

INFORMES EN LA TRAMITACIÓN DE LICENCIAS DE OBRAS: ¿DEBEN SER SIEMPRE EMITIDOS POR PERSONAL FUNCIONARIO?

Reflexiones acerca de la legalidad de la tramitación de licencias en los Ayuntamientos con escasos medios personales y materiales

Manuel Ignacio ALFONSO DELGADO

*Funcionario de Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional,
Subescala Secretaría, Categoría de Entrada
Secretario del Ayuntamiento de Muro de Alcoy (Alicante)*

Trabajo de Evaluación presentado para la obtención del Diploma de especialización en disciplina urbanística (III edición)

SUMARIO:

1. Introducción
 2. Informes técnicos
 - 2.1. Planteamiento general
 - 2.2. ¿Cabe externalizar el servicio?
 - 2.3. ¿Y qué sucede con el personal laboral?
 - 2.4. El informe técnico por personal funcionario ¿de carrera o interino?
 3. Informes jurídicos
 - 3.1. Planteamiento general
 - 3.2. Ante la inexistencia de personal con la capacidad suficiente, ¿deben ser emitidos por el Secretario?
 3. Conclusiones
- Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

Cada vez con mayor asiduidad, se ha venido imponiendo en nuestros días una mayor judicialización (sobre todo en materia penal) y control por parte tanto

de particulares como de empresas hacia las actividades públicas. Esto no es necesariamente una cuestión negativa, pues no es más que el cumplimiento de la previsión constitucional del art. 106. 1 CE en cuanto establece que *“los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”*. Sin embargo, en el campo que nos ocupa, la tramitación de licencias urbanísticas (como en muchos otros) el operador jurídico local no puede llevarse a engaño: esta proliferación del control implica que las Administraciones Públicas, sobre todo pequeños y medianos Ayuntamientos (y no tanto su personal) se vean ante normas que, a pesar de su vigencia durante años vía BOE, entran en vigor en sus organizaciones sin *vacatio legis* que les permita adaptarse a las mismas¹.

Descendiendo del plano genérico al terreno del presente estudio, nos encontramos con Ayuntamientos pequeños y medianos que durante mucho tiempo han trabajado con técnicos tanto laborales como externos o, incluso, honoríficos, que se encuentran con la situación de que tras dos décadas de informes técnicos en materia de disciplina urbanística, éstos dejan de ser válidos. O bien que los informes jurídicos que redactan la propuesta de resolución en este tipo de expedientes se emiten por personal laboral, externo, o, a mi juicio, incluso por el Secretario de la Corporación, cuando nadie que estudie mínimamente el régimen jurídico de los funcionarios con habilitación nacional (contenida en el Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional) discute que entre sus funciones (al menos las establecidas por la legislación estatal) no se encuentra la de emitir informes jurídicos, por ejemplo, en una licencia de obras².

¹ Este fenómeno que personalmente denomino en términos coloquiales como “el despertar del ordenamiento” también se da con muchísima frecuencia en Ayuntamientos en los que, tras un largo periodo descontrolados, se encuentran con tomas de posesión de nuevos funcionarios con alto grado de responsabilidad (Secretarios, Interventores, Técnicos de Administración General, Arquitectos, etc.), quienes son los sujetos que verdaderamente imponen a golpe de informes negativos la vigencia inmediata de las normas en pequeños y medianos municipios, no disponiendo estas organizaciones de los medios suficientes para el cumplimiento inmediato de las normas.

² Así, para la emisión de tales informes, la persona responsable de la Secretaría Municipal se encuentra con argumentos

Se trata de una problemática que suele aparecer de forma repentina pero que requiere mucho trabajo solucionar en la medida en la que, como es habitual al menos en la Administración Local, el problema se genera mucho más rápido que la solución. Y ello, porque, en el momento en el que se detecta la problemática (o, más bien, en el momento en el que se decide que no es posible esquivar más dicha problemática) es cuando se pone en marcha el pesado aparato burocrático tendente a solucionarla: debe crearse la plaza correspondiente en la plantilla (art. 126 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local); a continuación (para hacerlo perfecto) modificar la Relación de Puestos de Trabajo porque así lo indica el art. 70.1 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (si el Ayuntamiento la tiene, creando el puesto y valorando, por supuesto, sus retribuciones), realizar malabares jurídicos (y, en algún caso, políticos) con la tasa de reposición para poder cubrir la plaza y, en año y medio, siendo generosos, la Administración Local dispondrá de su flamante técnico funcionario. Pero en ese ínterin la ciudadanía tiene derecho a que se tramiten sus expedientes. Y a que se tramiten con arreglo a Derecho.

Y es en esta cuestión donde el presente trabajo encuentra su razón de ser. Ante noticias como la denominada “*Fiscalía de Madrid pone en su diana miles de licencias de arquitectos de 'confianza'*”³, que realiza, si bien a mi juicio con cierta falta de rigor jurídico, las siguientes manifestaciones:

“La Sección de Medio Ambiente de la Fiscalía Provincial de Madrid decidió el pasado mes de noviembre elevar al juzgado una denuncia contra el Ayuntamiento

tipo “si no salen”, o mi preferido: “siempre lo ha llevado el Secretario”. Lo que no dicen es cómo se llevaba esa concreta función, aunque esa es otra cuestión

³ Vid. FERNÁNDEZ D., “Fiscalía de Madrid pone en su diana miles de licencias de arquitectos de confianza”. *El Confidencial*. 15 de febrero de 2019.

<https://www.elconfidencial.com/espana/madrid/2019-02-15/fiscalia-madrid-denuncia-arquitectos-honorificos_1826458/

de (...) por encargarsus trabajos urbanísticos a un arquitecto que no tiene la plaza. La denuncia está dirigida contra el alcalde (...), contra el concejal de Urbanismo, contra el propio arquitecto y contra "todas las autoridades municipales o funcionarios competentes en materia urbanística que hayan de identificarse", a los que acusa de los delitos de prevaricación urbanística continuada, contra la ordenación del territorio y usurpación de funciones públicas".

Por tanto, este trabajo pretende contestar a este tipo de interrogantes. Ahora bien, con dos puntualizaciones. En primer lugar, por razones tanto de extensión como de que esto último es una cuestión que cada vez es menos debatida, este trabajo se centrará únicamente en los informes tanto técnicos como jurídicos que deben emitirse en los procedimientos de las licencias de obras, dejando al lado el procedimiento sancionador propiamente dicho en la medida en la que ya no se discute que el ejercicio del *ius puniendi* debe partir de personal funcionario. Y, en segundo lugar, este trabajo debe leerse desde el prisma de que es un problema transversal: como en otros ámbitos, un debate jurídico que afecta a la tramitación de la disciplina urbanística se encuentra afectado por la normativa de personal. Y si bien es cierto que la ordenación del territorio y el urbanismo es una cuestión casi puramente autonómica, de conformidad con el art. 149.1.18.^a, es una competencia exclusiva del Estado la regulación de “*las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios*” y en este sentido, el Tribunal Constitucional en reiterada doctrina, por todas las STC 105/2019 de 19 Sep. 2019, Rec. 1461/2019 “*(...) ha declarado el carácter materialmente básico de la norma general del TRLEEP que reserva "exclusivamente" y "en todo caso" a los "funcionarios públicos" "el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas" (M. 9.2), en la STC 236/2015, de 19 de noviembre, FJ 5 (...)*”.

Por ello, cabe preguntarse hasta qué punto tal reserva impide o condiciona la validez jurídica de los informes emitidos por otro tipo de personal o, en su caso, la forma de conseguir otorgar tal validez a los referidos informes. Ese es el objetivo fundamental del presente trabajo. Aunque ni que decir tiene que, como es evidente, mi opinión personal es que, en caso de ser posible, deben ser emitidos por personal funcionario. Por su parte, la elección del tema ha sido debido a la encrucijada con la que personalmente me he encontrado en mi desempeño profesional: ¿la obligación de resolver justifica el hecho de que no seamos capaces de tramitar conforme a lo establecido por la Ley? ¿Qué sucede cuando no tenemos los medios para tramitar los expedientes? No es algo de lo que sea responsable la ciudadanía.

2. INFORMES TÉCNICOS

2.1. Planteamiento general

Gran parte de la legislación autonómica como consecuencia de la asunción por parte de las Comunidades Autónomas de las competencias en materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo exige informes tanto técnicos como jurídicos previos a la concesión de una licencia urbanística⁴. Como primera observación personal, cabe indicar que existen legislaciones muy similares, que exigen tanto informe técnico como jurídico, pero también es cierto que otra normativa autonómica no realiza tales exigencias. Esta situación quizás merece la

⁴ A modo de ejemplo, el art. 239. 2 del Decreto Legislativo 1/2021, de 18 de junio, del Consell de aprobación del texto refundido de la Ley de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje de la Comunidad Valenciana, establece que, en los procedimientos en virtud de los cuales se conceda una licencia urbanística, que “*el expediente deberá incorporar el proyecto técnico, las autorizaciones que procedan y, además, informe técnico y jurídico*”, y el art.140.3 de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía indica que “*sin perjuicio de la regulación que, en el marco de sus competencias, puedan establecer los municipios mediante las correspondientes ordenanzas, en el procedimiento de otorgamiento de las licencias urbanísticas necesariamente deberá constar informe técnico y jurídico de los servicios municipales (...)*”. Las legislaciones de la Rioja y de Cantabria, por su parte, parece que otorgan más margen a los Ayuntamientos, pues el art. 190 de la Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria dispone, en palabras del propio precepto citado, unas “*pautas procedimentales*” que no exigen directamente ni informe técnico ni informe jurídico alguno, y el art. 193. 2 de la Ley 5/2006, de 2 de mayo, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja, se remite al procedimiento que se establezca por la legislación de régimen local, no exigiendo tampoco, al menos rotunda y meridianamente, el art. 194 de Ley 1/2003, de 3 de marzo, de la Administración Local de La Rioja ningún informe preceptivo siempre y en todo caso.

primera crítica jurídica teniendo en cuenta que la licencia de obras no es sino el mecanismo de control de la legalidad urbanística: ante una misma actuación, en dos Comunidades distintas, podemos encontrarnos que en unos casos se va a efectuar un control más férreo que en otros, cuando el art. 5 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en desarrollo de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios del mercado interior establece la obligación de que *“el régimen de autorización no resulte discriminatorio ni directa ni indirectamente en función de la nacionalidad o de que el establecimiento se encuentre o no en el territorio de la autoridad competente”*, lo que nos obliga a concluir que quizás debería armonizarse con algo más de detalle la normativa de aplicación en esta materia.

Y ello, porque en unos casos podemos encontrarnos con verdaderos informes preceptivos por así exigirlo la propia normativa, informes cuya ausencia podría determinar incluso la nulidad de la licencia, pues la STS de 22 de septiembre de 1987 indica a este respecto que *“(…) lo preceptuado respecto al trámite obligado para la concesión de licencias en los arts. 3 y 4 del Reglamento de Disciplina Urbanística de 23 de junio de 1978 en relación con el 8 y el 9 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955 (presentación de proyecto e informes técnicos y jurídicos de la Corporación otorgante) (...) han de conducir a la necesaria anulación de los actos administrativos impugnados, de conformidad con lo dispuesto en el art. 48-1 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958”*, lo que ha llevado a autores que consideran que, efectivamente, la falta de informe técnico determina la nulidad⁵ del procedimiento. Pero si observamos el problema desde un prisma más amplio, por supuesto compartiendo que si la norma exige dos informes y no consta ninguno

⁵ Vid. ROMERO GIMÉNEZ, G., “Informe técnico versus informe jurídico en los procedimientos de tramitación de las licencias urbanísticas”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, N° 10, Sección Opinión / Colaboraciones, Quincena del 30 May. al 14 Jun. 2016, Ed. Wolters Kluwer, pág. 1184

podríamos encontrarnos ante una nulidad de pleno derecho por prescindir total y absolutamente del procedimiento establecido (art. 47. 1 e) LPAC), la omisión de tales actos de trámite (un informe, al final lo es) en otro territorio ante exactamente la misma actuación y en el mismo tipo de suelo podría no viciar en absoluto el procedimiento por mor de la normativa aplicable, lo que resulta, cuanto menos, llamativo.

Pero no es ese el objetivo fundamental del trabajo. Partiendo, por tanto, de lo necesario que resulta en términos generales la emisión de un informe técnico que en la práctica local garantiza que se cumple la legalidad en el ejercicio de un derecho preexistente de la ciudadanía⁶, debemos preguntarnos, sin entrar en el complejo mundo de las competencias de los técnicos, cuál deberá ser la condición, el vínculo con la Administración, del profesional que lo emita.

Y es que el art. 92 LBRL establece en este aspecto que *“corresponde exclusivamente a los funcionarios de carrera al servicio de la Administración local el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales. Igualmente son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado a funcionarios de carrera, las que impliquen ejercicio de autoridad, y en general, aquellas que en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función”*. Por su parte, el art. 9.2 TREBEP dispone que *“en todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los*

⁶ Vid. BOCOS REDONDO, P., “Actos sujetos a licencia y tipos de licencia urbanística. Procedimiento para el otorgamiento de la licencia. Competencia y normas generales. La revisión de oficio y la revocación de las licencias” [Material de Aula], *Diploma de especialización en Disciplina Urbanística (Mod. II, Unidad didáctica 2)*, CEMCI, Diputación de Granada, 2021, págs. 13 y 14

funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca”.

La gran cuestión es, por tanto, si este control de legalidad urbanística que se evacúa a través de informes técnicos es una potestad pública que por tanto está reservada a funcionarios públicos, no siendo legalmente posible en tal caso que se emitan por nadie más que no goce de tal condición. En este sentido, la STSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, 99/2016 de 1 Feb. 2016, Rec. 321/2014 indica, en su Fundamento de Derecho Décimo, que *“la figura del arquitecto honorario no existe en nuestro ordenamiento y supone una clarísima -y grave - trasgresión de la reserva de legal del desarrollo de funciones públicas, como es las de informar previamente las licencias (no sólo las urbanísticas, también las de actividad, funcionamiento o «ambientales») a cargo necesariamente no ya de empleados públicos, sino de funcionarios, art. 9.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, Estatuto Básico del Empleado Público, a la sazón vigente”.*

Por tanto, sí que existen resoluciones judiciales que sí que se muestran a favor de la obligatoriedad de que estos informes técnicos sean emitidos necesariamente por personal funcionario. Ahora bien, en este aspecto, como se indicaba en la Introducción, locierto es que ese momento es en el cual entran en juego múltiples complicaciones, lo que se suma a la escasez de medios de los que los Ayuntamientos pequeños y medianos disponen, y ello sin detenernos en la problemática de aquellos municipios que están, además de escuetos en medios, desorganizados sistemáticamente, siendo por tanto muy complejo en el caso de los mismos disponer con prontitud de técnicos con la condición de funcionario. Existen Ayuntamientos, en consecuencia, que prestan ese servicio con personal laboral e, incluso, se contrata externamente, ya sea a través de licitación o de contrato menor (esto último nada recomendable, a mi juicio, salvo que se trate de un asunto muy puntual que requiera el parecer de un experto en esa concreta materia). Ni que

decir tiene, sin embargo, que lo ideal a la luz tanto de la sentencia citada como por una conspicua doctrina⁷, sin duda es que este personal tenga la condición de funcionario.

2.2. ¿Cabe externalizar el servicio?

Como anteriormente se ha indicado, no son pocos los Ayuntamientos que optan por externalizar estos servicios. Y la gran mayoría de los que realizan tal práctica, lo hacen desde la premisa de que, o bien que a la vista de los recursos con los que cuentan no les es posible sostener una plaza de técnico municipal, o bien se trata de un proceso lento y costoso al que, como se ha indicado en la Introducción, se le debe dedicar un gran periodo de tiempo, periodo en el que los servicios deben funcionar con técnicos externos, que suele alargarse más de lo deseado.

Pues bien, en mi opinión, tal cuestión debe resolverse atendiendo a la concreta situación del Ayuntamiento objeto del análisis. Así, no se le puede exigir lo mismo a un municipio de 500 habitantes que a una capital de provincia, por ejemplo. Y esta interpretación encuentra su cobertura jurídica en el art. 3.1 CC cuando establece que “*las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*”. Se trataría, por tanto, de interpretar la norma en cuestión (el mentado art. 90.2 TREBEP) en relación con el contexto de la realidad del municipio y ponderando la misma con otra normativa: el art. 21 LPAC y la obligación de resolver “*en todos los procedimientos*”. Si se exige informe de funcionario, no se puede resolver. Pero si se resuelve, tal finalización del procedimiento se consuma de forma contraria a Derecho por carecer del informe del funcionario, llevando a la Administración a un bucle infinito donde

⁷ Vid. CHOLBI CACHÁ, F.A., “El régimen de la comunicación previa, las licencias de urbanismo y su procedimiento de otorgamiento”, El Consultor de los Ayuntamientos, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pág. 464

en la práctica puede suceder que además de resolverse tarde, se resuelve con informe de técnicos nofuncionarios. Por ello la interpretación que este trabajo plantea no es otra que atender al contexto del municipio, priorizando en la medida de lo posible la obligación de resolver pues el art. 103. 1 CE impone entre sus principios el de eficacia, que si bien puede ser complicada de aplicar en determinadas situaciones, desde luego *a priori* no parece directamente contraria a Derecho, pues dentro de las opciones con las que puede contar el operador jurídico local se habrá optado por aquella que ostente la apariencia más legítima. En definitiva: más correcto es que exista informe que resolver sin informe por carecer de funcionarios o que directamente no resolver. Quizá por ello existen autores⁸ que ante la referida imposibilidad de inexistencia de cualquier tipo de técnicos en el Ayuntamiento, opinan que la externalización de este servicio operaría como un mal menor.

Pero además, existe más normativa que entra en juego. No podemos dejar de citar el art. 30. 3 LCSP que establece que:

“La prestación de servicios se realizará normalmente por la propia Administración por sus propios medios. No obstante, cuando carezca de medios suficientes, previa la debida justificación en el expediente, se podrá contratar de conformidad con lo establecido en el Capítulo V del Título II del Libro II de la presente Ley”.

Por tanto, a pesar de que ese precepto no sea básico de conformidad con la Disposición Final Primera en su apartado 3, sí que podemos afirmar que el legislador es consciente de la carencia de medios de la Administración Pública. Y la normativa concreta, la urbanística, exige únicamente que en el expediente consten “informes técnicos” y, en la gran mayoría de casos (casi todos), también “informes jurídicos”, sin detenerse en si estamos hablando de personal propio

⁸ Vid. CHOLBI CACHÁ, F.A., “El régimen de la comunicación previa...” *op. cit.* Págs. 468 y 469

o de técnicos externos de la Corporación, teniendo estos últimos un título jurídico que, evidentemente, les habilite para realizar estos informes, y ello para evitar la “nada jurídica” que supone la figura de un “arquitecto honorífico” (STS Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, 208/1981, de 17 de marzo de 1981).

Por lo demás, existen sentencias que efectivamente no cuestionan, directamente al menos, la validez de la licencia por el hecho del vínculo jurídico de la persona que emite el informe. Por ejemplo, la STSJCLM, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, Sentencia 146/2002 de 4 Mar. 2002, Rec. 1762/1998 indica, incluso en el caso de un arquitecto honorífico (extremo que si bien como hemos comentado, debe entenderse superado), que *“en relación a la incompatibilidad del Arquitecto informante, la Sentencia de 17 May. 2001, de este mismo Tribunal (Recurso 525/98) donde el recurrente era el mismo y el supuesto planteado bastante similar, estableció en su Fundamento Jurídico Tercero: «La primera cuestión suscitada relativa a la posible anulabilidad de la licencia cuya revisión de legalidad se solicita y que tendría su causa en la intervención del Arquitecto Municipal honorífico informante del proyecto como promotor y director de las obras, no puede «per se» prosperar en ningún momento; pues ni se configura dicha conducta como una causa legal de infracción urbanística grave, ni en sí mismo puede cuestionar jurídicamente la legalidad de la autorización urbanística otorgada (Véanse los arts. 226 de la L.S. de 1976; y 262 del T.R. de 1992); que aunque la situación combatida no crea la apariencia de imparcialidad y objetividad que debe presidir la actuación de la Administración, lo cierto es que como muy bien sabe ya la parte recurrente, por haber actuado en idéntica situación a la denunciada, en el ámbito de la Corporación Local, y la informó el Colegio Oficial de Arquitectos de Castilla-La Mancha, la actuación entra en el ámbito de las infracciones deontológicas, o en el ámbito de la realidad funcional del Ente público Local, extrañas al urbanístico”*. Y la STSJCLM, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, Sentencia 95/2019 de 8 Abr. 2019, Rec. 208/2017

manifiesta que *“aun cuando se pudiera considerar la existencia de algún tipo de infracción formal no cabía, en general, considerar la nulidad absoluta de todas las actuaciones con base en el simple hecho de que hubiera intervenido en las mismas un arquitecto honorífico”*.

Por todo ello, definitivamente, y en mi opinión, cabe en determinadas situaciones y a la vista del contexto y la realidad del municipio, externalizar el servicio, si bien la realidad práctica es mucho más compleja. Por varias razones.

En primer lugar, porque lo habitual es, que si el Ayuntamiento carece de personal funcionario que pueda realizar unos servicios tan mínimos como los tendentes a la confección de informes preceptivos en algo tan básico como la tramitación de una licencia de obras, difícilmente dispondrá de los medios suficientes para garantizar la correcta ejecución del contrato administrativo en virtud del cual se emiten dichos informes. En otras palabras: el Ayuntamiento tiene obligación de velar por evitar el conflicto de intereses de técnicos a quienes no se les aplica la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas⁹.

Y, en segundo lugar, el hecho de no poder controlar el desarrollo de la ejecución del contrato puede conllevar que el carácter administrativo del mismo se difumine y que, a pesar de un correcto actuar administrativo inicial, se acabe por infringir el art. 308. 2 I LCSP en tanto en cuanto dispone que *“en ningún caso la entidad contratante podrá instrumentar la contratación de personal a través del*

⁹ Efectivamente, el art. 2 LIPAP establece que “la presente Ley será de aplicación a: a) El personal civil y militar al servicio de la Administración del Estado y de sus Organismos Públicos. b) El personal al servicio de las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de los Organismos de ellas dependientes, así como de sus Asambleas Legislativas y órganos institucionales. c) El personal al servicio de las Corporaciones Locales y de los Organismos de ellas dependientes. d) El personal al servicio de Entes y Organismos públicos exceptuados de la aplicación de la Ley de Entidades Estatales Autónomas. e) El personal que desempeñe funciones públicas y perciba sus retribuciones mediante arancel. f) El personal al servicio de la Seguridad Social, de sus Entidades Gestoras y de cualquier otra Entidad u Organismo de la misma. g) El personal al servicio de entidades, corporaciones de derecho público, fundaciones y consorcios cuyos presupuestos se doten ordinariamente en más de un 50 por cien con subvenciones u otros ingresos procedentes de las Administraciones Públicas. h) El personal que preste servicios en Empresas en que la participación del capital, directa o indirectamente, de las Administraciones Públicas sea superior al 50 por 100. i) El personal al servicio del Banco de España y de las instituciones financieras públicas. j) El restante personal al que resulte de aplicación el régimen estatutario de los funcionarios públicos”. Como vemos, un técnico externo no entra dentro del ámbito de aplicación de esta Ley

contrato de servicios, incluidos los que por razón de la cuantía se tramiten como contratos menores". En este sentido, los escasos operadores jurídicos del Ayuntamiento así como la propia Corporación con su Alcalde a la cabeza por mor del art. 21. 1 h) LBRL (que le atribuye la jefatura superior de personal) deberán actuar con la mayor delicadeza a la vista de la aún vigente Disposición adicional cuadragésima tercera Dos de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 que establece lo siguiente:

“Los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones Públicas y en las entidades que conforman su Sector Público Instrumental serán responsables del cumplimiento de la citada normativa, y en especial velarán para evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo.

Así mismo, los órganos de personal citados no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial”.

Como vemos, si bien el primer párrafo se refiere sólo al personal laboral temporal, no sería descabellado interpretar que deben incluirse en tal disposición (al menos, esa parece la intención del legislador) también las conductas que afecten a los técnicos que tengan contratos administrativos.

Como conclusión definitiva, parece adecuado que, en función de las características del municipio y de su organigrama, sea posible externalizar la redacción de los informes técnicos, pues existe tanto doctrina como jurisprudencia que no condena, directamente al menos, esta práctica en los términos expuestos. Por último y por supuesto, también hay que añadir un límite que no es otro que el

abuso de Derecho. Es decir, lo que no es admisible es que el propio Ayuntamiento sea el sujeto que esté provocando ese contexto que justifica la externalización del servicio, pues en ese caso no estaremos tanto ante una interpretación en relación con el contexto del art. 3.1 CC como ante un verdadero abuso de Derecho del art. 7.2 CC, que establece que *“la Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo”*, y que *“todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”*. Es decir, que el Municipio para poder acogerse a una interpretación que propongo, tendrá que estar en condiciones de justificar que está realizando actuaciones mínimamente tendentes a revertir esa situación, si es que ello es posible. Así, no podemos comparar un municipio de 30.000 habitantes que no tenga técnico funcionario y el problema sea su enquistado organigrama con un ayuntamiento de 200 habitantes, pues en el primero de los casos tendrá que llevar a cabo la mencionada justificación, dado que es presumible su capacidad económica y de gestión para llevar a cabo tales actuaciones.

2.3. ¿Y qué sucede con el personal laboral?

Existe un elevado número de municipios que trabajan en la tramitación de estos procedimientos administrativos técnicos que ostentan la condición de laborales. En unos casos se deriva de la propia configuración de la plaza como laboral (algo como veremos, que me parece un error) mientras que en otros este personal presta servicios para la Corporación como consecuencia de contratos temporales bien en fraude de ley, bien como consecuencia de la incorporación de personal indefinido no fijo.

Pues bien, en este sentido, en primer lugar se debe indicar que no es una cuestión controvertida en la doctrina el hecho de que el informe emitido por

personal funcionario goza de prevalencia frente al informe emitido por el personal laboral¹⁰. En mi opinión, este criterio es absolutamente indiscutible, pues se infiere de la lectura del art. 77. 5 LPAC, cuando preceptúa que *“los documentos formalizados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad y en los que, observándose los requisitos legales correspondientes se recojan los hechos constatados por aquéllos harán prueba de éstos salvo que se acredite lo contrario”*. Ello no significa que estos informes sean inatacables, la STS de 17 de febrero de 2022 indica que: *“no es lo mismo un funcionario inserto en la estructura jerárquica de la Administración activa que alguien que (...) trabaja en entidades u organismos dotados de cierta autonomía con respecto a la Administración activa”*

Por otra parte, hay que considerar que, en la medida en la que hemos visto que en determinadas situaciones (muy concretas) podría permitirse a los Ayuntamientos la externalización de estos servicios, quizás debería mantenerse una interpretación más laxa aún en relación al personal laboral. Primero porque no dejan de ser servicios directamente dependientes de la Corporación, y segundo, y más importante, porque si bien es al personal funcionario al que se le atribuye mayor margen de independencia e imparcialidad, al personal laboral ya se le aplica la LIPAP como consecuencia de su art. 2.

Además, existen autores que consideran que la Administración goza de margen de discrecionalidad a la hora de configurar los puestos de trabajo¹¹, y que la capacitación profesional de los técnicos es lo verdaderamente relevante y lo que les otorga la verdadera legitimidad para informar. No obstante debe añadirse, en mi opinión, que este margen de discrecionalidad, debe interpretarse a la luz de la normativa tanto urbanística como de función pública. Y ello, debido a que el art.

¹⁰ Vid. CHAVEZ GARCÍA, J. R., “Grandeza y miseria de los informes administrativos”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, N° 12, Sección Museo de legalidad administrativa, Ed. Wolters Kluwer Diciembre 2019, pág. 102.

¹¹ Vid. SALA SÁNCHEZ, P., “Las intervenciones profesionales en el proyecto, la dirección facultativa y la seguridad de las obras de edificación: titulaciones habilitadas según el marco legal vigente”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, N° 14, Sección Colaboraciones, Quincena del 30 Jul. al 14 Ago. 2003, Ref. 2565/2003, Editorial El Consultor de los Ayuntamientos, tomo 2, pág. 2565

171 TRRL establece que *“pertenece a la Subescala Técnica de Administración Especial, los funcionarios que desarrollen tareas que son objeto de una carrera para cuyo ejercicio exigen las leyes estar en posesión de determinados títulos académicos o profesionales”*. En consecuencia, la Administración no tiene todo el margen que pretenda, sin ningún tipo de límite, a la hora de configurar la Relación de Puestos de Trabajo que en última instancia, será el documento en el que se plasme qué puesto de trabajo tiene atribuida la función técnica del informe.

En otro orden de cosas, debemos recordar, dentro de la clásica clasificación de la actividad administrativa elaborada por Jordana de Pozas (policía, fomento y serviciopúblico), que la actividad de policía se refería al control e intervención de las actividades privadas garantizando el cumplimiento de la normativa¹². Quizás estamos ante el motivo por el cual el antiguo art. 248.3 del Reglamento de Funcionarios de la Administración Local, aprobado por Decreto de 30 de mayo de 1952, establecía que *“constituirán especialidad técnica primordial en las Corporaciones locales la Arquitectura, -Ingeniería y Urbanismo, y corresponderá a los respectivos funcionarios técnicos las siguientes misiones peculiares: (...) fiscalizar la edificación privada con arreglo a las Ordenanzas ya la legislación general, e informar los expedientes de licencias para la construcción y reforma de edificios, ya sean de uso público o privado, con el fin de conseguir el más perfecto y armónico desarrollo urbano”*.

Y además, como por ejemplo sucede en el ámbito de la Comunidad Valenciana, la normativa de función pública continúa ampliando sus efectos a otros campos del Derecho administrativo, en este caso el de urbanismo, pues el art. 37.1 a) de la Ley 4/2021, de 16 de abril, de la Generalitat, de la Función Pública Valenciana, que establece que es un puesto de trabajo de naturaleza funcional aquellos que estén relacionados con, entre otros aspectos *“la instrucción de*

¹² Vid. MURCIA TORO, A., “Actividad de control e intervención administrativa. Nuevas técnicas: Declaración responsable y comunicación previa”, (Trabajo Fin de Máster), Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2017, pág. 11. Recuperado de <https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/32303/TFM.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

procedimientos administrativos y, la elaboración de las correspondientes propuestas de resolución, incluyendo el otorgamiento de licencias y autorizaciones". No obstante, no me cabe la menor duda de que esta completa (y compleja) normativa acabará siendo objeto de depuración interpretativa por parte de los Tribunales, porque el art. 44.3 de esta Ley causa una tremenda inseguridad jurídica cuando dispone que *"las entidades locales y las universidades públicas de la Comunitat Valenciana, clasificarán de naturaleza funcional los puestos de trabajo cuyo desempeño implique la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales"*, porque las Corporaciones Locales tendrán que considerar que trámites constituyen la participación en la consecución de los intereses generales y el ejercicio de autoridad, potestad reservada a los funcionarios (art. 92 LBRL), y en consecuencia no parece que tengan demasiado margen a la hora de configurar los puestos de técnicos: no podría ser de otra manera que de naturales funcional, pues como hemos visto el art. 171 TRRL no permite otra alternativa.

Pero en tanto en cuanto esto último no suceda, y no se configuren los puestos, parece más adecuado interpretar que el personal laboral puede informar la legalidad en una licencia de obras siempre desde el prisma de que, a futuro, la Administración no tiene libertad de configurar estos puestos y debe encontrarse en condiciones de justificar que está poniendo los medios que sean exigibles para remediar esta situación.

2.4. El informe técnico por personal funcionario ¿de carrera o interino?

En este punto mi opinión es muy clara, un técnico, si ostenta la titulación que ampare la emisión de su informe, y además ostenta la condición de funcionario, aunque sea en régimen de interinidad, puede sin ningún problema informar una licencia. Y por ese único motivo, la licencia no será anulable y mucho menos nula.

Y ello, aunque incluso el Tribunal Supremo en ocasiones se ha pronunciado incluso en contra de la existencia de Policías Locales interinos porque su función implica ejercicio de autoridad¹³ en la STS Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, Sentencia 828/2019 de 14 Jun. 2019, Rec. 922/2017, pues hay que indicar que se volvió a la situación anterior con la STC 106/2019 de 19 Sep. 2019, Rec. 344/2019.

Por otra parte, hay doctrina muy conspicua que considera que en el caso de un informe emitido por un funcionario en régimen de interinidad precisaría para la emisión de los informes técnicos en los procedimientos tendentes al otorgamiento de una licencia la supervisión del jefe de los servicios técnicos con potestad de dirección que necesariamente sea de carrera¹⁴. Y es cierto, que hay alguna resolución judicial en este sentido, como la STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, Sentencia 549/2005 de 6 May. 2005, Rec. 355/2003 ¹⁵ Ponente: Pérez Navarro, Amparo, que indica, tras traer a colación entre otros preceptos al art. 132 TRRL que establece que *“corresponde a los funcionarios de carrera el desempeño de los puestos de trabajo que tenga atribuidas las funciones señaladas en el artículo 92.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril (...)”*, que *“pese a que el Sr... fuera ya funcionario interino, ocupando puesto base de Arquitecto en la fecha en la que se produce la adscripción, es lo cierto que según se desprende de la descripción del puesto por él ocupado, se trata de un puesto de jefatura, al ser el superior jerárquico del personal de urbanismo, funciones que implican ejercicio de autoridad y que de conformidad con lo antes indicado, quedan reservadas a los funcionarios de carrera”*. Pero esta interpretación, a mi juicio, no puede aceptarse. Y ello, porque considero que el TREBEP es norma básica que establece en su art. 10.1 *“son funcionarios interinos*

¹³ Vid. GARRÓS FONT, I., y ORTIZ HERNÁNDEZ, S., “Comentarios en torno a la reciente jurisprudencia sobre los policías locales interinos y el ejercicio de funciones públicas”, *Actualidad Administrativa*, N° 9, Sección Actualidad, Wolters Kluwer, Septiembre 2020

¹⁴ Vid. CHOLBI CACHÁ, F.A., “El régimen de la comunicación previa...” *op. cit.* Pág. 469.

¹⁵ Citada *ibidem*

los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera (...)". Es decir, que los funcionarios interinos sirven expresamente para asumir las funciones de los de carrera en todo aquello que sea compatible con su naturaleza de acuerdo con el art. 10.5 TREBEP (si bien deben excluirse también aquellas funciones expresamente proscritas por el ordenamiento jurídico, como es el caso de la participación en tribunales de selección, art. 60.2 TREBEP). Es decir, que un funcionario interino sirve precisamente para dar urgente cumplimiento, cuando las circunstancias propias de la organización lo hacen imposible con prontitud, tanto al citado art. 132 TRRL como al art. 92.3 cuando establece que *"corresponde exclusivamente a los funcionarios de carrera al servicio de la Administración local el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales "* y que *"igualmente son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado a funcionarios de carrera, las que impliquen ejercicio de autoridad, y en general, aquellas que en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función "*. Lo contrario es entender que el nombramiento de un técnico interino está prohibido por la normativa, o que sólo sirve para ser supervisado en todas y cada una de sus actuaciones, cuando precisamente tal nombramiento sirve para hacer posible la tramitación de expedientes como puede ser una licencia urbanística.

Y desde luego, partiendo de que es función propia de los funcionarios de carrera el ejercicio de las potestades de autoridad, lo que implica que lo sean también de control, y que ambos extremos pueden cumplirse por funcionarios de carrera, es legítimo tanto que un técnico funcionario interino informe sin más supervisión que la que le correspondiera si fuera de carrera, como que a mi juicio asuma la jefatura de los servicios técnicos pues es otra función propia de los

funcionarios de carrera y, por tanto, asumir tal jefatura desde luego no parece incompatible con la naturaleza del funcionario interino¹⁶.

3. INFORMES JURÍDICOS

3.1. Planteamiento general.

Ya se ha indicado “*ut supra*” que la práctica totalidad de las legislaciones autonómicas exigen para la tramitación de las licencias de obras que, además del informetécnico, debe emitirse además con carácter preceptivo informe jurídico. Normalmente, en el seno del procedimiento administrativo, el informe jurídico deberá emitirse tras el informetécnico para que, entre otros extremos, verifique la constancia de este último¹⁷.

Por lo demás, el informe jurídico, debe concluir con una propuesta de resolución¹⁸ por así determinarlo el art. 175 ROFJEL, que dispone lo siguiente:

“Los informes para resolver los expedientes se redactarán en forma de propuesta de resolución y contendrán los extremos siguientes:

- a) Enumeración clara y sucinta de los hechos.*
- b) Disposiciones legales aplicables y alegación razonada de la doctrina, y Pronunciamientos que haya de contener la parte dispositiva”.*

¹⁶ A modo de ejemplo, un Secretario interino asumirá en tanto en cuanto lo sea la dirección de los servicios encargados de la realización de las funciones de Secretaría, art. 2.2 RD 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, y ese extremo no es objeto de ninguna discusión

¹⁷ Vid. GÓMEZ MELERO, J.G., “La intervención administrativa sobre la edificación y usos del suelo en Castilla-La Mancha”, *Colección Tesis*, Consejo Económico y Social de Castilla-La Mancha, pág. 372. Recuperado de https://www.uv.es/bibsoc/proceso/librosonline/CES-CLM/tesis8_josegerardo.pdf.

¹⁸ *Ibidem*, pág. 376

En mi opinión, el ROFJEL convierte en preceptivos los informes prácticamente de cualquier expediente, dado que en su art. 172 establece lo siguiente:

“En los expedientes informará el Jefe de la Dependencia a la que corresponda tramitarlos, exponiendo los antecedentes y disposiciones legales o reglamentarias en que funde su criterio”.

De ello se deduce que el informe jurídico, en puridad y para que sea jurídicamente indiscutible al menos desde el prisma de su autoría y en consecuencia su rúbrica, debe emitirse por el Jefe de la Dependencia o Departamento administrativo de Obras y/o Urbanismo, que no de la Oficina Técnica (los técnicos en mi opinión no deben tramitar, sino realizar informes técnicos), funcionario perteneciente a la subescala técnica de administración general en cumplimiento de lo establecido en el art. 167.1 y 167.2 a) TRRL.

El problema radica, como no puede ser de otra manera, cuando no existen estos funcionarios no ya en las Dependencias correspondientes, sino en toda la plantilla. Como veremos, existen autores reconocidos que indican que en tal situación debería informar si

nadie más está capacitado, el Secretario¹⁹, cuestión que no comparto, como luego veremos, salvo que expresamente la norma lo exija.

En fin, en tales casos, debería volverse a traer a colación la interpretación propuesta *ut supra*, relativa al contexto del municipio en cuestión. Realmente, lo necesario para que el expediente de concesión de una licencia urbanística esté concluso es que, como regla general (pueden exigirse informes sectoriales), se hayan emitido informe técnico y jurídico. Y deberá atenderse al Ayuntamiento

¹⁹ Vid. CHOLBI CACHÁ, F. A., “Necesidad de informe jurídico en la concesión de licencias urbanísticas. Especial referencia al informe del Secretario”, *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 11, diciembre de 2002, págs. 16 y ss

concreto y sus circunstancias en aras a determinar si está en condiciones de justificar que está cumpliendo en la medida de lo posible sus obligaciones tanto de forma externa, como interna. De esta forma, y siempre que la norma urbanística únicamente exija al respecto emisión de informe jurídico, será más adecuado que se emita a pesar de no llevar rúbrica de funcionario (siempre, por supuesto, por una persona con la titulación adecuada), a que no conste en absoluto.

Y es que debe tenerse en cuenta que la falta de informe jurídico al menos para la jurisprudencia del Tribunal Supremo, siempre que no se cause indefensión, será un mero defecto de forma²⁰, pudiéndose traer a colación, por todas, la STS de 21 de junio de 2001, que indica que *“este Tribunal Supremo ha declarado (v.g. sentencias de 26 Dic. 1995 y 21 May. 1998) que «la falta de previo informe jurídico en el procedimiento de otorgamiento de la licencia impugnada, a que se refiere el artículo 4 del Reglamento de Disciplina Urbanística de 23 Jun. 1978, no vicia de nulidad el acto impugnado, ya que su falta no significa que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido -- -- artículo 47.1.c) de la Ley de Procedimiento Administrativo---, sino que constituye un mero defecto de forma (artículo 48.2 de la misma) que no arrastra la invalidez del acto sino cuando produce indefensión o cuando le impide alcanzar su fin, lo que no es el caso. (Así lo hemos dicho en nuestra sentencia de 26 Dic. 1995.)”*.

De ello se deduce en mi opinión, y esto facilita el funcionamiento municipal en los municipios con una situación calificable de compleja, que si la falta de informe jurídico únicamente sería vicio de anulabilidad en tanto en cuanto cause indefensión o le impida alcanzar su fin, el hecho de que dicho informe se emita aunque no está rubricado por funcionario impediría discutir la anulabilidad del procedimiento únicamente por este motivo, porque este hecho no impediría a los interesados conocer los motivos de la Administración en su actuación, por lo que

²⁰ Vid. GÓMEZ MELERO, J.G., “La intervención administrativa...”, *op. cit.*, pág. 383 y 384

esta circunstancia no sería susceptible de viciar por sí sola en absoluto el procedimiento²¹.

Con ello no se pretende afirmar que no es necesario que estos informes sean emitidos por funcionario, pues no sólo es más recomendable e, incluso, más legal (se ha hecho referencia en el Capítulo 2 al art. 44.1 a) LFVP que exige que los puestos de naturaleza funcional en la Generalitat Valenciana deben estar relacionados con “*la instrucción de procedimientos administrativos y, la elaboración de las correspondientes propuestas de resolución*”), sino que además el Ayuntamiento que tenga perfectamente definida esta cuestión tendrá menos problemas internos y por otra parte, como hemos visto, entrará en juego en caso de una eventual impugnación, el art. 77.5 LPAC dado que ese informe tendría presunción de validez *iuris tantum* como se ha indicado.

3.2. Ante la inexistencia de personal con la capacidad suficiente, ¿deben ser emitidos por el Secretario?

En mi opinión, estamos ante una de las mayores problemáticas de la Administración Local. Esto es, sucede que por mor del art. 92 *bis* LBRL, en todas las Entidades Locales deben prestarse necesariamente las funciones públicas de Secretaría y de control económico financiero, contabilidad, tesorería y recaudación, funciones reservadas a los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional (FHN). Y la palabra que utiliza el art. 92 *bis* LBRL para referirse a estas funciones son “*necesarias*”. Este planteamiento, por lo general no

²¹ Si bien esta jurisprudencia se refiere al ámbito de las notificaciones, la STS Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, Sentencia de 2 Jun. 2011, Rec. 4028/2009 clarifica a mi juicio muy acertadamente lo que supone la indefensión que sea susceptible de anular un procedimiento, pues indica que “*una vez reconocida la aplicación del derecho a la tutela judicial efectiva en el ámbito del procedimiento administrativo, resulta necesario poner de manifiesto que es doctrina del Tribunal Constitucional que, en materia de notificaciones, únicamente lesiona el art. 24 de la CE la llamada indefensión material y no la formal, impidiendo “el cumplimiento de su finalidad, tendente a comunicar la resolución en términos que permitan mantener las alegaciones o formular los recursos establecidos en el ordenamiento jurídico frente a dicha resolución” (SSTC 155/1989, de 5 de octubre, FJ 3; 184/2000, de 10 de julio, FJ 2; y 113/2001, de 7 de mayo, FJ 3), con el “consiguiente perjuicio real y efectivo para los interesados afectados” [SSTC 155/1988, FJ 4; 112/1989, FJ 2; 91/2000, de 30 de marzo; 184/2000, de 10 de julio, FJ 2; 19/2004, de 23 de febrero; y 130/2006, de 24 de abril, FJ 6. En igual sentido Sentencias de esta Sala de 25 de octubre de 1996 (rec. apel. núm. 13199/1991), FD Cuarto; y de 22 de marzo de 1997 (rec. de apel. núm. 12960/1991), FD Segundo]*”

discutido, generaría un efecto diabólico en el funcionamiento de me atrevo a decir más de la mitad de los municipios españoles de interpretarse a *sensu contrario*: las demás funciones, ¿no son necesarias? ¿no son necesarias las funciones de un arquitecto funcionario? ¿o de un ingeniero? ¿o de un Técnico de Administración General?

La respuesta a esta pregunta es necesariamente negativa, todas las funciones deben ser prestadas y desarrolladas para poder hablar de una Administración mínimamente eficaz en cumplimiento del art. 103.1 CE. Ahora bien, en la práctica, debido a que necesariamente debe existir un funcionario A1 con funciones de asesoramiento legal, cuando no existe ningún otro empleado susceptible de, entrando ya en la materia, informar en el procedimiento relativo al otorgamiento de una licencia de obras la adecuación a la legalidad de la misma, nos encontramos con que el Secretario de la Corporación ostentará muchas más obligaciones de las ya complejas reguladas en su régimen jurídico.

Existen reconocidos autores que entienden que, en los casos en los que el Ayuntamiento en cuestión no tiene ningún otro medio que pueda informar, en la medida en la que necesariamente deben constar estos informes jurídicos en los respectivos expedientes y es el Secretario el que deberá someter los mismos una vez conclusos al presidente para su resolución, efectivamente estos informes deberían ser emitidos por el referido funcionario²². Personalmente, y como no puede ser de otra manera, con absoluto respeto, esta opinión no puede compartirse y menos aún convertirse en la regla. Lo que sucede en mi opinión es que la doctrina es perfectamente consciente de que en muchos casos, los FHN están realizando las labores que el art. 36 LBRL encomienda no a los Secretarios, sino a las Diputaciones Provinciales. En efecto, el art. 36. 1 b) LBRL establece que es competencia de las Diputaciones Provinciales la “*asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los Municipios, especialmente a los de menor capacidad*”

²² Vid. CHOLBI CACHÁ, F.A., “El régimen de la comunicación previa...” *op. cit.* Págs. 452 y 453

económica y de gestión”. Y por contra, ningún precepto establece que los FHN deben asumir todas aquellas funciones que no estén expresamente atribuidas en la RPTo en el organigrama municipal a ningún otro funcionario y deban ser prestadas obligatoriamente.

Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de que, bien por aplicación de la legislación autonómica, bien porque así lo establezca la propia Corporación en su normativa interna o en su Relación de Puestos de Trabajo, sí que sea necesario que se pronuncie el Secretario en los procedimientos de otorgamiento de licencias de obras.

Así, a modo de ejemplo, me parece muy interesante una previsión como la que establece el Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo, pues dispone en su art. 188.3 que “ *el informe previo del secretario o secretaria del ayuntamiento es preceptivo siempre y cuando los informes anteriores sean contradictorios en la interpretación de la normativa urbanística aplicable* ”. Y este precepto *in fine*, también disipa las dudas que se acaban de plasmar en relación con el hecho de que los Secretarios no están obligados a informar sólo por el hecho de que la Administración no tenga medios, pues en comunidades como Cataluña, el informe del Secretario es preceptivo también “ *en los supuestos de falta de otra asistencia letrada* ”. No obstante, fuera de estos casos, considero que las Corporaciones que no sean capaces con sus propios medios de tramitar las licencias, deberán ser objeto del apoyo por parte de las Diputaciones Provinciales, no siendo en absoluto recomendable que los FHN asuman competencias que no estén expresamente atribuidas por todo lo que se ha indicado.

Finalmente, este planteamiento no significa ni que los Secretarios no deban en absoluto intervenir en estos procedimientos. Nada más lejos de la realidad, serán los funcionarios que verifiquen si efectivamente los expedientes están concluidos (art.

177.1 ROFJEL) y además, deberán colaborar cuando fueran requeridos para ello, tanto en los casos en los que lo ordene el presidente o presidenta de la Corporación (art. 3.3. a) RD 128/2018), como también en cumplimiento del deber de lealtad institucional y también en cumplimiento del principio de colaboración administrativa (art. 3.1 a) y k) de la Ley40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público). No obstante, el cumplimiento de estos principios además de las órdenes del presidente, no debe, en mi opinión, suplir la falta de medios y puestos de trabajo de naturaleza estructural en todotipo de asuntos ordinarios y en consecuencia la gestión estructural del Ayuntamiento más allá de sus funciones expresamente delimitadas so pena de, lisa y llanamente, hipotecarel funcionamiento de los Ayuntamientos por la sencilla razón de que mientras los funcionarios no son eternos, sí que lo son las organizaciones en las que prestamos los servicios. En coherencia con esta posición se inclina el art. 140.3 de la reciente Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía cuando establece que *“sin perjuicio de la regulación que, en el marco de sus competencias, puedan establecer los municipios mediante las correspondientes ordenanzas, en el procedimiento de otorgamiento de las licencias urbanísticas necesariamente deberá constar informe técnico y jurídico de los servicios municipales, o en su caso de la Diputación Provincial, sobre la adecuación del acto pretendido a la normativa territorial y urbanística de aplicación, debiendo el titular de la Secretaría del Ayuntamiento advertir de la omisión de alguno de ellos en los términos previstos en la normativa de régimen local”*

4. CONCLUSIONES

De la redacción del trabajo pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1. Una materia tan absolutamente ordinaria como es la tramitación de las licencias urbanísticas, genera importantes dudas de seguridad jurídica hasta en algo tan elemental como el hecho de la condición jurídica para con la Administración de

quien suscriba los informes. No es una cuestión clara y es susceptible de generar debate. Y no sólo eso, sino que se han dado casos incluso de denuncias de índole penal por este tipo de cuestiones, lo que genera en el empleado público miedo y, en la organización, parálisis.

2. Como regla general, los informes técnicos que deben examinar la adecuación a la legalidad urbanística de los proyectos de obras de particulares, deben ser emitidos por personal funcionario, no siendo una cuestión de relevancia a estos efectos el hecho de que sean emitidos por interino o de carrera. En casos en los que, a la luz del estado de la organización sea materialmente imposible la emisión por técnico funcionario, cabrá informe tanto por parte de personal laboral, como en casos determinados por técnicos externos. Esta opción, que no es en absoluto recomendable, no tiene por qué ser ilegal siempre que el Ayuntamiento esté en condiciones de justificar su situación y paralelamente realice las gestiones oportunas para regularizarla, y ello debido a que todas las normas en juego (tanto urbanísticas como en materia de personal) deben ser interpretadas en relación con el contexto en el que deban de aplicarse, tal y como establece el art. 3.1 CC.

3. Otro tanto sucede con los informes jurídicos. Estos informes, que como regla general deben concluir con una propuesta de resolución, deberán ser, en primer lugar, emitidos por técnicos funcionarios integrantes de la Escala de administración general, subescala técnica. En relación con el contexto del municipio, podrá admitirse que se emitan bien por otro tipo de personal, bien por medios externos.

4. Con independencia de la legalidad del procedimiento seguido, el hecho de que los informes se emitan por personal no funcionario, sí que generará diferencias en cuanto a los efectos de los informes. Ello es así en la medida en la que el informe de un empleado público con condición de funcionario gozará de presunción *iuris tantum* como medio de prueba.

5. Como regla general, no es obligatorio ni recomendable que los informes jurídicos de las licencias de obras sean emitidos por el Secretario de la Corporación, aún en los casos en los que el Ayuntamiento no disponga de otros medios. Cuando se da esta circunstancia, este papel le corresponde a las Diputaciones Provinciales en aplicación de lo establecido en el art. 36. 1 b) LBRL.

BIBLIOGRAFÍA

BOCOS REDONDO, P., “Actos sujetos a licencia y tipos de licencia urbanística. Procedimiento para el otorgamiento de la licencia. Competencia y normas generales. La revisión de oficio y la revocación de las licencias” [Material de Aula], *Diploma de especialización en Disciplina Urbanística (Mod. II, Unidad didáctica 2)*, CEMCI, Diputación de Granada, 2021.

CHAVEZ GARCÍA, J. R., “Grandeza y miseria de los informes administrativos”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, Nº 12, Sección Museo de legalidad administrativa, Ed. Wolters Kluwer Diciembre 2019, pág. 102.

CHOLBI CACHÁ, F.A., *El régimen de la comunicación previa, las licencias de urbanismo y su procedimiento de otorgamiento*, El Consultor de los Ayuntamientos, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

CHOLBI CACHÁ, F. A., “Necesidad de informe jurídico en la concesión de licencias urbanísticas. Especial referencia al informe del Secretario”, *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 11, diciembre de 2002.

FERNÁNDEZ D., “Fiscalía de Madrid pone en su diana miles de licencias de arquitectos de 'confianza'”. *El Confidencial*, 15 de febrero de 2019.

<https://www.elconfidencial.com/espana/madrid/2019-02-15/fiscalia-madrid-denuncia-arquitectos-honorificos_1826458/> .

GARRÓS FONT, I., y ORTIZ HERNÁNDEZ, S., “Comentarios en torno a la reciente jurisprudencia sobre los policías locales interinos y el ejercicio de funciones públicas”, *Actualidad Administrativa*, Nº 9, Sección Actualidad, Wolters Kluwer, Septiembre 2020.

GÓMEZ MELERO, J.G., *La intervención administrativa sobre la edificación y usos del suelo en Castilla-La Mancha*, Colección Tesis, Consejo Económico y Social de Castilla-La Mancha, pág. 372. Recuperado de https://www.uv.es/bibsoc/proceso/librosonline/CES-CLM/tesis8_josegerardo.pdf.

MURCIA TORO, A., *Actividad de control e intervención administrativa. Nuevas técnicas: Declaración responsable y comunicación previa*, (Trabajo Fin de Máster), Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2017, pág. 11. Recuperado de <https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/32303/TFM.pdf?%20sequence=1&isAllowed=y>

ROMERO GIMÉNEZ, G., “Informe técnico versus informe jurídico en los procedimientos de tramitación de las licencias urbanísticas”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, Nº 10, Sección Opinión / Colaboraciones, Quincena del 30 May. al 14 Jun. 2016, Ed. Wolters Kluwer.

SALA SÁNCHEZ, P., “Las intervenciones profesionales en el proyecto, la dirección facultativa y la seguridad de las obras de edificación: titulaciones habilitadas según el marco legal vigente”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, Nº 14, Sección Colaboraciones, Quincena del 30 Jul. al 14 Ago. 2003, Ref. 2565/2003, Editorial El Consultor de los Ayuntamientos, tomo 2.

