



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

**T. S. J. CAST. LA MANCHA CON/AD SEC. 1
ALBACETE**

SENTENCIA: 00470/2013

Recurso nº 551/10

CUENCA

**SALA DE LO CONTENCIOSO-
ADMINISTRATIVO**

Sección Primera.

Presidente:

Iltmo. Sr. D. José Borrego López.

Magistrados:

Iltmo. Sr. D. Mariano Montero Martínez.

Iltmo. Sr. D. Manuel José Domingo Zaballos.

Iltmo. Sr. D. Antonio Rodríguez González

JUNTA DE COMUNIDADES

DE CASTILLA LA MANCHA

GABINETE JURIDICO

28/10/2013

NOTIFICADO LEXNET

CUENCA

SENTENCIA Nº 470

En Albacete, a siete de Octubre de dos mil trece.

Vistos por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha los presentes autos, bajo el número 551/10 del recurso contencioso-administrativo, seguido a instancia de D^a Gloria Gómez Perea y D^a Ángeles Gómez Perea, ambas representadas por la Procuradora Sra. González Velasco, contra el Ayuntamiento de Salvacañete (Cuenca), representado por el Procurador Sr. Ponce Riaza; siendo parte codemandada la Comisión Provincial de Urbanismo de Cuenca, representada y dirigida por los servicios jurídicos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, en materia de modificación del Plan de Delimitación de Suelo Urbano de Salvacañete (Cuenca). Siendo Ponente el Iltmo. Sr. D. Manuel José Domingo Zaballos.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por la representación procesal de la actora se interpuso en fecha 7 de Septiembre de 2010, recurso contencioso-administrativo contra la aprobación definitiva de la Modificación puntual nº 2 del Plan de Delimitación de Suelo Urbano de Salvacañete (Cuenca), aprobado por la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo en sesión de 23 de Junio de 2010..

Formalizada demanda, tras exponer los hechos y fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó solicitando sentencia de conformidad con lo interesado en el suplico de dicho escrito procesal.

Segundo.- Contestada la demanda por la Administración, tras relatar a su vez los hechos y fundamentos jurídicos que entendió aplicables, solicitó sentencia desestimatoria del recurso.

Tercero.- Fijada la cuantía del recurso en indeterminada y acordado el recibimiento del pleito a prueba, se practicaron las declaradas pertinentes, se reafirmaron las partes en sus escritos de demanda y contestación, por vía de conclusiones, y se señaló día y hora para votación y fallo, el 3 de Octubre de 2013, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Primero.- Se dirige el recurso presentado el 7 de Septiembre de 2010 contra la aprobación definitiva de la Modificación puntual nº 2 del Plan de Delimitación de Suelo Urbano de Salvacañete (Cuenca), aprobado por la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo en sesión de 23 de Junio de 2010. Pretende la actora se dicte Sentencia declarando no ser conforme a Derecho la aprobación definitiva de la modificación puntual nº 2 de la Delimitación de Suelo Urbano y, por tanto, quedando nula dicha aprobación o, subsidiariamente, cuando menos, el apartado 3 (suelo urbano consolidado de modificación de alineaciones en zona polideportiva) de dicha modificación puntual, haciendo pasar a las Administraciones demandadas por los criterios establecidos por el Tribunal Supremo en cuanto a la regulación del suelo urbano consolidado no quedando, bajo ningún concepto, a la arbitrariedad de la interpretación

del Ayuntamiento de Salvacañete la disponibilidad de los solares propios (de los actores).

A tales pretensiones se han opuesto las Administraciones demandada -Ayuntamiento de Salvacañete- y codemandada -Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha-, ambas interesando sentencia desestimatoria del recurso, en el entendimiento de que la modificación puntual nº 2 del Plan de Delimitación de Suelo Urbano aprobado por la Comisión Municipal es ajustada a Derecho.

Segundo.- En lo que constituye el primero de los motivos impugnatorios apoyando la pretensión principal de los actores, se alega trasgresión del artículo 46 de la Ley 7/85, de 2 de Abril, sobre formación de la voluntad del órgano exigiéndose, en todo caso, la asistencia del Secretario de la Corporación o de quién legalmente le sustituya. Invoca igualmente el artículo 7 del Real Decreto 1174/87, de 18 de Septiembre y la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Julio de 2006, recurso 9413/2003, lo que debe conducir a declarar nulo de pleno derecho el acuerdo ex artículo 62 de la Ley 30/92, de 26 de Noviembre.

A dicho motivo impugnatorio ha opuesto el Ayuntamiento, contestando a la demanda, que *"como se constata en el expediente, existe Secretaria habilitada legalmente mediante decreto de alcaldía ratificado por el Pleno del Ayuntamiento"*, documentos nº 7 y 8 acompañados al escrito procesal. El documento nº 7 es un Decreto de Alcaldía, resolución nº 5/09, de 5 de Mayo, nombramiento de Secretario accidental en el que se decide *"habilitar a D^a Patricia Zarzoso Abril personal laboral de esta Corporación Local, suficientemente capacitada, para el desempleo con carácter accidental de las funciones de Secretario de este Ayuntamiento durante el periodo de baja del Secretario"*. Esa decisión precedida, como todo fundamento, de lo siguiente: **a)** La indicación de estar de baja el Secretario de la Corporación; **b)** Cita del artículo 33 del Real Decreto 1732/94, de 29 de Julio, sobre Provisión de Puestos de Trabajo Reservados a Funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, así como del artículo 21.1.h) de la Ley

7/85, de 2 de Abril, sobre atribución a la Alcaldía. El documento nº 8 es un acta de la sesión en cuyo encabezamiento figura recogida la asistencia de la Secretaria accidental de la Corporación D^a Patricia Zarzoso Abril y en el punto 2 la ratificación del Decreto de la Alcaldía de 5 de Mayo de 2009 por el que se habilita a la indicada empleada pública como secretaria accidental durante el periodo de baja del Secretario, al tiempo que se acuerda indemnizar con la cantidad de doscientos euros mensuales por los servicios de Secretaría prestados.

El Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha da respuesta al motivo impugnatorio de referencia afirmando que el acuerdo plenario se adoptó en sesión de la Corporación con la asistencia de Secretaria cuya habilitación había sido aportada por el Ayuntamiento de Salvacañete y citando STSJ de Cataluña de 16 de Enero de 2006, rec. 163/05, que aborda la cuestión relativa a la válida constitución del Pleno de un Ayuntamiento presidido por el 1^{er} Teniente de Alcalde, sin que ello acarreará la nulidad de los acuerdos adoptados en la sesión.

Tercero.- Consta en las actuaciones, y no se discute, que el Pleno del Ayuntamiento de Salvacañete, en sesión de 11 de Mayo de 2009, adoptó acuerdo, punto 18º de Orden del día, por el que aprobó "provisionalmente" (sic) la modificación puntual nº 2 del Plan de Delimitación de Suelo Urbano. En esa sesión intervino como Secretaria D^a Patricia Zarzoso Abril, "personal laboral de esta Corporación", en expresión del Decreto de Alcaldía indicada nº 5/09.

En línea con lo que se alega en la demanda y por las razones que se esgrimen en ella, tal circunstancia acarrea, en efecto, la nulidad del acuerdo impugnado, aprobación definitiva de la indicada modificación del Instrumento de Planeamiento asimismo indicado, Plan de Delimitación de Suelo Urbano con la categoría de Plan de Ordenación ex artículo 17.B.a) del Texto Refundido castellano-manchego de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística aprobada por Decreto Legislativo 1/04, de 28 de Diciembre. Y ello así por lo que sigue:

El art. 46.2 de la Ley 7/85, de 2 de Abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, se ocupa de las reglas que, en todo caso, rigen en el funcionamiento del Pleno de las Corporaciones Locales; entre ellas, una fundamental, recogida en la letra c) y consistente en el quórum de asistencia para que el Pleno se constituya válidamente: concurrencia de un tercio del mínimo legal de miembros de la Corporación, nunca inferior a tres, y, en todo caso, requiriendo *"la asistencia del Presidente y del Secretario de la Corporación o de quienes legalmente les sustituyan"*. Como se infiere sin dificultad del propio tenor literal de la norma básica, la trasgresión de tal norma acarrea la consecuencia de que, al no estar constituido válidamente el órgano colegiado, en rigor no adopta acuerdos, lo que lleva a la categoría doctrinal de actos administrativos inexistentes, si bien, en términos *de lege data*, a la concurrencia de vicio de nulidad de pleno derecho, conforme al artículo 62 de la Ley 30/92, de 26 de Noviembre, LRJAP-PAC, en tanto que se trata de un acto -aparición de acto, más bien- dictado *"prescindiendo total o absolutamente (...) de las normas de contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados"* (letra e) del artículo 62.1 de dicha LRJAP-PAC).

En la contestación a la demanda por el Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha se invoca la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 16 de Enero de 2006 (cuyo criterio ilustra, pero no vincula a esta Sala, naturalmente), sin que se corresponda la cuestión enjuiciada con ésta, pues en ella se trató si el Pleno de un Ayuntamiento había quedado o no correctamente constituido al presidirlo el Primer Teniente de Alcalde, por estar ausente el titular de la Alcaldía. Por el contrario, sí viene directamente al caso la Sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de Junio de 2006, recuro 9413/2003, en donde se plasma, como ocurriera en otras ocasiones -por ejemplo en la Sentencia de 4 de Mayo de 2001, Sección 3ª de la Sala 3ª- sobre los efectos de sesión del Ayuntamiento desarrollada sin estar presente el Secretario municipal, el titular del puesto de trabajo reservado a una determinada escala funcional (funcionarios de Administración Local con habilitación estatal)

o bien de quién legalmente "le hubiera sustituido"; esa consecuencia, no otra, que la nulidad de las resoluciones adoptadas. En este punto, la voluntad del legislador es inequívoca y constante en nuestro derecho histórico: la presencia del Secretario en la sesión como requisito de validez de la misma ya venía impuesta en el Estatuto Municipal de 1924 (art. 140), se mantuvo en la Ley Municipal republicana de 1935 ("*no se podrá celebrar válidamente sesión sin la asistencia del Secretario del Ayuntamiento*", rezaba su artículo 63), así como en la Ley de Régimen Local de 1955 y esta determinación legislativa, que igualmente viene establecida con carácter general en el art. 26.1 de la LJRAP-PAC, cobra sentido por razones de fácil comprensión que conecta con la composición de ese peculiar órgano de Gobierno y Administración que es el Pleno de las Entidades Locales, órgano propio de una Administración de base corporativa y no burocrática (apelando a distinción explicada por la mejor doctrina científica española en el campo del Derecho Administrativo).

La misión del Secretario municipal en el desenvolvimiento de la sesión plenaria -ya después de que haya intervenido en la asistencia al Presidente sobre confección del orden del día, notificación en forma de la convocatoria, etc., véase art. 2 del R.D. 1174/87, de 18 de Septiembre- si bien se mira no es solo levantar acta de la sesión, sino, lo más importante, asistir a personas no necesariamente familiarizadas con el Derecho, los miembros del órgano colegiado en el ejercicio de su función representativa, ex artículo 23 de la Constitución en relación con el 137.1, para que los acuerdos se acomoden al ordenamiento jurídico. No hace falta descender a los particulares del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (R.D. 2568/86, ROF) del Reglamento Orgánica allí donde exista o a la legislación autonómica sobre régimen local, porque tiene dicho el Tribunal Constitucional en Sentencia de 27 de Junio de 2001 (FJ 7º) que el Secretario del Ayuntamiento estará presente en los plenos en su condición de funcionario público nada menos que "*para velar por la legalidad del acto y levantar al acta de lo sucedido en él*".

En la Sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de Mayo de 2001, se falló declarando la ilegalidad de los acuerdos adoptados en sesión plenaria interviniendo como Secretario persona no legalmente habilitada al efecto. Merece la pena transcribir de su fundamento jurídico 2º lo siguiente:

«Pero en cualquier caso no podemos sentirnos vinculados por esta sola resolución judicial, cuya afirmación sobre el punto que ahora interesa debe ser cuidadosamente matizada. Pues desde luego, al no tener voto en las sesiones, el Secretario del Ayuntamiento no coopera a que se perfeccione la voluntad del Pleno, pero ello no supone que no contribuya de algún modo a la formación de la voluntad, ya que precisamente su función de asesoramiento puede implicar que no se adopten ciertos acuerdos, aunque lo deseen el Alcalde y los Concejales, por ser contrarios al ordenamiento jurídico; por lo demás, y en otro orden las cosas, es de notable relevancia su dación de fe, de la que pende la manifestación válida de que los acuerdos fueron efectivamente adoptados. Sin duda, pro ello, una y otra competencia (el asesoramiento y la dación de fe) se consideran como el contenido de una función pública necesaria, a ejercer por los Secretarios, por el art. 92.3, apartado a) de la Ley básica 7/1985, de 2 de abril.»

El mismo criterio viene reiterado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Junio de 2006, Rec. 9413/03, citada por la parte actora.

Cuarto.- Proyectado lo anterior al caso de autos, ya hemos adelantado que se impone pronunciamiento estimatorio de la pretensión principal recogida en la demanda. No consta que el Ayuntamiento acudiera a la Diputación para que le prestara la asistencia a que viene obligada por el art. 26.3 LBRL.

En el Decreto de la Alcaldía nombrando secretaria accidental a quien tenía relación laboral con la Corporación no se respeta la prescripción del artículo 33 del Real Decreto 1732/94, de 29 de Julio, de provisión de puestos de trabajo de los funcionarios con habilitación de carácter nacional (redacción dada por Real Decreto 834/03, de 27 de Junio) "nombramientos accidentales" cuyo primer párrafo prescribe, literalmente: "Cuando no fuere posible la provisión del puesto por los procedimientos previstos en los artículos anteriores del presente Real Decreto, las Corporaciones Locales podrán nombrar con carácter accidental a uno de sus funcionarios suficientemente capacitado". Téngase en cuenta que los artículos precedentes del mismo Real Decreto se ocupa

de varios procedimientos, comenzando por el de los nombramientos provisionales ante una serie de circunstancias por existir puesto vacante u otros supuestos en los que los puestos no estuvieran desempeñados "efectivamente" por sus titulares, entre ellos con causa en enfermedad del titular de la Secretaría. Así pues, el nombramiento accidental que contempla el art. 33 es el último recurso permitido por la norma para ejercicio de las funciones de Secretario en caso de no poderse hacer "efectivamente" por su titular. No es legalmente correcto, por consiguiente, que la Alcaldía primero y el Pleno después habilite a un empleado público municipal para ejercer accidentalmente las funciones reservadas al Secretario (funcionario con habilitación de carácter estatal) integrado en la escala correspondiente, sin haber dejado constancia en el expediente de no haber sido posible "*la provisión del puesto*" -o, lo que es igual, el ejercicio de los cometidos propios del puesto- mediante nombramiento provisional, acumulación o comisión de servicios otorgados a funcionario con la titulación profesional exigida, como tampoco que la fe pública y el asesoramiento legal en la sesión -y en los actos preparatorios de la misma, confección de orden del día señaladamente- la puede legalmente asumir un Secretario titulado al servicio de la Diputación Provincial, como deriva del artículo 5 del R.D. 1732/84, de 29 de Junio, ante la imposibilidad circunstancial de atenderse las funciones reservadas por el Secretario con habilitación nacional.

Siendo por sí sola patente esta trasgresión de la Ley, no acaba aquí la cosa, porque la persona nombrada accidentalmente no es funcionaria - como exige el precepto reglamentario, en sintonía con la previsión del Estatuto Básico del Empleado Público, Ley 7/07, de 12 de Abril (Disposición Adicional Segunda)- y, además no se motiva en lo más mínimo el juicio del Alcalde la "capacitación suficiente" que exige al propio tiempo -como requisito adicionado al de ser funcionario- el mismo precepto reglamentario. Se desconoce la titulación académica de la persona nombrada o si al servicio del Ayuntamiento existe otra persona o personas funcionarias con posible capacitación..., véase sobre este

particular la Sentencia de esta misma Sala de 12 de Abril de 1999 (R. 1997/99).

En resolución, el acuerdo de aprobación inicial de la modificación del instrumento de planeamiento se adoptó conculcando flagrantemente la prescripción del art. 46.1, letra c) de la LBRL, por lo que fue un acuerdo inexistente o nulo de pleno derecho ex artículo 62.1, letra F) de la LRJAP-PAC. Y esa nulidad radical dentro de un procedimiento administrativo complejo, en el que necesariamente deben intervenir las Administraciones Públicas, la Municipal y la Autonómica, sin que la segunda pueda adoptar decisión administrativa no precedida de acuerdo del Pleno del Ayuntamiento válidamente adoptado –hablamos del procedimiento recogido en el artículo 37 de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística, TRLOTAU de 28 de Diciembre de 2004- comunica el vicio de nulidad del acuerdo de aprobación definitiva de la modificación nº 2 del Plan de Delimitación de Suelo Urbano de Salvacañete adoptado por la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y urbanismo de Cuenca.

Quinto.- Sin costas (arts. 68.2 y 139, ambos de la Ley Jurisdiccional), al no constatar temeridad o mala fe.

Vistos los artículos citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación

F A L L A M O S.- Que **ESTIMAMOS** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D^a Gloria Gómez Perea y D^a Ángeles Gómez Perea contra la aprobación definitiva de la Modificación puntual nº 2 del Plan de Delimitación de Suelo Urbano de Salvacañete (Cuenca), aprobado por la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo en sesión de 23 de Junio de 2010.

Se declara contrario a Derecho y anula el acuerdo impugnado. Sin costas.

Notifíquese la presente Sentencia a las partes haciéndoles saber que contra ella cabe interponer recurso de casación en término de DIEZ DIAS desde su notificación.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación literal a los autos originales, la pronunciamos, mandamos y firmamos.