



Roj: **SAP M 15452/2018 - ECLI:ES:APM:2018:15452**

Id Cendoj: **28079370122018100354**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **12**

Fecha: **31/10/2018**

Nº de Recurso: **260/2018**

Nº de Resolución: **403/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **FERNANDO HERRERO DE EGAÑA OCTAVIO DE TOLEDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Duodécima

C/ Santiago de Compostela, 100, Planta 3 - 28035

Tfno.: 914933837

37007740

**N.I.G.:** 28.079.00.2-2017/0067801

**Recurso de Apelación 260/2018**

**O. Judicial Origen:**Juzgado de 1ª Instancia nº 67 de Madrid

**Autos de Procedimiento Ordinario 375/2017**

**DEMANDANTE/APELANTE:** EMPRESA MUNICIPAL DE LA VIVIENDA Y SUELO DE MADRID, S.A.

**PROCURADOR:** D. JOSÉ BERNARDO COBO MARTÍNEZ DE MURGUÍA

**DEMANDADO/APELADO:** Dª Matilde

**PROCURADOR:** Dª MARÍA CRISTINA MÉNDEZ ROCASOLANO

**PONENTE ILMO. SR. D. FERNANDO HERRERO DE EGAÑA Y OCTAVIO DE TOLEDO**

**SENTENCIA N° 403**

**ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:**

**Dª ANA MARÍA OLALLA CAMARERO**

**D. FERNANDO HERRERO DE EGAÑA Y OCTAVIO DE TOLEDO**

**Dª MARÍA JOSÉ ROMERO SUÁREZ**

En Madrid, a treinta y uno de octubre de dos mil dieciocho.

La Sección Duodécima de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de Procedimiento Ordinario 375/2017 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 67 de Madrid, a los que ha correspondido el rollo 260/2018, en los que aparece como parte demandante-apelante EMPRESA MUNICIPAL DE LA VIVIENDA Y SUELO DE MADRID, S.A., representada por el Procurador D. JOSÉ BERNARDO COBO MARTÍNEZ DE MURGUÍA, y como demandada-apelada Dª Matilde, representada por la Procuradora Dª MARÍA CRISTINA MÉNDEZ ROCASOLANO.

**VISTO**, siendo Magistrado Ponente **D. FERNANDO HERRERO DE EGAÑA Y OCTAVIO DE TOLEDO**

**ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la Sentencia recurrida en cuanto se relacionan con la misma.

**SEGUNDO.-** Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 67 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 31 de julio de 2017, cuyo fallo es del tenor siguiente: "Que desestimando la demanda formulada por la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid S.A. (EMVS), contra Dª Matilde , debo absolver a la citada demandada de las pretensiones formuladas en su contra, y ello sin que proceda hacer expresa imposición de las costas causadas."

Notificada dicha resolución a las partes, por EMPRESA MUNICIPAL DE LA VIVIENDA Y SUELO DE MADRID, S.A. se interpuso recurso de apelación alegando cuanto estimó oportuno. Admitido el recurso se dio traslado a la parte contraria que se opuso, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección ante la que han comparecido los litigantes, sustanciándose el recurso por sus trámites legales y señalándose para la deliberación, votación y fallo del miso el día 17 de octubre de 2018, en que ha tenido lugar lo acordado.

**TERCERO.-** En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid formula demanda reclamando a la demandada el pago del 20% del importe de la venta de la Vivienda de Protección Oficial de la que era propietaria.

Indica la demandante, en esencia, que en la escritura de venta en favor de la hoy demandada se hizo constar que en caso de venta un tercero, y para el caso de no ejercitarse por la demandante tanteo o retracto por no haber solicitantes en reserva, el vendedor tiene la obligación de abonar el 20% del precio de la venta, tal y como indica el artículo 22 del Reglamento de Adjudicación de VPO.

El 26 de octubre de 2016 la demandada efectuó la venta del inmueble, prescindiendo de convocar a la demandante para la formalización de la escritura e incumpliendo su obligación de abonarle el 20% del importe del precio de venta.

La demandada se opuso a la demanda alegando, entre otras cuestiones, que la cláusula en virtud de la cual se formula la reclamación por la demandante es ilícita y contraria a derecho, ya que se fundamenta en un reglamento municipal, disponiendo el artículo 148.3 de la Constitución Española que la regulación de la vivienda corresponde a las comunidades autónomas y las limitaciones a las facultades dispositivas están sujetas al principio de reserva de ley, tal y como, indica, se desprende del artículo 33.1 y 2 en relación con el artículo 53.1 de la Constitución Española.

La Comunidad de Madrid, continúa indicando la contestación, no contiene norma alguna que permita imponer al precio de venta el derecho que la demandante se atribuye.

Considera que la pretensión de imponer tal obligación supone dejar a la voluntad de la demandante el nacimiento de la obligación, es una limitación del dominio que no tiene amparo en el principio de reserva de ley, carece de justificación puesto que la prevención contra posibles abusos especulativos tiene sus propios mecanismos como son la prohibición de disposición, autorización de un precio máximo y el establecimiento de los derechos de tanteo retracto, y dado que existe un precio máximo de venta no existirán plusvalías, por lo que implica un enriquecimiento injusto.

La sentencia que se recurre desestimó la demanda.

**SEGUNDO.-** Se aceptan y se dan por reproducidos los fundamentos de la resolución recurrida, salvo en aquello en que puedan quedar contradichas por los razonamientos de la presente resolución.

**TERCERO.-** Indica el recurrente que la sentencia recurrida declara ilegal la norma reglamentaria por incumplir la reserva de ley que impone el artículo 33 de la Constitución Española. Considera que el Ayuntamiento está facultado por Ley y por la Constitución para regular los derechos de tanteo retracto, ya que la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, Ley 9/2001 de 17 de julio, atribuye a los ayuntamientos la facultad de fijar, entre otras potestades, los derechos de tanteo retracto, concediéndole las facultades que sean congruentes con ellas para que sea ejercido con arreglo a dicha ley.

Señala que el Ayuntamiento ha actuado con arreglo a lo previsto en el artículo 140 de la Constitución Española que le otorga la potestad reglamentaria y de autoorganización.

Alega igualmente la recurrente que las condiciones estipuladas por las partes en la compraventa de la vivienda objeto de autos estaban sometidas al Derecho Civil, ya que el régimen jurídico civil de los derechos de tanteo



retracto se articuló por el Estado mediante el Real Decreto Ley 31/78, reglamentado en el Real Decreto 41 48/78 que desarrollaba la política de Viviendas de Protección Oficial, estableciendo que los entes públicos promotores podrían ejercitar los derechos de tanteo retracto, y posteriormente la Ley Estatal del Suelo 8/2007 y el Real Decreto Legislativo 7/2015 disponían que las limitaciones, obligaciones, plazos o condiciones de las fincas integrantes de un patrimonio público de suelo son inscribibles en el Registro de la Propiedad.

En uso de esa facultad de autorregulación, indica, el ayuntamiento regula las condiciones de acceso, venta y forma de ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, fijando, como mecanismo de control de la regularidad de las transmisiones para aquellos casos en que se venda la vivienda a personas que no cumplan los requisitos para ser beneficiarios, una obligación de satisfacer el 20% calculado sobre el precio de venta.

Considera que dichas condiciones se articulan como obligaciones civiles libremente pactadas y consentidas por las partes, de tal manera que una vez formalizada la compraventa les obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

El recurso debe ser desestimado.

**CUARTO.-** El artículo 33 de la Constitución Española establece:

1. *Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.*
2. *La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.*
3. *Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.*

El artículo 53.1 de la Constitución Española dispone:

*" 1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)."*

Por tanto, la Constitución Española establece una clara reserva de ley para regular, entre otras materias, la relativa al derecho de propiedad.

Artículo 7, apartados 3 y 4, de la ley del suelo 9/2001 de la Comunidad de Madrid establece (el subrayado es propio de esta resolución):

*"3. La actividad de incidencia en el mercado inmobiliario es una potestad administrativa, cuyo ejercicio corresponde a la Administración urbanística competente en cada caso de conformidad con la presente Ley.*

*"4. La potestad prevista en el número anterior comprende las siguientes facultades:*

- a) *Constituir y administrar patrimonios públicos de suelo.*
- b) *Fomentar la generación de suelo urbanizado, la construcción en general y la edificación residencial en particular, así como la conservación y rehabilitación de los espacios urbanos y naturales, y del patrimonio arquitectónico existente.*
- c) *Ceder terrenos edificables y derechos de superficie sobre los mismos.*
- d) *Sujetar las transmisiones de derechos reales sobre bienes inmuebles a los derechos de tanteo y retracto.*
- e) *Establecer un sistema de publicidad de los precios en las operaciones inmobiliarias para procurar la transparencia del mercado.*

*"d) Sujetar las transmisiones de derechos reales sobre bienes inmuebles a los derechos de tanteo y retracto."*

El artículo 22 del reglamento de la EMV, aprobado el 19 de Abril de 2005 (BOAM de 16-06-2005, nº 5.656), al que alude la demanda, titulado "Limitaciones a la facultad de disponer en régimen de venta", establece que la transmisión de viviendas adjudicadas queda sujeta a las siguientes normas (el subrayado es propio de esta resolución):

a) *Los adjudicatarios no podrán transmitir intervivos ni ceder el uso por ningún título de las viviendas, durante el plazo de 20 años desde la elevación a público del contrato de adjudicación (compraventa) de la vivienda. Quedan exceptuadas aquellas familias numerosas, reconocidas como tales por la legislación en vigor, que vayan a adquirir una vivienda de mayor superficie útil que la adjudicada y cuando la transmisión intervivos obedezca a la necesidad de cambio de localidad de residencia del titular de la vivienda o por otros motivos justificados, previa la autorización de la EMVS así como, cuando proceda, de la Comunidad de Madrid.*



b) Durante el plazo de 20 años desde la elevación a público del contrato de adjudicación (compraventa) de la vivienda, la transmisión intervivos de la misma estará sujeta a un derecho de tanteo y retracto a favor de la EMVS. Los derechos de Tanteo y Retracto se establecen en favor de la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo, que tendrá acceso al Registro de la Propiedad, de la siguiente forma:

Derecho de tanteo que se podrá ejercitar en el plazo de 60 días naturales, a contar desde el siguiente a aquel en que se notifique en forma fehaciente, mediante acta notarial, por el vendedor a la E.M.V. en su domicilio, la decisión de vender o dar en pago la vivienda, el precio ofrecido, las condiciones esenciales de la transmisión y el nombre, domicilio y circunstancias del adquirente.

En el supuesto de que el precio fuera superior al permitido se considerará como precio el máximo determinado por la legislación vigente.

Será obligatorio formalizar la escritura pública en el plazo máximo de dos meses desde la notificación del ejercicio del derecho de tanteo por parte de la E.M.V.

La comunicación a la EMVS, a efectos del ejercicio del derecho de tanteo, de la intención de vender y demás circunstancias a que se refieren los párrafos presentes, se considerará como una oferta firme de venta, facultando a la EMVS a adquirir la vivienda en las condiciones comunicadas, aún en el caso de renuncia a la compra por parte del adquirente.

Derecho de retracto, con arreglo a lo dispuesto en el Art. 1507 y siguientes del Código Civil, cuando no se hubiere hecho la notificación del tanteo prevista en el apartado anterior, se omitiere en ella cualquiera de los requisitos exigidos, resultare inferior el precio de la transmisión o menos onerosas las restantes condiciones de ésta o se formalizara en distintas condiciones que las notificadas a efectos de tanteo.

El adquirente tendrá la obligación de comunicar a la E.M.V., en los 30 días siguientes desde la formalización de la Escritura, las condiciones esenciales de la transmisión.

Dichos derechos de tanteo y retracto tendrán una vigencia de veinte años con las limitaciones establecidas en el R.D. 1/2002 de 11 de enero modificado parcialmente por el Real Decreto 1721/2004 de 23 de julio, o Decreto 11/2001, de 9 de febrero modificado parcialmente por el Decreto 45/2002 de 14 de marzo y disposiciones que en un futuro los desarrollen o sustituyan.

En el supuesto de no ejercer el derecho de tanteo y retracto, el vendedor en primera y ulteriores transmisiones estará obligado a hacer efectivo el 20% del precio de la transmisión a la E.M.V., si ésta se verificara antes de los veinte años desde la venta de la vivienda en Escritura Pública por parte de la E.M.V.

Esta obligación se configurará como condición resolutoria de la compraventa en la Escritura de Compraventa de la vivienda.

**QUINTO.-** Por tanto, el reglamento de adjudicación de viviendas de la Empresa Municipal de la Vivienda establece que, para el caso de no ejercitarse los derechos de tanteo y retracto, el transmitente deberá abonar el 20% del precio de la venta.

Obviamente el obligar al propietario a abonar una parte del precio por el mero hecho de la transmisión, constituye un gravamen sobre el derecho de disposición del propietario ( artículo 348 del Código civil) que obliga, durante un plazo de 20 años, a cualquier transmitente a abonar dicho canon consistente en el referido porcentaje del precio de venta.

En el reglamento al que alude la demandante, la imposición del gravamen referido a la venta del inmueble se condiciona exclusivamente a la libre voluntad de la actora de no ejercitar los derechos de tanteo y retracto, no estableciéndose otro condicionante que tal voluntad.

La autorización legislativa, como queda indicado, permite sujetar las ventas de inmuebles a derechos de tanteo y retracto, pero el reglamento crea un gravamen sobre el derecho de disposición del propietario, precisamente para el supuesto de que el tanteo retracto no se ejercite, generando con ello una limitación del derecho dispositivo del propietario que no está amparado por la autorización legislativa, puesto que opera dicho gravamen, precisamente, en ausencia del ejercicio del derecho de tanteo y retracto.

Por tanto, el reglamento que la recurrente pretende aplicar incurre en una clara extralimitación de la habilitación legislativa en la que afirma basarse.

Con arreglo al artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los jueces y tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contraria a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa.



**SEXTO.-** No cabe entender, en consecuencia con lo indicado en el anterior fundamento, que quepa obligar a la demandada al cumplimiento de la obligación que la actora le reclama en virtud de las normas civiles. Como indica el artículo 1258 del Código civil, al que alude el recurrente, los contratos obligan, entre otras, a las consecuencias que sean acordes a la ley, y en el presente caso el gravamen que se pretende imponer a la demandada, como queda indicado, no es acorde a ley, ya que el reglamento que lo genera rebasa la habilitación legal.

Por otro lado, en la escritura de compraventa por virtud de la cual la hoy demandada adquiere el inmueble no se indica expresamente dicha obligación, reseñando únicamente que la hoy actora ha renunciado al ejercicio de los derechos de tanteo y retracto y que dado que la hoy demandada se encontraba incluida en el estado de demandantes en reserva, quedaba la allí vendedora exonerada de la obligación del pago del 20% (folios 27 y 28).

La resolución de 14 de junio de 2010 (documento 3 de la demanda, folio 55), la cual, indica la demanda, se protocolizó con la referida escritura de compraventa, tampoco establece que la hoy demandada tendrá que pagar el 20% en sucesivas transmisiones, ya que dicha resolución se pronuncia en términos muy similares a la ya referida cláusula de la escritura pública, es decir justificando el por qué no se hacía cobro a la vendedora del 20% del precio de la venta.

En todo caso, aun cuando existiese un pacto expreso o tácito en tal sentido, es evidente que la obligación de pagar un 20% del precio de la venta no nacería de la libre voluntad de las partes, sino de la existencia de una norma de carácter reglamentario que la impone, y siendo la norma ineficaz por lo indicado anteriormente, es evidente que tal pacto carecería igualmente de efectos.

**SÉPTIMO.-** Indica la recurrente que en este supuesto la vivienda se enajenó a un tercero que no reunía los requisitos legales para acceder a una Vivienda de Protección Oficial, en cuyo caso el Reglamento de Viviendas de Protección Oficial establece que, en caso de no existir dentro del listado de participantes ningún interesado en la transmisión, se autorizará la venta a favor de quien disponga el propietario siempre que las condiciones de transmisión se ajusten a lo establecido en el Real Decreto 1/2002, modificado por el Real Decreto 1721/2004 o Decreto 11/2001 que modifica el decreto 45/2002, en cuyo caso el vendedor estará obligado a hacer efectivo el 20% de la transmisión.

El fin que se persigue, indica, es salvaguardar los intereses públicos y la moralidad social, pudiendo el Ayuntamiento imponer consecuencias negativas a quien ha infringido estos principios.

**OCTAVO.-** Aun cuando el recurrente alega que queda vinculado el pago del 20% a la finalidad de salvaguardar los intereses públicos en los términos anteriormente relatados, lo cierto es que el citado Reglamento nada indica a tal respecto, señalando únicamente que en caso de no ejercitarse los derechos de tanteo o retracto se tendrá que abonar el 20% del precio de venta.

Es más, en la demanda únicamente se alude al hecho de que al haberse decidido no ejercitar los derechos de tanteo y retracto la demandada tiene que abonar el 20% del precio, y en la comunicación de 18 de agosto de 2015 (documento 4 de la demanda), se establece que en el supuesto de no ejercer el derecho de tanteo y retracto el vendedor estará obligado a hacer pago del 20%, e igualmente en la comunicación de 14 de enero de 2017 igualmente se indica como razón de ser de la aplicación de dicho porcentaje sobre el precio de venta el hecho de que no se ejercitaban tales derechos.

Es en las conclusiones finales cuando la hoy demandante alega que el pago del 20% del precio de venta se establece a modo de sanción con el fin de evitar ventas que contravengan la normativa reguladora de las viviendas de protección oficial, introduciendo así extemporáneamente una cuestión jurídica pero de clara trascendencia fáctica que no había alegado oportunamente, como es el incumplimiento de dicha normativa en la venta objeto de autos.

**NOVENO.-** En todo caso, para que prospere la pretensión de la demandante, que pretende vincular al supuesto incumplimiento por parte de la demandada de la normativa relativa a la venta de viviendas de protección oficial, será preciso que la actora, aparte de alegarlo oportunamente, acredite que ha existido algún tipo de incumplimiento, tal y como dispone el artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que tal incumplimiento constituye el hecho sobre el que basa su pretensión.

De lo actuado se desprende que la hoy demandada solicitó a la actora autorización para la venta del inmueble, siendo concedida dicha autorización por la Dirección General de Vivienda y Rehabilitación. En dicha resolución se indica que el precio no podría superar los máximos legales vigentes en el momento de la transmisión (folio 52).





Mediante resolución de 18 de agosto de 2015 se tiene por concluido el trámite de gestión de viviendas vacantes, haciéndole saber que no existían reservas para dicha vivienda en el procedimiento de gestión de viviendas protegidas vacantes, y que una vez efectuada la transmisión debería aportar a la hoy demandante copia de la escritura de compraventa, reiterando que el precio de venta debería ajustarse a los máximos dirigentes, debiendo acreditar el comprador el cumplimiento de requisitos de acceso a vivienda protegida (documento 4 de la demanda).

El 14 de enero de 2017 la hoy demandante indica haber recibido un escrito por el que se comunica la venta de la finca, recordando que la venta a un tercero estaba sujeta al pago del 20% del precio, e indicándole que debería abonar 20.936,03 € (documento 7 de la demanda).

La venta se realiza respetando los precios máximos, siendo incluso inferior en casi 10.000 € al importe que pagó la hoy demandada, ya que el precio de adquisición fue de 131.952 71 € (folio 31) y el precio de la venta fue de 122.000 € (folio 66).

El recurrente alega que la venta se realizó en favor de personas que no reunía los requisitos legales para acceder a una vivienda de protección oficial, pero no indica qué requisitos legales no cumplen los adquirentes del inmueble para poder acceder a una vivienda de protección oficial, ni de qué medio de prueba se desprende tal incumplimiento de los requisitos legales.

Es más, como resulta de lo indicado anteriormente, una vez que la demandada notifica la venta realizada, y previamente autorizada, no se le objeta que los adquirentes no reuniesen tales requisitos, únicamente se reseña que deberá pagar el 20% que se reclama por que se ha decidido no ejercitar el derecho de tanteo y retracto. Como única infracción se reseña el no haber convocado a la hoy demandante al otorgamiento de escritura al objeto de hacer pago del 20% del precio, si bien, dado que a tenor de lo indicado no existe obligación de pagarlo, es evidente que tal omisión no puede justificar la imposición del gravamen referido.

**DÉCIMO.-** Con arreglo a lo dispuesto en los artículos 398 y 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dado que se desestima el recurso, procede imponer al recurrente el pago de las costas causadas en esta alzada.

Vistos los preceptos legales citados y demás generales de pertinente aplicación

## FALLAMOS

Que DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por EMPRESA MUNICIPAL DE LA VIVIENDA Y SUELO DE MADRID, S.A. contra la sentencia de fecha 31 de julio de 2017 dictada en autos de Procedimiento Ordinario 375/2017 del Juzgado de Primera Instancia nº 67 de Madrid en los que fue demandada D<sup>a</sup> Matilde, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la referida resolución, imponiendo al recurrente el pago de las costas causadas en esta alzada.

La desestimación del recurso determina la pérdida del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15<sup>a</sup> de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de casación por los motivos previstos en el artículo 477.2.3º y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimosexta de la misma Ley, si concurren los requisitos legalmente exigidos para ello, el cual habrá de ser interpuesto por escrito a presentar en el plazo de veinte días ante este mismo Tribunal, que habrá de cumplir las exigencias previstas en el artículo 481 de dicho Texto legal, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en BANCO DE SANTANDER, con el número de cuenta 2579-0000-00-0260-18, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe