



Resolución del Ararteko de 1 de julio de 2008, por la que se recomienda al Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco que adopte las medidas necesarias para que las personas propietarias, que entregan su vivienda a la Administración de la CAPV, puedan acceder a la vivienda de protección oficial adjudicada en régimen de plena propiedad.

Antecedentes

1. Doña (...) y Don (...) solicitan la intervención del Ararteko ante lo que consideran el grave perjuicio producido por el Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales en una actuación de permuta de su vivienda libre por una vivienda de protección oficial adaptada a personas con discapacidad.
2. Ambos reclamantes exponen, en su escrito de queja, que, como consecuencia de la enfermedad que padece Doña (...), en el año 2004 solicitaron al Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales la permuta de la su vivienda libre por otra de protección oficial adaptada a las necesidades de personas discapacitadas con movilidad reducida permanente.
3. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Orden de 30 de diciembre de 2002, del Consejero de Vivienda y Asuntos Sociales, sobre circunstancias de necesidad de vivienda, en el año 2006 se les adjudica, en régimen de propiedad superficiaria y por un período de 75 años, una vivienda de la promoción Área 13B Txorierrri de Leioa, con la obligación de ofrecer en venta al Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales la vivienda libre que ocupan.
4. Los reclamantes discrepan de la forma en la que el Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales pretende practicar la permuta de las dos viviendas (vivienda protegida adaptada a persona discapacitada y vivienda libre de su propiedad), porque consideran que ambos bienes no tienen un valor equiparable. Sostienen que la vivienda que se les adjudica no lo es en régimen de propiedad, sino en derecho de superficie (por un período de tiempo limitado de 75 años) y estiman que, a pesar de que las circunstancias personales y familiares les obligan a aceptar la permuta en las condiciones ofrecidas por el Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales, se les está produciendo un grave perjuicio económico.
5. A la vista de la queja presentada remitimos al Departamento de Vivienda y Asuntos una primera petición de información centrada fundamentalmente en dos cuestiones:
 - a) *"Teniendo en consideración que la gran mayoría de las viviendas que se adjudican por el departamento lo son en régimen de superficie, ¿no sería justo reconocer a las personas que tienen que ofrecer en venta su*



vivienda (en régimen de propiedad) el mayor valor del derecho real que entregan respecto al que reciben en contraprestación?"

- b) *"¿No es cierto que el hecho de que en determinados supuestos (viviendas sitas fuera de la comunidad autónoma) no tengan los titulares de la mismas ninguna limitación en el precio de venta produce un evidente agravio para el resto de personas adjudicatarias de viviendas protegidas y propietarias de inmuebles dentro del territorio de la CAPV que sí tienen que vender a un precio limitado?"*

6. El Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales rechaza la existencia de la situación de agravio expresada por los reclamantes con los siguientes argumentos:

- a) En relación con la primera de las cuestiones el citado departamento afirma que *"por un lado la normativa actual no contempla esta consideración y que, por otro lado, independientemente de que el Plan director plantea la necesidad de llevar a cabo un análisis de la regulación del derecho de superficie, esta idea se refiere al cálculo del valor (residual) de las viviendas sobre las que se ejerce el derecho de tanteo y retracto o el de la situación legal de los derechos superficiarios a medio y largo plazo, y no se ha planteado la revisión de la Orden de necesidad de vivienda en los términos sugeridos puesto que en la práctica se considera que las dos cuestiones no son comparables desde una política de intensificación de la función social de la vivienda protegida"*.

- b) Respecto al segundo asunto se señala que *"no existe dicho agravio comparativo porque los supuestos no son semejantes, habida cuenta de que las viviendas sitas fuera de la Comunidad Autónoma no pueden ser objeto de posterior adjudicación entre los solicitantes de Etxebide"*.

7. Analizada la respuesta emitida por el Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales, y a la vista de la imprecisión de los argumentos en ella esgrimidos, consideramos oportuno recabar nuevas aclaraciones antes de emitir un pronunciamiento con las conclusiones y el resultado de la investigación.

8. En esta fase de la tramitación del expediente de queja, las personas reclamantes nos comunican que, en el acto de firma del precontrato de venta de su vivienda libre, han tenido conocimiento de que dicha vivienda no iba a estar sometida al régimen general de viviendas de protección oficial y que, su posterior transmisión únicamente vendría limitada con un derecho de tanteo y retracto a favor de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco durante un plazo máximo de 10 años. Con ello, los reclamantes denuncian que, al perjuicio ocasionado por la exigua valoración de su vivienda, se le suma un daño personal y moral, al advertir que los nuevos adquirentes de su vivienda, transcurrido el mencionado período de 10 años, podrán venderla libremente, obteniendo un beneficio patrimonial que a ellos se les ha negado.





9. Por tercera vez nos dirigimos al Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales, y le requerimos que, con carácter urgente y antes de la elevación a escritura pública de la venta de la vivienda libre entregada por los reclamantes, emitan un informe explicativo sobre las razones por las que dicha vivienda no se ha calificado de protección oficial previamente a su transmisión a una tercera persona.
10. Con posterioridad a la firma de las escrituras de transmisión de la vivienda libre propiedad de los reclamantes, recibimos la contestación del Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales, en la que no se manifiestan los motivos específicos por los que dicho departamento ha decidido no someter la vivienda puesta a su disposición por las personas reclamantes al régimen de protección oficial y, en consecuencia, permitir su libre transmisión transcurrido el plazo de 10 años, durante los cuales está sujeta a un derecho de adquisición preferente por la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

A la vista de esta reclamación, tras analizar el planteamiento de la queja y la información remitida por el Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales, hemos estimado oportuno remitirle las siguientes:

Consideraciones

1. El Decreto 315/2002, sobre régimen de viviendas de protección oficial y medidas financieras en materia de vivienda y suelo¹, establece como uno de los requisitos que debe acreditarse para ser beneficiario de la adjudicación de una vivienda de protección oficial el de *"necesidad de vivienda"*.

Este requisito, formulado en el artículo 16 del citado Decreto 315/2002, se concreta en la carencia de vivienda en propiedad, nuda propiedad, derecho de superficie o usufructo de todos y cada uno de los miembros de la unidad convivencial. Sin embargo, el cumplimiento de este requisito admite sus excepciones, se trata de determinados supuestos en los que personas titulares, en propiedad, derecho de superficie, usufructo o nuda propiedad, de una vivienda pueden resultar adjudicatarias de una vivienda de protección oficial. Entre estos casos se encuentra el de las unidades convivenciales en las que alguno de sus miembros *"acredite la condición de discapacitado con movilidad reducida permanente y el edificio no reúna condiciones de accesibilidad"*.

¹ La disposición derogatoria primera del Decreto 39/2008, sobre régimen jurídico de viviendas de protección pública y medidas financieras en materia de vivienda y suelo, ha derogado el Decreto 315/2002, sin embargo lo ha hecho a salvo de las situaciones creadas a su amparo. De ahí las referencias contenidas en la presente Recomendación al Decreto 315/2002 y a la normativa dictada para su desarrollo.



La Orden de 30 de diciembre de 2002, del Consejero de Vivienda y Asuntos Sociales, sobre circunstancias de necesidad de vivienda, se dicta en desarrollo del artículo 16 del Decreto 315/2002 y su artículo 3.6 regula la forma mediante la cual pueden acceder a una vivienda protegida aquellas personas que aún siendo titulares de una vivienda tienen acreditada su necesidad de vivienda, al tratarse de personas discapacitadas con movilidad reducida permanente y habitar en una vivienda que no reúne condiciones de accesibilidad. El citado artículo 3.6 señala lo siguiente:

“En el caso de adjudicación en propiedad o derecho de superficie de vivienda social o de régimen especial promovida por esta Administración será precisa la permuta, libre de cargas y ocupantes, de la vivienda cuya titularidad ostentan los solicitantes por la adjudicada. En el resto de los casos, será necesaria su puesta a disposición de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco, igualmente libre de cargas y ocupantes, que podrá adquirirla por sí misma o por quien designe, como máximo, al precio de la vivienda de protección oficial a adquirir.

En el caso de que la adjudicación o acceso a la vivienda de protección oficial sea en régimen de arrendamiento, el miembro de la unidad convivencial que sea titular del derecho de propiedad o derecho de superficie o usufructo sobre otra vivienda, tendrá la obligación de ponerla a disposición del Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales, o de quien designe éste, para ser cedida en arrendamiento.

Si la vivienda de la que es titular está sita fuera de la Comunidad Autónoma del País Vasco deberá acreditarse su transmisión con anterioridad a la escrituración o suscripción del contrato de arrendamiento de la vivienda de protección oficial.”

De conformidad con lo establecido en el precitado marco normativo, las personas reclamantes pusieron a disposición del Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales su vivienda, con el fin de acceder a una vivienda protegida adaptada a sus necesidades específicas de movilidad. Sin embargo, la regulación del procedimiento y condiciones en las que debía practicarse esta puesta a disposición o permuta resulta limitada y se reduce, de hecho, a fijar el precio máximo de adquisición de la vivienda que entregan los demandantes de vivienda protegida adaptada. Este precio máximo tiene como tope el *“precio de la vivienda de protección oficial a adquirir”*.

En esta regulación se observa, pues, la omisión de aspectos importantes, algunos de los cuales han aflorado a raíz de la queja presentada por los reclamantes, como el del diferente valor de los derechos reales vinculados en la actuación de puesta a disposición o permuta (propiedad de vivienda libre y derecho de superficie de vivienda de protección oficial), que requeriría de una justa estimación. En este sentido, resulta razonable que los reclamantes muestren su disconformidad con la actuación administrativa, puesto que en



dicha operación de permuta reciben un derecho real de categoría inferior al que transmiten.

2. La existencia de lagunas normativas en la Orden de 30 de diciembre de 2002, sobre circunstancias de necesidad de vivienda, ha tratado de ser suplida por el Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales mediante la Instrucción 8/2005, de 14 de octubre, de la Viceconsejería de Vivienda, “sobre procedimientos de adquisición y adjudicación de viviendas ofertadas o puestas a disposición del departamento y tanteadas”, que regula con más detalle el procedimiento de puesta a disposición del departamento de las viviendas de las que son titulares las personas eximidas del requisito de carencia de vivienda, así como la adjudicación de dichas viviendas entregadas al departamento.

A este respecto, debemos mencionar que esta institución, con ocasión del estudio de otra queja, ya tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la idoneidad jurídica de la citada Instrucción 8/2005, y, que mediante la Resolución adoptada el 22 de noviembre de 2007, se recomendó al Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco que declarara la nulidad de la citada Instrucción 8/2005, “sobre procedimientos de adquisición y adjudicación de viviendas ofertadas o puestas a disposición del departamento y tanteadas”.

Sin ningún género de duda, los fundamentos jurídicos sobre la base de los cuales dedujimos la no conformidad a derecho de la Instrucción 8/2005, son válidos y reproducibles para el supuesto que ahora examinamos, puesto que básicamente venían referidos a la vulneración de normas legales en el procedimiento de elaboración de la instrucción.

Escuetamente concluíamos lo siguiente:

“...la Instrucción 8/2005, por su contenido y efectos a terceros, supera el ámbito doméstico propio de las instrucciones y ordenes de servicio (dispuesto en el precitado artículo 21 .1º de la Ley 30/1992) y esconde, bajo una apariencia de directriz dirigida por un superior jerárquico a los órganos subordinados, una verdadera norma con eficacia externa.

En consecuencia y al tratarse de un instrumento administrativo de clara finalidad normativa, la Instrucción 8/2005 debía haber sido elaborada y aprobada mediante el procedimiento establecido en la Ley 8/2003, del Procedimiento de Elaboración de las Disposiciones de Carácter General. Del mismo modo se advierte la falta de competencia del órgano que ha dictado la instrucción (la Viceconsejería de Vivienda) para dictar una disposición de carácter general, competencia que queda reservada, de conformidad con lo establecido en el artículo 59 y siguientes de la Ley 7/1981, de Gobierno, al Consejo de Gobierno y a las personas titulares de los Departamentos.

Esta vulneración legal, que se aprecia en el procedimiento de elaboración de la referida instrucción, trae como consecuencia la nulidad de pleno derecho





de la misma, de acuerdo con lo establecido en los apartados 62.2 de la Ley 30/1992, por contravenir el contenido de las precitadas leyes dictadas por el Parlamento Vasco.”.

3. La regulación de esta materia ha sido recientemente modificada por el Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales, en virtud de las Órdenes de 16 de abril de 2008, del Consejero de Vivienda y Asuntos Sociales, que regulan los procedimientos de adjudicación de viviendas de protección oficial y las circunstancias de necesidad de vivienda.

Si bien, mediante esta modificación normativa, parte de los contenidos de la citada Instrucción 8/2005 han sido finalmente elevados a la categoría de norma, en dicha regulación no se aprecia ningún cambio en el tratamiento de la cuestión concreta suscitada por los reclamantes. El artículo 4.2 de la Orden de 16 de abril de 2006, sobre circunstancias de necesidad de vivienda señala que *“la puesta a disposición habrá de hacerse bien en compra bien en arrendamiento en función del régimen de acceso a vivienda de protección oficial”*. Por lo tanto, teniendo en cuenta que el Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales no promueve vivienda protegida en régimen de compra, con la nueva normativa a los propietarios de vivienda se les seguirá ofertando el acceso a la vivienda de protección oficial siempre en régimen de derecho de superficie.

4. Un enfoque adecuado del asunto debatido requiere de la consideración de una serie de circunstancias que confluyen en estos supuestos excepcionales de adjudicación viviendas de protección oficial. Estamos ante determinados casos singulares en los que el Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales ha considerado que personas que son propietarias de vivienda, y que, por tanto, no acreditan el requisito de carencia de la misma, tienen derecho al acceso a una vivienda protegida; ya que, en dichos casos, concurren otros intereses dignos de ser protegidos por los poderes públicos, como, en el supuesto que analizamos, el de garantizar a personas con discapacidad el disfrute de una vivienda digna y adecuada en condiciones de igualdad al resto de la ciudadanía.

En definitiva, el principio de igualdad efectiva de derechos y el respeto a la diversidad humana justifican que se adopten medidas específicas dirigidas a solucionar los problemas de accesibilidad de las personas con discapacidad en materia de vivienda protegida.

Este hecho, junto con la particularidad de que, a diferencia del resto de las personas adjudicatarias de viviendas de protección oficial, las que acceden por esta vía excepcional a una vivienda protegida ponen a disposición del departamento una vivienda para su incorporación al parque de vivienda protegida, nos inclina a proponer una solución específica también en relación con el régimen de tenencia de la vivienda protegida a la que acceden, y que consistiría en garantizarles el acceso a la vivienda de protección oficial en régimen de plena propiedad.





5. Esta propuesta creemos que no encuentra obstáculo legal alguno en el actual marco normativo, ya que tanto la Ley 2/2006 de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo del País Vasco, como el Decreto 39/2008, sobre régimen jurídico de viviendas de protección pública y medidas financieras en materia de vivienda y suelo, al regular el derecho de realojo permiten a las personas realojadas el acceso a una vivienda protegida en régimen de propiedad *"con independencia del régimen de la promoción afectada en la que se lleve a efecto el realojo"*. En consecuencia, de conformidad con las citadas previsiones normativas, es ciertamente factible que en una promoción en derecho de superficie se adjudiquen viviendas en régimen de plena propiedad.
6. Para finalizar debemos examinar otra de las cuestiones que se ha suscitado en la queja presentada, la relativa a la no calificación como vivienda de protección oficial de la vivienda puesta a disposición del Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales por las personas reclamantes.

Como mencionamos en la parte expositiva de la presente resolución, en los trámites de información practicados no han sido aclarados los motivos específicos por los que dicho departamento ha decidido no someter la vivienda entregada por los reclamantes al régimen de viviendas de protección oficial.

El último párrafo del artículo 16.2 del Decreto 315/2002, de régimen de viviendas de protección oficial y medidas financieras en materia de vivienda y suelo, contiene la siguiente previsión de carácter general para las viviendas puestas a disposición del departamento por personas eximidas del requisito de carencia de vivienda:

"Las viviendas obtenidas por el Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco como consecuencia de la puesta a disposición mencionada podrán ser calificadas como viviendas de protección oficial mediante resolución del Delegado Territorial".

En base a esta previsión normativa es obvio que el departamento podía haber calificado como vivienda de protección oficial la vivienda libre entregada por los reclamantes, sometiéndola de forma permanente a un precio máximo de transmisión y al derecho de tanteo y retracto a favor de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco. El Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales no ha revelado las razones por las que no se ha hecho así y consideramos que esta actuación es contraria a la finalidad que persigue la calificación permanente de la vivienda protegida, formulada por el Decreto 315/2002 en los siguientes términos:

".. se relaciona con el esfuerzo de la comunidad para dotarse de un instrumento, la vivienda de protección oficial, que reduzca el efecto de la actual situación de los precios de la vivienda libre. De esta manera, la calificación permanente pone al servicio de la comunidad una herramienta



prolongada en el tiempo que además de impedir la especulación permite una rotación siempre deseada. En definitiva supone un incremento a largo plazo en el parque de vivienda protegida.”.

En este contexto normativo lo razonable hubiera sido que la vivienda obtenida por el Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales se hubiera calificado como vivienda de protección oficial, incorporándola definitivamente al parque de vivienda protegida y vinculándola permanentemente a garantizar su disfrute por aquellas personas que en cada momento la necesiten. No obstante, el departamento ha optado únicamente por sujetar la vivienda entregada por los reclamantes al ejercicio de un derecho de tanteo y retracto a favor de la administración autonómica por un plazo de 10 años, transcurrido el cual, los nuevos adquirentes podrán venderla libremente y quedará excluida del parque de vivienda protegida.

Por todo ello, en conformidad con lo preceptuado en el artículo 11 de la Ley 3/1985, de 27 de febrero, por la que se crea y regula esta institución se eleva la siguiente

RECOMENDACIÓN 13/2008, de 1 de julio, al Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco

- Que adopte las medidas necesarias para que las personas propietarias, que entregan su vivienda a la Administración de la CAPV, puedan acceder a la vivienda de protección oficial adjudicada en régimen de plena propiedad.
- Que otorgue la calificación de viviendas de protección oficial a todas aquellas viviendas que sean puestas a su disposición por haber resultado su titular adjudicatario de otra vivienda protegida, incorporándolas definitivamente al parque de vivienda protegida.

