

Roj: **STS 3612/2004 - ECLI:ES:TS:2004:3612**Id Cendoj: **28079130042004100216**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **4**Fecha: **25/05/2004**Nº de Recurso: **66/2002**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **ANTONIO MARTI GARCIA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Mayo de dos mil cuatro.

Visto por la Sección Cuarta de la Sala Tercera, compuesta por los Excmos. Sres. Magistrados citados del margen, el recurso de casación nº 66/2002, interpuesto por el Ayuntamiento de Logroño, que actúa representado por el Procurador D. Francisco José Abajo Abril y por la Asociación de Empresarios de la Construcción Promoción y Afines de la Rioja, que actúa representada por el Procurador D Manuel Infante Sánchez-Torres, contra la sentencia de 14 de noviembre de 2001, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja, recaída en el recurso contencioso administrativo 6/2000, en el que se impugnaba el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Logroño de 11 de noviembre de 1999, que desestima la reclamación formulada contra el Pliego de Condiciones refundido para la enajenación mediante concurso de parcelas adscritas al patrimonio municipal del suelo, con destino a la construcción de **viviendas** sujetas a regímenes de protección pública.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito de 12 de enero de 2000, la Asociación de Empresarios de la Construcción Promoción y Afines de la Rioja interpuso recurso contencioso administrativo contra el acuerdo del Ayuntamiento de Logroño de 11 de noviembre de 1999, y tras los tramites pertinentes el citado recurso contencioso administrativo terminó por sentencia de 14 de noviembre de 2000, cuyo fallo es del siguiente tenor: "Que, estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto, y en parte las pretensiones de la demanda, declaramos no ser conformes a Derecho las Condiciones numeradas como 5ª, 6ª:2ª, 24ª:1, 27ª, 28ª, 30ª, 35ª, 11.ª2 en cuanto a la exigencia de residencia habitual en los términos establecidos en la condición quinta-segunda, 18ª:1 y 4, 19.ª6, 32ª, 34.ª3 y 37ª del Pliego de Condiciones para la enajenación mediante concurso público de parcelas adscritas al Patrimonio Municipal del Suelo con destino a la construcción de **viviendas** sujetas a regímenes de protección pública, el que fue aprobado por el Pleno del Ayuntamiento de Logroño en sesión de 29 de Julio de 1999; condiciones que, en consecuencia anulamos. No se hace imposición de costas. "

SEGUNDO.- Una vez notificada la citada sentencia el Ayuntamiento de Logroño, por escrito de 4 de diciembre de 2001, y la Asociación de Empresarios de la Construcción Promoción y Afines de la Rioja por escrito de 10 de diciembre de 2001, manifiestan su intención de preparar recurso de casación y por providencia de 18 de diciembre de 2001, se tiene por preparado el recurso de casación, siendo las partes emplazadas antes esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- El Ayuntamiento de Logroño en su escrito de formalización del recurso de casación interesa se case y anule la sentencia recurrida y se declare la validez de las Condiciones del Pliego, 5, 6.2, 24.1, 27. 28. 30. 35. 11.2. 18, y 4. 19.6, 32 y 34.3, en base a los siguientes motivos de casación:"PRIMER MOTIVO.- Al amparo del art. 88.1.d) de la LJCA, por cuanto la Sentencia infringe los artículos siguientes: artículo 9.1 y 3, 47, 103.1, 128.2 y 140.1 de la CE. Artículos 3.1 y 4 de la CEAL. Artículos 25.2.d), 28 y Disposición Transitoria Segunda de la LRBRL. Artículo 280.1 del TRLRS. Artículo 1.5.b) del Real Decreto 1186/1998, de Medidas de financiación de actuaciones protegibles del Plan 1998-2001. SEGUNDO MOTIVO.- Al amparo del art. 88.1.d) de la LJCA,



por cuanto la sentencia infringe los artículos 4 de la LCAP, 111 del TRLRL y 1255 del Código Civil. TERCER MOTIVO.- Al amparo del art. 88.1.c) de la LJCA, por cuanto la sentencia infringe el art. 120.3 de la CE, 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, preceptos que obligan a motivar las sentencias. CUARTO MOTIVO.- Al amparo del art. 88.1.d) de la LJCA, por cuanto la sentencia infringe el art. 14 de la CE. QUINTO MOTIVO.- Al amparo del art. 88.1.d) de la LJCA, por cuanto la sentencia infringe EL ART. 87 DE LA LCAP, al anular en virtud de una incorrecta interpretación del mismo las Condiciones 18ª en sus apartados 1 y 4 y 19ª en su apartado 6. SEXTO MOTIVO.- Al amparo del art. 88.1.d) de la LJCA, por cuanto la sentencia infringe los artículos 4 de la LCAP, 111 del TRLRL y 2255 del Código Civil, al anular la Condición 32ª. SÉPTIMO MOTIVO.- Al amparo del art. 88.1.d) de la LJCA, por cuanto la sentencia infringe EL ART. 112.H) DE LA LCAP, relativa a la resolución de los contratos."

CUARTO.- La Asociación de Empresarios de la Construcción Promoción y Afines de la Rioja, en su escrito de formalización del recurso de casación interesa se case y anule la sentencia recurrida y se acuerde, lo siguiente:

1º).-Anular en su totalidad el "Pliego de Condiciones Refundido para la Enajenación Mediante concurso público de parcelas adscritas al patrimonio Municipal del Suelo, con destino a la Construcción de **viviendas** sujetas a regímenes de Protección Pública", aprobado mediante acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Logroño el día 29 de julio de 1999.

2º) Con carácter subsidiario del petitum precedente, declarar contraria a derecho y anular la Disposición Adicional del Pliego de Condiciones Refundido objeto de impugnación, manteniendo la sentencia recurrida en el resto de sus procedimientos.

En base a los siguientes, motivos de casación: "MOTIVO PRIMERO.- Al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. MOTIVO SEGUNDO.- Con carácter subsidiario del precedente, y para el caso de que el motivo primero de este recurso fuera desestimado, se formula este motivo segundo al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate."

QUINTO.- La Asociación de Empresarios de la Construcción Promoción y Afines de la Rioja, en su escrito de oposición al recurso de casación formalizado por el Ayuntamiento de Logroño interesa su desestimación.

Alegando en síntesis :A) Respecto al motivo primero de casación; a) que es el propio Ayuntamiento el que infringe el régimen de competencias en materia de **viviendas** establecido por el bloque constitucional; b) que no existe la pretendida justificación del mal llamado régimen de protección pública municipal, pues el Ayuntamiento no ha intentado probar, cuando le era fácil que no era posible construir en las parcelas municipales **viviendas** con una superficie no superior a 90 metros cuadrados útiles, aparte de que no existe una sola determinación en el planteamiento de Logroño sobre tales extremos, y que el artículo 168 de la Ley de Ordenación del Territorio y Urbanismo de la Rioja establece, con carácter imperativo que los terrenos del patrimonio municipal del suelo deben sujetarse a la construcción de **viviendas** sujetas a algún régimen de protección pública: sin olvidar que si hubiera habido en el planteamiento cualquier previsión sobre parcelas adscritas al patrimonio municipal del suelo hubiera resultado nula de pleno derecho; c) que el artículo 25 de la LBRU no ampara la actuación del Ayuntamiento, porque cualquier conclusión a partir del mismo choca frontalmente con lo dispuesto en el artículo 148,1, 3 de la Constitución y con el artículo 8 del Estatuto de Autonomía de la Rioja, según el que corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de ordenación del territorio, urbanismo y **vivienda**, y d) que el artículo 280 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 fue anulado por la sentencia 61-97 de 20 de marzo del Tribunal Constitucional. B) Respecto al motivo segundo de casación; a) que el hecho de que el artículo 4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establezca el principio de libertad de pactos no significa que el Ayuntamiento pueda sustraer al control jurisdiccional la legalidad de las condiciones de un Pliego de Condiciones Administrativas, ni que el Ayuntamiento quede dispensado del cumplimiento de las Leyes. C) Respecto al motivo tercero de casación, que la sentencia tiene la motivación suficiente y el hecho de que no guste esa argumentación a la Ayuntamiento no significa que la misma carezca de motivación. D) Respecto al motivo de casación cuarto, que no es la sentencia recurrida la que infringe el artículo 14 de la Constitución y si el Ayuntamiento, pudiéndose suscribir las argumentaciones del mismo pero para llegar a la conclusión contraria. E) Respecto al motivo de casación quinto, que no concurre la infracción denunciada en cuanto los criterios de adjudicación adolecen por completo de la imprescindible nota de objetividad, como exige el artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y además, de las razones de la sentencia, cabría agregar que el pliego de condiciones debía haber incluido el sistema concreto y específico para llevar a cabo la puntuación, por lo que nadie puede conocer cómo y porqué se le atribuye una determinada puntuación. F) Respecto al motivo de casación sexto, que debe ser rechazado tanto porque la condición 32 del Pliego es abusiva y desproporcionada,



como porque no tiene cobertura legal alguna. Y G). Respecto la motivo séptimo de casación, que debe ser rechazado, pues la aclaración de la Condición 34.3 no se corresponde con su literalidad y además debía haberse hecho constar en el Pliego y no extemporáneamente en este sede judicial.

SEXTO.- El Ayuntamiento de Logroño en su escrito de oposición al recurso de casación, formalizado por la Asociación de Empresarios para la Construcción Promoción y Afines de la Rioja, interesa su desestimación.

Alegando en síntesis respecto al primer motivo de casación, que de acuerdo con los propios términos de la sentencia recurrida no se produce infracción del artículo 64.2 porque la parte viciada no es de tal importancia que sin ella el acto no hubiera sido dictado y respecto al segundo motivo de casación, que el artículo 4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas admite la libertad de pactos y que además serían de aplicación los artículos 1091 y 1255 del Código Civil como supletorios.

SEPTIMO.- Por providencia de 6 de abril de 2004, se señaló para votación y fallo el día dieciocho de mayo del año dos mil cuatro, fecha en que tal diligencia ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La sentencia que es objeto del presente recurso de casación, estimo en parte el recurso contencioso administrativo y anulo parcialmente la resolución impugnada, refiriendo en sus Fundamentos de Derecho, lo siguiente: "SEGUNDO. Fundada la pretensión primera de las articuladas en la demanda (la anulación íntegra del Pliego de Condiciones objeto de impugnación) en la consecuencia práctica de que la anulación de las concretas condiciones combatidas harían imposible de facto la celebración y resolución del concurso convocado, tal pretensión no puede ser acogida desde el momento en que tal hipotética imposibilidad de aplicación no presupone en modo alguno la invalidez del conjunto, ni la de las concretas cláusulas presuntamente viciadas convertirían en ilegal a todo el condicionado. CUARTO. Reiterando la idea ya expresada en el artículo 9.1 de la Constitución (los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico)), el artículo 103.1 establece que «la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa... con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho», con lo que se prefigura la llamada doctrina de la vinculación positiva de la Administración a la legalidad. De modo y manera que, como explícita la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Enero de 1979, el Derecho objetivo no solo limita la actividad de la Administración, sino que la condiciona a la existencia de una norma que permita esa actuación concreta, a la que en todo caso debe ajustarse. O, como recuerda la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de Octubre de 1983, la Administración en cualquiera de sus esferas para poder actuar ha de estar debidamente autorizada mediante la atribución de una potestad. Así, pues, no hay en nuestro Derecho espacio franco o libre de Ley en que la Administración pueda actuar, sino que los actos y las disposiciones de la Administración han de someterse a Derecho, no siendo válida la acción administrativa si no responde a una previsión normativa, si no cuenta con la suficiente cobertura o habilitación legal. Pues bien, es del caso que ninguna de las disposiciones legales que en su interés invoca el demandado, ni otra alguna en el ordenamiento jurídico, habilita a los Ayuntamientos para instaurar un régimen propio, al margen de los ya legalmente prefigurados, de **viviendas** de protección pública, ni, tampoco, para modificar los ya definidos como de protección oficial» o de «protección autonómica» en la legislación sectorial del Estado o de las Comunidades Autónomas con competencia exclusiva en la materia al amparo del artículo 148.1.3 a. Así, la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local (Ley 7/1985, de 2 de Abril) en su artículo 25, apartados 1 y 2 d), se limita a reconocer al Municipio, «en el ámbito de sus competencias», la facultad de prestación de cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades de la comunidad vecinal, y a ejercer competencias en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas» en las materias de, entre otras muchas, «promoción y gestión de **viviendas**». Con lo que se está muy lejos de una atribución legal de potestades para normar en la materia de **viviendas** protegidas. Conclusión a la que igualmente se llega a la vista y consideración de los preceptos contenidos en los artículos 98.3, 180.1, 206.1 e) y 208.2 del Texto Refundido de 1992 de la Ley del Suelo, y 62, 158 y 168 de la Ley Autonómica 10/1998, de ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja, en los que el destino para la construcción de **viviendas** de protección oficial u otro régimen de protección pública», que se ordena para los terrenos que integran el patrimonio municipal del suelo (cual es el caso de autos), no habilita ciertamente a los Ayuntamientos para instaurar un régimen» objetivo de protección al margen de la protección oficial que solo el Estado o las Comunidades Autónomas con competencia en materia de **vivienda** están en condiciones de definir legalmente. De lo expuesto se desprende que no son conformes a Derecho, procediendo su anulación, las determinaciones del Pliego de Condiciones impugnado que, enmarcadas dentro del autodenominado régimen de protección pública municipal, se apartan de la normativa que resulta de obligada aplicación (la autonómica, ya reseñada, y, por remisión de ésta, la legislación del Estado en la materia, conforme previene el artículo 12.1 del Decreto autonómico número 63/1998, de 13 de Noviembre). Y, en tal sentido, y en cuanto referentes al precitado



«régimen de protección pública municipal», las Condiciones del Pliego numeradas como 5ª, 6ª:2ª, 24.ª1, 27ª, 28ª, 30ª, 35.ª QUINTO. Prosiguiendo en el análisis de las demás cuestiones de fondo que la demanda plantea, procede examinar las que afectan a las normas reguladoras del concurso, propiamente dicho, convocado para la enajenación de las parcelas del patrimonio municipal. Respecto de la cláusula 11ª, la demanda objeta su contradicción con lo establecido en la 9ª y en la vulneración del principio de libre concurrencia. Sin embargo, la circunstancia de que el principio general para la enajenación de las parcelas sea el de concurso abierto (condición 9ª), no es óbice para que los concretos terrenos a que se refiere la condición 11ª puedan restringirse a grupos de personas que hayan de constituir una cooperativa de **viviendas**. Sustraer estas concretas parcelas a la abierta competencia para el fin apuntado encuentra su justificación en el propio destino institucional del suelo integrante del patrimonio municipal y en la función social de la propia institución, por lo que la objeción no puede ser acogida, salvo en, cuanto a la determinación de su apartado 2, de restringir la concurrencia a solo los residentes en Logroño en los términos de la Condición 5ª:2ª, por constituir una discriminación sin razón bastante respecto de las personas que no se encuentren en tal concreta situación (artículo 14 Constitución Española). SEXTO. Pasa seguidamente la demanda a formular reparos a la Condición 18ª, los que han de ser acogidos en cuanto que, incumplándose el mandato de objetividad que exige el artículo 87 de la entonces vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, los criterios de valoración que el Pliego recoge solo quedan referidos para los arrendamientos, pero se omite toda referencia objetiva cuantificable acerca de los precios de venta o adjudicación. E igual indeterminación se advierte, como denuncia la demanda, en la genérica y abstracta remisión a otros aspectos del programa de actuación en la parcela», a efectos de valorar las proposiciones para la adjudicación. Procede, pues, la anulación por tales motivos de los criterios examinados. Por análoga razón de indeterminación procede reputar disconforme a Derecho el criterio del apartado 6 de la Condición 19ª; sin que, no obstante, se aprecie razón bastante en la supresión de la mención de arrendamiento» en el criterio número 3 de dicha cláusula por un acuerdo municipal posterior no publicado, pues esta falta de publicación solo afectará a la eficacia del tal acuerdo, pero no a la validez del acto que con él se pretendió modificar. SÉPTIMO. Debe rechazarse por falta de fundamentación la objeción que se hace al apartado 3 de la Condición 25ª; no advirtiéndose, por lo demás, ilegalidad alguna en la previsión de la posibilidad de autorizar modificaciones no sustanciales en el Programa de Actuación en la parcela o en el Proyecto técnico de ejecución de obras. OCTAVO. En el orden de las responsabilidades contractuales, se formulan en la demanda reproches a las Condiciones 31ª y 32.ª Debe desestimarse la pretensión de ilegalidad de la cláusula que permite la imposición, al margen de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de sanciones contractuales hasta el importe de la fianza definitiva por parte de la Administración contratante, pues no se trata propiamente de una potestad sancionadora de la Administración, sino de una auténtica cláusula penal por incumplimiento integrada en el propio contrato a firmar por el adquirente de las parcelas, incardinable en una concepción civil para el adecuado cumplimiento del contrato y que parte del principio fundamental de que en todo contrato la voluntad de las partes es ley entre ellas, tal como se desprende del contenido de las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de fechas 21 de Noviembre de 1988, 10 de Febrero de 1990 y 26 de Diciembre de 1991. Por el contrario el abono de un interés de demora del 20% anual por retraso en el pago del precio de las parcelas, que se fija en la Cláusula número 32 del Pliego, al carecer de cobertura legal que autorice su establecimiento, aparte de ser abusivo al ser cinco veces superior al fijado como interés legal, debe reputarse como no conforme a Derecho, procediendo su anulación. NOVENO. Por lo que atañe a las causas de resolución del contrato de enajenación de parcela, que se fijan en la Condición 34ª, las impugnadas, numeradas como 5ª y 10ª («En el supuesto de la parcela C-D, Grupo B, Sector Excuevas- Cuarteles, la no obtención del régimen de protección autonómica por falta de solicitud, desestimación u otras causas; y la extinción del mismo, por renuncia, anulación, revocación u otros actos». Y la no constitución de la Cooperativa en el plazo establecido en la Condición 20ª:2; la constitución de la misma sin asociar a alguna de las personas físicas integrantes del grupo que tomó parte en el concurso o asociando a más personas de las integrantes»), no se advierte que sean contrarias a Derecho por cuanto que, contrariamente a lo afirmado por la demanda, dichas causas de resolución solo operarán «en los supuestos de acciones u omisiones imputables a la entidad promotora», como expresamente se dice al comienzo de dicha cláusula 34ª, siendo lo cierto, por lo demás, que la enajenación operada no conducirá en definitiva al fin perseguido. Razón por la que la resolución contractual de la enajenación no cabe entenderla como desacorde con el propio espíritu y finalidad del contrato. Otro es el reparo que merece el apartado 3 de la Cláusula en cuanto que penaliza ciertamente a la sociedad compradora al margen de la calificación -negligente o no- de la propia conducta respecto de la causa real generadora de la resolución contractual, pues resulta excesivo e injusto tanto la pérdida de la fianza definitiva como la sanción por importe del 50% del precio de enajenación de la parcela cuando el incumplimiento del fin para el que se procedió a la enajenación sea imputable a terceros y no a la empresa constructora adquirente. Procede, en consecuencia, la anulación de ese particular. DÉCIMO. Finalmente, y por lo que atañe a la Condición número 37ª, la misma no se corresponde, en cuanto al plazo de devolución de la fianza definitiva, con lo prefijado en el artículo 48 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Por ello, si la condición lo señala en tres años desde la licencia para la primera



ocupación de la edificación levantada en la parcela, no se ajusta al artículo reseñado que ordena la devolución una vez aprobada la liquidación del contrato de que se trate. UNDÉCIMO. Por último, la opción de compra a favor del municipio de Logroño que se establece en la Disposición Adicional Segunda del Pliego de Condiciones sobre los locales en planta baja de la Zona «Cuartel General Urrutia» de la parcela C-D del Sector Excuevas-Cuarteles, derecho ejercitable dentro del plazo de seis meses desde la licencia de primera ocupación y por el precio de 70.000 ptas./m², no se advierte en qué pueda ser contrario a lo dispuesto en los artículos 1º y 7º de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que determinan la imperatividad del régimen jurídico de los contratos que tales Administraciones celebren, ni qué contradicción exista con los derechos de tanteo y de retracto que se regulan en los artículos 173 y siguientes de la autonómica Ley 10/1998, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja. "

SEGUNDO.- Por razones de congruencia y sistemática, procede en primer lugar analizar los motivos de casación aducidos por el Ayuntamiento de Logroño, en razón a que la petición principal aducida por la Asociación de Empresarios para la Construcción Promoción y Afines de Rioja es la de la nulidad total del Pliego de Condiciones por no resultar válido tras las anulaciones declaradas por la sentencia recurrida y por tanto es preciso y conveniente analizar los motivos de casación que tienen a dejar sin efecto alguna de las anulaciones habidas en la Instancia, para después en su caso poder analizar, las otras peticiones.

TERCERO.- El Ayuntamiento de Logroño, en el motivo primero de casación, al amparo del artículo 88.1,d) de la Ley de la Jurisdicción denuncia la infracción d de los artículos, 9, 47, 103, 128 y 140 de la Constitución artículos 3 y 4 de la CEAL, artículos 25, 238 y Disposición Transitoria Segunda de LRBRL, artículo 280 del TRLRS y artículo 1 del Real Decreto 1186/98.

Alegando en síntesis: a) que el Ayuntamiento adoptó el régimen de protección municipal a determinadas parcelas en atención a que, dice, las normas sobre protección pública de **viviendas** sólo amparaban a la las **viviendas** con menos de 90 metros cuadrados útiles, y a que según los Planes de Urbanismo esas parcelas permitían la existencia de pisos con mas 90 metros cuadrados, y ante esa situación el Ayuntamiento en vez de proceder a la subasta de los terrenos optó por ofrecerlas en régimen de protección municipal; b) que la denominación de régimen de protección municipal, se puede prestar a equívocos, pues no se trata de un conjunto o sistema de normas y si simplemente de un conjunto de cláusulas o determinaciones puntuales de carácter contractual que se incorporan al Pliego de Condiciones; c) que la sentencia vulnera las normas jurídicas que consagran el principio de legalidad de la Administración, en cuanto anula las condiciones citadas por el hecho de que no exista norma jurídica que habilite a los Ayuntamientos, pues la tesis de la vinculación positiva no es extensible a actividades prestacionales o de fomento; d) que la sentencia vulnera las normas citadas en cuanto configuran el principio de autonomía municipal y de la competencia de los Ayuntamientos en materia de **vivienda** y de gestión del Patrimonio Municipal del Suelo, y e) que la sentencia vulnera el artículo 280 del TRLRS, desconociendo las competencias complementarias y residuales que el Ayuntamiento en materia de **vivienda** tiene.

Y procede rechazar tal motivo de casación.

Bastando para ello referirse y reproducir el Fundamento de Derecho Quinto, más atrás citado, de la sentencia recurrida, que da adecuada respuesta incluso a las alegaciones e infracciones aquí denunciadas.

Pero es que además, por un lado la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1999 valorando obviamente los preceptos de la Constitución aplicables y las normas concordantes, agotadoramente reitera que la competencia en materia de **vivienda** corresponde , o al Estado a las Comunidades Autónomas, y por otro el Real Decreto 1186/98 de 12 de junio, que incluso el recurrente invoca en apoyo de su tesis, también reiteradamente recoge y define la competencia del Estado y de las Comunidades Autónomas, o las Ciudades de Ceuta y Melilla, para señalar las condiciones de la financiación de **viviendas**, rehabilitación en materia de suelo, artículos, 3, 9, 15, 22,24, 27, 31, 33 y 34 entre otros, sin referencia alguna a las competencias de los Ayuntamientos en la materia.

Por otro lado, de la dicción genérica que el artículo 1 del Real Decreto 1186/98, hace de promoción pública o de regímenes de promoción pública, ninguna consecuencia se puede extraer, de una parte, porque los Ayuntamientos no tienen atribuida competencia en materia de promoción de **viviendas**, y además la competencia corresponde como se ha visto al Estado, a las Comunidades Autónomas y a la Ciudades de Ceuta y Melilla, y de otro, porque en el artículo 15 del Real Decreto citado 1186/98, al regular los regímenes de protección se refiere al régimen de protección oficial del Real Decreto Ley 3/78 de 31 de octubre, y a las **viviendas** de protección pública calificadas o declarados según la normativa propia de las Comunidades Autónomas o de las Ciudades de Ceuta y Melilla.

Por último, ninguna incidencia en esta litis puede tener la referencia que se hace a los artículos 3 y 4 de la CEAL, y 25, 238 y Disposición Transitoria Segunda LRBRL, porque los mismos se refieren de forma genérica ala



competencia para gestionar y ordenar pero en el marco de la Ley, y en materia no excluida de su competencia o atribuida a otra Autoridad, y en el caso de autos, se ha de significar que el artículo 148.1.3, de la Constitución atribuye con carácter exclusivo la competencia a las Comunidades Autónomas en materia de ordenación del territorio y **vivienda**, y los artículos 8 Estado de Autonomía de la Rioja y 168 de la Ley Ordenación del Territorio y Urbanístico de la Rioja, precisan que corresponde a la Comunidad Autónoma de la Rioja la competencia exclusiva en materia de Ordenación del Territorio, Urbanismo y **Vivienda**, y que los terrenos del patrimonio municipal del suelo deben destinarse a la construcción de **viviendas** sujetas a algún régimen de protección pública.

De lo anterior cabe inferir, de acuerdo además con la sentencia recurrida, que los Ayuntamientos carecen de capacidad, para ordenar, crear o regular un régimen de promoción pública de **viviendas**, y que las acciones que puedan intentar por la vía de fomento han de respetar y adecuarse a lo establecido al respecto por el Estado y las Comunidades Autónomas que son las que tienen competencia en la materia. Sin que además a ello obste, lo dispuesto en el artículo 280, de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, que el recurrente invoca, pues lo que dice el citado precepto, en su apartado 1º, es que los terrenos incorporados al Patrimonio Municipal del Suelo deben ser destinados a la construcción de **viviendas** sujetas a algún régimen de promoción pública, que como más atrás se ha visto, ha de ser el del Estado o el de las Comunidades Autónomas; y en su apartado 2º, que cuando a los terrenos se les atribuye una calificación urbanística incompatible con los fines señalados en el apartado anterior, la enajenación podría llevarse a cabo mediante concurso o subasta, por lo que ninguna capacidad para ordenar el régimen de promoción pública de la **vivienda**, reconoce a los Ayuntamientos, mas que la posibilidad de construir los terrenos en base a los regímenes establecidos por el Estado o las Comunidades Autónomas, y de no ser ello posible, enajenarlos por concurso o subasta.

CUARTO. En el segundo motivo de casación el Ayuntamiento de Logroño al amparo del artículo 88,1,d de la Ley de la Jurisdicción, denuncia la infracción de los artículos 4 de la LCAP, 111 del TRLR y 1255 del Código Civil.

Alegando en síntesis: a) que la sentencia vulnera el principio de libertad de pactos que tales preceptos consagran al anular las condiciones nº 5, 6.2, 24.1, 27.1, 28, 30 y 35; b) que la infracción queda patente además si se considera, de una parte, que las condiciones anuladas no son actos administrativos y si cláusulas contractuales y de otra, como es obligado dice, que el principio de legalidad tiene un distinto juego respecto al acto administrativo y respecto al contrato.

Y procede rechazar tal motivo de casación.

De acuerdo con las valoraciones realizadas en el Fundamento de Derecho anterior y con el Fundamento de Derecho Quinto de la sentencia recurrida, pues sí como se ha visto los Ayuntamientos carecen de capacidad para ordenar y regular un régimen de promoción pública de **viviendas** y están obligados, a cumplir y respetar los regímenes de promoción pública establecidos o por el Estado o por las Comunidades Autónomas, respecto a los bienes o terrenos incluidos en el Patrimonio Municipal del Suelo, o a enajenarlos en caso de que no se pudieran someter a los mismos, es claro, que en base al principio de libertad de pactos que invoca, la parte recurrente no puede establecer un régimen de promoción pública, ni tampoco articular determinaciones en el Pliego de Condiciones al margen de lo establecido en los regímenes de promoción pública. Pues la primera exigencia para la libertad de pactos es el tener competencia y potestad para articular el pacto y en el caso de autos, como se ha visto la competencia y potestad para articular regímenes de promoción pública de **viviendas** corresponde al Estado y a las Comunidades Autónomas.

QUINTO. En el motivo tercero de casación, el Ayuntamiento de Logroño, al amparo del artículo 88,1,c) de la Ley de la Jurisdicción, denuncia la infracción de los artículos 120 de la Constitución, 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que exigen la motivación de las sentencias.

Alegando en síntesis; a) que se produce una falta de motivación de la sentencia en cuanto anula las condiciones 5,6, 24, 27, 28, 30 y 35, pues tales condiciones operan tanto sobre las **viviendas** de promoción bajo el régimen de protección municipal, como las de promoción pública autonómica y mientras hay motivación sobre las **viviendas** de promoción municipal, no la hay para la parcela C- D del Sector Cuevas Excuevas.

Y procede rechazar tal motivo de casación.

Pues no cabe apreciar la falta de motivación que el recurrente invoca, pues la sentencia recurrida si que expresa en cada caso la razón por la que anula o mantiene las Cláusulas y Condiciones a que se refiere, y otra cosa es que la misma guste o no a la parte recurrente, como refiere la parte recurrida. Debiéndose agregar, que las condiciones que anula la sentencia recurrida, lo son por la falta de competencia del Ayuntamiento para la creación de un régimen de promoción pública de **viviendas**, y las condiciones por ello anuladas han de afectar obviamente a todo el régimen que dispone, en la medida en que las mismas no están previstas ni autorizadas por los regímenes de promoción pública a que el Ayuntamiento se había de someter, como se ha visto.

SEXTO. En el cuarto motivo de casación, el Ayuntamiento Logroño, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción, denuncia la infracción del artículo 14 de la Constitución.

Alegando en síntesis que la condición 11, en relación con la 5ª, exige que los Socios tengan su residencia habitual en Logroño y estén inscritos con ese carácter en el Padrón con tres años de antigüedad, y la razón de esa exigencia es porque el suelo sobre el que se constituyen las **viviendas** es consecuencia de aportaciones de la colectividad o de las plusvalías generadas, y ella, dice, es razón suficiente para establecer la exigencia que anula sentencia.

Y procede rechazar tal motivo de casación.

Pues aparte de lo mas atrás expuesto, se ha señalar, que el principio de igualdad, que el artículo 14 de la Constitución consagra, al menos en principio obligaría a un tratamiento igual para todos los residentes en Logroño y no a unos si y a otros no; y la razón de la incidencia en las aportaciones y en las plusvalías, además de que puede tratarse de vecinos que hayan cambiado de residencia y después vuelvan a Logroño, con lo que habrían en tiempo anterior contribuido a esas aportaciones y plusvalías y después, por razones de cambios de residencia no las pueden obtener, no hay que olvidar que es a las Comunidades Autónomas a quien corresponde aplicar y distribuir las plusvalías, de acuerdo con su exclusiva competencia en materia de ordenación del territorio y **vivienda**, antes referida.

SEPTIMO.- En el quinto motivo de casación, el Ayuntamiento de Logroño, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción, denuncia la infracción del artículo 87 de la LCAP al anular las condiciones 18 en sus apartados 1 y 4 la 19 en su apartado 6.

Alegando en síntesis: a) que respecto a la condición 18.1 hay un error craso, pues si que hay referencia respecto a la enajenación, y b) que respecto a los demás apartados si que existe la oportuna especificación mediante conceptos técnicos o de experiencia común usuales en el ramo de la construcción.

Y procede estimar el citado motivo de casación, en particular relativo a la condición 18 apartado 1 y desestimarlos en cuanto se refiere a la condición 18 apartado 4 y condición 19. apartado 6.

Pues efectivamente como refiere la parte recurrente la sentencia recurrida al valorar la condición 18, apartado 1, dice que no hay referencia a los precios de venta y adjudicación, y esta referencia si que existe en la indicada cláusula o Condición y por tanto en ese particular procede mantener la validez de la Condición 18 apartado 1 por las propias valoraciones de la sentencia recurrida.

Por contra si que procede mantener la declaración que sobre nulidad de la Condición 18, apartado 4 y Condición 19 apartado 6 hace la sentencia recurrida, pues la mera mención que las citadas Condiciones se hace sobre otros aspectos del programa de actuación de la parcela es una mención genérica y abstracta, que carece de la objetividad y concreción exigida.

OCTAVO. En el motivo de casación sexto, el Ayuntamiento de Logroño, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción, denuncia la infracción de los artículos 4 de la LCAP, 111 TRLR y 2255 del Código Civil, al anular la condición 32.

Alegando en síntesis que la exigencia del 20% de interés por la demora en el pago no es más que una cláusula penal.

Y procede rechazar tal motivo de casación.

Por las propias razones de la sentencia recurrida. Debiendo agregar a lo anterior que exigir en nuestro ordenamiento un interés del 20% además de desproporcionado carece de cobertura legal cuando el interés legal en esa fecha era del 4%. Y si lo que quería el recurrente era establecer una cláusula penal, tenía que, haberla regulado como tal, y establecer sus condiciones particulares y no una mera referencia genérica y sin excepción sobre que cualquier retraso genera un interés del 20%, que es lo único que precisa la Condición anulada.

NOVENO.- Y en el motivo de casación séptimo, el Ayuntamiento recurrente, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción denuncia la infracción del artículo 112 de la LCAP.

Alegando en síntesis que la Condición 34,3 regula como causa de resolución las acciones u omisiones imputables a la entidad promotora y no como interpreta la sentencia recurrida a terceros.

Y procede rechazar tal motivo de casación.

Pues la dicción literal de la Condición 34.3, no distingue entre las causas de resolución imputables a la empresa o a terceros, y por ello el razonamiento y valoración de la sentencia es el adecuado, y si mas tarde se ha completado o aclarado esa redacción, es claro que esa aclaración resultaría compatible con las valoraciones



de la sentencia recurrida, que anula la Condición por no valorar las causas imputables a terceros, si tal aclaración distingue entre las causas imputables a la empresa y las imputables a terceros y las somete a distinto régimen.

DECIMO.- La Asociación de Empresarios de la Construcción Promoción y Afines de la Rioja, en el motivo primero de casación, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción de denuncia la infracción de las normas del ordenamiento y de la jurisprudencia, en concreto el artículo 64 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Alegando en síntesis que si la Sala ha anulado trece de las condiciones del Pliego impugnado, y ha dejado sin efecto el régimen de protección municipal que afectada a 14 de las 15 parcelas a enajenar, resulta contrario a la norma citada el mantener el resto del acuerdo, máxime cuando se han anulado dos de los cuatro criterios de adjudicación del concurso, y las relativas a la devolución de fianzas y pago de intereses.

Y procede rechazar tal motivo de casación.

Y ello de acuerdo con las propias valoraciones de la sentencia recurrida, que no han resultado desvirtuadas por la parte recurrida.

Debiendo agregar a lo valorado por la sentencia recurrida, que el artículo 64 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que se cita como impugnado, expresamente dispone que la nulidad del acto administrativo no implicará la de las partes del mismo independientes de ella, salvo que la parte anulada sea de tal importancia, que sin ella el acto administrativo no hubiera sido dictado, y en el caso de autos, además de que la nulidad sólo afecta a parte de 13 condiciones de las 38 que tenía el Pliego de Condiciones, y las no afectadas tienen su propia independencia, no hay que olvidar, que si bien se ha puesto de manifiesto la dificultad que esa anulación puede generar, no se ha acreditado, que sin ellas no se hubiera dictado el acto impugnado, y ello es lo que estrictamente exige el artículo 64 citado. Aparte de que el Ayuntamiento autor del acto impugnado, insiste en la vigencia del acto impugnado, y puede o podría en su caso hacer las rectificaciones que estime oportunas. Pues lo trascendente según los términos del precepto no es la dificultad en la aplicación o ejecución del acuerdo y sí el que el mismo se hubiera o no dictado, y el Ayuntamiento autor del acto, además de oponerse a esa petición, está conforme con seguir adelante, por lo que implícitamente al menos acepta, que aún tras la anulación habida mantendrá el acto impugnado, con lo que no se han acreditado que concurran las circunstancias exigidas, para estimar, que la sentencia recurrida ha infringido el artículo 64 citado.

UNDECIMO.- Y en el segundo motivo de casación, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción denuncia la infracción de las normas del ordenamiento y de la jurisprudencia.

Alegando en síntesis que cuando la sentencia mantiene la validez el derecho de opción de compra que establece el Ayuntamiento durante el plazo de seis meses a partir de la licencia de ocupación, infringe los artículos 1 y 7 de la Ley 13/95 de Contratos de las Administraciones Públicas y la jurisprudencia sentada en la sentencia de 25 de julio de 1989.

Y procede rechazar tal motivo de casación.

De una parte, y porque como se alega, el derecho de opción de compra que el Ayuntamiento ha establecido, no está previsto, en las normas que regulan el régimen de contratación de las Administraciones Públicas, como exigen los artículos 1 y 7 de la Ley 13/95; de otra, porque no puede apreciarse que exista similitud con los derechos de tanteo y retracto a que la sentencia recurrida se refiere, porque estos si que se figuran previstos en el ordenamiento; y en fin, porque la opción de compra en los términos en que está regulada, precio concreto y por un período de seis meses, puede no ya originar dificultades, en su ejecución, sino que puede afectar el equilibrio del contrato, en cuanto, por un lado, si se aplica estrictamente, obliga al constructor o contratista a no poder vender, los locales a que la ocupación se refiere, ni disponer por tanto del montante económico correspondiente durante el plazo de seis meses, y ello en base a que el Ayuntamiento dispone de seis meses para ejercitar la opción, en la que no se sabe si la ejecuta o no, y por otro, si el contratista las pone a la venta confiado en que el Ayuntamiento no ejercitará la opción de compra, se puede producir dificultades, para los terceros que hayan ya comprado los locales y el Ayuntamiento ejercite la citada opción, pues resultan afectados, por esa opción sin ser ellos los contratistas y además tendrán que reclamar a quien correspondan la diferencia entre el precio abonado y lo que el Ayuntamiento debe abonar por la opción de compra.

DUODECIMO.- La estimación de los motivos de casación citados, obliga a esta Sala, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley de la Jurisdicción a resolver la cuestión en los términos en que el debate aparezca planteado.



Y a este respecto, de acuerdo con las valoraciones anteriores, es procedente mantener los términos del fallo de la sentencia recurrida a excepción de las declaraciones que se refieren a las condiciones 18 y Disposición Adicional Segunda, ya que por un lado se han desestimado los recursos de casación, en el particular que pretendían bien, la nulidad de la totalidad del acuerdo impugnado y bien, la validez de todas las Condiciones, y por otro lado, se han estimado los motivos de casación que pretendían la validez o nulidad de una concreta cláusula o Condición.

DECIMOTERCERO.- Las valoraciones anteriores obligan a declarar haber lugar a los recursos de casación a que esta litis se contrae, y en su virtud, a estimar en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Asociación de Empresarios de la Construcción, Promoción y Afines de la Rioja, contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Logroño de 11 de noviembre de 1999, declarando la nulidad, por no ser conformes a derecho, las Condiciones numeradas, como 5ª; 6ª; 2; 24ª; 1; 27ª; 28ª; 30ª; 35ª; 11ª; 2, en cuanto a la exigencia de la residencia habitual en los términos establecidos en la condición quinta-segunda, 18ª:4, 19ª; 6, 32ª, 34ª; 3; 37ª y Disposición Adicional Segunda, del Pliego de Condiciones para enajenación mediante concurso público de parcelas adscritas al patrimonio Municipal del Suelo aprobado por el Ayuntamiento de Logroño en sesión del Pleno de 29 de julio de 1999. Sin que conforme a lo dispuesto en los artículos 95 y 139 de la Ley de la Jurisdicción, proceda hacer una expresa condena en costas en la Instancia y debiendo abonar cada parte las causadas en este recurso de casación.

FALLAMOS

Que estimando los motivos de casación citados, debemos declarar y declaramos haber lugar a los recursos de casación, interpuestos, por el Ayuntamiento de Logroño, que actúa representado por el Procurador D. Francisco José Abajo Abril y por la Asociación de Empresarios de la Construcción Promoción y Afines de la Rioja, que actúa representada por el Procurador D Manuel Infante Sánchez-Torres, contra la sentencia de 14 de noviembre de 2001, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja, recaída en el recurso contencioso administrativo 6/2000, y en su virtud: PRIMERO.- Casamos y anulamos la citada sentencia. SEGUNDO.- Estimamos en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Asociación de Empresarios de la Construcción Promoción y Afines de la Rioja, contra el acuerdo del Ayuntamiento de Logroño de 11 de noviembre de 1999, declarando la nulidad, por no ser conformes a derecho, de las Condiciones numeradas, como 5ª; 6ª; 2; 24ª; 1; 27ª; 28ª; 30ª; 35ª; 11ª; 2, en cuanto a la exigencia de la residencia habitual en los términos establecidos en la condición quinta-segunda, 18ª:4, 19ª; 6, 32ª, 34ª; 3; 37ª y Disposición Adicional Segunda del Pliego de Condiciones para enajenación mediante concurso público de parcelas adscritas al patrimonio Municipal del Suelo aprobado por el Ayuntamiento de Logroño en sesión del Pleno de 29 de julio de 1999. Sin que haya lugar a expresa condena en costas en la Instancia y debiendo cada parte abonar las costas causadas en este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente de la misma, Excmo. Sr. D. Antonio Martí García, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario. Certifico.