



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 6 7 / 1 9 9 7

La Laguna, a 2 de julio de 1997.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias sobre la *revisión de oficio del Acuerdo de adjudicación de una vivienda de protección oficial a E.M.F. (EXP. 62/1997 RO)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El Excmo. Sr. Presidente del Gobierno solicita Dictamen sobre la propuesta de resolución formulada en el procedimiento dirigido a la revisión de oficio del Acuerdo, de 22 de marzo de 1996, de la Comisión de Vivienda de Canarias por el que aprobó la lista definitiva parcial de los adjudicatarios de las viviendas pertenecientes a la promoción pública "61 viviendas Hostelería y 102 Las Torres", propiedad de la empresa pública VISOCAN, S.A., dependiente de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Aguas, en el extremo concerniente a la adjudicación a E.M.F. de una de esas viviendas, en régimen de alquiler.

2. Respecto a la legitimación del solicitante del Dictamen, la competencia del Consejo para emitirlo, su preceptividad y carácter, la competencia del órgano para instruir y resolver, la naturaleza de acto declarativo de derecho del acto que se pretende revisar y, por ende, de la corrección del procedimiento seguido, se remite a lo expuesto en los apartados 2, 3 y 4 del Fundamento I del Dictamen 63/1997, de 2 de julio.

* **PONENTE:** Sr. Trujillo Fernández.

* **VOTO PARTICULAR:** Sr. Petrovelly Curbelo.

3. En la tramitación del procedimiento no se ha incurrido en defectos procedimentales que obsten a la emisión de un Dictamen de fondo.

4. La propuesta de resolución omite expresar que, por ser definitiva en la vía administrativa, contra ella procede interponer recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en el plazo de dos meses contados desde el día siguiente de su notificación (art. 89.3 LPAC en relación con los arts. 37.1 y 58 LJCA).

II

E.M.F., de 69 años de edad al tiempo de presentar su solicitud de vivienda, sin más ingresos que una pensión de viudedad que en dichas fechas ascendía a 49.445 ptas. y que a 3 de enero de 1996 ascendía a 51.180 ptas., que por haber sido desahuciada de una vivienda privada en enero de 1994, vivía sola, desde el 7 de mayo de 1994, en un apartamento de una sola habitación, baño y cocina, cuyo alquiler ascendía a 35.000 ptas. mensuales, razón por la cual recibía una ayuda del Ayuntamiento para el pago del alquiler, que no le fue renovada, y que llevó a que el propietario del apartamento interpusiera contra ella, el 16 de febrero de 1996, una demanda de resolución del contrato de arrendamiento y pago de rentas adeudadas por un total de 350.000 ptas.; en virtud del Acuerdo que se trata ahora de revisar adquirió la condición de adjudicataria en régimen de alquiler de una vivienda de la promoción pública referida.

La causa en que se funda la revisión de oficio es la prevista en el art. 62.1,f) LPAC en relación con el art. 13.5 DAV, que incluye entre los requisitos que deben reunir los solicitantes que ninguno de los miembros de la unidad familiar para la que se solicita vivienda haya sido adjudicatario por cualquier título de una vivienda protegida, salvo que, en el caso de haber sido adjudicatario con anterioridad, la vivienda haya sido enajenada por motivos de emigración, laborales, haya sido devuelta a la Administración o sea objeto de una de las actuaciones de remodelación contempladas en el art. 8.1 DAV.

En el expediente consta que en el año 1982 por la Subcomisión Provincial de Vivienda y Patrimonio Arquitectónico de Las Palmas de Gran Canaria del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, se le adjudicó en régimen de venta a la interesada una

vivienda de promoción pública del Grupo de Jinamar, Fase III, formalizándose el correspondiente contrato de compraventa el 31 de agosto de 1982.

Esa vivienda está ocupada actualmente por otra persona que el 29 de septiembre de 1989 inició el procedimiento regulado por el Decreto 176/1989, de 31 de julio, para la legalización de la titularidad de los ocupantes de hecho de viviendas de promoción pública. En dicho procedimiento el interesado declara que la ocupa desde septiembre de 1987.

III

Para apreciar si en la interesada no concurre el requisito del art. 13.5 DAV hay que atender en primer lugar a la finalidad de este precepto, que está en relación con el fin del acto de adjudicación que no es otro que el de satisfacer una necesidad de vivienda real, permanente y actual, y que, como tal necesidad, debe ser independiente de la voluntad de quien la padece. Por ello se considera que no existe esta necesidad en aquellos solicitantes que habiendo sido adjudicatarios de viviendas de promoción pública con anterioridad se han desprendido de ellas.

Pero es obvio que en virtud del principio de libre desarrollo de la personalidad sobre el que se fundamenta nuestro ordenamiento (art. 10.1 CE), del derecho fundamental a elegir libremente la residencia (art. 19 CE) y del derecho de propiedad (art. 33 CE), que un sujeto haya sido beneficiario de la adjudicación en régimen de propiedad de una vivienda de promoción pública no le obliga a residir en ella para toda su vida. Por ello, el art. 14 LV permite la transmisión por actos *inter vivos* de la propiedad de las viviendas adjudicadas en régimen de venta.

Sin embargo, como en este supuesto la adjudicación de la anterior vivienda se realizó en agosto de 1982 y se ocupó en septiembre de 1987 por su actual titular, y la LV es de 1989, la normativa a aplicar es el Real Decreto 3.148/1978, de 10 de noviembre (RDVPO), que desarrolla reglamentariamente el Real Decreto-Ley 31/1978, de 34 de octubre, sobre Política de Viviendas de Protección oficial (DLVPO), cuyo art. 54 permite la transmisión de viviendas *inter vivos* de las viviendas de promoción pública adjudicadas en régimen de propiedad cuando hubieren transcurrido cinco años desde la fecha del contrato de compraventa y siempre que

previamente se haya hecho efectiva; y atribuye a los entes públicos promotores la facultad de ejercitar los derechos de tanteo y retracto con arreglo a los arts. 1.507 y siguientes del Código Civil, a cuyo efecto se hará constar expresamente el ejercicio de dichos derechos en los contratos de compraventa.

Si el adjudicatario en régimen de propiedad de una vivienda de promoción pública la transmite antes de esos cinco años, la Administración podrá recuperar la propiedad. El adjudicatario mientras ostente ésta está obligado a destinarla a su residencia habitual. Pero tras el transcurso de cinco años la puede transmitir a terceros cumpliendo los requisitos del art. 54 RDPVO y demás exigencias legales tales como la limitación de precio.

Un adjudicatario, al venir a mejor fortuna, puede lícitamente transmitir la propiedad de esa vivienda a un tercero y elegir otra residencia. Con el transcurso del tiempo puede encontrarse de nuevo en situación de necesidad de vivienda independientemente de su voluntad. Si lícitamente ha podido abandonar la anterior vivienda de la que fue adjudicatario, no es razonable que *ad aeternum* no tenga derecho a ser adjudicatario de una nueva vivienda por muy grande que sea su necesidad de ésta.

Pugna con el principio de libertad que informa nuestro ordenamiento y con la cláusula del Estado social (art. 9.3 CE) que la consecuencia jurídica de una conducta lícita sea privar de por vida a una persona de la posibilidad de acceder a una vivienda digna.

Siendo la finalidad del art. 13.5 DAV impedir que se adjudiquen viviendas a quien no tiene necesidad de ellas o que se colocan voluntariamente en esa necesidad para que se le adjudique una con el propósito de comerciar con ella, es patente que no se puede aplicar a aquéllos que después de cinco años han transmitido la propiedad de una vivienda de la que han sido adjudicatarios y que en el transcurso del tiempo se han vuelto a encontrar en situación de necesidad de vivienda.

El principio de igualdad (art. 14 CE) impone tanto un mismo tratamiento normativo de las situaciones iguales como una diferenciación de regulación ante situaciones desiguales. Aplicar el mismo tratamiento a quienes se encuentran en situaciones desiguales implica una vulneración del art. 14 CE.

Si la finalidad del art. 13.5 DAV es impedir que se adjudiquen viviendas a quien no las necesita a fin de realizar el principio constitucional del art. 47 CE, no es razonable que se aplique a quien realmente se encuentra en una situación de necesidad de vivienda que no tiene su origen en el hecho de que en el pasado y porque el ordenamiento se lo permitía transmitió la propiedad de una vivienda de promoción pública.

Entre la finalidad que persigue el art. 13.5 DAV y la consecuencia jurídica de su aplicación a supuestos de hecho como el que estamos contemplando no existe coherencia o racionalidad.

En esta línea de razonamiento no se debe olvidar que para que las viviendas de promoción pública sean adjudicadas a quienes más las necesitan los aspectos que hay que tener en cuenta, según el art. 11 LV, son la composición de la unidad familiar, sus recursos económicos, las condiciones en que estén alojadas y el hacinamiento.

El requisito del art. 13.5 DAV no ha sido establecido, pues, por la Ley sino por el Reglamento. Éste indudablemente puede introducir otros requisitos no contemplados por la Ley siempre que sirvan a la finalidad de que las viviendas se adjudiquen a los más necesitados; pero la aplicación de ese requisito reglamentario a supuestos como el presente no sirve a esa finalidad, sino que la frustra.

C O N C L U S I O N E S

1. Es competente para resolver el órgano que formula la propuesta de resolución, el procedimiento de revisión de oficio es el debido y no se ha incurrido en defectos procedimentales que obstan a un Dictamen de fondo (Fundamento I.2 por remisión al Fundamento I del Dictamen 63/1997, de 2 de julio).

2. La resolución definitiva deberá expresar que contra ella cabe interponer, en el plazo de dos meses contados desde el día siguiente de su notificación, el recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Fundamento I.4).

3. No es conforme a Derecho la propuesta de Resolución por las razones expuestas en el Fundamento III.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. CONSEJERO D. ENRIQUE PETROVELLY CURBELO AL DICTAMEN 67/1997, ACERCA DE LA REVISIÓN DE OFICIO DEL ACUERDO DE ADJUDICACIÓN DE UNA VIVIENDA DE PROTECCIÓN OFICIAL A E.M.F. CORRESPONDIENTE AL EXPEDIENTE 62/1997 RO.

Discrepo del parecer mayoritario explicitado en los Dictámenes a los que se refiere este Voto Particular, tanto en una dimensión formal, considerando que no ha lugar al uso a los fines pretendidos del procedimiento de revisión de oficio y, en todo caso, que, de serlo, no pueden ser los aquí tramitados incoados y resueltos por la Comisión de la Vivienda (CV), como en otra material, pues a mi juicio todos los supuestos de los que se trata, sin excepción y menos aún las determinadas en los indicados Dictámenes, comportan la inexistencia del derecho de adjudicación de vivienda.

En este sentido, son incorrectos los argumentos utilizados en los Dictámenes para tratar de justificar su opinión al respecto, no sirviendo para fundamentarla porque incurren en una lectura o interpretación errónea de la normativa aplicable, o bien, en estimaciones técnicas improcedentes y aun impertinentes porque sobran y/o incluso representan defectos graves de ese carácter, remitiéndome a este último propósito a la lectura del Fundamento I de los Dictámenes en sus disquisiciones sobre el concepto y elementos del acto administrativo o sobre la aplicación de la normativa a su través.

1. En primer lugar, puede convenirse que el asunto que nos ocupa no se refiere a un condicionamiento del acto que trae causa en sus efectos; es decir, a la eventualidad de que este sujeto a cierta condición para generar los efectos que le son propios. A lo que no obsta, pese a los que erróneamente sostienen los Dictámenes, que pueda serlo un acto declarativo de derechos o uno que cierra la vía administrativa, siquiera fuese porque, simplemente, nada tiene que ver una cosa con otra.

Sin embargo, siendo notorio defecto técnico de los Dictámenes perder el tiempo en insistir sobre este tema y demostrar, trabajosa e inútilmente, lo antedicho, lo es

todavía mas confundir la exigencia a los interesados prevista en el artículo 16.1 del Decreto 194/94, que interesa a la constitución o plena existencia del derecho subjetivo de adjudicación en cuestión, con los trámites que, fijados asimismo en esta normativa, se conectan con la eficacia del acto que otorga aquél, permitiendo con su realización que se produzcan sus efectos.

En realidad, aunque ciertamente el asunto a resolver se conecta con la validez del acto, de uno lógicamente realizado por completo y, por ende, perfecto, los Dictámenes no sacan la procedente consecuencia jurídica de ello al interpretar incorrectamente el mandato del precepto reglamentario antes citado. Así, vista esta normativa, ha de determinarse adecuadamente cuando se produce en definitiva la adjudicación de viviendas, debiendo serlo por un acto administrativo perfecto en cuanto completamente producido al culminarse el procedimiento jurídicamente ordenado a ese fin. O, desde otra perspectiva, cuando nace el derecho subjetivo correspondiente de los interesados, constituyéndose el mismo y pasando a formar parte de su patrimonio, de tal forma que su eliminación por inválidamente ganado requiere el uso de la revisión de oficio del acto que lo otorgó.

Y, aunque quizás pudiera cuestionarse el ajuste legal de esta regulación reglamentaria, por excederse en sus previsiones de la Ley en la que se fundamenta su existencia y que ha de ejecutar en su contenido, o su idoneidad técnica, por establecer un procedimiento excesivamente complejo que puede producir situaciones de inseguridad o perplejidad en la realización de la función y procura de la finalidad perseguidas, a la luz de su presente redacción la respuesta solo puede ser que, con el inicial Acuerdo de aprobación de una lista de adjudicatarios de la CV y la subsiguiente publicación de ésta, tal derecho no se ha ganado definitivamente; o, lo que es igual, que el acto administrativo correspondiente no se ha perfeccionado.

Así, para que ocurra una y otra cosa ha de producirse un nuevo trámite procedimental, de orden imperativo y para nada ajustado a la mera ejecución de un acto perfecto, por los interesados, que son todos y cada uno de los adjudicatarios iniciales. En efecto, éstos vienen irremediablemente obligados a acreditar, en la inteligencia más propio de este término, que reúnen en un momento dado, posterior al Acuerdo indicado pero antes de la formalización definitiva de la adjudicación, a la

que no tienen derecho de no hacerlo, nada menos que las exigencias determinantes del nacimiento del derecho a ser, ya no adjudicatarios, sino incluso a poder ser eventualmente considerados como tales. Y, en congruencia con ello, el Decreto indica que el órgano competente para actuar, la CV, distinto al de ejecución, la Dirección General de vivienda (DGV), puede rectificar su previo Acuerdo de no reunirse dichos requisitos, de manera que es entonces cuando, con esta decisión de la CV, expresa o implícita y en uno u otro sentido, se perfecciona el acto administrativo de adjudicación y nace el derecho a ésta de los afectados por aquél, culminándose el procedimiento para su realización.

Por consiguiente, el acto de la CV sólo cierra la vía administrativa en ese instante o instancia y no con anterioridad al mismo, particularmente con el inicial Acuerdo aprobador de la lista de adjudicatarios, eventualidad que ni siquiera aparece en el Decreto para nada y, estándose en presencia de un acto aún no perfeccionado antes de producirse las actuaciones antedichas, el señalado Acuerdo de aprobación o, si se prefiere, la lista de adjudicatarios inicialmente aprobada puede ser rectificada por la CV, o por su Presidencia previa delegación al respecto, sin necesidad de acudir al procedimiento revisor. Y ello, sin perjuicio de que la posibilidad de recurso jurisdiccional por los afectados contra el Acuerdo, por adjudicatarios insatisfechos o solicitantes rechazados, o contra la decisión final, igualmente por unos o por otros.

Por demás, de estimarse que la exigencia del artículo 16.1, Decreto 194/94 supone una condición a la ejecución del Acto administrativo que sería la aprobación por la CV de la lista de adjudicatarios, no obstante ser cuestionable, en cuanto supondría la vulneración de mas de uno de los principios previstos en el artículo 9.3 de la Constitución, considerar que requisitos constitutivos de un derecho puedan ser también o igualmente requisitos de ejercicio de éste, procede advertir que, aun así, no parece que sea imprescindible acudir al procedimiento de revisión de oficio de tal Acto para lograr el propósito pretendido. Esto es, no estando los afectados en condiciones de acreditar, en el momento de comunicárseles la adjudicación inicial de vivienda, que cumplan los requisitos para ser adjudicatarios o tener derecho a vivienda, la CV podría, directamente o mediante su Presidencia, en su caso, acordar la no adjudicación a estos incumplidores y la adjudicación a sus sustitutos.

2. En coherencia con lo hasta aquí razonado, es claro que en puridad no sería preciso detenerse en analizar que órgano es el competente para revisar de oficio las

adjudicaciones que traen causa, la CV o no. Pero, como los Dictámenes afirman, sin fundamento alguno según se desprende de sus erróneas y erráticas argumentaciones al respecto, que dicho órgano es la CV, resulta obligado detenerse en esta cuestión que también resuelven improcedentemente los Dictámenes.

Así, podría pensarse que, citándose expresamente la CV en el artículo 16.1, Decreto 194/94, hay una razón normativa directa para sostener la intervención de aquella en una eventual revisión de oficio en este tema. Pero, desde luego, ha de rechazarse inmediatamente que tal cosa pueda defenderse, como hacen los Dictámenes, porque la CV no forme parte de la estructura jerárquica de la Consejería de Obras Públicas, en la que, en todo caso, se integra por decisión expresa del Reglamento orgánico de aquella, y, a mayor abundamiento y en coherencia con esta circunstancia, porque su actuación cierra la vía administrativa.

Sin embargo, independientemente de que, como se ha visto, el inicial Acuerdo de la CV no parece que cierre él mismo la vía administrativa, al requerir su ratificación o rectificación posterior dentro del procedimiento y por la propia CV, ocurre que son múltiples los supuestos de actos administrativos que tienen ese efecto formal pero se adoptan por órganos de la estructura jerárquica departamental, además de que, estén o no los órganos actuantes en esa estructura, sus actos son revisables por el titular del Departamento en el que se encuadran, competente para realizar la función administrativa de la que se trate.

Es mas, ya es cuestionable per se la afirmación de que la CV, que se insiste forma parte orgánica de la Consejería antes mencionada, no lo hace en su estructura jerárquica, pues, aun siendo evidentemente un órgano colegiado de los reseñados en el artículo 22.2, Ley 30/92, no es menos cierto que sus funciones, que no son de mero asesoramiento o conexas y previas a actuaciones de otros órganos administrativos o políticos, sino estricta, pura y determinadamente administrativas, propias de una Administración "activa", avalan entender que forma parte de la reiterada estructura, como señala precisamente el precitado precepto legal.

Técnica y/o normativamente nada parece tener que ver, en definitiva, la revisión de oficio del acto de un órgano administrativo con la inclusión o no de éste en la estructura jerárquica del Departamento al que inevitablemente pertenece. Y, en fin,

aquella ni siquiera puede ser confundida o equiparada con un recurso, ordinario, que por demás no es posible en este supuesto, ni extraordinario, que correspondería resolver entonces, y por determinación legal expresa, a la CV, cualquiera que fuese su situación departamental.

Justamente, sobre este punto existe un precepto legal autonómico, incluido en el artículo 29.1.g) de la Ley autonómica 14/90, que explícitamente señala, en general y sin prever excepciones, por demás inaceptables jurídicamente de hacerse por vía reglamentaria sin habilitación legal específica para ello, que la competencia para incoar y resolver los procedimientos de revisión de oficio es del titular del Departamento de la Administración actuante en cada caso, aquí el Consejero del Departamento competente en materia de vivienda.

Por tanto, esa única razón que se apuntó al comienzo de este punto que podría pensarse en usar para fundamentar la actuación al respecto de la CV resulta rechazable por completo porque una lectura del precepto del artículo 16.1, Decreto 194/94 que la asumiera haría a éste contrario a Derecho: semejante precepto sería ilegal por contravenir el legal antes mencionado, que sería antijurídicamente excepcionado o reformado, aunque fuere puntualmente, por una norma secundaria. No obstante, al efecto ha de recordarse que, como se ha razonado precedentemente, esa lectura no procede porque no ha lugar o no es preciso seguir en este supuesto un procedimiento de revisión de oficio. Eventualidad ésta que tampoco parece que se establezca, ni que se pretenda establecer, en la norma reglamentaria afectada.

3. Finalmente, según se apuntó al comienzo, a mi juicio todos los supuestos aquí estudiados permiten la rectificación del inicial Acuerdo de adjudicación, directamente o, en la tesis de los Dictámenes y de la propia Administración actuante, por la vía de la revisión de oficio de dicho Acuerdo, pues ninguno de los afectados tiene derecho a que se le adjudique una vivienda, viniendo demostrado que, por una u otra causa, no cumplen los requisitos esenciales para ello o, es más, para ser susceptibles de ser considerados como eventuales adjudicatarios.

En este sentido, he de discrepar igualmente de los Dictámenes, particularmente dado el carácter que tienen de emitirse en procedimientos revisores y respecto a propuestas de declaración de nulidad, en cuanto que dos de ellos mantienen que ha de respetarse el derecho de los interesados, no pudiéndose revisar el Acto de

otorgamiento en lo que a ellos concierne. Y los motivos son los seguidamente expuestos.

En un caso, no cabe la aplicación del artículo 106, Ley 30/92, pues, aparte de que no se debe confundir entre ejercicio de facultades de revisión y resultado de dicho ejercicio, de la documentación disponible se infiere que no hay circunstancia alguna generadora de que aquí el ejercicio de esas facultades sea contrario, per se, a la buena fe. Por el contrario, aparecen actuaciones de la interesada que no solo la hacen incumplir objetivamente exigencias del artículo 13 del Decreto 194/94, que se recuerda debe aplicarse por igual a los interesados, máxime estando en similar situación jurídica y social, sino que permiten dudar razonablemente de su buena fe en este asunto.

En otro, siendo incontestable que el afectado no cumple las exigencias antedichas, no cabe matizar o excluir los efectos de esa realidad mas que, en su caso, por aplicación de mas normas que las autonómicas reguladoras de la materia, y no por la de normas estatales que pudieran incidir en ella, por obvias razones que no merecen mayor explicación, ocurriendo que ello no lo hacen las normas autonómicas, pero tampoco siquiera las estatales, correctamente entendidas y no en el modo forzado y sesgado del Dictamen. Y ni que decir tiene que el propósito de éste no puede alcanzarse, incurriéndose de paso en craso desconocimiento del principio de igualdad, en función de criterios de dudosa o escasa base normativa e inequívocamente voluntaristas cuya previsión expresa es claro que no existe en la regulación aplicable en la materia y que, como consideraciones de oportunidad y conveniencia, son de manejo impertinente por un Organismo como el Consejo Consultivo; sobre todo cuando su opinión obsta a la realización del acto dictaminado.

Para terminar cabe añadir a lo dicho que esta problemática es eludible por la Administración si, reconsiderando su opinión, actuare en este asunto como este Consejero entiende que es conforme a Derecho y se explicita en este Voto Particular, no siendo entonces exigible que los Actos deban ser sometidos en sus Proyectos a Dictámenes previos y obstativos del Consejo Consultivo.