



INFORME JURÍDICO EN RELACIÓN A LA CONSULTA REALIZADA POR LA DIRECCIÓN SE SERVICIOS DEL DEPARTAMENTO DE MEDIO AMBIENTE, PLANIFICACIÓN TERRITORIAL Y VIVIENDA DEL GOBIERNO VASCO EN RELACIÓN A LA EXCEPCIÓN CONTENIDA EN LA NORMATIVA AUTONÓMICA VIGENTE DE VPO DEL PAÍS VASCO SOBRE LA NECESIDAD DEL SECTOR PÚBLICO DE GARANTIZAR LA DEVOLUCIÓN DE LAS CANTIDADES ANTICIPADAS POR LOS ADQUIRENTES DURANTE EL PROCESO DE CONSTRUCCIÓN DE LAS EDIFICACIONES.

82/2019 DDLCN - OL

I. ANTECEDENTES

Con fecha 5 de julio de 2019, se ha realizado por la Dirección de Servicios del Departamento de Medio Ambiente, Planificación Territorial y Vivienda la consulta en relación con el asunto arriba referenciado

El presente informe se emite en virtud de lo dispuesto en el artículo 5.2 de la Ley 7/2016, de 2 de junio, de Ordenación del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco; artículo 8.2 del Decreto 144/2017, de 25 de abril, del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco; y artículo 14.1 a) del Decreto 71/2017, de 11 de abril, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno.

II. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

En el escrito de consulta se detallan las circunstancias que motivan la cuestión que ahora se somete a informe. Básicamente la Dirección consultante realiza el siguiente planteamiento:



- Que la Sociedad Vivienda y Suelo de Euskadi VISESA ha tenido conocimiento, de forma indirecta, que por parte de alguna Entidad Financiera se pone en cuestión la excepción a la que se refiere el encabezamiento del presente.
- Que dicha excepción se encuentra en el art. 26 del Decreto 39/2008, de 4 de marzo, en la redacción dada por la Disposición Final Primera del Decreto 466/2013, de 23 de diciembre de acuerdo con el cual

“En concepto de cantidades a cuenta y previo cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 114 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial aprobado por Decreto 2114/1968, de 24 de julio, los promotores de viviendas de protección oficial podrán exigir a los adquirentes de las mismas, importes de hasta el 20% del precio de la vivienda y de hasta el 40% del precio de los anejos. Estos porcentajes podrán ser incrementados a solicitud expresa de los adquirentes y previa autorización por parte de la correspondiente Delegación Territorial de Vivienda. El promotor deberá presentar contrato de seguro o aval bancario en garantía de las cantidades recibidas a cuenta.

Las administraciones públicas y las entidades pertenecientes al sector público que tengan por objeto la promoción de viviendas de protección oficial no tendrán la obligación de constituir la garantía prevista en el presente artículo”.

- Que diversa normativa autonómica ha regulado en el mismo sentido, considerando la garantía que ofrece para el comprador de la vivienda la propia Administración Pública incluyendo en este concepto al sector público empresarial.
- Que la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 3/2015, de 18 de junio, de Vivienda, en lo relativo a los reglamentos reguladores de la vivienda de protección pública, indica que hasta tanto no se dicten y entren en vigor los reglamentos correspondientes al desarrollo al desarrollo de la ley y que suplan a los vigentes en el momento de la aprobación de la misma, estos permanecerán en vigor en todo aquello que no se oponga o contradiga a dicha disposición legal.
- Que la cuestión jurídica se suscita a la vista del contenido de la Disposición Adicional Primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (en adelante, LOE o Ley de Ordenación de la Edificación), en su redacción dada a través de la Disposición final 3.2 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, es decir, con posterioridad a la modificación de 2013 del Decreto 39/2008, de 4 de marzo.

- Que dicha norma establece la obligación de las personas físicas y jurídicas *"que promuevan la construcción de toda clase de viviendas..."* de garantizar la devolución de las cantidades entregadas para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido para la entrega de la vivienda.
- Que el apartado ocho de la citada Disposición señala lo siguiente: *"Reglamentariamente podrán determinarse los organismos públicos de promoción de viviendas que se exceptúen de los requisitos establecidos en esta disposición adicional. El Gobierno podrá dictar las disposiciones complementarias para el desarrollo de lo dispuesto en esta disposición adicional."*

Teniendo en cuenta todo lo anterior la duda que se plantea consiste en *"si en el ámbito de la CAPV, y en lo referente a las viviendas de protección oficial ya existe una previsión reglamentaria, a través del Decreto 39/2008, que recoge dicha excepción, o bien habría que entender que le corresponde al Gobierno del Estado dicho desarrollo, que todavía no se ha producido"*

De la misma manera, teniendo en cuenta además la incidencia de esta cuestión en otra normativa sectorial *"interesaría conocer a través de un Informe Jurídico a emitir por los letrados de la Viceconsejería de Régimen Jurídico el análisis de la cuestión competencial y/o la plena vigencia del art. 26 del Decreto 39/2008 en los términos expuestos."*

III. CONSIDERACIONES

A.- Marco normativo actual.

A la vista de la concreta duda surgida a la Dirección consultante resulta suficiente para intentar dar respuesta a la misma la cita normativa contenida en el escrito de remisión.

Efectivamente como señala el escrito de consulta, la Disposición Final Tercera de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras da nueva redacción a la Disposición Adicional Primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE). Al efecto procede a regular ahora de forma concisa las obligaciones del promotor que percibe cantidades anticipadas, de tal manera que la redacción actual de la LOE, conforme a la modificación introducida por dicha Ley 20/2015, de 14 de juli , ha clarificado el régimen vigente, *sin modificarlo sustancialmente*, al derogar

expresamente la Ley 57/1968 de 27 de julio, (Disposición Derogatoria Tercera) a la que se remitía expresamente la redacción anterior de la DA 1ª de la LOE, e incluir directamente las obligaciones legales de los promotores que perciban cantidades anticipadas en el propio texto de la Ley de Ordenación de la Edificación.

Sin perjuicio de reiterar que no se modifica en lo sustancial el régimen jurídico, sí son apreciables novedades respecto a la regulación contenida en la anterior Ley de 1968.

Así, la obligación de garantía, lo es **desde la obtención de la licencia de edificación**, extendiendo la garantía a las cantidades aportadas por los adquirentes, **incluidos los impuestos aplicables**, más el interés legal del dinero. Fija los requisitos que deben cumplir las garantías, tanto si se ha contratado un seguro de caución o si se ha optado por un aval. Regula la cancelación de la garantía, que se producirá, además de con la expedición de la cédula de habitabilidad, la licencia de primera ocupación o el documento equivalente y la acreditación de la entrega de la vivienda al adquirente, **cuando cumplidas esas condiciones, el adquirente rehusara recibir la vivienda**. Determina que el incumplimiento de las obligaciones impuestas constituye una infracción *en materia de consumo*, aplicándose la normativa al respecto *tanto general como autonómica* y sin perjuicio de las competencias de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones y estableciendo que el incumplimiento de la obligación de constituir la garantía, dará lugar a una sanción de hasta el 25 % de las cantidades que deban ser aseguradas y, además, se impondrá al promotor, las infracciones y sanciones que puedan corresponderle conforme a la legislación específica en materia de ordenación de la edificación.

Por último, en lo que ahora interesa, el apartado 8 establece que reglamentariamente podrán determinarse los organismos públicos de promoción de viviendas que se exceptúen de los requisitos establecidos en dicha Disposición Adicional.

B.- Cuestiones planteadas.

Con el anterior repaso de la disposición de la que surge la duda planteada se quería poner de manifiesto que no se observa modificación sustancial alguna del régimen jurídico de las garantías de devolución por cantidades anticipadas a cuenta del precio de adquisición de viviendas, ni desde el punto de vista material o sustantivo, ni desde el punto de vista competencial.

De hecho, la propia Exposición de Motivos de la Ley expresa como finalidad de la modificación en este punto la de dotar "de una mayor seguridad jurídica a la posición del adquirente de

vivienda frente al promotor”, sin que ello afecte a la razón que justifica la excepción respecto a los promotores públicos y sin que pueda observarse, a nuestro juicio, intención alguna o motivo para alterar la situación hasta el momento existente respecto a la distribución competencial operada hasta el momento en la materia.

Es decir, la excepción no resulta óbice para que el consumidor siga estando protegido de forma eficaz, válida y suficiente.

Es más, a nuestro juicio, la normativa autonómica a la que se refiere la consulta, no solo continúa vigente tras la modificación operada en la redacción de la DA 1ª de la LOE por la DF 3ª de la Ley 20/2015, sino que su interés se pone de manifiesto, más que nunca, cuando la DA 1ª de la LOE en su apartado 7 dedicado a las infracciones y sanciones que conllevan el incumplimiento de las obligaciones impuestas en esta disposición, se remite de forma expresa a la aplicación de lo previsto en la *“normativa propia de las Comunidades Autónomas”*. Referencias estas a la normativa autonómica que no se contenían en la anterior redacción de dicha DA 1ª, sin que ello impidiera la coexistencia de ambas regulaciones.

De la misma manera, el hecho de que el apartado 8 de la DA 1ª haga referencia ahora a que reglamentariamente se determinará los organismos públicos de promoción de viviendas que se exceptúen de los requisitos establecidos en dicha Disposición, supone una simple y habitual habilitación limitada a ejecutar las previsiones de la Ley, pero en absoluto puede derivarse de dicha habilitación una alteración desde el punto de vista competencial del régimen existente en la materia hasta la entrada en vigor de dicha DA 1ª.

En definitiva, creemos que es la seguridad jurídica la que se encuentra en la base de la preocupación de la consultante y, desde dicho punto de vista, su garantía no puede hacerse depender de hipótesis y futuribles. Más bien lo contrario.

Quiere decirse que, vistas las circunstancias descritas en la consulta, no parece razonable, si eso es lo que se propone, adoptar de manera cautelar y en espera de lo que vaya a ocurrir, medidas de actuación diferentes a las que se han venido utilizando hasta la entrada en vigor de dicha DA 1ª, haciéndolas depender de un futuro desarrollo reglamentario, que no se sabe si se llevará o no a cabo, ni cuándo, ni con qué contenido, ni si coincidirá o adaptará con el de la normativa de esta Comunidad Autónoma. Máxime, cuando del literal del propio apartado 8 de la DA 1ª cabe deducir que **sí** habrá *“organismos públicos de promoción de viviendas”* que quedarán exceptuados de las obligaciones de dicha DA y parece poco previsible que sea el Estado, vistas

las potestades de autoorganización de las CCAA, quien determine cuáles sean tales organismos públicos respecto a dichas CCAA.

En definitiva, y dando concreta respuesta a la pregunta formulada, no encontramos motivo alguno en la reforma de la DA 1ª de la LOE operada por la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, que permita sostener la pérdida de vigencia o el desplazamiento de lo dispuesto en el artículo 26 del Decreto 39/2008, de 4 de marzo, sobre régimen jurídico de viviendas de protección pública y medidas financieras en materia de vivienda y suelo, en la redacción dada a través de la Disposición Final Primera del Decreto 466/2013, de 23 de diciembre. Como tampoco observamos razón alguna para que, por dicho motivo y de manera cautelar, no se siga operando de la misma manera a como se ha venido haciendo desde antes de la entrada en vigor de dicha DA 1ª LOE o incluso desde la entrada en vigor de ésta, 1 de enero de 2016.

En relación al *“análisis de la cuestión competencial”*, sin perjuicio de que otras Direcciones de esta Viceconsejería puedan ofrecer mejor y más completo criterio, y a los efectos que más puedan interesar a la Dirección consultante, cabe sostener que la modificación de la DA 1ª de la LOE no supone una alteración de la distribución competencial operada en la materia, debiendo entenderse, como se ha hecho hasta el momento, que la específica viene constituida por protección y defensa de consumidores y usuarios debiendo (insistimos en que el punto 7 de dicha DA 1ª expresa que el incumplimiento de las obligaciones impuestas en dicha disposición *“constituye infracción en materia de consumo”* y se remite de forma igualmente expresa a la aplicación de lo previsto en *“el régimen sancionador general sobre **protección de los consumidores y usuarios** previsto en la legislación general y en la normativa autonómica correspondiente”*). Además, debe tenerse en cuenta, respecto a la determinación de los *“organismos públicos”* excluidos a los que se refiere dicha Disposición Adicional punto 8, la potestad de autoorganización de esta administración pública.

Poco más, creemos, se puede avanzar en relación a la cuestión y dan cuenta de ello, a nuestro juicio, así como, al menos, de la razonabilidad de la respuesta que podemos ofrecer, los siguientes elementos.

- La razón que ha justificado la excepción sigue plenamente vigente (*“exclusión motivada, entendemos, por la suficiencia de la garantía que ofrecerían los promotores públicos citados en un supuesto eventual de obligación de devolución de cantidad”*, se dice en el informe jurídico del Departamento, y no se pone en duda por los informes de legalidad ni de la OCE). Si se ha

venido entendiendo que la protección al consumidor adquirente queda suficientemente garantizada por la suficiencia de los promotores públicos, no hay motivo que permita entender otra cosa tras la entrada en vigor de la modificación de la Disposición Adicional Primera de la LOE.

En dicho sentido, ninguno de los informes que se acompañan a la consulta pusieron en duda, desde la perspectiva competencial, la nueva redacción del artículo 26 del Decreto 39/2008. Se dirá que son anteriores a la modificación de la Disposición Adicional Primera de la LOE pero ello no es razón, a nuestro juicio, para haber puesto de manifiesto tal cuestión si se consideraba que existía un déficit competencial cuando fueron emitidos, porque de existir (que no lo creemos) no es provocado por la DA1ª.

- Que se tuviera o no competencia para su dictado es independiente de la modificación operada por la Ley 20/015, en cuanto ésta no procede a realizar reparto competencial alguno; menos todavía, si cabe, a través del apartado 8 de la misma, que se limita a remitir al desarrollo reglamentario la determinación (para el Estado y en el ejercicio de su potestad de autoorganización) de cuáles sean los “organismos públicos” que quedarán exentos de las obligaciones impuestas por dicha Disposición Adicional, sin que ello vincule a otras administraciones.

- Por otra parte, se dice en la consulta que “la sociedad Vivienda y Suelo de Euskadi, VISESA ha tenido conocimiento, *de forma indirecta*, que por parte de *alguna Entidad Financiera* se ha puesto en cuestión la excepción contenida en la normativa autonómica...”.

Esto es, no parece que la duda se haya suscitado directamente a la Dirección consultante o a VISESA. Tampoco se expresa cuál es la entidad a la que, al parecer, se le ha suscitado la duda. Y, por último y más importante, no se expresa cuál pueda ser el motivo ni se avanza mínimamente argumento o razón por la que a dicha entidad financiera, al parecer, se le haya cuestionado la aplicación de dicha excepción.

Queremos decir que el origen, motivo y razón de la duda aparecen como inciertos y parten de meras hipótesis, sin que cuenten con desarrollo argumental alguno en su origen, aunque la argumentación sí la desarrolla la Dirección consultante.

- De la misma manera, la normativa autonómica que se cita y aporta con la consulta, que nosotros sepamos, no ha sido puesta en duda, ni, que nosotros sepamos, existe jurisprudencia, ordinaria o constitucional que permita llegar a otra conclusión que no sea la de su vigencia.

- Por último, el Real Decreto 1060/2015, de 20 de noviembre, ha procedido a desarrollar la Ley 20/2015 sin que contenga mención alguna a la cuestión que nos ocupa. Lo que, sin resultar un dato definitivo, apunta claramente a que el ámbito competencial en el que se mueve dicha cuestión no es el de las bases de la ordenación del crédito, banca y seguros, sino más probablemente el de protección al consumidor.

C.-Conclusión

Como conclusión de cuanto antecede, estimamos que la entrada en vigor de la nueva redacción de la Disposición Adicional Primera de la LOE dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras no ha supuesto la pérdida de vigencia de lo dispuesto en el artículo 26 del Decreto 39/2018 de 4 de marzo en la redacción dada por la Disposición Final Primera del Decreto 466/2013, de 23 de diciembre.

Desde el punto de vista competencial, la “materia” a la que se refiere la DA1^a de la LOE viene subsumida en el título de la Comunidad Autónoma Vasca sobre protección y defensa de consumidores y usuarios a la que, en relación con el apartado 8, se une el de autoorganización.

.Este es mi informe, el cual emito sin perjuicio de cualquier otra opinión mejor fundada en derecho.