



Roj: **STSJ ICAN 5115/2012 - ECLI:ES:Tsjican:2012:5115**

Id Cendoj: **38038330012012100360**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **1**

Fecha: **20/01/2012**

Nº de Recurso: **287/2007**

Nº de Resolución: **26/2012**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **ANA TERESA AFONSO BARRERA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Recurso núm. 287/07

Il'tmos. Sres:

PRESIDENTE (por sustitución)

Don Pedro Hernández Cordobés

MAGISTRADOS

Don Rafael Alonso Dorronsoro

Doña Ana Teresa Afonso Barrera (Ponente)

=====

En Santa Cruz de Tenerife, a veinte de enero de dos mil doce

VISTO, en nombre del Rey por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, el recurso nº 287/07 interpuesto por la CONFEDERACION SINDICAL DE COMISIONES OBRERAS DE CANARIAS, representada por la Procuradora Sra. Beltrán Gutiérrez y dirigida por el Letrado Sr. Brito Pérez, siendo Administración demandada la de la Comunidad Autónoma de Canarias, representada y dirigida por el Letrado del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, versando sobre impugnación de disposición general, siendo Ponente, por sustitución, la Ilma.Sra. Magistrada D^a. Ana Teresa Afonso Barrera, ha dictado, EN NOMBRE DE S.M. EL REY, la presente sentencia con base en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Decreto 138/2007, de 24 de mayo, se establece el régimen de adjudicación de las viviendas protegidas de promoción pública de titularidad del Instituto Canario de la Vivienda (BOC nº 114, de 8 de junio de 2007).

SEGUNDO.- El sindicato recurrente formalizo demanda solicitando se dicte sentencia por la que se estime la demanda, declarando la nulidad del Decreto impugnado y de todos los actos posteriores derivados del primero.

TERCERO.- De la demanda se dio traslado a la Administración demandada, que contestó a la misma pidiendo que se dicte sentencia declarando la inadmisibilidad del recurso, o, subsidiariamente, se desestime, con imposición de costas a la parte demandante.

CUARTO.- Recibido el juicio a prueba se practicó la propuesta y admitida, con el resultado que obra en autos, presentando las partes sus conclusiones, quedando los autos pendientes de señalamiento para votación y fallo

QUINTO.- Se han observado los preceptos legales que regulan la tramitación del proceso contencioso-administrativo.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Plantea la Administración demandada dos causas de inadmisibilidad: desviación procesal y falta de actuación administrativa impugnables.

En el escrito de interposición del presente recurso contencioso-administrativo, el sindicato recurrente fija como objeto de esta impugnación el Decreto 138/2007, de 24 de mayo, que establece el régimen de adjudicación de las viviendas protegidas de promoción pública de titularidad del Instituto Canario de la Vivienda y, posteriormente, en el suplico de la demanda interesa la nulidad del citado Decreto y "de todos los actos administrativos derivados del primero".

Es reiterada la doctrina jurisprudencial que señala que la delimitación del objeto del litigio en un proceso contencioso-administrativo se hace en dos escritos distintos, uno, en el de interposición del recurso en el que habrá de indicarse el acto o disposición contra el que se formula y, otro, en el de la demanda, en el que con relación a aquellos se deducirán las pretensiones que se interesan, sin que sea lícito extenderlas a actos (disposiciones, inactividad o actuaciones) distintos de los inicialmente delimitados sin haber guardado los requisitos propios de la acumulación.

Se trata, pues, de un acto complejo, escindido en dos trámites por la razón práctica de tener a la vista el expediente para formular la demanda, pero con identidad objetiva y subjetiva, por lo que debe darse entre ambos una estrecha correlación, consistente en que la demanda no puede referir la impugnación a actos o disposiciones no mencionadas en el escrito de interposición. Por consiguiente, la fijación del acto objeto del recurso se hace en el escrito de interposición y ninguna norma procesal permite cambiar el objeto del proceso en la demanda, quedando fuera del proceso toda consideración sobre el acto que no fue impugnado en el escrito de interposición, lo que obliga solo a tener en cuenta la pretensión del escrito inicial o de interposición del recurso, so pena de incurrir en desviación procesal.

Ahora bien, pero ello solo quiere decir, a tenor de lo expuesto, que ha de quedar fuera del recurso contencioso-administrativo interpuesto cualquier pretensión que no se refiera al acto impugnado. Pero no que también quede amparado en esa desviación procesal y su consecuencia de inadmisibilidad, aquel acto concreto que si lo fue y respecto del que se argumentó suficiente (STS, de 5 de julio de 2004).

En aplicación de dicha doctrina, no pueden ser estimadas las causas de inadmisibilidad invocadas respecto al Decreto 138/2007 que es el objeto de esta impugnación y con respecto al cual la parte actora ha realizado sus alegaciones y argumentaciones, pero si de "todos los actos posteriores derivados del primero", con respecto a los cuales si procede la causa de inadmisibilidad alegada al no constar acreditada la existencia de dichos actos administrativos y, aun cuando constase acreditada su existencia, no resultan concretados, lo que debió haber sido objeto de impugnación en el escrito de interposición del recurso.

Entrando a examinar el Decreto cuestionado, concreta el sindicato recurrente la impugnación en los siguientes artículos: artículo 3, letras g) y h); el artículo 9.2 e); el artículo 18.2 y 19; el artículo 23.2 y 4 y, por último, el artículo 33.4.

SEGUNDO.- Señala el sindicato recurrente que el artículo 3, referido a los requisitos generales para ser adjudicatario de una vivienda de promoción pública de titularidad del Instituto Canario de la Vivienda, cuando en la letra g) exige haber residido ininterrumpidamente en la Comunidad Autónoma de Canarias con al menos siete años de antelación a la fecha de la publicación del anuncio de promoción de vivienda, artículo 14, o bien quince años cuando dicha residencia hubiese sido de forma interrumpida y en la letra h) exige que el titular de la unidad familiar resida o trabaje ininterrumpidamente en el municipio donde radica la vivienda protegida con, al menos, dos años de antelación a la fecha de la publicación del anuncio de promoción de las viviendas, vulnera los artículos 14, 19 y 139 de la Constitución, principio de igualdad y libertad de residencia y circulación, así como el artículo 13 de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y los artículos 37, 47 y 48.2 de la Ley 2/2003, de 30 de enero, de Vivienda de Canarias, estableciendo criterios discriminatorios y desigualdades entre españoles y extranjeros residentes en Canarias en el acceso a viviendas de promoción pública.

El Tribunal Constitucional en materia de igualdad ante la ley viene declarando desde la STC 2/1981, de 2 de julio, que "el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 CE, sino tan solo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes



de una justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad, en suma, son las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos" (STC 200/2001, de 4 de octubre , fundamento jurídico 4º y STC 88/2005, de 18 de abril , fundamento jurídico 5º, entre otras).

Poniendo en relación la doctrina anteriormente transcrita con el artículo 13 de la LO 4/2000 , que reconoce a los extranjeros residentes el derecho acceder al sistema público de ayudas en materia de vivienda en las mismas condiciones que los españoles, resulta que el Decreto impugnado establece unos requisitos generales para ser adjudicatario de una vivienda protegida de promoción pública aplicables tanto a los nacionales españoles como a los extranjeros, por lo que difícilmente se puede hablar de discriminación cuando el tratamiento jurídico ofrecido a ambos colectivos (nacionales y extranjeros) es idéntico.

En relación a la pretendida vulneración de los derechos a la libertad de circulación y residencia, artículo 19 CE , se limita el recurrente a efectuar una genérica invocación de tales derechos, sin especificar en que se concreta la vulneración de tales derechos en relación con lo que disponen los apartados g) y h) del artículo 3 del Decreto impugnado, sin aportar tampoco elemento probatorio alguno que acredite la vulneración invocada.

Alega asimismo el recurrente que la exigencia de un periodo de residencia vulnera el artículo 37 de la Ley de Vivienda de Canarias (en adelante, LVC) que fija los requisitos de acceso para acceder a la vivienda protegida, el artículo 47 que fija los criterios de adjudicación y el artículo 48.2 que dispone el procedimiento y los requisitos para la adjudicación de las viviendas de promoción pública.

El Decreto impugnado se dicta sobre la base de la habilitación recogida en la Disposición Final Primera de la Ley 2/2003, de Vivienda de Canarias , que autoriza al Gobierno para dictar las disposiciones reglamentarias necesarias para desarrollo y cumplimiento de la misma.

La Ley de Vivienda de Canarias contempla en los preceptos invocados los contenidos y principios básicos en materia de adjudicación de viviendas de promoción pública y como tales requisitos mínimos, el artículo 37 establece que la vivienda se destine a residencia habitual y permanente del titular y, en su caso, de su unidad familiar, que el interesado no supere los requisitos de capacidad económica que se fijan para cada régimen de vivienda y que se tenga su condición de residente en alguno de los municipios de la Comunidad Autónoma de Canarias y lo que hace el apartado h) del artículo 3 es complementar esos requisitos mínimos al exigir la residencia concreta en el municipio donde radica la vivienda protegida y fija un límite temporal a dicha residencia, dos años de antelación computados en la forma que prevé el propio precepto, cumpliéndose lo dispuesto en el artículo 37.3 LVC que remite expresamente a la regulación reglamentaria la fijación de los requisitos objetivos y subjetivos complementarios para cada clase de viviendas y su financiación.

En este mismo sentido, el requisito del apartado g) del artículo 3, que exige un determinado periodo de residencia en la Comunidad Autónoma de Canarias no es más que un requisito complementario fijado reglamentariamente al igual que otros que exige el propio Decreto, que no han sido impugnados, unos de carácter subjetivo como la necesidad de ser mayor de edad o bien, de naturaleza objetiva, la necesaria inscripción como demandante de vivienda en un registro público de demandantes de vivienda protegidas de Canarias.

Los dos requisitos examinados, periodo de residencia en la Comunidad Autónoma y en el municipio donde radica la vivienda protegida encuentran, además, su razón de ser, en el elemento teleológico que justifica la existencia de viviendas de protección pública, facilitar el acceso a este tipo de viviendas de aquellas familias más necesitadas que tienen especial dificultad o están imposibilitados para acceder al mercado inmobiliario y evitar, a exigir ese punto de conexión con el territorio, que se den situaciones fraudulentas o especulativas en dicho mercado.

TERCERO.- Se impugna el artículo 9 que establece cupos especiales, concretamente, el apartado 2 letra e) que dispone "Cupo para mujeres víctimas de malos tratos: previsto para aquellas demandantes que hayan sido, declaradas por sentencia firme, víctimas de malos tratos y se hallen como consecuencia de ello sujetas a un programa de acogida".

Alega el recurrente que la exigencia de una sentencia firme que declare que la mujer es víctima de malos tratos, vulnera el artículo 37 de la Ley Territorial 16/2003, de 8 de abril , de Prevención y Protección integral de las mujeres contra la violencia de género, que dispone "De acuerdo con la legislación sectorial aplicable, las mujeres víctimas de violencia de género tendrán acceso prioritario a una vivienda social, en virtud de los informes sociales que así lo acrediten y aconsejen; así mismo tendrán acceso prioritario aquellas mujeres

víctimas de violencia que abandonen las Casas de Acogida o los Pisos Tutelados una vez transcurrido el período de estancia en los mismos", exigiendo solamente la existencia de informes sociales que así lo acrediten o bien cuando abandonen las casas de acogida o pisos tutelado una vez transcurrido el periodo de estancia en los mismos; y vulnera también el artículo 47 LVC que prevé en su nº 4 reservar en cada grupo de viviendas un porcentaje que se determinara reglamentariamente designado a mujeres víctimas de malos tratos.

El precepto ahora impugnado va más allá de lo que exige tanto la Ley de Vivienda de Canarias, que le sirve de título habilitante, en cuyo artículo 47.4, se refiere a un cupo especial para mujeres víctimas de malos tratos así como lo dispuesto en los artículos 27, 28, 30 y 37 de la Ley 16/2003, anteriormente citada, que se refiere en todo momento a mujeres víctimas de malos tratos o en situación de riesgo, sin exigir la existencia de una sentencia y mucho menos firme de la que se derive la existencia de una situación de maltrato, debiendo, en todo caso, la Administración evitar que la simple denuncia de malos tratos pueda dar lugar a la inclusión en este cupo especial, valorando otros datos y circunstancias que acrediten dicha situación.

En consecuencia, procede declarar la nulidad de la exigencia de una sentencia firme prevista en el artículo impugnado.

CUARTO.- Se impugna el artículo 18 referido a las modalidades de adjudicación de las viviendas, concretamente, la adjudicación mediante "sorteo" prevista en el número 2 de dicho precepto, que dispone: "En el supuesto de que el número de viviendas asignadas a cada cupo resulte igual o superior al número de demandantes que concurren al mismo, la adjudicación de las viviendas se hará de forma directa, en caso contrario, se llevará a cabo mediante sorteo" en relación con el artículo 19 que desarrolla la forma de llevar a cabo dicho sorteo.

Alega el sindicato recurrente que este sistema de adjudicación, el sorteo, vulnera el artículo 47 LVC cuyo apartado 1º recoge los principios generales que deben presidir el procedimiento de adjudicación de viviendas, justicia, equidad y solidaridad, fijando en el apartado 2º una serie de criterios que son los que han de tenerse en cuenta en relación con la unidad familiar del solicitante: composición, recursos económicos- renta familiar y patrimonio, régimen de uso y condiciones de habitabilidad de los alojamientos que ocupe, hacinamiento, familias en situación de riesgo, pudiendo con ese sistema de sorteo incurrir en un claro fraude de ley al favorecer la adjudicación a solicitantes con mejor posición económica y/o social que otros.

Los principios que informan la adjudicación de las viviendas son la justicia, la equidad y la solidaridad y, para el cumplimiento y efectividad de los mismos, la ley dispone de una serie de criterios, los que recoge el apartado 2º del artículo 47, que constituyen una lista cerrada que solo puede ser interpretada de una forma.

Dentro de cada cupo, el general y los cupos especiales, los interesados deben ser ordenados en razón de la concurrencia de tales criterios, elaborando una lista jerarquizada en razón de la puntuación que los demandantes inscritos en el Registro pudieran obtener, de forma que se garantice como dice el artículo 47.1, último inciso, "el acceso a las mismas (viviendas) de las familias más necesitadas".

El sorteo no puede ser la forma habitual de adjudicación de viviendas cuando el número de viviendas en cada cupo es inferior al número de solicitantes porque si la ley fija criterios de adjudicación es para que los solicitantes de vivienda sean evaluados y puntuados en razón de tales criterios, lo que significa fijar un orden de prelación o preferencia para dar satisfacción a tales criterios.

Sin embargo, el precepto impugnado, artículo 18.2 no procede a ello sino que directamente y hasta el límite de viviendas a adjudicar se sortean sin dar cumplimiento a los señalados criterios.

Si estuviéramos ante casos iguales si sería admisible el sistema de sorteo previsto pero a la vista de que el artículo 47.2 fija una serie de criterios, es exigible la baremación y puntuación de cada uno de los solicitantes, elaborando una lista con el resultado de dicha baremación, la puntuación total obtenida por cada uno de los demandantes y, con base en la misma, adjudicar las viviendas siguiendo el orden de prelación fijado.

En consecuencia, procede declarar la nulidad del artículo 18.2 y el artículo 19 que desarrolla la forma de celebrar el sorteo.

QUINTO.- También son objeto de impugnación los apartados 2º y 4º del artículo 23.

El artículo 23 regula la adjudicación de viviendas vacantes: "1. Las viviendas que, habiendo sido adjudicadas para su primera ocupación, quedaran posteriormente vacantes, serán objeto de una nueva adjudicación a favor de los demandantes que integren la lista de reserva del correspondiente cupo, en tanto la misma se encuentre en vigor. 2. Si la lista de espera no estuviera vigente por el transcurso del plazo de un año al que se refiere el apartado cuarto del artículo 20 de este Decreto, el Director del Instituto Canario de la Vivienda, a propuesta del Ayuntamiento correspondiente y previa emisión del correspondiente informe social, procederá



a la adjudicación de la vivienda vacante a favor de alguno de los demandantes, que hallándose inscrito en el Registro Público de Demandantes de Vivienda de Canarias, reúna los requisitos exigidos en este Decreto para resultar adjudicatario...4. Las adjudicaciones posteriores a la segunda adjudicación se registrarán por lo establecido en el presente artículo".

Alega el recurrente que los procedimientos de adjudicación que en dichos apartados se establecen vulneran los principios generales de publicidad, concurrencia y transparencia regulados en el artículo 48.2 LVC, impidiendo la participación de nuevos solicitantes de vivienda asumiendo el Director del Instituto Canario de Vivienda la decisión de adjudicar las vacantes.

Los citados apartados contradicen los principios en que se inspira la adjudicación de viviendas al permitir en este caso, cuando la lista de espera no está vigente, que se adjudique la vivienda "a favor de alguno" de los demandantes que se halle inscrito en el Registro. Se regula un procedimiento de adjudicación al que no se le da ninguna publicidad y que carece de la concurrencia porque no permite la participación de otros solicitantes, además de no ser transparente porque nada se sabe de los motivos que sustentan la propuesta, vinculante para el Director del Instituto Canario de la Vivienda, del Ayuntamiento correspondiente.

Se trata, asimismo, de un procedimiento que no es objetivo porque la adjudicación no se realiza conforme a los criterios legales del artículo 47.2 LVC ni a ningún otro criterio y además es un procedimiento que no garantiza el acceso a una vivienda de promoción pública a las familias más necesitadas como exige el artículo 47.1 LVC.

A lo anteriormente señalado hay que añadir que la anulación del apartado 2 del artículo 18 y el artículo 19 sobre el sorteo como modo de adjudicación de las viviendas que integran la promoción por no baremar las solicitudes, conlleva la anulación de la lista de reserva que se forma con base en dicho sorteo, arrastrando la anulación de este precepto.

Con base en lo expuesto, procede declarar la nulidad de todo el artículo 23.

SEXTO.- Por último, impugna el sindicato recurrente el artículo 33.4 del Decreto cuyo tenor literal es el siguiente: " El incumplimiento respecto a las viviendas protegidas de promoción pública en régimen de compraventa de alguna de las condiciones o limitaciones establecidas en la Ley 2/2003, podrá dar lugar a la comisión de alguna de las infracciones previstas en dicha ley y, en su caso, aparte de la sanción que corresponda y como medida complementaria, a la expropiación de la vivienda por incumplimiento de la función social de la propiedad", alegando que se regula una medida complementaria a la sanción en caso de incumplimiento, la expropiación, que está sometida al principio de reserva de ley, no apareciendo tal medida en la Ley de Vivienda de Canarias.

El artículo 41 de la LO10/1982, de 10 de agosto, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía de Canarias, reconoce que en el ejercicio de sus competencias, la Comunidad Autónoma gozará de las potestades y privilegios propios de la Administración del Estado, entre los que se comprenden: b) La potestad expropiatoria, incluida la declaración de urgente ocupación de los bienes afectados y el ejercicio de las restantes competencias de la legislación expropiatoria atribuidas a la Administración del Estado cuando se trate de materia de competencia de la Comunidad Autónoma

Reconocida la potestad expropiatoria a la Comunidad Autónoma de Canarias en materias de su competencia, habrá que analizar el ejercicio de esta potestad en materia de vivienda protegida, ostentando la Comunidad Autónoma competencia exclusiva en materia de vivienda tal como dispone el artículo 148.1.3 CE y el artículo 30.15 del Estatuto de Autonomía.

En desarrollo de tal competencia, se aprobó la Ley 2/2003, de 30 de enero, de Vivienda de Canarias, en cuyo artículo 1 se plasma como objeto de la misma: "regular las acciones que permitan hacer efectivo el derecho a una vivienda digna y adecuada, previsto en el artículo 47 de la Constitución, en el territorio de la Comunidad Autónoma de Canarias, en ejercicio de las competencias que le atribuye el Estatuto de Autonomía".

A lo largo del articulado de la meritada Ley, se contienen diversas referencias a la institución de la expropiación: Artículo 4 fija como competencia de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias el ejercicio de la potestad expropiatoria para la ejecución de los Planes de Vivienda; artículo 7 sobre el Instituto Canario de la Vivienda y sus competencias, el artículo 17.3 que reconoce al Instituto Canario de la Vivienda la condición de beneficiario a efectos de expropiación forzosa cuando sea preciso para el cumplimiento de sus fines, tramitando a tal efecto los correspondientes expedientes y, por último, en relación a esta medida complementaria, dispone el artículo 90. 1 LVC, bajo la rubrica "Medidas complementarias" lo siguiente: " La comisión de infracciones graves o muy graves en materia de viviendas de protección oficial podrá dar lugar, independientemente de las sanciones que correspondan, al desahucio, la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad o la pérdida del derecho de uso, de conformidad con la legislación vigente".



A tenor de todo lo expuesto, existe habilitación legal expresa para recurrir al instrumento expropiatorio en los supuestos de incumplimiento de la función social de la propiedad, debiendo desestimarse la alegación efectuada.

SEPTIMO.- No se aprecian motivos para imponer las costas a ninguna de las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 LJCA .

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, con sede en Santa Cruz de Tenerife, ha dictado el siguiente

FALLO

1º Declarar la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo en relación con los actos indeterminados posteriores al Decreto impugnado

2º Declarar nula la exigencia de una sentencia firme que declare a la mujer víctima de malos tratos contenida en el artículo 9.2 letra e).

3º Declarar la nulidad de los artículos 18.2, 19 y 23.

4º Declarar no haber lugar a los restantes pedimentos.

5º No hacer especial pronunciamiento en materia de costas.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.