

FE PÚBLICA Y ASESORAMIENTO LEGAL PRECEPTIVO EN LA CONTRATACIÓN DE LAS ENTIDADES LOCALES

María Cacharro López

Secretaria General
Ayuntamiento de Oleiros (A Coruña)

Trabajo de evaluación presentado para la obtención del Certificado de asistencia con aprovechamiento del "Curso monográfico de estudios superiores: La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las Entidades Locales" (2ª edición) Celebrado el 2 y 3 de junio de 2008 en el Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional (Granada)

ÍNDICE:

- I. INTRODUCCIÓN
- II. FUNCIONES DEL SECRETARIO EN LA CONTRATACIÓN MUNICIPAL
- III. HABILITADOS ESTATALES Y PERSONAL PROPIO: FUNDAMENTO DE LA RESERVA DE FUNCIONES NECESARIAS
- IV. EL EJERCICIO DE FUNCIONES RESERVADAS POR PERSONAL NO HABILITADO: FÓRMULAS ATRIBUTIVAS

I. INTRODUCCIÓN

Entre las normas específicas de contratación de las Entidades Locales, que incorpora la Disposición Adicional 2ª de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), reviste especial interés para algunas Corporaciones, desde el doble punto de vista procedimental y organizativo, la asignación al Secretario de una serie de funciones que en las restantes Administraciones públicas desempeñan los servicios jurídicos.

En efecto, constituye práctica común que muchas de esas tareas sean cumplidas por otros funcionarios, con o sin habilitación estatal, siendo muy variadas las fórmulas atributivas utilizadas. Ello es particularmente frecuente en Diputaciones y ayuntamientos de grandes ciudades, pero donde más problemas puede plantear es en aquellos municipios no sometidos al Título X de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local (LBRL) que, sin embargo, tienen en plantilla personal propio en posesión de la condición de funcionario y/o de la misma titulación exigida en otras Administraciones públicas para formar parte de sus servicios jurídicos, es decir, profesionalmente capacitado para desempeñar las funciones de fe pública y asesoramiento legal reservadas, en la Administración local, a funcionarios con habilitación estatal. Por el contrario, en aquellos municipios donde el único titulado superior capacitado para emitir informes de legalidad es el Secretario o el Secretario-Interventor no tendría por qué producirse la problemática aquí analizada, salvo si el

órgano de contratación busca asesoramiento jurídico en profesionales externos o si se encomienda la autorización de actas y contratos a cualquier otro funcionario de la Corporación.

La finalidad de este trabajo es intentar eliminar las razonables dudas que pueden generarse sobre la adecuación a Derecho de tales costumbres, por la posible contravención de la reserva legalmente establecida de las denominadas 'funciones necesarias' a funcionarios con habilitación estatal. Para ello habrá que determinar, como primer paso, de qué funciones concretas estamos hablando, para centrarse a continuación en los distintos tipos de empleados locales profesionalmente capacitados para desempeñarlas y las diferencias en cuanto a su estatus jurídico. Finalmente se examinarán las diversas fórmulas para atribuir aquellas funciones a estos empleados, cohonestando la mencionada reserva funcional con la potestad autoorganizatoria local, manifestación esta última de la autonomía constitucionalmente garantizada.

Pero ante todo, es preciso llamar la atención sobre la particularidad de la normativa sobre contratación pública en este punto, que contrasta con normas sectoriales, por ejemplo las urbanísticas, también de gran relevancia: pese al fundamental papel de los ayuntamientos en los correspondientes procedimientos de planeamiento, gestión y disciplina, y la exigencia de informe jurídico (aparte del técnico) con carácter preceptivo en numerosas tramitaciones, aquel no se encomienda en particular a ningún funcionario (de hecho, ni siquiera se exige expresamente que quien lo emita sea personal funcionario o, simplemente, empleado público). Por el contrario, la normativa sobre contratación, al adaptarse a la organización y funcionamiento de las Corporaciones locales, encomienda tareas específicas, nominativamente a un funcionario o, si se prefiere, a un puesto de trabajo concreto.

II. FUNCIONES DEL SECRETARIO EN LA CONTRATACIÓN MUNICIPAL

En efecto, la normativa sobre contratación pública contiene numerosas referencias al Secretario de la Entidad local, para atribuirle tareas incardinables tanto en la función de fe pública como en la de asesoramiento legal.

En primer término, vamos a referirnos a los supuestos de asesoramiento legal preceptivo tipificados por la normativa sobre contratación de las entidades locales, a los que remite la letra c) del artículo 3 del RD 1174/1987 de 18 de septiembre, de Régimen Jurídico de los Funcionarios de la Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional, que se refiere genéricamente a "la emisión de informes previos siempre que un precepto legal expreso así lo establezca".

Además, pueden resultar aplicables en materia de contratación las previsiones de este precepto del RD 1174/1987 en cuanto a otros supuestos de asesoramiento legal preceptivo:

- informe previo por orden del presidente o a solicitud de un tercio de los miembros de la corporación con antelación suficiente a la celebración de la sesión (art. 3, letra a);
- informe previo en asuntos que requieran mayoría especial (art. 3, letra b);
- o acompañar al presidente o a miembros de la Corporación en los actos de firma de escrituras, visitas a autoridades o asistencia a reuniones (art. 3, letra e).

Pero no sólo al asesoramiento legal puro se dedica el Secretario de la Corporación, pues la normativa de contratación le atribuye otras tareas de contenido más o menos

complejo, como el bastanteo de poderes o la vocalía de la Mesa de contratación, que tienen mucho que ver con el asesoramiento legal pero no se ciñen estrictamente a él.

Finalmente, dentro de las tradicionales funciones de fe pública atribuidas al Secretario se encuentra la autorización de los documentos administrativos de formalización de contratos, si bien es preciso considerar a estos efectos la derogación de la normativa de régimen local operada por la nueva LCSP y sus posibles consecuencias en este punto.

1. Informe previo

Comenzando por la función de asesoramiento legal preceptivo, el apartado 7 de la DA 2ª LCSP, tras atribuir al órgano de contratación la aprobación del expediente y la apertura del procedimiento de adjudicación (en los términos del artículo 94), dispone que “la aprobación del pliego de cláusulas administrativas particulares irá precedida de los informes del Secretario o, en su caso, titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico de la Corporación, y del Interventor”.

Esta previsión no es en modo alguno novedosa, pues ya el artículo 113 apartado 1º del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local (TRRL, aprobado por RDLeg. 781/1986, de 18 de abril), derogado por la LCSP, ordenaba que el acuerdo aprobatorio del expediente y de apertura del procedimiento de adjudicación, comprensivo de la aprobación del pliego de cláusulas económico-administrativas, fuera precedido de los “informes del Secretario y del Interventor de la Corporación”.

En la Administración General del Estado (y en general, en las entidades públicas de este ámbito) dispone el artículo 99.6 de la LCSP que “la aprobación de los pliegos y de los modelos (para determinadas categorías de contratos de naturaleza análoga) requerirá el informe previo del Servicio Jurídico respectivo”, salvo si se trata de un pliego de cláusulas particulares que se ajusta a un modelo previamente informado.

El apartado 7 de la DA 2ª de la LCSP viene así a concretar la previsión más genérica del apartado siguiente, según la cual “los informes que la Ley asigna a los servicios jurídicos se evacuarán por el Secretario o por el órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico de la Corporación. Los actos de fiscalización se ejercen por el Interventor de la Entidad local”. En términos similares, los apartados 4º y 5º del artículo 113 del TRRL establecían que “los informes que la Ley asigna a las Asesorías Jurídicas se evacuarán por la Secretaría de la Corporación” y “los actos de fiscalización que en el Estado se ejercen por la Intervención General lo serán por el Interventor de la Entidad”.

También concreta esta genérica previsión el artículo 114.3 TRRL (no derogado por la LCSP), al exigir informe de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación previo al dictado de los acuerdos de interpretación, modificación y resolución de los contratos. En este sentido, el artículo 195.2 de la LCSP dispone que en la Administración General del Estado (y en general en las entidades públicas estatales) los acuerdos relativos a la interpretación, modificación y resolución del contrato, sin perjuicio de la preceptiva emisión de informe por el Consejo de Estado u órgano equivalente en los supuestos del apartado 3, “deberán ser adoptados previo informe del Servicio Jurídico correspondiente, salvo en los casos previstos en los artículos 87 (constitución, reposición y reajuste de garantías) y 197 (resolución por demora y prórroga)”.

Como supuestos de informe asignados por ley a los servicios jurídicos cabe mencionar las previsiones de los artículos 175 y 176 de la LCSP, relativos respectivamente a los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones públicas y a los

entes, organismos y entidades del sector público que no tengan la consideración de poderes adjudicadores. En ambos casos se prevé la aprobación de unas instrucciones internas en las que se asegure el cumplimiento de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, así como que la adjudicación recaiga en la oferta económicamente más ventajosa. Pues bien, en el ámbito del sector público estatal, la aprobación de estas instrucciones deberá ir precedida del informe de la Abogacía del Estado o del órgano al que corresponda el asesoramiento jurídico de la correspondiente entidad, respectivamente.

También el artículo 19.2 del todavía vigente Reglamento general de la Ley de Contratos (aprobado por el RD 1098/2001, de 12 de octubre) dispone la preceptiva emisión de informe de los servicios jurídicos (y técnicos) con carácter previo al trámite de audiencia, cuando la incoación del procedimiento para la declaración de una prohibición de contratar corresponda al órgano de contratación, por haberse puesto de manifiesto los hechos que lo motivan con ocasión de la tramitación de un expediente de contratación.

Finalmente, el artículo 71.2 del Reglamento general de la Ley de Contratos exige informe previo del Servicio Jurídico respectivo de la Administración General del Estado o de cualquier entidad pública estatal, sobre el documento de formalización de los contratos, salvo si se ajusta a un modelo tipo ya informado favorablemente.

Fuera de estos casos de informe previo que tienen su correlato en el ámbito de otras Administraciones, el apartado 9 de la DA 2ª de la LCSP obliga a incorporar “al expediente los correspondientes informes del Secretario o, en su caso, del titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico de la Corporación, y del Interventor, sobre justificación de la causa de urgencia apreciada”, cuando se aplique el procedimiento negociado en supuestos de urgencia según el artículo 154 e) (en los mismos términos se pronunciaba el apartado 2º del artículo 120.1 del TRRL, derogado por la LCSP). Más concretamente, los informes versarán sobre la “imperiosa urgencia, resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo” que “demande una pronta ejecución del contrato que no pueda lograrse mediante la aplicación de la tramitación de urgencia regulada en el artículo 96”.

Es importante señalar que todos estos supuestos de asesoramiento legal, por venir exigidos en distintas normas, tienen carácter preceptivo. Pero, salvo que expresamente se indicara lo contrario, los informes no serán vinculantes, tal y como prevé 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 (LPC). De no emitirse en el plazo señalado, cabe proseguir las actuaciones, por no tratarse de informes preceptivos que sean determinantes para la resolución del procedimiento (apartado 3), y la emisión extemporánea convalida el defecto formal producido (así lo señala, entre otros, el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en su Sentencia de 15 de junio de 2006). El órgano de contratación puede incluso apartarse del criterio en ellos sostenido, si bien en este caso el artículo 54.1.c) de la LPC exige que el acto administrativo sea debidamente motivado. Tal y como ha manifestado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA):

“Dejando aparte el supuesto de informes vinculantes, equivalentes a verdaderas resoluciones, los no vinculantes tienen la finalidad de ilustrar al órgano consultante sobre la decisión a adoptar, sin que quede vinculado por el contenido del informe, sino que puede apartarse de sus criterios sin otro requisito que el motivar su decisión,

según resulta del artículo 54.1.c) de la Ley 30/1992, ...". (Informe 62/96, de 18 de diciembre).

Cuanto se acaba de afirmar debe ser matizado, sin embargo, cuando se trata del informe justificativo de la causa de urgencia para aplicar el procedimiento negociado del artículo 154 e) de la LCSP. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2000 confirma (eso sí, *obiter dictum*) que la falta de informe del Interventor (preceptivo en estos casos, como el del Secretario) debe producir la paralización de las actuaciones (y la nulidad, si no se suspendió el procedimiento hasta su emisión):

"La cualidad excepcional del sistema de contratación directa impone el cumplimiento estricto de las normas que permiten su autorización. Entre estas normas está la exigencia de los previos informes del Secretario y del Interventor, informes preceptivos e indispensables por aplicación de lo dispuesto en el artículo 120.1.2º del T.R.R.L.. No es pues aplicable a la falta de informe del Interventor que se ha apreciado en el supuesto de autos el artículo 83.3 de la Ley 30/1.992, que exceptúa de la procedencia de proseguir las actuaciones sin los informes requeridos el caso de los informes preceptivos determinantes para la resolución del procedimiento, en el que debemos considerar incluido el informe del Interventor, requisito del que no podía prescindirse para acudir al sistema de contratación directa por imperativo del citado artículo 120.1.2º, norma específica sobre la materia. Igualmente es inaplicable el artículo 7 del Decreto 1.005/1.974, que se refiere a los informes de fiscalización del gasto, no al que se pide para justificar la pertinencia de acudir al sistema de contratación directa".

2. Bastanteo de poderes

Supuesto diferente, aunque también encuadrable en el asesoramiento legal es el previsto en el citado Reglamento general de la ley de contratos, cuyo artículo 58.2 exige el bastanteo previo de los poderes para autorizar las garantías provisionales o definitivas que se constituyan, que es encomendado a la Asesoría Jurídica de la Caja General de Depósitos o por la Abogacía del Estado de la provincia cuando se trate de sucursales o por los órganos equivalentes de las CCAA o Entidades locales contratantes, o bien al órgano que tenga atribuido el asesoramiento jurídico del órgano de contratación (si el poder se hubiera otorgado para garantizar al interesado en un concreto y singular procedimiento y forma de adjudicación o contrato).

Por su parte, el artículo 21 de dicho Reglamento exige de quienes comparezcan o firmen proposiciones en nombre de otro que acompañen poder bastante al efecto. Como en el caso anterior, aunque no lo diga el precepto expresamente, la declaración de ser suficiente el poder para el acto que se pretende realizar en nombre de otro constituye una manifestación de juicio cuya emisión corresponde a un letrado, por lo que constituye tarea propia del servicio jurídico de la Administración de que se trate.

En relación con el bastanteo y su integración en las funciones de asesoramiento legal, el artículo 29 del Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, atribuye a los Abogados del Estado integrados en el Servicio Jurídico del Estado "bastantear, con el carácter de acto administrativo, los documentos justificativos de la personalidad de los administrados y, en general, todos los poderes, expresando de modo concreto su eficacia en relación con el fin para el que hayan sido presentados, así como las facultades de quienes en

nombre de otro presten avales y otras garantías exigidas por las disposiciones vigentes o requeridas por el órgano administrativo competente”.

3. Vocalía de la Mesa de contratación

Además, el apartado 10 de la DA 2ª de la LCSP establece que formarán parte de la Mesa de contratación, “como vocales, el Secretario o, en su caso, el titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico, y el Interventor”. En el mismo sentido se pronunciaba la DA 9ª, apartado 3, del derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP, aprobado por RDLeg. 2/2000, de 16 de junio). La Mesa, definida en el artículo 295.1 como “órgano competente para la valoración de las ofertas”, asiste en este punto al órgano de contratación, debiendo figurar necesariamente entre los vocales, tal y como prevé con carácter general el artículo 195.3, “un funcionario de entre quienes tengan atribuido legal o reglamentariamente el asesoramiento jurídico del órgano de contratación y un interventor, o, a falta de éstos, una persona al servicio del órgano de contratación que tenga atribuidas las funciones correspondientes a su asesoramiento jurídico, y otra que tenga atribuidas las relativas a su control económico-presupuestario”.

La vocalía de la Mesa de contratación forma parte, por tanto, de la función de asesoramiento legal del Secretario, incardinable en el supuesto del apartado d) del artículo 3 del RD 1174/1987, que se refiere al informe sobre los aspectos legales del asunto que se discuta en las sesiones de los órganos colegiados a los que asista, si bien es conveniente señalar que este precepto está realmente pensado para otro tipo de órganos colegiados, integrados por el alcalde y los concejales, en los que el Secretario de la Corporación ostenta la condición de, valga la redundancia, Secretario, y no de Vocal.

Por lo demás, esta condición también supone la participación del Secretario en la gestión administrativa propiamente dicha, pues su condición de miembro de un órgano colegiado le permite participar en la toma de decisiones con voz y, sobre todo, mediante el ejercicio de un derecho de voto igual que el de los demás miembros, que pueden ser desde otros técnicos de las más variadas disciplinas hasta los propios concejales o el alcalde de la corporación. De este modo, el Secretario puede fundar su voto a favor o en contra de una determinada propuesta al órgano de contratación tanto en consideraciones de pura legalidad como en otras de oportunidad, sobre las siguientes cuestiones: calificación de la documentación, concesión de un plazo de subsanación de deficiencias y/o admisión de licitadores, apertura de las proposiciones u ofertas económicas, eventual rechazo y, como misión primordial o más relevante, proponer al órgano de contratación la adjudicación a favor de la oferta económicamente más ventajosa.

4. Fe pública

Aparte de asesor legal, el Secretario ostenta la condición de fedatario público. A tal efecto la normativa de régimen local hasta ahora vigente determinaba que en caso de formalizarse el contrato en documento administrativo diera fe el Secretario de la Corporación (apartado 6º del artículo 113 TRRL). Pero la derogación por la LCSP de estas previsiones ha sido interpretada en el sentido de no considerar ya exigible legalmente la intervención del Secretario en la firma del contrato. Dicho con otras palabras, no se considera la firma del Secretario como requisito de validez y eficacia del contrato, siendo suficiente su suscripción por el órgano de contratación y el contratista¹.

¹ CATALÁ MARTÍ, V.: “Las funciones del Secretario General en la contratación local”, El Consultor, nº 10/2008, p. 1796.

También ha sido derogado por la LCSP el art. 124.3 TRRL, según el cual las actas de los concursos y de las subastas serían autorizadas por el Secretario de la Corporación, de modo que podría considerarse afectado el artículo 2, letra h) del RD 1174/1987, concordante con el anterior, que estima comprendida en la función de fe pública la de “autorizar, con las garantías y responsabilidades inherentes, las actas de todas las licitaciones, contratos y documentos administrativos análogos en que intervenga la Entidad”. En el mismo sentido, por lo demás, la normativa general sobre contratación no hace referencia alguna a los fedatarios públicos en el seno de las demás Administraciones.

Sin embargo, es preciso considerar que el artículo 140 de la LCSP, tras señalar el deber de formalizar los contratos que celebren las Administraciones públicas ‘en documento administrativo’ en los diez días hábiles siguientes al de notificación de la adjudicación definitiva, atribuye a ‘dicho documento’ la condición de ‘título suficiente para acceder a cualquier registro público’. Por lo tanto, habrá que estar a lo que exija el funcionario encargado de la llevanza del registro público de que se trate, que puede denegar la inscripción interesada, por ejemplo, por no tener el documento presentado la condición de ‘público’, en el sentido del artículo 1216 del Código Civil (‘los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la Ley’), o la condición de ‘título inscribible’ en los términos del artículo 3 de la Ley Hipotecaria (‘escritura pública, ejecutoria o documento auténtico expedido por Autoridad judicial o por el Gobierno o sus Agentes, en la forma que prescriban los reglamentos’). A efectos de prueba en el proceso, la Ley de Enjuiciamiento Civil considera ‘documentos públicos’ a ‘los expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones’ (art. 317, apartado 5), atribuyéndoles el máximo valor probatorio, mientras que los restantes documentos administrativos a los que las leyes otorguen el carácter de públicos tendrán la fuerza probatoria que establezcan dichas leyes (art. 319, apartados 1 y 2).

Por tanto, y aunque la normativa sobre contratación pública no exige la intervención de fedatario en la formalización del documento administrativo, aquella confiere al documento un valor probatorio superior a efectos procesales, aparte de poder ser exigida por el encargado del registro público al que se pretenda que tenga acceso el documento. No en vano, la LCSP sigue admitiendo que, a solicitud del contratista y a su costa, se eleve el documento a escritura pública. No obstante, tampoco puede desconocerse que una normativa tan estricta como la hipotecaria se refiere expresamente al Gobierno o sus Agentes, y que podría defenderse la exclusiva intervención del Alcalde de modo análogo a su participación en el matrimonio civil, cuya acta no autoriza el Secretario del Ayuntamiento.

Pero además, es preciso considerar que algunas normas autonómicas sobre contratación local siguen estableciendo la preceptiva intervención del Secretario en la formalización de los contratos en documento administrativo. Así por ejemplo, la Ley 5/1997, de 22 de junio, reguladora de la Administración Local de Galicia (LALG) dispone en el apartado 5º del artículo 327 que “el contrato será formalizado en escritura pública o en documento administrativo, dando fe en este caso el Secretario de la Corporación”. Este precepto no ha sido, lógicamente, objeto de derogación expresa por la LCSP, por lo que seguiría vigente, en su territorio de aplicación, la obligatoria autorización por el fedatario señalado de los documentos correspondientes. Pero cabe también sostener que el precepto ha sido afectado por la ley estatal, que es la única que puede regular, de acuerdo con el artículo 149.1.8 de la Constitución, la ordenación de los registros e instrumentos públicos, determinando quien debe intervenir en la formalización de un documento para que pueda acceder

a dichos registros. En la medida que el artículo de la ley autonómica reproduce el texto de la ley estatal derogada, debe entenderse que igualmente ha perdido su vigencia como consecuencia de la reforma.

III. HABILITADOS ESTATALES Y PERSONAL PROPIO: FUNDAMENTO DE LA RESERVA DE FUNCIONES NECESARIAS

La encomienda al Secretario, nominalmente, de las tareas que acabamos de detallar viene suscitando un debate sobre el alcance de tal referencia normativa. En este sentido, frente a quienes defienden que la disposición legal supone una reserva de tales funciones en exclusiva a funcionarios con habilitación de carácter estatal, debido a las particulares características de su régimen jurídico que los singularizan respecto de los demás funcionarios locales, se sitúan los que matizan que las funciones son propias del puesto de trabajo, no del empleado público que lo ocupa, que puede ser, como se verá, hasta un funcionario de la Corporación suficientemente capacitado.

Por último no faltan quienes consideran que lo relevante en toda esta cuestión no es el aspecto subjetivo, sino el objetivo, es decir, en el contenido de la tarea, que es la emisión de un informe jurídico preceptivo (en contra de la regla general de la LPC, de que los informes durante la instrucción de un procedimiento tienen carácter facultativo), que puede ser emitido por cualquier empleado público capacitado para emitir informes de legalidad o, incluso, por un abogado externo, en paralelo con lo dispuesto en artículo 54.3 del TRRL, que refiere la emisión del preceptivo dictamen previo a los acuerdos para el ejercicio de acciones necesarias para la defensa de los bienes y derechos de las Entidades locales al “Secretario o, en su caso, Asesoría Jurídica y, en defecto de ambos, de un Letrado”. De hecho, la intervención de otros asesores jurídicos, incluso en los municipios de régimen común (para los del gran población el Título X de la LBRL prevé expresamente una Asesoría Jurídica no reservada necesariamente a habilitados) está prevista en el artículo 3, letra b) del RD 1174/1987, cuando habilita la posibilidad de limitarse el Secretario (para considerar emitido el informe previo en asuntos para cuya aprobación se exija una mayoría especial) a consignar nota de conformidad o disconformidad (razonando esta última) en los casos en que hubieran informado los demás Jefes de servicio o dependencia u otros asesores jurídicos. Esta opción no se prevé, sin embargo, para los demás supuestos de informe previo señalados en dicho precepto, por ejemplo el de la letra c), que remite a un precepto legal expreso que establezca el carácter obligatorio de un informe legal previo a la adopción de una decisión, como son la mayoría de los que corresponde emitir en materia de contratación.

La clave en toda esta cuestión reside en lo que se entienda por la reserva de la responsabilidad administrativa de las denominadas funciones necesarias en todas las Corporaciones locales a funcionarios con habilitación de carácter estatal y, más concretamente, qué o a quienes excluye esa “reserva”.

En este sentido, es preciso partir de la Disposición Adicional 2ª de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), que reproduce en su apartado 1 las previsiones hasta ahora contenidas en el artículo 92, apartados 2 y 3, de la LBRL, en relación, entre otras, con las funciones de Secretaría (fe pública y asesoramiento legal preceptivo):

- en primer lugar, en cuanto funciones públicas, al reservar su cumplimiento en exclusiva a funcionarios;

- en segundo término, por su condición de funciones públicas necesarias en todas las Corporaciones locales, al reservar su responsabilidad administrativa a funcionarios con habilitación de carácter estatal.

El precepto ahora derogado de la LBRL contemplaba la posibilidad de atribuir a miembros de la Corporación o a funcionarios sin habilitación, en los casos excepcionales que determinara la legislación estatal, exclusivamente las funciones de contabilidad, tesorería y recaudación, es decir, con carácter excluyente de las funciones de Secretaría.

En desarrollo de estas previsiones, y sin que de momento se haya visto afectado por la derogación operada en el EBEP, se dictó el Real Decreto 1174/1987, con la finalidad, entre otras, de describir con detalle el contenido básico de las funciones reservadas. En cuanto a la enumeración y clasificación de los puestos de trabajo mínimos necesarios que deben existir en todas las Corporaciones locales a los que se atribuye la responsabilidad de dichas funciones, y la determinación los supuestos excepcionales en los que la responsabilidad administrativa de algunas de ellas no está reservada a habilitados, la mayor parte de las previsiones de este RD 1174/1987 fueron sustituidas por las contenidas en el todavía vigente RD 1732/1994, de 29 de julio, de Provisión de Puestos Reservados a Funcionarios con Habilitación Nacional.

Pues bien, el artículo 1 del RD 1174/1987, tras reiterar lo entonces establecido por el artículo 92.3 LBRL sobre las funciones necesarias, añade en su apartado 3 que quien ostente la responsabilidad administrativa de cada una de ellas, “tendrá atribuida la dirección de los servicios encargados de su realización, sin perjuicio de las atribuciones de los órganos de gobierno de la Corporación Local en materia de organización y dirección de sus servicios administrativos”.

Por lo tanto, en todos los municipios debe existir al menos un puesto de trabajo que tendrá encomendadas las funciones de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, que sólo puede ser ocupado de forma definitiva por funcionarios pertenecientes a la subescala que corresponda (Secretaría o Secretaría-Intervención) de la escala de funcionarios con habilitación de carácter estatal. Además del cumplimiento material de dichas funciones, se atribuye a quien ocupe el puesto la dirección de los servicios correspondientes. No sólo de un puesto (y de la responsabilidad administrativa de un funcionario) habla, pues, la normativa de régimen local, sino de uno o varios servicios encargados de la realización de las correspondientes tareas, que serán dirigidos por aquel funcionario. Pero lo anterior se entiende, como dice el artículo que comentamos, sin perjuicio de las atribuciones de los órganos de gobierno de la Corporación en materia organizativa y directiva de los servicios administrativos, de modo que habrá que determinar hasta que punto pueden dichos órganos de gobierno organizar y dirigir dichos servicios de modo que quede garantizado el efectivo ejercicio de las funciones públicas necesarias en toda Corporación local.

En los municipios de régimen común el órgano de gobierno por excelencia es el Alcalde, sin perjuicio de la posibilidad de que delegue las atribuciones que la ley permita, bien en un órgano colegiado (la Junta de Gobierno Local, art. 23.2 b) LBRL), bien en órganos unipersonales (los miembros de la misma o, donde ésta no exista, los Tenientes de Alcalde, art. 23.4 LBRL). Al Alcalde corresponde, con carácter indelegable, “dirigir el gobierno y la administración municipal”, así como “desempeñar la jefatura superior de todo el personal” (art. 21.1, letras a) y h), y apartado 3 LBRL). Pero no puede olvidarse que el Pleno, por más que constituya primordialmente el órgano de control y fiscalización de los órganos de gobierno (art. 22.2 a) LBRL), conserva diversas atribuciones propiamente gubernativas. En materia de organización de los servicios administrativos corresponde al Pleno, con carácter

indelegable (art. 22, apartados 2 i) y 4 LBRL) “la aprobación de la plantilla de personal y de la relación de puestos de trabajo...”.

En los municipios de gran población, el Título X de la LBRL prevé un régimen organizativo algo diferente. El Pleno “es el órgano de máxima representación política de los ciudadanos en el gobierno municipal” (art. 122.1), y “contará con un secretario general” (apartado 3) con las funciones que enuncia el artículo 122.5, que quedan reservadas a funcionarios con habilitación estatal, “teniendo la misma equiparación que los órganos directivos previstos en el artículo 130 de esta Ley, sin perjuicio de lo que determinen a este respecto las normas orgánicas que regulen el Pleno”.

Corresponde al Pleno de estos municipios “... la determinación de los niveles esenciales de la organización municipal, entendiendo por tales las grandes áreas de gobierno, los coordinadores generales, dependientes directamente de los miembros de la Junta de Gobierno Local, con funciones de coordinación de las distintas Direcciones Generales u órganos similares integradas en la misma área de gobierno, y de la gestión de los servicios comunes de éstas u otras funciones análogas y las Direcciones Generales u otros órganos similares que culminen la organización administrativa, sin perjuicio de las atribuciones del Alcalde para determinar el número de cada uno de tales órganos y establecer niveles complementarios inferiores” (art. 123.1 c) LBRL).

Por su parte, corresponde al Alcalde el ejercicio, entre otras funciones (art. 124.4), de las de “dirigir la política, el gobierno y la administración municipal, sin perjuicio de la acción colegiada de colaboración en la dirección política que, mediante el ejercicio de las funciones ejecutivas administrativas que le son atribuidas por esta Ley, realice la Junta de Gobierno Local” (letra b), “ejercer la superior dirección del personal al servicio de la Administración municipal” (letra i), “establecer la organización y estructura de la Administración municipal ejecutiva, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Pleno en materia de organización municipal, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo c) del apartado 1 del artículo 123” (letra k).

En estos municipios cobra especial relevancia la Junta de Gobierno Local, con las funciones ejecutivas y administrativas que le atribuye el artículo 127.1, entre las que destaca la de “aprobar la relación de puestos de trabajo” (apartado h).

Este documento (la RPT) constituye el principal instrumento de estructuración de la organización administrativa, debiendo comprender al menos la denominación de los puestos, los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas, en su caso, a que estén adscritos, los sistemas de provisión y las retribuciones complementarias, según el artículo 74 del EBEP. La RPT debe reflejar también estas características esenciales respecto de los puestos reservados a habilitados estatales. Así resulta del artículo 7.2 del RD 1174/1987 (que se remite al derogado art. 16 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, LMRFP), cuyo apartado 1 define estos puestos como los que tengan atribuida la responsabilidad administrativa de las funciones reservadas.

La estructuración de los recursos humanos de las Administraciones públicas se produce, según el artículo 72 del EBEP, en el marco de sus competencias de autoorganización y de acuerdo con las normas rectoras de la selección, promoción profesional, movilidad y distribución de funciones. Además, las Administraciones podrán incluso 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 (art. 73.2 EBEP).

Por tanto, una Corporación local ha de incluir obligatoriamente en su RPT los puestos reservados a habilitados con las características indicadas. Pero puede también incluir otros puestos, reservados o no a personal funcionario, con funciones, por ejemplo, de asesoramiento legal. Nada lo prohíbe. De hecho, en los municipios de gran población se prevé (artículo 129 de la LBRL) la existencia de un órgano administrativo responsable de la asistencia jurídica al Alcalde, a la Junta de Gobierno Local y a los órganos directivos, cuyo titular, además de ser licenciado en derecho, puede ser habilitado estatal o bien funcionario de carrera del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las entidades locales del actual grupo A1. Todo ello sin perjuicio de las funciones de asesoramiento legal al Pleno y a las comisiones, que están reservadas a funcionarios con habilitación estatal junto con las demás atribuidas por el artículo 122.5 al secretario general del Pleno. Estas funciones han quedado, por cierto, muy disminuidas con el reparto competencial resultante de la reforma de 2003, que deja en manos del Pleno cada vez menos funciones ejecutivas, particularmente en materia de contratación. De hecho, el artículo 127.1 f) de la LBRL atribuye a la Junta de Gobierno Local las contrataciones.

Pero estas peculiaridades organizativas de los municipios de gran población vienen establecidas por ley, que de este modo condiciona la potestad autoorganizatoria de dichos entes, cuyas Relaciones de Puestos de Trabajo deberán adaptarse a la estructura resultante de la norma estatal. Para el resto de los municipios caben dos interpretaciones:

Es posible, por un lado, entender que la reforma operada en 2003 en la LBRL permite a las grandes ciudades en exclusiva, quedando vedado al resto de los municipios, encomendar la responsabilidad administrativa de las funciones de asesoramiento legal preceptivo a funcionarios sin habilitación estatal, de igual modo que se permite en estos municipios, con exclusión de los demás, la provisión de los puestos reservados mediante el sistema de libre designación. En los municipios de régimen común, la encomienda de la responsabilidad administrativa de las funciones reservadas a funcionarios sin habilitación estatal estaría prohibida, del mismo modo que ocurre con la libre designación de los mismos.

Otra posibilidad es defender que la ley de grandes ciudades obliga sólo a los municipios comprendidos en el ámbito del Título X a adoptar la peculiar estructura organizativa allí diseñada, debiendo abrir la provisión del puesto de Asesoría Jurídica a funcionarios sin habilitación estatal, en tanto que los municipios de régimen común pueden optar por disponer de uno o varios asesores jurídicos sin dicha habilitación, configurando el puesto de Secretaría (de preceptiva existencia) con las funciones reservadas que no estén encomendadas en la RPT a dichos funcionarios, o bien mantener las funciones de fe pública y asesoramiento legal preceptivo 'centralizadas' en el puesto del Secretario.

En realidad, detrás de todo este debate se encuentra el estatus de los funcionarios con habilitación estatal, por un lado respecto de resto de los funcionarios locales capacitados para cumplimentar las funciones de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, y por otro respecto de otros funcionarios del Estado que tienen reservadas las funciones de asistencia jurídica.

En este sentido, el artículo 1 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas encomienda "la asistencia jurídica, consistente en el asesoramiento y la representación y defensa en juicio el Estado y de sus Organismos Autónomos... a los Abogados del Estado integrados en el Servicio Jurídico del Estado, de cuyo Director dependen sus unidades, denominadas Abogacías del Estado". Todo ello sin perjuicio de las competencias legalmente atribuidas a

Subsecretarios y Secretarios generales técnicos, entre otros. El mismo precepto establece una serie de excepciones, al reservar a los miembros del Cuerpo Jurídico Militar y al Cuerpo de Letrados de la Administración de la Seguridad Social, respectivamente, el asesoramiento o asistencia jurídica del Ministerio de Defensa y de la Administración de la Seguridad Social.

Por su parte, el artículo 4 determina que “los Abogados del Estado, por el hecho de su nombramiento y toma de posesión en el destino, quedan habilitados para el ejercicio de todas las funciones y para el desempeño de todos los servicios propios de su cargo. Los puestos de trabajo de las Abogacías del Estado que tengan encomendado el desempeño de las funciones descritas en esta Ley se adscribirán mediante el desarrollo normativo adecuado con carácter exclusivo a los funcionarios del Cuerpo de Abogados del Estado, en el que se ingresará mediante oposición libre entre licenciados en Derecho”. Únicamente se permite, “cuando el servicio lo requiera”, habilitar a funcionarios licenciados en Derecho o, “cuando no pueda realizarse dicha habilitación a favor de funcionarios, excepcionalmente”, podrá también habilitar a letrados no funcionarios, que actuarán bajo las órdenes y la dirección técnica del Abogado del Estado-Jefe correspondiente. Pero conviene señalar que esta habilitación “para que realicen determinadas actuaciones en sustitución del Abogado del Estado” (o la designación de un abogado en ejercicio para supuestos especiales), hace referencia más bien a la función contenciosa que a la función consultiva de los funcionarios de este Cuerpo (art. 68 del RD 997/2003, antes citado).

En relación con otro personal que presta servicios en las Corporaciones locales y que puede estar profesionalmente capacitado para responsabilizarse de las funciones de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, el artículo 89 de la LBRL efectúa una primera gran distinción entre funcionarios de carrera (los funcionarios interinos aparecen reconocidos en el TRRL), contratados en régimen de derecho laboral y personal eventual que desempeña puestos de confianza o asesoramiento especial.

El sistema de selección permite efectuar una segunda gran división, pues mientras que la del personal funcionario y laboral debe realizarse de acuerdo con la oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que se garanticen, en todo caso, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad (art. 91.2 LBRL), el número, características y retribuciones del personal eventual será determinado por el Pleno de cada Corporación, su nombramiento y cese es libre y corresponde al Alcalde, cesando automáticamente con la autoridad a la que presten su función de confianza o asesoramiento.

Dentro de las tareas que puede desempeñar este personal, destacan las denominadas ‘funciones públicas’, reservadas a funcionarios, rezaba el artículo 92.2 de la LBRL (derogado por el EBEP), “para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función”, entre ellas, la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo (y así lo sigue estableciendo la DA 2ª del EBEP). Según esto, sólo los informes jurídicos de carácter facultativo a emitir en un procedimiento de contratación (el asesoramiento legal no preceptivo) podrían ser encargados a personal laboral.

Centrándonos, pues, en el personal funcionario, la DA 2ª del EBEP, como antes el artículo 92.3 de la LBRL, es muy claro cuando reserva la responsabilidad administrativa de las funciones públicas necesarias en todas las Corporaciones locales a funcionarios con habilitación estatal. Pero no es menos cierto que el artículo 132 del TRRL, no derogado por el EBEP, atribuye a los funcionarios de carrera el desempeño de los puestos de trabajo que tengan atribuidas las funciones señaladas en el artículo

92.2 de la LBRL, así como las que en su desarrollo y en orden a la clasificación de puestos, se determinen en las normas estatales sobre confección de las relaciones de puestos de trabajo y descripción de puestos de trabajo-tipo.

Aparte del sistema de acceso a la función pública y de provisión de puestos, si algo singulariza a los funcionarios con habilitación estatal respecto de los nombrados por las Corporaciones hasta el punto de justificar la reserva a los mismos de las funciones públicas necesarias, es el estatus previsto en el Título III del RD 1174/1987, en el que se establecen “los deberes y garantías en el ejercicio de las funciones reservadas”.

En primer lugar, el artículo 43 fija una garantía retributiva, pues aunque los complementos salariales serán fijados por la Corporación, se permite al Ministerio de Administraciones Públicas dictar normas que garanticen la asignación de un nivel mínimo, a efectos de complemento de destino, a los puestos de trabajo reservados, según las características concretas de los mismos y las generales de la Entidad en cuya relación estén incluidos (también máximos, para garantizar la viabilidad económica del sostenimiento de puestos-tipo reservados). Que se sepa, el MAP no ha hecho uso de esta posibilidad, cosa que sí se encuentra actualmente en proyecto en alguna Comunidad autónoma.

Por su parte, el artículo 45 consagra el derecho a la inamovilidad en la residencia de los funcionarios con habilitación estatal (que también les reconoce el artículo 141.1 del TRRL, mientras que los demás funcionarios estarán asistidos de este derecho en cuanto el servicio lo consienta), sin que puedan ser destituidos de los puestos reservados ni separados del servicio sino por resolución del Ministro para las Administraciones Públicas tras la incoación y tramitación de expediente disciplinario a tal efecto. En este sentido, el artículo 46, tras remitir al TRRL determinadas especialidades en cuanto al régimen disciplinario, establece una serie de reglas procedimentales aplicables en los expedientes a habilitados. Pero la particularidad más importante es, a los efectos aquí analizados, el diferente sistema de reparto competencial para las distintas actuaciones, según se trate de funcionarios con habilitación estatal o sin ella:

En primer lugar, la incoación (así como el nombramiento de instructor, el decreto o alzamiento de la suspensión provisional y las eventuales diligencias previas), puede corresponder a la Dirección General de Función Pública, en caso faltas cometidas en Corporación distinta de aquella en la que se encuentren prestando servicios, o cuando, por la gravedad de los hechos denunciados, pudiera dar lugar a la destitución o separación del servicio. Además, el presidente de la Corporación puede solicitar de aquella Dirección la instrucción del expediente por él incoado, si la Corporación careciera de medios personales para su tramitación (art. 150 TRRL).

Para la imposición de sanciones por faltas graves o muy graves (es decir, todas menos el apercibimiento) serán competentes: el Ministerio de Administraciones Públicas, en cuanto a la destitución del cargo o la separación del servicio, así como la suspensión de funciones por faltas cometidas en Corporación distinta de aquella en que se encuentre el habilitado prestando servicios; y el Pleno de la Corporación, para el resto de las sanciones no comprendidas en el apartado anterior (es decir, la suspensión de funciones, pues el apercibimiento, por corresponder sólo a faltas leves, corresponderá al Alcalde).

Por el contrario, los funcionarios cuyo nombramiento esté atribuido a la Corporación serán sancionados por el Presidente de la misma excepto cuando se trate de imponer la separación del servicio (art. 151 TRRL). En este sentido conviene matizar que el artículo 21.1 de la LBRL atribuye al Alcalde, en la letra h) (con carácter indelegable, según el apartado 3) “desempeñar la jefatura superior de todo el personal, y acordar

su nombramiento y sanciones, incluida la separación del servicio de los funcionarios de la Corporación y el despido del personal laboral, dando cuenta al Pleno, en estos dos últimos casos, en la primera sesión que celebre”.

No obstante lo anterior, es preciso tener en cuenta que según el apartado 6 de la DA 2ª del EBEP, el régimen disciplinario de los habilitados se regulará por lo dispuesto por cada Comunidad Autónoma, correspondiendo al MAP la resolución de los expedientes en los que el funcionario se encuentre destinado en una Comunidad distinta a aquella en la que se le incoó el expediente.

Otra peculiaridad del régimen sancionador de los funcionarios con habilitación estatal es que sólo a ellos les será de aplicación la sanción de destitución del cargo, que sustituirá a la suspensión de funciones cuando supere el año de duración (con prohibición de obtener nuevo destino y durante un plazo máximo de tres años), mientras que para el resto de los funcionarios la suspensión firme de funciones determina la pérdida del puesto de trabajo (art. 148 del TRRL).

Por lo tanto, y en garantía del ejercicio de las funciones reservadas, los habilitados estatales gozan de una serie de peculiaridades en cuanto a su régimen retributivo y disciplinario respecto de los restantes funcionarios que prestan servicios en la Corporación, en indudable refuerzo de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de dichas funciones. No debe entenderse, en mi opinión, sin más, que la reserva de funciones opere exclusivamente respecto de asesores externos, personal eventual, laborales y funcionarios propios no pertenecientes al subgrupo A1, pues sí es cierto que la independencia del habilitado frente a la Corporación y, sobre todo, frente al Alcalde se encuentra mejor garantizada en la normativa.

No obstante, tampoco puede desconocerse el peculiar estatus de los funcionarios nombrados por la Corporación, que les permite ofrecer unas garantías de independencia, objetividad e imparcialidad superiores a las del personal laboral, eventual y asesores externos. Por lo demás, el personal laboral presenta ciertas similitudes con el personal funcionario en cuanto a responsabilidades se refiere. En este sentido, es preciso señalar que la DA 22ª de la LCSP remite al régimen general establecido en la Ley 30/1992 y su Reglamento de desarrollo para la exigencia de responsabilidad patrimonial, por los daños que puedan haber causado con sus actuaciones en materia de contratación administrativa, aparte de las autoridades, todo el personal al servicio de las AAPP. Asimismo, se tipifica como falta muy grave “la infracción o aplicación indebida de los preceptos contenidos en la presente ley por parte del personal al servicio de las AAPP, cuando mediare al menos negligencia grave”.

La normativa sobre contratación pública no diferencia, pues, a estos efectos, entre funcionarios, con o sin habilitación, y personal laboral, siendo preciso considerar que, en la práctica, los órganos jurisdiccionales del orden social suelen ser mucho más benévolo y garantista con el empleado que los de lo contencioso-administrativo, con lo que puede resultar más difícil la sanción de un laboral que de un funcionario, implicando esta circunstancia un nada desdeñable refuerzo de la independencia de criterio de aquel.

Por lo expuesto, cabe afirmar que la reserva de funciones públicas necesarias, en particular la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo, a funcionarios con habilitación estatal puede ser entendida en sentido no excluyente de la encomienda a otro personal de la Corporación de estas funciones, mediante las fórmulas que se examinan en el siguiente epígrafe. En cualquier caso, es preciso señalar que la citada reserva puede cumplirse en su sentido más estricto sin necesidad de recurrir a la

selección de personal propio de la Corporación, mediante la creación de puestos de colaboración con la Secretaría reservados a funcionarios con habilitación estatal.

IV. EL EJERCICIO DE FUNCIONES RESERVADAS POR PERSONAL NO HABILITADO: FÓRMULAS ATRIBUTIVAS

Como ya se ha señalado, la RPT constituye la máxima expresión de la potestad autoorganizativa de la Corporación en lo relativo a sus servicios administrativos, pudiendo establecer, mediante el organigrama, un servicio o unidad de contratación dependiente o no de la Secretaría General.

Pasando a referirnos a los puestos de trabajo en concreto, cabe la posibilidad, en primer lugar, de que la RPT contenga, al amparo del artículo 2, letra g) del Reglamento sobre provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios con habilitación estatal (aprobado por el RD 1732/1994, de 29 de julio), uno o más puestos de colaboración (reservados a funcionarios con habilitación estatal), que pueden crear discrecionalmente las Corporaciones para el ejercicio de las funciones de colaboración inmediata a las de secretaría, intervención o tesorería, y a los que corresponde la sustitución de sus titulares en caso de vacante, ausencia, enfermedad o abstención legal o reglamentaria, así como para el ejercicio de las respectivas funciones reservadas que, previa autorización de la Alcaldía o Presidencia, les sean encomendadas por dichos funcionarios titulares.

Por tanto, las funciones atribuidas nominalmente al Secretario por la normativa de contratación administrativa pueden ser desempeñadas por el titular del puesto de colaboración, ya sea por sustitución (en caso de vacante, ausencia, enfermedad o abstención legal o reglamentaria) o mediante encomienda por el titular, previamente autorizado por el Alcalde o Presidente, por disposición expresa de la normativa de régimen local aplicable a los funcionarios con habilitación estatal (en tanto no resulte modificada por las normas de desarrollo de la DA 2ª del EBEP).

En caso de que la RPT del Ayuntamiento recoja un puesto con funciones de asesoramiento legal preceptivo y/o fe pública en materia de contratación, ya sea integrado en una unidad de contratación independiente de Secretaría o con una dependencia jerárquica del funcionario con habilitación estatal, el artículo 3, letra b) del RD 1147/1987 considera suficiente que el Secretario consigne nota de conformidad o disconformidad (razonando esta última y asumiendo en este último caso el firmante de la nota la responsabilidad del informe) con lo dictaminado por otro Jefe de servicio o dependencia u otro asesor jurídico. Pero esta posibilidad sólo se recoge expresamente en la normativa para aquellos supuestos de informe previo preceptivo en expedientes de contratación para cuya aprobación se exija una mayoría especial (por ej., art. 47.2 LBRL, concesión de bienes o servicios por más de cinco años, siempre que su cuantía exceda del 20% de los recursos presupuestarios ordinarios).

La posibilidad de extender nota de conformidad o disconformidad sobre el informe del jefe de la dependencia (preceptivo, por lo demás, en virtud del artículo 172 del ROF) u otro asesor jurídico (el artículo 174 del ROF lo admite) en los supuestos del apartado c) de dicho precepto (informe previo exigido por un precepto legal expreso) es defendida, pese al silencio de la norma, por entender que el objetivo de la norma es "que la opinión del Secretario sea la última en ser expresada en el expediente, en su condición legalmente establecida de asesor jurídico de la Corporación"².

² CATALÁ MARTÍ: p. 1791. En opinión de este autor (p.1792), la omisión de la nota de conformidad o disconformidad por el Secretario al informe jurídico del Jefe de la dependencia sólo constituye una mera irregularidad formal no invalidante.

Esta práctica viene siendo aceptada en sede jurisdiccional. Así, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha estimado suficiente, a efectos de emisión del informe previo a la aprobación del pliego, el visto bueno del Secretario del ayuntamiento al informe emitido por el jefe del departamento de contratación-patrimonio (Sentencia de 4 de junio de 2004), y el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía rechazó una pretensión de nulidad absoluta por defecto esencial de procedimiento basada en la falta de informe del Secretario General (exigido por el artículo 113.1 y 4 del TRRL), por constar en el expediente que el informe emitido por el Jefe de Sección del Servicio Jurídico Administrativo había sido conformado por el Coordinador del Servicio administrativo, que actuaba por delegación del Secretario General de la Corporación (Sentencia de 27 de mayo de 2002).

Otra solución, en lugar de conformar informes ajenos luego de un examen superficial, sería la delegación. En este sentido, la normativa sólo se refiere a la encomienda de las funciones de fe pública y asesoramiento legal preceptivo de Juntas, Órganos o Entidades dependientes de la Corporación distintas del Alcalde, Pleno o Junta de Gobierno Local, a funcionarios propios, por la Corporación y a propuesta del titular de la Secretaría, actuando como delegados de éste (art. 13.2 del RD 1174/1987). En relación con este precepto el Tribunal Supremo ha manifestado (Sentencia de 4 de diciembre de 1990) que:

“... la titularidad orgánica del sector en que se desarrollan las funciones discutidas pertenece a la Corporación, a quien han de imputarse los efectos jurídicos externos de la actividad de esos funcionarios; de ahí que sea lícito que pueda la Corporación ejercitar la de delegación en el sentido de los preceptos impugnados en uso de las potestades de autoorganización que le confiere el art. 4.1.a) de la Ley de Bases de Régimen Local. Sin que con la regulación recurrida se vulneren las facultades de los funcionarios con habilitación nacional, en los términos del art. 92, p 3. de la Ley de Bases de Régimen Local, que únicamente alude a que «la responsabilidad administrativa» derivada de esas facultades se reserva a dichos funcionarios, pues se les atribuye la propuesta de la delegación, y se sigue manteniendo su responsabilidad administrativa por el resultado de la actuación del delegado, vistos los normales efectos de la delegación. Sin que quepa también hablar de infracción del art. 4.º de la Ley del Procedimiento Administrativo, en cuanto que, según se ha dicho, la delegación la realiza la Corporación como titular del órgano externo en que se engloba la actuación de esos funcionarios con habilitación nacional, en uso de las potestades autoorganizatorias, conferidas por un precepto con rango legal - el art. 4.º de la Ley de Bases del Régimen Local”.

El órgano competente para acordar la delegación será el Alcalde o Presidente³ (art. 21.1 LBRL, letras q, h y s), que dispone de una potestad discrecional a tal efecto. Según la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1994:

“El tan repetido artículo 13.2 del RD 1174/87 expone inequívocamente el carácter facultativo de las designaciones (“podrán ser encomendadas”) realizadas por la Corporación Municipal, a propuesta del titular de la

³ ITURRIAGA Y URBISTONDO, F.J.: “La delegación de funciones del titular de la Secretaría en los municipios de régimen común. Análisis jurisprudencial”, El Consultor, nº 10/2007, pp. 1674 y ss.

Secretaría, de funcionarios propios de la misma carentes de la habilitación de carácter nacional para los puestos que relaciona. Por tanto, el cese de la demandante como Secretaría del Distrito Municipal del Ensanche no se ha producido por un efecto directo de la norma reseñada sino como consecuencia de un acto singular del Órgano Municipal competente que, utilizando las facultades reconocidas por la norma y en ejercicio de sus poderes discrecionales y de autoorganización cesó a la recurrente en su puesto y nombró a otro funcionario. Nombramiento que, impugnado por la recurrente, fue objeto de enjuiciamiento en la citada STS 3.ª.7 de 25 de febrero de 1993, desestimatoria del recurso”.

En cuanto a las circunstancias del delegado, la dicción literal del precepto permite excluir tanto al personal laboral como a funcionarios que no sean propios de la Corporación y, frente a quienes sostienen que si las funciones delegadas son de asesoramiento legal el funcionario delegado debe estar en posesión de la licenciatura en Derecho⁴, es preciso tener en cuenta que para acceder a la subescala de Secretaría no es esta la única licenciatura exigida, por lo que no parece que pueda operar dicha restricción para el funcionario delegado si no rige para el delegante.

Las potestades de autoorganización de la Corporación justifican, por lo demás, que la jurisprudencia no considere precisa la aceptación de la delegación por su destinatario (entre otras, STSJ de Cantabria de 10 de marzo de 2006), sin perjuicio de que pueda impugnarse la decisión ante la jurisdicción contencioso-administrativa si considera que el contenido de la descripción de su puesto de trabajo no incluye el desempeño de las funciones encomendadas, o por cualquier otra causa⁵.

Pero esta fórmula no resulta aplicable a los supuestos previstos en la normativa de contratación, respecto de la entidad local, sin un cierto esfuerzo interpretativo, pues es preciso recordar que el precepto que la establece la refiere expresamente a Juntas, Órganos o Entidades dependientes de la Corporación distintas del Alcalde, Pleno o Junta de Gobierno Local. Como mucho podría entenderse la delegabilidad de las funciones de asesoramiento que el Secretario municipal pueda ostentar respecto de la Mesa de Contratación o, en su caso, de la Junta de Contratación, únicos órganos o juntas distintas del Alcalde, Pleno o Junta de Gobierno que intervienen en los correspondientes procedimientos.

En relación con la Mesa es preciso, por lo demás, mencionar la opinión de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que en su Informe 17/2000, de 6 de julio niega la posibilidad de que el Secretario delegue su participación en dicho órgano, en los términos que siguen:

“En el escrito del Presidente de la Diputación Provincial de Barcelona se expresa, al formular la consulta, que el Secretario y el Interventor formarán parte como vocales o aquellos funcionarios en quienes hayan delegado. Debe advertirse sobre tal afirmación que el artículo 24.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, como se indica en el apartado anterior prevé la forma en que se producirá en los órganos colegiados la citada sustitución de los miembros del mismo, es decir, de la Mesa de contratación, no estableciendo la posibilidad de delegación de los

⁴ ITURRIAGA Y URBISTONDO, F.J.: “La delegación ...”, cit.

⁵ ITURRIAGA Y URBISTONDO, F.J.: “La delegación ...”, cit.

vocales de los órganos colegiados y al no establecer tal posibilidad la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas resulta de aplicación aquella norma, por lo que únicamente cabe la posibilidad de designar vocales suplentes para cubrir aquellos supuestos en que los vocales, cualquiera que fueran, puedan ser sustituidos. Al propio tiempo, debe indicarse que la figura de la delegación de competencias se encuentra regulada en el artículo 13 la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común estando referida al ejercicio de las competencias atribuidas a los órganos administrativos en otros órganos aunque no sean jerárquicamente dependientes que se verifica en la adopción de resoluciones que se consideran adoptadas por el órgano delegante. Tal supuesto no se produce en la participación del Secretario o del Interventor como vocales de la Mesa de contratación en la que no adoptan ninguna resolución, sino que se limitan a expresar su opinión sobre las cuestiones relativas a la calificación documental que se acompaña a las proposiciones, a la valoración de las ofertas y a la proposición del adjudicatario del contrato al órgano de contratación, actuaciones que no conllevan la adopción de una resolución. Cuestión distinta es la referida al Presidente de la Mesa de contratación de las Corporaciones locales, en la que la disposición adicional novena, apartado 3, de la Ley prevé la posibilidad de delegación en otro miembro de la Corporación”.

Como puede comprobarse, la Junta Consultiva clarifica también su posición sobre cuales sean las funciones del Secretario municipal en la Mesa, en contra de lo sostenido por el Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración local de la Comunidad de Madrid, para el que el Secretario es vocal de la Mesa por imperativo legal y debe dar fe, por el mismo motivo, de la actuación de la misma (Consulta de 24 de abril de 2000):

“... Por todo ello, consideramos muy conveniente que las actas de la Mesa de contratación sean levantadas bien por el Secretario o por funcionario en quien delegue el propio Secretario. Y no creemos en ningún caso desmesurado o irracional el que el Secretario, si lo considera oportuno o eficaz, actúe como fedatario público de la Mesa de contratación.

En este caso el Secretario sería por imperativo legal vocal de la Mesa de contratación y al mismo tiempo Secretario de la misma dando fe a través de las actas de las deliberaciones y decisiones que lleva a cabo este órgano de asistencia del órgano competente para la selección del contratista”.

Otra opinión estima admisible la designación como suplente del Secretario del Vicesecretario u Oficial Mayor, considerado más problemática la posibilidad de admitir la sustitución de aquel, con carácter permanente, por otro funcionario de la Corporación cuando no existe un segundo funcionario con habilitación de carácter estatal perteneciente a la subescala correspondiente. Debería, pues, restringirse su admisión al supuesto de ausencia, vacante o enfermedad, dado que la finalidad de la norma es que se integre en la Mesa un funcionario que ostente esta cualificación para preservar la objetividad y transparencia en el procedimiento de adjudicación⁶.

⁶ CATALÁ MARTÍ: p. 1794.

En definitiva, no resulta sencillo, de desear atenerse a la literalidad de la normativa vigente, defender la validez del asesoramiento legal preceptivo ejercitado, en materia de contratación, por profesionales distintos del Secretario municipal u otros funcionarios con habilitación estatal acudiendo a fórmulas como la delegación de funciones o la nota de conformidad. Si no se desea forzar el tenor literal de los preceptos analizados mediante interpretaciones extensivas o acudir a la analogía, la solución sería dar por buena la atribución de funciones que haga la Relación de Puestos de Trabajo, con base en la potestad autoorganizatoria de la Corporación, y que no falten informes legales preceptivos en los expedientes de contratación, emitidos por personal de la corporación al que se le puedan exigir, en su caso, las correspondientes responsabilidades, patrimonial y disciplinaria, a que se refiere la DA 22ª de la LCSP.

En relación con dicha responsabilidad disciplinaria es preciso recordar, no obstante, que las sanciones por faltas muy graves (como la infracción o aplicación indebida de los preceptos de dicha ley mediando al menos negligencia grave) pueden comportar desde la suspensión de funciones hasta la separación del servicio, pasando (para los habilitados estatales) por la destitución del cargo, sanciones que corresponde imponer al alcalde cuando se refieran al personal propio, mientras que será necesario acuerdo plenario para suspender de funciones al Secretario municipal, y de la Dirección General de Función Pública del MAP u órgano autonómico equivalente, cuando se trate de imponerle la destitución del cargo o la separación del servicio. Este régimen peculiar supone un refuerzo, al menos teórico, de las garantías de imparcialidad, objetividad e independencia en el ejercicio de las funciones reservadas, por más que no quepa desconocer que tales virtudes profesionales pueden también predicarse de funcionarios desprovistos de semejantes incentivos legales, a los que no puede negarse *a priori* la competencia para desempeñar aquellas funciones con total sometimiento a las normas.