



**Resolución del Ararteko de 22 de noviembre de 2007, por la que se recomienda al Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco que declare la nulidad de la instrucción 8/2005, de la Viceconsejería de Vivienda, “sobre procedimientos de adquisición y adjudicación de viviendas ofertadas o puestas a disposición del departamento y tanteadas”**

Antecedentes

1. D. (...) se dirige al Ararteko para mostrar su disconformidad con el procedimiento seguido por el Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales en la transmisión de una vivienda de protección oficial y denunciar las consecuencias perjudiciales derivadas de dicho modo de transmisión.
2. En su escrito de queja el reclamante manifiesta que, tras resultar adjudicatario de una vivienda de protección oficial, la sociedad pública VISESA (adscrita al Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales) le comunicó que, de conformidad con el procedimiento establecido en la Instrucción 8/2005, de la Viceconsejería de Vivienda, “sobre procedimientos de adquisición y adjudicación de viviendas ofertadas o puestas a disposición del Departamento y tanteadas”, dicha vivienda le sería transmitida por su anterior propietario. Tras la firma de las escrituras públicas, D. (...) advierte que, como consecuencia de esta forma de transmisión de la vivienda de protección oficial, se le han producido una serie de efectos lesivos para sus intereses, entre los que menciona, la negativa de la Diputación Foral de Gipuzkoa a aplicarle la exención del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y la falta de equivalencia entre el precio de compra de la vivienda protegida y los años de disfrute de la misma.
3. Debido a que en la queja presentada por D. (...) se cuestionaban actuaciones de dos administraciones públicas diferentes (Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi y Diputación Foral de Gipuzkoa), consideramos necesario, ya en la fase de instrucción del expediente, separar las cuestiones que concernían a cada una de las administraciones públicas, lo que finalmente ha derivado en dos escritos de conclusiones, uno dirigido a la Diputación Foral de Gipuzkoa<sup>1</sup> y otro, este que

---

<sup>1</sup> Se adjunta copia de la Recomendación remitida a la Diputación Foral de Gipuzkoa.



ahora se presenta, dirigido al Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco.

4. Tras una primera petición de información, de cuyo resultado pudimos confirmar la especificidad del procedimiento mediante el cual el reclamante había adquirido la vivienda de protección oficial, remitimos al Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales un segundo escrito en el que solicitábamos la aclaración de las tres cuestiones suscitadas del examen de la reclamación presentada por D. (...):

- 1ª) Trato discriminatorio producido al reclamante al no aplicársele la exención contemplada en la norma foral reguladora del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y disposición del departamento a promover, ante el órgano foral competente, que el reclamante reciba el mismo tratamiento fiscal que cualquier otro adquirente de vivienda de protección oficial transmitida por la Administración de la Comunidad Autónoma Vasca.

- 2ª) Falta de correspondencia entre el precio abonado por el reclamante y el tiempo de disfrute del derecho de superficie (limitado a un período de 65 años).

- 3ª) Idoneidad jurídica de la Instrucción 8/2005, de la Viceconsejería de Vivienda, “sobre procedimientos de adquisición y adjudicación de viviendas ofertadas o puestas a disposición del Departamento y tanteadas”, para la regulación del procedimiento de transmisión de la vivienda de protección adquirida por el reclamante.

5. Como respuesta explicativa de estas cuestiones obtuvimos la siguiente información del Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales:

*“No está claro que las tres Haciendas Forales, en todos los casos de transmisión de viviendas de protección oficial por parte de VISESA, provenientes del ejercicio del derecho de adquisición preferente, estén haciendo idéntica aplicación, tal y como dice el Ararteko en su informe, puesto que VISESA no es “Administración de la Comunidad Autónoma Vasca en el ejercicio de su competencias “, tal y como se exige en el artículo 41-1-B-13 de la*



*Norma Foral 18/1987, de 30 de diciembre, del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en este caso Gipuzkoa).*

*En todo caso, este Departamento cree que el Ararteko debería dirigirse a las tres Haciendas Forales puesto que son las Administraciones competentes en la materia y quienes, por tanto podrían modificar la normativa o, en su caso, hacer una interpretación más amplia si es que ello es posible. En cualquier caso este Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales no tiene inconveniente en colaborar en este sentido en aquello en que esté entre sus posibilidades.*

*En relación con los temas del precio máximo de las viviendas de protección oficial y del carácter normativo de los procedimientos de adquisición y adjudicación de viviendas ofertadas o puestas a disposición o tanteadas le informo que, en el primer caso, esa previsión normativa está a falta de desarrollo en el presente momento aunque existe una previsión general en el sentido que apunta el Ararteko en el Plan Director 2006-2009 y, en el segundo caso, la normativa relativa a dicho asunto está ya en tramitación.”*

6. Después de examinar esta información, y al advertir que únicamente en el aspecto relativo a la aplicación de la exención fiscal el Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales mostraba alguna discrepancia con lo planteado por esta institución, se remitió una tercera petición de información con el fin de clarificar definitivamente la posición del departamento en relación con la aplicación igual y no discriminatoria del citado beneficio fiscal.
7. De la respuesta remitida por el Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales interesa destacar, además de la disposición mostrada para plantear la cuestión ante el Órgano de Coordinación Tributaria de Euskadi, la siguiente información:

*“... este Departamento defiende que el tratamiento fiscal, en relación con el ITP y AJD sobre las transmisiones de viviendas de protección oficial, habría de ser idéntico en todas las segundas y posteriores transmisiones en los tres Territorios Históricos, dado que, independientemente de quién sea el transmitente, lo cierto es*



*que el resto de circunstancias de hecho son objetivas, es decir, la vivienda objeto de transmisión está sujeta a alguno de los regímenes de protección vigentes y el comprador se trata siempre de un adjudicatario que ha pasado por el control de la Administración para verificar el cumplimiento de los requisitos que le permitan ser beneficiario de dicha vivienda protegida”.*

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

#### Consideraciones

1. El artículo 21.1º de la Ley 30/1992, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dedicado a las instrucciones y órdenes de servicio, señala lo siguiente:

*“Los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio.*

*Cuando una disposición específica así lo establezca o se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, las instrucciones y ordenes de servicio se publicaran en el periódico oficial que corresponda.”*

En este contexto normativo las instrucciones, al igual que las órdenes de servicio, vienen concebidas como una forma de ejercicio de la potestad de mando en el seno de una organización administrativa, y tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en admitir la distinta naturaleza jurídica de las instrucciones y los reglamentos (*“constituyen resoluciones administrativas que se engarzan en el ámbito propio de la organización administrativa con base en el principio de jerarquía que gobierna su estructura, con un contenido y finalidad específicos en cuanto actos y directrices no incluíbles en el ejercicio de la potestad reglamentaria”*- STS-10-2-1997).

El propio Tribunal Constitucional (STC 26/1996) sostiene lo siguiente:



*“las denominadas instrucciones (al igual que las circulares) no alcanzan propiamente el carácter de fuente de derecho, sino tan sólo el de directivas de actuación que las autoridades superiores imponen a sus subordinados en virtud de las atribuciones propias de esa jerarquización, no siendo una especial manifestación de la potestad reglamentaria, cuyos efectos jurídicos consisten en su cumplimiento por los destinatarios, incurriendo en responsabilidad disciplinaria caso contrario, y sin que sea menester su publicación, como se requiere si de verdaderas normas reglamentarias se trata, bastando que la instrucción llegue a conocimiento del inferior jerárquico al que se dirige...”*

2. La Instrucción 8/2005 “sobre procedimientos de adquisición y adjudicación de viviendas ofertadas o puestas a disposición del Departamento y tanteadas”, fue dictada por el Viceconsejero de Vivienda, con fecha 14 de octubre de 2005, en uso de su competencia<sup>2</sup> para *“la formulación de las instrucciones y órdenes de servicio necesarias dirigidas a los servicios dependientes de la Viceconsejería en orden a su correcto funcionamiento”*.

Con la finalidad de *“buscar procedimientos que agilicen el proceso, que evite las dobles adquisiciones de una misma vivienda y que minimicen el volumen de renuncias a las adjudicaciones”*, regula el modo en que deben transmitirse tanto las viviendas de protección oficial ofertadas al departamento por las personas titulares de las mismas, como las viviendas libres puestas a disposición del departamento por personas eximidas del requisito de necesidad de vivienda. También dispone, esta instrucción, el procedimiento que debe seguir el Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales en la adjudicación de las viviendas (de protección oficial y libres) obtenidas por cualquiera de los tres medios habituales (el ejercicio de un derecho de adquisición preferente, la aceptación de una oferta de venta y la aceptación de una puesta a disposición del departamento).

Como resultado de lo anterior se infiere que esta instrucción, soporte jurídico de la adquisición de la vivienda de protección oficial por el reclamante, tiene un contenido claramente normativo, por cuanto que, entre otras novedades, introduce en el ordenamiento jurídico un procedimiento específico regulador

---

<sup>2</sup> Atribuida en el artículo 5e) del Decreto 40/2002, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales,



de determinadas transmisiones de viviendas usadas en las que interviene el Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales.

Igualmente, debe también repararse en que los destinatarios de la instrucción no son únicamente los órganos administrativos dependientes de la Viceconsejería de Vivienda, sino que su contenido tiene efectos jurídicos para las personas demandantes de vivienda protegida, y especialmente, como es el caso del reclamante, para determinados adquirentes de vivienda de protección oficial en segundas o posteriores transmisiones.

En definitiva, debemos concluir que 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.

3. 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.

4. Respecto a las otras dos cuestiones debatidas durante la tramitación del expediente de queja, debemos señalar que, en relación con la aplicación de la exención del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, el Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales ha asumido el compromiso de plantear la cuestión ante el Órgano de Coordinación Tributaria. A juicio de la institución el resultado de esta gestión debiera



concretarse en una regulación de la exención del citado impuesto que evite cualquier trato discriminatorio en su aplicación.

Por otro lado, y para el caso concreto que nos ocupa, hemos considerado conveniente la remisión de la recomendación adjunta a la Diputación Foral de Gipuzkoa en orden a promover la aplicación de la exención del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados a la adquisición de la vivienda de protección oficial por el reclamante.

5. Finalmente, y en relación con la falta de correspondencia entre el precio abonado por el reclamante (calculado sobre la base de 75 años de duración del derecho de superficie) y el tiempo de disfrute del derecho de superficie (limitado a un período de 65 años), el propio Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales ha admitido que se trata de una asunto que está pendiente de desarrollo normativo, *“aunque existe una previsión general en el sentido que apunta el Ararteko en el Plan Director 2006-2009”*.

En este sentido, estimamos que la norma que venga a sustituir la regulación contenida en la Instrucción 8/2005 deberá necesariamente conferir un tratamiento específico a esta cuestión, de modo y manera que se evite cualquier tipo de trato discriminatorio en segundas y posteriores transmisiones de viviendas de protección oficial en las que interviene el Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales.

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

**RECOMENDACIÓN 44/2007, de 22 de noviembre , al Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco**

Que declare la nulidad de la Instrucción 8/2005, de la Viceconsejería de Vivienda, *“sobre procedimientos de adquisición y adjudicación de viviendas ofertadas o puestas a disposición del Departamento y tanteadas”*.