

Informe pel que fa a l'obligatorietat que l'arquitecte municipal de l'Ajuntament de La Campana sigui funcionari

Margarita Baleriola Salvo

Tècnic d'assessorament a municipis de la Diputació de Sevilla

Expedient: 2344/11-MB.

Assumpte: Obligtorietat que l'arquitecte municipal sigui funcionari.

En atenció a la petició de l'Ajuntament de La Campana, rebuda el 24 de gener de 2011, s'emeta l'informe sobre si l'arquitecte municipal hauria de ser funcionari i les conseqüències, si s'escau, de no ser-ho, a la vista de l'article 193.1.b) de la Llei 7/2002 (LOUA) i de l'article 63 del Reglament de disciplina urbanística d'Andalusia, Decret 60/2010, de 16 de març.

Legislació: Llei 7/2007, de 12 d'abril, de l'Estatut bàsic de l'empleat públic (EBEP), i Decret 60/2010, de 16 de març, pel qual s'aprova el Reglament de disciplina urbanística de la Comunitat Autònoma d'Andalusia.

Data: 16 de febrer de 2011.

1. Antecedents

Segons consta en l'escrit de petició, l'Ajuntament compta amb un arquitecte tècnic –laboral– i un arquitecte que durant molts anys ha estat amb un o successius contractes de serveis en virtut dels quals ha facturat mensualment, contracte sense suport documental des que va concloure el contracte del 2005.

Les seves funcions són informar les llicències d'obra major, de segregació, etc., els projectes d'actuació en sòl no urbanitzable i les propostes d'adjudicatari en els processos de licitació.

2. Consideracions jurídiques

Primera

Quant al caràcter de la contractació de l'arquitecte esmentat, es considera, d'acord amb jurisprudència consolidada, que la naturalesa de la prestació de serveis realitzada per l'arquitecte és materialment laboral, ja que presenta les notes típiques d'alienat i de dependència,

i té caràcter retribuït. No es desvirtua pel fet que inicialment es formalitzés mitjançant un contracte administratiu, que sí que en permet l'exclusió en virtut de l'article 1.3 a) de l'Estatut dels treballadors. Perquè a més el que existeix és una activitat professional contínua en si mateixa sota la direcció i el control dels òrgans competents de l'Ajuntament, és a dir, no és cap obra o resultat determinat i concret que es pugui objectivar.

Ja la Llei 53/1999, de 28 de desembre, que va modificar la Llei de contractes del 1995, va suprimir la possibilitat de subscripció de contractes per a la realització de treballs específics i concrets no habituals, que abans figurava com una possibilitat de contractació administrativa, supressió mantinguda en el text refós vigent de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat pel Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny.

Per tant, tampoc no existeix des del 2005 cap formalització de les licitacions que justifiquin aquest caràcter, sense que la relació professional s'hagi interromput per això.

En conseqüència, en tractar-se d'una contractació laboral en frau de llei, de conformitat amb la doctrina del Tribunal Suprem, aquesta relació laboral es pot reputar com "indefinida", que no fix de plantilla, estant obligat l'Ajuntament a la cobertura reglamentària de la plaça, que s'haurà de sotmetre als principis constitucionals de publicitat, igualtat, mèrit i capacitat de l'accés a la funció pública.

Segona

Amb caràcter general, independentment de l'anàlisi que desenvolupem en la consideració tercera sobre el caràcter d'"agent de l'autoritat" en relació amb les funcions inspectores assumides com a arquitecte municipal, assenyalem que l'article 9.2 de la Llei 7/2007, de 12 d'abril, estableix:

"2. En tot cas, l'exercici de les funcions que impliquin la participació directa o indirecta en l'exercici de les potestats públiques o en la salvaguarda dels interessos generals de l'Estat i de les administracions

públiques corresponen exclusivament als funcionaris públics, en els termes que s'estableixi a la llei de desplegament de cada Administració pública”.

Amb caràcter general, assenyalem que un arquitecte municipal desenvolupa en primer lloc funcions instrumentals de caràcter tècnic, com redactar, si s'escau executar, i proposar a l'aprovació de les autoritats competents qualsevol classe de documents, instruments de planejament o projectes d'índole urbanística, per la qual cosa entenem que participa en l'exercici d'una potestat pública com és l'urbanisme en defensa dels interessos generals, de manera que aquest lloc hauria d'estar ocupat per un funcionari de carrera.

També hem de tenir en compte el que regula l'article 15.1.c de la Llei 30/1984, de mesures per a la reforma de la funció pública (mentre les lleis autonòmiques no desenvolupin els criteris de determinació dels llocs que poden ser exercits per personal laboral, segons els articles 11.2, 2.2, 3 i 7 de l'EBEP), vigent d'acord amb la Resolució de 21 de juny de 2007 de la Secretaria General per a l'Administració pública, per la qual es publiquen les instruccions de 5 de juny de 2007, per a l'aplicació de l'Estatut bàsic de l'empleat públic (publicada en el BOE núm. 150, de 23 de juny de 2007), instrucció 5a, article aplicable a les entitats locals (sentència del Tribunal Suprem, Sala 3a, secció 7a, de 19 de maig de 2008), que determina les funcions que pot exercir el personal laboral, conclouent, amb caràcter general, que els llocs de treball de l'Administració ... han de ser ocupats per funcionaris públics, llevat d'excepcions.

Tercera

L'article 87 LOUA atribueix a les administracions públiques, en les seves respectives esferes de competència, la direcció, inspecció i control de l'activitat privada d'execució urbanística per exigir i assegurar que aquesta es produeixi de conformitat amb els instruments de planejament, els altres instruments i acords adoptats per a la seva execució, així com, si s'escau, els corresponents projectes tècnics d'obres.

És en aquest segon pla de funcions o tasques en el qual un arquitecte municipal pot també assumir la inspecció per a la protecció de l'ordenació urbanística, que a més es configura com una potestat dirigida a comprovar que els actes de parcel·lació urbanística, urbanització, construcció o edificació, instal·lació i ús del sòl i del subsòl (article 179.1 LOUA) s'ajusten a la legalitat i el planejament urbanístic.

Les funcions inspectores s'encomanen als inspectors, que tindran, amb caràcter general, la condició d'agents de l'autoritat (article 179.3 LOUA).

Dit això, no es desconeix l'existència d'una única sentència del Tribunal Superior de Justícia d'Andalusia de Sevilla, Sala Contenciosa Administrativa, Secció 2a, de 5 de desembre de 2007, sobre la condició de funcionari públic per a la intervenció en el procediment de protecció de legalitat urbanística:

“Efectivamente la Ley 7/2002, es exigente con la mencionada condición respecto del procedimiento sancionador, pues así se desprende del art. 195.2. Por lo que se refiere al procedimiento de protección de legalidad urbanística la normativa remite la labor a funciones de inspección y les otorga el carácter de agentes de la autoridad, pero de ello no puede concluirse como hace la parte apelante, que necesariamente ostenten la condición de funcionarios de carrera. El art. 92.2 de la Ley 7/1985, no puede entenderse infringido, ni el art. 132 del RDLeg. 781 /1986, pues como indica la sentencia apelada las funciones que implican ejercicio de autoridad la desempeña la Comisión Ejecutiva, en tanto que las personas que desempeñaron las funciones inspectoras que dieron lugar al procedimiento, actuaban en calidad no de Autoridad sino de agentes de la Autoridad, que como tal asumió la responsabilidad de dictar el acuerdo de iniciación del procedimiento e instó en los términos de legalización, por lo que no es procedente la alegación”.

No obstant això, es plantegen sobre aquesta sentència les següents excepcions: 1a) Per la seva data, en el recurs no es va tenir en compte la recent entrada en vigor de l'EBEP, en concret de l'esmentat article 9.2, que exigeix que l'exercici de potestats públiques sigui portat a efecte exclusivament per funcionaris públics. 2a) Amb posterioritat a aquesta data, el 2010, es desplega el Reglament de disciplina urbanística d'Andalusia, de l'article 65 del qual es dedueix que les unitats administratives dedicades a l'exercici de funcions d'inspecció, en les quals recau a més la tasca d'instrucció dels expedients sancionadors, corresponen a funcionaris que prestin servei a aquesta Unitat.

Quarta

Finalment, reiterem la necessitat/l'obligació que siguin funcionaris els instructors dels procediments sancionadors (article 195.2 LOUA), ja que, com diu el citat article 65, *“en todo caso corresponderá a funcionarios que ocupen puestos de trabajo en las unidades*

administrativas dedicadas al ejercicio de las funciones de inspección en virtud de los principios de autoorganización y autonomía local, de conformidad con lo regulado en el artículo 179 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre”.

Per tant, si la instrucció s'encomana a l'arquitecte municipal (superior o tènic), el que pràcticament serà ineludible atesa la seva especialitat en relació amb la matèria objecte de les infraccions urbanístiques, aquest haurà de ser funcionari públic.

Cinquena

Finalment, partint del fet que l'Ajuntament ha de regularitzar la situació “laboral” de l'arquitecte “contractat” que realitza les funcions d'arquitecte municipal, d'acord amb l'exposat anteriorment, es derivarien responsabilitats en el cas que aquest arquitecte superior o l'arquitecte tènic assumissin funcions instructores d'expedients sancionadors per no ser funcionaris. Aquest requisit s'estableix en garantia del presumpte responsable de la infracció urbanística, sobre la base del caràcter objectiu i imparcial del funcionari que instrueix l'expedient. Aquesta inobservança incorreria en infracció de l'ordenament jurídic (article 63 Llei 30/1992), resultant aplicable el règim general de recursos administratius, i l'anul·lació de la sanció si es considerés, si bé amb la consideració que els actes d'instrucció són actes de tràmit, i per tant hi cap recurs segons l'article 107 Llei 30/1992, pel fet d'entendre que aquest nomenament produeix indefensió. ■