

CIUDAD AUTÓNOMA DE MELILLA

CONSEJERIA DE FOMENTO

Dirección General de la Vivienda y Urbanismo

321. NOTIFICACIÓN DE RESOLUCIÓN A D. MOHAMED MOHAMED MOH.

El/La titular de la Consejería/Viceconsejería, mediante Orden/Resolución de 02/04/2018, registrado al número 2018000790, en el Libro de Oficial de Resoluciones de la Consejería ha dispuesto lo siguiente:

I.- OBJETO DE ESTA PROPUESTA.-

Por D. Marzok Mohamed Moh, con DNI 45276669L, en nombre y representación de D. Mohamed Mohamed Moh, con DNI 45291815P, se ha presentado, con fecha 05/12/2017, un escrito de alegaciones frente a la propuesta de esta Dirección General de 24/11/2017, sobre exclusión del proceso de adjudicación de 42 VPO de promoción pública, a D Mohamed Mohamed Moh (expte. 53/697), quien ha sido adjudicatario, provisionalmente, y en régimen de alquiler, de la vivienda pública ubicada en la calle Del Tiro Nacional, nº 5-Bajo E).

II.- ALEGACIONES DEL INTERESADO.-

Por el representante legal (en concepto de tutor), del interesado en el expediente, se aducen, en el escrito registrado el 05/12/2017, resumidamente, las siguientes alegaciones:

- Que, si bien es cierto que D. Mohamed Mohamed Moh ha actuado, en el expediente de solicitud de vivienda pública, sin la representación del tutor, ello ha sido por ignorancia o desconocimiento.
- Que entiende debe aplicarse lo dispuesto en el art. 5.6 de la Ley 39/2015, otorgándole un plazo de diez días para acreditar la representación.
- Que no puede aceptarse que la incapacitación sea causa de exclusión, ya que ello supone una actuación de la Administración discriminatoria con dicho colectivo.
- Que el estado actual del incapacitado le permite hacer una vida independiente, con la supervisión del tutor en todo momento.
- Que, según la Ley de enjuiciamiento civil, no produce efectos de cosa juzgada, ya sea formal o material.
- Que la incapacitación es una forma de protección, pero que no se puede fundar en ella la negación de derechos al incapaz, como así lo ha manifestado la sentencia del Tribunal Supremo de 29/04/2009, remitiéndose en la interpretación de esta figura, a la Convención sobre los derechos de las personas discapacitadas, firmada en Nueva York el 13/12/2006, y ratificada por España el 23/11/2007.
- Que, tras la transcripción de varios párrafos de la referida sentencia del Tribunal Supremo, acaba solicitando que se entienda la actuación del incapaz sin tutor en este expediente como una falta de representación subsanable, dejando sin efecto la exclusión del solicitante del proceso de adjudicación de la vivienda pública.

III.- NORMATIVA APLICABLE.-

a) De carácter general:

El art. 3, en su apartado a), de la Ley 39/2015, del Procedimiento Común de las Administraciones Públicas, dispone que “A los efectos previstos en esta Ley, tendrán capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas:

a) Las personas físicas o jurídicas que ostenten capacidad de obrar con arreglo a las normas civiles.”

Asimismo, el art. 5 de esta misma Ley, apartado 1, dispone:

“1. Los interesados con capacidad de obrar podrán actuar por medio de representante, entendiéndose con éste las actuaciones administrativas, salvo manifestación expresa en contra del interesado.”

b) De carácter específico:

Por Orden de la Consejería de Fomento nº 1013, de 15 de mayo de 2017 (BOME nº 5445, de 23/05/2017), se aprobaron las Bases que debían regir el proceso selectivo para la adjudicación de las viviendas de protección oficial de promoción pública que integraban diversas promociones (en total 42 viviendas).

El proceso selectivo se reguló por dichas bases y, en lo no dispuesto en ellas, por el Reglamento de Adjudicación de Viviendas de la CAM (BOME nº 4307, de 27/06/2006).

Los solicitantes, para ser adjudicatarios, debían reunir, entre otros, el siguiente requisito (Punto 4.f) de la Convocatoria):

f) Ser el solicitante mayor de edad y no encontrarse incapacitado para obligarse contractualmente, de acuerdo con lo establecido en el Código Civil.

Este requisito se reitera en el Reglamento de Adjudicación de Viviendas Públicas de la CAM (BOME de 27/06/2006) en cuyo artículo 18.1.2 se exige para ser adjudicatario de una vivienda pública la mayoría de edad y no encontrarse incapacitado para obligarse contractualmente, según el código civil.

El mismo reglamento, contempla, en el art. 3.2.c) que tanto los menores de edad como los incapacitados que convivan con el solicitante y estén sujetos a su tutela legal o a su guarda, pertenecerán a su unidad familiar, de lo que se deduce que el solicitante de esta promoción, incapacitado, formaría parte, a efectos del reglamento de adjudicación de viviendas públicas, de la unidad familiar del tutor, que sí puede ser solicitante de vivienda pública, incluyendo en su unidad familiar al incapacitado.

IV.- APLICACIÓN DE LA NORMATIVA AL EXPEDIENTE.-

Según se desprende de la documentación consultada en el expediente, el solicitante está incapacitado judicialmente, nombrándose como tutor a su hermano, D. Marzok Mohamed Moh.

La solicitud fue presentada por el incapaz, por lo que debería ser rechazada de plano, ya que no se trata de una cuestión de acreditación de la representación, sino de que, según la normativa específica, y la de general aplicación (art. 3 de la Ley 39/2015), al carecer de capacidad de obrar, el solicitante debe ser excluido del proceso de adjudicación de una vivienda de promoción pública.

La aplicación del art. 5 de la ley 39/2015, no es posible en este caso, ya que no se trata de la actuación de una persona en nombre de otra y a la que puede otorgársele

un plazo para que acredite la representación de la persona a favor de la cual se actúa. Se trata de una persona afectada por una incapacitación que efectúa una petición en un procedimiento administrativo, sin tener la capacidad de obrar para ello.

Es como si la petición se efectuase por un menor, quien tampoco tendría, para este tipo de procedimientos administrativos, la capacidad de obrar suficiente.

En esa materia, y en esto estamos de acuerdo con las alegaciones, debe hacerse una interpretación que se adapte a las nuevas normas o instrumentos de carácter internacional ratificados por el Reino de España, fundamentalmente de la Convención citada, y del resto de normativa aprobada en su desarrollo, teniendo en cuenta que la normativa de Adjudicación de Viviendas de la Ciudad Autónoma es anterior a la misma.

Para ello, debe analizarse, como se dice en la Sentencia del Tribunal Supremo de 2009, cada caso particular, pues la incapacitación es susceptible de graduación.

La cita de la sentencia del Tribunal Supremo que hace el representante del interesado se circunscribe, casi exclusivamente, al escrito del Fiscal aportado al procedimiento, omitiendo la ratio decidiendo de la sentencia y los criterios interpretativos que se postulan para conciliar la normativa civil española (vigente en 2009), con la Convención ratificada por el Reino de España.

Según la sentencia, el sistema de incapacitación del código civil (y de la Ley de enjuiciamiento civil), es plenamente acorde con los compromisos internacionales asumidos por el Reino de España, siempre que se efectúe una interpretación conforme a los criterios expuestos en la referida sentencia.

En esta, entre otros aspectos, se dice:

– “Por ello hay que afirmar rotundamente que la incapacitación al igual que la minoría de edad no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. De aquí, que debe evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado.

- Debe ser positiva la respuesta a la pregunta de si está de acuerdo con los valores constitucionales una regulación específica de la situación jurídica del incapaz. Todas las personas, por el hecho del nacimiento, son titulares de derechos fundamentales con independencia de su estado de salud, física o psíquica. Los derechos reconocidos constitucionalmente se ostentan con independencia de las capacidades intelectivas del titular. Así el artículo 162 CC exceptúa de la representación de los padres "los actos relativos a los derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo" (un caso emblemático es el recogido en la STC 154/2002, de 18 julio sobre libertad religiosa del hijo menor de edad, aunque mayor de 14 años) y aunque el Art. 162 CC aparece referido sólo a menores, esta misma norma se aplicará cuando se prorrogue la patria potestad, al incapacitarse hijos mayores y, por su propia naturaleza, a los incapacitados, ya que la sentencia tiene contenido variable, según dispone el Art. 760.1 LEC y se establecía en el ahora derogado Art. 210 CC después de la reforma de 1983.

– No es argumento para considerar esta institución como contraria a los principios establecidos en la Convención el que la incapacitación pueda constituir una violación del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE, al tratar de forma distinta a los que tienen capacidad para regir su persona y bienes y

aquellas otras personas que por sus condiciones no pueden gobernarse por sí mismas. La razón se encuentra en que el término de comparación es diferente: al enfermo psíquico al que se refiere el caso concreto se le proporciona un sistema de protección, no de exclusión. Esto está de acuerdo con el principio de tutela de la persona, tal como impone, por otra parte, el artículo 49 CE. Por tanto, en principio, el Código civil no sería contrario a los valores de la Convención porque la adopción de medidas específicas para este grupo de persona está justificado, dada la necesidad de protección de la persona por su falta de entendimiento y voluntad.

– La insuficiencia mental para justificar un estatuto particular de incapacidad o capacidad limitada y por lo tanto para derogar el principio de igualdad formal (artículo 14 CE), tiene que representar un estado patológico, que debe ser detectado a través de una compleja valoración de las condiciones personales del sujeto, siempre en relación con el exclusivo interés de la persona. Esta sigue teniendo la cualidad de tal y, por tanto, sigue teniendo capacidad jurídica y sólo por medio de una sentencia puede ser privada de la capacidad de obrar en la medida que sea necesario para su protección.

– La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada.”

De la sentencia cuya fotocopia parcial se ha aportado, y en la que se declara la Incapacitación Absoluta del interesado, se destacan los párrafos siguientes:

- “El presunto incapaz, según informe Médico Forense emitido el día 14 de septiembre de 2009, presenta una patología neurológica adquirida, con alteración de su capacidad de desarrollo psicobiológico de funciones intelectivas superiores, calificada como esquizofrenia paranoide. Dicha patología constituye una enfermedad orgánica, crónica e irreversible, la cual altera sus funciones psíquicas superiores, destacando la capacidad intelectual y de juicio y raciocinio. Concluyendo el informe que la alteración indicada no permite al informado el cuidado de su persona y sus bienes, requiriendo de la supervisión cotidiana de un tercero.”

- “Atendiendo a los preceptos sustantivos antes referidos...procede extender la incapacitación solicitada... tanto al régimen de administración de los bienes, como al de guarda de la persona, derivando de ello la necesidad de constituir un régimen de tutela respecto del presunto incapaz” .

La incapacitación es la declaración judicial, en sentencia, de privación de la capacidad de obrar de una persona física. Se entiende por capacidad de obrar la aptitud de una persona para realizar y dar eficacia en Derecho a sus actos.

Es cierto que la declaración de incapacitación permite una graduación, que los órganos judiciales determinarán en cada caso en función de las limitaciones psíquicas de la persona, lo que permitirá un régimen de tutela o de curatela. Sin embargo, en el presente caso, queda reflejado claramente en la sentencia que la alteración psíquica que sufre el solicitante no le permite el cuidado de su persona y bienes, requiriendo de la supervisión cotidiana de un tercero (el tutor).

Esta incapacitación, puesta en relación con el expediente de adjudicación de una vivienda pública, cuya finalidad es, evidentemente, facilitar al solicitante el desarrollo de una vida independiente, es incompatible con ella.

El adjudicatario de una vivienda de promoción pública está obligado a utilizar ésta como domicilio habitual y permanente, lo que exige integrarse, además, en un régimen de propiedad horizontal que comporta unos derechos y obligaciones, lo que no parece compatible con el régimen de tutela al que está sometido el solicitante.

Esta normativa de la Ciudad es, a la luz de la jurisprudencia citada, plenamente constitucional, puesto que la protección de los incapaces, y su integración en la sociedad se efectúa a través de medidas positivas que, en este ámbito, consisten en la reserva de determinadas viviendas para dicha categoría de personas (o de unidades familiares en las que existan personas con discapacidad), pero siempre partiendo del hecho de la capacidad de obrar del solicitante de vivienda pública. Según la normativa de la CAM, las personas incapacitadas sometidas a la tutela de un tercero, se consideran integrantes de la unidad familiar de éste, a efectos de las solicitudes de viviendas, y otras ayudas públicas en materia de vivienda, que el tutelante pueda presentar.

Debe añadirse, igualmente, que las Bases de la Convocatoria no fueron impugnadas por el solicitante, ni por ningún otro solicitante, por lo que debe regir en igualdad de condiciones para todos ellos.

Por último, y por lo que respecta a la falta de efectos de la sentencia de incapacitación, debe recordarse que el art. 222 LEC, en su apartado 3, dice que "...En las sentencias sobre estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad e incapacitación y reintegración de la capacidad, la cosa juzgada tendrá efectos **frente a todos** a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil".

De acuerdo con lo anterior, y visto el expediente 23960/2017, en virtud de las competencias que tengo atribuidas, **VENGO EN DISPONER**

UNO.- Excluir al expediente 53/697, correspondiente a la solicitud de vivienda pública presentada por D. Mohamed Mohamed Moh, con DNI 45291815P, del proceso de adjudicación de las 42 viviendas de promoción pública incluidas en la Orden del Consejero de Fomento nº 1013 de 15 de mayo de 2017, por incumplimiento de lo dispuesto en el punto 4.f) de la Convocatoria, en cuanto a la situación de incapacidad.

DOS.- Notificar la resolución correspondiente al tutor y representante legal del solicitante, D. Marzok Mohamed Moh, con DNI 45276669L, haciéndole saber que contra dicha resolución cabe Recurso de Alzada, de conformidad con lo dispuesto en el art. 0.4 del Reglamento de Adjudicación de Viviendas de la CAM (BOME nº 4307, de 27/06/2006), y en la Ley 39/2015.

Contra esta ORDEN/RESOLUCIÓN, que no agota la vía administrativa, podrá interponerse recurso de alzada en el plazo de un mes a partir del día siguiente al de la notificación o publicación de la presente.

Dicho recurso podrá presentarse ante esta Consejería o ante el Excmo. Sr. Presidente de la Ciudad Autónoma, como superior jerárquico del que dictó la Resolución recurrida, de conformidad con lo establecido en el artículo 92.1 del Reglamento del Gobierno y de la Administración de la Ciudad Autónoma de Melilla (BOME Extraordinario número 2 de 30 de enero de 2017), y 121 y siguientes de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE número 236, de 1 de octubre de 2015).

El plazo máximo para dictar y notificar la resolución será de tres meses. Transcurrido este plazo sin que recaiga resolución, se podrá entender desestimado el recurso de alzada interpuesto.

No obstante, podrá utilizar cualquier otro recurso, si así lo cree conveniente bajo su responsabilidad.

Lo que se notifica para su conocimiento y efectos oportunos

Melilla 6 de Abril de 2018,
La Secretaria de Fomento,
Inmaculada Merchán Mesa