



Roj: **STSJ ICAN 209/2016 - ECLI:ES:Tsjican:2016:209**

Id Cendoj: **38038330012016100146**

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

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **1**

Fecha: **21/03/2016**

Nº de Recurso: **37/2016**

Nº de Resolución: **138/2016**

Procedimiento: **Cuestión de Ilegalidad**

Ponente: **MARIA DEL PILAR ALONSO SOTORRIO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

?

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA

Plaza San Francisco nº 15

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 479 385

Fax.: 922 479 424

Procedimiento: Cuestión de Ilegalidad

Nº Procedimiento: 0000037/2016

NIG: 3803845320130001350

Materia: Fomento

Resolución: Sentencia 000138/2016

Proc. origen: Cuestión de Ilegalidad Nº proc. origen: 0000361/2013-00

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 4 de Santa Cruz de Tenerife

Intervención: Interviniente: Procurador:

Demandante CONSTRUCTORA PROMOTORA ANIA TENERIFE, S.L. CARMEN BLANCA MERCEDES ORIVE RODRIGUEZ

Demandado INSTITUTO CANARIO DE LA VIVIENDA

### **SENTENCIA**

Ilmo. Sr. Presidente Don Pedro Manuel Hernández Cordobés

Ilma. Sra. Magistrado Doña María del Pilar Alonso Sotorrío (Ponente)

Ilma. Sra. Magistrado Doña Adriana Fabiola Martín Cáceres

En Santa Cruz de Tenerife a 21 de marzo de 2016, visto por esta Sección Primera de la SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANARIAS, con sede en Santa Cruz de Tenerife, integrada por los Señores Magistrados anotados al margen, el recurso Contencioso-Administrativo seguido con el nº 37/2016, cuyo objeto lo constituye la cuestión de ilegalidad relativa a la DT 4º del Decreto 77/2012, planteada mediante Auto dictado por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 4 de esta capital que ha sido publicado en el Boletín Oficial de Canarias de fecha 2 de febrero del 2016, habiendo intervenido como Administración demandada INSTITUTO CANARIO DE LA VIVIENDA actuando bajo la representación y defensa del Letrado de su Servicio Jurídico, se ha dictado EN NOMBRE DE S.M. EL REY, la presente sentencia con base en los siguientes:



## ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO : Pretensiones de las partes y hechos en que las fundan

A.- La presente cuestión de ilegalidad se ha planteado por auto de fecha 2 de octubre del 2015 en relación a la DT 4º del Decreto 77/2012, de 30 de agosto que modifica el anterior Decreto 135/2009, de 20 de octubre.

B.- La representación procesal de la Administración demandada se opuso a la pretensión e interesó que se dictase sentencia por la que se desestimase el recurso.

C.- Quedando las actuaciones pendientes de señalamiento para la votación y fallo, teniendo lugar la reunión del Tribunal el pasado día 18, habiéndose observado las formalidades legales en el curso del proceso, dándose el siguiente resultado y siendo ponente el Ilma. Sra. Magistrado Doña María del Pilar Alonso Sotorrío que expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Objeto del recurso

Constituye el objeto del presente recurso la cuestión de ilegalidad que se planteó por auto de fecha 2 de octubre del 2015 dictado por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 4 de esta capital en relación a la DT 4º del Decreto 77/2012, de 30 de agosto que modifica el anterior Decreto 135/2009, de 20 de octubre.

El auto dictado plantea la cuestión de ilegalidad por las consideraciones siguientes:

El precepto cuestionado contenido en el Decreto 77/2012, que entró en vigor en 8 de septiembre del 2012, impone un plazo que vencía el 31 de diciembre anterior, ocho meses antes del nacimiento de la norma.

No es realmente una disposición transitoria sino que regula un plazo de imposible cumplimiento.

Tal como se dijo en la sentencia en su día dictada, la aplicación retroactiva de un plazo no previsto con anterioridad resulta contraria a la mas elemental seguridad jurídica y resulta una condición desfavorable y excluyente.

Imponer un plazo de vencimiento hacia el pasado con efectos desfavorables para los solicitantes de subvención impide el cumplimiento del plazo por ser inexistente a dicho momento.

La Administración demandada contesta a la demanda solicitando su desestimación por entender que:

La DT 4º regula el régimen jurídico aplicable a aquellas solicitudes presentadas y no resueltas a la fecha de entrada en vigor del Decreto 77/2012 , esto es el 8/9/2012.

Para ello se establecido un régimen general y transitorio fijando la pervivencia o ultra-actividad de la ley antigua para regular las situación jurídicas iniciadas con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva.

El régimen transitorio regular las solicitudes presentadas hasta el 1/1/2012 y el Decreto 87/2011 de 15 de abril las presentadas a partir de dicha fecha.

SEGUNDO: El Tribunal constitucional en sentencia nº 270/2015, de 17 de diciembre, recaída en el recurso nº 5347/2013 señala, en relación a la retroactividad y sus limites, que "el límite expreso de la retroactividad in peius de las leyes que el art. 9.3 CE (LA LEY 2500/1978) garantiza, se circunscribe a las leyes ex post facto sancionadoras o restrictivas de derechos individuales. Fuera de estos dos ámbitos, nada impide al legislador dotar a la ley del grado de retroactividad que considere oportuno, ya que de lo contrario se podrían producir situaciones de congelación o petrificación del ordenamiento jurídico ( STC 49/2015, de 5 de marzo (LA LEY 13638/2015), FJ 4). Como ya señalábamos desde nuestros primeros pronunciamientos ( SSTC 42/1986, de 10 de abril (LA LEY 563- TC/1986), FJ 3, y 65/1987, de 21 de mayo (LA LEY 12258-JF/0000), FJ 19), lo que se prohíbe en ese art. 9.3 CE (LA LEY 2500/1978) es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores. La irretroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas [por todas, SSTC 99/1987, de 11 de junio (LA LEY 12344- JF/0000), FJ 6 b), y 178/1989, de 2 de noviembre (LA LEY 1372-TC/1990), FJ 9], de forma que sólo puede afirmarse que una norma es retroactiva a los efectos del art. 9.3 CE (LA LEY 2500/1978) cuando incide sobre relaciones consagradas y afecta a situaciones agotadas [

STC 99/1987 (LA LEY 12344-JF/0000), FJ 6 b)], supuesto en el que la prohibición de retroactividad operaría plenamente y solo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio. Por el contrario, en el caso de la retroactividad impropia, que incide en situaciones no concluidas, hay que reconocer al legislador un amplio margen de libertad, de suerte que no entran dentro del ámbito de la



retroactividad prohibida las disposiciones que, carentes de efectos ablativos o peyorativos hacia el pasado, despliegan su eficacia inmediata hacia el futuro aunque ello suponga incidir en una relación o situación jurídica aún en curso.

En suma, conforme a la doctrina de este Tribunal, el art. 9.3 CE (LA LEY 2500/1978) no contiene una prohibición absoluta de retroactividad que conduciría a situaciones congeladoras del ordenamiento contrarias al art. 9.3 CE (LA LEY 2500/1978) ( STC 126/1987, de 16 de julio (LA LEY 12478-JF/0000), FJ 11), ni impide que las leyes puedan afectar a derechos e intereses derivados de situaciones jurídicas que siguen produciendo efectos, pues no hay retroactividad proscrita cuando una norma regula pro futuro situaciones jurídicas creadas con anterioridad a su entrada en vigor o cuyos efectos no se han consumado, ya que el legislador puede variar ex nunc el régimen jurídico preexistente de los derechos individuales, siempre que se ajuste a las restantes exigencias de la Constitución ( STC 227/1988, de 29 de noviembre (LA LEY 2428/1988), FJ 9). "

TERCERO: En el presente recuso la cuestión de ilegalidad se plantea en el Auto de fecha 2 de octubre del 2015 dictado por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 4 de esta capital en relación a la DT 4º del Decreto 77/2012, de 30 de agosto, sobre Promoción y Fomento del Suelo , al estimar que habiendo entrado en vigor al día siguiente de su publicación, es decir el 8/9/2012, sin embargo la DT impone un plazo que venció el 31/12/2011, es decir, ocho meses antes del nacimiento de dicha norma, estimando que no es una disposición transitoria que regule una situación jurídica previa otorgamiento tal régimen transitorio sino que "regula un plazo de imposible cumplimiento, de manera que origina una restricción o situación gravosa proyectándola sobre el pasado".

Tal como señaló la sentencia en su día dictada en la instancia y confirmada por esta Sala "la aplicación retroactiva de un plazo no previsto con anterioridad resulta contrario a la mas elemental seguridad jurídica y resulta una condiciones desfavorable y excluyente, imponer un plazo de vencimiento hacia el pasado con efectos desfavorables" - sentencia juzgado de fecha 24/7/2014 - y "dada la derogación del Decreto 135 por el nuevo 77 que tuvo lugar el 8/9/2012, el régimen transitorio no previó que ocurría con las solicitudes efectuadas bajo la vigencia de aquel, el 135/2009, así el caso del recurrente que lo presentó conforme a la normativa vigente el 31 de enero del 2012, y que el decreto 77 no estableció régimen transitorio alguno para las presentadas a partir del 1 de enero del 2012 y hasta su entrada en vigor.

Desde luego la situación creada por el nuevo Decreto implica una retroactividad en cuanto a la anulación de los preceptos en los que sustentaba la solicitud que es contraria a los principios básicos de nuestro ordenamiento, la propia CE prohíbe la retroactividad de las disposiciones sancionadoras o restrictivas de derechos,, por todo ello no cabe más que confirmar íntegramente la sentencia impugnada, al ser conforme a derecho. " ( sentencia Sala 7/7/2015 ).

Alega la administración demandada que en relación a las presentadas a partir del 1 de enero del 2012 le será de aplicación el Decreto 87/2011 de 15 de abril que entró en vigor el 28 de abril del 2011 y que modificó el Decreto 135/2009 de 20 de octubre y es posteriormente afectado por el Decreto 77/2012.

Sin embargo olvida que dicho Decreto 87/2011 modificó el anterior 135/2009 y le es de aplicación también a las presentadas antes del 31 de diciembre, pues su entrada en vigor y aplicabilidad no constituye objeto de discusión entre las partes, y, en todo caso, quedó derogado por el Decreto 77/2012.

Lo cierto es que si tal como señala la demandada se establecido con un régimen transitorio la pervivencia o ultra actividad de la ley antigua para regular las situaciones jurídicas iniciadas con anterioridad a la entrada en vigor de la ley nueva", debería haber tenido en cuenta todas las situación jurídicas anteriormente iniciadas, y no solo las comprendidas hasta el 31 de diciembre del 2011 sino hasta su entrada en vigor el 8/9/2012, sin que conste motivo o razón por la que quedaron excluidas de dicho régimen transitorio las iniciadas mediante presentación de solicitudes entre el 1 de enero y 7 de septiembre del 2012, generando una situación de retroactividad sancionada por la Constitución en el art. 9,3 , procediendo, en consecuencia, la estimación de la cuestión de ilegalidad planteada.

CUARTO: Sobre las costas procesales. De conformidad con lo previsto en el art. 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa , procede hacer expresa imposición de las costas a demandada.

## FALLO

En atención a lo expuesto, la Sala ha decidido estimar la cuestión de ilegalidad planteada mediante Auto de fecha 2/10/2015 en relación a la DT 4º del Decreto 77/2012 declarando la nulidad de la misma conforme a la fundamentación de la presente sentencia.

Con expresa imposición de las costas causadas demandada.



#### NOTIFICACIÓN Y DEPÓSITO CASACIÓN

Notifíquese esta resolución a las partes en legal forma haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe interponer ante esta Sala, por escrito y en el plazo de diez días hábiles, recurso de CASACIÓN del que conocerá la Sala correspondiente del Tribunal Supremo, debiendo, en su caso, la parte actora realizar el depósito previo de 50 euros en la cuenta de consignaciones de esta Sección, acreditándolo al interponer el recurso, sin lo cual no se admitirá a trámite el mismo, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ