

ACTUALIDAD JURÍDICA: RECOPIACIÓN DE JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

CONCEPTO DE AUTORIDAD PÚBLICA Y DE EJERCICIO DE POTESTADES ADMINISTRATIVAS POR PARTICULARES POR DELEGACIÓN DE AQUELLA A EFECTOS DE SUMINISTRAR LA INFORMACIÓN MEDIAMBIENTAL DE SUS ACTIVIDADES A PARTICULARES EN CUMPLIMIENTO DE LA DIRECTIVA 2003/4/CE. EMPRESAS CONCESIONARIAS MUNICIPALES. APLICACIÓN

Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de diciembre de 2013

Asunto: C – 279/12

Ponente: A. Prechal

En el País de Gales (Reino Unido) fue privatizado el servicio de suministro y depuración de agua, haciéndose cargo del mismo dos tipos de empresas distintas, siendo una de ellas, la que aquí nos interesa sociedades mercantiles cuyo objeto es el suministro y depuración de agua, y la cuestión planteada es la de si dichas sociedades se consideran autoridades públicas al objeto de suministrar información a particulares sobre estas cuestiones, pues si fueran autoridades públicas tendrían que suministrarla, de acuerdo con la Directiva 2003/4/CE, información que, inicialmente fue denegada.

El TJCE declara (como cuestión prejudicial, pues así fue planteada la cuestión por el juez inglés que debía de resolver si se debía suministrar la información) que al tratarse de una empresa que gestiona un servicio público relacionado con el medio ambiente, como es la depuración del agua, y su vinculación con una Administración que en cuanto que tal servicio es público y esencial, la misma ha de ser incardinada en el supuesto 2 c de la Directiva, esto es, se trata de persona física o jurídica que presta servicios públicos relacionados con el medio ambiente, bajo cualquier Administración Pública, y por lo tanto, la empresa ha de suministrar la información medioambiental referida a la depuración que le demanda el ciudadano aunque ceñida únicamente a aquellas actividades que desarrolle la mercantil relacionadas con los servicios públicos medioambientales.

Por tanto, y en aplicación de esta doctrina, cuando en España se utilice la empresa municipal para prestar el servicio de suministro de agua, depuración y / o

alcantarillado se ha de suministrar toda la información porque de acuerdo con el artículo 2 a de la Directiva se trata de una Administración Pública, y cuando el servicio se preste contractualmente a través de concesionario o de empresa mixta, ésta viene obligada a suministrar toda la información medioambiental que le sea demandada por los ciudadanos, en los términos de la Directiva, relacionados exclusivamente con estos servicios.



TRIBUNAL SUPREMO

FALSEDAD EN DOCUMENTO PÚBLICO. CERTIFICACIONES FALSAS FORMALMENTE PERO NO MATERIALMENTE POR HABERSE REALIZADO REALMENTE LAS OBRAS AMPARADAS EN LAS CERTIFICACIONES. ABSOLUCIÓN DEL CONCEJAL DE URBANISMO Y DE LOS GERENTES DE LAS EMPRESAS CONTRATISTAS. FALTA DEL REQUISITO DE LA ANTIJURUCIDAD MATERIAL

Sentencia número 911/2013 de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 3 de diciembre

Recurso de Casación: 423/2013

Ponente: Francisco Monterde Ferrer

El Ayuntamiento de Torremolinos interpone recurso de casación contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga que absolvió al Concejal de Urbanismo e Infraestructura y al gerente de una empresa contratista como autores de un delito de falsedad en documento oficial.

Los hechos declarados probados y resumidos en la sentencia del TS son los siguientes. La entidad EMIN de la cual era administrador el acusado Rubén, realizó para el Ayuntamiento de Torremolinos unas obras de encauzamiento y otras obras de pavimentación y ajardinamiento; que para cobrar las primeras, que no estaban presupuestadas porque su necesidad no se había detectado, y se consideraron urgentes, siguiendo las instrucciones del Concejal de Urbanismo e Infraestructuras, también acusado, el ingeniero de la empresa ADICSA, Jose Ángel, asimismo acusado, con el conforme de EMIN, expidió dos certificaciones relativas a las obras que en un principio habían sido adjudicadas, Reparación de Muros en Arroyo del Saltillo y Pavimentación y ajardinamiento en zona Limosol; y para cobrar las segundas obras, también con el concierto del Concejal, EMIN confeccionó un proyecto de Obras complementarias en zona Limosol y, en primer lugar presentó la petición en el Ayuntamiento, y en segundo lugar, al no ser atendida la misma, formuló recurso contencioso-administrativo que fue estimado por la Audiencia y en vía casacional.

El Tribunal de instancia manifiesta que el contenido de la certificación referente a la Reparación de Muros no responde a la realidad, pero que su emisión no puede considerarse una acción típica penal por falta de dolo falsario, ya que fue para cobrar unas obras realizadas, que se ejecutaron por razones de urgencia y con conocimiento del

Concejal; y que incluso éste inició los trámites para tratar de legalizar el pago. Respecto a la certificación sobre Pavimentación y ajardinamiento se dice que es un hecho indiscutido que las obras se ejecutaron y que el tema de la correspondencia entre lo certificado y lo probado no es una cuestión que deba determinarse en sede penal. Y respecto a las certificaciones sobre las Obras complementarias, el Tribunal indica que en el recurso contencioso-administrativo presentado por EMIN, para instar el abono de las obras, se alude a los hechos tal y como acontecieron, no expresando falsedad alguna; y que las pruebas periciales practicadas en el proceso penal, no han servido para desacreditar lo resuelto en la jurisdicción contencioso-administrativa.

El delito de falsedad documental requiere la concurrencia de los requisitos siguientes: a) un elemento objetivo o material (consistente en la mutación de la verdad por medio de alguna de las conductas tipificadas en la norma penal); b) que dicha "mutatio veritatis" afecte a elementos esenciales del documento y tenga suficiente entidad para afectar a la normal eficacia del mismo en las relaciones jurídicas (de ahí que para parte de la doctrina no pueda apreciarse la existencia de falsedad documental cuando la finalidad perseguida por el agente sea inocua o carezca de toda potencialidad lesiva); c) un elemento subjetivo (consistente en la concurrencia de un dolo falsario, esto es, la concurrencia de la conciencia y voluntad de alterar la realidad); y d) la concurrencia de la antijuridicidad material, de tal modo que, para la existencia de la falsedad documental, no basta una conducta objetivamente típica, sino que es preciso también que la "mutatio veritatis", en que materialmente consiste todo tipo de falsedad documental, varíe la esencia, la sustancia o la genuinidad del hecho al que se refiere en sus extremos esenciales, por cuanto constituye presupuesto necesario de este tipo de delitos el daño en la vida del derecho a la que está destinado el documento, con cambio cierto de la eficacia que el mismo estaba llamado a cumplir en el tráfico jurídico.

Y merece resaltarse que, respecto al último aspecto, la doctrina y la jurisprudencia han venido entendiendo que no es suficiente para apreciar los delitos de falsedad con que concurren los elementos integrantes del tipo, sino que se requiere, además, que la acción merezca al ser contemplada desde una perspectiva material la consideración de antijurídica. Ello significa que deben quedar fuera del marco punitivo aquellos actos falsarios que no menoscaben el bien jurídico que tutela la norma penal.

Este Tribunal de Casación ha establecido en reiteradas resoluciones que la incriminación de las conductas falsarias encuentra su razón de ser en la necesidad de proteger la fe pública y la seguridad en el tráfico jurídico, evitando que tengan acceso a la vida civil y mercantil elementos probatorios falsos que puedan alterar la realidad jurídica de forma perjudicial para las partes afectadas. Asimismo se ha hecho especial hincapié en que no es suficiente con la mera "falsedad formal", sino que se requiere una

"especial antijuricidad material" que implique, al menos, peligro para los bienes jurídicos subyacentes al documento amparado por la fe pública. Tanto el carácter esencial del elemento sobre el que debe recaer la falsedad, como el especial contenido material de la ilicitud se deben deducir del objeto de protección de los delitos de falsedad documental.

Por otra parte, el delito de fraude a la Administración exige un concierto para "defraudar" entre funcionario y particular.

En el caso enjuiciado se declara probado que una de las certificaciones emitidas por los acusados, la referente a la Reparación de Muros, no respondía a la realidad, y que fue emitida con conocimiento de esa circunstancia, pero esa falsedad formal no fue realizada para alterar la realidad jurídica de forma perjudicial para las partes afectadas. El destinatario de la certificación era el Ayuntamiento de Torremolinos, y la certificación se emitió siguiendo las instrucciones de un Concejal del consistorio con la finalidad de que fueran abonadas unas obras efectivamente ejecutadas. Por lo tanto, los acusados en ningún momento tuvieron intención de perjudicar a la entidad a la que se presentaba el documento. No se trata de que no existiera ánimo de lucro, cuya concurrencia no es necesaria para la tipificación del delito de falsedad, sino que la intención no era ocasionar ningún perjuicio al Ayuntamiento, ya que la alteración de la verdad era conocida, e incluso promovida, por esa entidad. Y la obligación de realizar el pago por el Ayuntamiento era cierta.

Es de destacar que la acusación particular en un primer momento formuló acusación contra el Concejal que intervino en los hechos, aunque luego la retiró ante la enfermedad que éste sufría, según se indica en la sentencia. Pero como se declara en la sentencia, la intención del Concejal no fue perjudicar al Organismo público, ni realizó su actuación de forma subrepticia, sino que inició los trámites para tratar de legalizar los pagos presentando un escrito ante la Delegación de Hacienda del Ayuntamiento. Por lo tanto, si bien se indica que no consta que la citada Delegación contestara a la solicitud, el problema documental existente en orden a la realización de unos pagos por unos trabajos realmente ejecutados, debería de situarse, como en la sentencia recurrida se dice, en el campo del derecho administrativo, cuyo procedimiento no fue respetado, pero no en el campo del derecho penal.

En consecuencia, estimando que en la actuación de los acusados no ha concurrido el elemento de la antijuricidad material necesario para la tipificación del delito de falsedad, y que tampoco ha existido intención de defraudar los intereses municipales, máxime cuando el propio Ayuntamiento, única parte acusadora, ha retirado la acusación que había formulado contra el Concejal implicado en los hechos,

se considera que la decisión del Tribunal a quo absolviendo por esos delitos ha sido ajustada a derecho.

**APROBACIÓN DE UN PLAN DE URBANISMO QUE CONDICIONA SU
PUBLICACIÓN AL CUMPLIMIENTO DE DETERMINADOS REQUISITOS:
NATURALEZA. INFORMES VINCULANTES Y DETERMINANTES:
NATURALEZA Y DISTINCIÓN DE CADA UNO DE ELLOS**

*Sentencia de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal
Supremo de 19 de diciembre de 2013*

Recurso de Casación: 265/2011

Ponente: Mariano de Oro-Pulido López

El Tribunal Supremo declara en esta Sentencia que la publicación de la aprobación de un instrumento de planeamiento es condición de eficacia pero no de validez del mismo, como viene declarando la Sala, de modo uniforme.

Se trata, por tanto, de categorías jurídicas muy diferentes, porque el acuerdo de aprobación puede ser válido pero puede no ser todavía eficaz si le falta la publicación, y la falta de ésta no comporta su invalidez, sino la imposibilidad de su ejecución, que es un efecto bien distinto. La falta de publicación del plan, por tanto, impide que la Administración imponga sus determinaciones mediante actos de ejecución a los ciudadanos, que podrán impugnar el acto de aplicación basándose precisamente en la falta de publicación del plan, pero no acarrea su invalidez, pues el juicio sobre esta tiene lugar por las causas previstas en el artículo 62 y 63 de la Ley 30/1992.

La falta de publicación de la aprobación del plan o de sus determinaciones no convierte, en definitiva, a un acto definitivo en un acto de trámite, sino que supone que estamos ante un acto o disposición válida pero ineficaz.

En cuanto a los informes determinantes y su naturaleza y distinción de los demás vinculantes, la Sentencia declara que, respecto del carácter "determinante", que no formal y explícitamente vinculante, del informe al que se refiere el artículo 15.3 del texto refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, hemos de decir: 1º) que partiendo de la base de que determinar es "fijar los términos de algo", si el legislador atribuye a un informe el carácter de determinante, es porque le quiere atribuir un valor reforzado. En palabras de la sentencia de esta Sala y Sección de 8 de marzo de 2010 (recurso de casación nº 771/2006), se trata de informes "

necesarios para que el órgano que ha de resolver se forme criterio acerca de las cuestiones a dilucidar. Precisamente por tratarse de informes que revisten una singular relevancia en cuanto a la configuración del contenido de la decisión, es exigible que el órgano competente para resolver esmere la motivación en caso de que su decisión se aparte de lo indicado en aquellos informes”. Desde esta perspectiva, por mucho que estos informes no puedan caracterizarse como vinculantes desde un plano formal, sí que se aproximan a ese carácter desde el plano material o sustantivo; y 2º) más aún, la posibilidad de apartarse motivadamente de esos informes no es absoluta ni incondicionada, sino que ha de moverse dentro de los límites marcados por el ámbito de competencia de la Autoridad que resuelve el expediente en cuyo seno ese informe estatal se ha evacuado. Esto es, que un hipotético apartamiento del informe sobre suficiencia de recursos hídricos sólo puede sustentarse en consideraciones propias del legítimo ámbito de actuación y competencia del órgano decisor (autonómico en este caso) y no puede basarse en consideraciones que excedan de ese ámbito e invadan lo que sólo a la Administración del Estado y los órganos que en ella se insertan corresponde valorar, pues no está en manos de las Comunidades Autónoma disponer de la competencia exclusiva estatal. Por eso, el informe estatal sobre suficiencia de recursos hídricos, en cuanto se basa en valoraciones que se mueven en el ámbito de la competencia exclusiva estatal, es, sin ambages, vinculante.

TENIENTE DE ALCALDE QUE CONTRATA DE MONITORA A UNA PERSONA A LA QUE ESTÁ VINCULADA POR UNA RELACIÓN AFECTIVA SIN SEGUIR PROCEDIMIENTO ALGUNO. DELITO DE PREVARICACIÓN Y DE MALVERSACIÓN. NO ES ÓBICE PARA LA APRECIACIÓN DE LA CONDUCTA DELICTIVA QUE TAL PRÁCTICA LA HUBIESE COMETIDO ASIMISMO EL ALCALDE DENUNCIANTE. ELEMENTOS DEL DELITO DE PREVARICACIÓN

Sentencia de la Sección 1ª Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2014

Recurso de casación: 125/2013

Ponente: Luciano Varela Castro

Los hechos que examina el Tribunal Supremo son los siguientes. El Juzgado de Instrucción nº 1 de San Sebastián de La Gomera instruyó Procedimiento, contra Juan, Primer Teniente de Alcalde y Andrea , por delitos de prevaricación, malversación de caudales públicos y tráfico de influencias, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia

Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que con fecha 7 de diciembre de 2012, dictó sentencia que declaró probado que *Juan, prevaliéndose de su condición de Primer Teniente de Alcalde y Concejal de Hacienda, Personal y Planificación del Ayuntamiento de Valle Gran Rey (La Gomera), y con plena consciencia de su ilegalidad, y en virtud de sus lazos personales, formalizó contrato por obra o servicio de duración determinada y a jornada completa (37,5 horas semanales, prestadas de lunes a viernes) extendiéndose su duración desde el 14 de enero de 2008 hasta el 3 de julio de 2008 como monitora de ludoteca con la también acusada Andrea. El citado contrato se realizó sin observarse las formalidades legales establecidas, conculcándose los principios de inmediación, igualdad y publicidad y por orden directa del acusado. De la existencia del citado contrato el acusado Juan no dio conocimiento a los departamentos consistoriales encargados de su fiscalización, ni tampoco remitía para su intervención y contabilización las nóminas del personal del ayuntamiento correspondientes a los primeros meses de 2008, quedándose las mismas en su Concejalía. Tales cantidades fueron abonadas a la acusada Andrea mediante transferencia en su cuenta corriente y todo ello a pesar de que el servicio de ludoteca era inexistente en los meses a los que se refiere el citado contrato, ya que el mismo únicamente se proporciona en períodos de vacaciones escolares (meses de julio y agosto y Navidad), por lo que la acusada percibió los correspondientes salarios sin desarrollar actividad laboral alguna, siendo plenamente conocedora de tal situación, y falló condenando al acusado Juan como autor criminalmente responsable de un delito de prevaricación, previsto y penado en el art. 404 del CP, en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos previsto y penado en los arts. 432.1 y 74 del CP, y absolvió a la acusada Andrea del delito de tráfico de influencias.*

El condenado alega que su modo de operar tenía abundantes precedentes en anteriores y coetáneos comportamientos del Alcalde denunciante, y el Tribunal Supremo declara que esta cuestión resulta intrascendente a los efectos de calificar la conducta del acusado. En lo objetivo porque una ilicitud no se legitima por su frecuencia estadística. En lo subjetivo porque, como el propio recurso pone de manifiesto "dicha forma de contratación fue el principal instrumento de clientelismo político del alcalde", funcionalidad que no podía ser desconocida por su evidencia para quien ostentaba cargos de representación política en el Ayuntamiento, y más si a ello añadía responsabilidades de gobierno en la Corporación, como es el caso del acusado.

Resalta al respecto la ausencia de cualquier advertencia técnica o jurídica de posible ilegalidad, reiterando el argumento de la habitualidad del procedimiento seguido para la contratación de manera inveterada y generalizada como idéntico al por él asumido.

El Tribunal Supremo describe los elementos del delito de prevaricación en Sentencia de 4 de febrero de 2010, resolviendo el recurso 2528/2008, al decir: *Será necesario, en definitiva, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico- jurídica mínimamente razonable; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto, y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.*

Como recordábamos en dicha sentencia: Conviene resaltar que la omisión del procedimiento legalmente establecido, ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen normalmente la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el derecho (STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre). Así se ha dicho que el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración, y de justicia y acierto en sus resoluciones.

Y, si bien no toda prescindencia de procedimiento aboca al tipo penal, la misma tendrá relevancia penal si de esa forma lo que se procura es eliminar los mecanismos que se establecen precisamente para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la Ley establece para la actuación administrativa concreta en la que adopta su resolución. Son, en este sentido, trámites esenciales (STS nº 331/2003, de 5 de marzo).

Y en el caso que nos ocupa, la sentencia de instancia proclama, y el motivo no cuestiona, que la contratación se hizo al uso, sin atender en absoluto al procedimiento legal, sino al meramente usual, que se reconoce funcional al puro *clientelismo político*, lo que términos penales significa antijuridicidad por anteposición de espurios intereses particulares al general, al que debe servir quien desempeña funciones públicas.

Lo abrupto del comportamiento, desde la perspectiva de más elemental sentido jurídico, no solamente hace ostensible hasta la saciedad la arbitrariedad, sino evidente la consciencia de la misma. De tal suerte que la supuesta generalización del uso, si se acreditase, no solamente no desvirtúa tal conclusión, sino que lo único que aporta es un

censo de delincuencia mayor que el que dio lugar a este proceso. Del que, por otra parte, quien disponga de los datos necesarios, y más si es funcionario, puede/debe acudir al cauce procesal disponible a todo ciudadano al respecto.

**PERSONAL. PROLONGACIÓN DE LA RELACIÓN FUNCIONARIAL
DESPUÉS DE CUMPLIDOS LOS 65 AÑOS DE EDAD Y HASTA LOS
SETENTA. DENEGACIÓN VÁLIDA EN APLICACIÓN DEL PLAN DE
ORDENACIÓN DE RECURSOS HUMANOS. INEXISTENCIA DE UN
DERECHO SUBJETIVO A LA PERMANENCIA EN EL SERVICIO ACTIVO
CUMPLIDOS LOS 65 AÑOS**

*Sentencia de la Sección 7ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal
Supremo de 31 de enero de 2014*

Recurso de Casación: 4487/2012

Ponente: Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

Se impugna en la presente casación la sentencia de la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de diecisiete de octubre de dos mil doce, que estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el doctor don Germán, contra la resolución de 15 de junio de 2009 que le denegó su solicitud de permanencia en el servicio activo y le declaró en situación administrativa de jubilación forzosa con fundamento en lo dispuesto en la Resolución TRE/2960/2008, de 2 de septiembre por la que se inscribe y publica la propuesta de modificación del Plan de ordenación de recursos humanos del Instituto Catalán de la Salud.

El Instituto Catalán de la Salud invoca la vulneración por la sentencia impugnada del artículo 103.1 de la Constitución, en relación con los artículos 12 , 13 y 26.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, que atribuyen a éstos la potestad organizativa y de planificación de los recursos humanos, así como de la jurisprudencia de esta Sala contenida en las sentencias de 24 de octubre y 7 de noviembre de 2012, que consideran que concurre en el PORH de 2008 motivación suficiente en relación con la jubilación forzosa a los 65 años del personal estatutario.

En las referidas sentencias, estimamos el citado motivo, y con él el recurso de casación al entender fundada la vulneración del artículo 26.2 de la Ley 55/2003 allí denunciada, en base a los siguientes razonamientos:

« (...) La sentencia recurrida, como resulta de todo lo que sobre ella antes se ha reseñado, incurre en esa exageración que desautoriza el razonamiento que acaba de transcribirse, pues también en ella la necesidad de justificación de la autorización o denegación de la prolongación de la permanencia en el servicio activo resulta convertida en exigencia rigurosa trasladable al Plan en términos absolutos.

Lo primero que ha de afirmarse es que una interpretación conjunta de los artículos 13 y 26 de esa repetida Ley 55/2003 lo que revela es lo siguiente: (...) que el plan de ordenación de recursos humanos es la herramienta legalmente prevista para que la Administración competente, en materia de personal estatutario de los servicios de salud, ejercite su potestad autoorganizativa mediante la planificación global de sus efectivos personales; (II) que esa planificación comprende, tanto la determinación de los objetivos que con tales efectivos se quieren alcanzar en orden a las necesidades o intereses generales a cuya atención está dirigido el correspondiente servicio de salud, como la fijación del número y estructura de personal que se consideren idóneos para tales objetivos y, también, las medidas que resulten necesarias para llegar a tal número y estructura; y (III) que tales medidas podrán consistir en la programación del acceso, la movilidad geográfica y funcional y la promoción y clasificación profesional.

Lo segundo a subrayar es que, debido a la discrecionalidad que es inherente a toda potestad de autoorganización, la Administración tiene una amplia libertad para apreciar las necesidades que ha de subvenir dentro del ámbito de sus competencias y, consiguientemente, para también definir, en función de las mismas, esos objetivos y medidas en materia de personal que antes se han mencionado.

Y lo tercero a resaltar es que, en contra de lo que parece preconizar la sentencia recurrida, el objetivo de facilitar la prórroga en el servicio activo no es un presupuesto que haya de condicionar el PORH y la potestad de autoorganización que en el mismo queda plasmada. No obstante, sí debe descansar, entre otros, en el presupuesto de que la Ley expresamente admite la prolongación del servicio activo hasta los setenta años de quienes lo soliciten y cumplan los requisitos establecidos en el artículo 26.2 citado.

Lo cual significa que ese POHR será base suficiente para justificar la denegación de la autorización de la prolongación en el servicio activo más allá de los sesenta y cinco años (al amparo de lo establecido en el artículo 26.2 de la Ley

55/2003), cuando, como en el caso enjuiciado acontece, tras haber tomado en consideración el personal existente y, con ello, el que durante la vigencia del Plan alcanzará los 65 años dentro del ámbito definido para el mismo, hayan sido establecidos en dicho Plan los objetivos y necesidades del Servicio de Salud que pretenden alcanzarse con las medidas previstas para ese logro y, también, haya sido explicada la incompatibilidad de las mismas con aquella prolongación.

(...) Y debe recordarse, así mismo, lo que antes se ha dicho, al hilo de la interpretación conjunta de ese artículo 13 con el 26 de la misma Ley 55/2003, sobre amplia discrecionalidad que es inherente al ejercicio de la potestad de autoorganización que queda plasmada en el PORH; y añadirse que el contenido de este plan debe ser respetado mientras no conste su arbitrariedad, su carácter discriminatorio o su ilegalidad por otros motivos.

Desde los parámetros anteriores, el análisis del contenido del PORH impugnado que antes fue transcrito permite advertir que especifica claramente cuáles los objetivos a conseguir en materia de personal y define claramente los efectivos y la estructura de recursos humanos que se consideren adecuados para cumplir tales objetivos; como también incluye un amplísimo estudio y exposición de las circunstancias concurrentes en el ICS que se toman en consideración para fijar esos objetivos y definir la estructura de personal por la que se opta.

Por lo cual, no es de compartir esa insuficiente motivación que le ha sido censurada; y tampoco se ha denunciado que ese contenido incluya elementos que por su irracionalidad o falta de justificación merezcan ser calificados de arbitrarios.».

Procede por tanto la estimación de este motivo de casación.

Asimismo, el recurrente en casación denuncia, como otro motivo de casación, la infracción por la sentencia impugnada de los artículos 26.2 de la Ley 55/2003 y 67.3 de la Ley 7/2007 y de la jurisprudencia establecida en las sentencias de esta Sala de 9 de marzo de 2012 y 24 de octubre (RJ 2013, 1499) y 7 de noviembre de 2012, que en interpretación de la facultad de prolongación en el servicio activo regulada en el artículo 26.2 de la Ley 55/2003, concluyen que no existe un derecho subjetivo del personal estatutario a la continuidad en el servicio activo hasta los 70 años.

Añade por ello que si el Servicio de Salud, como en el presente caso, considera en un PORH que no hay necesidades de la organización para la continuación en activo de determinado grupo de personal, no se está incumpliendo el mencionado precepto, en contra de lo afirmado erróneamente por la sentencia impugnada.

Este motivo se encuentra correctamente fundado y debe prosperar.

La sentencia recurrida se apoya asimismo en una interpretación del artículo 26.2 de la Ley 55/2003 que tampoco comparte este Tribunal, como tiene declarado en numerosos casos anteriores.

La respuesta a la cuestión planteada en el motivo está resuelta por la interpretación del artículo 26.2 de la Ley 55/2003 que se contiene en la Sentencia de 8 de enero de 2013 (casación 207/2012) así como en las sentencias de 15 de febrero o de 9 de marzo de 2012 (recursos de casación 2119/2012 y 1247/2011), a la que la sentencia citada se remite:

1º) El Art. 26.2 de la Ley 55/2003 no establece un derecho a la prórroga en el servicio hasta los 70 años de edad sino sólo una mera facultad de solicitar esa prórroga, condicionada al ejercicio de una potestad de la Administración recurrida, el Servicio de Salud correspondiente, " *en función de las necesidades de organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos*". Así lo demuestra una comparación entre el artículo 67.3 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, de Estatuto Básico del Empleado Público (LEBEP) y lo que disponía para la prórroga en el servicio activo hasta los 70 años de edad el art. 33 de la Ley 30/1984, modificado por el Art. 107 de la Ley 13/1996 y hoy derogado por Disposición Derogatoria única b) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP). Mientras que el artículo 33 de la Ley 30/1984 consagraba un derecho del funcionario el artículo 67.3 de la LEBEP, que ha venido a sustituirlo, y antes el artículo 26.2 de la Ley 55/2003, que ahora nos ocupa, se refieren a una solicitud dirigida a la Administración para que ésta decida motivadamente. No se trata ahora de normas de enunciación apriorística de un derecho, sino, en su caso, y a lo más, de una especie de *derecho debilitado*, derivado del dato de una denegación inmotivada de la solicitud. No nos encontramos así ante el establecimiento inequívoco de un derecho, sino ante la necesidad de que la Administración justifique la autorización o denegación de la solicitud de prórroga.

2º) El artículo 26.2 de la Ley 55/2003 no impone a la Administración la obligación de otorgar la prórroga en el servicio activo hasta el límite máximo los 70 años; puede otorgarla por un periodo de tiempo inferior, y condicionada a las necesidades apreciadas en los sucesivos planes de ordenación.

Por ello es el Plan el que, teniendo en cuenta dicha previsión legal, y por tanto en principio la posibilidad genérica de la prórroga, deberá establecer el período de duración de esa permanencia, pero siempre respetando el límite o tope máximo de los 70 años.

3º) La prórroga hasta los 70 años es un tope máximo. Ello implica que la previsión legal no veda que la prórroga se otorgue por periodos inferiores a ese máximo en función de la apreciación de las necesidades del servicio.

Finalmente, añade la Sentencia del Tribunal Supremo, que el Tribunal Constitucional mediante Auto 85/2013, de 23 de abril, ha inadmitido a trámite la cuestión de inconstitucionalidad número 6611/2012 planteada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso- administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en relación con la disposición transitoria novena, segundo inciso, de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2012, de 20 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos, por posible vulneración del art. 149.1.18 CE en relación con lo dispuesto en el art. 26.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud. Destaca el Tribunal Constitucional que la jubilación forzosa a los 65 años es la regla general, siendo la prórroga en el servicio activo algo excepcional supeditada a varios condicionantes.

**COMPETENCIAS MUNICIPALES. ORDENANZA REGULADORA DE LOS
CAMINOS RURALES: COMPETENCIA: VINCULACIÓN NEGATIVA.
TRATO DESIGUAL A LOS VEHÍCULOS DE USO AGRÍCOLA Y A LOS DE
USO MINERO: LEGALIDAD**

Sentencia de la Sección 4ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2014

Recurso de Casación: 744/2011

Ponente: Segundo Menéndez Pérez

El Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación interpuesto por la mercantil CAL DE CASTILLA, S.A., contra sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 18 de noviembre de 2010, sobre impugnación de la resolución dictada por el Pleno del Ayuntamiento de Perales de Tajuña en fecha 26 de marzo de 2009 que aprobó la Ordenanza Municipal Reguladora de los Caminos Rurales.

La recurrente interponer el recurso de casación en cuanto al sentencia de instancia no acogió su pretensión de que declarara la nulidad de dicha Ordenanza.

A tal fin denuncia la infracción de los artículos 25.2.d) y 25.3 de la LBRL, en relación con el 55 del TRRL. En él argumenta, en suma, que las Entidades locales sólo pueden aprobar Ordenanzas y Reglamentos "en la esfera de su competencia", las cuales "en ningún caso contendrán preceptos opuestos a las leyes", según dispone el tercero de esos artículos; que, conforme al segundo, "sólo la Ley determina las competencias municipales en las materias" que enuncia antes, en su número 2; y que en la de "camino y vías rurales", el primero, a diferencia de lo que hace para las "vías públicas urbanas", sólo atribuye competencia para la "conservación", y no para regular su uso, ordenación y control del tránsito. Por último -añade el motivo-, la sentencia de instancia, al afirmar que los Municipios ostentan "competencia para la ordenación y el control del tráfico de los caminos rurales", contradice la doctrina expresada en la sentencia de este Tribunal Supremo de fecha 25 de mayo de 2005, dictada en un recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Roses que se refería también a una Ordenanza municipal.

El TS acepta los razonamientos del Tribunal de instancia en el sentido de que "toda conservación implica intrínsecamente la regulación del uso de aquello que se trata de conservar, mediante actos de tutela y defensa", y su decisión final, basada en la falta de una regulación legal específica y en lo dispuesto en el número 2 de ese artículo 84, y según la cual, "las autoridades competentes para la conservación del dominio público, lo son asimismo, para la vigilancia y regulación de los usos comunes y de los aprovechamientos especiales, por lo que hemos de concluir la competencia del Municipio para regular los usos de los caminos rurales", no vulneran aquellos artículos de la LBRL y del TRRL que el motivo considera infringidos.

Éste, trasluce una concepción del ámbito o del modo de determinación de las competencias municipales basada en la idea de una vinculación positiva que ahí o para ello acarrearía el principio de legalidad, de suerte que la Corporación Local sólo podría actuar en la forma y hasta donde de modo previo y expreso le hubiera habilitado el legislador sectorial. Sin embargo, no es esa concepción la que mejor se adecua a una interpretación de las normas reguladoras del régimen competencial de tales Corporaciones que atienda, como es obligado, al principio de autonomía reconocido a los Municipios, pues el principio de vinculación positiva es excesivamente restrictiva y dudosamente compatible con la amplitud con que la Constitución concibe la garantía institucional de la autonomía de gobierno y administración de los municipios (artículo 140 de la Constitución), la cual debe ser interpretada, en el terreno competencial, de acuerdo con la cláusula de subsidiariedad que contiene la Carta Europea de Autonomía Local de 15 de octubre de 1985, ratificada por España mediante Instrumento de 20 enero 1988, con arreglo a cuyo artículo 4.2 "las Entidades locales tienen, dentro del

ámbito de la Ley, libertad plena para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad". Y en la segunda, en un supuesto de impugnación de una ordenanza que regulaba la liberación de olores a la atmósfera, entendimos que las Corporaciones locales, en aquellas materias en que necesariamente han de ejercer competencias, como es, en especial, la de protección del medio ambiente, pueden ejercerlas por medio de ordenanza en los aspectos en que la norma autonómica no las haya utilizado, siempre que el uso que de ellas se haga no contravenga lo establecido legalmente, "para de ese modo realizar las actividades complementarias de otras Administraciones Públicas a que se refiere el artículo 28 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local ". Idea, aquella de la vinculación negativa, que cabe ver en otras sentencias posteriores, como las de 7 de octubre y 15 de diciembre de, dictadas, respectivamente, en los recursos de casación 204/2008 y 496/2009.

Asimismo considera el recurrente que la sentencia de instancia infringe el artículo 14 CE en su modalidad de igualdad en la Ley, al entender que la Ordenanza dispensa un trato desigual a los vehículos de uso agrícola y a los de uso minero, que no está basado en la intensidad del uso ni en el deterioro que ocasione. Así formulado, el motivo no puede prosperar, pues con carácter general o en principio, no son iguales, ni sirven por ello como términos de comparación a los efectos de aplicar aquél único precepto que denuncia como infringido, los usos de los caminos rurales, y deterioro consiguiente, realizados por vehículos agrícolas y por aquellos otros. No lo son, incluso, aun en supuestos de vehículos de similar tonelaje, ya que no cabe descartar, sólo por ello, que incidan otras circunstancias desiguales, referidas, por ejemplo, a las frecuencias de los tránsitos y a los efectos ligados a la naturaleza del material objeto de transporte.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

PLANES DE EMPLEO. FINALIDAD DE LAS RELACIONES DE PUESTOS DE TRABAJO. POTESTAD DE LA ADMINISTRACIÓN DE MODIFICAR LA CLASIFICACIÓN DE LOS PUESTOS DE TRABAJO. EL FUNCIONARIO ADSCRITO A UN PUESTO NO TIENE UN DERECHO SUBJETIVO A QUE ÉSTE NO SEA RECLASIFICADO A TRAVÉS DE UNA NUEVA RPT.

Sentencia número 3678/2013 de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 23 de diciembre del Tribunal Superior de Justicia con sede en Granada

Recurso contencioso-administrativo: 1053/2011

Ponente: María Rogelia Torres Donaire

Un funcionario del Ayuntamiento de Níjar interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución de fecha 31 de marzo de 2001 - dictada por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Nijar - desestimatoria del recurso de reposición interpuesto por el demandante contra Decreto 43/2011, de fecha 28 de enero de 2011 - que acuerda aprobar el plan de empleo del Ayuntamiento de Nijar con reasignación de efectivos.

El demandante solicita la nulidad de la Resolución desestimatoria de su recurso de reposición frente a la aprobación del plan de empleo con reasignación de efectivos, ya que el puesto de trabajo que ocupaba, Jefe de la Oficina de Recaudación, ha sido suprimido y se crea uno nuevo denominado Jefe de Sección de Inspección Tributaria y Gestión Catastral, al que se le asigna, careciendo de motivación y sin expresar las razones de hecho y de derecho que lo motiven, lo cual ha causado indefensión al actor y ha contribuido a la arbitrariedad; además el uso de la facultad discrecional de creación, modificación, y supresión de puestos de trabajo ha de estar motivada, y aunque la premisa utilizada por la Administración es que el puesto que el actor ocupaba se suprime, ello no es cierto, ya que únicamente se ha cambiado su denominación, y las funciones del puesto suprimido (Jefe de la Oficina de Recaudación), se corresponden con el puesto actual de nueva creación denominado Jefe de Negociado de Recaudación y Gestión Catastral, mientras que el nuevo puesto de Jefe de Sección de Inspección Tributaria y Gestión Catastral no conserva ninguna de las funciones del puesto suprimido de Jefe de la Oficina de Recaudación.

La Sala del TSJA declara que no se puede aceptar la nulidad del acto impugnado por falta de motivación ya que el mismo se limita a ejecutar el acuerdo de 6 de agosto de 2010 que modifica la plantilla y la Relación de Puestos de Trabajo, y en este sentido,

conviene significar de entrada que la RPT es un instrumento técnico a través del cual se realiza la ordenación del personal de acuerdo con las necesidades de los recursos y mediante la que se establecen los requisitos exigibles para el desempeño de cada puesto y, en tal sentido, no puede olvidarse que la potestad organizativa, de la que está investida la Administración, tiene en la RPT uno de sus instrumentos básicos, obedeciendo su confección al ejercicio de facultades discrecionales ordenadas a la organización de cada servicio.

Es preciso recordar que las Administraciones Públicas gozan de un margen de actuación suficientemente amplio para concretar en la organización el "status" del personal a su servicio; un amplio margen de actuación a la hora de "consolidar, modificar o completar sus estructuras y de configurar o concretar organizativamente el status del personal a su servicio (STC 57/1990 y 293/1993). Las STS de 29.1.07 (rec. 6640/2001) y de 6.2.08 (rec. 3759/2003) recuerdan que al "confeccionar la Relación de Puestos de Trabajo -de acuerdo con un método de valoración y clasificación que obtiene la definición del contenido formal de cada tipo de puesto de trabajo y la determinación de su posición relacional respecto de los demás puestos de trabajo, a partir de la descripción de las tareas relevantes necesarias para el correcto desempeño de las funciones y la adecuada prestación de los servicios, conexas a la determinación de los requisitos profesionales exigibles para ello- la Administración no está obligada a sancionar una determinada organización de los recursos humanos, sino que el correcto ejercicio de la competencia legalmente conferida exige que la Administración emplee de manera crítica el margen de discrecionalidad técnica que el legislador le confiere para obtener una mejor conjugación de los recursos personales y de las estructuras administrativas de las que disponga o prevea disponer con los objetivos prestacionales que tenga programados presupuestariamente o que se proponga alcanzar". La discriminación entre estructuras que son creación del Derecho y que pueden quedar definidas por la presencia de muy diversos factores, de existir, derivará de la aplicación por la Administración de criterios de diferenciación que no resulten objetivos ni generales (STC 7/1984 y 77/1990). En todo caso, el control del ejercicio de la potestad administrativa discrecional incluye el control de los elementos reglados en el proceso de clasificación y valoración de los puestos de trabajo, de veracidad sobre los hechos determinantes que operan para la valoración técnica, de la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados, y de la aplicación de los principios y valores constitucionales, y en concreto de la garantía de igualdad en la aplicación de la norma

Igualmente procede declarar, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, que la Administración tiene una «potestas variandi» de la normativa legal y reglamentaria que ejercita lícitamente cuando así lo aconsejan o demandan las cambiantes circunstancias de su actividad para una mejor organización de las

estructuras necesarias para el ejercicio de derechos o cumplimiento de deberes del individuo en sociedad o de los servicios públicos establecidos con ese fin, pues sostener lo contrario equivaldría -en los términos de las Sentencias del Tribunal Constitucional 27/1981, de 20 de julio o 6/1983, de 4 de febrero - a «petrificar» la organización de las estructuras existentes condenándolas a una inmovilidad que las alejaría de la realidad social e impediría su perfeccionamiento. Como consecuencia de esta facultad de cambiar la organización administrativa, el funcionario público no tiene un derecho adquirido frente a la ley que pueda oponer a la nueva organización establecida por la respectiva norma legal estatutaria, ello sin perjuicio de los derechos que la propia ley les reconoce relativos a su categoría administrativa, a su inmovilidad de residencia y al sueldo consignado en los Presupuestos, que son derechos adquiridos que vinculan a la Administración y que, como tales derechos «incorporados al patrimonio del funcionario», podrán ser reclamados por los interesados, si fueran despojados de ellos, por los procedimientos que el ordenamiento establece.

Esto sentado, la modificación de la relación de puestos de trabajo, aprobada por el Ayuntamiento demandado supone el ejercicio de la potestad organizativa por lo que han de merecer rechazo los motivos basados en una especial motivación, en los que como se dijo anteriormente, está implícita la idea de que el puesto de trabajo es un elemento indisponible para una Administración de tal manera que cuando pasa a ocuparlo un funcionario y a desarrollar las funciones que se le encomiendan realice y que definen dicho puesto, dichas funciones devienen inmodificables para la Administración y el puesto inatacable tanto en lo relativo a su existencia como en lo referido a su configuración. Pero tal postura ha de ser rechazada, desde el momento que defiende una a modo de congelación funcional del puesto que impediría la modificación de las competencias y la necesaria a veces reforma de toda Administración, que debe ser lo suficientemente flexible en su organización y funcionamiento para adaptarse a las exigencias de los intereses generales. En tal sentido, se suprime el puesto que ocupaba el recurrente, y se crea uno nuevo al que es asignado, siendo cuestión distinta el que el actor discrepe de la reasignación.

**POTESTAD SANCIONADORA. DELEGACIÓN BASTA LA DELEGACIÓN
GENÉRICA PARA LA GESIÓN Y RESOLUCIÓN DE ACTOS
ADMINISTRATIVOS DE UN ÁREA MUNICIPAL PARA ENTENDER
COMPRENDIDA EN LA MISMA EL EJERCICIO DE LA POTESTAD
SANCIONADORA. VALIDEZ.**

*Sentencia número 102/2014 de la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-
Administrativo de 27 de enero del Tribunal Superior de Justicia con sede en Granada*

*Recurso contencioso-administrativo: 453/2010**Ponente: María Rosa López Barajas Mira*

El Ayuntamiento de El Ejido interpone recurso de apelación ante el TSJA contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de fecha 15 de febrero, que declaró la nulidad del acto administrativo por el que se impone una sanción urbanística acordada por la Concejala Delegada de Urbanismo, en ejercicio de la delegación genérica para gestionar dicho Servicio que incluía la de dictar actos que afecten a terceros, delegada por el Alcalde, por entender el Juzgado de instancia que la potestad sancionadora en materia urbanística no puede ser entendida comprendida mediante una delegación genérica, y que por tanto, el acto sancionador fue dictado por órgano manifiestamente incompetente.

El TSJA estima el recurso del Ayuntamiento, declarando que desde la promulgación de la Ley 4/1999 la potestad sancionadora es susceptible de delegación; asimismo declara que es indiscutible la admisibilidad de las delegaciones genéricas de competencias, en función de lo dispuesto en el artículo 43.3 del ROF, habiendo declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 24 de junio de 2003, que de la redacción del mismo se infiere que las delegaciones genéricas no son uniformes sino que, por el contrario, pueden tener mayor o menor extensión, debiendo de interpretarse la amplitud de la misma caso por caso y de conformidad con el contexto en el que se producen.

Y en este sentido, en el caso examinado, el Decreto de delegación disponía en relación a la referida Concejala de Urbanismo que la delegación tenía por objeto “... *la dirección y gestión de las Áreas de Planeamiento y Desarrollo Urbanístico y Patrimonio Inmueble, y de Licencias y Disciplina Urbanística ...*”, así como que la misma incluía “... *la facultad de dictar actos administrativos de cualquier clase que afecten a terceros, incluida la de resolver los recursos que se interpongan contra dichos actos ...*”. El TSJA concluye que la delegación está conferida en términos suficientemente amplios como para entender comprendida en la misma la potestad sancionadora, en tanto en cuanto los actos derivados de su ejercicio pueden encuadrarse entre los susceptibles de afectar a terceros.

Asimismo, señala el TESJA que, incluso aunque pudiera concluirse que la delegación examinada no comprendía la potestad sancionadora, tampoco ello sería suficiente para sustentar la nulidad de pleno derecho de la resolución recurrida, pues en modo alguno podría afirmarse que la Teniente de Alcalde es “*manifiestamente*” incompetente para su dictado, como exige el artículo 62.1.b) de la Ley 30/1992, y ha señalado el Tribunal Supremo en sentencia de 28 de enero de 2013 que “*para generar la nulidad la incompetencia ha de ser manifiesta sin que exija un esfuerzo dialéctico su comprobación*”, y por tanto, tal carácter manifiesto no concurre en el presente supuesto,



en el que la determinación de la amplitud de la delegación genérica no puede determinarse *prima facie*, sino que exige una labor hermenéutica.

