



Roj: **STS 2824/2026 - ECLI:ES:TS:2026:2824**

Id Cendoj: **28079130052026100190**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **24/06/2026**

Nº de Recurso: **7385/2024**

Nº de Resolución: **788/2026**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER PUEYO CALLEJA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **ATS 8040/2025,**
STS 2824/2026

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 788/2026

Fecha de sentencia: 24/06/2026

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 7385/2024

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/06/2026

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Pueyo Calleja

Procedencia: SECCION 2ª DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TSJ DE ANDALUCIA CON SEDE EN SEVILLA

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Sinforiano Rodriguez Herrero

Transcrito por: CGR

Nota:

R. CASACION núm.: 7385/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Pueyo Calleja

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Sinforiano Rodriguez Herrero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 788/2026

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Carlos Lesmes Serrano, presidente

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy



D. Fernando Román García
D. Jose Luis Quesada Varea
D.ª María Consuelo Uris Lloret
D.ª María Concepción García Vicario
D. Francisco Javier Pueyo Calleja

En Madrid, a 24 de junio de 2026.

Esta Sala ha visto el recurso de casación n.º 7385/2024, interpuesto por D. Abelardo y D.ª Adela, representados por la procuradora D.ª Isabel Cruz Lázaro Lago, bajo la dirección letrada de D. Sergio Cózar García, contra la sentencia n.º 696/2024, de 7 de junio, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla con sede en Sevilla en el recurso de apelación n.º 792/2022, interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 2 de Algeciras de fecha 11 de mayo de 2022 en el procedimiento ordinario n.º 710/2021.

Ha sido parte recurrida el Ayuntamiento de San Martín del Tesorillo, representado y defendido por Letrado de la Diputación Provincial de Cádiz.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Pueyo Calleja.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1) La Resolución de Alcaldía del Ayuntamiento de San Martín del Tesorillo n.º 2021-0340, de fecha 17 de mayo de 2021, acordó desestimar el recurso de reposición interpuesto contra el decreto de Alcaldía de 18 de marzo de 2021, dictado en el expediente NUM000, Decreto 2021-191, por el que se ordenó la demolición de vivienda de 140 metros cuadrados, dos almacenes con superficie total de 29 metros cuadrados y piscina con superficie de 32 metros cuadrados.

2) La Resolución de Alcaldía del Ayuntamiento de San Martín del Tesorillo n.º 2021-0343, de fecha 17 de mayo de 2021, acordó desestimar el recurso de reposición interpuesto contra el decreto de Alcaldía de 18 de marzo de 2021, por el que se denegó la licencia de legalización de obras ejecutadas en la parcela con referencia catastral NUM001, y que son objeto del procedimiento de reposición de la realidad física alterada n.º NUM000.

La representación procesal de D. Abelardo y D.ª Adela interpuso recurso contencioso-administrativo contra dichas resoluciones (procedimiento ordinario n.º 710/2021), que fue desestimado por sentencia n.º 39/2022, de fecha 11 de mayo, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 2 de Algeciras.

Recurrida en apelación, tramitada con el número 792/2022, el recurso fue desestimado por la sentencia n.º 696/2024, de 7 de junio, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla con sede en Sevilla, cuyo fallo establece:

«Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por D. Abelardo y Dña. Adela contra la Sentencia de 11 de mayo de 2022 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número dos de Algeciras dictada en Procedimiento Ordinario núm. 710/2021.

Imponemos a la parte apelante las costas de esta segunda instancia en los términos señalados en el Fundamento de Derecho séptimo.»

SEGUNDO.-Contra la referida sentencia preparó recurso de casación la representación procesal de los demandantes, que la Sala de instancia tuvo por preparado en auto de fecha 10 de septiembre de 2024 al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de las partes.

TERCERO.-Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección Primera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo por auto de fecha 11 de septiembre de 2025 acordó:

«1.º) Admitir el recurso de casación n.º 7385/2024, preparado por la representación procesal de don Abelardo y doña Adela contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sección segunda), de fecha 7 de junio de 2024, dictada en el recurso de apelación n.º 792/2022.

2.º) Declarar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en:

Determinar qué condición se debe exigir a los técnicos que emiten informes en procedimientos de control urbanístico, en cuanto a su régimen jurídico, funcional o laboral, y su pertenencia a un determinado cuerpo



o escala o basta una habilitación para el ejercicio de funciones diferentes y superiores a las del cuerpo o escala de pertenencia, todo ello en relación con la validez del acto administrativo adoptado con base en dichos informes. [...]».

Y a tal efecto, el citado auto identifica como normas que, en principio, serán objeto de interpretación: el art. 92.3 de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local, así como el artículo 9.2 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.

Ello sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA.

CUARTO.-Abierto el trámite de interposición del recurso, la representación procesal de la parte recurrente presentó con fecha 31 de octubre de 2025 escrito con exposición razonada de las infracciones normativas y/o jurisprudenciales identificadas en el escrito de preparación, precisando el sentido de las pretensiones que deduce y los pronunciamientos que solicita y termina suplicando a la Sala:

«[...] dicte Sentencia por la que se case y anule la Sentencia recurrida y se anulen de actos administrativos objeto del recurso contencioso-administrativo, fijando la doctrina jurisprudencial en los términos expuestos, todo ello con expresa condenación en costas a la Administración demandada en ambas instancias y en el presente recurso de casación.»

QUINTO.-La Abogacía del Estado se opuso al recurso de casación interpuesto de contrario mediante escrito presentado el 22 de diciembre de 2025, en el que terminaba suplicando a la Sala que:

«[...] Que tenga por formulado escrito de oposición al recurso de casación contra la resolución indicada, para que, previos los trámites de rigor, lo desestime, confirmando la sentencia recurrida, por no ser acorde a Derecho la pretensión formulada de contrario, así como que la otras cuestiones planteadas en la instancia y apelación han sido debidamente desestimadas y conducen a la desestimación del fondo del asunto, sin que hayan sido atacadas, por lo que incluso la estimación de la pretensión de invalidez de los informes emitidos por los técnicos provinciales por sus condiciones funcionariales o laborales, en nada repercutiría en la cuestión de fondo.»

SEXTO.-De conformidad con lo previsto en el artículo 92.6 de la Ley de esta Jurisdicción, atendiendo a la índole del asunto, no se consideró necesaria la celebración de vista pública, quedando el recurso concluso y pendiente de señalamiento.

SÉPTIMO.-Por providencia de 14 de mayo de 2026 se señaló para la deliberación, votación y fallo del presente recurso el día 23 de junio de 2026, en que tuvo lugar el acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso. De la resolución administrativa y de la sentencia de la Sala de instancia.

1.1.-Es objeto de impugnación en este recurso de casación la sentencia n.º 696/2024, de 7 de junio, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla con sede en Sevilla que desestima el recurso de apelación n.º 792/2022, interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 2 de Algeciras de fecha 11 de mayo de 2022 en el procedimiento ordinario n.º 710/2021.

a) El fallo de la sentencia del Juzgado de Algeciras señalaba:

«Que debo DESESTIMAR Y DESESTIMO el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D^a. Isabel Lázaro Gago en nombre y representación de D. Abelardo Y D^a Adela, manteniéndose la resolución impugnada en su integridad al ser la misma conforme a Derecho. Todo ello con expresa imposición de las costas procesales al demandante, en la cantidad máxima de QUINIENTOS EUROS (500 €), más el IVA en su caso aplicable.»

b) El fallo de la Sentencia del TSJ con sede en Sevilla señala:

«Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por D. Abelardo y D^{ña}. Adela contra la Sentencia de 11 de mayo de 2022 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número dos de Algeciras dictada en Procedimiento Ordinario núm. 710/2021. Imponemos a la parte apelante las costas de esta segunda instancia en los términos señalados en el Fundamento de Derecho séptimo.»

1.2.-Fueron objeto de recurso contencioso en la instancia los siguientes actos administrativos:



1) La Resolución de Alcaldía del Ayuntamiento de San Martín del Tesorillo n.º 2021-0340, de fecha 17 de mayo de 2021, por la que se acuerda desestimar el recurso de reposición interpuesto contra el decreto de Alcaldía de 18 de marzo de 2021, dictado en el expediente NUM000, Decreto 2021-191, por el que se ordenó la demolición de vivienda de 140 metros cuadrados, dos almacenes con superficie total de 29 metros cuadrados y piscina con superficie de 32 metros cuadrados.

2) La Resolución de Alcaldía del Ayuntamiento de San Martín del Tesorillo n.º 2021-0343, de fecha 17 de mayo de 2021, por la que, se acuerda desestimar el recurso de reposición interpuesto contra el decreto de Alcaldía de 18 de marzo de 2021, por el que se denegó la licencia de legalización de obras ejecutadas en la parcela con referencia catastral NUM001, y que son objeto del procedimiento de reposición de la realidad física alterada n.º NUM000.

1.3.-La sentencia desestimó el recurso de apelación y, por ende, el recurso contencioso administrativo sobre los siguientes fundamentos en lo que en esta casación interesa:

«**CUARTO.**-Sobre la alegada falta del carácter de funcionarios de carrera de la asesora jurídica y el arquitecto técnico que han elaborado los informes en los que se basan las resoluciones recurridas.

Por lo que ahora interesa constan en el expediente:

1º) Informe técnico y jurídico firmado electrónicamente el 9 de enero de 2019 por Dña. Tarsila y D. Jesús Luis, del Servicio de Asistencia a Municipios de la Diputación Provincial de Cádiz en respuesta a lo pedido por el Ayuntamiento de Jimena de la Frontera, de conformidad con la Sección 3ª de la Ley 5/2010 de 11 de junio de Autonomía Local de Andalucía.

Se hacen constar en él como consideraciones técnicas: la sujeción a licencia de los actos al tratarse de nueva planta, teniendo las obras el carácter de obra mayor; que la parcela catastral está afectada por las legislaciones andaluzas de carreteras y vías pecuarias; que se ha llevado a cabo en ella una parcelación urbanística en suelo no urbanizable de especial protección prohibida por la normativa urbanística; que la parcela se ubica en Zona inundable; que está descrita la construcción de una vivienda de 140,00 m2 para uso residencial, dos almacenes con superficie total de 29,00 m2 y una piscina con superficie de 32,00 m2 en una parcela de 3.362,00 m2; que de acuerdo con las NNSS de Jimena de la Frontera para la edificación en SNU ya sea vivienda o nave destinada a uso agrícola se requiere una superficie de 30.000 m2, una distancia mínima de 500 m al Suelo Urbano o Urbanizable, así como cumplir con el requisito de no formación de nuevos núcleos de población, determinaciones que no se cumplen por las edificaciones descritas en la información aportada por el Registrador de la Propiedad; que a fecha 22 de febrero de 2016 no existía ninguna edificación descrita en el documento del registrador; que la actuación no es conforme con la normativa vigente y en aplicación del art. 185 de la LOUA se considera necesario el ejercicio de la potestad de protección de la legalidad urbanística y restablecimiento del orden jurídico perturbado; que se estima un P.E.M. de las edificaciones descritas en 100.004,00 €; y que la parcela se ubica dentro de la delimitación de la creación del municipio de San Martín del Tesorillo, según los límites descritos en el Decreto 181/2017 de 2 de octubre publicado en el BOJA n.º 196 del año 2018.

En su fundamentación jurídica, tras un párrafo denominado "Obra nueva terminada en el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana con entrada en vigor el 31 de octubre de 2015", se transcriben los artículos 25 y 65.1.c) de ese Texto Refundido para concluir que *"Por tanto, procede iniciar expediente de protección de la legalidad urbanística poniendo al mismo en conocimiento del Registrador de la Propiedad de San Roque para que proceda a su anotación preventiva"*.

E incorpora una propuesta de resolución que consiste en:

"Primero. Iniciar procedimiento de protección de la legalidad urbanística, para la adopción de las medidas de reposición de la realidad física alterada, en relación con los actos y/o usos de índole urbanística consistente en construcción sin licencia en finca ...de las siguientes edificaciones: [...]"

Segundo. Ordenar la interrupción de la prestación de los servicios públicos en la totalidad de la finca...

De la orden de suspensión se dará traslado a las empresas suministradoras de servicios públicos con indicación de que su incumplimiento dará lugar...

Tercero. Poner de manifiesto el expediente a los interesados por un plazo de diez días, por lo que de conformidad con.....podrán presentar cuantas alegaciones y documentos consideren pertinentes en defensa de sus derechos.

Cuarto. Solicitar al Sr./a Registrador/a de la Propiedad de San Roque la práctica de la anotación preventiva de la incoación del expediente sobre el inmueble en cuestión...

Quinto. Los actos realizados, sin perjuicio de lo que resulte de la Instrucción, pueden ser calificados como presunta infracción urbanística. No obstante...el ejercicio de la potestad sancionadora se sustanciará en procedimiento separado, sin perjuicio de su coordinación con la protección de la legalidad urbanística.

Sexto. Notificar la resolución a cuantos aparezcan como interesados junto con la comunicación prevista en el apartado 4 del art. 21 Ley 39/2015, siendo el plazo de resolución y notificación del presente procedimiento el de un año...

Séptimo. Comuníquese el presente acto a los servicios de inspección urbanística de la Junta de Andalucía ya la Guardia Civil para su seguimiento al carecer San Martín del Tesorillo actualmente de personal nombrado inspector de urbanismo.

Octavo. Comuníquese el presente acto a las entidades y empresas suministradoras de servicios públicos, servicios esenciales y de interés general.....para que en el plazo máximo de 5 días....procedan a interrumpir la prestación de dichos servicios...

Noveno. Dar traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal por tratarse de obras inscritas presuntamente bajo falsedad en documento público, ejecutadas en suelo no urbanizable protegido por el planeamiento urbanístico e inundable que resultan de imposible legalización."

2º) Por providencia de 15 de enero de 2020 de la Alcaldía del Ayuntamiento de San Martín del Tesorillo, a la vista del informe presentado en fecha 9 de enero de 2019 por el Servicio de Asistencia Municipal de Castellar, Jimena de la Frontera y San Martín del Tesorillo, se dispone:

"Primero. Que por parte de Secretaría se emita el correspondiente informe sobre si existe o no la correspondiente licencia u orden de ejecución, y el alcance de la misma, y en relación con el procedimiento y la legislación aplicable para llevar a cabo el restablecimiento del orden jurídico perturbado y la reposición de la realidad física alterada.

Segundo. Que por parte de los Servicios Técnicos Municipales se emita, a los efectos de comprobación, si procede adoptar medidas de protección de la legalidad urbanística y si las actuaciones que se han realizado son compatibles o no con la ordenación urbanística vigente en este Municipio.

Tercero. Solicitar al Registro de la Propiedad la expedición de nota simple a efectos de conocer la titularidad del inmueble".

3º) Por resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de San Martín del Tesorillo de 13 de mayo de 2020 se acuerda la incoación de un procedimiento de protección de la legalidad urbanística en términos coincidentes con la propuesta de resolución realizada en el informe técnico y jurídico de 9 de enero de 2019 del Servicio de Asistencia a Municipios.

4º) Tras el escrito de alegaciones al acuerdo de inicio presentado el 22 de junio de 2020 se emite un nuevo informe jurídico en fecha 10 de febrero de 2021 por parte de Dña. Tarsila que da respuesta a cada una de ellas proponiendo su desestimación e incluye una propuesta de continuar el procedimiento de protección de la legalidad urbanística conforme al artículo 52 del Decreto 60/2010 de 16 de marzo por el que se aprueba el Reglamento de disciplina urbanística de Andalucía mediante la reposición de la realidad física alterada en el plazo de dos meses con demolición y desmontaje de las construcciones existentes en base a un proyecto técnico al ser las actuaciones realizadas manifiestamente incompatibles con la normativa urbanística municipal por las razones antes enunciadas (parcela mínima edificable en suelo no urbanizable y distancia a suelo urbano o urbanizable).

Y en la misma fecha la Alcaldía resuelve por Decreto continuar el procedimiento en los mismos términos propuestos en el informe jurídico cuyo contenido transcribe.

5º) Los interesados presentan nuevo escrito de alegaciones al que acompañan solicitud de 8 de marzo de 2021 de licencia de obras para proyecto de transformación de vivienda en nave de confección de fruta en finca.

La Sra. Tarsila emite el 18 de marzo siguiente un informe jurídico proponiendo la desestimación de las alegaciones, así como el dictado de una resolución que decida el procedimiento de protección de la legalidad urbanística conforme al artículo 52 del Decreto 60/2010 de 16 de marzo por el que se aprueba el Reglamento de disciplina urbanística de Andalucía mediante la reposición de la realidad física alterada en el plazo de dos meses con demolición y desmontaje de las construcciones existentes en base a un proyecto técnico.

Y en la misma fecha suscribe otro informe jurídico en el que concluye que procede denegar la licencia de legalización de obras solicitada por los aquí apelantes por incumplir el planeamiento urbanístico en lo relativo a la superficie edificable en suelo no urbanizable y a la distancia mínima al suelo urbano o urbanizable.



También en esa fecha el Sr. Jesús Luis suscribe un informe técnico desfavorable a la solicitud de licencia para legalizar las obras considerando necesaria al reposición de la realidad física alterada a su estado originario con la demolición de las construcciones inscritas y la reparcelación de la finca.

5º) Los últimos informes jurídicos mencionados, junto a la propuesta de resolución que incluye, se transcriben-sirviéndoles de fundamento-: en el decreto de Alcaldía de 18 de marzo de 2021, dictado en el expediente NUM000 Decreto 2021-191, por el que se ordenó la demolición de vivienda de 140 metros cuadrados, dos almacenes con superficie total de 29 metros cuadrados y piscina con superficie de 32 metros cuadrados; así como en el decreto de Alcaldía de ese mismo día por el que se denegó la licencia de legalización de obras ejecutadas en la parcela con referencia catastral NUM001, reproduciéndose también en este último el informe técnico del mismo día.

6º) Frente a uno y otro Decreto formularon los demandantes sendos recursos de reposición que nuevamente fueron objeto de sendos informes jurídicos desfavorables de 13 de mayo de 2021 de la Sra. Tarsila del Servicio de Asistencia Municipal de la Diputación de Cádiz, basándose en ellos las resoluciones municipales de 17 de mayo de 2021 desestimatorias de esos recursos de reposición.

7º) Según Informe (con sello de salida de 1-2-2022) del Director del Área de Función Pública del Diputación Provincial de Cádiz sobre la relación, cuerpo, escala y grupo de los empleados públicos Tarsila y Jesús Luis :

1. Dña. Tarsila es funcionaria de carrera de esa Diputación ocupando en la plantilla la plaza de Auxiliar de Geriátrica, perteneciente a la Escala de Administración General, Subescala Servicios Especiales, Oficios, Oficiales y Asimilados, perteneciente al Grupo de Clasificación C, Subgrupo C2. Asimismo, está en posesión de la Licenciatura de Derecho y mediante Resolución de la Presidencia de 15 de octubre de 2010 se le habilitó como Técnica de Administración General en el Servicio de Asistencia a Municipios (SAM) Jimena-Castellar para realizar las tareas propias del puesto.

2. D. Jesús Luis es personal indefinido de esa Diputación Provincial desde el 15 de noviembre de 2010 con la categoría de Arquitecto Técnico.

QUINTO.-El artículo 92.3 de la Ley 7/1985 de Bases del Régimen Local dispone 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."*

Y de acuerdo con el artículo 9.2 del Texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, *"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 funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca"*.

La normativa que acabamos de referenciar -que es la invocada por la parte apelante en el punto que ahora analizamos- no impone que cualquiera que, por cuenta de la Administración actuante, intervenga en el curso de un expediente administrativo haya de tener la condición de funcionario de carrera, ni más en particular quien participe en él mediante la emisión de informes que hayan sido solicitados por la Corporación municipal.

Difícilmente cabe atribuir una participación -directa o indirecta- en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado, a aquel cuya intervención se circunscribe a emitir un informe técnico o un informe jurídico que le ha sido pedido, no tomando decisiones sobre la tramitación o gestión del procedimiento que condicionen su resultado. Esa potestad pública se ha ejercido en nuestro caso por el titular de la Alcaldía, que es quien ha dictado los sucesivos actos de trámite y definitivos durante la sustanciación de los expedientes, careciendo a tal fin de carácter vinculante los informes que les anteceden, no obstante han sido asumidos por ellos.

Por lo demás, si alguna mayor incidencia sobre el ejercicio de esas potestades cabría atribuir a esos asesoramientos, la misma sería predicable únicamente de los informes de carácter jurídico, pues sin perjuicio de la base técnica aportada a través de los dictámenes realizados por el Sr. Jesús Luis, son esos informes jurídicos los que han servido en última instancia -dada su aceptación por parte de la Alcaldía- de guía a este órgano municipal a la hora de formalizar y decidir, en términos coincidentes, la incoación del procedimiento, la tramitación a seguir, la propuesta de resolución, la resolución definitiva inicial, y la resolución del recurso de reposición.



Y resulta que todos esos datos jurídicos han sido emitidos, como se ha visto, por quien como acredita el Informe antes citados del Director del Área de Función Pública del Diputación Provincial de Cádiz ostenta la condición de funcionaria de carrera, precisamente lo reclamado en la demanda y en la apelación.

Consciente de lo anterior la parte actora introdujo ya en fase de conclusiones un nuevo elemento de controversia. Mientras que la demanda centraba el debate (fundamento de derecho de carácter jurídico-material tercero) en no constaba en ninguno de los informes el preceptivo carácter de funcionario de los empleados públicos que lo emitieron, ya en su escrito de conclusiones, una vez conocido que la Sra. Tarsila -autora de los informes jurídicos- era funcionaria de carrera, introduce un novedoso elemento de discordia relativo ahora a que al personal integrado en el Grupo y Escala funcionariales a los que pertenece no le compete la emisión de informes como los que ella realizó.

Este argumento, que se reproduce en el recurso de apelación, debe ser rechazado por su extemporáneo planteamiento en conclusiones de acuerdo con lo previsto en el artículo 65.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, a tenor del cuál *"en el escrito de conclusiones no podrán plantearse cuestiones que no hayan sido suscitadas en los escritos de demanda y contestación"*. Quizás sea esta precisamente la razón por la que la Sentencia apelada no ha tratado este tema.

En todo caso conviene señalar que lo aquí relevante, y resultante del certificado acreditativo de su situación administrativa, es que no obstante su esa Subescala y Subgrupo de pertenencia -que es lo analizado principalmente por la parte actora- la mencionada funcionaria estaba en posesión de la Licenciatura de Derecho y fue habilitada por resolución de la Presidencia de la Diputación Provincial de Cádiz de 15 de octubre de 2010 como Técnica de Administración General en el Servicio de Asistencia a Municipios (SAM) Jimena-Castellar para realizar las tareas propias de ese tipo de puesto. Y a este nombramiento cuya legalidad se pone en duda en la apelación ha de estarse a la hora de evaluar las funciones que le corresponden en tanto que acto administrativo válido y eficaz mientras no sea anulado a través de alguno de los medios de impugnación y/o revisión legalmente previstos.

Resta por añadir que la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo ha realizado una serie de matizaciones al respecto de este debate en torno a la intervención de personal no funcionario, y aun de Administraciones o entidades distintas, en la sustanciación de un expediente administrativo; particularmente en casos como el presente en que no nos encontramos ante expedientes que tengan una naturaleza sancionadora, cuya tramitación y resolución correspondía además a un municipio con carencia de personal especializado en la materia.

Reflejo de ello son las Sentencias de su Sección 3ª núm. 469/2023 de 12 de abril dictada en el recurso de casación núm. 8778/2021, y núm. 236/2024 de 12 de febrero dictada en el recurso de casación núm. 48/2022 que reitera la doctrina sentada en la anterior en el sentido de que *"en determinadas circunstancias extraordinarias y cuando una Administración que no posea los medios materiales o técnicos idóneos para el desempeño de las competencias que le han sido encomendadas, puede acudir por razones de eficacia a la colaboración con otras entidades, en concreto a una sociedad mercantil estatal que tiene la consideración de medio propio de la Administración"*.

Esta colaboración puede estar referida no solo a trabajos técnicos o materiales concretos y específicos sino también puede solicitar su auxilio en la gestión y en la tramitación de procedimientos que tiene encomendados reservándose el órgano administrativo el control y la decisión que ponga fin procedimiento".

Para alcanzar esa conclusión razonan esas Sentencias que el hecho de que las potestades públicas confiadas a un órgano administrativo sean irrenunciables ex artículo 8 de la Ley 40/2015, y de que su ejercicio exige tramitar los procedimientos administrativos que le permitirán adoptar la resolución administrativa correspondiente, *"no implica que el ejercicio de las competencias y la tramitación de los procedimientos administrativos correspondientes tan solo pueda llevarse a cabo por los medios propios del órgano administrativo y más concretamente con la preceptiva intervención de los funcionarios públicos de carrera integrados en sus unidades administrativas"*.

Dejando al margen los supuestos de gestión indirecta de un servicio -contratando con terceros la prestación del servicio- nuestro ordenamiento jurídico también contempla técnicas de traslación de las competencias que no implican la pérdida de la titularidad por parte del ente que la tiene conferida.."

Añaden las Sentencias: *"Es más, la propia ley de procedimiento administrativo prevé también otros mecanismos de traslación que solo incluyen funciones materiales de ejecución o gestión, mantenido el órgano encomendante la facultad de dictar las resoluciones o acuerdos correspondientes, este es el caso de las encomiendas de gestión contempladas en el art. 11 de la Ley 40/2015 previstas para "la realización de actividades de carácter material o técnico de la competencia de los órganos administrativos" que podrá ser encomendada a otros órganos o*



Entidades de Derecho Público de la misma o de distinta Administración por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño, encomienda que no supone cesión de la titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio "siendo responsabilidad del órgano o Entidad encomendante dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda".... Y esta colaboración, debe añadirse, no solo puede estar referida a trabajos técnicos o materiales específicos sino también al auxilio en la gestión y en la tramitación de procedimientos que tiene encomendados, cuando el órgano administrativo se encuentra ante una situación extraordinaria y coyuntural a la que no puede dar respuesta por sus propios medios".

Y razonan más adelante, lo que es de especial relevancia para el supuesto aquí examinado, que "La nulidad de lo actuado tampoco puede fundarse en la no intervención de funcionarios públicos de carrera, aduciendo que solo a estos les corresponde el ejercicio de funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas (art. 9.2 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). Esta previsión no puede llevarnos a la conclusión de que toda intervención en un procedimiento administrativo, incluso ejerciendo tareas colaboración con una Administración pública, está reservada exclusivamente a los funcionarios de carrera, impidiendo la participación de otro personal, incluidos el personal laboral o los funcionarios interinos, pues ello desborda al sentido y alcance de esta previsión y dejaría vacante de contenido las formas de gestión indirecta y de colaboración con las Administraciones públicas antes descritas, que necesariamente conllevan la intervención de personal no funcional en la tramitación de los expedientes de los que conocen."

Las particulares circunstancias del presente litigio se adecúan a esta jurisprudencia. Nos encontramos ante un municipio que como la propia demanda indica es muy pequeño y de nueva creación, lo explica que por falta de medios técnicos personales y materiales adecuados y suficientes haya buscado el asesoramiento externo para una correcta sustanciación de expedientes de cierta complejidad como los aquí concernidos, en este caso, vía convenio interadministrativo, a través de personal -funcionario y laboral- de la Diputación Provincial de Cádiz que emitirá los informes técnico y jurídico antes enunciados. Pero sin que ello comporte en términos de esa jurisprudencia la cesión de la titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, pues ha sido el Alcalde quien previos los informes más arriba referenciados ha dictado en exclusiva los sucesivos actos de trámite y definitivos.

Rechazamos, por lo expuesto, el motivo de impugnación examinado. [...]»

SEGUNDO.- El auto de admisión del recurso.

En el auto de admisión se plantea la siguiente cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, al señalar en su parte dispositiva:

«1.º) Admitir el recurso de casación n.º 7385/2024, preparado por la representación procesal de don Abelardo y doña Adela contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sección segunda), de fecha 7 de junio de 2024, dictada en el recurso de apelación nº 792/2022.

2.º) Declarar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en:

Determinar qué condición se debe exigir a los técnicos que emiten informes en procedimientos de control urbanístico, en cuanto a su régimen jurídico, funcional o laboral, y su pertenencia a un determinado cuerpo o escala o basta una habilitación para el ejercicio de funciones diferentes y superiores a las del cuerpo o escala de pertenencia, todo ello en relación con la validez del acto administrativo adoptado con base en dichos informes. [...]».

Y a tal efecto, el citado auto identifica como normas que, en principio, serán objeto de interpretación: el art. 92.3 de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local, así como el artículo 9.2 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.

Ello sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA.

TERCERO.- El escrito de interposición.

Los recurrentes, D. Abelardo y D.ª Adela, fundamentan su casación en su escrito de interposición señalando que:

«[...] A) Normas y jurisprudencia que se consideran infringidos:



La Sentencia recurrida infringe el artículo 9.2 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 (EBEP) y el art. 92.3 de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local, al considerar que *no es necesario que el técnico que emite los informes técnico-urbanísticos en un procedimiento de protección de la legalidad urbanística y de concesión de una licencia de legalización tenga la condición de funcionario, por no participar ni directa ni indirectamente en el ejercicio de potestades públicas.*[...]

Finalmente, y desde un punto de vista jurisprudencial, la STS núm, 1548/2014, de fecha 26/03/2014, (ECLI:ES:TS:2014:1548), en su Fundamento de Derecho Quinto viene a destacar la excepcionalidad que, para los puestos laborales, establecen las leyes de la función pública, con expresa cita, entre otras, de la sentencia de 19 de octubre de 2005 (Casación 6033/1999), situando dentro de la reserva funcionarial a ***los puestos de trabajo cuyas funciones o cometidos exterioricen una actividad de la Administración que tenga una directa trascendencia para la situación jurídica de otros sujetos de derecho (ajenos o no a su organización), y en la por ello sean relevantes esas notas de objetividad, imparcialidad e independencia*** (la negrita es nuestra).

[...]

En esta línea se han manifestado ya las sentencias de esta Sala y Sección de 19 de octubre de 2005 (casación 6033/1999) y 13 de mayo de 2009 (casación 56229005).

La de 19 octubre de 2005 (casación 6033/1999), después de recordar la doctrina de las sentencias 99/1987, de 11 de junio, y 37/2002, de 14 de febrero, del Tribunal Constitucional, declaró [...] Don Jesús Luis, según el Certificado emitido por la Diputación Provincial de Cádiz en fase de prueba, es personal indefinido de dicha Diputación Provincial desde el 15 de noviembre de 2010, con la categoría de arquitecto técnico.

Las funciones ejercitadas por el arquitecto técnico Sr Jesús Luis en el expediente administrativo han sido las siguientes:

1. Emisión de Informe técnico y jurídico de fecha 9 de enero de 2019, firmado por la señora Tarsila y el señor Jesús Luis, (folio 2 y siguientes del expediente administrativo):

Los argumentos jurídicos y técnicos de dicho informe han sido la base de las resoluciones objeto de la presente litis.

En la consideración técnica octava se dice *"... se considera necesario el ejercicio de la potestad de protección de la legalidad urbanística y restablecimiento del orden jurídico perturbado..."* Y se realiza a la propuesta de resolución de *"iniciar procedimiento de protección de la legalidad urbanística"*.

2. Informe técnico de fecha 18 de marzo de 2021, firmado por el señor Jesús Luis, Informando desfavorablemente la solicitud de legalización y proponiendo la reposición de la realidad física alterada a su estado originario, con demolición de las construcciones inscritas.

Entendemos que tales funciones han de ser ejercidas por un funcionario público de carrera, en la medida en que se están ejercitando potestades públicas, teniendo las misma una directa trascendencia para la situación jurídica del administrativo (al proponer la denegación de la licencia de legalización y la demolición de la vivienda), siendo por ello especialmente relevantes las notas de objetividad, imparcialidad e independencia que caracterizan a la relación funcionarial.

A nuestro juicio, un arquitecto técnico con una relación laboral con la administración podría realizar funciones auxiliares de carácter técnico, tales como la realización de mediciones, la redacción y dirección de proyectos, elaboración de presupuestos y pliegos técnicos, control de calidad de las obras o la coordinación en materia de seguridad y salud en obras.

Pero la emisión de los informes técnico-urbanísticos en base a los cuales se acuerda la demolición de una vivienda (con incidencia directa en el contenido de la resolución y, por tanto, en la esfera jurídica de los administrados), entendemos, por las razones antes descritas, que ha de ser reservada a un empleado público con carácter de funcionario carrera, al deber estar sujeta a la objetividad, imparcialidad e independencia que garantiza a la relación funcionarial, interesándose se fije doctrina jurisprudencial en este sentido. [...]

MOTIVO SEGUNDO

A) Normas que se consideran infringidas:[...]

La cuestión jurídica a dilucidaren este segundo motivo es si doña Tarsila tiene el carácter de funcionario de carrera requerido por los citados preceptos, y con la cualificación necesaria para la emisión de tales informes jurídicos, a la vista de la escala, subescala y clase, grupo y subgrupo al que pertenece y de la "habilitación" realizada por la Presidencia de la Diputación. [...]



Por tanto, desde el punto de vista de la clasificación del RDLeg 781/1986, la señora Tarsila pertenece a la Escala de administración especial, Subescala de servicios especiales, Clase "personal de oficios", puesto para el que no le fue requerido ningún título académico o profesional y, además, se dedica preferentemente a trabajos de carácter manual.

Desde dicho puesto de funcionaria, la señora Tarsila, mediante la habilitación del Presidente de la Diputación, da un "salto" cambiando desde la escala de Administración Especial, subescala de Servicios Especiales, clase "personal de oficios" a la escala de Administración General, subescala técnica.

Es decir, dicho con todos los respetos, pasa del nivel más bajo de la escala de Administración Especial al nivel más alto de la escala de Administración General, sin ningún tipo de proceso ni de selección ni de promoción interna. [...]

Si atendemos a la clasificación profesional establecida para los funcionarios de carrera en el mencionado artículo 76, la señora Tarsila ostentaba una clasificación profesional dentro del Grupo C, Subgrupo C2 y pasó, por "habilitación" del Presidente de la Diputación, al Grupo A, Subgrupo A1. [...]

Por todo ello, la denominada "habilitación" por el Presidente de la Diputación para ocupar un puesto del Grupo A (Subgrupo A1) no es conforme a derecho y vulnera la letra y el espíritu del TREBEP.

Indudablemente, la mención del artículo 92.3 del texto refundido a "funcionario de carrera" ha de ser entendida como un funcionario de carrera perteneciente a la escala, subescala y clase, grupo y subgrupo correspondiente, con la *calificación y competencias necesarias para realizar las funciones en cuestión, que haya sido seleccionado o promocionado cumpliendo con los requisitos legalmente previstos*, pues solo de esta forma puede garantizarse la imprescindible objetividad, imparcialidad e independencia de dicho funcionario, sin que pueda entenderse cumplido el requisito previsto en el artículo 92.3 en el presente caso, al haber emitido los informes jurídicos una funcionaria que pertenece a una Escala, Subescala y Clase, Grupo y Subgrupo que carece de la habilitación y competencias para ello, interesándose se fije doctrina jurisprudencial en este sentido...».

CUARTO.- El escrito de oposición de la parte recurrida.

El representante de la parte recurrida, Ayuntamiento de San Martín del Tesorillo, en su escrito fundamenta su oposición señalando, en síntesis:

«[...] **Motivo Primero: Informe técnico emitido por personal no funcionario.**

Tanto en este motivo primero del recurso, referido a la emisión de informe por personal provincial laboral, indefinido y con titulación de arquitecto técnico, como el motivo segundo, emisión de informe jurídico por funcionaria de carrera perteneciente a Escala de Administración Especial, Subescala Servicios Especiales, se basan en la misma infracción: los artículos 9.2 del RD Legislativo 5/2015 del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP) y el 92.3 de la Ley 7/1985 de Bases de Régimen Local (LBRL). Por esta razón, y con el fin de evitar reiteraciones, formularemos valoraciones generales de las exigencias legales, y posteriormente, su encaje en cada uno de los empleados públicos cuestionados.

Debemos resaltar que nos encontramos ante una resolución de alcaldía de un pequeño municipio que acaba de segregarse de otro y que aún no disponía de personal suficiente, por lo que solicita asistencia técnica a la Diputación Provincial de Cádiz. Las Diputaciones tienen asignadas tanto por la LBRL, como por la Ley 5/2010 de Autonomía Local de Andalucía en sus artículos 11 y 12.

[...] Se trata tan solo de un asesoramiento jurídico y técnico realizado tras la solicitud municipal en distintas fases del procedimiento administrativo. No se trata de un acuerdo de delegación de competencia o de encomienda de gestión. La tramitación del procedimiento la sigue llevando y dirigiendo el Ayuntamiento, y en concreto el Alcalde, que va solicitando informes a medida que los actores van presentando alegaciones, aportando documentación, o se recibe documentación solicitada por la alcaldía al Registro de la Propiedad y al Catastro.

En relación a la norma supuestamente infringida, el artículo 92.3 de la LBRL reserva para los funcionarios las actuaciones que impliquen ejercicio de autoridad. A este respecto, debemos centrarnos en el tipo de procedimiento ante el que nos encontramos y la actividad realizada por los técnicos provinciales. No existe duda de que nos encontramos ante un procedimiento de restauración de la legalidad urbanística, no ante un procedimiento sancionador.

[...] La actuación de autoridad no puede tener una consideración extensiva, ya que no podemos considerar que cualquier intervención en un procedimiento con repercusiones para el ciudadano requiere que todos ellos sean funcionarios, aunque simplemente estén realizando actuaciones de trámite sin decidir sobre el fondo. Quién



constata físicamente la infracción urbanística es la Policía Local, y éstos sí ostentan autoridad, y con sus datos y los que obran en otros organismos (Registro de la Propiedad, Catastro, Información Ambiental), se compara con la normativa para que la autoridad competente resuelva, a la vista de informes no vinculantes. [...]

[...] Así pues, partiendo de los datos ofrecidos por la Policía Local y el Registrador de la Propiedad, los informes técnicos y jurídicos se limitan a comparar los datos constatados con los exigidos por el planeamiento, sin precisar de valoraciones o consideraciones subjetivas de los informantes, por lo que no cabe hablar de ejercicio de autoridad. [...]

La otra exigencia del artículo 92.3 se refiere a *"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"*. Pues bien, no hay esta reserva de función a funcionarios ni en esta ni en otras leyes. [...]

Reflejo de ello son las Sentencias de su Sección 3ª núm. 469/2023 de 12 de abril dictada en el recurso de casación núm. 8778/2021, y núm. 236/2024 de 12 de febrero dictada en el recurso de casación núm. 48/2022 que reitera la doctrina sentada en la anterior en el sentido de que "en determinadas circunstancias extraordinarias y cuando una Administración que no posea los medios materiales o técnicos idóneos para el desempeño de las competencias que le han sido encomendadas, puede acudir por razones de eficacia a la colaboración con otras entidades, en concreto a una sociedad mercantil estatal que tiene la consideración de medio propio de la Administración.

Esta colaboración puede estar referida no solo a trabajos técnicos o materiales concretos y específicos sino también puede solicitar su auxilio en la gestión y en la tramitación de procedimientos que tiene encomendados reservándose el órgano administrativo el control y la decisión que ponga fin procedimiento".

Para alcanzar esa conclusión razonan esas Sentencias que el hecho de que las potestades públicas confiadas a un órgano administrativo sean irrenunciables ex artículo 8 de la Ley 40/2015, y de que su ejercicio exige tramitar los procedimientos administrativos que le permitirán adoptar la resolución administrativa correspondiente, "no implica que el ejercicio de las competencias y la tramitación de los procedimientos administrativos correspondientes tan solo pueda llevarse a cabo por los medios propios del órgano administrativo y más concretamente con la preceptiva intervención de los funcionarios públicos de carrera integrados en sus unidades administrativas.

.../...

Y razonan más adelante, lo que es de especial relevancia para el supuesto aquí examinado, que "La nulidad de lo actuado tampoco puede fundarse en la no intervención de funcionarios públicos de carrera, aduciendo que solo a estos les corresponde el ejercicio de funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas (art. 9.2 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). Esta previsión no puede llevarnos a la conclusión de que toda intervención en un procedimiento administrativo, incluso ejerciendo tareas colaboración con una Administración pública, está reservada exclusivamente a los funcionarios de carrera, impidiendo la participación de otro personal, incluidos el personal laboral o los funcionarios interinos, pues ello desborda al sentido y alcance de esta previsión y dejaría vacante de contenido las formas de gestión indirecta y de colaboración con las Administraciones públicas antes descritas, que necesariamente conllevan la intervención de personal no funcional en la tramitación de los expedientes de los que conocen."

Si se puede acudir a una mercantil, con mayor seguridad se podrá acudir a solicitar la asistencia de otra Administración.

Por todo ello, entendemos que el hecho de que el técnico informante fuese trabajador laboral indefinido, no le inhabilita para emitir su informe, que como hemos resaltado, se limita a reflejar los datos constatados en documentos de los propios demandantes, registros oficiales y normativa de aplicación.

Motivo Segundo: Informe jurídico emitido por funcionaria provincial que no reúne los requisitos exigidos.

Se pretende anular la intervención de la técnico provincial manifestando en esta ocasión que si bien ella es funcionaria, y no laboral indefinido como su compañero arquitecto técnico también impugnado, y a pesar de no poner en duda su titulación de licenciada en Derecho, tampoco considera válida su intervención por ser funcionaria de la Escala Administración Especial, Subescala Servicios Especiales, Oficios Oficiales y Asimilados al Grupo de Clasificación C, Subgrupo C2, y no darle valor a su habilitación como Técnica de Administración General en el Servicio de Asistencia a Municipios desde el 15 de octubre de 2018.

[...] Como establece la sentencia, esta cuestión no era discutida en la demanda, donde sólo se planteaba la cuestión de si los empleados provinciales eran o no funcionarios de carrera, como consideraban necesario los actores. Por ello se solicitó información al respecto a Diputación, referido solo a la condición de laboral



o funcionario, pero sin ningún dato más al respecto, aprovechando ahora la recurrente lo escueto de la información recibida en función de la solicitada, para realizar afirmaciones sin conocer la realidad de los hechos.

Como resalta el propio escrito de recurso y también analiza la sentencia recurrida, la primera intervención de la señora Tarsila, a la que los recurrentes identifican como Sra. Tarsila, fue en enero de 2019, es decir, después de haber sido habilitada para ello. [...]

Existía pues una decisión administrativa, sustentada en un proceso previo, para que la funcionaria de carrera desarrollara temporalmente unas funciones debido a la falta de asistencia de su titular, que solicitó excedencia voluntaria. Era una funcionaria además que ya había realizado con anterioridad dichas funciones y que por ello, le proporcionaba una importante experiencia y conocimiento de la normativa y situación urbanística de la zona. [...]

Lógicamente, en estos casos, los emisores de los informes no son funcionarios y por tanto no se cabe hablar de su pertenencia a una u otra escala o grupo. A todo ello debemos unir lo manifestado en el apartado anterior en relación a la exigencia de intervención de personal funcionario, y las transcripciones de sentencias de la Sala a la que nos dirigimos en las que se concluía que una interpretación rígida *"dejaría vacante de contenido las formas de gestión indirecta y de colaboración con las Administraciones públicas antes descritas, que necesariamente conllevan la intervención de personal no funcional en la tramitación de los expedientes de los que conocen"*.

La objetividad de los datos conllevó que, tal como figura en el folio 53/403, la fiscalía comunicara al Ayuntamiento de San Martín del Tesorillo la judicialización penal de la cuestión contra los hoy recurrentes.

El artículo del TREBEP habla simplemente de funcionario, y no establece que cada vez que se cambien de funciones en la administración, desaparezca la imparcialidad u objetividad de éstos. Doña Tarsila era funcionaria, y ello ya le suponía independencia y objetividad [...].».

QUINTO.- La doctrina jurisprudencial establecida en relación con la cuestión de interés casacional planteada.

5.1.-La cuestión casacional consiste en determinar «[...] Determinar qué condición se debe exigir a los técnicos que emiten informes en procedimientos de control urbanístico, en cuanto a su régimen jurídico, funcional o laboral, y su pertenencia a un determinado cuerpo o escala o basta una habilitación para el ejercicio de funciones diferentes y superiores a las del cuerpo o escala de pertenencia, todo ello en relación con la validez del acto administrativo adoptado con base en dichos informes».

Y a tal efecto, el citado auto identifica como normas que, en principio, serán objeto de interpretación: el art. 92.3 de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local, así como el artículo 9.2 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, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiera el debate finalmente trabado en el recurso.

5.2.-La normativa en la que se enmarca la cuestión casacional establece:

a) El artículo 9.2 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 establece: «Artículo 9. Funcionarios de carrera. [...] 2. 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 funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca».

b) El art. 92.3 de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local establece: «3. 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».

5.3.-La respuesta a la cuestión casacional debe enmarcarse, y así viene condicionada, en el concreto caso examinado en el presente proceso judicial.

Y ello porque, como recordábamos en nuestra sentencia STS n.º 176/2022, de 11 de febrero (Rcas 1070/2020), entre otras muchas, la labor hermenéutica que nos requiere el auto de admisión (exartículo 93.1) no puede hacerse «en abstracto», prescindiendo del concreto objeto del litigio que estamos examinando, como ya



dijimos en la STS n.º 628/2019, de 14 de mayo (Rcas 3457/2017), en línea con lo declarado, entre otros, en los AATS de 21 de marzo de 2017 (Rcas 308/2016), 1 de junio de 2017 (Rcas 1592/2017) y 1 de febrero de 2019 (Rcas 523/2018) o en la STS n.º 14/2022, de 12 de enero (Rcas 5040/2020), entre otras (y en el mismo sentido en el plano constitucional en STS 71/2022, de 13 de junio -Rcas 3917/2020- o la STC 149/2025, de 23 de septiembre).

5.4.- Así, para dar adecuada respuesta a la cuestión suscitada en el auto de admisión debemos partir del supuesto de hecho, en el que se plantean dos cuestiones de fondo en esta sede casacional, como con acierto enmarcan las partes y así ha sido transcrito al referirnos a los escritos de interposición y oposición:

a) El primer motivo se centra en dilucidar si es necesario que el técnico, en este caso personal laboral con la categoría de Arquitecto Técnico (Sr. Jesús Luis), que emite los informes técnico-urbanísticos en un procedimiento de restauración de la legalidad urbanística que puede dar lugar a la demolición de una vivienda, debe de tener el carácter de funcionario de carrera al estar participando de forma directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas.

b) El segundo motivo casacional de fondo se circunscribe a determinar si la funcionaria de carrera (doña Tarsila, a la sazón Licenciada en Derecho), que emite el informe jurídico de autos en un procedimiento de restauración de la legalidad urbanística, tiene el carácter de funcionario de carrera suficiente que es requerido legalmente para la emisión de tales informes jurídicos (A1 según refiere el recurrente), con la categoría y cualificación necesaria para la emisión de tales informes jurídicos, a la vista de la escala, subescala y clase, grupo y subgrupo al que pertenece (C2, como consta probado y detallaremos más adelante) y la «habilitación» administrativa realizada al efecto por la Presidencia de la Diputación (que la habilita como Técnica de Administración General A1).

5.5.- Respecto al primer motivo que constituye la primera cuestión casacional a resolver, si es necesario que el técnico, en este caso personal laboral con la categoría de Arquitecto Técnico, que emite los informes técnico-urbanísticos en un procedimiento de restauración de la legalidad urbanística que puede dar lugar a la demolición de una vivienda, debe de tener el carácter de funcionario de carrera al estar participando de forma directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas:

a) En primer lugar, debemos reseñar que nos encontramos ante unos informes que se han emitido en un procedimiento de disciplina urbanística y, más en concreto, en un procedimiento de restauración de la legalidad urbanística que por su naturaleza es coactivo y que ha dado lugar a la desestimación de la legalización de las obras y la posterior declaración de demolición de las mismas.

b) Estos informes, en el seno de tal procedimiento, tienen carácter preceptivo y, aunque no son vinculantes, son determinantes de la decisión administrativa final pues constituyen el soporte técnico-urbanístico (y también el soporte técnico jurídico, como veremos en el siguiente apartado al referirnos al informe jurídico). La intervención de este personal vía informe reviste una especial intensidad en el seno de tal tipo de procedimiento coactivo pues son cualitativa y sustantivamente determinantes en el contenido final de la resolución administrativa; y, por ende, tienen una especial, directa e intensa trascendencia para la situación jurídica del administrado (pues puede, como es el caso, determinar la demolición de una vivienda).

c) Esta Sala en STS de 26 de marzo de 2014 (Rcas 240/2013), con innovación de la SSTS de 19 de octubre 2005 (Rcas 6033/1999) y de 13 de mayo de 2009 (Rcas 562/2005), establecía, todo ello con base en la doctrina de las STC 99/1987, de 11 de junio, y 37/2002, de 14 de febrero, la siguiente doctrina en orden a la distribución y provisión de los puestos de trabajo por personal funcionario y/o laboral y los criterios jurídicos de interpretación del artículo 92.2 de la LBRL. Señala esta sentencia:

«Los patrones interpretativos que para ese segundo inciso del artículo 92.2 de la LBRL se derivan de la jurisprudencia constitucional que acaba de sintetizarse son, a juicio de esta Sala, estos que continúan:

1) Aquellos puestos de trabajo cuyas funciones o cometidos exterioricen una actividad de la Administración que tenga una directa trascendencia para la situación jurídica de otros sujetos de derecho (ajenos o no a su organización), y en la por ello sean relevantes esas notas de objetividad, imparcialidad e independencia, habrán de ser necesariamente encomendados a personal funcional.

2) Corresponde a la Administración la carga de demostrar que en las funciones de un determinado puesto resultan indiferentes esas notas que han sido enunciadas.

3) Consiguientemente, la validez de los puestos de trabajo laborales estará condicionada inexcusablemente que, en el acto que los haya creado con ese expreso carácter contractual y no estatutario, esté bien visible y justificado que los cometidos y funciones profesionales asignados a los titulares de tales puestos, por sus específicas características, hacen indiferente esas notas de que se viene hablando.



Lo que acaba de exponerse hace que no pueda compartirse esa validez que el Ayuntamiento recurrente de casación reclama para la actuación administrativa que fue objeto de impugnación en la instancia. Y esto porque no basta para ello, como se hace en esta casación, con la mera invocación de lo establecido en ese artículo 92.1 2 de la LRBRL ; habría sido necesario, y no se ha hecho así, que se detallaran las funciones y cometidos de los puestos litigiosos».

d) Asimismo, esta Sala a la hora de valorar y precisar el contenido del «[...] ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas» a los efectos de su ejercicio por funcionarios de carrera (en la interpretación del artículo 9.2 de EBEP), ha acudido al criterio de la intensidad de la intervención del personal puesto en relación con la propia naturaleza de la intervención y en íntima conexión con la naturaleza del procedimiento en que se desarrolla esa actuación.

Así, nuestra STS 7 de octubre 2020 (Rcas 5429/2019) o nuestra sentencia de 19 de diciembre de 2014 (Rcas n.º 4980/2022) se refieren a este criterio de la intensidad haciendo referencia a otras sentencias de la Sala que recogen este criterio al señalar: «[...] Por lo demás, sobre el fondo del problema no hay duda posible. El artículo 9.2 del Estatuto Básico del Empleado Público deja claro que en las actuaciones administrativas que supongan el ejercicio de potestades públicas han de ser los funcionarios los que intervengan. Y el artículo 17 de la Ley 9/2017 es igualmente explícito al respecto al prohibir que sean objeto de contrato de servicios los que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos. También lo es el artículo 9.2 del Estatuto Básico del Empleado Público que reserva a los funcionarios públicos las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas.

La Sala ha hecho valer estas exigencias, no sólo en las sentencias a las que alude el auto de admisión, sino también en otras. Así las primeras concluyeron que era contraria a Derecho una encomienda de gestión por parte de una Confederación Hidrográfica a una sociedad pública estatal para que le auxiliara en la tramitación de expedientes sancionadores y, en consecuencia, desestimaron los recursos de casación del Abogado del Estado contra las sentencias de instancia que anularon la actuación administrativa por la delegación de tareas nucleares del ejercicio del *ius puniendi*, reservadas a los titulares de los órganos administrativos competentes, lo cual es contrario al artículo 9.2 del Estatuto Básico del Empleado Público. Y en el caso "... la intervención de la empresa contratada al efecto ha superado la intensidad que admite la jurisprudencia expresada en las sentencias n.º 1160/2020, de 14 de septiembre (casación n.º 5442/2019) y n.º 1265/2020, de 7 de octubre (casación n.º 5429/2019)».

e) Pues bien, en esta línea jurisprudencial, encontrándonos ante un procedimiento de restauración de la legalidad urbanística y con unos informes de la naturaleza que hemos expresado detalladamente en la letra a) y b) de este apartado respectivamente, no podemos sino concluir que la intervención efectuada en el presente caso reviste una especial intensidad que exige su ejercicio por funcionario de carrera y no por personal laboral.

Y es que la intervención vía informe en el contexto del procedimiento en que nos encontramos (reiteramos: procedimiento de restauración de la legalidad urbanística) supone una especial, intensa, determinante y directa trascendencia para la situación jurídica del administrado, (pues puede, como es el caso, determinar la demolición de una vivienda) y por ello son relevantes esas notas de objetividad, imparcialidad e independencia lo que determina su ejercicio por personal funcionario (como sostenía como fundamento y justificación de ello nuestra STS de 7 de octubre 2020 Rcas 5429/2019 en el ámbito del procedimiento sancionador y apuntaba con carácter general nuestra STS de 19 octubre de 2005 (Rcas 6033/1999) en la línea de la doctrina de las STC 99/1987, de 11 de junio, y 37/2002, de 14 de febrero).

f) La parte recurrida enfatiza que no nos encontramos ante un procedimiento sancionador sino ante uno de restauración de la legalidad urbanística, por lo que no estamos ante una intervención que implique ejercicio de autoridad y/o de potestades públicas, no siendo de aplicación la doctrina jurisprudencial que se refiere a los procedimientos sancionadores.

A ello debe señalarse que nuestra jurisprudencia ha aplicado el criterio de la intensidad a la hora de determinar su ejercicio por funcionario de carrera con resultado anulador no solo en procedimientos sancionadores aunque, efectivamente, en estos sea más patente el ejercicio directo o indirecto de potestades públicas derivadas del *ius puniendi* de la Administración (nos remitimos a las sentencias expuestas).

De cualquier modo, aunque no nos encontramos ante un procedimiento sancionador, en el presente caso nos encontramos ante un procedimiento coactivo que se integra en el ámbito de la disciplina urbanística (junto con el procedimiento sancionador).

Es cierto que estos procedimientos (el de restauración y el sancionador) tienen una naturaleza distinta, como ha señalado la jurisprudencia, y son procedimientos diferentes, autónomos, con finalidades distintas (la restauración persigue eliminar la situación ilegal; el sancionador castigar al responsable por una conducta



infractora) y que pueden coexistir o no, siendo plenamente compatibles. Pero no es menos cierto que ambos nacen como consecuencia de la constatación, *prima facie*, de una actuación ilegal en materia urbanística, que ambos se integran en el ámbito de la disciplina urbanística de tipo coactivo (compartiendo como fundamento general la protección de la legalidad urbanística) y que ambos constituyen el ejercicio de una potestad administrativa de intervención de cualificada intensidad que producen, a los efectos que nos ocupan, una especial, intensa, determinante y directa trascendencia para la situación jurídica del administrado. Y esta caracterización del procedimiento unido a la intensidad de la intervención del personal es lo que exige su ejercicio por personal funcionario, como garantía de objetividad, imparcialidad e independencia y cuya infracción, por ende, determina la nulidad de los actos administrativos.

g) Y nos referimos a la intensidad de la intervención (ver *ut supra* la naturaleza determinante de los informes debatidos) por ser muy relevante, saliendo así al paso de las alegaciones del recurrido cuando señala que en realidad el informe técnico urbanístico no era vinculante y se limita (igual que el informe jurídico, señala el recurrido) «[...] a comparar datos sin precisar valoraciones subjetivas de los informantes por lo que no cabe hablar de ejercicio de autoridad».

Debemos rechazar tales alegaciones. Los informes urbanísticos emitidos en el procedimiento eran, efectivamente, informes no vinculantes, pero ello no excluye su relevancia y trascendental importancia a los efectos que nos ocupan.

Tales informes (preceptivos) no vinculantes son, como ya hemos señalado, sustantivamente determinantes en el contenido final de la resolución administrativa y, por ende, tienen una especial y directa intensidad y trascendencia para la situación jurídica del administrado suponiendo ejercicio de potestad pública. Tal es así que el informe técnico urbanístico es tenido en cuenta y sirve de base para el informe jurídico, como no podía ser de otra manera; y a su vez la resolución final transcribe este informe jurídico como toda base fáctica y jurídica para la decisión final por el alcalde. No basta con que la iniciación, tramitación y resolución final del procedimiento se realice por los órganos competentes del Ayuntamiento, sino que lo relevante es que las actuaciones administrativas desarrolladas en su seno que por su intensidad supongan ejercicio directo o indirecto de potestades públicas o ejercicio de autoridad en los términos expuestos, sean ejercidas por personal funcionario.

Por otra parte, el contenido de los informes no se limita a lo alegado por el recurrido, sino que contienen auténticas valoraciones técnico-urbanísticas (vale aquí decir lo mismo para la valoración técnica del informe jurídico) propias de la competencia de quien los firma.

5.6.-Respecto a si una funcionaria de carrera del grupo C2 puede emitir informes jurídicos en un procedimiento de restauración de la legalidad urbanística que, en principio, son propios de un grupo superior (A), en virtud de una habilitación administrativa al respecto (en el caso por el presidente de la Diputación Provincial) cabe señalar:

a) En concreto la Sra. Tarsila (quien suscribe los informes jurídicos) es, según consta en autos, funcionaria de carrera en la Diputación de Cádiz, ocupando en la plantilla la plaza de Auxiliar de Geriátrica, perteneciente a la Escala de Administración Especial, Subescala Servicios Especiales, Oficios, Oficiales y Asimilados, perteneciente al Grupo de clasificación C, Subgrupo C2. Asimismo, cabe resaltar que está en posesión de la Licenciatura en Derecho y que mediante Resolución de la Presidencia de la Diputación de 15 de octubre de 2018 se la habilitó (ya lo había hecho anteriormente también) como Técnica de Administración General en el Servicio de Asistencia a Municipios (SAM) Jimena- Castellar para realizar funciones propias del puesto (A1).

b) La posibilidad de que la Administración pueda atribuir a un funcionario funciones distintas y superiores a las de su puesto de trabajo ha sido admitida por la Jurisprudencia al amparo del artículo 73.2 EBEP, que señala que «las Administraciones Públicas podrán asignar a su personal funciones, tareas o responsabilidades distintas a las correspondientes al puesto de trabajo que desempeñen siempre que resulten adecuadas a su clasificación, grado o categoría, cuando las necesidades del servicio lo justifiquen sin merma en las retribuciones». Ello ha dado lugar al reconocimiento de las denominadas diferencias retributivas y en algunos casos concretos incluso con repercusión en la carrera profesional (STS 12 de noviembre 2025, Rcas 7899/2024). Como se ve, tal previsión, como ha subrayado nuestra jurisprudencia, se sujeta a determinadas previsiones como son la pertinente asignación por la Administración, que tales funciones sean adecuadas a su clasificación, grado o categoría, cuando las necesidades así lo exijan y siempre que no tengan un carácter estructural, indefinido y permanente sino ocasional o coyuntural (derivado del respeto al propio principio de carrera profesional y las exigencias de la preceptiva clasificación profesional en atención a las funciones a desarrollar).

c) Pues bien, del citado artículo (con carácter general) y de los artículos 167, 172.2 y 175 del RD Legislativo 781/1986, de 18 de abril, se concluye que la categoría profesional C2 de la Sra. Tarsila (expuesta detalladamente en la letra a) de este apartado) no le permite emitir válidamente informes jurídicos de



la naturaleza preceptiva, esencial y determinante que presentan tales informes (propios de grupo A y cuya naturaleza y recta delimitación ya hemos explicado *ut supray* sirve también aquí) en el seno de un procedimiento coactivo de disciplina urbanística cual es el procedimiento de restauración de la legalidad urbanística que nos ocupa.

d) No cabe duda, como ya se ha apuntado, de que los Ayuntamientos que carecen de medios técnicos para ejercer sus potestades pueden asistirse válidamente mediante la intervención de su Diputación Provincial para que, conforme a Derecho, le provea de personal a tal efecto (como es el caso y consta en autos). Tal actuar es perfectamente válido en Derecho. La cuestión es cómo debe verificarse tal intervención y asistencia para que la actuación de ese personal de la Diputación que se hace cargo de determinadas funciones (en nuestro caso los referidos informes) en el seno de un procedimiento coercitivo de disciplina urbanística (procedimiento de restauración de la legalidad urbanística) sea conforme a Derecho, lo que nos remite a lo ya expuesto en este apartado y en el anterior.

e) En la línea jurisprudencial de nuestras sentencias antes reseñadas, sería posible admitir, en atención a las concretas circunstancias y con sujeción a requisitos estrictos (entre otros, el de la competencia y cualificación técnica), la intervención de funcionarios de distinta categoría para el desempeño de otras funciones que no son propias de su puesto de trabajo en casos justificados y con carácter ocasional o puntual, pero ello en intervenciones de mero auxilio o asistencia y conforme a la normativa de aplicación; sin embargo no puede admitirse en una intervención de tal intensidad como la que nos ocupa y en virtud de una habilitación administrativa no puntual sino con carácter general y de permanencia o continuidad en su ejercicio.

5.7.-Por tanto, debemos dar respuesta a la cuestión planteada por la Sección de Admisión fijando la siguiente doctrina:

La emisión de informes técnicos (técnico-urbanístico y técnico jurídico) en los procedimientos de restauración de la legalidad urbanística que sean determinantes de la resolución administrativa final deben verificarse por personal funcionario y sin que los mismos puedan ser emitidos por personal funcionario del Grupo C2 en virtud de una habilitación administrativa para el ejercicio de tales funciones diferentes y superiores a las del cuerpo o escala de su pertenencia, todo ello con incidencia en la validez del acto administrativo adoptado con base en tales informes.

SEXO.- De la aplicación de la doctrina expuesta a la decisión del asunto litigioso.

En la aplicación al caso, en los concretos términos fácticos y jurídicos que ya hemos adelantado y conforme a lo establecido en esta sentencia, la sentencia recurrida en casación no se ajusta a la doctrina jurisprudencial expuesta, lo que determina declarar haber lugar y estimar el recurso de casación interpuesto y, en su consecuencia, casar y anular la sentencia del TSJ recurrida por no ser conforme a Derecho y, correlativamente, estimar el recurso de apelación con estimación de la demanda, anulando la sentencia del Juzgado y las resoluciones administrativas impugnadas en la instancia que constituía su objeto, por ser contrarias a Derecho.

SÉPTIMO.- Conclusiones y costas.

7.1.-A tenor de lo razonado en los precedentes fundamentos, procede declarar haber lugar y estimar el presente recurso de casación y, en su consecuencia, casar y anular la sentencia del TSJ recurrida por no ser conforme a Derecho, y correlativamente estimar el recurso de apelación interpuesto por los demandantes con estimación de la demanda, anulando la sentencia del Juzgado y las resoluciones administrativas impugnadas en la instancia que constituían su objeto, por ser contrarias a Derecho.

7.2.-En cuanto a las costas de la instancia y de este recurso de casación, conforme a lo prevenido en los artículos 93.4 y 139 de la LJCA, disponemos que cada parte abone las causadas a su instancia y la mitad de las comunes, dada la complejidad jurídica del asunto y que no se aprecia temeridad ni mala fe en ninguna de las partes.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

Primero.-Establecer la doctrina jurisprudencial indicada en el Fundamento de Derecho quinto de esta sentencia.

Segundo.-Declarar haber lugar y estimar el recurso de casación n.º 7385/2024 interpuesto por D. Abelardo y D.ª Adela , representados por la procuradora D.ª Isabel Cruz Lázaro Lago, bajo la dirección letrada de D. Sergio Cózar García, contra la sentencia n.º 696/2024, de 7 de junio, dictada por la Sala de lo Contencioso-



Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla con sede en Sevilla, sentencia que casamos y anulamos por no ser conforme a Derecho.

Tercero.-Estimar el recurso de apelación n.º 792/2022 y anular la sentencia n.º 39/2022 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 2 de Algeciras, de fecha 11 de mayo de 2022, en el procedimiento ordinario n.º 710/2021, por no ser conforme a Derecho y, correlativamente, estimar el recurso contencioso administrativo interpuesto y anular los actos administrativos impugnados en la instancia por ser contrarios a Derecho.

Cuarto.-Imponer las costas conforme a lo establecido en el último Fundamento de esta sentencia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ