

ACTUALIDAD JURÍDICA: RECOPIACIÓN DE JURISPRUDENCIA

I. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

CONVENIOS ENTRE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS DE LA LEY 40/2015, DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO QUE REGULAN LOS TRÁMITES PARA LA SUSCRIPCIÓN DE CONVENIOS ADMINISTRATIVOS Y REQUISITOS PARA SU VALIDEZ Y EFICACIA. DESESTIMACIÓN DEL RECURSO.

Sentencia número 33/2019 de 14 de marzo del Pleno del Tribunal Constitucional.

Recurso de inconstitucionalidad 3903/2016.

El recurso de inconstitucionalidad que nos ocupa fue interpuesto por el Gobierno de Canarias interpone recurso de inconstitucionalidad contra los arts. 48.8 y 50.2 d) y las disposiciones adicionales séptima y octava de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público por infringir los principios de lealtad institucional, interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) y estabilidad presupuestaria (art. 135 CE), incumplir la reserva de ley orgánica (art. 157.3 CE) y desbordar las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas (art. 149.1.18 CE) con invasión de las competencias sobre régimen jurídico de las administraciones públicas y autoorganización de las comunidades autónomas (arts. 31.4 y 32, apartados 6 y 8, del Estatuto de Autonomía de Canarias,) y vulneración de su autonomía política (arts. 2 y 137 CE) y financiera (art. 156 CE).

El TC considera que la inscripción de los convenios administrativos suscritos por la administración general del Estado (o entidades vinculadas a ella) en el registro electrónico estatal de órganos e instrumentos de cooperación del sector público estatal y el envío al "BOE" responden con toda evidencia a las exigencias de transparencia y eficacia de la actuación administrativa (art. 103.1 CE), eficiencia en el uso de los recursos públicos (art. 31.2 CE) y control del gasto público (art. 136 CE).

Por otra parte, el art. 50.2 d) de la Ley 40/2015 no exime al Gobierno del deber de prever el crédito necesario en los "escenarios presupuestarios plurianuales" (arts. 28 y 47.4 de la Ley 47/2003) y en el correspondiente proyecto de ley de presupuestos generales (art. 134.2 CE; arts. 32, 33 y 37.1 de la Ley 47/2003), ni de la obligación de realizar o promover las modificaciones presupuestarias que hagan efectivos los compromisos plurianuales de gasto que haya suscrito [arts. 47 y 47 bis, apartados 2 y 3, de la Ley 47/2003]. De ahí que el Gobierno, si incumple tales obligaciones, no esté autorizado a hacer valer la inexistencia de crédito como causa de resolución del

convenio. Ha de interpretarse que la ausencia de crédito puede dar lugar a la resolución de compromisos de gasto solo si deriva de factores ajenos a la acción del poder ejecutivo. Cabe entender, en suma, que el Gobierno no puede acordar la resolución al amparo de los arts. 50.2 d) de la Ley 40/2015 y 47 bis, último párrafo, de la Ley 47/2003 si ha incumplido previamente las obligaciones indicadas (arts. 134.2 CE y 32, 33, 37, 47 y 47 bis, apartados 2 y 3, de la Ley 47/2003), esto es, si dejó de incluir el crédito necesario en el correspondiente proyecto de ley de presupuestos generales o de realizar o promover las modificaciones presupuestarias que habrían facilitado el pago.

En consecuencia, el TC desestima el recurso.

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA LAS PRESTACIONES PATRIMONIALES DE CARÁCTER PÚBLICO NO TRIBUTARIO PREVISTAS EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS POR MEDIO DE CONCESIONARIO O PERSONIFICACIÓN JURÍDICA. DESESTIMACIÓN DEL RECURSO

Sentencia número 63/2019 de 9 de mayo del Pleno del Tribunal Constitucional.

Recurso de Inconstitucionalidad 739/2018.

Ponente: Encarnación Roca Trías.

El recurso de inconstitucionalidad que comentamos fue interpuesto por más de cincuenta diputados, integrantes del Grupo Parlamentario de Unidos Podemos-En Comú y Podem-En Marea, contra el artículo 289.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público que dispone que las contraprestaciones del concesionario se denominarán tarifas y tendrán la naturaleza de prestación patrimonial de carácter público no tributario; la disposición adicional cuadragésima tercera, que dispone que las contraprestaciones económicas establecidas coactivamente que se perciban por la explotación de obras públicas o la prestación de servicios públicos, de forma directa mediante personificación privada o gestión indirecta, tendrán la condición de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario conforme a lo previsto en el artículo 31.3 de la Constitución, así como las disposiciones finales novena, undécima y duodécima que modifica en este sentido la Ley 8/1989, de 13 de abril, del régimen jurídico de las tasas y los precios públicos, la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, y Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo que aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, en este sentido.

Consideran los recurrentes vulnerados los arts. 14, 31.3 y 134.2 CE, puesto que el régimen jurídico con que se presta el servicio es irrelevante a los efectos de la aplicación del principio de legalidad a las prestaciones patrimoniales de carácter público, siempre y cuando concurra alguna de las notas determinantes de la coactividad; esto es, siempre que se trate de servicios de prestación obligatoria, de solicitud o

recepción indispensable y monopolísticos. Además, reprocha al art. 289.2 la vulneración del art. 31.3 CE, por la calificación como no tributarias de las contraprestaciones económicas pactadas a las que el precepto hace referencia.

El TC considera que el ámbito sobre el que se proyectan las tarifas que se refieren a la prestación de servicios mediante el contrato de concesión de servicios, previsto en el art. 15 de la ley de contratos, se ciñe a aquellos "servicios de su titularidad o competencia siempre que sean susceptibles de explotación económica por particulares", excluyéndose aquellos que "impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos". De la doctrina constitucional no se infiere la prohibición de utilizar la categoría de la prestación patrimonial de carácter público no tributaria ni tampoco la de ponerla en relación con la forma en la que se gestione el concreto servicio público de que se trate. Categoría que, así prevista por el legislador, no es susceptible de contravenir los preceptos constitucionales que le resultan aplicables, especialmente el art. 31.3 CE. El hecho de que el legislador permita establecer un mecanismo distinto de financiación del servicio y de aportación del usuario en función del modo de gestión y prestación del servicio público, forma parte de su ámbito de configuración. Admitido, por tanto, que dentro de la Constitución el legislador dispone de un amplio margen de configuración para establecer el modo de prestación y gestión de los servicios públicos, es lógico concluir que este margen se proyecta igualmente sobre su modo de financiación, pues la misma tiene carácter instrumental.

Por otra parte, la CE no exige que todos los elementos de las prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias estén delimitados en una ley, sino que sea una norma legal la que establezca los criterios a partir de los cuáles debe cuantificarse, de acuerdo con los fines y principios de la legislación sectorial en la que en cada caso se inserte. En este caso, se establecen en la ley de contratos los criterios para su determinación, que se anudan al coste objeto del propio contrato, pudiendo lógicamente variar en función del mismo. Con carácter general, las tarifas se ajustarán al régimen general previsto en el Capítulo I del Título III del Libro Primero de la ley (arts. 99 a 102), que establece las reglas para determinar las cuantías (precios) de los contratos del sector público, siendo revisadas con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo II del mismo título (artículos 103 a 105). De acuerdo con el régimen jurídico legal, las tarifas se fijarán atendiendo al coste, y se fijarán y revisarán de manera específica por parte de la Administración [arts. 267.2; 285.1.b); 290.1 y 5]. Esta regulación colma la reserva de ley para este tipo de contraprestaciones, pues establece los criterios generales con arreglo a los cuales, en el marco de la legislación de contratos del Estado, deberán revisarse las correspondientes tarifas y sin perjuicio de que la ley de contratos sólo contempla esta posibilidad, de manera que será en todo caso la normativa específica reguladora del servicio sujeto a tarifa la que establecerá las mismas, concretando su configuración. Al no tratarse de tributos, no les resultan de aplicación los principios generales contenidos en el art. 31.1 CE, pero sí estarán sujetas al art. 31.3 CE y, como toda acción pública, a los principios generales del ordenamiento (art. 103.3 CE) y, en

concreto, a la regulación específica que haya llevado a cabo el legislador sectorial en su caso, en la definición del servicio público.

En cuanto a la vulneración del art. 134.2 CE, la misma tampoco puede producirse pues precisamente una nota definitoria de las prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias es que no supondrán necesariamente un ingreso público en sentido estricto, lo que lógicamente implica que no figuren en el estado de ingresos de los presupuestos públicos. Ello no determina una falta de control sobre el coste, como pretende la demanda, pues precisamente la ley de contratos contiene reglas específicas acerca de la contabilización de las tarifas en función del tipo de contrato de que se trate (arts. 267.2 y 289.2 ley de contratos), a efectos del control y supervisión por parte de la administración contratante.

En consecuencia, el TC desestima el recurso.

II. TRIBUNAL SUPREMO

SINDICATOS. LEGITIMACIÓN ACTIVA. FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA EN DEFENSA DE LA LEGALIDAD SI NO TIENE IMPLANTACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN CUYO ACTO RECURRE

Sentencia número 592/2019 de 30 de abril de la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

Recurso de Casación 3061/2016.

Ponente: Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

El Sindicato Andaluz de Funcionarios (SAF), interpone el presente recurso de casación contra la sentencia de 28 de marzo de 2016 dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, seguido frente al acuerdo número 14, de 1 de junio de 2012, dictado por la Excm. Diputación Provincial de Jaén, por el que se aprueban las medidas para la adaptación del Régimen Jurídico del Personal Laboral Fijo de Plantilla de la Diputación y sus Organismos Autónomos al Régimen Funcionario (publicado en el BOP de Jaén el 1 de octubre de 2012).

El TS dice que la jurisprudencia ha mantenido un criterio amplio sobre la legitimación de los sindicatos en el proceso contencioso-administrativo. La relevancia que les confiere el artículo 7 de la Constitución y el derecho fundamental a la libertad sindical reconocido por el artículo 28, también de la Constitución, con el contenido adicional que le ha dado la interpretación del Tribunal Constitucional, explican y justifican la amplitud con que se viene apreciando la concurrencia en ellos de los derechos e intereses legítimos, incluidos los colectivos, que -según el artículo 19 de la Ley de la Jurisdicción-fundamentan la legitimación.

No obstante, también es claro que nuestro ordenamiento jurídico no contempla la acción pública con carácter general en el proceso contencioso-administrativo. Por eso, una constante jurisprudencia ha considerado que la mera defensa de la legalidad no confiere legitimación para recurrir a quien la invoque.

Pues bien, en este caso, el Sindicato Andaluz de Funcionarios no ha pretendido otra cosa que la defensa de la legalidad ya que en la instancia quedó acreditado, sin que haya combatido en casación esa apreciación, su falta de presencia en la Diputación Provincial de Jaén, pues no sólo carecía de representación en la mesa de negociación de esa corporación local, sino que no concurrió en ese ámbito a las elecciones sindicales de 2011 ni a las de 2015, no tenía sección sindical en la misma y ninguno de sus empleados públicos había solicitado que se le descontara de su nómina la cuota sindical de dicho Sindicato Andaluz y también que, siendo un sindicato de funcionarios, no explicó en qué medida perjudica a quienes ya lo son el acceso de terceros a la función pública.

En consecuencia, el TS desestima el recurso.

**DERECHO DEL FUNCIONARIO A PERCIBIR LAS RETRIBUCIONES
COMPLEMENTARIAS CORRESPONDIENTES AL PUESTO QUE
REALMENTE DESARROLLA CUANDO REALIZA LA TOTALIDAD DE
DICHAS FUNCIONES. INTERÉS CASACIONAL**

*Sentencia número 605/2019 de 7 de mayo de la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso
Administrativo del Tribunal Supremo.*

Recurso de Casación 1780/2018.

Ponente: Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

Una funcionaria del Cuerpo General Auxiliar Administrativo, grupo C2 y nivel 15, destinada en la Oficina de Empleo del Servicio Estatal de Empleo Público de Parla, reclamó las diferencias retributivas básicas y complementarias entre las que tenía asignadas y las correspondientes al puesto de Técnico de Oficina de Prestaciones, grupo A2, nivel 20, cuyas funciones afirmó que realizaba en su totalidad entre el 1 de julio de 2012 y el 31 de marzo de 2015, más los intereses legales. Su pretensión fue desestima en vía administrativa, así como por sentencia del TSJ de Madrid de 10 de enero de 2018.

La sentencia a quo se fundamenta en los artículos 21 a 24 del EBEP, que regulan las retribuciones y explica que el principio de legalidad impide acceder a lo que pide la recurrente y que la supuesta realización de funciones encuadradas en un grupo profesional superior solamente podría ser remunerada por la vía de las retribuciones complementarias atendiendo a los factores previstos en el artículo 24 del Estatuto Básico del Empleado Público, además de que el artículo 26 de la Ley 17/2012, de 27 de

diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, y sus equivalentes de los Presupuestos de los ejercicios posteriores, disponen que “las retribuciones que en concepto de complemento de destino y complemento específico perciban los funcionarios públicos serán, en todo caso, las correspondientes al puesto de trabajo que ocupen en virtud de los procedimientos de provisión previstos en la normativa vigente, sin que las tareas concretas que se realicen puedan amparar que se incumpla lo anterior, con excepción de los supuestos en que dicha normativa les reconoce otras cuantías, y en todo caso la garantía del nivel del puesto de trabajo regulada en el artículo 21.2 de la Ley 30/1984 y el derecho a percibir las cantidades que correspondan en aplicación del artículo 33. Dos de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991”.

El TS, en el recurso de casación, fundamenta su fallo en su sentencia 52/2018 de enero, recurso de casación 874/2017, según la cual al funcionario que acredita la realización de las funciones de un puesto de trabajo distinto del suyo y con retribuciones complementarias superiores se le deben satisfacer los complementos de destino y específico del que efectivamente ha desempeñado. Esa jurisprudencia, no consideró que el significado del nombramiento impidiera dar igual trato retributivo a quien realice iguales cometidos, puesto que el mismo hecho de que se hubiera formado y mantenido ponía de manifiesto una realidad de la Administración Pública: la existencia de supuestos en que funcionarios realizan cometidos de puestos que no son los suyos o que puestos de trabajo con el mismo contenido funcional tienen asignados complementos diferentes, y que esta es una práctica imputable a la propia Administración, que es la que debe asegurar la correcta provisión de los puestos de trabajo necesarios para el cumplimiento de sus funciones y crear las condiciones en las que no exista la posibilidad o la necesidad de que funcionarios destinados en un determinado puesto realicen las tareas de otro.

No es obstáculo para mantener esta doctrina las previsiones citadas de las leyes de Presupuestos Generales del Estado que repiten año tras año que las tareas concretas que realicen los funcionarios no pueden amparar su retribución diferente a la que corresponde al puesto para el que se les haya nombrado porque esta prescripción está en contra del principio de igualdad, concretado en la afirmación de que a igual trabajo debe corresponder igual retribución.

Ahora bien, la realización de tareas concretas de otro puesto mejor retribuido, no es el presupuesto a partir del que se había formado la jurisprudencia. Lo relevante es el ejercicio material de otro puesto en su totalidad o en sus contenidos esenciales o sustantivos, o dicho de otro modo, la identidad sustancial. Y no es a eso a lo que se refiere el precepto presupuestario porque tal desempeño es algo diferente a llevar a cabo tareas concretas.

IBI. LA EXIGENCIA DE QUE PARA CONSIDERAR EL SUELO URBANO ES NECESARIO QUE CUENTE CON DESARROLLO URBANÍSTICO ADECUADO ESTABLECIDO EN LOS CORRESPONDIENTES INSTRUMENTOS URBANÍSTICOS, EXIGENCIA DERIVADA DE LA JURISPRUDENCIA POSTERIOR A LAS LIQUIDACIONES FIRMES DEL IBI NO IMPLICA QUE ÉSTAS, GIRADAS CON ANTERIORIDAD INCURRAN EN LOS SUPUESTOS DE NULIDAD DE PLENO DERECHO PREVISTOS EN LAS LETRAS a) y e) DEL NÚMERO 1 DEL ARTÍCULO 217 DE LA LEY GENERAL TRIBUTARIA. INTERÉS CASACIONAL.

Sentencia número 628/2019 de 14 de mayo de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

Recurso de Casación 3457/2017.

Ponente: Jesús Cudero Blas.

El TS considera que en el ámbito del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, la revisión de liquidaciones firmes como consecuencia de la necesidad de que el suelo, para ser urbano, cuente con desarrollo urbanístico establecido por instrumento urbanístico apto (exigencia derivada de la jurisprudencia posterior a esas liquidaciones y de la modificación legal efectuada en su aplicación) debe efectuarse por los cauces establecidos en el Capítulo II del Título V de la Ley General Tributaria.

Por otra parte, la circunstancia sobrevenida derivada de la nueva jurisprudencia y de la reforma legal, no determina que las liquidaciones firmes de IBI giradas con anterioridad incurran en los supuestos de nulidad de pleno derecho previstos en el artículo 217.1.a) y 217.1.e) de la Ley General Tributaria, pues aquellos actos tributarios -al atenderse a la valoración catastral vigente- no han lesionado derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional, ni han prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente previsto.

NULIDAD DEL REAL DECRETO 21/2016, DE 15 DE ENERO, POR EL QUE SE APRUEBAN LOS PLANES DE GESTIÓN DE RIESGO DE INUNDACIÓN DE LAS CUENCAS INTERNAS DE ANDALUCÍA: DEMARCACIONES HIDROGRÁFICAS DEL TINTO, ODIEL Y PIEDRAS; GUADALETE Y BARBATE; Y CUENCAS MEDITERRÁNEAS ANDALUZAS; DEL REAL DECRETO 11/2016, DE 8 DE ENERO, POR EL QUE SE APRUEBAN LOS PLANES HIDROLÓGICOS DE LAS DEMARCACIONES HIDROGRÁFICAS DE LAS CUENCAS MEDITERRÁNEAS ANDALUZAS, DEL GUADALETE Y BARBATE Y DEL TINTO, ODIEL Y PIEDRAS. OMISIÓN DEL INFORME PRECEPTIVO DEL CONSEJO ANDALUZ DE GOBIERNOS LOCALES

Sentencia número 654/2019 de 21 de mayo de la Sección 5ª de la Sala de lo

Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

Recurso ordinario 4483/2016.

Ponente: Francisco Javier Borrego Borrego.

El Ayuntamiento de Alhaurín de la Torre impugna el Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica de las Cuencas Mediterráneas Andaluzas 2015-20121, aprobado definitivamente por Real Decreto 11/2006, de 8 de enero, y el Plan de Gestión del Riesgo de Inundación (PGRI), de las Cuencas Mediterráneas Andaluzas, aprobado por Real Decreto 21/2016, de 15 de enero, publicados en el BOE n.º 19, de 22 de enero de 2016.

Fundamenta la impugnación, entre otros motivos, en que los Reales Decretos fueron aprobados definitivamente por el Consejo de Ministros hallándose el Gobierno en funciones, y por la omisión del informe del Consejo Andaluz de Gobiernos Locales exigido por la ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía.

En lo que se refiera a la primera causa, el TS, remitiéndose a sentencias anteriores considera que la Constitución no establece de modo expreso límites o restricciones a la actuación del Gobierno en funciones, pero facilita el criterio para distinguir cuáles son los confines dentro de los que debe moverse, fuera de los casos en que la urgencia determine la necesidad de su intervención, pues la habilitación para resolver sobre estos últimos va implícita en la propia imposición de su existencia. El criterio es el que resulta de la función constitucional del Gobierno. De la que ha de desempeñar el que está en plenitud de sus facultades tras haber completado el proceso de su formación. Esa función no es otra que la dirección de la política interior y exterior y, en estrecha relación con ella, la defensa del Estado. Esos son los cometidos con los que el artículo 97 de la Constitución singulariza la función gubernamental y para cuya realización atribuye al órgano Gobierno la dirección de la Administración Civil y Militar y le encomienda la función ejecutiva y la potestad reglamentaria. Pues bien, si esto es lo que debe hacer el Gobierno que se forma, es, al mismo tiempo, lo que no puede hacer el Gobierno en funciones porque el cese ha interrumpido la relación de confianza que le habilita para ejercer tal dirección y le ha convertido en un órgano cuya composición debe variar necesariamente en el curso de un proceso constitucionalmente regulado, de una duración necesariamente limitada en el tiempo, del que surgirá una nueva relación de confianza y un nuevo Gobierno. En definitiva, el despacho ordinario de los asuntos públicos comprende todos aquellos cuya resolución no implique el establecimiento de nuevas orientaciones políticas ni signifique condicionamiento, compromiso o impedimento para las que deba fijar el nuevo Gobierno. Y esa cualidad que excluye a un asunto del despacho ordinario ha de apreciarse, caso por caso, atendiendo a su naturaleza, a las consecuencias de la decisión a adoptar y al concreto contexto en que deba producirse. Y en consecuencia desestima esta causa de nulidad.

La segunda causa es aceptada por el TS. Declara como punto de partida que tratándose de la impugnación de una disposición normativa, el control jurisdiccional alcanza a la observancia del procedimiento de elaboración legalmente establecido, con

respeto al principio de jerarquía normativa y de inderogabilidad singular de los reglamentos, así como la publicidad necesaria para su efectividad (art. 9.3 CE), según establece el art. 52 de la Ley 30/92, y el art. 131 de la actual Ley 39/2025, y que son las delimitaciones sustantivas y formales de la potestad reglamentaria las que determinan el ámbito del control judicial de su ejercicio, atribuido por el art. 106 de la Constitución, en relación con el art. 1 de la Ley 29/98, a la Jurisdicción Contencioso Administrativa , lo que se plasma en el juicio de legalidad de la disposición general en atención a las referidas previsiones de la Constitución y el resto del ordenamiento, que incluye los principios generales del Derecho (interdicción de la arbitrariedad, proporcionalidad), y que conforman las referidas exigencias sustantivas y formales a las que ha de sujetarse.

Continúa diciendo la sentencia que el artículo 57 de la Ley de Autonomía Local de Andalucía, 7/2010 de 11 de junio crea el Consejo Andaluz de Gobiernos Locales (CAGL) como órgano de representación de los municipios y las provincias ante las instituciones de la Junta de Andalucía con la finalidad de garantizar el respeto a las competencias locales, y al que le corresponde conocer con carácter previo cuantos anteproyectos de leyes, planes y proyectos de disposiciones generales se elaboren por las instituciones y órganos de la Comunidad Autónoma de Andalucía que afecten a las competencias locales propias, e informar sobre el impacto que aquellas puedan ejercer sobre dichas competencias, pudiendo emitir juicios basados en criterios de legalidad y oportunidad que en ningún caso tendrán carácter vinculante. Y por su parte, el artículo 2 del Decreto 263/2011, de 2 de agosto por el que se aprueba su Reglamento de funcionamiento, dispone que se deberá solicitar el informe preceptivo del Consejo Andaluz de Gobiernos Locales en el procedimiento de elaboración de los anteproyectos de leyes, planes y proyectos de disposiciones generales que se elaboren por las instituciones y órganos de la Comunidad Autónoma de Andalucía siempre que las mismas pudieran afectar al ejercicio de las competencias propias de la administración local establecidas en los artículos 9 y 15 de la LAULA o en la legislación sectorial.

Por tanto, el informe resulta preceptivo en razón y en cuanto resulten afectadas las competencias locales propias por los anteproyectos de leyes, planes y proyectos de disposiciones elaborados por la Comunidad Autónoma en el ejercicio de las suyas, es decir y como resulta del preámbulo antes descrito, se trata de garantizar la defensa de las competencias locales sobre las que pueda incidir la actuación de la Comunidad Autónoma, a través de un órgano consultivo de composición exclusivamente local que expone su parecer al respecto. ninguna duda cabe de la afectación por los planes impugnados de las competencias locales, no ya solo en relación con la materia de ordenación urbanística, sino con otras muy variadas, como resulta de la simple lectura del Anejo 2 del PGRICMA, que contiene la descripción del programa de medidas, con las correspondientes tablas, en las que se describen las medidas y Administración responsable, figurando en numerosos supuestos específicamente los Ayuntamientos y en mayor número de manera conjunta con la expresión "Todas", referidas a las distintas administraciones. Por otra parte, el carácter preceptivo con el que se establece el mencionado informe del CAGL y su trascendencia se justifica por las razones de su

creación, que se desprenden del art. 57 de la Ley 5/2010 y del preámbulo y preceptos del Decreto 263/2011, en razón de garantizar las competencias locales en el ámbito de autonomía local, con la intervención de un órgano consultivo creado *ad hoc* y con una composición exclusivamente local, mostrando así el propio legislador autonómico una voluntad concreta de encauzar a través del mismo las relaciones entre ambas administraciones.

En consecuencia, el TS estima la pretensión de declaración de nulidad de las disposiciones impugnadas por la ausencia del informe preceptivo del Consejo Andaluz de Gobiernos Locales, que, al amparo del artículo 47.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común.

OFERTA DE EMPLEO PÚBLICO. EL PLAZO DE TRES AÑOS PARA LA EJECUCIÓN DE LA OEP ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 70.1 DEL EBEP ES ESENCIAL, DE MODO QUE TRANSCURRIDO DICHO PLAZO SIN EJECUCIÓN ALGUNA LA DEJA SIN EFECTO. INTERÉS CASACIONAL

Sentencia número 660/2019 de 21 de mayo de la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

Recurso de Casación 209/2016.

Ponente: Celsa Pico Lorenza.

El recurrente arguye que el mero transcurso del plazo de 3 años previsto en el artículo 70.1 de la Ley 7/2007 de 12 de abril (actual inciso final del artículo 70.1 del RD Legislativo 5/2015 de 30 de octubre) no tiene como consecuencia la pérdida de efecto de la oferta de empleo público del año 2009. De admitirse el carácter esencial del plazo del artículo 70.1 EBEP se estaría aceptando que la naturaleza de tal término conduce a la anulabilidad de los actos dictados con posterioridad al mismo, incluyendo la totalidad del proceso selectivo. Por otra parte, no se determina cual puede ser ese perjuicio concreto que se causa en relación con las 2 plazas de limpiador de colegio, que son las que han sido cubiertas con la oferta que nos ocupa. La obligatoriedad de términos y plazos constituye un principio rector del procedimiento administrativo que combinado con los principios de celeridad y preclusión suponen imponer al ciudadano la carga de actuar tempestivamente debiendo cumplir los plazos establecido. Ahora bien, lejos de instaurar un sistema de carácter absoluto, la fijación de un plazo, su cumplimiento, ha de ser interpretado con cierta flexibilidad, rechazando la operatividad automática de la caducidad a no ser que una norma así expresamente lo establezca, puesto que la extemporaneidad en la cumplimentación de trámites por parte de los interesados, siempre y cuando se lleve a cabo antes de que se produzca la caducidad del expediente en que se han de realizar no impide que el trámite se tenga por realizado.

El TS considera vigente la afirmación que hizo en su sentencia de 10 de diciembre de 2018 (recurso de casación 129/2016) de que es relevante tener presente que el límite

de los tres años acompaña a la lógica de que se ejecuten las ofertas de empleo público aprobadas para un ejercicio determinado mientras permanezcan las necesidades en virtud de las cuales se elaboraron, necesidades que razonablemente pueden variar de manera significativa más allá de ese margen. Ante la prescripción legal del artículo 70.1 del Estatuto Básico del Empleado Público, una que impone "la obligación de convocar procesos selectivos para las plazas comprometidas" y exige ejecutar la oferta de empleo público "en todo caso" dentro de ese margen temporal y luego añade que el plazo será "improrrogable", son precisas razones muy poderosas para no deducir de esa disposición el carácter invalidante del incumplimiento del plazo.

CONTRATACION PÚBLICA. CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS: RIESGO Y VENTURA DEL CONTRATISTA. CONTRATOS MIXTOS: VINCULACIÓN Y COMPLEMENTARIEDAD ENTRE LAS PRESTACIONES.

Sentencia número 728/2019 de 30 de mayo de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

Recurso de Casación 207/2016.

Ponente: Francisco Javier Borrego Borrego.

El Ayuntamiento de Guadalajara aprobó los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas para la prestación, en régimen de concesión administrativa, de la gestión integral de determinados servicios públicos medioambientales. Contra la referida aprobación fue interpuesto recurso ante el correspondiente Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), de 4 de septiembre de 2013, que estimó recurso especial en materia de contratación. Contra esta estimación las mercantiles CESPASA y FERROVIAL, interpusieron recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sección Primera, el cual mediante sentencia de 9 de noviembre desestimó el recurso. Contra esta sentencia interponen el recurso de casación que comentamos.

Primero.- Cuestión referente al riesgo y ventura del contratista para que el contrato pueda ser calificado de concesión de gestión de servicios públicos.

El TS declara que la distinción entre el contrato de gestión de servicios públicos, en su modalidad de concesión, y el contrato de servicios, es la forma de establecer la contrapartida para el contratista, si éste asume o no el riesgo de explotación. En reiteradas resoluciones del TACRC., así las número 204/2013, 80/2013; 176, 172 y 116/2011, se ha razonado: "Las ideas fundamentales a través de las cuales la Jurisprudencia ha configurado la concesión de servicios se han condensado básicamente en la asunción del riesgo de explotación por parte del concesionario y ello ha llevado a

la tantas veces mencionada Directiva a definirla como un contrato que presente las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio (art. 1.4). Esta definición, sin embargo, debe ser completada con otras ideas básicas expresadas también por la Jurisprudencia: a) La atribución de la explotación del servicio al concesionario implica la asunción por éste del riesgo derivado de la misma. b) Aunque los destinatarios de la prestación objeto de la concesión de servicio público lo son de una forma natural los particulares como usuarios del mismo, sin embargo, no es requisito imprescindible para que la relación jurídica se califique como tal, que el pago por su uso sea realizado efectivamente por éstos. Por el contrario, no se desnaturaliza la concesión por el hecho de que e/ pago por la utilización de/ servicio corra a cargo de la entidad concedente (pago en la sombra), siempre que subsista la asunción de riesgo por el concesionario. c) La concesión servicios públicos comporta la transferencia al concesionario de la servicio, sin perjuicio naturalmente de las potestades de policía que corresponden a la Administración concedente. Esta potestad organizativa es exigencia lógica de la propia asunción del riesgo de explotación, pues requiere dotar al concesionario de la libertad de organización necesaria para establecer el modo de llevar a cabo la explotación que le pueda resultar más acorde con su propia concepción de la empresa. El conjunto de ideas anterior es recogido por nuestro legislador con carácter disperso a través de varios artículos de la Ley de Contratos del Sector Público: artículo 8 , ("El contrato de gestión de servicios públicos es aquél en cuya virtud una Administración Pública encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendante"), artículo 251, ("La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares. En ningún caso, podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos") y artículo 253: ("La contratación de la gestión de los servicios públicos podrá adoptar las siguientes modalidades: a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura..."). Se deduce de los anteriores preceptos, en primer lugar, que al encomendarse al particular la gestión del servicio éste asume la organización del mismo, en segundo lugar, que el servicio deber ser susceptible de explotación empresarial y, por último, que el concesionario debe asumir el riesgo de la explotación. De las circunstancias anteriores debe considerarse que la asunción del riesgo de explotación por el concesionario resulta indispensable para atribuir a la relación jurídica que examinemos la condición de concesión de servicios. Las restantes condiciones, el hecho de que la prestación vaya destinada de forma directa a su utilización por los particulares y que la organización del servicio se encomiende en mayor o menor grado al concesionario son consecuencias, bien del mismo concepto de servicio público que tiene el objeto de la concesión, bien de la propia exigencia de asunción del riesgo derivado de la explotación del servicio".

Los recurrentes consideran que el contrato fue correctamente calificado como contrato de gestión en su modalidad de concesión, al reunir las notas de esta clase de

contratos, incluida la asunción suficiente del riesgo de la explotación. La sentencia sin embargo lo deja vacío de contenido, sin atender a sus peculiaridades. La asunción del riesgo debe ser matizada en los contratos de gestión, ya que no tiene que ser total y absoluta, pues se trata de un contrato de gestión de servicios públicos en su modalidad concesional, en el que hay una asunción, matizada, del riesgo. Para ellos

Para la sentencia impugnada, estamos ante un contrato de servicios, en el que el contratista no asume un riesgo de explotación en función del mayor o menor uso que del servicio público hagan los destinatarios, sino que la retribución es fija, pudiendo variar en un porcentaje en función de circunstancias ajenas a los servicios públicos.

Para los recurrentes sí hay gestión del servicio a "riesgo y ventura" del concesionario: hay transferencia de riesgo de demanda al concesionario, pues "se la juega" el licitador si los ingresos que puede obtener de la enajenación de muebles viejos, aceites usados, ropa abandonada, etc., no responden a su cálculo de venta. También hay este riesgo, pues si aumenta la población en determinadas zonas, tienen que incrementar sus servicios. Hay transferencia del riesgo de organización al concesionario. Hay riesgo de incurrir el concesionario en mayores costes de los inicialmente previstos en el momento de presentar su oferta, si los medios humanos o materiales que previó son insuficientes para prestar el servicio.

El TS considera que alegaciones sobre el riesgo del concesionario carecen de entidad: los ingresos por venta de muebles abandonados, aceite usado, etc., se refieren a uno solo de los nueve servicios objeto del contrato. Si la población aumenta, no hay riesgo, pues la cláusula 27.2.ii del P.C.A.P. establece que ante un aumento de la población o de la superficie de limpieza, "[...] el incremento de los gastos que de ellos pueda derivarse queda compensado con el incremento de los ingresos derivados del aumento de las toneladas de residuo a recoger y a transportar" (siendo esta recogida y transporte de residuos un elemento para calcular la retribución del concesionario, conforme a la cláusula 44.1). Y en cuanto a los medios materiales, la cláusula 29.1 del P.C.A.P. establece que el órgano de contratación pondrá a disposición del concesionario las instalaciones y los medios materiales relacionados en el PPT.

El "riesgo y ventura del contratista", determinante conforme a la sentencia impugnada, para calificar o no los contratos como concesión, ha de ser examinado por el contenido del P.C.A.P.

El riesgo principal, según las recurrentes, se encuentra en la cláusula 44 del P.C.A.P., Retribución del Concesionario. El precio asignado es fijo, con arreglo a la cláusula 44, y podrá variar en función de "los indicadores de calidad" en la prestación. Esta variación podrá consistir, o en una bonificación que no superará el 4% del Precio Anual, o en una deducción máxima sobre el Precio Anual hasta un 6%.

Para las recurrentes, si el servicio no alcanza los niveles de calidad exigidos, el precio puede reducirse, previa audiencia del contratista, hasta un 6%. Ello significa, según ellas, que sí hay en estos contratos de concesión un riesgo de explotación, si bien añaden "sensiblemente matizado en el caso de la gestión de servicios públicos".

Las alegaciones de las recurrentes no alcanzan a desvirtuar lo razonado en la sentencia de instancia que determina que estamos antes contratos de servicios, y no ante concesiones. Así: "Si analizamos los pliegos resulta que la contraprestación del adjudicatario es fija, y se percibirá mediante abonos a buena cuenta; sin que quede alterado el principio de asunción de riesgo por la posible mala gestión del servicio>, (adviértase que el riesgo tan sólo será del 6% al 4"), claramente insuficiente. Nótese, que si no asume el riesgo de la explotación del servicio, aunque de su clausulado se den otras características propias del contrato de gestión de servicio público, ello no nos lleva a categorizarlo como tal.

Segundo.- Cuestión referente a la calificación del contrato como "mixto".

El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares califica al contrato como mixto en su artículo 2.2: "El contrato tendrá la calificación de contrato mixto con objeto múltiple, en virtud de que contempla varias prestaciones, directamente relacionadas entre sí, propias del contrato de gestión de servicios públicos y del contrato de servicios. Debido a que resultan mayoritarias, desde el punto de vista económico, las prestaciones propias del contrato de gestión de servicios públicos, serán de aplicación para todas las prestaciones del contrato, y tanto para las fases de preparación y adjudicación, como para las de ejecución y extinción, el régimen jurídico previsto para esta tipología de contratos".

El artículo 25.2 de la Ley de Contratos del Sector Público establece como requisitos para calificar el contrato de mixto la vinculación y la complementariedad entre las prestaciones. Y es difícil encontrar esa vinculación entre la gestión del alumbrado público, por ejemplo, y la recogida y transporte de residuos sólidos urbanos. Cómo puede vincularse entre sí el mantenimiento del sistema de bicicletas de uso público, con la gestión del alumbrado público o la limpieza y mantenimiento de parques y jardines, es una pregunta de difícil respuesta. Y el requisito de la complementariedad tiene su razón de ser desde el punto de vista material, pues esta exigencia impone que las prestaciones puedan considerarse unidad funcional. La razón de agrupar todas estas prestaciones tan variadas, nueve prestaciones, que no están vinculadas materialmente entre sí, ni tienen una relación de complementariedad, parece ser que no fue una razón jurídica, sino exclusivamente económica o de oportunidad, llegando a sostenerse lo positivo que sería para el Ayuntamiento, para la realización de todas sus actividades propias, contar con un solo contratista y en una concesión de larga duración. Pero esta llamativa afirmación (dice el TS), no se puede amparar en el artículo 25,2 T.R.L.C.S.P., y además, choca frontalmente con el principio de concurrencia.

En consecuencia, el TS desestima el recurso de casación.

EL PERSONAL LABORAL FUNCIONARIZADO TIENE DERECHO A QUE LOS TRIENIOS RECONOCIDOS COMO PERSONAL LABORAL LE SEAN ABONADOS EN LA CUANTÍA CORRESPONDIENTE AL MOMENTO EN QUE FUERON PERFECCIONADOS. INTERÉS CASACIONAL.

Sentencia número 723/2019 de 30 de mayo de la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

Recurso de Casación 163/2019.

Ponente: José Luís Requero Ibáñez.

La demandante en la instancia, y parte recurrida en la sentencia que comentamos, es funcionaria de carrera del Cuerpo de Gestión Administrativa una vez que superó el proceso selectivo de funcionarización. Antes y desde el 19 de noviembre de 1990, había prestado servicios como personal laboral para la Administración autonómica andaluza ahora recurrente, perfeccionando ocho trienios que se le retribuían conforme al convenio colectivo para el personal laboral de la Junta Andalucía; en concreto se le abonaba por tal concepto 27,96 euros por trienio, luego un total de 223,68 euros. Sin embargo, tras acceder a la condición de funcionaria pasó a percibir 125,30 euros. Una vez superado el proceso de funcionarización reclamó que se le reconociese el derecho a percibir, en concepto de trienios como funcionaria, la misma cantidad que venía percibiendo como personal laboral de la Administración andaluza antes de acceder a la condición de personal funcionario. Tal reclamación se inadmitió por la resolución de la Dirección General de la Consejería de Educación impugnada en la instancia y ya en la instancia porque respecto del importe de los trienios hay que estar a las leyes de presupuestos, por lo que los trienios deben abonarse atendiendo a su condición de funcionaria. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla estimó el recurso, y dicha sentencia es impugnada en casación por la Junta de Andalucía.

La sentencia impugnada estimó la demanda con base en la sentencia de la Audiencia Nacional, Sección Tercera, de 9 de marzo de 1999 (recurso contencioso-administrativo 291/1997) y añade que no cabe discriminación entre el personal laboral y los funcionarios públicos, de forma que estos consoliden las cantidades percibidas por trienios y para el personal laboral no ocurra otro tanto respecto de la retribución equivalente -complemento de antigüedad- cuando acceden a la condición funcional. Entenderlo implica una minoración retributiva contraria al artículo 14 de la Constitución Española, a los principios retributivos de la función pública y el principio de no discriminación de la Directiva 1990/70/CEE, cláusula 4.

La Junta de Andalucía en su recurso sostiene que no es aplicable la sentencia de la citada Audiencia Nacional pues se refiere al cambio de Cuerpo o Escala; e invoca como infringidos los artículos 1 y 2.1 de la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, de reconocimiento de servicios previos en la Administración Pública, en especial el segundo. Afirma que tal precepto no establece una continuidad de régimen retributivo respecto de los trienios devengados con anterioridad por quien, de manera voluntaria, adquiere la condición de funcionario, debiendo cobrar como tal funcionario con el valor

de las categorías funcionariales análogas a aquellas otras en las que devengó los trienios. Niega así la posibilidad de mantener un doble régimen retributivo o un régimen mixto.

Dice la sentencia que comentamos que ya el TS, en sentencia 648/2019 de 21 de mayo (recurso de casación 247/2016) ha declarado que la antigüedad como funcionario es una cualidad de tal condición y va unida a la adquisición de la categoría funcional, lo que se produce mediante el correspondiente nombramiento tras superar el procedimiento selectivo de acceso que en cada caso se trate, como resulta del artículo 62 del Estatuto Básico del Empleado Público. Por tanto, el personal laboral funcionarizado será funcionario desde la fecha en que adquiere esa condición, sin que el reconocimiento de servicios efectivos como contratado suponga la condición funcional ni por lo tanto antigüedad alguna con tal carácter.

Distinto del anterior concepto es el de antigüedad a efectos retributivos, que se plasma en el concepto retributivo de trienios, con el cual se está haciendo referencia a la totalidad de los servicios efectivos prestados, desempeñando plaza o destino, en cualquiera de la esferas de la Administración a las que se refiere la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, tanto en la condición de funcionario, de carrera o de empleo, como en régimen de contratación administrativa o laboral, trienios que se devengan aplicando a los mismos el valor que corresponda atendiendo al cuerpo, escala o plaza en la que se hubieran completado.

Los trienios, por su propia naturaleza, se devengan en el momento que se cumple el tiempo de servicios necesario para ello de acuerdo con las circunstancias del Cuerpo o Grupo al que pertenece en ese momento el funcionario y, a partir de ese momento, se incorpora a sus derechos retributivos de modo que su percepción futura se produce con independencia de las vicisitudes de la carrera funcional, ya se permanezca en el mismo Grupo o se cambie. No es así un concepto retributivo referido o relacionado con la pertenencia actual a un determinado grupo, desempeño de un puesto y otras circunstancias, sino vinculado al hecho objetivo de haberse alcanzado determinado tiempo de servicios en concretas circunstancias, por lo que su valoración ha de referirse en todo caso a tales condiciones determinantes de su nacimiento, es decir, al Cuerpo o Grupo al que pertenecía el funcionario cuando se devengó el trienio.

Quienes han accedido a la función pública mediante un proceso de "funcionarización", como consecuencia de la prestación de servicios a la Administración Pública en régimen laboral, y una vez que han accedido a la condición de funcionarios de carrera, quedan sujetos plenamente al régimen estatutario de la Función Pública y, en lo que aquí interesa, al artículo 1.3 de la Ley 70/78, que les reconoce los servicios prestados, y al artículo 2.1, que establece la forma en que debe realizarse el reconocimiento. Tales preceptos deben aplicarse por igual en todos los supuestos de reconocimiento posibles que contempla la norma.

Por todo ello, el personal laboral funcionarizado tiene derecho a que los trienios reconocidos como personal laboral le sean abonados, tras adquirir la condición de

personal funcionario, en la cuantía correspondiente al momento en que fueron perfeccionados.

En consecuencia, el TS desestima el recurso de casación.

III. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

FUNCIÓN PÚBLICA. PLAZA DE INGENIERO DE CAMINOS, CANALES Y PUERTOS. POTESTAD DE AUTOORGANIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN. PUEDE EXIGIR AQUELLA TITULACIÓN SI DEMUESTRA LA IDEONEIDAD DE LA MISMA A LAS FUNCIONES A REALIZAR.

Sentencia 948/2019 de 30 de abril de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia (Granada).

Recurso de Apelación 359/2018.

Ponente: Juan María Jiménez Jiménez.

Declara el TSJ que el requisito de la titulación es de naturaleza funcional e inherente al contenido del puesto y de las tareas a ejercer, y, a propósito, significar, acerca de la Ingeniería de Caminos, Canales y Puertos (ICCP), que está regulada por el RD 1425/1991 de 30 de agosto para los títulos pre- Bolonia, y, por la Orden CIN/309/2009, de 9 de febrero en cuanto a los títulos post- Bolonia. El RD 1425/1991 determina cuales son las materias troncales, y la Orden CIN/309/2009 describe las competencias que deben adquirir los estudiantes para estar en posesión del Título Oficial de Máster en Ingeniería de Caminos, Canales y Puertos, debiéndose advertir que solo el Título Universitario de Ingeniero de Caminos Canales y Puertos (RD 1425/1991) habilitaba de forma global y generalista para el ejercicio de todas las áreas de la profesión, teniendo este Título en el marco europeo de cualificaciones (post-Bolonia) el máximo nivel universitario de la Directiva 2005/36/CE del Parlamento y del Consejo (art. 11 .e /), es decir, es decir, el nivel de Máster, ("e), un título que acredita que el titular ha cursado con éxito un ciclo de estudios postsecundarios de una duración mínima de cuatro años, o de una duración equivalente a tiempo parcial, en una universidad o centro de enseñanza superior o en otra institución de nivel equivalente y, en su caso, que ha cursado con éxito la formación profesional que pueda exigirse además de dicho ciclo de estudios postsecundarios"), siendo la Orden CIN/309/2009, de 9 de febrero, la que establece los requisitos para la verificación de los Títulos Universitarios Oficiales que habiliten para el ejercicio de la profesión de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, debiéndose significar también que según la Resolución de 4 de mayo de 2015, de la Dirección General de Política Universitaria, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de abril de 2015 mediante el que se

determina el nivel de correspondencia al nivel del Marco Español de Cualificaciones para la Educación Superior del Título Universitario Oficial de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, tal Título se corresponde con el nivel 3.

Por lo que se refiere a la cualificación, la Ingeniería Técnica de Obras Públicas y el Grado en Ingeniería Civil tienen un nivel inferior, el del art. 11 d/ de la Directiva 2005/36/CE citada, ("d) un título que sanciona una formación del nivel de la enseñanza postsecundaria de una duración mínima de tres años y no superior a cuatro, o de una duración equivalente a tiempo parcial, dispensada en una universidad o un centro de enseñanza superior o en otro centro del mismo nivel de formación, así como la formación profesional exigida en su caso además del ciclo de estudios postsecundarios), y conforme a la Resolución de 21 de mayo de 2015, de la Dirección General de Política Universitaria, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de mayo de 2015, por el que se determina el nivel de correspondencia al nivel del Marco Español de Cualificaciones para la Educación Superior del Título Universitario Oficial de Ingeniero Técnico de Obras Públicas Especialidad en Construcciones Civiles, se corresponde con un nivel 2. Esto es, al nivel de Grado (no al de Máster).

El Ayuntamiento de Granada, parte apelante e interesada en el mantenimiento de la titulación de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, expone que las funciones a desarrollar en dicho puesto "*en modo alguno se ligan*", en la forma en que se definen en la RPT "*a la titulación de Máster ni a la de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, pues no se establece expresamente tal titulación en la RPT como titulación adicional exigible*".

Por otra parte, invoca la vulneración del artículo 76 del Estatuto Básico del Empleado Público, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015.

Dice la sentencia que comentamos que la Administración apelante viene a decir que: "*No se trata, por tanto, de la convocatoria de un concreto puesto de trabajo, sino de una plaza de la plantilla municipal, que recoge la antigua denominación conforme a las denominaciones de titulaciones precedentes a Bolonia*", y, siendo ello así, resulta que no puede constituir argumento válido, a los fines que ahora se persiguen por el Ayuntamiento, el hecho de que en la RPT no se establezca la expresamente la titulación de Máster para el Puesto de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos.

Y, es más, refiere también la parte apelante que la cuestión controvertida se ha de resolver "*conforme a las funciones a desarrollar en la Administración municipal en tal puesto*". Ahora bien, retomando esa exigencia de motivación que ponga de manifiesto que las titulaciones y consecuentes profesiones incluidas "*sean razonables y estén directamente relacionadas con el puesto a cubrir*", es decir, que se cumpla la exigencia de suficiencia de titulación para su desempeño, se habría de explicitar por la Administración la razón por la que mediante la Convocatoria impugnada la plaza convocada pueden ser actualmente ocupada por Graduados en Ingeniería Civil a pesar de que en el periodo pre-Bolonia el puesto de que tratamos no lo era de Ingenieros Técnicos de Obra Civil.

Ciertamente la Administración cuenta con su potestad de autoorganización, pero habrá de ejercerla de manera oportuna y con debida justificación, requisitos que no se cumplen si es en el ámbito del presente recurso cuando trata de hacer valer esa capacidad de los Graduados. Si así lo entiende la apelante, o bien lo demuestra con suficiencia, cosa que no ha ocurrido, o bien en ejercicio de esa potestad procede a la modificación de la RPT, pues, mientras subsista la no coincidencia en orden a la titulación exigida para la participación y la que se correspondería para la profesión de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos pesa sobre el Ayuntamiento una carga probatoria a la que no ha dado debida observancia. Ciertamente ningún cuestionamiento permite la existencia de la potestad de autoorganización de la Administración para configurar el perfil de los profesionales que pueden acceder a determinados puestos de trabajo, pero el principio de libertad, como prevalente frente al de exclusividad y monopolio, ha de convivir con el de idoneidad.

Finalmente, ha de significarse que el artículo 76 del EBEP dispone con nitidez que, con carácter general, la única titulación habilitante para el acceso a los Subgrupos A1 y A2 es el Título de Grado, precisamente el que exige la determinación objeto de impugnación. Ahora bien, el último inciso del precepto dispone que cuando la Ley exija otro Título Universitario será éste el que se debería tener en cuenta, de modo que aunque para el ingreso en el Grupo A basta el Título de Grado, ello no quiere decir que la Administración no deba exigir, para el ingreso en un Cuerpo que ejerce una profesión regulada, el Título o Títulos Universitarios que habilitan para el desempeño de la misma; así lo previene el propio artículo 76 del EBEP.

Por ello, el TSJ confirma la sentencia apelada, pero no impone las costas procesales a la parte apelante porque considera la razonable controversia que se suscita sobre la cuestión de fondo tal y como lo demuestra el hecho de haber sido admitidos a trámite recurso de casación sobre el principal extremo que se discute.

EXIGIBILIDAD DE LA LICENCIA URBANÍSTICA MUNICIPAL PARA TALA DE ARBOLES, AUNQUE ESTA TALA SE ENMARQUE EN ACTUACIONES DE CONSERVACIÓN, PROTECCIÓN Y REPOBLACIÓN FORESTAL EFECTUADAS POR LA AGENCIA DE MEDIO AMBIENTE Y AGUA DE ANDALUCÍA.

Sentencia 899/2019 de 11 de abril de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia (Granada).

Recurso de Apelación 848/2018.

Ponente: Antonio Jesús Pérez Jiménez.

El Ayuntamiento de Abrucena dictó resolución por la que declaró la exigibilidad de licencia municipal para los actos y/o usos de índole urbanística consistentes en talado

de árboles que se vienen realizando en la Sierra de Abrucena (monte público cuyo suelo pertenece al común de los vecinos y el vuelo -hoy- a la Junta de Andalucía, en virtud de Consorcio constituido en 1968 para la repoblación forestal de los terrenos), actividad realizada por la Agencia de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía (AMAYA).

En el recurso AMAYA sostiene que las labores de aprovechamiento forestal que lleva a cabo no están sujetas a licencia municipal, pues no se trata de simple tala de árboles, sino de un conjunto de actuaciones destinadas a la conservación y protección del entorno natural, o la repoblación forestal para la que se constituyó en 1968 el Consorcio entre el Estado, hoy Junta de Andalucía, y el Ayuntamiento, y que el Ayuntamiento se excede de sus competencias para exigir licencia municipal en el monte público, pues en las Normas Subsidiarias de Planeamiento de Abrucena, el Parque Nacional y Natural de Sierra Nevada se incluye en la categoría de Suelo No Urbanizable de Especial Protección, con remisión a las "Normas particulares de aplicación en suelo no urbanizable" pero no referencia o remisión al Título III donde se establecen los actos sujetos a licencia (art. 3.1.1). Y en el art. 8.2.2 se señala que en el interior del espacio protegido donde se encuentra el monte de Abrucena, se estará a la normativa aplicable del Plan de Ordenación de los Recursos del Parque (P.O.R.N.) y Plan Rector de Uso y Gestión (P.R.U.G.), aprobados en el Decreto 64/1994, de 15 de marzo. Por lo que, si no hay una protección o previsión específica en el instrumento de planeamiento, referida a lo que significa uso urbanístico del suelo (uso artificial distinto del mero uso natural agrario), como en supuesto casi idéntico apreció la Sentencia núm. 103/2014 de 14-03-2014 de la Sala de lo Contencioso-administrativo del T.S.J. Cantabria (Rec. 446/2012), el Ayuntamiento no puede exigir licencia para las talas de árboles (lógica o discernimiento que la apelante completa con la idea de que el control de las labores de aprovechamiento forestal corresponde a la Administración competente en la materia, que es la Junta de Andalucía). Por otra parte, los actos del aprovechamiento forestal son promovidos por el propio Ayuntamiento de Abrucena porque forma parte del referido Consorcio y por tanto se beneficia de las labores que realiza AMAYA por encomienda de la Junta de Andalucía.

El TSJ declara que la competencia forestal de la Junta de Andalucía no excluye la urbanística del Ayuntamiento, siendo ambas concurrentes. Como apuntaba la Sentencia de esta Sala en Sevilla de 10-12-2013 (Rec. 432/2013), refiriéndose al art. 169.1.f) de la LOUA, "*... dada la amplitud de los supuestos previstos por la norma (que se refiere a masas arbóreas, a vegetación arbustiva, y a árboles aislados) parece clara la intención del legislador de referir la necesidad de licencia municipal a la tala de cualquier tipo de vegetación siempre que ésta resulte protegida por alguno de los instrumentos de planeamiento en vigor ...*".

Esa protección no tiene por qué ser específica (cuando ya hay una, la del P.O.R.N. y P.R.U.G., a la que puede remitirse el planeamiento), ni limitada a los supuestos de alguna suerte de desarrollo o actuación urbanística (en otro caso no tendría sentido la extensión de la fórmula legal, que al prever como acto sujeto a licencia el de las "talas en masas arbóreas", parece indudablemente aludir al talado de árboles en espacios naturales -donde nunca cabría un uso artificial del suelo distinto del natural que le es

propio-), ni con precisión expresa de la necesidad de licencia (que ya se establece nítidamente en la ley). El objeto de control de la autorización urbanística municipal puede ser entonces el de la comprobación del mantenimiento del destino permitido en la clase de suelo de que se trata, y aunque concurra con el de la ordenación forestal, no por ello sin más debe reputarse innecesario o relegado.

La alegación de AMAYA de no llevar a cabo sino una actuación integral de conservación del medio natural, carece de sentido como objeción contra el acto recurrido, al no negarse que entre esas labores conservativas se incluya el talado de árboles, que es a lo que se limita la exigibilidad declarada de licencia urbanística municipal. En definitiva, que sea una tarea encomiable y necesaria la que realiza dicha recurrente, no quita para que, si como parte de la misma ejecuta actos y/o usos de tala de árboles, tenga que recabar antes la correspondiente autorización municipal. Y si no los practica (que no es el caso, según lo dicho), entonces no se entiende por qué recurra contra la resolución de que se trata, que sólo considera exigible la licencia para el talado (no también para otras tareas de aprovechamiento forestal o mantenimiento del entorno natural en el espacio natural protegido).

Y en cuanto a que el propio Ayuntamiento sea beneficiario y por ende promotor de los actos y/o usos para los que requiere licencia, ello en relación con el art. 169.4 de la LOUA, el planteamiento es forzado y poco defendible. Porque en absoluto consta, más bien lo contrario, que dicha Entidad Local haya tenido en algún momento participación de cualquier clase en cuanto a los actos y/o usos de aprovechamiento forestal que lleva a cabo AMAYA por encomienda de gestión de la Junta de Andalucía. El que junto al Estado constituyera en 1968 el Consorcio mencionado, incluso que el cumplimiento de lo que en el mismo está previsto le reporte ventajas, no significa nada concreto de lo que resulta menester para considerar que dicho Ayuntamiento sea promotor de tales intervenciones de AMAYA.