizase en la forma en que podrá presentarse la comunicación ante la Consejería competente, teniendo presente, en particular, lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 2 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) y en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), en lo referente a la Administración y registros electrónicos (cfr. arts. 14 y 16 LPAC y 38 y ss. LRJSP).

82.- El apartado 4 del artículo 73 debe ser puesto en relación con los artículos 75 y 78.2 y 3. Con estos últimos el prelegislador quiere asegurar el efectivo conocimiento de la transmisión por la Consejería titular de los derechos de adquisición preferente, y a tal efecto impone a los notarios la obligación de exigir la acreditación de haberse efectuado las comunicaciones previstas en el artículo 73, con los requisitos establecidos en el mismo, así como el vencimiento del plazo para el ejercicio del derecho de tanteo, circunstancias que deberán testimoniarse en la escritura. Igualmente, los fedatarios deberán comunicar a la Consejería competente la transmisión realizada mediante la remisión de copia simple de la escritura pública en la que se hubiera instrumentado (artículo 75.1). La misma obligación se impone respecto de la formalización de las transmisiones operadas como consecuencia de procedimientos de ejecución extrajudicial (artículo 78.3). Y al mismo tiempo, los registradores de la propiedad no podrán practicar las inscripciones de las transmisiones si no se ha acreditado el cumplimiento de las obligaciones contempladas en el artículo 73, con los requisitos exigidos en el mismo (artículo 75.3), al tiempo que estarán obligados a comunicar el asiento de presentación del testimonio del decreto de adjudicación comprensivo de la resolución de aprobación del remate o de la adjudicación al acreedor (artículo 78.2).



83.- El prelegislador, por lo tanto, articula una sucesiva serie de cautelas encaminadas a asegurar el cumplimiento de la obligación de comunicar las transmisiones sujetas a los derechos de tanteo y retracto, que contemplan también los casos –inusuales, por lo demás, en la medida en que se trata de transmisiones orientadas a la extinción de obligaciones garantizadas con hipoteca- en que no se instrumenten en documento público, estableciendo en tales casos el término inicial del cómputo del plazo para ejercitar el retracto en el momento en que la Administración autonómica hubiese tenido conocimiento fehaciente de la transmisión. Convendría, no obstante, puntualizar que el plazo debería comenzar a correr desde que la Consejería competente tenga conocimiento, no solo de la transmisión, sino de todos sus elementos y condiciones, pues este conocimiento completo es imprescindible para decidir acerca del ejercicio del retracto.

84.- Por otra parte, las disposiciones contenidas en los artículos 75 y 78 del texto proyectado referidas a los notarios deben entenderse como expresión del ejercicio del juicio de legalidad sobre la forma y fondo del negocio jurídico que es objeto del instrumento público (artículo 1 de la Ley de 28 de mayo de 1862, del Notariado, y artículo 145.2 del Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944). Asimismo, la función registral que desempeña el registrador comporta un juicio de legalidad atinente no solo a la legalidad formal o extrínseca del documento o título inscribible, sino también a la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del registro (artículo 18 de la Ley Hipotecaria). Bajo tal entendimiento, las previsiones que contienen los señalados preceptos forman parte de la regulación material de los derechos de adquisición preferente proyectados por el prelegislador, y pasan a integrar de ese modo la regulación que hace de los mismos a partir de la competencia normativa que le habilita para su regulación, siendo así, que, por lo demás, responden a la lógica de la institución jurídica objeto de regulación de facilitar al retrayente el efectivo ejercicio de su derecho real de adquisición preferente (cfr. STC, Pleno, 207/1999, de 11 de noviembre (ECLI:ES:TC:1999:207)).

85.- Con independencia de lo anterior, la obligación que pesa sobre los notarios de exigir la acreditación del cumplimiento de las comunicaciones y del transcurso del plazo para el ejercicio del derecho de tanteo ha de ponerse en relación con los artículos 174 y 194 del Reglamento Notarial, de suerte que, conforme a los mismos, la falta de acreditación, o acreditación incompleta o insuficiente, deberá en todo caso reflejarse en el instrumento,



con las pertinentes advertencias del fedatario. Al mismo tiempo, el cierre del registro a las transmisiones respecto de las que no se hubiera acreditado aquellos extremos debería ser puesto en relación, y tener su reflejo, en el artículo 254 de la Ley Hipotecaria.

86.- Cuando se trata de las transmisiones realizadas como consecuencia de los procedimientos de ejecución hipotecaria, judicial o extrajudicial, el plazo para el ejercicio de retracto se inicia el día siguiente al de la notificación de la transmisión realizada en los términos del artículo 78, y, en defecto de esta, desde el momento que la Administración autonómica tuviera conocimiento de la transmisión (artículo 74.1).

87.- El artículo 78, por su parte, dispone que los órganos judiciales que hayan conocido de los procesos de ejecución hipotecaria de viviendas incluidas en las áreas de tanteo y retracto trasladarán a la Consejería competente copia de los testimonios de firmeza de los decretos de adjudicación, comprensivos de la resolución de aprobación del remate o de adjudicación al acreedor, así como copia de los testimonios de firmeza de las resoluciones judiciales que acuerden el lanzamiento de las personas ocupantes de las viviendas objeto del proceso de ejecución hipotecaria. Por su parte, las notarías que formalicen actos de transmisión en los procedimientos de ejecución extrajudicial de hipoteca trasladarán a la mencionada Consejería copia de tales actos.

88.- Como ya se ha anunciado, el prelegislador pospone el ejercicio del derecho de retracto a la finalización del plazo de suspensión de los lanzamientos previsto en la Ley estatal 25/2015, y sitúa el inicio del plazo para su ejercicio en el día en que sea notificado el testimonio de firmeza de la resolución judicial que acuerde el lanzamiento o, en defecto de esta, el día en que tenga conocimiento del mismo (artículo 74.2). Debe tenerse presente que la suspensión de los lanzamientos prevista en la legislación estatal, cuando se dan los presupuestos para ello, se produce *ope legis*, y se prolongará hasta el 2017 (artículo 3 de la Ley 25/2015, de 28 de julio, que modifica, entre otros preceptos, los apartados 1, 2 y 3 del artículo 1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios). La norma, sin embargo, no sitúa en dicha fecha el inicio del plazo para el ejercicio del retracto, sino en el día en que se notifica el testimonio de la firmeza de la resolución judicial que acuerda el lanzamiento, o, en su defecto, en día en que la Administración autonómica tiene conocimiento de este -del lanzamiento, debe entenderse-. Ha de advertirse que es este un *dies a quo* distinto del que se establece para los casos en los que no hay suspensión de lanzamiento -que se sitúa en el día



siguiente al de la notificación de la transmisión en los términos del artículo 78-, lo que deberá ser tenido en cuenta a la hora de comunicar el inicio del plazo para el ejercicio del retracto que prevé el apartado 3 del artículo 74, el cual, por lo demás, deberá contemplar, a la hora de establecer el destinatario de dicha comunicación, no solo al rematante, sino también al acreedor adjudicatario.

89.- Los derechos de tanteo y retracto han de ejercitarse dentro del plazo establecido, mediante la comparecencia de la Administración autonómica ante notario manifestando su voluntad de adquirir la vivienda o viviendas, depositando el precio y requiriendo al notario para que señale día y hora para el otorgamiento de la escritura, que habrá de serlo en el plazo de sesenta días naturales siguientes al requerimiento, así como para que comuniquen los anteriores extremos a la persona o entidad titular retraída o interesada en adquirir por compensación o pago de duda, y a la persona o entidad transmitente, al objeto de recabar su conformidad con la transmisión (artículo 77).

90.- Previamente, la Administración autonómica habrá adoptado el acuerdo para ejercitar el derecho. El artículo 74.4 prevé que el acuerdo para ejercitar el retracto, que tendrá, al menos el contenido establecido en el mismo, se notificará a la persona titular de la vivienda y a los demás interesados. Esta comunicación, que incluye la de la justificación por la que se ejerce el derecho, la cuantía, forma y plazo de abono del precio, así como la entidad retrayente, parece orientado a posibilitar el control de la regularidad del acuerdo en sede administrativa y, en su caso, en la posterior vía jurisdiccional, y es distinta a la comunicación del ejercicio del derecho a que se refiere el artículo 77.1 del texto proyectado. No obstante, el prelegislador la ciñe exclusivamente al ejercicio del derecho de retracto, sin extenderla al derecho de tanteo, donde también habrá de ser adoptado un acuerdo en tales términos, sin que esta limitación aparezca suficientemente justificada.

91.- El precio del retracto, que deberá ser satisfecho en el momento del otorgamiento de la escritura pública, será el que conste en el negocio jurídico transmisivo, y en la resolución judicial aprobatoria de la adjudicación del remate o en la correspondiente escritura pública, en los casos de ejecución hipotecaria, judicial o extrajudicial, o de las transmisiones realizadas en los supuestos del artículo 73.4 (artículo 76.1). En este punto conviene recordar que constituye doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo que el precio del retracto debe ser el



precio real efectivamente abonado por el adquirente, de tal forma que el ejercicio del derecho deje a este en situación de indemnidad económica tras el retracto, aunque el precio que aparezca en el negocio transmisivo sea diferente al que luego resulte acreditado; con la precisión de que "*precio real*" no debe ser equiparado a "*valor real*" ni a "*precio actual*" (cfr. STS de 7 de julio de 2010, ECLI: ES:TS:2010:417). En los negocios jurídicos de dación en pago, donde la entrega del bien sirve para extinguir la deuda, el importe de esta –es decir, el valor del crédito del adquirente– es lo que habrá de determinar el precio de la transmisión a los efectos del ejercicio de los derechos de adquisición preferente. Por tanto, el prelegislador debería tener presente la doctrina jurisprudencial indicada, pues, por más que en el segundo párrafo del artículo 76.1 haya dispuesto que "*[E]n todo caso, la Administración o entidad actuante garantizará a la persona o entidad titular que no se producirá menoscabo económico como consecuencia de la transmisión hecha en el caso de retracto*", esta indemnidad puede no producirse si se toma como precio para el retracto el que figure en el negocio traslativo, que puede no ser el precio real de la transmisión.

92.- El apartado segundo de este artículo 76 es, con todo, el precepto que puede producir mayores distorsiones. En él se establece que "*[D]e ese precio [el del derecho] podrá descontarse, en su caso, el importe necesario para la cancelación de las hipotecas y demás cargas que, con carácter preferente, afecten a las viviendas adquiridas, asumiendo la Administración o la entidad actuante la responsabilidad de su cancelación*". Con ello, tal como se ve, se atribuye a la Administración titular de los derechos de adquisición preferente la facultad de deducir del precio correspondiente a los mismos el importe necesario para cancelar las cargas preferentes.

93.- A este respecto, debe significarse que, cuando se trata de una transmisión al margen de procedimientos de ejecución hipotecaria, como la que se produce como consecuencia de negocios jurídicos de dación en pago, la eventual existencia de hipotecas u otras cargas preferentes a la hipoteca que grava la vivienda transmitida habrá sido contemplada por las partes a la hora de establecer el precio de la transmisión, por lo que al ofrecer esa facultad a la Administración titular del derecho de adquisición preferente se está incidiendo en la voluntad libremente convenida por las partes y contraviniendo la proclamada regla de la indemnidad que ha de presidir su ejercicio.

94.- Mayor relevancia tiene, si cabe, la disposición proyectada cuando se trata de transmisiones derivadas de procedimientos de ejecución hipotecaria. Doctrinalmente viene admitiéndose que el artículo 666 de la



LEC es de aplicación a estos procedimientos, por virtud de la remisión que hace el artículo 681 a las normas del Título IV y, por tanto, a las que disciplinan la subasta de los bienes inmuebles. Por consiguiente, con independencia de que en la escritura pública de hipoteca deba constar el precio en que los interesados han tasado la finca para que sirva de tipo en la subasta, en los términos del artículo 682.2-1º LEC, el Letrado de la Administración de Justicia deberá deducir del precio del remate el importe de las cargas anteriores preferentes. Cabe también que los otorgantes hayan tenido en cuenta dichas cargas a la hora de otorgar la escritura pública de hipoteca y de fijar el precio a efectos de la ejecución hipotecaria. Y cabe asimismo que, constando tales cargas en la certificación de dominio y cargas (artículo 688 LEC), el rematante y adquirente haya hecho su postura en consideración a las mismas, para asumirlas.

95.- La previsión del artículo 76.2, a la vista de estas circunstancias, además de propiciar la quiebra del principio de indemnidad proclamado, está introduciendo una norma que puede tener incidencia en el proceso de ejecución, conforme se ha indicado en el apartado 58 de este informe, y, por lo tanto, podría llevar a considerar que se ha incurrido en una extralimitación competencial al incidir en el ámbito de la competencia exclusiva que establece el artículo 149.1.6ª de la CE. El riesgo de semejante consideración, sin embargo, podría evitarse mediante una lectura del precepto conforme a la Constitución y al título competencial que contiene el indicado precepto constitucional, interpretando este apartado segundo del artículo 76 puesto en relación con el último inciso del apartado anterior del mismo artículo, conforme al cual la Administración o entidad actuante garantizará a la persona o entidad titular que no se producirá menoscabo económico como consecuencia de la transmisión hecha en el caso de retracto; si bien debe insistirse, también en este punto, en la conveniencia de que la redacción del apartado segundo del artículo 76 analizado sea tal que facilite esta interpretación sistemática y aleje toda sobra de duda sobre el ajuste constitucional del precepto y el respeto al título competencial contenido en el artículo 149.1.6º CE, evitando cualquier incidencia en el curso del proceso de ejecución y abundando en la garantía de indemnidad que en todo caso ha de ofrecer la Administración retrayente, conforme a lo dispuesto en el primer apartado del mismo artículo 76.

96.- El capítulo II del nuevo título IX que se proyecta introducir en la Ley 1/2010 versa sobre la delimitación de las áreas en las que las transmisiones de viviendas quedarán sujetas al ejercicio de los derechos de tanteo y



retracto. Respecto de esta regulación procede hacer las siguientes observaciones:

- a) El apartado primero del artículo 79 establece que *"A los efectos del cumplimiento de los derechos de tanteo y retracto regulados en este Título, la programación prevista en el Plan Andaluz de Vivienda y Suelo **podrá** delimitar áreas en las que las transmisiones de viviendas (...)"*. Semejante previsión, formulada en términos meramente potestativos, pugna con la necesidad, según se desprende de los siguientes párrafos del mismo precepto, de que el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto recaiga sobre las transmisiones de viviendas incluidas en el correspondiente Plan delimitador de las áreas, y durante la vigencia del mismo. Por lo tanto, parece más correcto formular el precepto en modo imperativo, sustituyendo la expresión *"podrá delimitar"* por *"delimitará"*.

- b) El ejercicio de los derechos está subordinado a la concurrencia de los siguientes presupuestos: i) en el caso del retracto, que la transmisión se haya producido durante la vigencia del correspondiente Plan que delimita las áreas; ii) en el caso del tanteo, que la transmisión se comunique durante la citada vigencia; y iii), en ambos casos, que los procedimientos para el ejercicio de los derechos se encuentren iniciados, mediante el correspondiente acuerdo, en el momento en que la planificación haya perdido vigencia. Debe tenerse presente que el ejercicio del derecho de tanteo se articula en torno a la comunicación a la Administración autonómica de *"la oferta de venta"* (artículo 73.2), a partir de la cual se abre el plazo para su ejercicio. La posterior comunicación de la transmisión a la Consejería (artículo 73.3) tiene por objeto poner en conocimiento de esta las condiciones en que ha tenido lugar, a efectos de un eventual ejercicio del retracto previsto en el último apartado del artículo 73. Cabe sugerir, por tanto, que a la hora de determinar el tercer párrafo del artículo 79.1 el marco temporal del ejercicio del derecho de tanteo, vinculado a la vigencia del correspondiente Plan, lo haga con relación a la comunicación de la oferta del negocio jurídico traslativo, y no con relación a la notificación de la transmisión ya realizada, tal y como aparece en la redacción del precepto.

- c) Los objetivos de la delimitación de áreas consisten en i) la obtención de viviendas a fin de proceder al alquiler social de las mismas con destino a las personas que han sido privadas de ellas como consecuencia de un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria o de dación en pago de deuda con garantía hipotecaria;



- ii) configurar una oferta de viviendas dirigida a personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad no definida en el apartado anterior; y iii) incrementar el parque de viviendas vinculadas a políticas sociales (artículo 79.2). La definición de estos objetivos es coherente con la finalidad del proyecto normativo, si bien sería aconsejable que se precisaran con mayor detalle los supuestos de vulnerabilidad que contempla el prelegislador, acaso mediante una referencia o remisión a la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.
- d) El apartado quinto del artículo 80 permite extender el ámbito de las áreas delimitadas para, cuando concurren circunstancias especiales y sobrevenidas, incluir en ellas viviendas concretas que hubiesen sido transmitidas que no se encuentren dentro de las mismas, pero que sean colindantes con ellas, siempre que se cumplan los requisitos subjetivos y objetivos específicamente señalados en el Plan Autonómico de Vivienda para la delimitación de la referida área. El precepto debe dejar claro que dicha inclusión sobrevenida deberá sujetarse al procedimiento que establece el artículo 80.1, y, además, deberá especificar, al referirse a viviendas ya transmitidas, la forma en que habrá de ejercitarse el retracto, en particular el inicio del plazo de ejercicio.
- b) Modificación de la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de medidas para la Vivienda Protegida y el Suelo**

97.- El artículo segundo del anteproyecto de ley objeto de informe introduce diversas modificaciones en la regulación de la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de medidas para la vivienda protegida y el suelo, en lo que al régimen sancionador se refiere.

98.- En concreto, modifica el párrafo f) del artículo 19, que tipifica como infracción grave "*La falta de ocupación de la vivienda protegida en los plazos que reglamentariamente establecidos*", que pasa a tener la siguiente redacción: "*El incumplimiento por la persona destinataria u ocupante autorizado de la vivienda protegida, de la obligación de ocuparla en los plazos reglamentariamente establecidos o de dar a la misma el destino de domicilio habitual y permanente*".



99.- Al mismo tiempo, añade un nuevo párrafo i) al mismo artículo 19, para tipificar como infracción grave la siguiente conducta: *"La falta de autorización, visado o comunicación de los documentos públicos o privados que, con carácter preceptivo, hayan de otorgarse o presentarse, en relación con la ocupación y uso de la vivienda protegida"*.

100.- Asimismo, da una nueva redacción al párrafo a) del artículo 20, que tipifica como infracción muy grave *"La percepción por la persona promotora de viviendas protegidas, durante el periodo de construcción, de cantidades a cuenta del precio sin cumplir los requisitos legales exigidos por la normativa de aplicación"*, y que queda redactado del siguiente modo: *"La percepción por la persona promotora de viviendas protegidas, durante el periodo de construcción de cantidades a cuenta del precio sin cumplir los requisitos legales exigidos por la normativa de aplicación, así como la no devolución de las mismas en caso de resolución del contrato y demás supuestos previstos en la normativa en materia de vivienda protegida"*.

101.- Modifica también el párrafo e) del artículo 20, conforme al cual tendrá la consideración de infracción muy grave *"No destinar a domicilio habitual y permanente o mantener deshabitadas sin causa justificada durante un plazo superior a tres meses las viviendas protegidas, y, en todo caso, dedicarlas a usos no autorizados o alterar el régimen de uso de las mismas"*, y que en la redacción propuesta tiene el siguiente tenor: *"El incumplimiento, por persona distinta de la destinataria u ocupante autorizado de la vivienda protegida, de la obligación de dar a la vivienda protegida el destino previsto en su normativa reguladora, o mantenerla deshabitada sin causa justificada durante un plazo superior a tres meses, y, en todo caso, dedicarlas a usos no autorizados o alterar el régimen de uso de las mismas o el que conforme a la legislación urbanística deban tener. En el supuesto de que la titularidad de las viviendas protegidas sea de persona jurídica, o persona promotora que no cumpla los requisitos para ser destinataria de una vivienda protegida, se entiende cometida la infracción cuando esta última no haya cumplido con su deber de posibilitar la ocupación de la vivienda por persona física que reúna los requisitos establecidos al efecto por la normativa aplicable en materia de vivienda protegida"*.

102.- Por último, se añade un apartado 5 al artículo 21, que regula las multas y su graduación, con la siguiente redacción: *"Con independencia de la acción sancionadora, se podrán imponer de forma reiterada y consecutiva multas coercitivas, hasta un máximo de tres, cuando transcurran los plazos señalados para llevar a cabo una acción u omisión previamente requerida, en lo que se refiere a las obligaciones de aportación, de información,*



comunicación y colaboración reguladas en esta ley. La cuantía de cada una de las multas no excederá para la primera multa coercitiva, de 600 euros; para la segunda multa coercitiva, de 1.500 euros, y para la tercera multa coercitiva, de 3.000 euros”.

103.- Pues bien, respecto de esta nueva reglamentación cabe hacer las siguientes consideraciones:

- a) En términos generales, las modificaciones y los nuevos preceptos propuestos deben considerarse como el producto normativo del ejercicio de la potestad de inspección y de la potestad sancionadora que corresponde a la Administración autonómica en el marco de sus competencias en materia de vivienda protegida, orientado a cumplir los objetivos que persigue el poder público en dicha materia, en garantía, además, de la observancia de los requisitos y exigencias legales impuestas por las normas. Desde esta perspectiva, y sin perjuicio de las precisiones que a continuación se harán, la reglamentación propuesta no merece objeción alguna: las modificaciones introducidas para modular, precisar y en su caso ampliar las infracciones previstas en los apartados f) y e) de los artículos 19 y 20, respectivamente, relativas al incumplimiento de la obligación de ocupar al vivienda protegida y de dar a la misma el destino previsto en su normativa reguladora, así como dedicarlas a usos no autorizados o alterar el régimen de uso que legalmente deban tener, y, tratándose de personas jurídicas titulares de las viviendas, referidas al incumplimiento del deber de posibilitar la ocupación por persona física que reúna los requisitos establecidos al efecto por la normativa aplicable en materia de vivienda protegida, son expresión del ejercicio de tales potestades vinculadas a finalidades públicas que, por lo demás, no se encuentran directamente afectadas por la declaración de inconstitucionalidad contenida en la STC 93/2015 ni por la interpretación normativa que esta impone, como tampoco por la pendencia del recurso de inconstitucionalidad número 6036-213, interpuesto contra diversos artículos de la Ley Foral 24/2013, de 2 de julio, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra, por la que se modifican diferentes artículos de la Ley Foral 10/2010, y del recurso de inconstitucionalidad número 1643-2016, interpuesto contra diversos artículos de la Ley de la Comunidad Autónoma del País Vasco 3/2015, de 18 de junio, de Vivienda, habida cuenta del diferente objeto y contenido de las disposiciones impugnadas. Todo ello –pues no corresponde a este órgano de gobierno del Poder Judicial hacer semejante valoración- sin entrar a analizar la eventual



incidencia que las medidas sancionadoras establecidas por el prelegislador autonómico, no solo en materia de vivienda protegida, sino en materia de vivienda en general, puedan tener sobre los sectores económicos, y particularmente sobre el sistema financiero en su conjunto, respecto de la que ha advertido el informe de la Comisión Europea relativo a la tercera revisión del programa de asistencia financiera para la recapitalización de las instituciones financieras en España (verano de 2013), y con independencia de los compromisos internacionales asumidos por España en el Memorando de entendimiento firmado el 20 de julio de 2012, en el marco de la ayuda otorgada al sector financiero español por la Unión Europea, que exige comunicar a las instituciones europeas toda medida que se vaya a adoptar y pueda tener un impacto en la estabilidad financiera.

- b) Debe advertirse, sin embargo, acerca de la posibilidad de que la infracción administrativa y la correspondiente sanción pueda venir referida al incumplimiento por los notarios y registradores de la obligación de exigir la acreditación de las comunicaciones de la oferta de venta y del vencimiento del plazo para el ejercicio del derecho de tanteo, así como de hacer las comunicaciones sobre el otorgamiento de las escrituras e inscripciones de las mismas, en los términos previstos en el artículo 13 de la misma Ley 13/2005. Como ya se ha dicho, a los notarios, como funcionarios públicos, les incumbe, en el desempeño de la función notarial, el juicio de legalidad sobre la forma y fondo del negocio jurídico que es objeto del instrumento público (artículo 1 de la Ley de 28 de mayo de 1862, del Notariado, y artículo 145.2 del Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944). Asimismo, la función registral que desempeña el registrador comporta un juicio de legalidad atinente no solo a la legalidad formal o extrínseca del documento o título inscribible, sino también a la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del registro (artículo 18 de la Ley Hipotecaria). La observancia de la legalidad, por tanto, no deriva exclusivamente de las previsiones contenidas en la norma autonómica proyectada, sino también y más propiamente del deber general que, en sus respectivas funciones, notarial y registral, le viene impuesto a estos profesionales por las normas estatales por que se rigen. Siendo así, y con independencia de que el prelegislador autonómico pueda incluir en la regulación proyectada, en el marco de su competencia legislativa, disposiciones que, integrando la regulación de las instituciones que diseña, coadyuven a su



efectividad, la tipificación de infracciones y sanciones que puedan venir referidas al ejercicio de las funciones notariales y registrales incide en el cumplimiento de deberes de notarios y registradores que forman parte del régimen estatutario de quienes ejercen la función pública notarial y registral, incardinándose así en el ámbito de la responsabilidad administrativa o disciplinaria de aquellos, y que es exigible, en régimen de uniformidad, por la correspondiente legislación estatal. Tal y como precisa la STC 207/1999 (cit.) (FJ 8º), esta competencia estatal *<<encuentra apoyo en la competencia exclusiva sobre la ordenación de los registros e instrumentos públicos (artículo 149.1.8º de la CE), sin olvidar la que ostenta sobre las bases del régimen estatutario funcional (art. 149.1.18ª CE), dado que, como ha establecido la STC 120/1992, fundamento jurídico 4º "Esta competencia reguladora, por otra parte, deriva también del carácter de funcionarios públicos del Estado que tienen los Notarios y su integración en un Cuerpo único nacional. Como hemos dicho en la STC 87/1989, la descentralización del Notariado por la vía de sus diferentes Colegios ni altera el carácter único del Cuerpo en toda España ni priva al Estado de las competencias que le atribuye el art. 149.1.18º de la Constitución, que, por estar integrados dentro de su propia Administración, ha de ejercer con toda amplitud, tanto en lo relativo a la ordenación de la función pública que desempeñan, que, en parte, se canaliza a través de los Colegios Notariales, cuanto en lo concerniente al régimen estatutario de sus funcionarios (fundamento jurídico 4º)">>*. Por consiguiente, en la medida en que las infracciones y sanciones que contempla el prelegislador autonómico mediante la modificación de los artículos 19, 20 y 21 de la Ley 13/2005 puede venir referidas a notarios y registradores, debe advertirse que, sin perjuicio de que la competencia legislativa de la que es titular le autorice a articular disposiciones que, referidas al contenido de sus funciones, integren el régimen jurídico de los derechos de adquisición preferente que regula, puede incidir en la competencia exclusiva del Estado que habilitan los ordinales 8 y 18 del artículo 149.1 de la CE.

104.- Por último, el nuevo apartado quinto del artículo 21 está orientado a prever la posibilidad de imponer multas coercitivas de forma reiterada y consecutiva, y hasta un máximo de tres, ante el incumplimiento de los requerimientos para llevar a cabo una acción u omisión referida a las obligaciones de aportación, de información, comunicación y colaboración reguladas en la Ley. Con independencia de lo indicado en el apartado precedente, en esta clase de multas, tal y como ha declarado el Tribunal



Constitucional, no se impone una obligación de pago con un fin represivo o retributivo por la realización de una conducta que se considere administrativamente ilícita, sino que consiste en una medida de constreñimiento económico adoptada previo el oportuno apercibimiento, reiterada en lapsos de tiempo, y tendente a obtener la acomodación de un comportamiento obstativo del destinatario del acto a lo dispuesto en la decisión administrativa previa y en la propia ley. Por consiguiente, este tipo de multas no se inscribe propiamente en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, sino en el de la autotutela ejecutiva de la Administración, y su constitucionalidad ha sido expresamente reconocida por el Tribunal Constitucional (cfr. SSTC 22/1984, de 17 de febrero, ECLI:ES:TC:1984:22; 137/1985, de 17 de octubre, ECLI:ES:TC:1985:137; y 144/1987, de 23 de septiembre, ECLI:ES:TC:1987:144, entre otras). No cabe predicar respecto de ellas, por tanto, el doble fundamento de la legalidad sancionadora que se desprende del artículo 25 de la CE – seguridad jurídica de lo prohibido, y seguridad jurídica de lo que no lo está-, dado que no castigan conductas por que sean antijurídicas, sino que se orientan a compeler la realización de una prestación, o el cumplimiento de una obligación concreta fijada por un acto o disposición, mediando la oportuna conminación o apercibimiento. En la medida en que la norma proyectada satisface estos requisitos, ninguna objeción ha de merecer.

VI.- CONCLUSIONES

PRIMERA.- El proyecto de reforma -que no viene acompañado de una Memoria del Análisis del Impacto Normativo, como sería deseable- introduce modificaciones en la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía, y en la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de medidas para la vivienda protegida y del suelo –concebidas ambas como instrumentos a través de los cuales se desarrolla la actuación pública para dar efectividad al mandato del legislador constituyente y autonómico-, y viene de la mano de las nuevas circunstancias socioeconómicas vigentes en la actualidad, que requieren un nuevo impulso legislativo en forma de medidas que, desde una perspectiva global, permitan adecuar el boque de la legalidad vigente a las exigencias de la coyuntura actual, en la búsqueda de las condiciones idóneas de protección del derecho a una vivienda digna.

SEGUNDA.- La reforma legislativa proyectada encuentra su fundamento en los artículos 25, 37 y 56 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, tal y



como quedaron redactados tras la reforma operada por la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo. Conforme a tales preceptos, que concretan el mandato contenido en el artículo 47 CE, el derecho a la vivienda se configura como una base necesaria para el pleno desarrollo de los demás derechos constitucionales y estatutarios, de suerte que tanto la Constitución como el Estatuto de Andalucía configuran el marco de actuaciones de los poderes públicos en la promoción de las condiciones necesarias para la efectividad del derecho a la vivienda en una senda marcada por el artículo 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, y por el artículo 11.1 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1996.

TERCERA.- Las medidas que ha concebido el prelegislador son, por una parte, la atribución a la Administración autonómica de sendos derechos de tanteo y retracto en la transmisión de determinadas viviendas, incluidas en las áreas delimitadas a tal efecto en el Plan Autonómico de Viviendas en función de diversos parámetros, como consecuencia de operaciones de compensación o de pago de deuda garantizada con hipoteca, y como consecuencia de procedimientos judiciales y extrajudiciales de ejecución hipotecaria, a los que se añaden los procedimientos de apremio administrativo. La atribución de estos derechos de adquisición preferente se concibe, dentro del ejercicio de las responsabilidades que incumben a la Administración en orden a dotar de virtualidad el derecho a la vivienda en el marco una situación económica desfavorable que afecta a los sectores más desfavorecidos, como un medio que permitirá a la Administración autonómica adquirir viviendas procedentes de procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria o de negocios jurídicos de compensación o pago de deuda con garantía hipotecaria, a fin de proceder al alquiler social de las mismas, otorgando preferencia a quienes hubieran sido privadas de ellas como consecuencia de un desahucio, y estuvieran inscritos en el Registro Público Municipal de Demandantes de Vivienda Protegida. Se pretende de este modo articular un mecanismo que, dándose los presupuestos para ello, permita a la Administración autonómica incrementar el parque de viviendas vinculado a políticas sociales.

Por otro lado, las medidas cuya implementación pretende el prelegislador para potenciar el cumplimiento de la función social de la propiedad –y de la vivienda- afectan a la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de medidas para la vivienda protegida y el suelo, introduciendo nuevas infracciones en el catálogo que contiene la sección segunda del capítulo III de dicha Ley.



CUARTA.- El prelegislador andaluz, a diferencia del legislador catalán, no ha querido vincular la finalidad del régimen de tanteo y retracto que establece a la evitación de que las viviendas sujetas a una potencial o actual ejecución hipotecaria queden en manos de entidades financieras –o de la SAREB- y desde ahí pasen a titularidad de fondos de inversión cuyas finalidades sean incompatibles con fines de naturaleza social. Por más que semejante finalidad pueda subyacer en la *voluntas legislatoris*, y por más que indirectamente pueda constituir un objetivo a considerar, el legislador andaluz se ha limitado a justificar las medidas que quiere introducir en el ejercicio de las competencias y potestades administrativas en orden al efectivo desarrollo del derecho a la vivienda y a orientar el ejercicio de los derechos de adquisición preferente que contempla a facilitar a los afectados en situación de vulnerabilidad, particularmente los afectados por los lanzamientos de sus viviendas, la posibilidad de acceder a aquellas objeto del tanteo o del retracto en régimen de alquiler; lo que sin duda puede contribuir a aligerar el contenido del examen, siquiera en los términos abstractos en que ha de moverse el que puede llevar a cabo este Consejo, de la normativa proyectada desde la perspectiva de su incidencia o contradicción con la regulación estatal sobre el sector económico que representa el mercado hipotecario, de singular relevancia, desde luego, y desde la perspectiva, por tanto, de las competencias que atribuye el artículo 149.1.13 CE.

QUINTA.- Los derechos de tanteo y retracto que diseña el prelegislador se suman a los que, dentro del marco legal de regulación de la vivienda protegida recogido en la Ley 13/2005, se confieren a la Administración autonómica en las transmisiones de este tipo de viviendas, de modo semejante a como se atribuyen derechos de tal naturaleza a otras Administraciones autonómicas e incluso a determinadas entidades locales.

SEXTA.- Los derechos de adquisición preferente concebidos tienen, sin embargo, un objeto diferente a los que recaen sobre viviendas protegidas, pues en este caso las que son objeto del tanteo y del retracto carecen de tal calificación administrativa y no están sometidas al régimen tutelar que dispensa la normativa que las regula, sino que se trata de viviendas que circulan en el tráfico privado sin estar sujetas a condiciones o limitaciones de ningún tipo, tanto en cuanto a su titularidad como al régimen de utilización, al precio y demás condiciones de transmisión, con el único presupuesto de que se encuentren gravadas con hipoteca, de ejecución potencial o actual, y de que se encuentren incluidas dentro de las áreas detalladas en el Plan Autonómico de Viviendas y Suelo en función de los elementos y circunstancias considerados por el prelegislador. Los derechos



de tanteo y retracto previstos por este operan, por tanto, sobre viviendas hipotecadas y en las transmisiones onerosas *inter vivos* que tienen por finalidad extinguir, total o parcialmente, la deuda garantizada, así como en las derivadas de ejecuciones hipotecarias, judiciales y extrajudiciales, a las que se suman los apremios administrativos. Se conciben, por consiguiente, como un instrumento de la Administración autonómica que complementa su política en materia de vivienda, y se contemplan ante situaciones de riesgo de pérdida de la vivienda hipotecada –que hace presumir que es la habitual y familiar- y respecto de los grupos sociales más desfavorecidos.

SÉPTIMA.- EL diferente objeto que presentan los derechos de tanteo y retracto previstos por el prelegislador respecto de los que recaen sobre viviendas protegidas es lo que ha llevado a situar la regulación proyectada extramuros del régimen de las viviendas protegidas contenido en la Ley 13/2005, situándolo en el ámbito de la Ley 1/2010, reguladora del derecho de vivienda en Andalucía, ubicación que desde un punto de vista material y sistemático parece la más adecuada.

OCTAVA.- Debe reconocerse, ante todo, el carácter legal y no meramente convencional de los derechos estatuidos. Se trata de derechos de adquisición preferente en favor de la Administración que nacen en la Ley y se imponen desde ella, y no por razón de su previsión convencional. El hecho de que el artículo 72.3 del Anteproyecto disponga que “[L]os derechos de tanteo y retracto, así como el régimen de comunicaciones a los que se refiere el presente Capítulo, deberá (sic) constar, expresamente, en la correspondiente escritura pública y tendrán su reflejo en la respectiva inscripción registral” no empiece a reconocer el carácter legal que tienen, y el precepto debe entenderse rectamente como orientado a asegurar el cumplimiento de las comunicaciones que han de servir para el ejercicio de los derechos de adquisición preferente por la Administración autonómica y el cumplimiento por los fedatarios y registradores de la obligación de comprobar la constancia de tales comunicaciones.

NOVENA.- En un examen de la normativa propuesta orientado a verificar el respeto del marco competencial que se deriva del artículo 149.1.8ª de la CE, cabe reconocer en la regulación de los derechos de tanteo y retracto concebidos por el prelegislador su afectación a un interés general y a una finalidad pública de carácter social que sitúa a estas figuras en el marco de las potestades conferidas a la Administración autonómica en orden a satisfacer los fines vinculados a sus propias competencias.



Esta consideración, que comporta destacar el aspecto netamente administrativo de estos derechos y situarlos en un plano meramente formal dentro del esquema de los derechos de tanteo y retracto propios del derecho privado, sirve para salvar cualquier atisbo de extralimitación competencial desde la perspectiva del título aludido, incluso respecto de aquellas disposiciones que regulan la actuación de los notarios y registradores, en la medida en que no se dirigen directamente a establecer normas de naturaleza civil, sino simplemente reglas instrumentales para el ejercicio de aquellos derechos y, por tanto, para la consecución de sus fines públicos.

DÉCIMA.- La normativa que el prelegislador proyecta introducir en la Ley 1/2010 también supera el control competencial realizado con base en el título que recoge el artículo 149.1.6ª CE.

Los derechos de tanteo y retracto que contempla operan, en rigor, bien al margen del proceso, y actúan en el ámbito de las relaciones materiales entre acreedor y deudor hipotecario, bien en el marco de procedimientos extrajudiciales o judiciales de ejecución hipotecaria, pero tras la adjudicación del bien al adjudicatario, y, en su caso, tras la firmeza del auto que acuerda el lanzamiento de los ocupantes de la vivienda sobre la que ha recaído el procedimiento de ejecución. En realidad, la reglamentación proyectada, antes de tener naturaleza procesal, sirve para articular el ejercicio de los derechos de adquisición preferente que el prelegislador quiere establecer, y no tiene incidencia formal o material en el curso de los procedimientos de ejecución. La norma contenida en el artículo 78, lejos de articular un acto de naturaleza procesal, establece una obligación dirigida a los órganos judiciales que hayan conocido de los procesos de ejecución hipotecaria sobre viviendas incluidas en áreas de tanteo y retracto en orden a trasladar a la Administración autonómica competente copia de los testimonios de firmeza de los decretos de adjudicación, comprensivos de la resolución de aprobación del remate o de la adjudicación al acreedor, así como copia de los testimonios de firmeza de las resoluciones judiciales que acuerden el lanzamiento de las personas ocupantes de las viviendas objeto de proceso de ejecución hipotecaria. De este modo, la actuación del órgano judicial se concibe como mero coadyuvante en el ejercicio de los derechos de adquisición preferente por la Administración autonómica, como un instrumento, por tanto, para el ejercicio de tales derechos al servicio de las finalidades públicas a cuya consecución se orientan. Sin perjuicio de lo anterior, y en la medida en que pudiera reconocerse alguna obligación para los órganos judiciales, cabría concebir tal actuación en el marco de las relaciones de colaboración a través del desarrollo o ejecución de un



instrumento convencional del que fuera parte el Consejo General del Poder Judicial y la Administración autonómica, al margen, por tanto, de toda previsión normativa a tal efecto.

El reproche únicamente podría venir de la mano de la regulación que el proyectado artículo 76 hace del precio de la adquisición. Al prever el apartado segundo de dicho artículo que del precio del retracto podrá descontarse, en su caso, el importe necesario para la cancelación de las hipotecas y demás cargas que, con carácter preferente, afecten a las viviendas adquiridas, asumiendo la Administración o entidad actuante la responsabilidad de su cancelación, el prelegislador está introduciendo una norma que puede tener incidencia en el proceso de ejecución y, por lo tanto, podría llevar a considerar que se ha incurrido en una extralimitación competencial al incidir en el ámbito de la competencia exclusiva que establece el artículo 149.1.6ª de la CE. El riesgo de semejante consideración, sin embargo, puede evitarse mediante una lectura del precepto conforme a la Constitución y al título competencial que contiene el indicado precepto constitucional, interpretando este apartado segundo del artículo 76 en relación con el último inciso del apartado anterior del mismo artículo, conforme al cual la Administración o entidad actuante garantizará a la persona o entidad titular que no se producirá menoscabo económico como consecuencia de la transmisión hecha en el caso de retracto; si bien debe insistirse en la conveniencia de que la redacción del apartado segundo del artículo 76 analizado sea tal que facilite esta interpretación sistemática y aleje toda sobra de duda sobre el ajuste constitucional del precepto y el respeto al título competencial contenido en el artículo 149.1.6º CE, evitando cualquier incidencia en el curso del proceso de ejecución, y abundando en la garantía de indemnidad que en todo caso ha de ofrecer la Administración retrayente, conforme a lo dispuesto en el primer apartado del mismo artículo 76.

DECIMOPRIMERA.- En un examen abstracto de la competencia legislativa derivada del artículo 149.1.13ª CE, es posible concluir que la regulación proyectada no incide en la competencia estatal en la medida en que no la contradice ni menoscaba las normas dictadas por el legislador Estatal. Pese a la coincidencia de circunstancias y finalidades, la configuración de unos derechos de tanteo y retracto en favor de la Administración autonómica no contradice ni menoscaba la normativa estatal, por cuanto tales derechos de adquisición preferente son compatibles con las medidas establecidas en ella, particularmente con la suspensión de los lanzamientos, pues su efectividad



está condicionada a la firmeza de la resolución judicial que lo declare, después, claro está, de respetar el periodo de suspensión establecido por la legislación estatal. La mera sustitución del titular, en el ejercicio de unos derechos vinculados a las finalidades públicas propias de la competencia autonómica, no parece que suponga una afectación relevante para el mercado hipotecario ni, por ende, para el sector financiero, cuando el efecto del ejercicio de tales derechos es la mera subrogación en la posición de dicho titular pagando el precio por el que se produjo la transmisión, que ha de responder al valor real del bien retraído. Y lo mismo cabe decir respecto de la constitución de bolsas de viviendas, a través del ejercicio de los señalados derechos de adquisición preferente, para ser ofrecidas en arrendamiento a los grupos más desfavorecidos afectados por las vicisitudes del mercado hipotecario, pues dicha finalidad no solo aparece vinculada a las competencias autonómicas, sino que se alinea con aquella a la que se orientan las medidas legislativas estatales.

DECIMOSEGUNDA.- La compatibilidad de estos derechos de adquisición preferente con las exigencias constitucionales vinculadas al derecho de propiedad se desprende con nitidez de los términos de la STC 154/2015, de 9 de julio.

Y de la misma sentencia, y de la doctrina constitucional que en ella se recoge respecto del artículo 9.3 de la CE se desprende también que la normativa proyectada respeta la interdicción de la retroactividad que impone dicho precepto, si se atiende a la aplicación combinada de la disposición adicional única del anteproyecto y a lo establecido en su artículo 79.1 del texto proyectado.

La norma proyectada dirige su aplicación hacia el futuro, afectando a las transmisiones que tengan lugar con posterioridad a su entrada en vigor y que se produzcan durante la vigencia del correspondiente Plan delimitador de las áreas sobre las que cabrá el ejercicio de los derechos, lo que excluye cualquier atisbo de retroactividad, tal y como ha sido entendida por la doctrina constitucional.

DECIMOTERCERA.- El prelegislador ha previsto una delegación de la competencia para el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto en favor de un organismo, la Agencia de la Vivienda y Rehabilitación de Andalucía, heredera de la Empresa Pública del Suelo de Andalucía, que constituye una modalidad de delegación inter-orgánica e instrumental conocida tradicionalmente como <<descentralización funcional>>, estatuida en favor de un ente instrumental -una agencia- de los previstos en los



artículos 50 y 54 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, que se encuentra expresamente prevista en el artículo 101.2 de la misma ley.

Esta delegación del ejercicio de la potestad, sin embargo, no se encuentra enteramente delimitada en la norma proyectada, pues si bien conforme al artículo 72 sólo se concibe en favor del referido ente instrumental, el artículo 74.4, apartado c), parece incluir a los Ayuntamientos entre los destinatarios de la delegación, al incluir a estos, junto con la Agencia, en el contenido de la notificación del acuerdo del ejercicio del derecho de retracto previsto en este último artículo. Sería conveniente que el prelegislador determinara con precisión las entidades en favor de las cuales contempla la posibilidad de delegación del ejercicio de la competencia que se atribuye respecto de los derechos de adquisición preferente a la Consejería que la tiene atribuida en materia de vivienda, y que, bien mediante el oportuno desarrollo de la Ley proyectada, bien en el acto o acuerdo de delegación, se precisasen la forma y los efectos del ejercicio de los derechos de tanteo y retracto por la entidad delegada.

DECIMOCUARTA.- La configuración objetiva de los derechos de tanteo y retracto prevista por el legislador requiere de las siguientes observaciones:

- a) El artículo 72 se refiere a las adquisiciones de viviendas con ocasión de una dación en pago, a las que vincula los derechos de tanteo y retracto. Parece aludir, por tanto, a los actos y negocios jurídicos englobados bajo la categoría de negocios de naturaleza solutoria, entre los que se encuentran los que tienen por objeto la dación de bienes en pago de la deuda.
- b) Debe tenerse presente que, conforme a su caracterización jurisprudencial, la *datio in o pro solutum* es una forma especial de pago, llamada también forma subrogada de cumplimiento, que consiste en el acuerdo, como negocio jurídico bilateral, de que se cumpla la obligación mediante una prestación distinta de la que era objeto de la misma.
- c) La jurisprudencia ha insistido reiteradamente en la necesidad de distinguir la dación en pago *-datio pro soluto-* del pago por cesión de bienes *-datio pro solvendo -*. El prelegislador se refiere únicamente a la figura jurídica de la dación en pago de deuda, por lo que se excluyen los casos de transmisiones cuyo objeto sea la entrega de la vivienda para hacerse pago el acreedor con el producto de la venta de la misma (*datio pro soluto*). Además, al poner en relación el



artículo 72.1 con los artículos 73.1, 75.1, 77.1, y 79.1, se desprende que ha de tratarse de una dación en pago de una deuda con garantía hipotecaria, y no de cualquier otra deuda; lo que, desde luego, es coherente con el objeto y finalidad de la normativa proyectada, que aspira a satisfacer finalidades sociales en el marco de la situación que afecta a los deudores hipotecarios incapaces de cumplir con sus obligaciones. El artículo 72.1, sin embargo, no contiene esta precisión, que, sin embargo, sería conveniente incluir cuando se trata de delimitar el ámbito material para el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto.

- d) Aunque el artículo 73.1 se refiere a *“la persona interesada en adquirir una vivienda o viviendas por compensación o pago de deuda con garantía hipotecaria”*, el marco habitual en el que se producirá este negocio jurídico solutorio es el propio de las relaciones entre acreedor y deudor hipotecario. Por lo tanto, lo usual será que la dación en pago se realice entre uno y otro, como instrumento o medio de extinción de la deuda y las obligaciones nacidas del contrato de préstamo con garantía hipotecaria. No obstante, el tenor del precepto permite extender el ámbito de los derechos de tanteo y retracto a otros supuestos, sin duda más infrecuentes en las relaciones hipotecarias, pero no por ello inimaginables, de pago a tercero con validez y eficacia solutoria cuando se hubiere convertido en utilidad del acreedor (artículo 1163, segundo párrafo, Cc). Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el pago en favor de tercero sirve de ordinario para anticipar *“per saltum”* la extinción de la obligación entre el acreedor –hipotecario, en este caso- y el tercero que recibe el pago, y que de conformidad con el segundo inciso del proyectado artículo 72 las transmisiones posteriores –a la que opera la dación de bienes en pago- quedan excluidas de la posibilidad de ejercer los citados derechos. En rigor, el pago hecho a un tercero no debería servir para, mediante la invocación de este último precepto, eludir en esos casos la eficacia de los derechos de tanteo y retracto, por cuanto los efectos solutorios se producen con relación a la deuda con garantía hipotecaria y al crédito garantizado, y por cuanto la cesión del bien a un tercero ex artículo 1163, segundo párrafo, Cc constituiría en todo caso la primera transmisión –la sujeta al ejercicio de los derechos- a los efectos del artículo 72.1, segundo inciso, del texto del anteproyecto. En ese entendimiento, no cabe oponer objeción alguna a la fórmula utilizada por el prelegislador en el artículo 73.1, al referirse a *“la persona interesada en adquirir una vivienda”*.



- e) El artículo 73.1, y también los artículos 75.1, 77.1 y 79.1, se refieren no solo a la dación en pago de una deuda hipotecaria, sino también a los supuestos de transmisión de la vivienda "*por compensación*". El prelegislador andaluz acude también a esta figura, como antes hiciera el legislador catalán en el Decreto-ley 1/2015, de 24 de marzo. La compensación que regulan los artículos 1195 y siguientes del Cc parte de la situación en que dos personas, por derecho propio, son recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra, con los requisitos establecidos en el artículo 1196 Cc –que cada uno de los obligados lo esté principalmente y sea a la vez acreedor principal del otro; que ambas deudas consistan en una cantidad de dinero o, siendo fungibles las cosas debidas, sean de la misma especie y también de la misma calidad, si esta se hubiera designado; que las dos deudas estén vencidas, sean líquidas y exigibles, y que sobre ninguna de ellas haya retención o contienda promovidos por terceras personas y notificada oportunamente al deudor-, y su efecto es extinguir una y otra deuda en la cantidad concurrente (artículo 1202 Cc). Por consiguiente, es difícil imaginar cómo, en el marco de una hipotética compensación de deudas, una de ellas, al menos, con garantía hipotecaria, se puede producir la transmisión de la vivienda gravada con la hipoteca, y que una transmisión de estas características opere como compensación extintiva de las obligaciones, habida cuenta de los requisitos a los que está sujeta. Únicamente cabría comprender la alusión a la compensación referida a supuestos –muy escasos, sin duda-, en los que la entrega de la vivienda hipotecada operase, no como medio de extinción total de la deuda, efecto propio de la dación en pago, sino para extinguir parcialmente la deuda en la cantidad concurrente (siempre con el presupuesto, claro está, de que el acreedor y el deudor lo fueran recíprocamente uno del otro). Se sugiere, con todo, al prelegislador que reconsidere la inclusión de este medio de extinguir las obligaciones junto con la dación en pago de la deuda, y que considere la conveniencia de limitar a esta última los supuestos en los que han de operar los derechos de tanteo y retracto, además de las transmisiones derivadas de procedimientos de ejecución hipotecaria, bien judiciales, bien extrajudiciales.
- f) Es irrelevante, dada la redacción del artículo 72.1 y de sus concordantes, el marco en el que tiene lugar el negocio jurídico solutorio; por tanto, podría darse en el curso de la ejecución de la relación material, es decir, en el desenvolvimiento del cumplimiento



de las obligaciones que integran el contenido material del contrato, que será lo normal, pero también estando pendiente un procedimiento de ejecución hipotecaria, judicial o extrajudicial. Cabe recordar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 670.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) –aplicable al procedimiento de ejecución hipotecaria por virtud de lo dispuesto en el artículo 681.1 de la misma Ley-, en cualquier momento anterior a la aprobación del remate o de la adjudicación, en su caso, al ejecutante, podrá el deudor liberar sus bienes pagando al acreedor ejecutante lo que deba por principal, intereses y costas. Surge la duda, que convendría que el prelegislador despejara, de si la cesión en pago de la deuda hipotecada a la que se vincula el ejercicio de los derechos de tanteo retracto proyectados comprende también los casos de cesión de bienes como consecuencia de un acuerdo extrajudicial de pagos previsto en el artículo 236.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), en relación con su artículo 155.5, teniendo en cuenta que este último precepto exige la autorización judicial para la cesión del deudor de bienes hipotecados por virtud de un acuerdo extrajudicial de pagos.

- g) El artículo 72.1 incluye en el ámbito del derecho de retracto las transmisiones derivadas de los procedimientos administrativos de apremio. A este tipo de procedimientos se refiere también el artículo 78.4, al imponer a las autoridades administrativas competentes para tramitar y resolver los procedimientos de apremio la obligación de trasladar a la Consejería titular de los derechos la copia de las resoluciones por las que se formalicen las transmisiones. La inclusión de las transmisiones derivadas de estos procedimientos administrativos de apremio en el ámbito de aplicación *-rectius*, de la posibilidad de ejercicio- del derecho de retracto en favor de la Administración autonómica se encuentra, sin embargo, un tanto desligada de la situación a la que el prelegislador vincula la atribución de los derechos de adquisición preferente que diseña, y que sirve de a la vez de justificación para su atribución, y al mismo tiempo desdibuja la finalidad de la norma, Cabe, por tanto, sugerir al prelegislador que reconsidere la inclusión de este tipo de procedimientos de apremio administrativo en el ámbito de aplicación del derecho de retracto proyectado.
- h) La norma proyectada garantiza la compatibilidad del ejercicio de los derechos de tanteo y retracto con aquellas otras medidas ya establecidas o que puedan imponerse en el futuro por el Estado en el



ejercicio de sus competencias derivadas del artículo 149.1.11ª y 13ª de la CE (artículo 72.1, último párrafo), y con otros derechos de adquisición preferente establecidos por la legislación vigente al servicio de las políticas de vivienda (artículo 72.4). Con ello el prelegislador persigue eludir cualquier sombra de duda que pueda recaer sobre su competencia legislativa y sobre la compatibilidad de la normativa proyectada con las exigencias constitucionales y con la legislación vigente. Aunque la norma proyectada garantiza la compatibilidad con otras medidas estatales y con otros derechos de la misma naturaleza, no se contempla, sin embargo, el modo en que ha de resolverse una eventual concurrencia, ni se ofrecen pautas para situar los derechos que proyecta respecto de aquellos otros derechos de similar naturaleza que pudieran entrar en concurso con los diseñados.

- i) Debería mejorarse la sintaxis del precepto contenido en el apartado 3 del artículo 72, expresando en plural el término "deberá"; la frase, por tanto, debería quedar redactada del siguiente modo: *"Los derechos de tanteo y retracto así como el régimen de comunicaciones a los que se refiere el presente capítulo deberán constar..."*.

DECIMOQUINTA.- El artículo 73 regula el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto en adquisiciones por compensación o pago de deuda con garantía hipotecaria. El ejercicio de los derechos se articula a partir de la comunicación que el adquirente interesado, con la conformidad del transmitente, ha de dirigir a la Consejería competente, conteniendo la oferta de venta, y con indicación del precio, la forma de pago y demás condiciones de la transmisión.

Aun cuando el negocio jurídico en que consiste la dación en pago se conceptúa, en términos generales, como una compraventa, y se aplican en general al mismo las normas que la rigen, parece más adecuado evitar la expresión "oferta de venta", pues la dación en pago se presentará de ordinario como un negocio autónomo, por más que el crédito cuya extinción se opera se identifique con el precio de la compraventa.

Sería conveniente, por otra parte, que la norma profundizase en la forma en que podrá presentarse la comunicación ante la Consejería competente, teniendo presente, en particular, lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 2 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) y en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), en lo referente a la Administración y registros electrónicos (cfr. arts. 14 y 16 LPAC y 38 y ss. LRJSP).



DECIMOSEXTA.- El prelegislador articula una sucesiva serie de cautelas encaminadas a asegurar el cumplimiento de la obligación de comunicar las transmisiones sujetas a los derechos de tanteo y retracto, que contemplan también los casos –inusuales, por lo demás, en la medida en que se trata de transmisiones orientadas a la extinción de obligaciones garantizadas con hipoteca- en que no se instrumenten en documento público, estableciendo en tales casos el término inicial del cómputo del plazo para ejercitar el retracto en el momento en que la Administración autonómica hubiese tenido conocimiento fehaciente de la transmisión. Convendría, no obstante, puntualizar que el plazo debería comenzar a correr desde que la Consejería competente tenga conocimiento, no solo de la transmisión, sino de todos sus elementos y condiciones, pues este conocimiento completo es imprescindible para decidir acerca del ejercicio del retracto.

DECIMOSÉPTIMA.- Las disposiciones contenidas en los artículos 75 y 78 del texto proyectado referidas a los notarios deben entenderse como expresión del ejercicio del juicio de legalidad sobre la forma y fondo del negocio jurídico que es objeto del instrumento público. Asimismo, la función registral que desempeña el registrador comporta un juicio de legalidad atinente no solo a la legalidad formal o extrínseca del documento o título inscribible, sino también a la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del registro. Bajo tal entendimiento, las previsiones que contienen los señalados preceptos forman parte de la regulación material de los derechos de adquisición preferente proyectados por el prelegislador, y pasan a integrar de ese modo la regulación que de los mismos hace a partir de la competencia normativa que le habilita para su regulación, siendo así, que, por lo demás, responden a la lógica de la institución jurídica objeto de regulación de facilitar al retrayente el efectivo ejercicio de su derecho real de adquisición preferente.

Con independencia de lo anterior, la obligación que pesa sobre los notarios de exigir la acreditación del cumplimiento de las comunicaciones y del transcurso del plazo para el ejercicio del derecho de tanteo ha de ponerse en relación con los artículos 174 y 194 del Reglamento Notarial, de suerte que, conforme a los mismos, la falta de acreditación, o acreditación incompleta o insuficiente, deberá en todo caso reflejarse en el instrumento, con las pertinentes advertencias del fedatario. Al mismo tiempo, el cierre del registro a las transmisiones respecto de las que no se hubieran acreditado aquellos extremos debería ser puesto en relación, y tener su reflejo, en el artículo 254 de la Ley Hipotecaria.



DECIMOCTAVA.- El prelegislador pospone el ejercicio del derecho de retracto a la finalización del plazo de suspensión de los lanzamientos previsto en la Ley estatal 25/2015, y sitúa el inicio del plazo para su ejercicio en el día en que sea notificado el testimonio de firmeza de la resolución judicial que acuerde el lanzamiento o, en defecto de esta, el día en que tenga conocimiento del mismo (artículo 74.2). Debe tenerse presente que la suspensión de los lanzamientos prevista en la legislación estatal, cuando se dan los presupuestos para ello, se produce *ope legis*, y se prolongará hasta el 2017 (artículo 3 de la Ley 25/2015, de 28 de julio, que modifica, entre otros preceptos, los apartados 1, 2 y 3 del artículo 1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios). La norma, sin embargo, no sitúa en dicha fecha el inicio del plazo para el ejercicio del retracto, sino en el día en que se notifica el testimonio de la firmeza de la resolución judicial que acuerda el lanzamiento, o, en su defecto, en día en que la Administración autonómica tiene conocimiento de este –del lanzamiento, debe entenderse-. Ha de advertirse que es este un *dies a quo* distinto del que se establece para los casos en los que no hay suspensión de lanzamiento –que se sitúa en el día siguiente al de la notificación de la transmisión en los términos del artículo 78-, lo que deberá ser tenido en cuenta a la hora de comunicar el inicio del plazo para el ejercicio del retracto que prevé el apartado 3 del artículo 74, el cual, por lo demás, deberá contemplar, a la hora de establecer el destinatario de dicha comunicación, no solo al rematante, sino también al acreedor adjudicatario.

DECIMONOVENA.- El artículo 74.4 prevé que el acuerdo para ejercitar el retracto, que tendrá, al menos el contenido establecido en el mismo, se notificará a la persona titular de la vivienda y a los demás interesados. Esta comunicación, que incluye la de la justificación por la que se ejerce el derecho, la cuantía, forma y plazo de abono del precio, y la entidad retrayente, parece orientado a posibilitar el control de la regularidad del acuerdo en sede administrativa y, en su caso, en la posterior vía jurisdiccional, y es distinta a la comunicación del ejercicio del derecho a que se refiere el artículo 77.1 del texto proyectado. No obstante, el prelegislador la ciñe exclusivamente al ejercicio del derecho de retracto, sin extenderla al derecho de tanteo, donde también habrá de ser adoptado un acuerdo en tales términos, sin que esta limitación aparezca suficientemente justificada.

VIGÉSIMA.- El precio del retracto, que deberá ser satisfecho en el momento del otorgamiento de la escritura pública, será el que conste en el negocio jurídico transmisivo, y en la resolución judicial aprobatoria de la



adjudicación del remate o en la correspondiente escritura pública, en los casos de ejecución hipotecaria, judicial o extrajudicial, o de las transmisiones realizadas en los supuestos del artículo 73.4 (artículo 76.1). En este punto conviene recordar que constituye doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo que el precio del retracto debe ser el precio real efectivamente abonado por el adquirente, de tal forma que el ejercicio del derecho deje a este en situación de indemnidad económica tras el retracto, aunque el precio que aparezca en el negocio transmisivo sea diferente al que luego resulte acreditado; con la precisión de que "*precio real*" no debe ser equiparado a "*valor real*" ni a "*precio actual*". En los negocios jurídicos de dación en pago, donde la entrega del bien sirve para extinguir la deuda, el importe de esta –es decir, el valor del crédito del adquirente– es lo que habrá de determinar el precio de la transmisión a los efectos del ejercicio de los derechos de adquisición preferente. Por tanto, el prelegislador debería tener presente la doctrina jurisprudencial indicada, pues, por más que en el segundo párrafo del artículo 76.1 haya dispuesto que "*[E]n todo caso, la Administración o entidad actuante garantizará a la persona o entidad titular que no se producirá menoscabo económico como consecuencia de la transmisión hecha en el caso de retracto*", esta indemnidad puede no producirse si se toma como precio para el retracto el que figure en el negocio traslativo, que puede no ser el precio real de la transmisión.

VIGESIMOPRIMERA.- La previsión del artículo 76.2, además de propiciar la quiebra del principio de indemnidad proclamado, puede suponer aplicar el precio del retracto, no solo a los fines del procedimiento de ejecución hipotecaria de donde deriva la transmisión, sino a otros ajenos al mismo, con incidencia en él. El precepto analizado incide, de este modo, en la regulación procesal, con riesgo de extralimitación competencial, por lo que se sugiere la supresión del mismo.

VIGESIMOSEGUNDA.- Respecto de la delimitación de las áreas en las que las transmisiones de viviendas quedarán sujetas al ejercicio de los derechos de tanteo y retracto procede hacer las siguientes observaciones:

- a) El apartado primero del artículo 79 establece que "*A los efectos del cumplimiento de los derechos de tanteo y retracto regulados en este Título, la programación prevista en el Plan Andaluz de Vivienda y Suelo **podrá** delimitar áreas en las que las transmisiones de viviendas (...)*". Semejante previsión, formulada en términos meramente potestativos, pugna con la necesidad, según se desprende de los siguientes párrafos del mismo precepto, de que el



ejercicio de los derechos de tanteo y retracto recaiga sobre las transmisiones de viviendas incluidas en el correspondiente Plan delimitador de las áreas, y durante la vigencia del mismo. Por lo tanto, parece más correcto formular el precepto en modo imperativo, sustituyendo la expresión "*podrá delimitar*" por "*delimitará*".

- b) El ejercicio de los derechos está subordinado a la concurrencia de los siguientes presupuestos: i) en el caso del retracto, que la transmisión se haya producido durante la vigencia del correspondiente Plan que delimita las áreas; ii) en el caso del tanteo, que la transmisión se comunique durante la citada vigencia; y iii), en ambos casos, que los procedimientos para el ejercicio de los derechos se encuentren iniciados, mediante el correspondiente acuerdo, en el momento en que la planificación haya perdido vigencia. Debe tenerse presente que el ejercicio del derecho de tanteo se articula en torno a la comunicación a la Administración autonómica de "*la oferta de venta*" (artículo 73.2), a partir de la cual se abre el plazo para su ejercicio. La posterior comunicación de la transmisión a la Consejería (artículo 73.3) tiene por objeto poner en conocimiento de esta las condiciones en que ha tenido lugar, a efectos de un eventual ejercicio del retracto previsto en el último apartado del artículo 73. Cabe sugerir, por tanto, que a la hora de determinar el tercer párrafo del artículo 79.1 el marco temporal del ejercicio del derecho de tanteo, vinculado a la vigencia del correspondiente Plan, lo haga con relación a la comunicación de la oferta del negocio jurídico traslativo, y no con relación a la notificación de la transmisión ya realizada, tal y como aparece en la redacción del precepto.
- c) Los objetivos de la delimitación de áreas consisten en i) la obtención de viviendas a fin de proceder al alquiler social de las mismas con destino a las personas que han sido privadas de ellas como consecuencia de un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria o de dación en pago de deuda con garantía hipotecaria; ii) configurar una oferta de viviendas dirigida a personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad no definida en el apartado anterior; y iii) incrementar el parque de viviendas vinculadas a políticas sociales (artículo 79.2). La definición de estos objetivos es coherente con la finalidad del proyecto normativo, si bien sería aconsejable que se precisaran con mayor detalle los supuestos de vulnerabilidad que contempla el prelegislador, acaso mediante una referencia o remisión a la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas



para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

- d) El apartado quinto del artículo 80 permite extender el ámbito de las áreas delimitadas para, cuando concurren circunstancias especiales y sobrevenidas, incluir en ellas viviendas concretas que hubiesen sido transmitidas que no se encuentren dentro de las mismas, pero que sean colindantes con ellas, siempre que se cumplan los requisitos subjetivos y objetivos específicamente señalados en el Plan Autonómico de Vivienda para la delimitación de la referida área. El precepto debe dejar claro que dicha inclusión sobrevenida deberá sujetarse al procedimiento que establece el artículo 80.1, y, además, deberá especificar, al referirse a viviendas ya transmitidas, la forma en que habrá de ejercitarse el retracto, en particular el inicio del plazo de ejercicio.

VIGESIMOTERCERA.- Con relación a las modificaciones que afectan a la Ley 13/2005 cabe hacer las siguientes consideraciones:

- a) En términos generales, las modificaciones y los nuevos preceptos propuestos deben considerarse como el producto normativo del ejercicio de la potestad de inspección y de la potestad sancionadora que corresponde a la Administración autonómica en el marco de sus competencias en materia de vivienda protegida, orientado a cumplir los objetivos que persigue el poder público en dicha materia, en garantía, además, de la observancia de los requisitos y exigencias legales impuestas por las normas. Desde esta perspectiva, la reglamentación propuesta no merece objeción alguna: las modificaciones introducidas para modular, precisar y en su caso ampliar las infracciones previstas en los apartados f) y e) de los artículos 19 y 20, respectivamente, son expresión del ejercicio de tales potestades vinculadas a finalidades públicas que, por lo demás, no se encuentran directamente afectadas por la declaración de inconstitucionalidad contenida en la STC 93/2015 ni por la interpretación normativa que esta impone, como tampoco por la pendencia del recurso de inconstitucionalidad número 6036-213, interpuesto contra diversos artículos de la Ley Foral 24/2013, de 2 de julio, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra, por la que se modifica diferentes artículos de la Ley Foral 10/2010, y del recurso de inconstitucionalidad número 1643-2016, interpuesto contra diversos artículos de la Ley de la Comunidad Autónoma del País Vasco 3/2015, de 18 de junio, de Vivienda, habida



cuenta del diferente objeto y contenido de las disposiciones impugnadas.

- b) Debe advertirse acerca de la posibilidad de que las infracciones administrativas previstas y la correspondiente sanción pueda venir referida al incumplimiento por los notarios y registradores de la obligación de exigir la acreditación de las comunicaciones de la oferta de venta y del vencimiento del plazo para el ejercicio del derecho de tanteo, así como de hacer las comunicaciones sobre el otorgamiento de las escrituras e inscripciones de las mismas, en los términos previstos en el artículo 13 de la misma Ley 13/2005. Con independencia de que el prelegislador autonómico pueda incluir en la regulación proyectada, en el marco de su competencia legislativa, disposiciones que, integrando la regulación de las instituciones que diseña, coadyuven a su efectividad, la tipificación de infracciones y sanciones que puedan venir referidas al ejercicio de las funciones notariales y registrales incide en el cumplimiento de deberes de notarios y registradores que forman parte del régimen estatutario de quienes ejercen la función pública notarial y registral, incardinándose así en el ámbito de la responsabilidad administrativa o disciplinaria de aquellos, y que es exigible, en régimen de uniformidad, por la correspondiente legislación estatal. Por consiguiente, en la medida en que las infracciones y sanciones que contempla el prelegislador autonómico mediante la modificación de los artículos 19, 20 y 21 de la Ley 13/2005 puede venir referidas a notarios y registradores, debe advertirse que, sin perjuicio de que la competencia legislativa de la que es titular le autorice a articular disposiciones que, referidas al contenido de sus funciones, integren el régimen jurídico de los derechos de adquisición preferente que regula, puede incidir en la competencia exclusiva del Estado que habilitan los ordinales 8 y 18 del artículo 149.1 de la CE.
- c) El nuevo apartado quinto del artículo 21 está orientado a prever la posibilidad de imponer multas coercitivas de forma reiterada y consecutiva, y hasta un máximo de tres, ante el incumplimiento de los requerimientos para llevar a cabo una acción u omisión referida a las obligaciones de aportación, de información, comunicación y colaboración reguladas en la Ley. En esta clase de multas, tal y como ha declarado el Tribunal Constitucional, no se impone una obligación de pago con un fin represivo o retributivo por la realización de una conducta que se considere administrativamente ilícita, sino que consiste en una medida de constreñimiento económico adoptada



previo el oportuno apercibimiento, reiterada en lapsos de tiempo, y tendente a obtener la acomodación de un comportamiento obstativo del destinatario del acto a lo dispuesto en la decisión administrativa previa y en la propia ley. Por consiguiente, este tipo de multas no se inscribe propiamente en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, sino en el de la autotulela ejecutiva de la Administración, y su constitucionalidad ha sido expresamente reconocida por el Tribunal Constitucional. No cabe predicar respecto de ellas, por tanto, el doble fundamento de la legalidad sancionadora que se desprende del artículo 25 de la CE –seguridad jurídica de lo prohibido, y seguridad jurídica de lo que no lo está–, dado que no castigan conductas por que sean antijurídicas, sino que se orientan a compeler la realización de una prestación, o el cumplimiento de una obligación concreta fijada por un acto o disposición, mediando la oportuna conminación o apercibimiento. En la medida en que la norma proyectada satisface estos requisitos, ninguna objeción ha de merecer.

Es cuanto tiene que informar el Consejo General del Poder Judicial

Lo precedente concuerda bien y fielmente con su original al que me remito, y para que conste extiendo y firmo la presente en Madrid a 24 de noviembre de 2016

Joaquín Vives de la Cortada Ferrer-Calbetó
Secretario General