



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



La Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de..., mediante escrito de 28 de febrero pasado y registro de entrada en Diputación el día 1 de marzo, solicita del Departamento de Asistencia a Municipios la emisión de un Informe sobre el soporte legal y validez de las actuaciones e informes realizados por técnicos cuyos servicios profesionales, aun no teniendo aquéllos la condición de funcionarios públicos, son utilizados, no obstante, por el Ayuntamiento bajo la figura del contrato administrativo de servicios previsto en la legislación de contratos del sector público.

A tales efectos, la Sra. Alcaldesa, tras relatarnos los obstáculos que se ven obligados a sortear los Ayuntamientos que, como el suyo, no disponen de técnicos adecuados en su plantilla de personal, y mencionar la ausencia de una respuesta positiva por parte de Diputación que pudiera resolver el problema, se extiende, a continuación, sobre el problema planteado y las dudas existentes en relación con el valor jurídico de los informes y actividades desarrolladas por los referidos técnicos no funcionarios en el ámbito de los diferentes expedientes administrativos que requieren su intervención.

A continuación, nos plantea si la realización por los mencionados técnicos de este tipo de informes o actividades podría suponer el desempeño de un ejercicio de autoridad, ilustrándonos al respecto con una amplia cita de preceptos legales y opiniones doctrinales que, en su opinión, podrían aclarar la cuestión planteada. Como podría aclararla también la experiencia práctica puesta en marcha por otras administraciones provinciales, de las que nos informa puntualmente.

Pues bien, con tales antecedentes, una vez leído y analizado el contenido del largo escrito remitido por la primera edil de..., y tras consultar, asimismo, la legislación que consideramos de aplicación al caso, que en su momento se citará, se procede a emitir el siguiente,

INFORME

PRIMERO



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



Con independencia de la cuestión relativa a las garantías legales exigidas para el ejercicio de la potestad administrativa y el correspondiente ejercicio de autoridad, que después analizaremos, hay que comenzar diciendo que no conocemos ninguna disposición legal, de ámbito estatal o autonómico, que reserve a los técnicos funcionarios, ya sean estos de carrera o contratados laborales, el ejercicio de determinadas funciones, excluyendo, al mismo tiempo, a los técnicos no funcionarios.

En este sentido, cabe recordar que los artículos –citados en su escrito de petición de informe– 166.3, letra b) y 169.4, letra b), del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo, al referirse a los trámites que necesariamente deberán cumplimentarse para la concesión de las respectivas licencias objeto de regulación, mencionan, entre ellos y de forma genérica, el *“informe o informes técnicos”*, pero sin atribuir dicha función a nadie en particular, por lo que, aplicando la vieja regla del Derecho, *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, o lo que es igual, *“donde la ley no distingue no debemos distinguir nosotros”*, deberemos interpretar que tales informes podrán ser emitidos por cualquier técnico que, de conformidad con la normativa sobre atribuciones profesionales, se encuentre habilitado para ello.

Es cierto que la cuestión no es en absoluto pacífica y que existen algunos autores que consideran, por ejemplo, que los expedientes de licencia de obras deberán ser informados en todo caso por profesionales que ocupen plazas adscritas a los servicios técnicos municipales, rechazando, en consecuencia, la intervención de aquellos otros técnicos que, aun siendo competentes y estando habilitados por sus respectivas normas de atribución profesional, no ocupan sin embargo puesto de plantilla en el Ayuntamiento. Los argumentos esgrimidos en apoyo de la referida tesis son, no obstante, poco sólidos y escasos, limitándose a citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1992, que declara irregular la contratación de un arquitecto al amparo de la entonces existente fórmula de contratación administrativa de personal para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales, cuyo régimen legal nada tiene que ver con el objeto del presente informe, es decir, el encargo de las labores de informe mediante la modalidad del contrato administrativo de servicios previsto en la legislación de contratos del sector público.



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



Por el contrario, nosotros creemos que, cuando un Ayuntamiento, como es el caso de..., no cuenta con los medios humanos necesarios para poder informar los distintos expedientes administrativos objeto de su competencia, al no figurar en su relación o catálogo de puestos de trabajo con ninguna plaza que tenga atribuidas las funciones técnicas a ejercitar en cada caso, ni cuenta tampoco con la colaboración de otras Administraciones, ya sea la Comunidad Autónoma o la Diputación Provincial, de forma que el único medio de que dispone para cumplir con la legalidad vigente, previa celebración de un contrato administrativo de servicios en la forma y condiciones previstas en la legislación de contratos del sector público, es acudir a la figura de un técnico externo e independiente a la organización administrativa municipal, en tales circunstancias la forma de prestación del servicio sería ajustada a Derecho. A este respecto, no es casual la cada vez más extendida colaboración de los distintos Colegios profesionales en los diferentes procedimientos administrativos, instrumentada a partir de la firma de convenios firmados con las Administraciones locales, que, aprovechando su condición de entidades o corporaciones de derecho público, ayudan a aquéllas en las tareas de control e intervención de la actividad de los particulares.

Por otra parte, tan objetivo e imparcial puede ser un informe hecho por un empleado público como el realizado por un técnico externo o ajeno a la organización municipal y contratado al efecto. Desde nuestro punto de vista, la única diferencia entre ambos informes estaría en el distinto valor que, en un hipotético trámite de prueba y contraste entre ellos, el ordenamiento jurídico atribuye a las actuaciones realizadas por empleados públicos frente a aquellos otros informes o dictámenes emitidos a instancia de parte, al dotar a los primeros de la presunción de veracidad formal. Presunción *iuris tantum* de la que no gozarían en cambio los informes redactados por técnicos no encuadrados en la estructura administrativa municipal.

Finalmente, a modo de conclusión sobre la cuestión que venimos tratando en el presente punto, traemos a colación la opinión del magistrado y actual presidente del Tribunal Constitucional, D. Pascual Sala Sánchez, quien, a propósito de la polémica existente en torno a las competencias atribuidas a las distintas clases y categoría de técnicos, en un artículo publicado en 2003 en la Revista de El Consultor de los Ayuntamientos, bajo el título de “*Las intervenciones profesionales en el proyecto, la*



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



dirección facultativa y la seguridad de las obras de edificación: titulaciones habilitadas según el marco legal vigente”, señala la capacidad técnica profesional, el conocimiento o la pericia del técnico, como lo verdaderamente importante, en el llamado a emitir un informe o asesorar a la Administración, cerrando su artículo con la siguiente afirmación: “(...)lo verdaderamente determinante en lo que concierne a la competencia de los técnicos a efectos de su intervención en la actividad analizada [asesoramiento en materia urbanística e información de los expedientes de solicitud de licencias], es la capacitación técnica profesional, es decir, el conocimiento o la pericia, que evidentemente poseen tanto los Arquitectos como los Arquitectos Técnicos y Aparejadores en esta materia, por su carácter de titulaciones generalistas”. Pues bien, esa misma es nuestra opinión en el supuesto concreto objeto del presente Informe.

SEGUNDO

En cuanto a la segunda cuestión, relativa a determinar si la realización de informes por parte de técnicos ajenos a la organización municipal podría suponer el ejercicio de funciones que impliquen autoridad, reservadas en principio y como es bien sabido a funcionarios, hay que recordar, en primer lugar, la ampliación del concepto de función pública que, limitada en el pasado a las personas unidas con la Administración por una relación de servicios estatutaria o estrictamente funcionarial, se ha visto modificada en la actualidad tras la incorporación a la misma de otros colectivos sujetos por una relación de servicios de naturaleza laboral, que, en ocasiones, han venido ocupando, incluso, puestos de funcionarios y desarrollando funciones propias de estos.

Precisamente, ha sido a partir de la indicada tendencia de laboralización de los puestos de funcionarios en sentido estricto, cuando ha empezado a relativizarse la aplicación a éstos del principio de reserva legal del ejercicio de funciones que impliquen autoridad, al admitir, en ocasiones, la intervención de aquellos “otros funcionarios” que, bajo diferentes condiciones laborales, aparecen encuadrados no obstante en la propia estructura administrativa municipal.

Por otra parte, ¿qué funciones implican ejercicio de autoridad y en qué momento en el transcurso de un procedimiento administrativo puede admitirse la presencia de un acto de autoridad? Como ya sabemos, en la tramitación de cualquier procedimiento



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



administrativo, por simple que éste sea, siempre hay algún acto de trámite o auxiliar del acto definitivo que pondrá fin al procedimiento, cuya adopción y contenido es evidente que no puede suponer un ejercicio de autoridad, como sucede, a nuestro juicio, con los informes meramente facultativos. Otra cosa son los informes preceptivos que junto a los vinculantes se constituyen en la excepción a la regla establecida en el artículo 83.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, según la cual, *“Salvo disposición expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes”*.

Pues bien, nuestra opinión es que ni siquiera en el caso de los informes preceptivos existe ejercicio de autoridad, en la medida en que el órgano administrativo que finalmente ha de adoptar la resolución, solo se encuentra vinculado en cuanto a la petición del informe pero no en cuanto al contenido de éste, cuyas directrices podrá seguir o no, en virtud, precisamente, del principio de autoridad otorgado por el ejercicio irrenunciable de las competencias que tenga atribuidas legalmente. Es, por tanto, en el órgano administrativo con atribuciones resolutorias donde se residencian, a nuestro juicio, las verdaderas funciones públicas que implican ejercicio de autoridad, y no en las conclusiones previas de un informe técnico preceptivo pero no vinculante que, en nuestra opinión, puede ser emitido tanto por un empleado público como por un profesional ajeno a la administración municipal, siempre que acredite su capacidad técnica y conocimientos adecuados en la materia objeto de informe y sea contratado bajo alguna de las formas previstas en la legislación de contratos del sector público.

Es cuanto me corresponde informar al respecto, advirtiéndolo expresamente a los destinatarios del presente Informe que las opiniones vertidas en el mismo se someten a cualesquiera otras mejor fundadas en derecho, ya que no pretenden, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente deban emitirse para la válida adopción de los acuerdos.

Toledo, 20 de marzo de 2012