

¿PUEDEN LOS SECRETARIOS DE AYUNTAMIENTO CONTROLAR LA CONTRATACIÓN LABORAL IRREGULAR EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS?

CAN CITY SECRETARIES CONTROL IRREGULAR LABOR RECRUITMENT IN PUBLIC ADMINISTRATIONS?

Beatriz Selma Penalva

Funcionaria de Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional .
Secretaria General del Ayuntamiento de Pilar de la Horadada.

Palabras clave: empleo público, igualdad, mérito y capacidad, selección de personal, estabilización del personal, indefinido no fijo.

Keywords: public employment, equality, merit and ability, personnel selection, personnel stabilization, permanent non-fixed.

Resumen: En el presente trabajo se pone de manifiesto el progresivo debilitamiento que ha sufrido la figura del Secretario general de un Ayuntamiento. Esta progresiva pérdida de funciones ha implicado, entre otras cosas, dejar de ostentar el cargo de jefe de personal de la Corporación municipal, por lo que su capacidad de control de la legalidad de los procesos de contratación, se restringe sustancialmente. Se trata de un hecho que presenta mucha más importancia práctica de la que aparentemente tiene, ya que, aunque pocas veces se haya puesto de manifiesto, coincidió en el tiempo, de forma prácticamente exacta, con el exponencial incremento de las irregularidades en la contratación laboral efectuada por las Administraciones públicas que dieron lugar, en su momento, a la creación jurisprudencial de la figura del indefinido no fijo.

Por su parte, las nuevas reglas de consolidación del empleo público temporal, van a dar lugar a la estabilización de cientos de personas, en puestos de habilitados nacionales sin haber superado un proceso selectivo de carácter nacional (como exigiría el puesto que ocupan), con el riesgo que ello implica de desprofesionalizar el cuerpo, minorando su capacidad y eficacia.

Abstract: This paper reveals the progressive weakening that the figure of the General Secretary of a City Council is suffering. This progressive loss of functions implies, among other things, ceasing to hold the position of chief of staff of the Municipal Corporation, so its ability to control the legality of the contracting processes is substantially restricted. This is a fact that has much more practical importance than is usually given to it, since, although it has rarely been revealed, it coincided in time, practically exactly, with the exponential increase in irregularities in the labor contracting carried out by public administrations that gave rise, at the time, to the jurisprudential creation of the figure of the indefinite non-permanent.

For their part, the new rules for the consolidation of temporary public employment will lead to the stabilization of hundreds of people, as if they were qualified nationals, without having passed a national selection process (as the position they occupy would require), with the risk that this implies of de-professionalizing the public employment, and thereby further reducing, if possible, the guarantee functions that they are called upon to perform, reducing their capacity and effectiveness.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN: FUNCIONES DE LOS SECRETARIOS DE AYUNTAMIENTO. II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS. III. PRINCIPALES PROBLEMAS CON LOS QUE SE ENCUENTRA EL SECRETARIO EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES. IV. TRASCENDENCIA PRÁCTICA DE LA PÉRDIDA DE LAS FUNCIONES DE JEFE DE PERSONAL POR PARTE DE LOS SECRETARIOS DE AYUNTAMIENTO. V. PARTICIPACIÓN DEL SECRETARIO EN LOS EXPEDIENTES DE CONTRATACIÓN DE PERSONAL. 1. Participación en Tribunales o Comisiones de Selección. 2. Papel del Secretario en la prevención de las contrataciones administrativas de servicios que encubren relaciones laborales encubiertas. VI. PAPEL DEL SECRETARIO EN LA PREVENCIÓN DE CONTRATACIONES IRREGULARES. VII. CONCLUSIÓN. VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: FUNCIONES DE LOS SECRETARIOS DE AYUNTAMIENTO

El Secretario municipal, pertenece junto con los Interventores y Tesoreros a un cuerpo funcional denominados funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional. Como es sabido, los Funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional¹ pertenecen a un cuerpo nacional seleccionado por el Estado, no por las propias Entidades Locales, a través de unos rigurosos procesos selectivos a cargo del Instituto Nacional de Administración Pública (INAP). Al ser una oposición de ámbito nacional, estos funcionarios pueden ocupar puestos en todas las entidades locales del territorio nacional.

A modo introductorio, las normas que actualmente regulan las funciones de la secretaría general, son las siguientes:

1. El Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, especifica en su art. 3.1 que «la función pública de secretaría integra la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo (...), pasando a continuación a describir con detenimiento, en el art. 3.2 del mismo texto, las distintas facetas que integran en nuestro ordenamiento jurídico el concepto de «fe pública», que abarcan funciones tales como Asistir y levantar acta de las sesiones que celebren el Pleno, la Junta de Gobierno y cualquier otro órgano

1 Con la disposición adicional segunda de Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), pasan a denominarse funcionarios con habilitación de carácter estatal. Posteriormente, la Ley 27/2013 de 27 de diciembre de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local en su Disposición Transitoria séptima vuelve a cambiar su denominación, al establecer que «Las referencias a la Escala de Funcionarios con habilitación de carácter estatal, se entenderán hechas a la Escala de Funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional

colegiado de la Corporación en que se adopten acuerdos que vinculen a la misma, y posteriormente transcribirla al libro de actas, también será función del Secretario transcribir en el Libro de Resoluciones los Decretos dictados por el alcalde o por concejales que actúen por delegación de él. Corresponde también al secretario la función de certificar todos los actos o resoluciones de la Presidencia y los acuerdos de los órganos colegiados decisorios, así como los antecedentes, libros y documentos de la Entidad Local y actuar como fedatario en la formalización de todos los contratos, convenios y documentos análogos en que intervenga la Entidad Local.

En el apartado 3.3 del citado Real Decreto 128/2018 indica los supuestos en los que al Secretario le corresponde ejercer la función de asesoramiento legal preceptivo, indicando los tres supuestos siguientes:

«a) La emisión de informes previos en aquellos supuestos en que así lo ordene el Presidente de la Corporación o cuando lo solicite un tercio de miembros de la misma, con antelación suficiente a la celebración de la sesión en que hubiere de tratarse el asunto correspondiente. Tales informes deberán señalar la legislación en cada caso aplicable y la adecuación a la misma de los acuerdos en proyecto.

b) La emisión de informes previos siempre que un precepto legal o reglamentario así lo establezca.

c) La emisión de informe previo siempre que se trate de asuntos para cuya aprobación se exija la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación o cualquier otra mayoría cualificada».

2. Por su parte, la Disposición Adicional Tercera de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público,(LCSP), apartado 8 añade las siguientes atribuciones a la Secretaría general, en materia de contratación pública: *«Los informes que la Ley asigna a los servicios jurídicos se evacuarán por el Secretario. Será también preceptivo el informe jurídico del Secretario en la aprobación de expedientes de contratación, modificación de contratos, revisión de precios, prórrogas, mantenimiento del equilibrio económico, interpretación y resolución de los contratos. Corresponderá también al Secretario la coordinación de las obligaciones de publicidad e información que se establecen en la Ley 19/2013 de 9 de diciembre de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Bueno Gobierno»*
3. A estas funciones habrá que añadir las atribuidas por normativa sectorial, así como las funciones complementarias que les puedan atribuir las Relaciones de Puestos de Trabajo de cada Ayuntamiento.
4. Por último, no podemos olvidar hacer referencia a las funciones que le corresponden a los Secretarios municipales en el proceso electoral. A este respecto el artículo 11.4 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, de 19 de junio de 1985, dispone que los *«Secretarios de los Ayuntamientos son Delegados de las Juntas Electorales de Zona y actúan bajo la estricta dependencia de las mismas»*, pudiéndose afirmar que, con su actuación por delegación de la Junta Electoral de Zona contribuyen a garantizar en los términos previstos por la legislación electoral la transparencia y objetividad del proceso electoral².

2 Recuerda nuestra doctrina, que es obvio que el papel de los Secretarios del Ayuntamiento, es básicamente el de garantizar y dar fe pública en general, y en particular con todo lo referido a la preparación de las elecciones. Destacando la *«importancia de la neutralidad e independencia, junto a la profesionalidad de estos funcionarios locales de cara a salvaguardar jurídicamente y gestionar eficazmente todo lo referente a las convocatorias electorales y a la garantía del derecho ciuda-*

En lo que afecta a la contratación de nuevo personal, las competencias de los Secretarios de Ayuntamiento son limitadas, pero no inexistentes como se verá más adelante, pero no siempre ha sido así. Conviene hacer referencia en este momento a la evolución histórica de la figura del Secretario de Ayuntamiento y de las funciones que históricamente le fueron sido atribuidas desde la creación de este cuerpo nacional, pues la comprensión de su evolución nos puede permitir entender las circunstancias actuales que han dado lugar a la proliferación de contrataciones laborales irregulares dentro de la Administración Local.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El hoy denominado cuerpo de Habilitados Estatales fue creado en virtud del Estatuto Municipal de 8 de marzo de 1924 —cuyo autor fue D. José Calvo Sotelo— bajo la denominación de Secretarios Interventores y Depositarios de Administración Local «*como una respuesta institucional frente a la corrupción política y el caciquismo local, practicante del pucherazo electoral continuado; viniendo a dar respuesta a un problema y demanda que tenía sus orígenes y cénit en la España de la Restauración, siendo este hecho una manifestación más de la crisis de esa época y de su sistema político-administrativo*»³.

Al cuerpo de Secretarios se le atribuyeron dos funciones básicas: la fe pública y el cumplimiento de la legalidad; y ello junto a otras competencias genéricas como la de desempeñar la jefatura de la organización municipal y administrativa del personal, bajo la autoridad del alcalde.

Para garantizar la independencia de esos nuevos cuerpos nacionales, se les hizo depender a todos los efectos del Ministerio de la Gobernación, desvinculándolos de las autoridades políticas locales, y sus cometidos fueron perfilándose, primero por el Texto Articulado de 1950 y, posteriormente, por el Texto Refundido de 1955⁴.

En concreto, el artículo 413.2 del Decreto de 24 de junio de 1955 por el que se aprueba el texto articulado de las Leyes de Bases de Régimen Local de 17 de julio de 1945 y 3 de diciembre de 1953, regulaba la obligación de advertir las ilegalidades por parte del Secretario y del Interventor en los términos siguientes: «*El Secretario y el Interventor, dentro de sus res-*

dano al sufragio. Además de lo anterior, en el sistema político español local, tan plural y diverso y además caracterizado por el inframunicipalismo, el papel garantizador y la profesionalidad de los Secretarios de Ayuntamiento, es aún más necesario y relevante para evitar todo posible fraude o limitación de derechos electorales». Cfr. CANALES ALIENDE, J.M., «El papel de los Secretarios de Ayuntamiento como coadyuvantes de la Administración Electoral», *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, nº.24, 2010, págs. 27-41. También, sobre esta cuestión, DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, M., «Las juntas electorales competentes. El Secretario de Ayuntamiento como delegado de la junta electoral de zona», *Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados. Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, nº. 8, 2015 (ejemplar dedicado a: Elecciones locales 2015), págs. 904-907.

3 CANALES ALIENDE, J.M., «El papel de los Secretarios de Ayuntamiento como coadyuvantes de la Administración Electoral», *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, nº.24, 2010, págs. 27-41.

4 Decreto de 16 de diciembre de 1950 por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Régimen Local de 17 de julio de 1945 y Decreto de 24 de junio de 1955 por el que se aprueba el texto articulado y refundido de las Leyes de Bases de Régimen Local, de 17 de julio de 1945 y de 3 de diciembre de 1953.

pectivas esferas de acción incurrirán en responsabilidad si no advierten a la Corporación las manifiestas infracciones legales en que puedan incurrir con sus acuerdos». Concretando el apartado 3 de este mismo artículo la manera en la que se debía ejercer esta advertencia de ilegalidad «*Dichos funcionarios podrán advertir la ilegalidad de los acuerdos que pretendan adoptarse mediante nota en el expediente, antes de dar cuenta a la Corporación. Podrán asimismo solicitar que un expediente o propuesta quede sobre la Mesa hasta la próxima sesión, cuando por la índole del asunto tuviera duda sobre la ilegalidad del acuerdo*». En esta época, el Secretario también disponía de unas competencias más amplias pues, como se ha señalado, era miembro de la Corporación local en la que prestaba sus servicios, y ostentaba la jefatura de todo el personal.

Así, el Reglamento de Funcionarios de Administración Local aprobado por Decreto de 30 de mayo de 1952 establecía que el Secretario tenía la obligación de advertir toda manifiesta ilegalidad. En concreto los artículos 143 y siguientes establecían todas las competencias atribuidas a los Secretarios, que les permitían controlar a la Corporación en general, y a su alcalde en particular, convirtiéndolos en auténticos directores de la Administración municipal.

Sin embargo esta situación cambió radicalmente con la aprobación de la Ley de Bases de Régimen Local 7/1985 (LBRL), en la que advertencia de ilegalidad que correspondía tradicionalmente a los Secretarios de Ayuntamiento fue eliminada⁵.

Actualmente, el artículo 92 bis LBRL, circunscribe la función de secretaria a la fe pública y al asesoramiento legal preceptivo, en este caso solo para determinados asuntos, omitiendo toda referencia a la advertencia de ilegalidad. En desarrollo de los artículos de la LBRL que describen las competencias de los funcionarios con habilitación de carácter estatal (hoy nacional) se dictó el ya derogado Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional, en el que definitivamente se eliminaba la advertencia de ilegalidad atribuida a los Secretarios de Ayuntamiento, junto con otras de sus funciones directivas por ejemplo, la jefatura de personal.

Esta visión del Secretario municipal se mantiene en el vigente Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, que sustituye al de 1987, en el que se incrementan los supuestos de informe preceptivo del Secretario, pero ni rastro de nuevo, ni de la atribución de la jefatura de personal ni de la advertencia de ilegalidad reconocidas en otra época⁶.

Es una situación en cierto modo diferente a la de los Interventores municipales que conservan funciones de control de los expedientes municipales mediante el ejercicio de la facultad de reparar actos o acuerdos locales, y, que incluso han visto incrementadas sus atribuciones de control tras la aprobación del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula

5 Evolución de funciones que explica con detenimiento VERA TORRECILLAS, R.J., *Del escribano al secretario municipal: antecedentes, origen y evolución de los cuerpos nacionales hasta la Ley de bases del régimen local*, Dykinson, Madrid, 2021.

6 Sobre ésta y otras cuestiones, véase ORTIZ BLASCO, J.J., «Régimen jurídico de las entidades locales», *Cuadernos de derecho local*, n.º. 6, 2004, págs. 81-105. También al respecto FERNÁNDEZ CORREDOR SÁNCHEZ-DIEZMA, J., «Distintas actuaciones en una Corporación local», *CEF Legal. Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, n.º. 52, 2005, págs. 113-122.

el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local, pues su artículo 6.4 les faculta también de solicitar de quien corresponda, el asesoramiento jurídico o los informes técnicos que estimen necesario⁷.

Sin embargo, como se ha señalado, los Secretarios municipales no poseen la atribución de requerir la emisión de cuantos informes estimen pertinentes, facultad que desapareció junto a la jefatura de todo el personal. A falta de respaldo legal, los Secretarios se ven abocados a solicitar la colaboración de la Alcaldía-Presidencia, para que, como jefe superior de todo el personal, requiera los informes que el Secretario necesite para tener una visión completa del expediente. Esto es fácil cuando hay una relación de confianza y colaboración entre el representante político y el funcionario de habilitación nacional, pero no en todos los casos es así, y en el caso de no existir, deja al Secretario en una débil posición a la hora de requerir la emisión de determinados informes por otros técnicos municipales.

Esta modificación de atribuciones ha ocasionado en ciertas ocasiones una divergencia entre la actual realidad legislativa y la conciencia aún subsistente entre una parte de la sociedad de la figura del Secretario como figura aún dotada de amplias atribuciones en materia de dirección de la gestión municipal, cuando esto ya no es así⁸. En ocasiones, esta idea aún se percibe que se mantiene por la doctrina y la jurisprudencia, lo que ocasiona, en la práctica, muchos problemas al ejercicio de las funciones de Secretaría. Esta interpretación no es acorde a la literalidad de la legislación en vigor, en la que cada vez a los Secretarios se les ha ido privando de funciones y limitando sus herramientas de control hasta rozar el ridículo, por ejemplo dispone el artículo 92.2 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (en adelante ROF) que *«En el supuesto de que se trate de asuntos no incluidos en el orden del día que requieran informe preceptivo de la Secretaría o de la Intervención, si no pudieran emitirlo en el acto, deberán solicitar del Presidente que se aplaze su estudio quedando sobre la mesa hasta la próxima sesión. Cuando dicha petición no fuera atendida, el Secretario lo hará constar expresamente en el acta»*. Hace falta tan solo imaginarse la situación para poder advertir la fragilidad de las herramientas otorgadas por la ley a los Secretarios para el ejercicio de sus funciones.

Una situación parecida ocurriría si durante la sesión se suscitara duda sobre la legalidad de un asunto, en el que el artículo 94.3 del ROF señala que *«el Secretario podrá solicitar la palabra del Presidente de la Corporación»*. No determina sin embargo este artículo las consecuencias de no ser concedido el uso de la palabra pero, por analogía con el artículo 92.2, no serán muy diferentes: el Secretario lo reflejará en el acta. Consecuencia ínfima para la trascendencia del asunto.

7 Sobre este tema, GALÁN CÁCERES, J., «Administración local. Ajuste a derecho de acuerdos adoptados por el pleno de un Ayuntamiento», CEF Legal: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos, nº. 202, 2017.

8 De hecho, ni siquiera mantiene competencias en materia de evaluación ni adaptación de los puestos de trabajo en caso de riesgo profesional. Al respecto, RUANO VILA, J.V., «El papel del Secretario del Ayuntamiento en materia de prevención de riesgos laborales», *Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados. Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, nº. 1, 2014, págs. 53-60.

La ley parece atribuir al Secretario funciones de asesoramiento de la legalidad de los expedientes de los que tenga conocimiento en el seno de una sesión de un órgano colegiado en el que actúe de fedatario público, y sobre los que se susciten dudas, aunque circunscribe esta atribución a la posibilidad de solicitar la palabra y en su caso, reflejarlo en acta. El ROF utiliza la palabra «posibilidad», pero no plantea la consecuencia de que el Secretario no haga uso de esta posibilidad. ¿Qué ocurriría entonces?, ¿incurriría en responsabilidad el Secretario ante esta falta de advertencia?

Ahondando en este tema, podemos también plantearnos qué ocurriría si no se suscitaban dudas sobre la legalidad de un expediente durante su debate en el curso de una sesión de un órgano colegiado, pero pese a todo, el expediente incurriera en una ilegalidad, ¿sería responsable el Secretario? Esto nos lleva a otra pregunta, ¿debe el Secretario verificar la legalidad de todos los expedientes incluidos en el orden del día de las sesiones en las que actúe de fedatario público?, ¿sería en este caso materialmente posible por una única persona llevar todo ese control? Estas cuestiones conducen irremediamente a otra pregunta más: a la vista del régimen jurídico expuesto, ¿puede decirse que continúa vigente, tácitamente, la advertencia de legalidad que la Ley otrora atribuía al Secretario? Como hemos visto se eliminó expresamente con la LBRL y el RD 1174/1987 de 18 de septiembre, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, por lo que la respuesta a la cuestión formulada debe ser necesariamente negativa.

A la vista de la situación descrita, puede afirmarse sin reservas que estamos ante una clara discordancia entre las atribuciones de los Secretarios de Ayuntamiento y la exigencia tanto social como jurisprudencial que se les pide, confundiendo en muchas ocasiones la redacción actual de la atribución de funciones a los Secretarios municipales, con las funciones que inicialmente se le atribuyeron en el momento de creación de este cuerpo nacional⁹.

III. PRINCIPALES PROBLEMAS CON LOS QUE SE ENCUENTRA EL SECRETARIO EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES

De lo expuesto se deduce la dificultad que tiene el Secretario de un Ayuntamiento a la hora de ejercer las funciones que le atribuye el Real Decreto 128/2018 y demás normativa vigente. A continuación se analizan los obstáculos más relevantes:

1. La Administración Local es la Administración más cercana a los ciudadanos, pero en contrapartida, los Funcionarios de Administración Local son los funcionarios más cercanos a los políticos. Políticos locales muchas veces sin formación jurídica que le permita conocer la trascendencia de las decisiones que toman y las consecuencias que pueden derivarse de la comisión de una ilegalidad.

⁹ Aspecto obre el que reflexiona PÉREZ LUQUE, A., «A raíz de una consulta: el secretario-interventor del Ayuntamiento sólo puede hacer lo que le indica el ordenamiento jurídico», *Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados. Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, nº. 13, 2001, págs. 2175-2186.

2. Los informes de Secretaria en caso de ser preceptivos no son vinculantes, lo que permite a los órganos de gobierno solicitar informes de otros técnicos municipales más favorables a sus intereses.
3. Hay que recordar también que el Secretario municipal en el ejercicio de sus funciones no es autoridad pública, a diferencia por ejemplo de los Inspectores de Trabajo, lo que les hace sufrir, en algún momento de su carrera profesional episodios de hostigamiento, enfrentamiento o reproche de mayor o menor envergadura, del que normalmente solo se escapa si es prolongado en el tiempo a través de un concurso de traslados. Sería una situación impensable por ejemplo que un Policía o Guardia Civil se disponga a poner una multa de tráfico y sea vilipendiado por el conductor del vehículo, sin ninguna consecuencia.
4. Otro de los obstáculos a los que se encuentra el Secretario que dificultan el ejercicio de su profesión es que sus retribuciones corren a cargo del Presupuesto municipal, lo que permite a los políticos en determinadas ocasiones intentar controlar la voluntad de un funcionario modificando a la baja el complemento específico para instarle a abandonar el puesto asignado en el correspondiente concurso. Hecho en todo caso recurrible, sin duda, pero que suele conseguir el efecto esperado.
5. También suscitan serios inconvenientes los supuestos de libre designación, forma excepcional de provisión de puestos de Habilitados Nacionales prevista en la Ley para los municipios de gran población (entre otros casos), entre funcionarios de la subescala y categoría correspondientes, pero que sin embargo, se ha convertido en habitual en estos supuestos, a pesar de tratarse de una forma de provisión de puestos de trabajo legalmente admitida, no puede negarse que no es la forma de provisión más oportuna para este tipo de puestos cuyas funciones no son el asesoramiento a un partido político sino a una Corporación municipal¹⁰.

Otro problema similar radica en el hecho de que las plazas vacantes de Habilitados nacionales se pueden cubrir por Secretarios accidentales, nombrados de forma circunstancial entre los propios funcionarios municipales a la espera de cobertura definitiva por un habilitado nacional¹¹. Se trata de personal que, pese a tener titulación universitaria, no ha superado el proceso selectivo que se exige para adquirir la condición de habilitado nacional, pero que sólo mantendrá el puesto mientras cuente con el visto bueno de la Corporación. De la misma forma, los puestos vacantes pueden ser cubiertos no solo con nombramientos accidentales sino también con funcionarios interinos mientras el puesto no se cubra definitivamente por un Habilitado Nacional, situación que los coloca ahora en una posición privilegiada a la hora de acceder a las posibles estabilizaciones que permite la nueva regulación.

10 Como es sabido, la libre designación es un procedimiento de provisión de puestos previsto, junto al concurso, en los artículos 78.2 y 80 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 (TREBEP). Aunque en el caso de la libre designación (al igual que en los casos de concurso) se exige que el procedimiento de selección se lleve a cabo conforme a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, no se puede negar que, como su propio nombre indica, se trata ésta de una decisión administrativa sujeta a altas dosis de discrecionalidad (aunque no existe una discrecionalidad absoluta para su nombramiento, como sí existiría en el caso del personal eventual).

11 Pese a sus importantes consecuencias prácticas, esta situación ha sido pocas veces criticada. A modo de ejemplo, véase MONTESERIN HEREDIA, S., «El secretario municipal accidental (1)», *Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados. Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, nº. 8, 2022, soporte informático.

Con estas técnicas legalmente reconocidas de selección y cese se busca debilitar la figura del Secretario, pues permite a la Corporación cesarlo si sus resultados no son acordes a lo esperado. Espada de Damocles que no debía permitirse en un puesto de estas características.

6. En esta misma línea de debilitamiento progresivo de la figura del Secretario está el hecho de que, tras la reforma de la Ley de Bases de Régimen Local introducida por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, la secretaría de la Junta de Gobierno Local corresponderá a uno de sus miembros que reúna la condición de concejal, designado por el alcalde, quien redactará las actas de las sesiones y certificará sobre sus acuerdos, circunstancia que supone, en el fondo, la atribución de funciones de fe pública a un cargo político.
7. Como garantes de la legalidad, muchas veces los Habilitados Nacionales se enfrentan a situaciones de soledad o aislamiento¹². Y es que en el desarrollo diario de su cometido, los Secretarios de Ayuntamiento se ven obligados a tratar, por un lado, con personal municipal cada vez menos preparado y por otro, con políticos locales, que en muchas ocasiones ven en la figura del Secretario únicamente un ente hostil encargado de poner trabas a la consecución de los objetivos que prometieron en su programa electoral¹³.
8. Dentro de los mecanismos de debilitamiento de los Habilitados Nacionales, hoy deberíamos añadir los procesos de estabilización convocados en el ámbito de la escala de Funcionarios de Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional al amparo de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. Pues se han incluido 807 plazas reservadas a Funcionarios de Administración Local con Habilitación de carácter nacional en el Real Decreto 408/2022, de 24 de mayo, por el que se aprueba la oferta de empleo público para la estabilización de empleo temporal en la Administración General del Estado.

Y es que gracias a la posibilidad de estabilización a través de procedimientos especialmente suaves, muchos secretarios accidentales e interinos, nombrados por la propia Corporación, podrán consolidar su plaza sin haber superado en ningún momento un proceso selectivo de carácter nacional que garantice su formación y desempeño en el puesto de trabajo.

Ello supone que, en el total del territorio nacional, nada menos que 807 personas se integrarán en el cuerpo de Funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional en distintas subescalas sin haber superado el oportuno proceso

12 En definitiva, merece la atención transcribir literalmente, a continuación, dos párrafos del Editorial del número 97, de febrero de 2007, de la *Revista de Estudios Locales*, que expresa la opinión de estos profesionales, que decía así: «Es evidente el paulatino y sistemático debilitamiento de los controles internos de la Administración local, así como la pérdida de espacio profesional de los denominados funcionarios con Habilitación de carácter nacional en las entidades locales, casi siempre bajo el pretexto de pretendidas medidas de modernización que, lejos de modernizar, iban minando el papel de los Secretarios, interventores y tesoreros que, sin embargo y a pesar de todo, han logrado sobrevivir a toda una serie de reformas legislativas gracias a la resistencia activa de un colectivo bien organizado profesionalmente...» y «...por el contrario, lo que ha precedido en estos últimos años es un sistemático desapoderamiento de las funciones de control de la legalidad ejercidas por los Secretarios, interventores y tesoreros, y de su espacio profesional en las entidades locales españolas (...)».

13 Al respecto, véase DIAZ SANTÍN, N., «La soledad del Secretario de Ayuntamiento ante las cuestiones no certificables», *Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados. Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, nº. 13, 2011, págs. 1666-1676.

selectivo¹⁴. Y no solo eso, es que una vez integrados en el colectivo, aunque el legislador no haya reparado en ello, no existirá ya ningún obstáculo legal que les impida concursar a otros puestos de trabajo diferentes al que han venido ocupando temporalmente, en igualdad de condiciones que el resto, lo que nos lleva a plantearnos si efectivamente se va a conseguir la pretendida estabilización de empleo temporal en el ámbito de los Habilitados Nacionales o nos vamos a volver a encontrar que determinados puestos de trabajo en determinadas Administraciones Locales seguirán vacantes y cubiertos en el futuro por nuevos interinos a través de otros procedimientos simplificados. ¿No será más efectivo adoptar otras medidas para luchar contra la temporalidad, como puede ser aumentar el número de plazas que se convocan para ser cubiertas por los procesos ordinarios?

Cuestión bastante razonable, pues hay que tener en cuenta que la financiación de estos puestos de trabajo no corre a cargo de la Administración General del Estado, sino a cargo de los presupuestos de las Entidades Locales donde prestan sus servicios, por ello no pueden alegarse dificultades presupuestarias para cubrir el gran número de plazas vacantes entre las reservadas a Funcionarios de Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional, puesto que las que están ocupadas por interinos ya se están retribuyendo¹⁵.

En un colectivo de relativamente reducido, que se establezcan 807 plazas supone aproximadamente un 20% del total de efectivos del cuerpo de Habilitados Nacionales. Porcentaje elevadísimo que nos vuelve a la idea anteriormente mencionada de despro-

14 Numerosos autores han abordado hasta ahora, las ventajas e inconvenientes que provocarán los nuevos procesos de estabilización tendentes a reducir la temporalidad en las Administraciones públicas (entre otros, véase ROQUETA BUJ, R., *La reforma de la contratación temporal en las administraciones públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022; También LAÍN CORONA, I., «El personal fijo discontinuo y el personal indefinido no fijo en los procesos de estabilización de plazas con motivo de su comienzo», *Actualidad administrativa*, nº 7-8, 2022). Precisamente al respecto, no se puede negar que uno de los grandes peligros que sin duda lleva aparejada esta estabilización súbita es la desprofesionalización de los empleados públicos, permitiendo que, desarrollando las mismas funciones, coexistan sujetos que han superado procesos de selección de personal de muy diferente complejidad.

15 Las razones que han llevado al abuso de la falsa contratación laboral temporal podrían resumirse en la imposibilidad de ofertar plazas debido a las limitaciones para la incorporación de nuevo personal al servicio de las Administraciones públicas motivado por la situación de crisis económica que sufrió el país desde el año 2008. El artículo 3.2 del Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público introdujo por primera vez la limitación en la contratación de personal por las administraciones públicas que durante el año 2012 no se procederá a la contratación de personal temporal, ni al nombramiento de personal estatutario temporal o de funcionarios interinos salvo en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables que se restringirán a los sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren prioritarios o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales. Esta redacción se incorporó al artículo 23.2 de la Ley 2/2012 de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012. Posteriormente se fue incorporando a las Leyes de Presupuestos Generales del Estado en los años sucesivos, como una de las medidas para garantizar la estabilidad económica de las Administraciones Públicas, pero que en la práctica, se convirtió en una fórmula oscura de acceso a las plantillas municipales utilizando siempre la justificación de una hipotética necesidad temporal y urgente, que no se ajustaba a la naturaleza real de las necesidades municipales.

fesionalización de la Administración, en particular de la Administración Local. Conviene recordar que estos funcionarios interinos que se pretende estabilizar en puestos de Secretario, Interventor o Tesorero de un Ayuntamiento en muchísimas ocasiones se han limitado simplemente a superar un examen tipo test con un temario reducido o a participar en un proceso para constituir una bolsa de trabajo para funcionario interino por concurso de méritos.

9. Pero entre todos los motivos expuestos de debilitamiento del papel garantista que ha de desempeñar la figura del Secretario general de un Ayuntamiento, queda por analizar el que quizá tenga mayor incidencia práctica: como se ha apuntado, el Secretario ya no es jefe de personal. Esta última cuestión, por su trascendencia jurídica, laboral y económica, merece una explicación detallada:

IV. TRASCENDENCIA PRÁCTICA DE LA PÉRDIDA DE LAS FUNCIONES DE JEFE DE PERSONAL POR PARTE DE LOS SECRETARIOS DE AYUNTAMIENTO

Como se ha adelantado, desde la entrada en vigor del Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de la Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional, el Secretario municipal ya no es jefe de personal. Esto provoca que se encuentre con dificultades a la hora, por ejemplo de solicitar un informe aclaratorio en un expediente. La eliminación de la atribución de la jefatura de personal al Secretario municipal ha provocado, entre otras causas, el abuso de contrataciones irregulares de personal que han ido dando lugar a avalanchas de reconocimiento judicial de la condición de indefinido no fijo de las personas contratadas irregularmente.

Ello ha conseguido crear una Administración pública cada vez más desprofesionalizada, siendo la Administración Local donde más claramente se percibe esta consecuencia, motivado por la falta de rigidez en muchas ocasiones de sus jefaturas de personal o incluso por la relación personal entre político y personal irregularmente contratado. El efecto de estas irregularidades ha sido una sobrecarga de trabajo para los Funcionarios de Habilitación Nacional, que en muchísimas ocasiones se encuentran que el resto de compañeros, por falta de formación, no hacen de filtro suficiente de determinados asuntos, permitiendo su tramitación y dejando al Secretario en la difícil posición de tener que reconducir a la legalidad esos expedientes cuando ya están iniciados, cuestión bastante compleja pues en muchas de estas ocasiones el informe del Secretario no es preceptivo como ocurre en las contrataciones de personal.

Hay que recordar que las primeras sentencias donde se analizan las consecuencias de las irregularidades de la contratación de personal laboral temporal por los Ayuntamientos, datan de principios de los años 90¹⁶, coincidiendo con la eliminación a los Secretarios de las

16 La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha dado diversas soluciones frente al problema de las contrataciones irregulares de personal, frente a las primeras sentencias que asimilaban la contratación irregular a interinidades de hecho STS 7 de febrero de 1990, o incluso a determinar que

funciones de jefatura de personal, momento en el que sin duda se relajaron los controles de la legalidad en las contrataciones de personal laboral.

Esta situación se ha visto agravada en los últimos tiempos por las limitaciones de incorporar nuevas plazas a las ofertas de empleo público, para seleccionar nuevo personal con carácter definitivo, motivado en la crisis iniciada en el año 2008. ¿Qué ocasionó esta limitación?, pues claramente un abuso por parte de las Administraciones públicas en la contratación laboral temporal y en contratos administrativos de servicios que encubrían una relación laboral permanente con la Administración Pública.

En este contexto, puede afirmarse que la necesidad de contratación laboral temporal en el seno de un Ayuntamiento, y más en un Ayuntamiento de tamaño pequeño o mediano es prácticamente inexistente, pues las necesidades a satisfacer suelen ser, si no permanentes, al menos prolongadas en el tiempo que hacen inviable la contratación laboral temporal de acuerdo a las previsiones del artículo 15 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (ET). Al mismo tiempo, se ha de denunciar que en muchísimas ocasiones se incurre en contrataciones laborales temporales fraudulentas para el desarrollo de funciones que la ley atribuye a funcionarios, pues recordemos que según el artículo 92.2 LBRL, «*con carácter general, los puestos de trabajo en la Administración local y sus Organismos Autónomos serán desempeñados por personal funcionario*». Esta misma consideración la hace el aún vigente artículo 15 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública. Y es que, si de estos artículos se deduce el carácter preferente de la condición de funcionario público entre el personal adscrito a la misma, siendo el personal laboral la excepción a la regla general, no tiene ningún sentido haber querido justificar necesidades temporales que en realidad no existen para dar lugar a contratos de trabajo que no obedecen a necesidades temporales reales, pues en realidad, ni siquiera se hubiera debido recurrir a la contratación laboral, sino a la cobertura funcional de un puesto de trabajo para atender las necesidades descritas.

La posibilidad de contratar personal laboral temporal fue aprovechada por los alcaldes como jefes máximos del personal municipal según el artículo 21.1.h) de la LBRL, para contratar a irregularmente a personal laboral temporal para desempeñar funciones permanentes o prolongadas en el tiempo. Se amparaban en que la única consecuencia de ello era que a estos trabajadores se les declarara judicialmente indefinidos no fijos, consecuencia, en el fondo pretendida por ambas partes. Esta situación beneficia por un lado a los políticos pues les permite en muchas ocasiones contratar a personal afín a su ideología de partido, y por otro lado beneficia a los trabajadores pues acceden al empleo público sin invertir esfuerzo en la preparación del proceso¹⁷.

la irregularidad debe suponer la conversión del contrato en fijo como prevé expresamente la normativa laboral (ASTS 18 de marzo de 1991, 27 de julio de 1992, 22 de septiembre de 1993, 26 de julio de 1995). La creación jurisprudencial del indefinido no fijo como solución intermedia entre la temporalidad y la fijeza fue creada por el Tribunal Supremo finalmente en la SSTS de 7 de octubre de 1996 y 21 de enero de 1998, y ha sido la posición imperante hasta la fecha.

17 Adviértase que los procesos selectivos para contratar personal laboral temporal no tienen la misma intensidad que cuando se trata de cubrir un puesto indefinido o incluso una plaza de funcionario. Y es que los procesos de selección especialmente suaves convocados para la selección de personal laboral temporal no requieren no ya del control, sino tan siquiera de la participación del Secretario del Ayuntamiento, lo que intensifica el riesgo de incurrir en una falsa temporalidad.

Este proceder ha ocasionado una evidente desprofesionalización de la Administración pública, en la que gran parte del personal no posee formación ni preparación suficiente. Así, el hecho de no existir personal cualificado para el desempeño de funciones necesarias ha ocasionado la necesidad de contratar nuevo personal dando lugar a Administraciones públicas sobredimensionadas, con plantillas cada vez más amplias.

Para entender esta reflexión hace falta contextualizarla atendiendo al número de indefinidos no fijos existentes en la Administración, y sin ánimo de hacer un estudio exhaustivo podría resumirse en que en una Entidad Local de tamaño mediano el número de indefinidos no fijos podría superar, con mucho, el tercio del número total de empleados municipales¹⁸. Es una cifra absolutamente desproporcionada que evidencia que la contratación laboral irregular se ha convertido en una nueva vía de entrada a la Administración. Irregularidades que finalmente van a permitir la consolidación del empleo cuando terminen los procesos de estabilización contemplados por el RD 14/2021 y por la Ley 20/2021¹⁹.

Ante esta situación, la siguiente reflexión es obligada ¿se ha de consolidar en sus puestos de trabajo a determinado personal que por diversas razones ha entrado irregularmente a trabajar en una Entidad Local y, por tanto, no se puede asegurar que dispone de los conocimientos mínimos suficientes para desarrollar su puesto de trabajo con la calidad y eficacia que se ha de exigir a todo empleado público?

Al respecto, cabe plantear si esta consecuencia derivada de la contratación abusiva de personal laboral temporal se la planteó el juzgador cuando creó la figura del indefinido no fijo, y si no hubiera sido más beneficioso optar por declarar la nulidad de pleno derecho de los procesos selectivos tramitados omitiendo total y absolutamente el procedimiento aplicable, que como todos sabemos debe respetar los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, según dispone, en desarrollo del artículo 23 CE, el artículo 55 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. Pues, si la selección de personal laboral en el seno de una Administración Pública se regula por las normas de derecho administrativo y no del derecho laboral, la consecuencia de omitir total y absolutamente el procedimiento aplicable o bien de omitir trámites esenciales en el referido procedimiento, ¿no debería ser la nulidad de pleno derecho²⁰?

Estos y otros temas, los pone de manifiesto RUANO VILA, J.V., «El Secretario del Ayuntamiento como secretario nato de los tribunales de selección de personal. Comentario a la Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 25 de enero de 2012». *Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, nº. 10, 2012, págs. 1253-1260.

18 Crecimiento exorbitado del número de indefinidos no fijos hasta alcanzar cifras insostenibles que critica PEÑA MOLINA, M., «La *funcionarización* de laborales indefinidos no fijos de plantilla», *Revista General de Derecho Administrativo*, nº. 40, 2015, soporte informático.

19 Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público y Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

20 Cuestión que aborda LAHERA FORTEZA, J., «La necesaria revisión de la jurisprudencia del indefinido no fijo en el sector público a la luz de la jurisprudencia comunitaria (SSTJCE 7 septiembre de 2006, Asunto C-53/04 y Asunto C-180/04)», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 1, 2007, págs. 587-593. A idéntica conclusión llega PEÑA MOLINA, M., «La *funcionarización*

Sin embargo la jurisprudencia optó por crear la figura del indefinido no fijo como un modo de defender al trabajador contratado irregularmente debido a la falta de diligencia de la Administración. Puso en la balanza los intereses del trabajador frente a los de la Administración y optó por proteger los derechos del trabajador como parte más débil de la relación jurídica²¹. Pero con la creación jurisprudencial del indefinido no fijo se facilitó la entrada en la Administración sin la previa tramitación de un proceso selectivo, consiguiendo que las irregularidades en la contratación de personal laboral no sean supuestos excepcionales, sino que se convirtieran, tristemente, en situaciones habituales en la Administración pública, principalmente en las Administraciones Locales.

Otro de los motivos que ha ocasionado el abuso por la Administración pública de contrataciones laborales irregulares, ha sido la ausencia absoluta durante muchos años de consecuencias de estas irregularidades, ni económicas, ni penales ni sancionadoras de ningún tipo.

Ante esta desmesurada utilización de contratos laborales irregulares, una de las opciones que ha barajado el legislador ha sido la de exigir responsabilidad a los sujetos que permiten que este tipo de situaciones prosperen. En concreto, respecto a la responsabilidad por contrataciones irregulares, ya la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del

de laborales indefinidos no fijos de plantilla», *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º. 40, 2015, soporte informático. Este último autor, después de recordar que, en el caso de haberse optado por la declaración de nulidad, «si la causa de nulidad no es imputable al trabajador, éste podrá exigir la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración contratante», realiza unas interesantísimas reflexiones que, por su importancia práctica, merecen ser reflejadas literalmente: «Si los Tribunales hubieran seguido esta pauta nunca se hubiera producido la figura del indefinido no fijo de plantilla como consecuencia de contratos por obra o servicio determinado concertados en fraude de ley o por irregularidades en contratos eventuales por circunstancias de la producción, ya que en ellos concurre en la mayoría de los casos su ausencia de inclusión en la Relación de Puestos de Trabajo y Plantilla, requisitos sin los cuales no puede efectuarse una convocatoria, con lo cual la ausencia de procedimiento jamás hubiera podido tener como consecuencia una declaración de indefinido; ni siquiera en los actuales términos de la jurisprudencia consolidada, ya que ésta llega al absurdo de considerar a estos trabajadores como una suerte de interinos sin plaza, lo cual carece de todo sentido».

- 21 La figura del trabajador indefinido no fijo ha sido ampliamente tratada por nuestra jurisprudencia. Entre otros, véanse las ya clásicas consideraciones que realizó en su momento GOERLICH PESET, J.M., y VEGA LÓPEZ, J.J., ¿Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración pública?: los «trabajadores indefinidos, no fijos de plantilla», *Relaciones laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, n.º. 1, 1998, págs. 569-587. También, más recientemente, demostrándose así que es un tema de constante importancia, RODRIGO SAINZ, C., «Indefinido fijo en la Administración Pública», *Diario La Ley*, n.º 9821, 2021; CANDELA TALAVERO, J.E., «El personal indefinido no fijo en las entidades locales», *La administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, n.º. 6, 2021, págs. 53-67; SANCHEZ CASTILLO, M. y CARMONA PAREDES, R., «Construcción jurisprudencial del contrato indefinido no fijo», en AA.VV., *El Estatuto profesional del personal investigador contratado en régimen laboral* (coord. por Fernando Ballester Laguna), INAP Investiga, Madrid, 2016, págs. 265-282; CAVAS MARTÍNEZ, F., *Régimen jurídico del trabajador indefinido no fijo en el sector público*, Laborum, Murcia, 2018; y PEÑA MOLINA, M., «Del indefinido no fijo al laboral fijo de plantilla. Nuevos aires para nuevos tiempos», *Cuadernos de derecho local*, n.º. 52, 2020, págs. 189-197.

Estado para el año 2017, tímidamente, advertía de la exigencia de responsabilidades en las Administraciones Públicas y entidades dependientes de las mismas por la utilización de la contratación laboral sin seguir la prescripciones y en los términos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normativa reguladora de la contratación laboral.

Lo hacía en su Disposición Adicional trigésima cuarta (apartados dos y tres), en la que después de recordar la obligación de las Administraciones públicas de respetar las disposiciones del Estatuto de los Trabajadores y demás normativa reguladora de la contratación laboral, en los contratos de trabajo que celebre *«cualquiera que sea la duración de los mismos»*, señalaba la exigencia de responsabilidades en los términos siguientes: *«(...) Dos. Los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones Públicas y en las entidades que conforman su Sector Público Instrumental serán responsables del cumplimiento de la citada normativa, y en especial velarán para evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo. Así mismo, los órganos de personal citados no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial. Tres. Las actuaciones irregulares en la presente materia darán lugar a la exigencia de responsabilidades a los titulares de los órganos referidos en el apartado segundo, de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas. (...)»*.

Se trata, como se ha dicho, de un reconocimiento muy tímido, porque a pesar de haber tenido la oportunidad, no se desarrolló la responsabilidad de la que se advierte, dejando en el aire dudas tan trascendentales como ¿a quién se exige responsabilidad?, ¿al alcalde como jefe superior de todo el personal?, ¿al funcionario Jefe del Departamento de Recursos Humanos? Y de exigir responsabilidad, ésta será ¿penal, disciplinaria, económica, o simple responsabilidad política? Así pues, mientras que la jefatura superior de todo el personal siga perteneciendo a los alcaldes debería ser a ellos a quienes se les atribuya personalmente la responsabilidad por contrataciones laborales irregulares, como ya se empieza a poner de manifiesto en una incipiente jurisprudencia penal²².

22 Sobre este tema, ya son muchas las sentencias que estiman que los alcaldes pueden ser autores de un delito de prevaricación cuando dan lugar a supuestos de contratación irregular de personal, pese a contar con informe desfavorable del Secretario. Entre otras, véase la STS, Sala de lo Penal, de 4 de mayo de 2022 (rec. 771/2020) que condena por prevaricación al exalcalde de Alicante por dar lugar a una contratación laboral irregular pese a existir informe desfavorable de Secretaría. También la SAP de Cádiz, Sección 8ª, Sentencia 251/2021 de 14 Jul. 2021, Rec. 43/2020, condena a un alcalde por prevaricación administrativa por contratar a un peón para que prestase servicios al Ayuntamiento, obviando el trámite legalmente establecido, pese a las advertencias del Secretario-interventor sobre la falta de adecuación a la legalidad de esta contratación. En similares términos, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de noviembre de 2021 (rec. 5554/2019) confirmó la condena a siete años de inhabilitación especial para empleo o cargo público por un delito de prevaricación administrativa impuesta en 2019 por la Audiencia de Sevilla al alcalde de Pruna, por la contratación irregular de un arquitecto realizada pese al informe desfavorable de la Secretaria municipal. En idénticos términos, véase la STS de 16 de mayo de 2012. Aunque en la mayoría de situaciones comentadas se conciertan falsos contratos de trabajo bajo la falsa fórmula de un contrato administrativo menor (sujeto a un procedimiento muy más sencillo), en este último caso, se celebraron una serie de contratos de trabajo temporales sin existir

Esta misma disposición se reprodujo en leyes de presupuestos posteriores y ha venido a consolidarse en la disposición adicional 17 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, según redacción dada por la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público que establece que: «1. *Las Administraciones Públicas serán responsables del cumplimiento de las previsiones contenidas en la presente norma y, en especial, velarán por evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal y los nombramientos de personal funcionario interino.(...).* 2. *Las actuaciones irregulares en la presente materia darán lugar a la exigencia de las responsabilidades que procedan de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas. (...)*»

Ahora bien, pese a su, sin duda, loable propósito, como se puede apreciar, esta disposición tiene más un valor teórico que práctico, haciendo su ambigua y genérica redacción muy difícil su aplicación a un caso concreto. Como vemos, se remite genéricamente a la exigencia de las *responsabilidades que procedan de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones públicas*. Esto ¿qué significa? ¿Se depurarán responsabilidades disciplinarias?, ¿se exigirá al Sr. alcalde que indemnice económicamente el dinero que haya costado al erario público la contratación irregular de esta persona?, ¿o estamos hablando de responsabilidades más duras?, ¿estamos ante un delito de prevaricación? En el mejor de los casos, ¿estamos simplemente ante un supuesto de responsabilidad política del Equipo de Gobierno que se dirimirá en el resultado de las próximas elecciones? Si esto es así ¿no le interesa en el fondo al Equipo Gobierno continuar con las contrataciones irregulares, asegurándose de ese modo nuevos votantes?

En definitiva, se ha perdido una valiosa oportunidad para concretar con dureza las responsabilidades en que incurran las autoridades políticas responsables de la contratación irregular, única manera de acabar de una vez con todas con las contrataciones irregulares de personal laboral temporal.

Ante esto, quizá convendría que nuestra jurisprudencia planteara de otra manera la teórica balanza romana que se utiliza para ponderar los intereses contrapuestos que entran en juego en cualquier tipo de controversia jurídica, pues en ella deberían contraponerse no los intereses del trabajador frente a la irregularidad laboral de la que ha sido objeto sino, por un lado los intereses del trabajador irregularmente contratado y por otro, los intereses generales que la Administración está llamada a cumplir. Si se plantea de esta manera no resultaría difícil optar por la protección del interés general que se satisface indiscutiblemente si al servicio de la Administración se encuentra el personal más preparado y cualificado, lo que sólo se puede garantizar si para acceder a su puesto de trabajo ha superado un proceso en el que se hayan respetado los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

consignación presupuestaria para atender los pagos de los salarios, ni haberse hecho pública la modificación de la plantilla, y a pesar de la existencia de reparos puestos de manifiesto en varios informes por parte de la Intervención del Ayuntamiento sin que conste además que se hubiera utilizado ningún sistema de selección para las contrataciones de personal laboral temporal o la utilización de algún criterio objetivo para la selección. Si esto es así, sorprende comprobar el elevadísimo número de procedimientos laborales instados con el fin de obtener el reconocimiento de la condición de trabajador indefinido no fijo de una entidad pública, sin que el propio procedimiento en sí, derive en la iniciación de oficio de un proceso penal tendente a ventilar, si las hubiera, las posibles responsabilidades penales vinculadas a la citada contratación laboral irregular.

Pese a la indudable coherencia interna que sin duda tendría esta postura, se ha de reconocer que no parece que por el momento vaya a tener acogida jurisprudencial. A estos efectos, hay que recordar que, en esta línea, el Juzgado de lo Social nº 34 de Madrid ya planteó tres cuestiones de inconstitucionalidad relativas a los arts. 8.1, 15.2, 15.3 y 43.4 ET por entender que, en su aplicación a la contratación temporal y fija en el empleo público, articulada a través de la figura jurisprudencial del trabajador indefinido no fijo, infringe los arts. 14, 23.2 y 103 CE²³.

Así pues, aunque la razonabilidad que sustentaba los argumentos que dieron lugar a la cuestión de inconstitucionalidad es indudable, la respuesta del Tribunal Constitucional fue la misma en los tres Autos dictados (AATC 122/2009, 124/2009 y 135/2009): inadmitir las cuestiones de inconstitucionalidad por resultar notoriamente infundadas (art. 37.1 LOTC), al entender dicho Tribunal que la figura del indefinido no fijo construida por el Tribunal Supremo constituye una interpretación del Estatuto de los Trabajadores que, en su aplicación al empleo público, respeta los principios constitucionales de acceso al mismo (igualdad, mérito y capacidad)²⁴.

La clave de la argumentación del Tribunal Constitucional a favor de la aplicación de la figura jurisprudencial del trabajador indefinido no fijo a todos los supuestos, independientemente de cuál haya sido la causa o motivo que justificase la irregularidad en la contratación celebrada, fue que con esta figura se conseguía el principal objetivo, que es que el trabajador afectado no se consolide como fijo pues el organismo contratante está obligado a cubrir la plaza de conformidad con los procedimientos de cobertura normativamente regulados. Expresamente motiva su decisión en el siguiente razonamiento: «(...) *ya que en todo caso impide (reconociendo al trabajador indefinido no fijo el carácter indefinido del vínculo, pero negando su fijeza) que el recurso a la estabilidad en el empleo pueda ser utilizado para consolidar, en perjuicio de potenciales aspirantes legítimos, un acceso y permanencia en el empleo público al margen de las exigencias derivadas de la Constitución. (...)*».

A la vista de las últimas novedades legislativas, convendría plantearse ahora si esta argumentación hubiese sido la misma si el Tribunal Constitucional hubiera podido prever que se terminaría dando la oportunidad de estabilizar definitivamente sus puestos de trabajo a los indefinidos no fijos que alcancen una determinada antigüedad, como de hecho se ha posibilitado en la actualidad a través de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

Así las cosas, no se puede negar que la estabilización del empleo público temporal a la que ahora insta con urgencia nuestro legislador podría tener justificación como modo de acabar con la temporalidad para aquellos trabajadores que hayan superado completamente un proceso selectivo debidamente convocado para la entrada en el empleo público pero no hayan obtenido plaza (lo que se conoce coloquialmente como «*aprobados sin plaza*») y hayan pasado a integrar una bolsa de trabajo que les haya permitido trabajar como interinos en la

23 En concreto, el Juzgado entendía que tales preceptos y dicha jurisprudencia vulneran los artículos 14, 23.2 y 103 CE «*cuando el defecto sustancial en la contratación consiste en la omisión del procedimiento selectivo ordenado para el acceso al empleo público*».

24 Tratan detenidamente esta cuestión RECUERDA GIRELA, M.A. y FERNÁNDEZ DELPUECH, L. «Los contratos administrativos que encubren relaciones laborales o tienen por objeto funciones reservadas a personal funcionario», *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 23, 2013, soporte digital.

Administración pública durante un tiempo excesivo. En estos casos, sin duda, falló el cálculo de plazas necesarias a cubrir en la oferta de empleo público correspondiente pues debería haber incluido un número de plazas mayor a las efectivamente convocadas, situación que justificaría ahora la estabilización de este personal temporal. En cambio, ha de admitirse, por mucho que pese, que en todos los demás casos, tristemente, esta estabilización obligada del personal temporal de las Administraciones públicas a la que da lugar la citada Ley 20/2021, es una aberración que atenta contra los principios constitucionales de igualdad mérito y capacidad en el empleo público y que perjudica gravemente el interés general y contribuye a desprofesionalizar la Administración pública. Finalmente, hace a las Administraciones acogedoras de una serie de personal no cualificado ni formado, que cobra un sueldo público, que en el caso de la Administración Local, como Administración más cercana a los ciudadanos, convierte finalmente a los Ayuntamientos en oficina de colocación de votantes desempleados.

V. PARTICIPACIÓN DEL SECRETARIO EN LOS EXPEDIENTES DE CONTRATACIÓN DE PERSONAL

Como hemos visto, los Secretarios municipales, ya no ostentan la jefatura del personal en una Administración local, que se ha atribuido por la misma Ley a la Alcaldía-Presidencia, en el artículo 21.1 h),

La única manera de incluir en los expedientes de contrataciones de personal un informe preceptivo del Secretario es que la Relación de Puestos de Trabajo (RPT) de cada Ayuntamiento le atribuya expresamente esta función. Se trata de una posibilidad legal pero ciertamente poco habitual en los municipios españoles

A pesar de lo expuesto, el Secretario aún conserva cierta intervención en expedientes de contrataciones de personal que vamos a analizar a continuación:

1. Participación en Tribunales o Comisiones de Selección

Es posible que los Secretarios municipales sigan teniendo un papel relevante en los expedientes de selección de personal, mediante su participación en los Tribunales de selección de personal en calidad de Secretario del mismo.

Recordemos que tanto para la selección de nuevo funcionario, como de nuevo personal laboral será necesario respetar los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, para ello debe tramitarse el oportuno procedimiento dentro del cual se constituirá un Tribunal de selección.

El art. 4.e) del aún vigente Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el Procedimiento de Selección de los Funcionarios de Administración Local, regula la composición técnica de los tribunales de selección en los términos siguientes: «Los Tribunales, que contarán con un

Presidente, un Secretario y los Vocales que determine la convocatoria. Su composición será predominantemente técnica y los Vocales deberán poseer titulación o especialización iguales o superiores a las exigidas para el acceso a las plazas convocadas».

Es decir, no hace una referencia concreta a quien debe actuar de Secretario de los mismos. Por otro lado el Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los Funcionarios de Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional (RJFHN), tampoco atribuye expresamente a los Secretarios municipales la función de actuar como Secretario de los Tribunales de selección, limitándose a establecer con carácter general en su artículo 3.2 a) que dentro de la función de fe pública atribuida al Secretario le corresponde la de ejercer la secretaría del Pleno, la Junta de Gobierno y «*cualquier otro órgano colegiado de la corporación en que se adopten acuerdos que vinculen a la misma*».

Por ello, para determinar si corresponde al Secretario municipal la competencia para ejercer la función de Secretario de los Tribunales o Comisiones de selección, habrá que concretar si los acuerdos que se adopten en el seno de los Tribunales de selección vinculan o no a la Corporación. Para ello, debemos acudir de nuevo al Real Decreto 896/1991 cuyo artículo 7 establece de manera clara que «*la propuesta del Tribunal tendrá carácter vinculante*». Por lo que, de la interpretación conjunta de los artículos expuestos siendo los Tribunales y Comisiones de selección órganos colegiados en los que se adopten propuestas vinculantes, cabe concluir que, efectivamente, el Secretario de la Corporación debe ser el Secretario de los Tribunales de selección²⁵.

En la práctica municipal en muchas ocasiones la asistencia del Secretario como Secretario del Tribunal a todos los procesos selectivos que se desarrollen en la Corporación Local donde presta sus funciones resulta materialmente imposible, por ello podemos plantearnos si es posible la delegación de la función de la Secretaría del Tribunal en otro funcionario. En principio sería razonable, a propuesta del funcionario delegante, delegar las funciones de la secretaría del Tribunal, para supuestos concretos, en otros funcionarios con capacidad y formación suficiente para ejercer dichas funciones²⁶.

Pero en la práctica, en muchas ocasiones lo que ocurre es que en el Decreto dictado por la Alcaldía-Presidencia, de constitución del Tribunal de selección, se atribuye directamente la secretaría del mismo a otro funcionario municipal. ¿Qué ocurre en estos casos en los que se ha designado a otro funcionario municipal sin delegación del Secretario del Ayuntamiento? En principio, la condición de fedatario público corresponde exclusivamente a los Secretarios municipales, por ello la composición del mismo adolecería de un vicio que podría llegar incluso a determinar la nulidad del proceso selectivo convocado al vulnerarse las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados en aplicación de la causa recogida en el artículo 47.1 e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas²⁷.

25 En el sentido de que esa referencia comprende a los órganos de selección en los procesos selectivos lo ha interpretado el TSJ de la Comunidad Valenciana en su Sentencia de 25 de enero de 2012 que concluye que afirmando que «*el Secretario de Ayuntamiento debe intervenir obligatoriamente como tal, en cualquier órgano colegiado de la corporación que adopte acuerdos vinculantes,...*»

26 AA.VV.. «¿Es obligatoria la asistencia del Secretario del Ayuntamiento a las comisiones de valoración de los procesos selectivos?», *Derecholocal.es*, Lefebvre, mayo de 2023, edición digital.

27 El Tribunal Supremo ha declarado en diversas sentencias que dicha nulidad implica la producción

Por ello la correcta composición de los Tribunales y Comisiones de selección resulta una cuestión de especial trascendencia, pues la anulación de un proceso selectivo celebrado para la contratación de personal laboral lleva como consecuencia según interpretación jurisprudencial del Tribunal Supremo a este respecto, la extinción de los contratos de trabajo celebrados de conformidad con dicho proceso selectivo²⁸.

Se trata de una extinción contractual debida a causas a las que el trabajador es completamente ajeno y que son consecuencias de un defectuoso proceder inicial de la Administración pública, en calidad de empleadora que se califica jurisprudencialmente como equiparable a la fuerza mayor, contemplada como causa de extinción de la relación contractual en el artículo 49.1 h ET²⁹.

Por ello vemos que la consecuencia de la anulación de un proceso selectivo convocado para seleccionar personal laboral en el seno de una Administración Pública es especialmente gravosa, pues provoca la extinción de los contratos laborales celebrados conforme a él.

Sin embargo, en materia de selección de personal funcionario, las consecuencias de la anulación de un proceso selectivo son diferentes. Llama la atención que los Tribunales de lo Contencioso-administrativo, cuando estiman el recurso interpuesto por uno o varios aspirantes al proceso de concurrencia en cuestión (oposición o concurso oposición), declarando su revocación, o la de alguno de sus ejercicios, los califican de opositores de buena fe, cuya situación suele ser protegida, indicando que deben mantenerse en su plaza y, por ende, en el ejercicio de sus funciones, pues entienden que ninguna culpa es achacable a aquellos aspirantes que cumplieron de forma escrupulosa con la actuación marcada por la Administración Pública en cuestión y obtuvieron una de las plazas convocadas.

de una clara, manifiesta y ostensible omisión del procedimiento, con ausencia de trámites sustanciales que propicien su estimación, en particular la Sentencia del Tribunal Supremo, rec. 202/2008, de 9 de diciembre de 2011, citando otras señala que «(...) tienen el carácter de reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados (...) las que determinan la concreta composición del respectivo órgano colegiado(...)».

28 Es doctrina reiterada del TS (por todas la Sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2009 (rec. 4335/2007) en cuanto a la anulación judicial de concurso para la contratación de trabajadores en el sector público y su repercusión sobre los contratos de trabajo celebrados en virtud del citado concurso que el cese de los trabajadores afectados, a pesar de calificarse como causa de fuerza mayor asimilada, se ha de ajustar a las previsiones, en cuanto al procedimiento a seguir y la determinación de la indemnización que corresponda, de los despidos económicos (despido colectivo o despido objetivo según los casos) regulados en el artículo 52 c) ET.

29 Según explica claramente la STSJ CLM de fecha 23 de octubre de 2014 (rec. 909/2014) aunque se remita al procedimiento contenido en el artículo 52 c) ET para el despido objetivo no se trata propiamente de un despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, sino de un supuesto equiparable a la fuerza mayor cuya naturaleza nada tiene que ver con aquellas causas. Explica esta sentencia que la jurisprudencia cuando se refiere a los efectos de la anulación de convocatorias realizando una remisión alternativa a los artículos 51 o 52 c) ET según el número de trabajadores afectados, no lo hace porque quiera dar a estos supuestos la naturaleza de despidos económicos, sino porque siendo indudable que la naturaleza de la figura es la de fuerza mayor asimilada, debe mencionar necesariamente el cauce a seguir para evitar que se siga el cauce previsto en el artículo 51.7 para la fuerza mayor. ¿Por qué la jurisprudencia acude entonces al artículo 52.c)? , pues para evitar la necesidad de obtener autorización de la autoridad laboral exigida por el artículo 51.7 ET

La Jurisprudencia contencioso administrativa utiliza para motivar su decisión argumentos tales como el respeto a los principios de seguridad jurídica, buena fe, confianza legítima, conservación de actos, razones de equidad, proporcionalidad, actos propios, «*reformatio in peius*» y situación gravemente perjudicial y de difícil reparación que conllevaría entender un posicionamiento diferente al expuesto respecto a la nulidad de una contratación laboral³⁰.

A la vista de lo anterior, podemos resumir que el orden contencioso administrativo aboga, ante distintas irregularidades del proceso selectivo, por mantener a los aprobados de buena fe, entendiendo que no tienen que sufrir las gravísimas consecuencias derivadas de las irregularidades cometidas por la Administración a las que ellos en todo caso son ajenos.

Consecuencias como vemos tremendamente dispares respecto al orden social que nos lleva a preguntarnos si sería posible en el futuro una unificación de criterios jurisprudenciales atendiendo a que cada vez son menores las diferencias legales entre el personal laboral y el personal funcionario que prestan sus servicios para la Administración pública.

2. Papel del Secretario en la prevención de las contrataciones administrativas de servicios que encubren relaciones laborales encubiertas

Otra de las competencias que el Secretario municipal conserva en materia de prevención de contrataciones irregulares de personal val ligada a su participación en el seno de los expedientes de contratación administrativa, en la que el Secretario debe emitir informe preceptivo, según dispone la Disposición adicional tercera de la LCSP, por ello ostenta una posición privilegiada para detectar desde su inicio aquellos contratos administrativos de servicios, en los que por la presencia de notas de ajenidad y dependencia, se pueda valorar que encubren relaciones laborales irregulares. Ante esto, el Secretario debería hacerlo constar en el informe que emita con carácter preceptivo en el expediente. Es cierto que la frontera entre la contratación administrativa de servicios y la contratación laboral en ocasiones es muy débil, y aunque en su inicio la contratación administrativa sea correcta, las irregularidades pueden surgir durante la ejecución del contrato. En estos caso el Secretario al menos debería advertir de las conductas a evitar por la Administración Local con el fin de que la contratación admi-

30 A modo de ejemplo podemos citar, entre otras muchas, algunas Sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo que abogan por aplicar el principio de conservación de los actos administrativos: la sentencia de la Sala de lo Contencioso de la Sección 7^a del Tribunal Supremo de fecha 29 de junio de 2015, rec. 438/2014, que para justificar su decisión argumenta que «(...)no puede desconocerse ni el tiempo transcurrido desde que se celebró el proceso selectivo ni que son del todo ajenos a la causa determinante de la estimación de este recurso» y la Sentencia de la Sala de lo Contencioso de la Sección 7^a del Tribunal Supremo de fecha 18 mayo de 2007, rec. 4793/2000, que razona su decisión en los siguientes términos: «Así lo aconseja también el principio de equidad (artículo 3.2 del Código civil), y hasta si se quiere el de justicia material del artículo 1 CE, con los que sería difícilmente compatible una solución interpretativa o de aplicación jurídica que impusiera a algunos de los participantes del proceso selectivo tener que sufrir las gravísimas consecuencias que supone la anulación total por unas irregularidades a las que son ajenos, y tener que tolerarlo a pesar de existir remedios para subsanarlas sin necesidad de llegar a esa opción extrema de total nulidad».

nistrativa origine en el futuro nuevas declaraciones de trabajadores indefinidos no fijos al servicio de la Administración³¹.

Por lo que a la contratación laboral hemos visto que los Secretarios de Ayuntamiento son miembros natos de los Tribunales de selección de personal tanto funcional como laboral que se convoquen en la entidad a la que representan. Ahora bien, este hecho no quiere decir en absoluto que asuman competencias directas en la gestión del personal de la entidad. Por una parte, porque como miembros de un Tribunal, aunque tengan voz y voto, y posibilidad de hacer constar en el acta de la sesión las objeciones que estimen convenientes, no recae exclusivamente sobre ellos ni la decisión de contratar ni la elección de la modalidad contractual que corresponda, que corresponde a la Alcaldía-Presidentencia según la redacción actual del artículo 21 de la LBRL. Por otra, porque en la práctica, muchas contrataciones laborales irregulares se concertan siguiendo diversos subterfugios que evitan que el Secretario del Ayuntamiento tenga la más mínima participación en el expediente. Esto ocurre unas veces porque se agiliza hasta tal punto el procedimiento de selección de personal laboral temporal que se articula un proceso sin tribunal. Otras veces, porque la falsa contratación laboral temporal se ha materializado a través de la fórmula de un contrato administrativo menor para la prestación de servicios que requiere un procedimiento especialmente sencillo³² de contratación³³ en el que no participa el Secretario³⁴. O incluso, porque lo que comenzó siendo un proceso correcto de selección de personal laboral temporal, mediante Decreto de Alcaldía o incluso en ocasiones, simplemente a través de instrucciones verbales, se cambian las funciones encomendadas, hasta convertirse en una prestación de servicios diferente a la originalmente concertada, de forma que, sobrevenidamente, el sujeto en cuestión estará atendiendo necesidades permanentes de la entidad, sin que la modalidad contractual que ocupaba se haya modificado en consecuencia. Siguiendo el mismo procedimiento, también

31 Ver en este sentido la Resolución de 27 de octubre de 2010 aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, sobre la necesidad de evitar los riesgos de que los trabajadores de las empresas de servicios contratadas por la Administración, por las condiciones en que se desarrolla la actividad contratada, se conviertan en personal laboral de la Administración en virtud de sentencias judiciales así como la Circular de la Abogacía General de Estado 2/2007 en relación con los riesgos en fase de formación del contrato de servicios y en la de ejecución, y sobre la forma de evitarlos.

32 ARADAS GARCÍA, F. «Informe de Secretaría municipal en los expedientes de contrato menor ¿obligatorio?», Jurídico administrativo, febrero de 2023, edición digital.

33 Según el art. 118.1 de la vigente Ley de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), el contrato administrativo menor es la fórmula en la que pueden contratarse obras de valor estimado inferior a 40.000 euros y contratos de suministro o servicios de valor estimado a 15.000 euros, que no tengan un plazo de ejecución superior al año (29.8 LCSP). La particularidad de estos contratos es que pueden adjudicarse directamente a cualquier empresario que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación (131 LCSP). Aunque la Instrucción 1/2019 de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación establece la necesidad de solicitar tres presupuestos (o justificar por qué no se han solicitado), se sigue tratando de un procedimiento sujeto a unas reglas de adjudicación mucho más simples que en el caso de los contratos generales.

34 Aunque la cuestión es ampliamente discutida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, cabe citar en el sentido expuesto el informe 3/2023 de la Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia 3/2023 que concluye que no es obligatorio el informe de la secretaría municipal en el contrato menor.

ocurre en ocasiones que, ilícitamente, se amplía la duración de la prestación de servicios superando así los límites legalmente establecidos respecto a la contratación laboral temporal. En estos casos, el expediente de contratación se lleva a cabo no sólo sin la presencia del Secretario de Ayuntamiento, sino también, y esto es lo verdaderamente importante, sin que se le atribuyan a éste funciones de garantía de la legalidad emitiendo un informe preceptivo³⁵.

En definitiva, se aprecia que las funciones del Secretario de Ayuntamiento en materia de contratación laboral son mucho más reducidas de lo que sería aconsejable, pues al ser eliminadas tanto la jefatura de personal como la advertencia de ilegalidad que antiguamente se atribuían a los Secretarios municipales, se han eliminado las herramientas de actuación que serían necesarias para asegurar la adecuación a derecho de la causa real que, en cada ocasión, ha inspirado la contratación laboral efectuada.

VI. PAPEL DEL SECRETARIO EN LA PREVENCIÓN DE CONTRATACIONES IRREGULARES

Como hemos señalado, una de las funciones que le atribuye el Real Decreto 128/2018 a los Secretarios municipales es la de asistir y levantar actas de las sesiones que celebren el Pleno, la Junta de Gobierno y cualquier otro órgano colegiado de la Corporación en que se adopten acuerdos que vinculen a la misma. El ejercicio de esta función, plantea una serie de dudas, recordemos que los informes que debe emitir el Secretario con carácter preceptivo tienen una casuística tasada.

Pues, en estas sesiones a las que el Secretario municipal asiste con el fin de levantar acta, ¿puede también el Secretario emitir informes no preceptivos *motu proprio*, sin que medie requerimiento expreso de la alcaldía ni de un tercio de miembros de la Corporación?, ¿puede derivar en responsabilidad disciplinaria la emisión de informes en supuestos no preceptivos por extralimitación de sus funciones legalmente atribuidas? O por el contrario, ¿el Secretario incurriría en responsabilidad por no advertir de la ilegalidad de un asunto resuelto en la sesión de un órgano colegiado a la cual asista en su condición de fedatario público, a pesar de no tener el informe del Secretario en ese asunto carácter preceptivo?

Sobre esta cuestión, han recaído en los últimos tiempos diversas sentencias que parecen atribuirles a los Secretarios municipales la función de garantes de la legalidad de la actuación

35 Aunque en principio no existe ningún precepto que impida al Secretario general emitir, *motu proprio*, un informe desfavorable incluso en supuestos en los que la ley no les atribuye expresamente la posibilidad de actuación, la cuestión resulta ambigua y en todo caso no se la podría considerar una forma efectiva de controlar la legalidad de las contrataciones laborales. Y es que ante la ingente carga de trabajo que actualmente tienen muchos Ayuntamientos, al Secretario le resulta materialmente imposible informar voluntariamente todos los posibles asuntos que se tramiten en una entidad local. Otro tema diferente será determinar qué tipo de responsabilidad puede llegar a asumir un Secretario de Ayuntamiento que, pese a no tener atribuida por ley la competencia de emitir informe en determinada materia, sospeche de una ilegalidad, aspecto que, por su importancia, se analiza de forma detallada en un apartado posterior de este trabajo.

municipal, asignándoles el deber inexcusable de advertir a la Corporación de la ilegalidad de los actos de los que tenga conocimiento por razón de su cargo³⁶, aunque esta interpretación de las funciones del Secretario no se ajusta a los términos literales de la regulación vigente, en particular del Real Decreto 128/2018 en los que las funciones del Secretario se limitan a fe pública y asesoramiento legal preceptivo, indicando expresamente este Real Decreto los supuestos tasados en los que resulta preceptivo el informe jurídico del Secretario.

Pese a todo, todo parece apuntar, por tanto, a que nuestra jurisprudencia entiende que continúa vigente de modo tácito o implícito la advertencia de ilegalidad que otrora atribuía la ley expresamente a los Secretarios municipales, sin tener en cuenta que, habida cuenta del volumen actual de asuntos que cada día se ventilan en el seno de una entidad local, resulta, material y físicamente imposible, que el Secretario controle la legalidad de todos los expedientes que se aprueban en los órganos colegiados en los que actúa de Secretario o que se aprueben por Resolución de Alcaldía de los que tenga conocimiento por su labor de fedatario público firmando el arcaico «ante mí» o bien transcribiendo dichas resoluciones al correspondiente libro oficial.

36 Aunque por el momento estas sentencias no versan sobre contratación laboral irregular, sino sobre irregularidades en otros procesos de contratación de diferente naturaleza. A este respecto conviene hacer mención a la reciente Sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Murcia nº 77/2023 de fecha 6 de marzo de 2023 en el conocido mediáticamente como «Caso Auditorio», donde la actuación municipal enjuiciada consiste, entre otras actuaciones, en un encargo verbal realizado por el Sr. alcalde a un arquitecto para la redacción en un primer momento de un Anteproyecto de Teatro-Auditorio y posteriormente de un Proyecto básico para el mismo fin, sin seguir el procedimiento legalmente establecido para ello. Proyecto que por otro lado padecía relevantes deficiencias, entre otras ubicaba el Teatro-Auditorio a construir sobre una parcela sobre la que el Ayuntamiento carecía de disponibilidad.

En el relato de los hechos probados señala la sentencia que la Junta estuvo asistida por la secretaria municipal accidental funcionaria de carrera, quien *«incumplió gravemente sus obligaciones legales»*. Incumplimientos que consistieron en: *«no advertir de la inexistencia de expediente de contratación alguna del arquitecto; no advertir de la falta de expediente administrativo para la aprobación del proyecto; no advertir de la inexistencia de informe jurídico y técnico sobre dicho proyecto básico antes de su aprobación (que hubiera determinado la falta de disponibilidad de la parcela); no constatar que la propuesta efectuada por el concejal de Educación (...) se refería a un simple documento que ni siquiera iba firmado»*, y también, *no (...) retirar el asunto sobre la aprobación del proyecto básico de 2006 si, verdaderamente, tuvo entrada de forma oral por la propuesta del concejal de Educación. (...)»*.

Y, a pesar de rechazar la general aceptación de que el Secretario es el último garante y único de la regularidad jurídica de los actos de la Corporación, entendiéndose que no le corresponde la titularidad del control de la legalidad de las actuaciones municipales, conforme al actual marco legal, tipifica la actuación de la secretaria municipal como prevaricación por omisión remitiéndose a la decisión del pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de que el delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal puede ser cometido en la modalidad omisiva recogida en el artículo 11 del mismo texto legal. Y a la STS de 24 de mayo de 2017 que estableció que es admisible la comisión por omisión en el delito de prevaricación cuando es imperativo realizar una determinada actuación administrativa y no se hace, pues, *«como delito de infracción de un deber, queda consumado en la doble modalidad de acción o comisión por omisión con el claro apartamiento de la actuación de la autoridad del parámetro de la legalidad, convirtiendo su actuación en expresión de su libre voluntad»*.

Lo que sí se ha de admitir es que Secretario municipal por la labor que tiene encomendada de fe pública y asesoramiento legal preceptivo se encuentra en una posición privilegiada para detectar actuaciones contrarias a la legalidad, en materia de contrataciones laborales irregulares, el tema resulta particularmente relevante, pues como hemos advertido, ya se empiezan a encontrar sentencias condenatorias por vía penal a alcaldes por contrataciones laborales irregulares.

Ante estas circunstancias, el Secretario puede desempeñar un papel fundamental en la tarea de prevenir la comisión de delitos por el alcalde o concejales que son los que toman las decisiones y dictan actos administrativos en el ámbito municipal.

Esto nos plantea la cuestión de cómo debe actuar el Secretario si tiene conocimiento de una contratación irregular, como puede ser de un expediente de contratación laboral temporal que encubre una necesidad permanente o en el que no se hayan respetado los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

Recordemos que el informe del Secretario no es preceptivo en estos casos ni el Secretario mantiene actualmente la denominada advertencia de ilegalidad. Si el Secretario puede emitir informe directamente en un expediente sin exigencia legal ni requerimiento de alcaldía ni de un tercio de los concejales es una cuestión no aclarada en la legislación vigente y para resolverla deberíamos acudir las reglas propias de la buena convivencia entre alcalde y Secretario entre los que debe existir una coordinación y un respeto mínimo que les permita resolver este tipo de situaciones.

Sin embargo, si la actuación del Secretario no consigue frenar la contratación laboral irregular, o bien tiene conocimiento de la misma una vez que se ha producido, ¿cuál debe ser su actuación? Como hemos indicado se empieza a reconocer en vía judicial la responsabilidad penal de los alcaldes que llevan a cabo estas contrataciones irregulares. ¿Qué debe hacer el Secretario ante una situación de este tipo?

El Real Decreto 128/2018 no identifica mecanismos específicos que pueda utilizar el Secretario, por lo que tendrá que acudir a lo dispuesto con carácter general en el primer párrafo del artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento criminal: «*Los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio Fiscal, al Tribunal competente, al Juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio, si se tratare de un delito flagrante*»³⁷.

Esto plantea al Secretario una serie de cuestiones: ¿cómo actuar ante una conducta sospechosa de ser delictiva?, ¿debe advertir previamente al alcalde?, ¿cómo hacerlo para que quede constancia? Pero no solo eso: de ser archivada esta denuncia ante el Ministerio Fiscal ¿puede dar lugar a represalias dentro de la Corporación Local en la que desempeña sus funciones?

Se encontraría sin duda el Secretario en una difícil posición. Quizá a estos efectos pueda servir de ayuda la reciente Ley 2/2023 reguladora de la Protección de las Personas que Informen sobre Infracciones Normativas y de Lucha contra la Corrupción, que tiene la finalidad

37 Aspecto de trascendental importancia práctica que aborda MUÑOZ CUESTA, J., «El Secretario de Ayuntamiento. Garantía en la prevención de ilícitos penales», *Revista de estudios locales. Cunal*, nº. 251, 2022, págs. 16-27.

de otorgar una protección adecuada frente a las represalias que puedan sufrir las personas físicas que informen sobre la comisión de delitos o infracciones administrativas graves o muy graves, así como fortalecer la cultura de la información como mecanismo para prevenir y detectar amenazas al interés público, haciendo especial hincapié sobre las infracciones penales o administrativas graves o muy graves que impliquen quebranto económico para la Hacienda Pública y para la Seguridad Social (arts. 1 y 2 Ley 2/2023).

Así pues, tener un sistema interno de información y con él, un canal interno de denuncias, resulta obligatorio para todas las entidades públicas y para las entidades privadas que tengan más de 50 empleados (art.13 Ley 2/2023) o, independientemente de las dimensiones de su plantilla, para toda entidad que preste servicio en el ámbito de los mercados financieros o que reciba o gestione fondos públicos (art.10 Ley 2/2023), ayudando con ello, quizá, a reforzar la labor de control que desempeña el Secretario general de las corporaciones locales.

No se puede olvidar que, la contratación laboral irregular puede dar lugar a importantísimas consecuencias jurídicas, que van mucho más allá del reconocimiento de la condición de trabajador indefinido no fijo a la persona afectada: no sólo sería constitutiva de una infracción grave en materia de relaciones laborales según lo dispuesto en el art. 7.2 del Real Decreto Legislativo 5/2000, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS)³⁸; sino que incluso, si tales irregularidades en la contratación laboral generan especiales condiciones de abuso, inseguridad o discriminación frente a la persona trabajadora, no existirá impedimento para que una persona jurídica, pública o privada, sea considerada responsable no ya de una infracción administrativa, sino de un delito contra los derechos de los trabajadores (art. 311 del Código Penal).

VII. CONCLUSIÓN

La Recomendación 336 (2013) sobre «Democracia local y regional en España» del Congreso de Poderes Locales y Regionales del Consejo de Europa señaló dos temas que preocupan a la opinión pública española: el aumento de casos de corrupción política y la gestión de algunas regiones y gobiernos locales en relación con prácticas irracionales de gasto. Para luchar contra estas cuestiones problemáticas resulta clave la labor que desempeñan los Funcionarios con Habilitación de carácter Estatal en cada Ayuntamiento. Debiendo apostar las reformas legislativas por reforzar las herramientas de las que disponen estos funcionarios.

El Secretario General, es un funcionario bien preparado y puede desempeñar una colaboración activa en la labor de prevención de delitos, sin embargo no está dotado de instrumentos legales para hacerlo con plenitud, principalmente en supuestos en los que existe oposición por parte del Equipo de Gobierno.

38 El nuevo art. 40.1.c bis que el RD-Ley 32/2021 introduce en la LISOS, contempla una sanción reforzada para ciertas infracciones graves, entre ellas, *«la transgresión de la normativa sobre modalidades contractuales, contratos de duración determinada y temporales, mediante su utilización en fraude de ley o respecto a personas, finalidades, supuestos y límites temporales distintos de los previstos legal, reglamentariamente, o mediante convenio colectivo cuando dichos extremos puedan ser determinados por la negociación colectiva. A estos efectos se considerará una infracción por cada una de las personas trabajadoras afectadas»*.

Por ello resultaría necesario poner en marcha un conjunto articulado de medidas que permitan reforzar el papel del Secretario de Ayuntamiento como garante de la legalidad de la actuación de las entidades locales. Entre otras propuestas, pueden formularse las siguientes:

1. Abrir una vía directa de colaboración, ayuda, comunicación y apoyo con jueces y fiscales, con el fin de actuar de la manera más correcta posible y con la mayor agilidad.
2. Refuerzo de las medidas y mecanismos atribuidos por la ley para hacerlo un verdadero garante de la legalidad, y para ello, es imprescindible la recuperación de la advertencia de ilegalidad, en la tramitación de los expedientes municipales de los que tenga conocimiento por razón de su cargo. A la que se debería añadir la prohibición legal de incluir un asunto en el orden del día de un órgano colegiado si en el expediente tramitado para ello consta el informe desfavorable del Secretario, o incluso que se atribuya al Secretario la posibilidad de retirar directamente y por propia iniciativa, un expediente del orden del día de un órgano colegiado en el que actúa de fedatario público si tiene alguna duda sobre la legalidad del acuerdo.

En este caso se debería devolver el expediente al departamento municipal que lo tramitó para que lo subsanen o complementen. Se trata de medidas que, no se puede negar, son lógicas y proporcionales con el fin perseguido, que es la defensa de la legalidad en la actuación municipal.

3. Para el desarrollo de estas funciones a los Secretarios se les debería dotar del personal que fuera necesario para garantizar su correcto desempeño, personal suficientemente cualificado que colaborara con el Secretario en esta labor de control de la legalidad, pues de otra manera sería materialmente imposible su ejercicio.
4. Además al Secretario, y también a los Interventores municipales, se les debería dotar de carácter de autoridad pública con la competencia de denunciar irregularidades cometidas por la Corporación local, ante un órgano superior, en este caso el Ministerio.
5. Y por último, los Secretarios deberían recuperar la jefatura superior de todo el personal como garantía en la lucha contra las contrataciones laborales irregulares.

Ahora bien, en esta lucha contra las contrataciones laborales irregulares también resulta imprescindible que, al mismo tiempo que se refuerzan las competencias del Secretario de Ayuntamiento, se dicte legislación expresa donde se profundice de forma clara y contundente en la exigencia de responsabilidad a las personas que hayan dado lugar a estas contrataciones irregulares, pues sin ello es prácticamente imposible ponerles freno. Mientras esto no ocurra, no se conseguirá combatir el fraude en la contratación laboral concertada en el seno de una entidad pública, pues siempre se encontrarán nuevas vías de actuación que permitan frustrar los esfuerzos del legislador y los desvelos del Secretario de Ayuntamiento por poner orden en el modelo.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. «¿Es obligatoria la asistencia del Secretario del Ayuntamiento a las comisiones de valoración de los procesos selectivos?», *DerechoLocal.es*, Lefebvre, mayo de 2023, edición digital.

ARADAS GARCÍA, F. «Informe de Secretaría municipal en los expedientes de contrato menor ¿obligatorio?», *Jurídico administrativo*, febrero de 2023, edición digital.

- CANALES ALIENDE, J.M., «El papel de los Secretarios de Ayuntamiento como coadyuvantes de la Administración Electoral», *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, nº.24, 2010, págs. 27-41.
- CANDELA TALAVERO, J.E., «El personal indefinido no fijo en las entidades locales», *La administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, nº. 6, 2021, págs. 53-67.
- CAVAS MARTÍNEZ, F., *Régimen jurídico del trabajador indefinido no fijo en el sector público*, Laborum, Murcia, 2018.
- DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, M., «Las juntas electorales competentes. El Secretario de Ayuntamiento como delegado de la junta electoral de zona», *Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, nº. 8, 2015 (Ejemplar dedicado a: Elecciones locales 2015), págs. 904-907.
- DIAZ SANTÍN, N., «La soledad del Secretario de Ayuntamiento ante las cuestiones no certificables», *Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados. Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, nº. 13, 2011, págs. 1666-1676.
- FERNÁNDEZ CORREDOR SÁNCHEZ-DIEZMA, J., «Distintas actuaciones en una Corporación local», *CEFLegal. Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, nº. 52, 2005, págs. 113-122.
- GALÁN CÁCERES, J., «Administración local. Ajuste a derecho de acuerdos adoptados por el pleno de un Ayuntamiento», *CEFLegal: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, nº. 202, 2017.
- GOERLICH PESET, J.M., y VEGA LÓPEZ, J.J., «¿Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración pública?: los «trabajadores indefinidos, no fijos de plantilla», *Relaciones laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, nº. 1, 1998, págs. 569-587.
- LAHERA FORTEZA, J., «La necesaria revisión de la jurisprudencia del indefinido no fijo en el sector público a la luz de la jurisprudencia comunitaria (SSTJCE 7 septiembre de 2006, Asunto C-53/04 y Asunto C-180/04)», *Relaciones laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, nº 1, 2007, págs. 587-593.
- LAÍN CORONA, I., «El personal fijo discontinuo y el personal indefinido no fijo en los procesos de estabilización de plazas con motivo de su comienzo», *Actualidad administrativa*, nº 7-8, 2022.
- MONTESERIN HEREDIA, S., «El secretario municipal accidental (1)», *Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados. Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, nº. 8, 2022, soporte informático.
- MUÑOZ CUESTA, J., «El Secretario de Ayuntamiento. Garantía en la prevención de ilícitos penales», *Revista de estudios locales. Cunal*, nº. 251, 2022, págs. 16-27.

ORTIZ BLASCO, J.J., «Régimen jurídico de las entidades locales», *Cuadernos de derecho local*, nº. 6, 2004, págs. 81-105.

PEÑA MOLINA, M., «Del indefinido no fijo al laboral fijo de plantilla. Nuevos aires para nuevos tiempos», *Cuadernos de derecho local*, nº. 52, 2020, págs. 189-197. «La funcionalización de laborales indefinidos no fijos de plantilla», *Revista General de Derecho Administrativo*, nº. 40, 2015, soporte informático.

PÉREZ LUQUE, A., «A raíz de una consulta: el secretario-interventor del Ayuntamiento sólo puede hacer lo que le indica el ordenamiento jurídico», *Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados. Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, nº. 13, 2001, págs. 2175-2186.

RECUERDA GIRELA, M.A. y FERNÁNDEZ DELPUECH, L., «Los contratos administrativos que encubren relaciones laborales o tienen por objeto funciones reservadas a personal funcionario», *Revista General de Derecho Administrativo*, nº. 23, 2013, soporte informático.

RODRIGO SAINZ, C., «Indefinido fijo en la Administración Pública», *Diario La Ley*, nº 9821, 2021.

ROQUETA BUJ, R., *La reforma de la contratación temporal en las administraciones públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

RUANO VILA, J.V., «El papel del Secretario del Ayuntamiento en materia de prevención de riesgos laborales», *Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados. Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, nº. 1, 2014, págs. 53-60.

- «El Secretario del Ayuntamiento como secretario nato de los tribunales de selección de personal. Comentario a la Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 25 de enero de 2012». *Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, nº. 10, 2012, págs. 1253-1260.

SANCHEZ CASTILLO, M. y CARMONA PAREDES, R., «Construcción jurisprudencial del contrato indefinido no fijo», en AA.VV., *El Estatuto profesional del personal investigador contratado en régimen laboral* (coord. por Fernando Ballester Laguna), INAP Investiga, Madrid, 2016, págs. 265-282.

VERA TORRECILLAS, R.J., *Del escribano al secretario municipal: antecedentes, origen y evolución de los cuerpos nacionales hasta la Ley de bases del régimen local*, Dykinson, Madrid, 2021.

