

Ponente: Ruiz Ruiz, Ángel.

 Desestimación

Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, Sentencia 56/2005 de 27 Ene. 2005, Rec. 242/2004

JUR\2005\77239 ★★★★★☆6

VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL. Denegación de desclasificación. Falta de acreditación de la situación de estado de necesidad vinculante para la Administración en relación con el padecimiento físico de la solicitante. La descalificación de una vivienda de protección oficial no es un derecho adquirido de la propiedad de la misma, sino una expectativa, que se podrá conceder o no en función de las exigencias del ordenamiento jurídico en el momento de realizar la petición.

En la Villa de BILBAO, a veintisiete de enero de dos mil cinco

SENT

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO DE APELACIÓN Nº 242/04

SENTENCIA NUMERO 56/2005

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

Dª. ANA ISABEL RODRIGO LANDAZABAL

MAGISTRADOS:

D. ÁNGEL RUIZ RUIZ

D. LUIS ÁNGEL GARRIDO BENGOTXEA

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación, contra la sentencia 42/2004 de 26 de marzo. del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Donostia-San Sebastián. por la que se desestimó el recurso 266/2002, seguido por los trámites del procedimiento ordinario, dirigido contra resolución de 8 de mayo de 2002 del Director de Servicios del Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco, por la que se desestimó el recurso de alzada interpuesto contra resolución de 4 de enero de 2002 de la Delegada Territorial de Guipúzcoa, por la que se denegó, en el expediente NUM000, la descalificación de la vivienda sita en el nº NUM001 - NUM002 NUM003 . de la CALLE000 de Rentería.en el recurso contencioso-administrativo número 266/02.

Son partes:

- APELANTE: Dª. Rocío , representada por Dª. MERCEDES ARRESE-IGOR LAZCANO, llevando su propia defensa como Letrada.

- APELADA: ADMINISTRACIÓN GENERAL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO, representada y dirigida por Letrado de sus Servicios Jurídicos.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. ÁNGEL RUIZ RUIZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de Donostia - San Sebastián se dictó el veintiséis de Marzo de dos mil cuatro, sentencia desestimando el recurso contencioso- administrativo número 266/02 promovido por Dª. Rocío contra la resolución de 8 de mayo de 2002 del Director de Servicios del Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco por la que se desestimó el recurso de alzada interpuesto en el expediente NUM000 denegándose la descalificación de la vivienda sita en el nº NUM001 - NUM002 NUM003 . de la CALLE000 de Rentería.

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso por Dª Rocío recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia por la que se anule, revoque y deje sin efecto la sentencia recurrida y dicte otra por la que se decrete la nulidad de la resolución de fecha 8 de mayo de 2002 del Director de Servicios del Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales del

Gobierno Vasco y se declare la responsabilidad patrimonial de la administración, debiéndose indemnizar a la perjudicada en la cuantía de 67.540,55 euros en los que se cuantifican los daños y perjuicios derivados de la actuación administrativa sancionada, con los intereses legales y costas.

TERCERO.- El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado a la parte contraria para que en el plazo común de quince días pudieran formalizar la oposición al mismo, y en su caso, la adhesión a la apelación formalizando su oposición la parte apelada suplicando se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente el mismo y confirme la sentencia recurrida en todos sus extremos.

CUARTO.- Tramitada la apelación por el Juzgado y recibidos los autos en la sala, se designó Magistrado Ponente, practicándose a instancias de D^a. Rocío , la prueba documental.

Practicada la prueba, tuvo lugar el trámite de conclusiones, declarándose, finalmente conclusos los autos para dictar la resolución procedente.

CUARTO.- Tramitada la apelación por el Juzgado y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente, teniendo lugar el trámite de conclusiones escritas, señalándose finalmente el día 25.01.05 para la votación y fallo de la apelación, quedando los autos conclusos para dictar la resolución procedente.

QUINTO.- Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D^a. Rocío recurre en apelación la sentencia 42/2004 de 26 de marzo. del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Donostia-San Sebastián. por la que se desestimó el recurso 266/2002, seguido por los trámites del procedimiento ordinario, dirigido contra resolución de 8 de mayo de 2002 del Director de Servicios del Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco, por la que se desestimó el recurso de alzada interpuesto contra resolución de 4 de enero de 2002 de la Delegada Territorial de Guipúzcoa, por la que se denegó, en el expediente NUM000 , la descalificación de la vivienda sita en el nº NUM001 - NUM002 NUM003 . de la CALLE000 de Rentería.

Se ha pretendido por la apelante en primera instancia que se decrete la descalificación de la vivienda y que se declare la responsabilidad patrimonial de la Administración por daños y perjuicios en la cuantía de 67.540,55 euros, más intereses legales; ahora pide, en el recurso de apelación, la revocación de la sentencia apelada, para decretar la nulidad de la resolución del Director de Servicios del Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales y la responsabilidad patrimonial en la cuantía citada, en la que se reitera se cuantifican los daños y perjuicios derivados de la actuación Administrativa, que hemos de precisar en el suplico del recurso de apelación se viene a identificar como sancionadora, cuando evidente es que no estamos ante un supuesto de actuación sancionadora.

Se da respuesta en este momento al recurso de apelación, una vez que se ha incorporado la prueba documental que se interesó por la apelante en relación con lo actuado en el ámbito del recurso ordinario 209/2002 seguido ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Donostia-San Sebastián, recurso interpuesto por D. Bartolomé y D^a. Julieta , que habría concluido por auto 131/2003, de 27 de junio de desistimiento, y ello tras haberse trasladado al Juzgado por los allí recurrentes que la Administración les había reconocido de forma extrajudicial la descalificación pretendida.

SEGUNDO.- La sentencia apelada deja constancia de que la apelante adquirió en el año 1996 la referida vivienda, solicitando interés subvencionado conforme las ayudas contempladas en la normativa vigente en materia de vivienda de protección pública, así el Decreto 213/96, derivando en la calificación de la vivienda adquirida como de protección oficial.

Señala que la demandante en el año 2001 sufrió un accidente de tráfico del que se derivaron limitaciones en la movilidad, en concreto para subir y bajar escaleras, siendo la vivienda un sexto piso sin ascensor.

Tras ello, se recoge que la demandante solicitó, en razón a las limitaciones la descalificación de la vivienda de protección oficial, descalificación que fue denegada por las resoluciones recurridas.

También precisa el Juzgador que la demandante vendió la vivienda conforme a la normativa de viviendas de protección oficial, habiendo defendido que dicha venta le produjo un perjuicio equivalente a la diferencia entre el precio tasado y, ha de entenderse, el vinculado al precio que hubiera recibido de no estar sometido al régimen de protección pública.

La sentencia apelada rechaza que se dé una situación de estado de necesidad vinculante para la Administración, en relación con la situación de la recurrente, concluyendo que no estaríamos ante un supuesto en el que el ordenamiento jurídico impusiera la descalificación a la Administración, en concreto se recoge que la descalificación no estaba contemplada en el ordenamiento jurídico vigente; a modo complementario, la sentencia señala que en el supuesto de acoger la tesis de la demandante en relación con la normativa aplicable, estaríamos ante una regulación en el que la descalificación tendría naturaleza discrecional, asumiendo lo que se habría trasladado por la Administración de que la pérdida de vivienda, en el parque de viviendas de protección oficial, impediría la adquisición de las mismas a precio tasado a terceros que cumplieran los requisitos legales; también se completa la sentencia con la precisión de que no sería posible acoger cualquier pretensión que excediera de la anulación, con remisión al art. 71.1 de la Ley de la Jurisdicción, con referencia a que excluiría la facultad de sustitución en relación con las poderes del órgano jurisdiccional respecto a las facultades discrecionales de la

Administración, y ello con exclusión de los supuestos que se puedan considerar de reducción a cero de la discrecionalidad, que no sería el caso de autos.

TERCERO.- En el recurso de apelación la apelante pasa a rebatir los argumentos de la sentencia apelada; rechaza los argumentos que se recogen los distintos párrafos del fundamento de derecho tercero de aquélla.

En cuanto a la referencia que se hace del estado de necesidad, que según la sentencia no tendría eficacia anulatoria, señala la apelante que la afirmación de la sentencia apelada no carecería de razón aisladamente analizada, pero que el estado de necesidad justificaría la descalificación pretendida.

En cuanto a la normativa aplicable y la irretroactividad en la aplicación del Decreto 306/2000, se dice que la sentencia insistiría en la vulneración del principio de legalidad y seguridad jurídica, con cita del art. 9.3 de la Constitución española y alusión a la irretroactividad de la disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales; para la apelante el Decreto citado sería una norma restrictiva de los derechos individuales, y por ello no aplicable a situaciones nacidas con anterioridad a su vigencia, indicando que la calificación de una vivienda como de protección oficial supondría una limitación de la propiedad porque dejaría de ser un bien de libre disposición de su propietario pasando a un régimen de precio tasado, y por ello se dice que estaríamos ante una limitación del derecho de propiedad, haciendo alusión al art. 33 de la Constitución; limitación que se considera consentida por el propietario como consecuencia de las ayudas obtenidas de la Administración para poder ejercitar otro derecho constitucional, el de acceder a una vivienda digna del art. 47; se remarca que estaríamos ante un consentimiento que se otorga al amparo de la normativa en la que se establece la limitación de la propiedad, con remisión al momento en el que se califica el piso como vivienda de VPO, por ello al amparo del Decreto 213/96 y de sus condiciones, con referencia al derecho expectativa de poder descalificarlo devolviendo las ayudas concedidas con intereses establecido por la norma; se hace referencia también al principio de seguridad jurídica, y se reitera que la normativa de 1996 permitía obtener la descalificación, cuando la normativa de 2000 no admite dicha posibilidad, por lo que se dice que estaríamos ante un supuesto de aplicación retroactiva de una norma restrictiva de derechos individuales, señalando que distinguir entre derecho y expectativa, como habría hecho la Administración en la sentencia, apelada no sería otra cosa que un juego lingüístico o dialéctico; se concluye este alegato señalando que al aplicar el Decreto 306/2000 se conseguiría limitar los derechos del administrado de facto, al negársele la posibilidad de liberar su derecho de propiedad, limitado voluntariamente, estando a una legislación determinada, cuya aplicación se le niega en virtud de una modificación posterior a la que dio origen una relación jurídica de que parten los hechos, considerando que no es posible aplicar la normativa de 2000 a una situación jurídica nacida anteriormente.

También se hacen valoraciones sobre la referencia de la sentencia apelada a la naturaleza discrecional en la hipótesis de aplicar la posibilidad de descalificaciones estando a la normativa del Decreto de 1996; en este ámbito, incluso hace referencia a que la Administración no habría mantenido el mismo criterio en la actualidad, porque por el Decreto 315/2002 se dispone que cabe la descalificación con anterioridad al transcurso del plazo previsto en el caso de viviendas calificadas como resultado de actuaciones protegidas de rehabilitación o adquisición, salvo que la calificación como VPO estuviere prevista en convenio urbanístico; se dice que la vivienda en cuestión estaría calificada por concesión de unos beneficios financieros, no por su construcción con iniciativa pública, ni se encontraba enmarcada en un convenio urbanístico; tras ello se hacen precisiones en cuanto a que existirían dos regímenes distintos, uno en relación con las viviendas construidas como de protección oficial ab initio, y otra para las viviendas adquiridas en el mercado libre, que se adquieren en una situación cuya protección financiera se entiende razonablemente protegida permitiendo recuperar la libertad del bien con la devolución de las ayudas obtenidas por el sujeto, señalando que incluso estando a la normativa de 2002 la Administración reconocería que las descalificaciones no constituyen perjuicio a terceros, considerándose paradójico que la resolución recurrida de 8 de mayo de 2002 negara un derecho y que sólo unos meses después, en el mismo año, la Administración publique y haga entrar en vigor el Decreto 315/2002, que permite la concesión directa de lo que se interesa.

En relación con los argumentos de la sentencia apelada vinculados a la discrecionalidad, se dice que la discrecionalidad se convertiría en arbitrariedad al no estar razonada la decisión que permita el control de sus razonamiento, arbitrariedad prohibida por el art. 9.3 de la Constitución. En cuanto al ámbito de los pronunciamiento y la cita que se hace por la sentencia del art. 71.2 de la Ley de la Jurisdicción, se alude que en la demanda se harían tres peticiones: la revocación o anulación, que sería lo mismo, de la resolución recurrida; la determinación de la descalificación y la indemnización por daños y perjuicios como responsabilidad patrimonial de la Administración, por lo que se dice que aun cuando no procediera la sustitución del contenido de la resolución dictada en virtud de la discrecionalidad administrativa, cabría la anulación y la admisión de la responsabilidad patrimonial, daños y perjuicios que según la apelante serían claros porque había tenido la necesidad de vender la vivienda objeto del expediente, bajo los límites de la propiedad impuesta por la calificación como VPO con referencia al precio libre, en cuantía que, se dice, en relación con la pericial practicada sería superior a la establecida por la recurrente.

CUARTO.- La Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco alega en primer lugar que estaríamos ante un recurso de apelación que sería mera reiteración de la primera instancia, con cita de distintos pronunciamientos del Tribunal Supremo, entre otras la sentencia de 12 de abril de 1996, así como la sentencia de esta Sala de [22 de junio de 2001](#) dictada

en el recurso 237/2000. Sin perjuicio de ello, se pasa a rechazar los argumentos del recurso de apelación; en primer lugar, en relación con el alegato vinculado al estado de necesidad, señala que la denegación de la descalificación en este supuesto no tendría relación con la valoración del estado de necesidad alegado por la apelante, porque la Administración en ningún momento ha negado ni afirmado la posible concurrencia de tal estado de necesidad, señalando, en relación con la reiteración del argumento, que fue la apelante la que para acreditar la concurrencia del estado de necesidad propuso en el procedimiento la práctica de prueba testifical del médico que la atendía de su dolencia, prueba que no se habría llegado a celebrar por la incomparecencia en dos ocasiones del testigo oportunamente citado y de la propia actora, por lo que se dice en cualquier caso no habría sido debidamente probado por la apelante.

En cuanto a la norma o disposición de carácter general que se debe aplicar en este supuesto, se remite la administración a la sentencia al acoger los planteamientos de la Administración, insistiendo ahora que cuando se adquirió la vivienda no se adquirió derecho alguno a la descalificación de la vivienda, dado que la descalificación de una vivienda de protección oficial no es un derecho adquirido de la propiedad de la vivienda sino expectativa, que se podrá conceder o no en función de las exigencias del ordenamiento jurídico en el momento de realizar la petición, rechazándose que se produzca en este caso violación del principio de seguridad jurídica, ni aplicación retroactiva de una norma restrictiva de derechos insistiendo en que el hipotético derecho a la descalificación nace en el momento de pedirla.

En relación con los alegatos vinculados a la hipotética aplicación del Decreto 213/96 de 30 de junio, se dice que el juzgador de instancia en ningún momento admite la posibilidad de que se aplique el mismo y no el Decreto 306/2000, sino que en la sentencia lo único que se hace es una reflexión sobre la situación de la petición de la demandante en el supuesto hipotético de que se debiera aplicar la norma que pretende, considerando que se está ante una reflexión jurídica en la sentencia dialéctica y que no debe incidir en el resultado de la resolución de la Sala; incluso entrando en ese planteamiento hipotético, la Administración rechaza que hubiera procedido la descalificación en relación con las pautas vigentes tras el Decreto de 1996.

En relación con los pronunciamientos vinculados a la eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la apelante, se remite al art. 71.2 de la Ley de la Jurisdicción, según el cual los órganos judiciales no pueden determinar el contenido discrecional de los actos anulados, remitiéndose a lo que se recoge en la sentencia apelada.

La Administración concluye que en ningún caso la apelante puede verse beneficiada con la descalificación de su vivienda, ni existe, se dice, obligación alguna de indemnizarla por unos perjuicios y daños que serían inexistentes.

QUINTO.- Corrección procesal del escrito que incorpora el recurso de apelación.

Comenzaremos con el estudio del obstáculo procesal que traslada la administración en relación con los defectos del recurso de apelación, dado que de acogerse debe concluirse en un pronunciamiento de inadmisión del recurso, y en este momento de desestimación; la administración al oponerse al recurso de apelación considera que es mera reiteración de los argumentos de primera instancia.

Al respecto hemos de señalar que el recurso de apelación debe concretarse en la sentencia apelada y debe dirigir sus razonamientos contra ella.

Como cabecera de nuestra conclusión trasladaremos lo que al respecto ha ido diciendo el Tribunal Supremo.

Así en la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1996 se precisa lo siguiente en su FJ 2º:

« (...) El recurso de apelación no tiene como finalidad abrir un nuevo enjuiciamiento de la cuestión en las mismas condiciones que tuvo lugar en la primera instancia, sino depurar el resultado procesal obtenido en ella. El escrito de alegaciones del apelante (artículo 100.5 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa [1956], aplicable en virtud de la disposición transitoria tercera.2, de la Ley 10/1992, de 30 abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal) ha de consistir en una crítica de la sentencia impugnada que sirva de fundamento a la pretensión de sustitución de sus pronunciamientos por otros distintos. (...) ».

Por su parte en la STS de 10 de febrero de 1997 viene a precisar en su FJ 3º, en cuanto a la naturaleza y finalidad del recurso de apelación, lo siguiente:

« (...) verdadera naturaleza del recurso de apelación, cuya finalidad ha de ser la de demostrar que la sentencia de la que se disiente, ha incurrido en errónea aplicación de las normas, o en incongruencia, o en inaplicación de la normativa procedente; o en aportar cualesquiera otras razones que tiendan a su revocación con una base sustancial; ya que tal recurso, promotor de una segunda instancia, no tiene por objeto una mera repetición del proceso de la primera instancia ante el Tribunal «ad quem» sino una verdadera revisión de la sentencia apelada. Esta es la doctrina fijada en múltiples ocasiones por este Tribunal (Sentencias de 15 julio y 22 mayo 1996], 24 octubre], etcétera). (...) ».

La STS de 17 de enero de 20004, en relación con las cuestiones no analizadas en la sentencia apelada, en su FJ 3º razona lo que sigue:

« (...) como ha reiterado esta Sala, aun cuando el recurso de apelación transmite al Tribunal «ad quem» la plenitud de competencia para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas en 1ª instancia, el examen que corresponde a la fase de apelación es un examen crítico de la Sentencia, para llegar a la conclusión de si se aprecia o no en ella la errónea aplicación de una norma, la incongruencia, la indebida o defectuosa apreciación de la prueba o cualesquiera otras razones que se

invoquen para obtener la revocación de la Sentencia apelada, pero resulta imposible suscitar cuestiones nuevas sobre las que no ha podido pronunciarse la Sentencia de primera instancia que se revisa (en este sentido, las Sentencias de esta Sala de 10 de febrero, 25 de abril y 6 de junio y 31 de octubre de 1997 y 12 de enero y 20 de febrero, 17 de abril y 4 de mayo y 15 y 19 de junio de 1998).

Ahora bien, si no es posible el planteamiento de cuestiones nuevas en el recurso de apelación, habida cuenta de la preclusividad que existe a estos efectos en la primera instancia (SSTS 27 de diciembre de 1996, 25 de abril de 1997 y 14 de enero de 1998, entre otras muchas), es la misma Jurisprudencia de esta Sala la que advierte tanto de la posibilidad de introducir en la segunda nuevos argumentos como de la dificultad de distinguir éstos de las verdaderas cuestiones nuevas.

La solución, sin embargo, ha de encontrarse en la distinción, de una parte, del «petitum» y de los hechos que identifican la pretensión ejercitada en la primera instancia, cuya alteración o adición constituye el planteamiento vedado de «cuestión nueva», y, de otra, de los fundamentos jurídicos que justifican aquélla, que en su función de auténticos argumentos, pueden modificarse y pueden ser adicionados con otros nuevos. (...) ».

En el presente caso hemos de considerar, y sin necesidad de profundizar sobre este debate, que la apelante en su recurso hace una crítica de los razonamientos que se incorporan en la sentencia apelada, como hemos ido viendo, en relación con los distintos párrafos de su fundamento central con el que la sentencia concluye en el rechazo de las pretensiones de la demandante y ahora apelante, por lo que no puede considerarse que concurra el obstáculo trasladado por la Administración, lo que determina que entremos a analizar el debate de fondo.

SEXTO.- Antes de continuar, y en relación con los alegatos vinculados a la prueba documental que se ha incorporado a este rollo de apelación, testimonio de lo actuado en el recurso 209/2002 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Donostia- San Sebastián, donde hemos de concluir que la Administración habría reconocido a los interesados la descalificación en aplicación de la normativa derivada del Decreto 315/2002, de 30 de diciembre, así de su disposición adicional tercera, a la que luego nos referiremos; en esos autos se recurría una resolución análoga a la que nos ocupa, en concreto la desestimación del recurso de alzada por la Dirección de Servicios del Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales, de esta resolución de 18 de enero de 2002 del Delegado Territorial de denegar la descalificación de la vivienda sita, en este caso, en la CALLE001 NUM004 de Andoain, haciéndose aplicación de las pautas marcadas por el art. 6.1 del Decreto 306/2000, de 26 de diciembre, como en el caso de autos; en este supuesto trasladado en la prueba documental, ha de considerarse que lo que existió con posterioridad a la decisión de la Administración de denegar la descalificación, es que hubo una nueva petición ya con la vigencia del Decreto 315/2002 y que en aplicación de las pautas de su disposición adicional tercera la Administración habría asumido el planteamiento o petición de la parte recurrente, dado que lo que se ha incorporado a los autos es una comunicación de la Secretaría Territorial de 28 de febrero de 2003 de la Delegación Territorial en Gipúzkoa del Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales en la que se da respuesta a la solicitud de información dirigida el 28 de enero de 2003 por el Sr. Bartolomé y la Sra. Julieta, recurrentes en el recurso 209/2002, quienes inicialmente habían visto desestimada su petición de descalificación, recurrentes que seguirían en la propiedad de la vivienda y que por ello pudieron reiterar con el nuevo régimen jurídico la petición de descalificación; hemos de concluir que ha dichos recurrentes se les aplicó en idénticos términos que a la hoy apelante la normativa en su momento vigente, en relación con las resoluciones que allí recurrían, esto es, la normativa referida en el art. 6.1 del Decreto 306/2000, de 26 de diciembre, recurrentes que al continuar en la propiedad de la vivienda pudieron reiterar la petición de descalificación, ello en un supuesto como el presente en el que por resolución administrativa de 13 de julio de 1995, en relación con la petición de ayudas financieras para adquisición de vivienda, la vivienda fue calificada como de protección oficial.

Con lo anterior damos respuesta a las consecuencias que se tratan de extraer por la recurrente respecto a la documental incorporada, sin que pueda ser relevante a estos efectos el alegato que se hace cuando indica que nadie se puede creer que en mayo de 2002, cuando se le deniega a la recurrente la descalificación, no se conocieran los proyectos en relación con el Decreto 315/2002 que iban a permitir nuevamente la descalificación sin carácter discrecional; igualmente, sin que sea relevante a estos efectos lo que la apelante considera paradójica en relación con lo ocurrido y la vigencia del Decreto 315/2002, en cuanto que los compradores de la vivienda por ella vendida, que compraron a precio de protección oficial, podrán obtener la descalificación de la vivienda y vender a precio libre de mercado.

SÉPTIMO.- Para dar respuesta al recurso de apelación ha de señalarse, en primer lugar, que de forma voluntaria la recurrente se acogió a las pautas vinculadas a la protección pública en cuanto a la vivienda adquirida por ella, aunque lo fuera al margen de promoción para construir bajo el régimen de protección pública, por cuanto que solicitó y obtuvo ayudas financieras, a lo que el ordenamiento jurídico vincula que la vivienda quedara calificada como de protección oficial.

En relación con el alegato vinculado al estado de necesidad, ha de considerarse relevante lo que se traslada por la Administración, y ello sin perjuicio de que no puede considerarse que sea un argumento central a la hora de dar respuesta al recurso y en concreto a la actuación de la Administración, pero sí ha de señalarse que como ha estar vinculado a la situación física de la apelante, hemos visto como la Administración traslada al oponerse al recurso de apelación que en primera instancia la demandante, ahora apelante, al pretender acreditar la concurrencia del estado de necesidad propuesto prueba testifical del médico que la atendía, que lo era D. Héctor, que es al que ha de entenderse se refieren las actuaciones como el

Dr. Héctor , prueba que no se llegó a celebrar por la incomparecencia en dos ocasiones del testigo y de la recurrente, como podemos verlo en el acta de fecha 17 de junio de 2003, con asistencia en exclusiva del Letrado de la administración - folio 159 autos -, lo que ocurrió nuevamente en la segunda citación para el día 1 de julio de 2003 - folio 165 - señalamiento efectuado tras rechazarse la declaración por escrito por providencia de 24 de junio, en respuesta a petición de la recurrente - folios 162 y 163 -; por ello, necesariamente debe concluirse en que no está debidamente acreditado la situación de estado de necesidad en relación con el padecimiento físico de la actora, mas aún con la relevancia que se pretende extraer.

Procede resolver estando al régimen jurídico aplicable en materia de descalificación de viviendas de protección oficial; nos encontramos con que la adquisición de la vivienda se produjo en 1996, que al obtener los beneficios, ayudas financieras, determinó la calificación como de protección oficial, en un momento en el que vigente estaba el Decreto 213/96, de 30 de julio, sobre medidas financieras en materia de vivienda, cuya disposición adicional cuarta preveía la descalificación, con remisión al art. 148 del Decreto 2114/1968 de 24 de julio, por el que se aprobó el reglamento de viviendas de protección oficial; con posterioridad se aprobó el Decreto 306/2000, de 26 de diciembre, sobre régimen de viviendas de protección oficial y medidas financieras en materia de viviendas y suelo, cuyo art. 6, en relación con la descalificación, venía a establecer en su punto 1 que no era posible la descalificación como sanción y la descalificación a petición de parte interesada, y que sólo cabría la descalificación a petición de parte interesada únicamente en el supuesto de viviendas calificadas como resultado de actuaciones protegidas de rehabilitación de acuerdo con lo establecido en la normativa sobre actuaciones protegidas de rehabilitación del patrimonio urbanizado y edificado, descalificación en tales supuestos previstos en los que se concedía discrecionalmente por el órganos administrativo correspondiente, previo reintegro del importe actualizado de las bonificaciones fiscales, tasas y ayudas directas percibidas desde la calificación definitiva de viviendas de protección oficial incrementado en los intereses correspondientes conforme al tipo de interés legalizado.

Con posterioridad a la entrada en vigor del Decreto 306/2000, se produjo el accidente de la recurrente y la solicitud de descalificación, recayendo en el ámbito de su vigencia las decisiones denegatorias con remisión expresa por parte de la Administración al art. 6.1 del Decreto 306/2000, esto es, por no ser posible la descalificación a petición de parte interesada.

Fue con posterioridad a las resoluciones aquí recurridas, y con posterioridad a la venta de la vivienda por parte de la recurrente, cuando se aprobó el Decreto 315/2002 de 30 de diciembre, sobre régimen de viviendas de protección oficial y medidas financieras en materia de vivienda y suelo, cuya disposición adicional tercera va a prever la descalificación con anterioridad al transcurso del plazo previsto en la normativa correspondiente en el supuesto de viviendas calificadas como resultado de actuaciones protegidas de rehabilitación o de adquisición, salvo que la calificación de dichas viviendas como VPO estuviera prevista en un convenio urbanístico, descalificación que se concede a petición del propietario de la vivienda previo reintegro de las ayudas directas recibidas para la rehabilitación o la adquisición de la vivienda por su propietario actual o por cualquier anterior propietario incrementado con los intereses generados desde su percepción conforme al tipo de interés legal vigente; vemos como en principio se prevé la posibilidad de descalificación a petición de los interesados existiendo una exclusión de la descalificación en los supuestos de convenio urbanístico que no es nuestro caso.

Las referencias que se hacen por la recurrente al principio de seguridad jurídica y a la irretroactividad de disposiciones restrictivas de derechos[- dado que como hemos dicho no estamos ante un supuesto de actuación sancionadora en el ámbito de vivienda protegida -] exige que retomemos qué significa la retroactividad o la eficacia retroactiva de las normas y así podemos señalar con la STS Sala 3.ª Secc. 4.ª de 15 Dic. 2003, que desde la perspectiva del principio de irretroactividad de los reglamentos recogido hoy en el art. 62.2 LRJ y PAC, resultan ineficaces, con nulidad absoluta, las normas reglamentarias retroactivas que sean restrictivas de derechos individuales (TS S 26 Feb. 1999); la STS que seguimos plasma que con la doctrina del TC, que arranca de la S 6/1983, de 4 Feb., y se recoge en la jurisprudencia del TS (SS 14 y 22 Jun. 1994, 5 Feb. 1996 y 15 Abr. 1997), ha de distinguirse entre una retroactividad de grado máximo «cuando se aplica la nueva norma a la relación o situación básica creada bajo el imperio de la norma antigua y a todos sus efectos consumados o no», una retroactividad de grado medio «cuando la nueva norma se aplica a los efectos nacidos con anterioridad pero aún no consumados o agotados» y una retroactividad de grado mínimo «cuando la nueva norma sólo tiene efectos para el futuro aunque la relación o situación básica haya surgido conforme a la anterior».

El TS señala que la retroactividad de carácter mínimo es excluida por el TC y por el TS de la retroactividad en sentido propio, ya que la norma afecta a situaciones o relaciones jurídicas actuales no concluidas, con cita de las SSTC 42/1986, 99/1987, 227/1988, 210/1990 y 182/1997, y las SSTS de 18 Mar. 1995, 15 Abr. 1997 y 17 May. 1999. Como se recoge en la STS 3.ª Secc. 5.ª S 5 May. 2004, al recordar algunas de las afirmaciones del TC, traslada lo que sigue:

« Como recuerda la TC S 70/1988 (FJ 4), la prohibición constitucional de retroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados ni a las expectativas» [así puede leerse en el FJ 6 de la TC S 97/1990, de 24 May.].

«... no hay retroactividad cuando una Ley regula de manera diferente y pro futuro situaciones jurídicas creadas con anterioridad a su entrada en vigor y cuyos efectos no se han consumado, pues, como este Tribunal ha declarado en anteriores ocasiones --SSTC 42/1986, de 10 Abr. y 99/1987, de 11 Jun.-- , una norma es retroactiva, a los efectos del art. 9.3 de la Constitución, cuando incide sobre «relaciones consagradas» y «afecta a situaciones agotadas» y «lo que se prohíbe en

el art. 9.3 es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva Ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad» [así, en el FJ 9 de la TC S [227/1988](#), de 29 Nov.].

Es más, en orden al ámbito de aplicación del principio de irretroactividad establecido en aquel art. 9.3 conviene transcribir la siguiente doctrina del TC:

«... el principio de irretroactividad de las leyes consagrado en el art. 9.3 de la Constitución, concierne sólo a las sancionadoras no favorables y a las restrictivas de derechos individuales, en el sentido que hemos dado a esta expresión (TC SS [27/1981](#), de 20 Jul., FJ 10; [6/1983](#), de 4 Feb., FJ 2; [150/1990](#), de 4 Oct., FJ 8; [173/1996](#), de 31 Oct., FJ 3), a saber, que la "restricción de derechos individuales" ha de equipararse a la idea de sanción, por lo cual, el límite de dicho artículo hay que considerarlo como referido a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (del Título I de la Constitución) o en la esfera general de protección de la persona (TC S [42/1986](#), de 10 Abr., FJ 3)...» [así en el FJ 6 de la TC S [104/2000](#), de 13 Abr.].

Como es sabido, esa doctrina constitucional pretende evitar el peligro de que un entendimiento expansivo de aquel principio consagrara constitucionalmente una concepción excesivamente conservadora del ordenamiento jurídico, que tuviera efectos petrificadores del mismo o que limitara en exceso la acción del legislador. (...) ».

En el presente caso no puede concluirse que se dé un supuesto de retroactividad contraria al ordenamiento jurídico, por cuanto que la descalificación de la vivienda, o la posibilidad de descalificación en su momento, y desde la perspectiva de la recurrente prevista bajo las pautas de la discrecionalidad por la Administración, no podía considerarse sino efectivamente una expectativa, esto es, la aplicación de la prohibición de descalificación a petición de los interesados en los términos que derivan del art. 6.1 del Decreto 306/2000, que es lo que aquí interesa, vigente cuando se solicitó la descalificación, en relación con la regulación preexistente plasmada en el Decreto 213/96, de 30 de julio, vigente cuando se procedió a calificar la vivienda como de protección oficial, que preveía la descalificación discrecional a petición de la propiedad, no puede considerarse que sea una aplicación retroactiva prohibida por el ordenamiento jurídico, y ello por cuanto que estamos ante un supuesto en el que ni se había pedido la descalificación, ni menos aún se había concedido.

Por lo demás, ninguna incidencia puede tener a estos efectos la nueva regulación surgida tras el Decreto 315/2002, de 30 de diciembre, porque es una normativa que entró en vigor, no sólo con posterioridad a la solicitud de descalificación, sino con posterioridad a la resolución recurrida, sin que relevancia tengan a estos efectos las críticas que lanza la recurrente a la Administración cuando señala que la Administración hubiera tenido conocimiento cuando resolvió sus peticiones de los trámites o proyectos tendentes a la modificación del régimen, y en concreto de elaboración del citado Decreto 315/2002. Como hemos de concluir que la aplicación en este caso del Decreto 306/2000 no supone aplicación retroactiva prohibida por el ordenamiento jurídico, ha de concluirse en la desestimación del recurso, sin que proceda hacer valoraciones complementarias, que en el fondo es lo que hizo la sentencia apelada, en relación con la hipótesis, que como hemos visto no se da, de tener que aplicar el régimen jurídico vigente cuando se calificó la vivienda, esto es, el Decreto 313/96 y el régimen en ella previsto de posibilidad discrecional de conceder la descalificación a petición de la propiedad, ámbito en el que evidentemente la Administración debía resolver bajo las pautas en las que debe actuar cuando actúa discrecionalmente, que como se dice por la apelante no ha de coincidir con la arbitrariedad prohibida por el ordenamiento jurídico, estando ante una de las pautas impuestas por el art. 9.3 de la Constitución, por cuanto que prohíbe la actuación arbitraria de los poderes públicos en general.

En conclusión, la posibilidad de descalificar la vivienda estando al régimen jurídico vigente cuando se otorgó la calificación, no puede considerarse un derecho adquirido, sino una expectativa, por lo que si la normativa posterior suprime la posibilidad de descalificación, no puede considerarse que sea una aplicación retroactiva prohibida por la Constitución y por el ordenamiento jurídico.

En relación con las pautas seguidas en el expediente seguido por D. Bartolomé y Julieta - recurso 209/2002 - en relación con la prueba documental incorporada al rollo de apelación, no puede concluirse sino que se ha actuado de forma igual que con la recurrente, por cuanto inicialmente respecto a la petición de descalificación se dio respuesta por la resolución de 18 de enero de 2003, denegatoria de la descalificación en aplicación directa del art. 6.1 del Decreto 306/2000, como fue en el caso de la apelante; a dichos interesados se les habría reconocido con posterioridad la descalificación con aplicación de la normativa plasmada en el Decreto 315/2002, debiéndose concluir que la actuación respecto a la apelante hubiera sido idéntica de haberse reiterado la petición de descalificación bajo el nuevo régimen jurídico, dado que en caso de aplicación distinta, es cuando se podía haber traído a colación la aplicación de la norma por la Administración en disconformidad con el principio de igualdad, circunstancia que como hemos dicho no concurre en nuestro supuesto, porque la recurrente en ningún momento vino a solicitar la descalificación bajo la vigencia del citado Decreto 315/2002 por cuanto que, como hemos anticipado, ya había vendido con anterioridad su vivienda.

Por todo ello, ha de concluirse en la desestimación del recurso de apelación y confirmación de la sentencia apelada en cuanto desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto.

OCTAVO.- Estando a los criterios en cuanto a costas establecidos en el art. 139.2 de la Ley de la Jurisdicción, a pesar del pronunciamiento desestimatorio, no se hace especial pronunciamiento a cargo de la apelante, al considerar que los antecedentes y circunstancias analizadas configura supuesto en el que se justifica la no imposición de costas.

Es por los anteriores fundamentos por los que este Tribunal pronuncia el siguiente,

FALLO

Que, desestimando el recurso de apelación 242/2004 interpuesto por D^a. Rocío contra la sentencia 42/2004 de 26 de marzo. del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Donostia-San Sebastián. por la que se desestimó el recurso 266/2002, seguido por los trámites del procedimiento ordinario, dirigido contra resolución de 8 de mayo de 2002 del Director de Servicios del Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco, por la que se desestimó el recurso de alzada interpuesto contra resolución de 4 de enero de 2002 de la Delegada Territorial de Guipúzcoa, por la que se denegó, en el expediente NUM000 , la descalificación de la vivienda sita en el nº NUM004 - NUM002 NUM003 . de la CALLE000 de Rentería, debemos confirmar la sentencia apelada. Sin costas.

Devuélvase al Juzgado de procedencia los autos originales y el expediente administrativo para la ejecución de lo resuelto, junto con testimonio de esta resolución.

Esta resolución es firme y contra la misma no cabe recurso alguno.

APE: 242/04

PUBLICACIÓN.-

Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo la Secretario doy fe, en Bilbao a 27 de enero de 2005.