

JAVIER FERNÁNDEZ-CORREDOR SÁNCHEZ-DIEZMA
Magistrado

ENUNCIADO

El día 20 de octubre de 2004 se aprobó definitivamente el Plan General de Ordenación Urbana (PGOU) de la localidad X, acordándose como sistema de actuación en la Unidad de Ejecución RRR el sistema de compensación.

El día 15 de abril de 2005, ante la falta de presentación del Estatuto y de las Bases de Actuación, la Administración acordó la sustitución del sistema de compensación por el de expropiación y determinó que la gestión de dicho sistema se realizaría indirectamente por concesión.

El concurso para el otorgamiento de la concesión se otorgó a los propietarios afectados, agrupados en entidad urbanística de urbanización, pero todavía no inscrita, que representaban el 62 por 100 de la superficie afectada, aunque su oferta no era la más ventajosa.

En cuanto al procedimiento expropiatorio seguido fue el de tasación conjunta. A tal efecto, una vez aprobada la relación de bienes a expropiar, la Administración elaboró el Proyecto de Expropiación. El mismo fue publicado en el Boletín Oficial correspondiente. Un mes después, se acordó su publicación definitiva, lo cual se notificó a todos los propietarios afectados, otorgándoles un plazo de 20 días para formular alegaciones aunque, transcurrido dicho plazo, ninguno de ellos formuló oposición alguna.

Un mes después, la Administración procedió a realizar el pago, pero se opusieron los propietarios por no estar de acuerdo con la valoración efectuada. Además, consideraban que no se había realizado la preceptiva declaración de necesidad de ocupación, incurriendo la Administración en vía de hecho. Pese a ello, la Administración procedió a la ocupación inmediata del bien por lo que los propietarios interpusieron el juicio de tutela posesoria.

Posteriormente, la entidad urbanística urbanizadora procedió a la realización del proyecto de parcelación y, tras su aprobación, se comenzó la urbanización y edificación de forma simultánea.

Por otro lado, en el citado Ayuntamiento el señor X es funcionario, ejerciendo sus funciones como capataz de parques y jardines desde el día 3 de julio de 1989, estando en posesión del graduado escolar. Debido a la jubilación del encargado de la zona a la que está adscrito solicita el ingreso en dicho puesto de encargado que pertenece al Grupo C. El suyo pertenece al Grupo D y lleva 10 años prestando servicios en el Ayuntamiento. El Ayuntamiento, a la vista de la solicitud lo nombra encargado el día 6 de agosto de 2000.

El señor X pertenecía al nivel D-14 desde su ingreso y ahora pasa a pertenecer al nivel C-14, es decir, que tiene un complemento de destino inferior en el nuevo puesto al que venía disfrutando en el antiguo; por ello, solicita el reconocimiento del nivel C-14.

En la primera nómina que percibe observa que no se le han respetado los trienios correspondientes a su puesto de trabajo anterior por lo que solicita su reconocimiento.

El Ayuntamiento resuelve denegando ambos conceptos (nivel y trienios).

El señor Y, también capataz de parques y jardines, se dirige al Ayuntamiento y recurre el nombramiento del señor X alegando que él fue nombrado capataz el 3 de diciembre de 1999, pero durante 12 años había venido desempeñando el puesto de capataz en otro Ayuntamiento de la misma Comunidad Autónoma. Pese a ello, no se le había dado la oportunidad de acceder al puesto de Encargado, disponiendo, además, del título de bachiller superior.

El Ayuntamiento le contesta afirmando que, a efectos de promoción interna, sólo se tienen en cuenta los años de servicios prestados en el mismo Ayuntamiento.

También, el señor Y había puesto en conocimiento del Ayuntamiento que el señor X trabajaba por las tardes en una empresa privada, siendo reconocida su compatibilidad por el Ayuntamiento el 12 de octubre de 1997. En el nuevo puesto, el señor X va a percibir como complemento que remunera la responsabilidad y peligrosidad de su puesto de trabajo, anualmente, la cantidad de 9.015,18 euros, siendo su salario base, excluidos los trienios, de 10.217,20 euros y su complemento de destino de 3.005,06 euros. Consultado al respecto el señor X lo niega, pero el señor Y presenta el último salario percibido por aquél en su puesto de trabajo privado.

Por otro lado, se convocan pruebas selectivas para un puesto de trabajo, como funcionario Ingeniero Técnico Agrícola. En el Tribunal que va a valorar las pruebas aparece como suplente el señor Y, que va a percibir retribución por ello dentro de su jornada laboral. El señor X se dirige al Ayuntamiento poniendo en su conocimiento que, dada la controversia que ha tenido con aquél, es su opinión que debería abstenerse de participar en el Tribunal.

Finalmente, para la construcción de un aparcamiento público, el Ayuntamiento ha consensuado un convenio urbanístico con una empresa que sufragará el 49 por 100 del coste del mismo a cambio de la cesión de una franja de subsuelo ocupado por una vía pública. Se plantean varias dudas al respecto que se formulan en el apartado de cuestiones a resolver.

CUESTIONES PLANTEADAS:

1. ¿Es correcta la sustitución del sistema de compensación por el de expropiación? ¿Y la gestión a través de la concesión?
2. ¿Es ajustada a derecho la adjudicación del concurso a los propietarios constituidos en entidad urbanística?
3. ¿Quiénes serán el expropiante, el expropiado y el beneficiario de la expropiación?
4. ¿En qué momento se debe formular la relación de propietarios y la descripción de los bienes y derechos afectados?
5. Analizar el procedimiento expropiatorio seguido y sus posibles irregularidades y vicios de invalidez.
6. La oposición a la ocupación de los propietarios ¿es ajustada a derecho? ¿Es procedente el juicio de tutela posesoria interpuesto?
7. ¿Puede el señor X acceder al puesto de trabajo de encargado a través del procedimiento utilizado? ¿Y el señor Y? ¿Cuál sería el procedimiento a seguir?
8. ¿Tiene el señor X derecho a la retribución de complementos que se corresponde con el nivel 14, aunque su puesto tenga nivel 12? ¿Tiene derecho a los trienios solicitados? ¿Tiene derecho el señor Y a que se le reconozcan sus años de trabajo en el otro Ayuntamiento?
9. ¿Qué sucederá con la compatibilidad concedida en octubre de 1997 para el desempeño de un segundo puesto de trabajo en la empresa privada, cuando ha adquirido la condición de encargado? ¿Qué pasará con el señor X?
10. ¿Debe abstenerse el señor Y como miembro del Tribunal? ¿Existe alguna otra irregularidad?
11. ¿Es necesario realizar expediente de alteración de la calificación jurídica de bien de dominio público previamente a la cesión de la franja, o bastaría la aprobación del Proyecto de Obras por el Ayuntamiento? Si fuera necesaria la desafectación, ¿podría adjudicarse en forma directa en virtud de convenio?

SOLUCIÓN**1. Sustitución del sistema de actuación.**

Según el artículo 158 del Reglamento de Gestión Urbanística (RGU) aprobado por el Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, si el sistema de compensación viene establecido en el Plan para un determinado Polígono o Unidad de Actuación y transcurridos tres meses desde su aprobación defi-

nitiva los propietarios que representen al menos el 60 por 100 de la superficie de aquella no presentan el proyecto de estatuto y las bases de actuación, la Administración urbanística actuante requerirá a los propietarios afectados para que los presenten en tres meses y si, transcurridos tres meses, tampoco lo hicieran se sustituirá por alguno de los otros sistemas previstos (cooperación o expropiación).

El procedimiento a seguir será el del artículo 155 del RGU que, a su vez, se remite al procedimiento para la delimitación de la unidad de actuación (art. 38 del RGU).

En cuanto a la posibilidad de gestionar la expropiación por concesión viene reconocida en el artículo 211 del RGU, así como en el artículo 212 que determina que la concesión se hará por concurso.

2. Adjudicación por concurso a favor de los propietarios.

El artículo 212.2 f) del RGU se remite a la legislación de contratos y de régimen local, por lo que debería ser resuelto a favor de la oferta más ventajosa en su conjunto.

Habría que estar a lo dispuesto al respecto en la legislación urbanística de la correspondiente Comunidad Autónoma, donde, en general, si se permite a los propietarios agrupados en entidad urbanística de urbanización constituida o en fase de constitución participar en la fase de adjudicación, si representan, al menos, el 60 por 100 de la superficie total de la unidad de ejecución, otorgándose un derecho preferente a la adjudicación en caso de ofertas iguales.

Respecto al Estado, indirectamente, ha de admitirse esta posibilidad pues reconoce que estas entidades una vez inscritas en el registro de entidades urbanísticas colaboradoras tienen personalidad jurídica.

Sin embargo, en el caso que analizamos no era posible la adjudicación a favor de los mismos porque su oferta no era mejor o igual a la de otros licitadores.

3. Expropiante, expropiado y beneficiario.

El expropiante lo será la Administración actuante, esto es, el Ayuntamiento. Los expropiados son todos los propietarios de la unidad de ejecución. El beneficiario lo será la entidad urbanística urbanizadora.

4. Relación de propietarios y de bienes y derechos.

La relación de propietarios y la descripción de bienes y derechos acompañarán la delimitación de la unidad de ejecución (art. 135 de la Ley del Suelo de 1976). No obstante esta relación puede ser rectificadas o completadas.

5. Procedimiento expropiatorio.

El proyecto de expropiación debería haberse publicado en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia y haberse notificado personalmente a las personas que figurasen como titulares de bienes y derechos. Si la Administración expropiante no fuera el Ayuntamiento deberá añadirse la audiencia de dicha Corporación; pero como en este caso lo es no es necesario dicho trámite.

6. Oposición a la ocupación de los propietarios.

No es ajustada a derecho esta oposición porque el principal efecto del acuerdo expropiatorio es la declaración de urgencia de la ocupación de los bienes y derechos afectados y, por tanto, verificado el pago o la consignación del justiprecio, en su caso, puede proceder la Administración a la ocupación. Además la delimitación de la unidad de ejecución implica la declaración de utilidad pública de la obra y la necesidad de ocupación de los terrenos.

7. Acceso al puesto de trabajo de encargado.

La disposición adicional vigésimosegunda de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, establece que el acceso a puestos del Grupo C se podrá realizar desde el Grupo D, previa superación de las fases concurso-oposición. Para ello es preciso que tenga la titulación exigida, es decir, bachiller o título equivalente (art. 25); pero es posible que incluso no teniendo esa titulación se pueda acceder cuando se acredite la permanencia en un Grupo D por más de 25 años. En este caso, el señor X cumple este requisito, pero, en todo caso, será necesario superar el concurso-oposición.

Respecto al señor Y, tiene la titulación exigida para acceder al Grupo C (art. 25), pero la promoción interna se produce para el Grupo del D al C con la superación de un concurso-oposición, siempre que se tenga la titulación o la antigüedad ya reseñada, siempre que sea de un Área de actividad o funcional. En este caso, no cabe ninguna duda sobre la existencia de esta relación funcional entre capataz y encargado (supuesto excepcional previsto en el art. 22).

8. Retribución de complementos y trienios.

El artículo 22 de la Ley 30/1984 señala que los funcionarios que hubiesen accedido a los puestos por promoción interna conservarán el nivel del puesto anterior cuando lo hubiesen consolidado, y dicho nivel se encuentre dentro de la escala del nuevo puesto de trabajo. Así:

- El artículo 71 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, establece que los niveles del nuevo Grupo C van del 11 al 22. Por lo tanto, su nivel anterior que era el 14 está dentro.

- El artículo 21 d) de la Ley 30/1984 establece que los grados que se corresponden con cada nivel se consolidan por la prestación del servicio durante dos años consecutivos o tres alternos. En este caso, han transcurrido más de dos años, luego había consolidado el nivel 14.

Respecto a los trienios, se devengan por la prestación de servicios efectuados durante tres años, en este caso, cuando se trata de otro puesto, artículo 1.º de la Ley 70/1978, como los artículos 1.º y 3.º del Real Decreto 1461/1982, y, finalmente, el artículo 23 b) de la Ley 30/1984 será el correspondiente a la cuantía del Grupo anterior. Por tanto, se reconocerán los servicios prestados en el otro Ayuntamiento a efectos de reconocimiento de trienios.

9. Compatibilidad.

El artículo 16 de la Ley 53/1984, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, establece que no podrán ejercer una actividad privada quienes reciban complemento específico que, de conformidad con lo previsto en el Real Decreto por el que se regulan las retribuciones de los funcionarios de la Administración Local. El señor X va a recibir complemento por peligrosidad, tan sólo se permite cuando la totalidad del complemento específico no supere el 30 por 100 de la retribución básica, excluidos los trienios. En este caso, si la retribución básica es de 10.217,20 euros y su retribución específica es de 9.015,18 euros, esta cifra supera el 20 por 100, luego deberá renunciar a su actividad privada.

Al no hacerlo, ha incurrido en una presunta infracción administrativa disciplinaria muy grave [arts. 6.º h) del RD 33/1986 y 31 de Ley 30/1984]. La sanción será la suspensión de funciones o la separación del servicio (art. 148 del RDLeg. 781/1986, de 18 de abril, Texto Refundido de Régimen Local).

10. Abstención e irregularidades.

Sobre si debe abstenerse o no el señor Y de formar parte en ese Tribunal, dependerá de si los conflictos habidos entre ambos con anterioridad han provocado una enemistad manifiesta entre ellos. Si es así, deberá abstenerse o puede ser recusado (art. 29 de la Ley 30/1992).

Existe otra evidente irregularidad al formar parte el señor Y de ese Tribunal y es que se está infringiendo lo dispuesto en el artículo 4.º e) del Real Decreto 896/1991, donde se establecen las reglas básicas y programas mínimos para el acceso a funcionario local, consistente en que no puede formar parte del Tribunal ninguna persona que tenga titulación inferior a la exigida para el puesto a cubrir. En este caso, es de Ingeniero Técnico Agrícola. El señor Y no posee titulación equivalente, por lo que no podrá formar parte de dicho Tribunal que ha de juzgar las pruebas de acceso al mismo. El único puesto del Tribunal exento de dicho requisito es el del Presidente del mismo, que es el Alcalde o Presidente de la Corporación.

Por otro lado, recibe una indemnización por acudir al Tribunal en jornada laboral, lo cual no es procedente pues sólo tiene derecho a ella si es fuera de la jornada laboral [art. 23 d) de la Ley 30/1984].

11. Convenio Urbanístico.

Lo primero que debe señalarse es que son de cesión obligatoria los terrenos destinados a viales, y esta cesión comprende no sólo el suelo, sino el subsuelo y el vuelo.

También debe precisarse que la construcción de plazas de garaje privadas y al servicio de las viviendas ha de cumplir primero el estándar urbanístico establecido y, además, establecerse en terrenos de propiedad privada. No cabe su cumplimiento con la construcción de aparcamientos públicos, que son dotaciones públicas.

La doctrina ha venido destacando la existencia de un vacío legal y jurisprudencial en lo que respecta al régimen jurídico del subsuelo urbano. Ha tenido que ser el planeamiento urbanístico el que ha llevado a cabo la delimitación del derecho de propiedad del subsuelo sin que ello haya visto su reflejo adecuado en normas con rango de ley que hubieren dado una mayor seguridad jurídica a la cuestión. Por tanto, incumbe a los PGOU la regulación tanto del subsuelo como su naturaleza jurídica.

Cada día es más frecuente en la práctica urbanística de las Corporaciones Locales la segregación de subsuelo público, su desafectación y posterior privatización. Algunas Corporaciones han utilizado la técnica jurídica de la segregación considerando como fincas registrales independientes el suelo y el subsuelo, desafectando el subsuelo del dominio público para calificarlo como bien patrimonial y proceder así a su enajenación; lo que es posible siempre que se lleve a cabo la correspondiente modificación del planeamiento y siempre que se mantengan los estándares mínimos dotacionales.

De lo expuesto, puede deducirse que ni el expediente de desafectación según el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, ni la aprobación de un proyecto de obras son suficientes para alterar la calificación jurídica del subsuelo. Es precisa la modificación del planeamiento y la previsión de aparcamiento en el mismo.

Por otra parte, la propiedad registral separada del suelo y del subsuelo como fincas independientes, únicamente es susceptible de producirse cuando se trata de terrenos no edificables en superficie. Por ello, si parte del aparcamiento está bajo edificios de propiedad privada, no es posible dicha separación.

Respecto a la adjudicación directa de las obras, el Convenio no es un contrato, ni suple a los contratos. Por tanto, se requiere la observancia de la normativa sobre contratación contenida en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contrato de las Administraciones Públicas (TRLCAP) y normativa de desarrollo. Las cláusulas de un Convenio no pueden ir contra las leyes. Esta obra está sujeta a los principios de publicidad y

conurrencia. Ni siquiera el hecho de ceder y aportar la construcción justifica la adjudicación directa. Ha de convocarse, en principio, el oportuno concurso o subasta. Ahora bien, el TRLCAP contempla unos supuestos de procedimiento negociado en su articulado en los que es posible esa adjudicación directa. Si, por tanto, se justifica que nos encontramos ante uno de ellos no hay problema para esa adjudicación directa pero, siempre, en aplicación de la normativa sobre contratación administrativa y no la de un convenio urbanístico.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley 30/1984 (Medidas para la Reforma de la Función Pública), arts. 21 d), 22, 23 b) y d) y 25.
- Ley 30/1992 (LRJAP y PAC), art. 29.
- RD 1346/1976 (TRLS76), art. 135.
- RD 3288/1978 (Rgto. Gestión Urbanística), arts. 38, 158, 211 y 212.
- RD 33/1986 (Rgto. Régimen Disciplinario de Funcionarios de la Administración del Estado), art. 6.º h).
- RD 896/1991 (Reglas Básicas y Programas Mínimos para el acceso a la Función Pública Local), arts. 4.º e).
- RD 364/1995 (Rgto. Ingreso del Personal al Servicio de la Administración del Estado, Provisión de puestos de trabajo y Promoción profesional), art. 71.
- RDLeg. 781/1986 (TRRL), art. 148.