

DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA TRANSMISIÓN DE LAS VIVIENDAS DE PROTECCIÓN PÚBLICA: SU REGULACIÓN EN LA LEY 4/2003, DE 29 DE JULIO, VIVIENDA DE GALICIA

ÁNGEL LUIS REBOLLEDO VARELA

Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO: I.- CONFIGURACIÓN DE LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO. - II.- LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTOS LEGALES: 1. Los derechos de tanteo y retracto como derechos de adquisición de origen legal. 2. Supuestos de tanteo y retracto. 3. Procedimiento para el ejercicio del derecho de tanteo. 4. Procedimiento para el ejercicio del derecho de retracto. 5. Precio de la transmisión a efectos del ejercicio de los derechos de tanteo y retracto. III.- DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO CONVENCIONALES.

I.- CONFIGURACIÓN DE LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO

A la hora de analizar los derechos de adquisición preferente de la Administración en la transmisión y enajenación de las viviendas sometidas a un régimen de protección pública, ha de tenerse en cuenta que pueden estar configurados de acuerdo con un doble origen:

1. Los derechos de tanteo y retracto legales que algunas Comunidades Autónomas, dentro del ámbito de competencia que a estos efectos le ha reconocido la STC 170/1989, de 19 de octubre, han establecido con carácter general en la transmisión de las viviendas de protección pública, en virtud de la Ley y sin necesidad de inclusión expresa en los contratos, como los de las Leyes 7/1988, de 15 de abril, del País Vasco, Viviendas de Protección Oficial, derecho preferente de adquisición en transmisiones a favor de la Administración de la

Comunidad; artículo 7 de la Ley 7/1989, de 8 de junio, de Navarra; artículos 29 a 31 de la Ley 24/2003, de 26 de diciembre, Aragón, medidas urgentes de política de Vivienda Protegida; artículos 64 a 67 de la Ley 2/2003, de 30 de enero, Ley de Vivienda de Canarias; artículos 48 a 53 de la Ley 3/2001, de 26 de abril, Extremadura, normas reguladoras de la calidad, promoción y acceso a la vivienda; y artículos 35 a 39 de la Ley 4/2003, de 29 de julio, Galicia, Ley de Vivienda

2. Los derechos de tanteo y retractos, que en determinados supuestos han de incluirse necesariamente en los contratos de compraventa a través del pacto que la Ley impone y que la jurisprudencia ha venido calificando de convencionales. Así, los derechos de tanteo y retracto del artículo 54 del Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, que desarrolla el Real Decreto-Ley 31/1978, de 21 de octubre, sobre construcción, financiación, uso, conservación y aprovechamiento de las Viviendas de Protección Oficial; los artículos 21.3 de los Decretos 1932/1991, de 20 de diciembre y 2190/1995, de 28 de diciembre, sobre medidas de financiación de actuaciones protegibles; artículo 96 del Decreto 149/2003, de 10 junio, Andalucía; artículo 26 del Decreto 3/2004, de 20 de enero, Castilla-La Mancha; artículo 16 del Decreto 52/2002, de 27 de marzo, Castilla-León, artículo 14 del Decreto 23/2002, 19 de abril, La Rioja.

II.- LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTOS LEGALES

1. LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO COMO DERECHOS DE ADQUISICIÓN DE ORIGEN LEGAL

Un problema importante en la transmisión *inter vivos* de las viviendas de protección oficial o declaradas protegidas es el constatable incumplimiento de los requisitos de precio y condiciones de los adquirentes, lo que tiene como consecuencia que viviendas de protección pública acaben en muchas ocasiones siendo propiedad de titulares para los que no están destinadas. En mi opinión existe una inadecuada regulación actual de los derechos de adquisición preferente por parte de la Administración, especialmente en el Real Decreto 3148/1978, sólo previstos en el artículo 54 para las viviendas de protección oficial de promoción pública, o en los Reales Decretos 1932/1991 y 2190/1995, establecidos únicamente para las viviendas de promoción privada en régimen especial - sin que los Reales Decretos de financiación 1/2002, de 11 de enero, modificado puntualmente por el Real Decreto 1721/2004, de 23 de julio, y 1186/1998, de 12 de junio, prevean nada en este aspecto -, y que la Jurisprudencia, a la luz de las citadas normas, considera que se mueven dentro del ámbito del retracto convencional por lo que tiene que ser expresamente pactado¹,

¹ Vid. en relación con las viviendas de protección pública la distinción entre el retracto legal y convencional en la STSJ de Navarra de 27 de noviembre de 1996 (RJ 1996, 8079).

posición que es seguida por una parte importante de las Comunidades Autónomas. Ello lleva a la conclusión de la oportunidad de aquellas que, como la Comunidad Autónoma de Galicia, regulan específicamente tales cuestiones como garantía - al menos formal sin perjuicio de los problemas derivados de su aplicación práctica - de que a la propiedad de las viviendas de protección pública, sean de promoción pública o privada, accedan las personas verdaderamente necesitadas de aquella protección.

Así, los artículos 29.1 y 30.1 de la Ley 24/2003, de 26 de diciembre, Aragón establecen los derechos de tanteo y retracto a favor de la Administración Autonómica y de la entidad local donde radiquen durante todo el tiempo en que se mantenga el régimen de protección. Por su parte, el artículo 65.1 de la Ley 2/2003, de 30 de enero, Canarias, establece iguales derechos, lo mismo que el artículo 35 de la Ley 4/2003, de 29 de julio, Galicia. Nótese que en todos los casos el establecimiento y regulación de los derechos de tanteo y retracto se realiza a través de disposiciones con rango de Ley, dando así cumplimiento a la exigencia constitucional, recordada por las SSTC 37/1987, de 26 de marzo y 227/1988, de 29 de noviembre, de reserva de Ley derivada del artículo 33.3 CE por tratarse de una limitación legal del derecho de propiedad. Además, la competencia de las Comunidades Autónomas para establecer los derechos de tanteo y retracto en la transmisión de viviendas de protección pública ha sido reconocida por la STC 170/1989, de 19 de octubre, pues aunque se trata de derechos reales cuya regulación, en cuanto legislación civil, es en principio competencia exclusiva del Estado, tal carácter no excluye que puedan existir derechos de tanteo y retracto a favor de las Administraciones Públicas establecidos por la legislación administrativa.

Claramente tales derechos de adquisición preferente adquieren el rango de legales y no convencionales, sin que se requiera pacto alguno de inclusión expresa en el contrato y aplicables ya no sólo a las viviendas de promoción pública sino también a toda vivienda sujeta a cualquier régimen de protección pública. Por otra parte, conforme al artículo 37.3 LH tampoco requieren inscripción en el Registro de la Propiedad para ser oponible frente al adquirente, si bien es de resaltar como en la legislación extremeña, aunque en el artículo 48 de la Ley 3/2001, de 26 de abril, se recogen los derechos de tanteo y retracto de carácter legal², el artículo 9.4 del Decreto 41/2004, de 5 de abril, establece que los mismos deberán hacerse constar por nota marginal en el Registro de la Propiedad, solución que es la misma que se adopta en el artículo 65.5 de la Ley 2/2003, Canarias al decir que la existencia de los derechos de tanteo y retracto deberán consignarse expresamente en la correspondiente inscripción registral en los términos previstos en la legislación hipotecaria, de lo que parece

² "La Junta de Extremadura podrá usar el derecho de tanteo y retracto en la primera y sucesivas transmisiones de las Viviendas Protegidas. Cuando la promoción de dichas viviendas se hubiera delegado en un Organismo Autónomo, el mencionado derecho recaerá sobre éste".

desprenderse la necesidad de su inscripción o consignación por nota marginal para su oponibilidad frente a tercero. La ausencia de previsiones similares en el artículo 35 de la Ley 4/2003, Galicia, permite mantener, como se ha expuesto, su oponibilidad frente a tercero sin necesidad de acceso previo al Registro de la Propiedad.

2. SUPUESTOS DE TANTEO Y RETRACTO

Los derechos de tanteo y retracto se establecen en general sin distinción del tipo de vivienda, siendo suficiente que esté sometida a algún régimen de protección pública y sin que estén vinculados a la existencia de una financiación cualificada, salvo en el caso del artículo 65.1 de la Ley 2/2003, Canarias, que sólo prevé los derechos de adquisición preferente cuando el conjunto de las ayudas otorgadas por las administraciones públicas haya sido igual o superior al 15% del precio de la vivienda al tiempo de su adquisición. Por otra parte, se regulan para los supuestos de transmisiones onerosas inter vivos, siguiendo el modelo general en nuestro ordenamiento jurídico (por ej., art. 1521 CC y 25 LAU), y así lo hace el artículo 29.2 de la Ley 24/2003, Aragón, que sólo contempla el derecho de tanteo para el supuesto de transmisión a título de compraventa, el artículo 65.2 de la Ley 2/2003, Canarias o el artículo 49.1 Ley 3/2001, Extremadura, que claramente se refieren a la comunicación a la Administración del precio por el que se verificará la transmisión o expresamente el artículo 1.2 Ley 7/1988, de 15 de abril, País Vasco, que excluye los derechos de tanteo y retracto en las transmisiones a título lucrativo.

Por el contrario, el artículo 35 de la Ley 4/2003, Galicia, establece los derechos de adquisición preferente con una gran amplitud aunque referido a un período temporal limitado: la Administración Autonómica, durante el plazo de diez años desde la calificación o declaración definitiva, o desde la fecha de celebración del contrato en las viviendas de promoción pública, tendrá derecho de tanteo y retracto en las segundas y sucesivas transmisiones inter vivos, gratuitas u onerosas, sean éstas voluntarias o como consecuencia de un procedimiento de ejecución patrimonial, de las viviendas y sus anejos de promoción pública o sujetas a cualquier régimen de protección pública.

En el artículo 35 de la Ley 4/2003, Galicia se excluye cualquier derecho de adquisición preferente de la Administración en las adquisiciones *mortis causa*, sea a título universal de heredero o particular de legatario lo que, no obstante, no es obstáculo para que el adquirente tenga que reunir necesariamente los requisitos para adquirir la vivienda protegida con las consecuencias previstas en el artículo 33.3³. Por el contrario, en el artículo 35 se com-

³ "En los supuestos de adquisiciones *mortis causa* por quienes no reúnan las condiciones y los requisitos específicos para acceder a la vivienda, procederá el reintegro de las cantidades hechas efectivas en concepto de ayudas económicas directas, así como de aquellas que se hubieran deducido de su valor, salvo que, cualquiera que fuese la fecha de adquisición del causante, la vivienda sea enajenada o arrendada en el plazo de seis meses a quien reúna las condiciones y los requisitos exigidos".

prende cualquier transmisión *inter vivos*, no sólo onerosa sino también gratuita, especificando para que no quede ninguna duda, con relación directa con el artículo 39 en cuanto a la contraprestación en el ejercicio de los derechos de adquisición preferente, que son de aplicación no sólo a las transmisiones voluntarias sino también a las que sean consecuencia de un procedimiento de ejecución patrimonial, expresión indudablemente de gran amplitud y que comprende, aparte de procedimientos extrajudiciales incluidas las vías ejecutivas administrativas, todas las jurisdicciones.

Ahora bien, de tales derechos de adquisición preferente de la Administración el artículo 35.3 de la Ley 4/2003, Galicia exceptúa las donaciones entre ascendientes y descendientes y los apartamientos sucesorios a que se refieren los artículos 134 y 135 de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia⁴. Igualmente se excluyen en los casos de liquidación de la sociedad de gananciales, precisión esta última en principio de dudosa virtualidad práctica ante la ganancialidad de la vivienda conforme al artículo 1347 CC, que no permite hablar de transmisión de la misma como consecuencia de la liquidación y atribución al cónyuge⁵, pero que puede tener su importancia no sólo para excluir las dudas que podrían generarse en vía administrativa cuando el inmueble es adquirido formalmente por uno de los cónyuges, sino para amparar la eventual conversión de un bien privativo en ganancial por voluntad de los consortes (art. 1355 CC) o las transmisiones efectuadas en fase de liquidación al amparo de la libertad de contratación del artículo 1323 CC.

⁴ Podrá adjudicarse en vida la plena titularidad de determinados bienes de cualquier clase, sin ninguna excepción, a quien tenga la condición de legitimario del adjudicante en el momento de la adjudicación, quedando éste totalmente excluido de tal condición de legitimario con carácter definitivo, cualquiera que sea el valor de la herencia en el momento de deferirse.

⁵ Realmente en los supuestos de cotitularidad, y sin profundizar en la cuestión por sobrepasar el contenido de este trabajo, parece perfectamente defendible la inexistencia de transmisión patrimonial si nos atenemos a que la respuesta a tal cuestión ha de buscarse en la clásica discusión sobre si la división de cosa común tiene eficacia traslativa o meramente declarativa, es decir, si a cada comunero la división le atribuye, con efecto traslativo, la parte de la cosa que se le adjudique, de modo análogo a como adquiere la propiedad el comprador, tesis que encuentra su principal apoyo en el artículo 1068 CC relativo a la partición hereditaria, o si, por el contrario, con la división no se atribuye al comunero algo que ya no tuviera, sino que simplemente se materializa su parte ideal - como puede sustentarse en el artículo 399.2 CC -. Como postura intermedia a la que se ha adscrito la jurisprudencia en numerosas ocasiones, se afirma que la división surte efectos y tiene naturaleza determinativa, es decir, cambia el contenido del derecho de cada comunero, pues pierde su derecho sobre las partes que no se le adjudican y adquiere en exclusiva un derecho pleno sobre la parte material que se le adjudica (vid. SSTS de 5 de marzo de 1991 [RJ 1991, 1718] y 3 de febrero de 1999 [RJ 1999, 747]). Tales conclusiones, a mi modo de ver, son de aplicación a la liquidación de la sociedad de gananciales a pesar de su naturaleza de comunidad germánica, tal y como habitualmente es declarada por la jurisprudencia.

En todo caso, para que se produzca la excepción a la existencia de los derechos de tanteo y retracto en estos supuestos el artículo 33.3 de la Ley 4/2003, Galicia exige que el adquirente reúna las condiciones y requisitos específicos exigidos para acceder a la vivienda, lo que ha de entenderse tanto desde el punto de vista de la vivienda en concreto de que se trate o del régimen de financiación a que se encuentre sometida⁶. En caso contrario, sí ostentará la Administración los derechos de adquisición preferente además de las demás consecuencias señaladas en el artículo 33.2 de la Ley 4/2003, Galicia⁷.

Por último, puede señalarse que la regulación de tales derechos para las transmisiones celebradas durante los diez años señalados pudiera parecer innecesaria pues según el artículo 10.2 del Real Decreto 1/2002 y normativa autonómica existe una prohibición de disposición durante tal plazo⁸. Sin embargo, teniendo en cuenta que tal prohibición no es ab-

⁶ Cabe diferenciar las condiciones que se exigen para poder acceder a una de las viviendas de protección pública y las condiciones requeridas para acceder a algunas de las formas de financiación cualificada pues, aparentemente, son dos cuestiones distintas. Así, en el artículo 1 del Real Decreto 1/2002 - parcialmente modificado por el Real Decreto 1721/2004 -, se recoge que la financiación cualificada, en alguna de las formas recogidas en el artículo 2, se aplicará, además de a otro tipo de viviendas (promoción pública para cesión en arrendamiento, segunda transmisión, rehabilitación), a la promoción para cesión en arrendamiento, venta o uso propio de viviendas de nueva construcción sujetas a regímenes de protección pública (excepto las calificadas como de promoción pública), así como la adquisición de dichas viviendas, teniendo en cuenta que según el artículo 3, que regula las condiciones generales para acceder a la financiación cualificada - también parcialmente modificado por el Real Decreto 1721/2004 -, será preciso cumplir, en cualquier caso, las condiciones exigidas en tal precepto, sin perjuicio de las que el propio Real Decreto 1/2002 exija, especialmente, para determinados supuestos, y *con independencia de los requisitos que en cada caso se exijan tanto para acceder a las viviendas objeto del Real Decreto como para poder calificar actuaciones protegidas acogidas al mismo*. Sobre esta cuestión puede verse la SAP Madrid, Sección 22, de 25 de junio de 2002 (LA LEY JURIS 7712/2002), afirmando que la amortización de las cantidades aplazadas no implica necesariamente la extinción del régimen de protección.

⁷ Según el art. 33.1, las viviendas, y sus anejos, de protección o promoción pública sólo podrán ser adquiridas, en primera o ulteriores transmisiones inter vivos, a título gratuito u oneroso, sean éstas voluntarias o como consecuencia de un procedimiento de ejecución patrimonial, por quienes reúnan las condiciones y los requisitos específicos exigidos para acceder a las mismas, de conformidad con la Normativa Reguladora del Régimen Jurídico de estas Viviendas. Conforme al art. 33.2, si el adquirente no reuniera tales condiciones, sin perjuicio de las sanciones administrativas que procedan y de los derechos de adquisición preferente de la Administración autonómica, ello conllevará, en su caso, la pérdida del beneficio de préstamo calificado y la interrupción de la subsidia-ción otorgada, el reintegro de las cantidades hechas efectivas en concepto de ayudas económicas directas, incrementadas con los intereses legales desde el momento de su percepción, así como de las cantidades que se hubieran deducido del valor de la vivienda.

⁸ "Los adquirentes, adjudicatarios y promotores individuales, para uso propio, no podrán transmitir "inter vivos" ni ceder el uso por ningún título de las viviendas para las que hubieran obtenido préstamo calificado, durante el

soluta pues se excepciona en varios supuestos, no hay que olvidar que a pesar del incumplimiento de la obligación legal, en principio, podría ser de aplicación la doctrina de constituir una mera infracción administrativa y no generar la nulidad civil de la transmisión⁹, sin perjuicio de la dificultad de su existencia, al menos en documento público, dadas las prevenciones contenidas en el artículo 10.5 del Real Decreto 1/2002 y normativa autonómica sobre el acceso al Registro de las prohibiciones de disponer¹⁰. Por otra parte, el establecimiento de los derechos de adquisición preferente en el período de diez años es autónomo e independiente de las limitaciones de disponer que coyunturalmente puedan establecerse en la normativa sobre financiación, además de que, conforme a la Disposición Transitoria 2ª de la Ley 4/2003, Galicia, los derechos de tanteo y retracto son de aplicación a toda enajenación producida tras su entrada en vigor, con independencia de la fecha de calificación o declaración de protegida, es decir, para viviendas que no están sometidas a las limitaciones de disposición de los Decretos 1/2002 y 1186/1998¹¹.

plazo de 10 años desde la formalización de dicho préstamo. Quedan exceptuadas las familias numerosas, en el supuesto al que se refiere el apartado 2 del artículo 9 de este Real Decreto, así como los adquirentes previstos en el apartado 7 del artículo 20, en cuanto al arrendamiento de las viviendas; y podrá dejarse sin efecto esta prohibición de disponer, en caso de subasta y adjudicación de la vivienda por ejecución judicial del préstamo, por cambio de localidad de residencia del titular de la vivienda, o por otros motivos justificados, mediante autorización de la Comunidad Autónoma o Ciudades de Ceuta y Melilla. En cualquier caso, excepto en el citado supuesto del artículo 20, se requerirá la previa cancelación del préstamo y reintegro de las ayudas económicas directas recibidas a la Administración o Administraciones concedentes en cada caso, incrementadas con los intereses legales desde el momento de la percepción. Una vez transcurridos diez años desde la formalización del préstamo cualificado al adquirente, adjudicatario o promotor individual para uso propio, la transmisión *intervivos* o la cesión del uso por cualquier título de las viviendas a que se refiere el apartado anterior, supondrá la pérdida de la condición de cualificado del préstamo, pudiendo la entidad concedente determinar su resolución".

⁹ Vid. SAP Guadalajara, Sección 1ª, de 20 de noviembre de 2002 (JUR 2003, 24026) y SAP Valladolid, de 5 de mayo de 1994 (AC 1994, 961). Distinta interpretación mantiene la SAP León, Sección 2ª, de 22 de octubre de 2001 (LA LEY JURIS 982000/2001) que, en relación con la prohibición de disponer del art. 54 del RD 3148/1978, concluye su plena eficacia civil impidiendo la prosperabilidad de una acción de división que implicaba la enajenación de la vivienda antes del transcurso del plazo de 5 años señalado en la norma.

¹⁰ "La prohibición de disponer y las limitaciones a que se refieren los apartados 2 a 4 de este artículo se harán constar expresamente en las escrituras de compraventa, adjudicación o declaración de obra nueva en el supuesto de promoción individual para uso propio, y en la escritura de formalización del préstamo hipotecario, a efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad, donde se hará constar la prohibición y limitaciones a la facultad de disponer por medio de nota marginal".

¹¹ Téngase en cuenta que, con carácter general, las viviendas de protección oficial, y en general las viviendas protegidas, como recuerda la STS de 2 de febrero de 1999 (RJ 1999, 529), se rigen por la legislación aplicable en el momento de su calificación, sin que les afecten cambios posteriores, salvo, ha de añadirse, que la norma, como es el caso, establezca expresamente la aplicación retroactiva (art. 2.3 CC).

3. PROCEDIMIENTO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE TANTEO

El establecimiento de los derechos de tanteo y retracto como derechos de adquisición preferente de origen legal, requiere configurar un procedimiento ágil tanto para su ejercicio como para que su existencia no suponga un obstáculo al tráfico jurídico, procedimiento que, por su diversa configuración, ha de ser específico según se trate del derecho de tanteo o del retracto.

Señala el artículo 36.1 de la Ley 4/2003, Galicia, que los propietarios de viviendas de promoción pública o sujetas a cualquier régimen de protección pública deberán notificar a la Administración Autonómica, por cualquier medio que permita tener constancia de su recepción, la decisión de enajenarlos, con expresión, si la transmisión es onerosa, del precio y forma de pago proyectados, las condiciones esenciales de la transmisión - tales son los requisitos generales del 29.3 de la Ley 24/2003, Aragón¹²-, así como los datos del interesado en la adquisición con referencia expresa al cumplimiento de las condiciones exigidas para acceder a la vivienda, requisito este último en el que también incide el artículo 65.2 Ley 2/2003, Canarias¹³. Tales datos parecen imprescindibles para que la Administración, entre otros elementos, pueda valorar la oportunidad de ejercitar o no el derecho de tanteo. Por otra parte, es evidente que la necesidad de consignar tales datos en la preceptiva notificación también tiene como finalidad implícita una cierta garantía de que las transmisiones se verifican con cumplimiento de los requisitos legales, desde el momento en que ha de consignarse el precio, en que difícilmente podrá pactarse sobreprecio no sólo por la inutilidad a efectos del tanteo, siempre sobre el precio máximo permitido, sino también por las consecuencias sancionatorias¹⁴, así como el cumplimiento por el adquirente de las condiciones requeridas para el acceso a una vivienda de protección pública.

¹² "Con objeto de hacer posible el ejercicio del derecho de tanteo, los propietarios de las viviendas sujetas al mismo deberán comunicar simultáneamente a la Administración de la Comunidad Autónoma y a la entidad local correspondiente la decisión de enajenarlas, el precio y la forma de pago pactados y las restantes condiciones esenciales de la transmisión".

¹³ A los efectos del ejercicio de los derechos de tanteo y retracto "los propietarios de viviendas protegidas comunicarán al Instituto Canario de la Vivienda, o en su caso, a la entidad pública promotora, la decisión de enajenarlas, e indicarán el precio, la forma de pago y las demás condiciones de la transmisión, así como los datos e ingresos económicos anuales del interesado en la adquisición y del resto de los miembros integrantes de su unidad familiar".

¹⁴ El art. 54.1 m) de la Ley 4/2003, Galicia, tipifica como infracción muy grave "la percepción de sobreprecio, prima o cantidad en concepto de compraventa o arrendamiento en las viviendas de protección oficial, en las declaradas protegidas por la Comunidad Autónoma, así como en las que hubieran obtenido financiación pública, que sobrepasen los precios y rentas máximas establecidas en la legislación vigente aplicable". Por su parte, el art. 55.2, después de haberse señalado en el art. 55.1 c) como sanción la multa de 3.005,07 hasta 60.101,21 euros, establece que "cuando la infracción cometida sea la tipificada en la letra m) del artículo 54.1 de la presente Ley, la cuan-

La notificación produce sus efectos en un plazo de caducidad de 6 meses en la Ley 4/2003, Galicia - cuatro meses en el artículo 29.4 de la Ley 24/2003, Aragón - de manera que toda transmisión realizada transcurrido dicho plazo se entendería efectuada sin dicha notificación, a los efectos del ejercicio del derecho de retracto sin que, en consecuencia, afecte a la validez de la enajenación efectuada ni tampoco constituya infracción alguna sancionable administrativamente.

Si la enajenación se produjera como consecuencia de un procedimiento de ejecución patrimonial, en el que hasta ahora apenas existe un mínimo control sobre las condiciones del adquirente y el precio de la transmisión, es necesario tener en cuenta que el organismo que realice la adjudicación, según el artículo 36.2 de la Ley 4/2003, Galicia, deberá notificarlo a la Administración Autónoma dentro de un plazo breve, que se estima en tres días. La notificación deberá contener el precio en que se realizó la adjudicación así como la identificación del adjudicatario quien, en su caso, podrá aportar para su unión a la notificación los datos que estime conveniente en relación con las condiciones exigidas para acceder a las ayudas públicas que afecten a la vivienda¹⁵.

Con el conocimiento del posible adquirente y las condiciones económicas de la transmisión, la Administración Autónoma, conforme al artículo 36.3 de la Ley 4/2003, Galicia podrá ejercitar el derecho de tanteo durante el plazo de treinta días naturales a partir del día siguiente a aquél en que se haya producido la notificación - mismo plazo en el artículo 65.2 Ley 2/2003, Canarias, art. 49.2 Ley 3/2001, Extremadura y artículo 2.1 b) Ley 7/1988, País Vasco -, salvo que la misma haya sido incompleta o defectuosa, en cuyo caso la Administración podrá requerir al transmitente los datos incompletos o la subsanación de los defectos quedando entretanto en suspenso el plazo señalado. Si una vez transcurrido este plazo no ha sido ejercido el tanteo caducará este derecho y podrá llevarse a cabo la transmisión proyectada, pero si la Administración Autónoma decide ejercitar el derecho de tanteo deberá realizarse mediante notificación fehaciente dirigida al transmitente o al organismo que haya realizado la adjudicación, obligándose la Administración Autónoma al pago del precio en el plazo de cuatro meses desde la notificación salvo - tres meses en el artículo 67.1 Ley 2/2003, Canarias - que en las condiciones de la transmisión se hubieran establecido plazos superiores. En el supuesto de transmisiones consecuencia de procedimientos de ejecución patrimonial el plazo será de dos meses.

tía de la sanción no resultará inferior al quintuplo de la diferencia entre el sobreprecio, prima o cantidad percibida y el precio máximo legal cuando se trate de arrendamiento, y al duplo de dicha diferencia en caso de compra-venta".

¹⁵ Sin perjuicio de otros problemas que puede presentar el encaje de la regulación contenida en el art. 36.2 de la Ley 4/2003, Galicia con la LEC, incluidos los derivados del art. 149.1.6 CE, las referencias a la adjudicación y adjudicatario han de entenderse no en su dicción literal recogida en los arts. 650 y 670 LEC del acreedor adjudicatario, sino también de aprobación del remate a favor del mejor postor.

Es de resaltar como los plazos previstos, especialmente cuando se trata de enajenaciones consecuencia de un procedimiento de ejecución patrimonial, sin duda alguna introducen alguna demora en la tramitación de los procedimientos o de la venta, especialmente en cuanto al plazo establecido para el abono del precio. Sin embargo, en tale plazos parece encontrarse implícita la necesidad de la Administración de disponer de tiempo suficiente para la tramitación del expediente administrativo que culmine tanto en la decisión del ejercicio o no del tanteo como en el abono de las prestaciones económicas.

4. PROCEDIMIENTO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE RETRACTO

Siguiendo la regulación tradicional de este derecho de adquisición preferente, establece el artículo 37 de la Ley 4/2003, Galicia, que la Administración Autónoma podrá ejercitar el derecho de retracto cuando no se le hubiese hecho la notificación prevenida para el tanteo, se omitiesen en ella cualquiera de los requisitos establecidos, se hubiese producido la transmisión después de haber caducado la notificación o antes de que hubiera caducado el derecho de tanteo, así como cuando resultase inferior el precio efectivo de la transmisión o menos onerosas las restantes condiciones de ésta. Por su parte, el artículo 30.1 de la Ley 24/2003, Aragón contempla el derecho de retracto cuando no tenga lugar el ofrecimiento o las comunicaciones previstas en los dos artículos anteriores, cuando sean éstas defectuosas, cuando la transmisión se efectúe en condiciones diferentes a las comunicadas, antes de la caducidad del derecho de tanteo o finados los efectos habilitantes de la comunicación realizada sin el ejercicio del mismo, mismos supuestos que esencialmente recoge el artículo 65.4 de la Ley 2/2003, Canarias.

El retracto habría de ejercitarse en el plazo de sesenta días naturales, contados desde el siguiente al de la notificación de la transmisión efectuada que el adquirente deberá realizar, en todo caso, a la Administración Autónoma - 1 mes en el artículo 30.2 de la Ley 24/2003, Aragón, 30 días naturales en la Ley 2/2003, Canarias y 50 Ley 3/2001, Extremadura, 60 días naturales en el artículo 2.1 c) Ley 7/1988, País Vasco - , con indicación de las condiciones en que se ha efectuado, mediante entrega de copia del documento en que se formalizase. De no realizarse la notificación, el plazo de sesenta días se contará desde que la Administración haya tenido conocimiento de la transmisión efectuada y de sus condiciones. El ejercicio del derecho de retracto, a diferencia del tanteo, sólo puede realizarse judicialmente, con aplicación del artículo 266.3 LEC en cuanto a la exigencia de consignación judicial del precio y demás gastos de legítimo abono sin que, por lo tanto, la Administración pueda retrasar su pago a momento posterior. No obstante, el artículo 67.1 de la Ley 2/2003, Canarias, parece contemplar la posibilidad de un ejercicio del derecho de retracto a través de un acto administrativo¹⁶.

¹⁶ "Los efectos derivados del ejercicio por la Administración Pública competente de los derechos de adquisición preferente y de tanteo y retracto caducarán, recuperando el propietario la plena disposición sobre la vivien-

Sin perjuicio de la notificación que debe realizar el adquirente, el artículo 37.3 de la Ley 4/2003, Galicia, refuerza la posibilidad de conocimiento por parte de la Administración Autónoma de la existencia de la transmisión. Así, cuando en el otorgamiento de la escritura pública por la que se enajene una vivienda de promoción o protección pública no constare la renuncia de la Administración Autónoma a su derecho de tanteo, el Notario deberá notificarle la transmisión mediante remisión de copia simple de la escritura, dejando en el protocolo nota de dicha remisión. En este supuesto, el plazo para el ejercicio del derecho de retracto comenzará a computarse desde su recepción.

5. PRECIO DE LA TRANSMISIÓN A EFECTOS DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO

Por lo que respecta al precio que tenga que abonar la Administración Autónoma en el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, es criterio común en las legislaciones autonómicas referirse exclusivamente al precio máximo legalmente vigente en el momento de la transmisión. Así los artículos 29.2 y 30.3 de la Ley 24/2003, Aragón, o artículo 55 de la Ley catalana 24/1991 y el artículo 53 de la Ley extremeña 3/2001, sin que se tenga en cuenta el caso excepcional pero posible - vid. el supuesto en la STS de 14 de julio de 1993 (RJ 1993, 5804) -, de que el precio pactado sea inferior, lo que sí hace implícitamente el artículo 66 Ley 2/2003, Canarias. Obviamente, el límite en el precio máximo juega fundamentalmente en los supuestos en que el pactado sea superior. No obstante, una excepción a la expuesto parece contenerse en la regulación de la Ley 7/1988, País Vasco pues no contiene previsión alguna sobre el precio máximo sobre el que habrán de ejercitarse los derechos de adquisición preferente, remitiéndose en lo no regulado a las disposiciones de los artículos 1521-1525 CC (art. 2.2), lo que en definitiva los lleva al artículo 1518 CC y a la necesidad de abonar el precio de la venta.

Por su parte, la regulación de estos aspectos en la Ley 4/2003, Galicia, es más minuciosa, atendiendo también a su complejidad en cuanto a los supuestos en que concurren los derechos de adquisición preferente. El artículo 39 de la Ley 4/2003, Galicia mantiene la necesaria coherencia con los precios máximos de venta. Por ello, en los supuestos de transmisión a título gratuito de las viviendas de protección o promoción pública, el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto se realizará por el precio máximo legalmente aplicable mientras que en las transmisiones a título oneroso se realizará por el precio convenido, o el de remate, con la previsión de que si el mismo fuera superior al máximo establecido por la legislación de viviendas de protección o promoción pública, la Administración Autónoma podrá ejercitar los derechos de tanteo y retracto por el precio máximo legalmente apli-

da, por el transcurso de tres meses desde la adopción de la resolución administrativa de adquisición, sin que la Administración hubiera hecho efectivo el precio en la forma convenida".

cable - en el mismo sentido el artículo 53 Ley 3/2001, Extremadura -, todo ello sin perjuicio de las particularidades que presenta el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto sobre viviendas de promoción pública en las que, dado su sistema de financiación, el art. 39.3 de la Ley 4/2003, Galicia contempla adicionalmente que la Administración Autonómica descontará del precio que viene obligada a pagar, las deducciones efectuadas sobre el valor de la vivienda, las subvenciones y demás cantidades entregadas al adquirente como ayudas económicas directas, y, en su caso, la parte del precio aplazado no satisfecho. Nótese que el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto por el precio máximo de venta y las deducciones aplicables al caso rigen también para todo supuesto de enajenación en procedimientos de ejecución patrimonial, cualquiera que éste sea.

Obviamente, la posibilidad de que la Administración Autonómica ejercite su derecho de tanteo por el precio máximo de venta puede provocar que de producirse tal hecho los vendedores pretendan no llevar a efecto la transmisión. Sin embargo, como sucede con todo derecho de tanteo, una vez notificada la intención de enajenar y ejercitado el derecho no cabe negativa del transmitente a formalizar la transmisión a la Administración por lo que, en tal supuesto, procede el ejercicio de la acción judicial ante la jurisdicción civil (vid. SAP Guipúzcoa Sección 1ª, de 22 de abril de 2002 [LA LEY JURIS 1229784, 2002]).

Por último, el sistema de adquisición preferente se cierra en el artículo 38 de la Ley 4/2003, Galicia, con una previsión de que no podrán inscribirse en el Registro de la Propiedad las transmisiones efectuadas sobre las viviendas de protección o promoción pública, si no aparece acreditada la realización de las notificaciones establecidas en la Ley con los requisitos en ellos exigidos, criterio que también es seguido por el artículo 31.1 de la Ley 24/2003, Aragón y el artículo 3 de la Ley 7/1988, País Vasco, aunque estos últimos con mayor rigurosidad pues se refieren también a que los Notarios no autorizarán ninguna escritura de transmisión si no se acredita suficientemente la práctica de las notificaciones requeridas.

V.- DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO CONVENCIONALES

Dejando aparte la referida legislación autonómica, la regulación de los derechos de tanteo y retracto en beneficio de la Administración se ha movido tradicionalmente en el marco limitado de las viviendas de protección oficial, y no en todas. Además, no se han considerado supuestos de retractos legales sino convencionales que necesariamente habrían de ser pactados en la escritura pública de venta e inscritos en el Registro de la Propiedad para su oponibilidad frente a terceros.

Así, el Real Decreto 3148/1978, sólo los recoge en el artículo 54 para las viviendas de protección oficial de promoción pública: los Entes públicos promotores podrán ejercitar en estos casos los derechos de tanteo y retracto con arreglo a los artículos 1507 y siguientes del Código Civil, a cuyos efectos se hará constar expresamente el ejercicio de dichos derechos en los contratos de compraventa que suscriban con los beneficiarios.

Los Reales Decretos de financiación 1/2002 y 1186/1998 nada prevén en este aspecto. Sin embargo, en los Reales Decretos 1932/1991 y 2190/1995 se distingue entre financiación de las viviendas de protección oficial de promoción privada en régimen general y en régimen especial atendiendo a los ingresos económicos de los destinatarios (art. 2). En las viviendas de protección oficial de régimen especial, el artículo 21.3 establece los derechos de tanteo y retracto de la siguiente forma:

"El promotor deberá pactar expresamente los derechos de tanteo y retracto sobre las viviendas, que deberán ser inscritos en el Registro de la Propiedad en favor de la Comunidad Autónoma o ente público a quien aquella ceda dichos derechos, de la siguiente forma:

a) Derecho de tanteo, con una vigencia de diez años. Este derecho se podrá ejercitar en el plazo de sesenta días naturales, a contar desde el siguiente a aquel en que se notifique en forma fehaciente por el vendedor al titular del derecho de tanteo al que se refiere el párrafo anterior, la decisión de vender o dar en pago la vivienda, el precio ofrecido, las condiciones esenciales de la transmisión y el nombre, domicilio y circunstancias del que pretende adquirir la vivienda.

b) Derecho de retracto en igual plazo de diez años, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 1507 y siguientes del Código Civil, cuando no se hubiera hecho la notificación del tanteo prevista en el apartado anterior, se omitiere en ella cualquiera de los requisitos exigidos o resultare inferior el precio efectivo de la transmisión o menos onerosas las restantes condiciones de ésta.

En todo caso, el retrayente se subrogará en las acciones judiciales o administrativas que puedan corresponder al comprador para el reintegro de las cantidades percibidas en exceso sobre los precios máximos de venta fijados en la legislación vigente".

Nótese como implícitamente se admiten dos cuestiones: la primera que el retracto se ejercita por el precio real de la transmisión con independencia de que supere el precio máximo establecido; la segunda que se contempla expresamente que en caso de sobreprecio el comprador tiene acción para reclamar la devolución de la diferencia, acción en la que se subroga la Administración retrayente.

En la actualidad, algunas Comunidades Autónomas siguen el modelo del artículo 54 del Decreto 3148/1978, regulando los derechos de tanteo y retracto exclusivamente para la transmisión de las viviendas de protección oficial de promoción pública. Así el artículo 16 del Decreto 52/2002, Castilla-León. Sin embargo, la mayoría de las Comunidades que optan por configurarlos como derechos convencionales, lo hacen para todo tipo de viviendas de protección oficial o declaradas protegidas, es decir, para todas las viviendas de protección pública. Tal es la regulación contenida en el artículo 26 del Decreto 3/2004, Casti-

Ila-La Mancha, artículo 96 del Decreto 149/2003, Andalucía y artículo 14 del Decreto 23/2002, 19 de abril, La Rioja.