



Roj: **STSJ AND 17073/2008 - ECLI:ES:TSJAND:2008:17073**

Id Cendoj: **29067330022008100334**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Málaga**

Sección: **2**

Fecha: **12/05/2008**

Nº de Recurso: **1498/2006**

Nº de Resolución: **1665/2008**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JOSE BAENA DE TENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **SENTENCIA Nº 1665 de 2008**

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. MÁLAGA

Sección 2

RECURSO Nº: 1498/2006

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:

PRESIDENTE

D. JOAQUIN GARCIA BERNALDO DE QUIROS

MAGISTRADOS

D. FERNANDO DE LA TORRE DEZA

D. MANUEL LOPEZ AGULLO

D<sup>a</sup>. MARIA TERESA GOMEZ PASTOR

D. EDUARDO HINOJOSA MARTINEZ

D. RAFAEL MOLINA YESTE

D. JOSE BAENA DE TENA

---

En la Ciudad de Málaga a doce de mayo de dos mil ocho.-

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, constituida para el examen de este caso, ha pronunciado en nombre de S.M. el REY, la siguiente Sentencia en el recurso contencioso administrativo número 1498/2006, interpuesto por la ASOCIACION PARA LA DEROGACION DE LA LEY VPO Y DE SUS NORMAS DE DESARROLLO, representada por el Procurador D. Luis Olmedo Jiménez y asistida por el Letrado D. Manuel Clavero Arévalo, contra la Junta de Andalucía, representada por la Letrada D<sup>a</sup>. Ana Parody Villas.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSE BAENA DE TENA, quien expresa el parecer de la Sala.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Por la referida representación se presentó escrito interponiendo recurso contencioso-administrativo contra el Decreto nº 149/2006, de 25 de Julio, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas Protegidas de la Comunidad Autónoma de Andalucía y desarrolla determinadas disposiciones de la Ley 13/2005, de medidas en materia de **Vivienda Protegida** y el Suelo.



SEGUNDO.- Teniendo por interpuesto el recurso, se acordó su tramitación conforme a las normas establecidas para el procedimiento en primera o única instancia en el Capítulo I del Título IV de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, habiéndose presentado en tiempo y forma la demanda el Ayuntamiento demandado se allanó, allanamiento al que se opone la parte codemandada y, sin más trámite, quedaron conclusos los autos para sentencia y pendientes de señalamiento para votación y fallo, que ha tenido lugar en el día fijado al efecto. Su cuantía quedó determinada en 238.922177 euros.

VISTOS los preceptos legales citados por las partes, concordantes y de general aplicación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la demanda se acota el objeto del recurso interpuesto contra el referido Decreto a la impugnación de sus disposiciones transitorias por contravenir la Ley que desarrolla y por atribuir a sus disposiciones efecto retroactivo.

Así, el apartado primero de la disposición transitoria primera previene que las segundas o posteriores transmisiones de las viviendas que ya estuvieran calificadas como protegidas a la entrada en vigor del Decreto se ajustarán a lo dispuesto en su Capítulo IV del Título I, que se refiere a segundas o posteriores transmisiones de viviendas protegidas, disponiendo en el art. 26, con carácter general, que esas transmisiones de la titularidad del derecho de propiedad o de cualquier otro derecho real de uso y disfrute sobre las viviendas protegidas estarán sometidas a los requisitos o condicionantes básicos de tiempo, destino, adquirente, precio y régimen de comunicaciones, que previene, aclarando expresamente que esos requisitos tienen la consideración de limitaciones de la facultad de disponer de la persona titular de la **vivienda protegida**. Sin embargo, del contenido de la demanda se puede deducir que lo realmente se impugna por medio del presente recurso se contrae a tres cuestiones:

-El establecimiento del plazo mínimo de diez años para la segunda o posteriores transmisiones de la **vivienda protegida**, lo que se hace, según la demandante, a través del art. 26.2 del Reglamento recurrido. Sin embargo dicho plazo viene ya establecido en el art. 12 de la Ley 13/05, debiéndose aclarar desde ahora que una cosa es la prohibición de poder transmitir o ceder el uso de la vivienda y, otra, el establecimiento del plazo de duración del régimen legal de las viviendas, el que prevé el art. 5 de la misma Ley, que podría exceder del primero y que se aplicaría a las referidas transmisiones una vez extinguida la anterior prohibición y que afectaría, por ejemplo, al precio de venta.

- La posibilidad de que por vía reglamentaria se determine el plazo de duración del régimen legal de las viviendas que, como se ha dicho, está prevista en el art. 5 de la Ley. Por razones de congruencia y obedeciendo al espíritu que anima a esta jurisdicción, las anteriores previsiones legales no pueden ser objeto de consideración en esta resolución.

- Y que las disposiciones del capítulo IV del título I de la Ley rijan las ulteriores transmisiones de viviendas que ya estuvieran calificadas. Es decir, su efecto retroactivo, del que si puede ocuparse esta sentencia.

SEGUNDO.- Para la parte actora, esa limitación a la facultades de disposición aplicado retroactivamente a las viviendas ya calificadas con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento estaría establecida reglamentariamente y no por ley contraviniendo, así, lo dispuesto en el art. 348 del Código Civil, que conceptúa la propiedad como el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes, y al art. 53 de la Constitución al establecer que los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del Título I, entre los que se encuentra el derecho a la propiedad privada (art. 33), vinculan a todos los poderes públicos y, sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, por lo que, en virtud de esa contradicción, tendría que anularse la disposición que se impugna pues se estaría incumpliendo una reserva de ley.

Desde luego no es esa la opinión de la Administración demandada que, por una parte, justifica la anterior limitación en razón a los fines perseguidos por la Ley, cuya exposición de motivos vincula sus fines al establecimiento de unas medidas referidas a la facultad de disponer de la **vivienda protegida** con dos intervenciones importantes: la adquisición preferente de la Comunidad Autónoma sobre las viviendas protegidas de promoción privada y la sujeción al derecho de tanteo y retracto por parte de esa misma Comunidad respecto a segundas o posteriores ventas. Por otra parte, niega que el precepto reglamentario tenga efecto retroactivo puesto que, en todo caso, se estaría respetando lo prevenido en los programas anteriores respecto al tiempo en los que habría limitación a la facultad de transmitir inter vivos la **vivienda protegida**, que, en todo caso, estaría justificada por el sentido finalista o teleológico de la normativa en cuestión, amén del efecto retroactivo tácito de la Ley 13/06, deducido de su finalidad.



La cuestión a resolver, por consiguiente, es si la disposición reglamentaria es contraria a la Ley o excede de sus previsiones, partiendo de la base, como se ha apuntado antes, de que en el art. 33 de la Constitución, al referirse al derecho de propiedad, se contiene una auténtica y material reserva de ley y del axioma de que todo ataque a la esfera de la libertad de los ciudadanos se debe hacer depender del consentimiento expreso de sus representantes, es decir, del poder legislativo. El ejecutivo nada puede hacer por sí sólo en ese terreno salvo que esté autorizado por aquél otro. Así debe inferirse del texto del art. 53 de la Constitución, por lo que se consagra en nuestro ordenamiento jurídico la inaccesibilidad de los derechos fundamentales al simple reglamento por cuanto que el poder ejecutivo no puede crear derechos ni imponer obligaciones que no tengan su origen en la ley. Pero ello no quiere decir que el reglamento carezca de poder alguno en las regulaciones de la propiedad sino que necesitará de habilitaciones legales expresas por la que encauce su función complementaria y subordinada a la ley, sin constituir una regulación independiente.

Así sucedería en los supuestos de simple remisión normativa que se produce cuando en la ley se enuncian unos principios de regulación y remite al reglamento su desarrollo completo, o bien, en el momento que regula una concreta materia, prevé que algunos de sus aspectos se ordenen reglamentariamente, remitiendo, en cuanto a ellos, una regulación secundaria que, desde luego, no podría afectar al contenido esencial de la materia reservada. Por ello, en lo concerniente a los límites del reenvío reglamentario, será preciso atender al marco sistemático de la remisión como marco de contraste desde el que atisbar un posible desvío de la norma reglamentaria.

TERCERO.- En el caso de autos y como antes se ha dicho, hay que empezar por exponer que en el art. 12 de la Ley 13/05 se dispone que los compradores de viviendas protegidas no podrían transmitir las inter vivos ni ceder su uso por ningún título, durante el plazo mínimo de diez años desde la fecha de formalización de la adquisición. Con ello se estaría cumpliendo con el precepto constitucional por cuanto esos límites a la facultad de disposición están establecidos por una ley cuya comprensión y justificación se obtiene a través del enunciado del art. 1 de la misma norma legal por cuanto que su objeto y finalidad es la de definir el régimen jurídico de determinadas actuaciones públicas en materia de **vivienda protegida** y suelo con la finalidad de facilitar el acceso de los vecinos de Andalucía a una vivienda digna y adecuada, de acuerdo con el art. 47 de la Constitución, estableciendo medidas específicas para la producción de suelo con destino a **vivienda protegida** y otros fines de interés social, y para el control y prevención del fraude en materia de **vivienda protegida** y suelo.

Claro está que, no obstante esos altruistas fines (por los que quiere dar cumplimiento a auténticos derechos fundamentales de los ciudadanos), no se justificaría que las anteriores restricciones se perpetuaran indefinidamente hasta el punto de desnaturalizar una de las notas esenciales de la propiedad como es la de libre disposición del bien propio. Es por ello que se da un plazo que se puede calificar de supletorio para cuando el respectivo programa no señale uno de duración inferior, según la previsión del art. 26 del Decreto.

CUARTO.- Cuestión diferente es la atribución de un efecto retroactivo a las disposiciones del Capítulo IV del Título I del Decreto y, en concreto, según los términos de la demanda, del referido plazo de diez años a las segundas o posteriores transmisiones de viviendas que ya estuvieran calificadas como protegidas a su entrada en vigor y desde la consideración de que las leyes no tienen efecto retroactivo, como se establece en el art. 2 del Código Civil, lo cual debe querer decir, además, que sólo las leyes pueden establecer su propia retroactividad, nunca un reglamento, prohibición que incluso podría tener, por extensión, rango constitucional al prevenir el art. 83 de la Constitución que las leyes de bases, al fin y al cabo otra forma de delegación legislativa, no pueden facultar para dictar normas con carácter retroactivo, y plenamente constitucional por cuanto que el art. 9 de la Constitución garantiza el principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales, expresión esta última que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, sentencia 27/1.981, de 20 de julio, 8/1.982, de 4 de marzo, y 6/1.983, de 4 de febrero, hay que referirla a los derechos fundamentales que se recogen en el Título I de la Constitución, como es el derecho de propiedad que tiene pues, como ya se ha dicho, rango fundamental, con lo que también se estaría consagrando el respeto de algunos derechos adquiridos, entre los que debe comprenderse el de que las limitaciones a esos derechos se rijan siempre por ley vigente, no por otra futura (siempre que la otra fuera más favorable), sin perjuicio de la llamada retroactividad tácita que acompañaría, según opinión doctrinal, a las normas complementarias, como serían las reglamentarias pero circunscritas a la vigencia de las normas legales que complementan, habida cuenta que ambas categorías de normas están separadas en el tiempo, pero ese efecto no debería, en principio, extralimitarse para regular situaciones nacidas con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, en este caso la Ley 13/05, por cuanto que, por ser limitativa de derechos, el criterio interpretativo ha de ser forzosamente restrictivo.

Ahora bien, el principio de irretroactividad de las leyes no es tan absoluto que no permita matizaciones. La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de abril de 1997 declara, ante todo, que cuando el legislador en el artículo 2.3 del Código Civil se refiere a la ley se ha de entender comprendida cualquier disposición escrita



con carácter de generalidad, entre ellas las reglamentarias, ( sentencias de 22 de noviembre de 1.980 , 13 de noviembre de 1.981 , 26 de enero de 1.982 y 29 de febrero de 1997 ).

Por otra parte, la doctrina jurisprudencial diferencia entre una retroactividad de grado máximo, que se aplica a la relación o situación básica creada bajo el imperio de la norma antigua y en cuanto a todos sus efectos consumados o no. De grado medio, en que la nueva norma se aplica a los efectos nacidos con anterioridad pero aún no consumados o agotados. Y, una retroactividad de grado mínimo, en que la nueva legislación sólo tiene efectos para el futuro. Esta retroactividad de carácter mínimo es aceptada pacíficamente por la jurisprudencia, en particular, cuando lo que pretende la nueva norma es establecer una regulación uniforme para un sector tan sensible y tan propicio a abusos, como ha demostrado la experiencia, de las viviendas de promoción oficial, protegiendo los derechos de los usuarios mediante un aumento del tiempo de vinculación de la clasificación.

Así también, el Tribunal Supremo, en su sentencia de fecha 18 marzo de 1995 , manifiesta que el propio Tribunal Constitucional ha diferenciado entre una retroactividad auténtica (disposiciones normativas que, con posterioridad, pretenden anudar efectos ex novo a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia norma) y una retroactividad impropia (disposiciones que pretenden incidir sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aun no concluidas); y sólo la primera es la realmente prohibida por el artículo 9.3 de la Constitución .

También el Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 5 octubre de 2000 declara que la irretroactividad de la Ley tiene su fundamento y su límite en el respeto de los derechos adquiridos pero, no obstante, no se comprenden en ellos las facultades legales y las simples expectativas que sí pueden regirse por la nueva Ley, dado que solamente los primeros han entrado definitivamente en el patrimonio de la persona cuando nace la norma nueva y por derechos adquiridos se entiende que son aquellos que son consecuencia de hechos idóneos para producirlos, cumpliendo todos y cada uno de los requisitos que previene la norma jurídica derogada, habiendo entrado seguidamente en el patrimonio de la persona que los detenta.

QUINTO.- Desde el anterior planteamiento doctrinal es desde el que debe contemplarse la viabilidad de la pretensión anulatoria que se ejercita, si bien y para completar esa perspectiva, también hay que incidir en que el derecho de propiedad, al menos desde su consideración de derecho fundamental, no es un derecho absoluto pues desde el propio art. 33 de la Constitución se establece que su función social acota su contenido, lo que no quiere decir otra cosa que su subordinación al interés general. Se trata de un derecho reconocido, como ha declarado el Tribunal Constitucional en la sentencia 111/1983 , desde la vertiente institucional y desde la vertiente individual, siendo, desde este último punto de vista, un derecho subjetivo que cede para convertirse en un equivalente económico, cuando el bien de la comunidad lo demanda. Lo que la Constitución reconoce es un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir.

Por otra parte, la reserva de ley que previene el art. 53 de la Constitución está circunscrita al contenido esencial del derecho. Para el Tribunal Constitucional, sentencia de 26 de marzo de 1987 , la determinación del contenido esencial de cualquier tipo de derecho subjetivo -y, por tanto, también de los derechos fundamentales de las personas- viene marcada en cada caso por el elenco de facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales.

Determinación que, desde otro ángulo metodológico, no contradictorio ni incompatible con aquél, puede ser expresada como aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

Por tanto, por lo que respecta a la aplicación retroactiva prevista en la disposición primera, número 1, del Reglamento impugnado y considerando que así se expone en la demanda, se ha de distinguir entre la prohibición de disposición de diez años establecida y aquellas otras limitaciones del dominio contenidas en el capítulo IV del Título I del mismo y comprobar hasta que punto, y respectivamente, alteran ese contenido esencial y vulneran posibles derechos adquiridos dignos de protección hasta el punto de que necesitan de una ley para su aplicación y para considerar que grado de irretroactividad hay que aplicar.



SEXTO.- La realidad social de nuestro tiempo, criterio interpretativo de las normas jurídicas contenido en el art. 3 del Código Civil, nos vendría a demostrar que la adquisición de una vivienda se hace con fines esencialmente patrimonialistas. Ese contenido económico se determina normalmente, aplicando el mismo criterio interpretativo, por medio del precio de venta, en este caso de la vivienda, hasta el punto de que ese contrato se constituye en un medio por el cual poder garantizar la estabilidad económica de las personas, sobre todo de aquellas que pueden ser destinatarias de los planes de actuación de viviendas protegidas por estar en una posición económica más desfavorecida. A esta concepción respondería el art. 348 del Código Civil cuando define la propiedad como el derecho de gozar y disponer de una cosa, en este caso de un inmueble, de modo que ese enunciado nos vendría a dar el contenido esencial del derecho de propiedad, el que sería digno de la protección constitucional y, por tanto, a la reserva de ley pues hay que reconocer que difícilmente se puede considerar a una persona propietaria de algo si no puede enajenarla pareciéndose la relación de la persona con el bien en algo más parecido al usufructo, desnaturalizándose la idea de dominio. Desde la anterior perspectiva y por poder ser un efecto desfavorable, estaría vedada la retroactividad de la norma, máxime cuando se impone por medio de un reglamento, de modo que el plazo de diez años previsto en el art. 12 de la Ley 13/05 no podría aplicarse a las viviendas calificadas con anterioridad que se registrarán, en este aspecto concreto, por la legislación aplicable cuando nacieron los respectivos programas de actuación. Claro, que en este punto, la propia disposición impugnada salva los plazos de prohibición anteriores de menor duración, por lo que difícilmente se puede deducir la efectividad práctica del efecto retroactivo establecido salvo que hubiera un programa de actuación sin prohibición de disposición intervivos, cuya existencia la parte actora no expresa, por lo que la declaración de la irretroactividad de esa clase de normas reglamentarias no tendría más valor que el puramente virtual.

Otra cosa distinta son las restantes disposiciones del capítulo IV del Título I del Decreto 149/2006 que por referirse a los requisitos o condicionantes básicos de destino, adquirente, precio y régimen de comunicaciones de las segundas o posteriores transmisiones inter vivos, no afectan en lo esencial al derecho de propiedad y, por tanto, no puede haber inconveniente que ese régimen reglamentario se extienda a las viviendas calificadas con anterioridad, sobre todo cuando la parte actora no ha especificado aquellos aspectos en los que representa un régimen más desfavorable para lo titulares de **vivienda protegida**.

SEPTIMO.- Por lo que se refiere a los derechos de tanteo y retracto, que aparecen enunciados en el art. 12 de la Ley 13/05 en favor de la Administración de la Junta de Andalucía o del Ayuntamiento o entidad pública que fueren designados por aquella, el Decreto que es objeto de la presente impugnación, en la misma disposición transitoria primera, establece el siguiente régimen en función del Plan por el que se calificó la vivienda:

a) En relación con las transmisiones de viviendas protegidas que hayan sido calificadas al amparo de la normativa del III Plan Andaluz de Vivienda y Suelo 19992002, aprobado por Decreto 166/1999, de 27 de julio, y del vigente Plan Andaluz de Vivienda y Suelo 20032007, aprobado por Decreto 149/2003, de 10 de junio, los derechos de tanteo y retracto se podrán ejercer de acuerdo con lo dispuesto en el Capítulo II del Título III del Reglamento de Viviendas Protegidas.

b) En relación con las transmisiones de viviendas protegidas que hayan sido calificadas al amparo de la normativa del I Plan Andaluz de Vivienda 19921995, aprobado por Decreto 119/1992, de 7 de julio, y del II Plan Andaluz de Vivienda 19961999, aprobado por Decreto 51/1996, de 6 de febrero, sólo se ejercerá el derecho de retracto legal cuando se incumplan los requisitos de la transmisión.

Si con la presente impugnación lo que se quiere dar a entender es que por medio de un reglamento se están retrotrayendo sus efectos a viviendas calificadas con anterioridad a su entrada en vigor, y partiendo de la consideración de que tanto el tanteo como el retracto son auténticas limitaciones del derecho de propiedad por cuanto condicionan una de sus facultades como es el derecho de disposición, se podría repetir lo anteriormente dicho sobre la fuerza retroactiva de las normas jurídicas. Mas de nuevo hay que remitirse, también, a los límites de la potestad reglamentaria y, en concreto y con el objeto de no incurrir en incongruencia, a la posibilidad de que por un Decreto autonómico puedan modificarse regímenes anteriores plasmados, igualmente, en otros Decretos como los 119/92, 51/96, 166/99 y 149/03, cuyos contenidos no pueden ser objeto de esta resolución, y partiendo de la realidad de que tales limitaciones ya está recogidas legalmente a nivel autonómico en la Ley 13/05.

La parte actora se ocupa de exponer que en todos los planes antes referidos ya existían los derechos de tanteo y retracto y sus diferentes modos de ejercerlo, mas nada dice en que aspectos de los mismos la aplicación retroactiva del texto reglamentario es desfavorable, frontera constitucional entre la retroactividad y la irretroactividad de las normas, por lo que al no afectar al contenido esencial de la propiedad, puesto que sólo condiciona la transmisión pero no la impide, no se adivina razón alguna por lo que deba declararse nula la disposición, sobre todo cuando, como se ha dicho, lo que se pretende es dar un régimen uniforme a una regulación que incide sobre una materia tan sensible como es la **vivienda protegida** donde hay que aunar,



por una parte, la posibilidad de dar cumplimiento al mandato constitucional y, por otra, que la actividad de las Administraciones públicas quede sustraída, en lo no sustancial, al libre comercio de forma que quede desvirtuada la utilidad pública del respectivo programa para sustituirla por auténticos modos de acrecentar, simplemente, el patrimonio personal a costa de las ayudas públicas.

Por eso, el art. 12 de la Ley 13/05 regula, además de establecer la prohibición de disposición inter vivos de diez años, el régimen de comunicaciones que posibilitarían el tanteo, con indicación del precio, forma de pago y demás condiciones de la transmisión, las condiciones económicas de los transmitentes, el plazo para el ejercicio del derecho y las correlativas obligaciones de los adquirentes. Son condiciones que, efectivamente, no afectan al contenido esencial del derecho de propiedad y, por consiguiente, podrían establecerse por vía reglamentaria al aplicarse por medio de una norma de esa especie a los programas de viviendas protegidas anteriores a su entrada en vigor y, sólo, en cuanto a los efectos que pudieran producirse en el nuevo régimen. Esa eficacia retroactiva no debe padecer tampoco cuando las que se retrotraen son específicas normas reglamentarias, como las del capítulo II del título III del Decreto 149/06 que, por establecer que la Administración de la Junta de Andalucía ejercerá los derechos de tanteo y retracto legal a través de la Empresa Pública de Suelo de Andalucía y que, previa solicitud del Ayuntamiento del municipio en el que se ubiquen las viviendas a la Delegación Provincial correspondiente de la Consejería competente en materia de vivienda, y una vez suscrito el acuerdo entre ambas Administraciones, se podrá ceder el ejercicio de estos derechos a favor del Ayuntamiento o entidad pública que designe la Administración de la Junta de Andalucía, establecer aquellas transmisiones que están exceptuadas del ejercicio de los derechos de tanteo y retracto (medida de la que, a fuer de favorecer y no limitar el ejercicio del dominio, no puede discutirse ni su prevista fuerza retroactiva ni que esté sujeta a la reserva de ley), el plazo en el que puede ejercitarse el derecho y el precio del mismo, no afectan sustancialmente al derecho de propiedad, teniendo en cuenta las particularidades que acompañan al mismo cuando recaen sobre una **vivienda protegida**. Lo mismo puede decirse de la regulación del retracto que hace el art. 52 del Decreto.

Esas limitaciones a la libre facultad de disponer del bien propio, aparte de que están recogida en una ley que no puede ser objeto del presente recurso, ya estaban configuradas en el Decreto 166/99 como en el 149/03 de forma complementaria a la regulación que del tanteo y retracto hacen los arts. 1507 y siguientes del Código Civil, no especificándose por la parte actora en que aspectos la nueva regulación reglamentaria afectan desfavorablemente a los titulares de viviendas protegidas. Lo mismo cabe decir de los Decretos 119/92 y 51/96, si bien, respecto del primero, parece que excluye el retracto convencional previsto en el art. 1507 del Código Civil al limitar el ejercicio del derecho de retracto a los supuestos de incumplimiento de los requisitos de la transmisión, lo cual no se dice que afecte a derecho adquirido alguno debiéndose, por el contrario, considerarse conforme a las atribuciones legislativas respecto del Derecho de Propiedad considerado como derecho estatutario.

OCTAVO.- La disposición transitoria segunda del Decreto 149/06 establece que los titulares de las Delegaciones Provinciales de la Consejería competente en materia de vivienda, conforme a lo previsto en el Decreto 86/1984, de 3 de abril, por resolución motivada podrán descalificar las viviendas que estuviesen protegidas en régimen de propiedad a la entrada en vigor del presente Decreto, teniendo en cuenta, como criterio, entre otros, y atendiendo a la función social que cumplen las viviendas protegidas, que hayan transcurrido 10 años desde la calificación definitiva de la vivienda o el plazo establecido para que proceda la descalificación fijado en el programa al que estuviera acogida la vivienda si éste fuera inferior a 10 años. Es decir, que es la propia redacción del texto reglamentario la que se encarga de excluir efecto retroactivo alguno, limitándose sus disposiciones, por tanto, a establecer el trámite al que debe sujetarse el procedimiento descalificador que, por no afectar esencialmente a la esencia del derecho de propiedad, y teniendo en cuenta su carácter estatutario, según anteriores fundamentaciones, no están afectadas por una reserva de ley y pueden tener el efecto retroactivo de carácter mínimo que ya se recoge en la disposición transitoria primera del Código Civil.

NOVENO.- No se aprecian méritos suficientes de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, para considerar procedente un pronunciamiento especial sobre las costas de esta instancia.

Por las razones expuestas, en nombre de Su Majestad el Rey y por la potestad de juzgar que nos ha conferido el Pueblo español en la Constitución

## FALLAMOS

PRIMERO. Desestimar el recurso contencioso-administrativo promovido el Decreto 149/06 por ser conforme a Derecho.



SEGUNDO. No hacer expresa declaración sobre el pago de las costas causadas en el presente recurso.

Notifíquese la presente sentencia a las partes.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. D. FERNANDO DE LA TORRE DEZA, EDUARDO HINOJOSA MARTINEZ, D<sup>a</sup> Rosario Cardenal Gómez y D. JOSE BAENA DE TENA.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ