

O F I C I O

S/REF.

N/REF.

FECHA

ASUNTO

DESTINATARIO

MG/09/202/2018

Dº. Octavio M. Fernández Hernández
Secretario General
Ayuntamiento de Candelaria
Avenida Constitución nº 7.
38530 Candelaria (Santa Cruz de Tenerife)

En contestación a su consulta de fecha 22 de marzo de 2018 mediante la que plantea una serie de preguntas sobre 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, de acuerdo con el orden expuesto por Vd. le informo lo siguiente:

Pregunta 1.-Función de la superior dirección de archivos y registros prevista en el artículo 3.2 I).

La superior dirección de los archivos y registros de la Entidad Local está prevista en el artículo 3.2 I) del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, dentro de la función de fe pública encuadrable en la función de Secretaría como una de las funciones públicas necesarias en todas las Corporaciones Locales, cuya responsabilidad administrativa está reservada a los FHN.

A juicio de esta Dirección General, la "superior dirección" de los archivos y registros de la entidad implica el establecimiento de pautas y criterios para el funcionamiento y organización de los archivos y registros, ordenando las actuaciones que se considere convenientes a tal fin, y sin perjuicio de la responsabilidad que corresponde al responsable de la unidad encargada de tramitar cada procedimiento, en orden a la instrucción e impulso del mismo.

Al no efectuar el artículo 3.2 I) citado, una relación de los archivos y registros a los que se refiere esa función de "superior dirección", sino que se remite a "*los archivos y registros de la Entidad Local*", habrá que entender que la superior dirección de los mismos puede referirse, además de a los citados en su escrito, a otros que existan en la entidad local, salvo que estén atribuidos por norma de igual o superior rango a otros funcionarios.

Pregunta 2.-Posibilidad delegación funciones por el Secretario o Interventor en los organismos institucionales dependientes de la Corporación.

Por lo que respecta a la cuestión de la administración institucional dependiente las Entidades Locales, el Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, no aclara de modo expreso, si el Secretario o Interventor del Ayuntamiento, lo es a su vez con carácter nato, de alguna o todas de estas entidades instrumentales, si bien si procede a delimitar de modo taxativo las funciones públicas necesarias en todas las Corporaciones Locales con expresa atribución de las mismas a los distintos puestos de trabajo reservados a los FHN, incluyendo en concreto, dentro de la función de fe pública, la transcripción de las resoluciones adoptadas por cualquier órgano con competencias resolutivas (artículo 3.2.e)) y asimismo dentro de la función de asesoramiento legal preceptivo, incluye la emisión de informe previo en el supuesto de aprobación o modificación de Ordenanzas, Reglamentos y Estatutos rectores de Organismos Autónomos, Sociedades Mercantiles, Fundaciones, Mancomunidades, Consorcios u otros Organismos Públicos adscritos a la Entidad Local (artº 3 .d) 1º).

Se considera que para abordar la cuestión planteada, habría que distinguir entre las funciones de secretaría y las de intervención.

En relación con las funciones de secretaría, de fé pública y asesoramiento legal preceptivo, el Real Decreto 128/2018, no atribuye de forma expresa al secretario de la Corporación estas funciones, sino de modo muy genérico se refiere a *“órganos colegiados decisorios”, “cualquier otro órgano de la corporación en que se adopten acuerdos que vinculen a la misma”*.

Por otra parte, el artículo 85.bis) de la Ley 7/1985 de 2 de abril, remite a los estatutos de los OAAA el régimen relativo a recursos humanos de personal de los mismos y en relación con las entidades públicas empresariales locales *“El secretario del Consejo de Administración, que debe ser un funcionario público al que se exija para su ingreso*

titulación superior, ejercerá las funciones de fe pública y asesoramiento legal de los órganos unipersonales y colegiados de estas entidades.”

Asimismo, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en relación con la figura del secretario de los órganos colegiados, establece en el artículo 16, lo siguiente: *“1. Los órganos colegiados tendrán un Secretario que podrá ser un miembro del propio órgano o una persona al servicio de la Administración Pública correspondiente.*

2. Corresponderá al Secretario velar por la legalidad formal y material de las actuaciones del órgano colegiado, certificar las actuaciones del mismo y garantizar que los procedimientos y reglas de constitución y adopción de acuerdos son respetadas.

3. En caso de que el Secretario no miembro sea suplido por un miembro del órgano colegiado, éste conservará todos sus derechos como tal.”

Teniendo en cuenta la normativa expuesta, únicamente se podría entender que le corresponde al secretario de la corporación el desempeño de las funciones de fe pública y asesoramiento legal preceptivo en los organismos autónomos y otras entidades instrumentales, si se considera a estas entidades como órganos colegiados decisorios, u órganos de la corporación en que se adopten acuerdos que vinculen a la misma, lo cual parece forzar mucho la interpretación a la vista de la regulación que la propia Ley 7/1985, de 2 de abril, o bien cuando los estatutos del organismo o entidad correspondiente, que son aprobados por el Pleno de la Corporación, contemplan esta atribución.

Asimismo, el presente reglamento contempla como novedad, la posibilidad de asignar por el Presidente de la Entidad Local, a los puestos de trabajo de esta escala funcional, otras funciones distintas o complementarias a las funciones públicas reservadas y de los distintos servicios de la Entidad Local, compatibles con las propias del puesto y adecuadas a su grupo y categoría profesional, debiendo dar cuenta de esta asignación al Pleno y figurar en la relación de puestos de trabajo de la Entidad, o instrumento organizativo similar. (artº 6.3).

En relación con las funciones reservadas de intervención-tesorería, el artículo 4.2. f), sí incluye, dentro de las funciones de contabilidad, atribuidas al puesto de intervención de la Corporación, y por lo tanto, a desempeñar por el interventor, la de "Inspeccionar la contabilidad de los organismos autónomos, de las sociedades mercantiles dependientes de la Entidad Local, así como de sus entidades públicas empresariales, de acuerdo con los procedimientos que establezca el Pleno".

Asimismo, el Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local establece en su artículo 2 que *"el control al que se refiere el título VI del texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales será ejercido sobre la totalidad de entidades que conforman el sector público local por los órganos de intervención con la extensión y los efectos que se determinan en los artículos siguientes.*

2. A los efectos de este Reglamento forman parte del sector público local:

- a) La propia Entidad Local.*
- b) Los organismos autónomos locales.*
- c) Las entidades públicas empresariales locales.*
- d) Las sociedades mercantiles dependientes de la Entidad Local.*
- e) Las fundaciones del sector público dependientes de la Entidad Local.*
- f) Los fondos carentes de personalidad jurídica cuya dotación se efectúe mayoritariamente desde los Presupuestos Generales de la Entidad Local.*
- g) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia adscritos a la Entidad Local de conformidad con la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.*
- h) Las entidades con o sin personalidad jurídica distintas a las mencionadas en los apartados anteriores con participación total o mayoritaria de la Entidad Local."*

Por tanto, se entiende que el interventor sí tiene que ejercer las funciones que expresamente tiene atribuidas por las normas citadas, respecto a las entidades que forman parte del sector público local.

Sobre la posibilidad de aplicar las reglas generales de la delegación de competencias regulada en el artículo 9 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, se entiende que es cuestionable que los puestos de intervención y tesorería puedan considerarse órganos a los efectos de dicha ley. Únicamente se les considera órganos para el supuesto contemplado en la disposición adicional octava del RD 128/2018, es decir, a los efectos del ejercicio en soporte electrónico de las funciones reservadas.

Por otra parte, no se recoge en el real decreto 128/2018, la posibilidad de delegar funciones reservadas en un funcionario de la Corporación respecto de Juntas, Órganos o Entidades dependientes de la Corporación, que sí se contemplaban en el artículo 13.2 del real decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, hoy derogado.

Ahora bien, podrán existir puestos de colaboración a las funciones de intervención en los que el FHN pueda delegar parte de estas funciones. Estos puestos se regulan en el artículo 15 del RD 128/2018, y son aquellos que pueden crear las Entidades Locales para la atribución de funciones de colaboración inmediata y auxilio a las de Secretaría, Intervención y Tesorería que estarán reservados a FHN y cuyos titulares ejercerán sus funciones bajo la dependencia funcional y jerárquica del titular de la Secretaría, Intervención o Tesorería, respectivamente.

A los citados puestos de colaboración, les corresponderán las funciones reservadas que, previa autorización del Alcalde o Presidente de la Corporación, les sean encomendadas por los titulares de los puestos reservados de Secretaría, Intervención y Tesorería.

Asimismo, les corresponderá la sustitución de los titulares de estos puestos, en los casos de vacante, ausencia, enfermedad o concurrencia de causa de abstención o recusación legal o reglamentaria de los mismos.

Pregunta 3.- Significado del extracto en papel al que se refiere el artículo 3.2d)

La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece efectivamente en su artículo 70.2, la obligatoriedad de que los expedientes tengan formato electrónico. Esta ley se publicó el 2 de octubre de 2015 y entró en vigor al año de su publicación.

Asimismo, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, publicada, igualmente, el 2 de octubre de 2015, entró en vigor al año de su publicación.

Hay que tener en cuenta que con anterioridad a la entrada en vigor de estas leyes, el Consejo de Estado, a través de su Comisión Permanente, dictaminó con fecha de fecha 7 de marzo de 2016, el borrador del proyecto del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, y en tal dictamen no se hace observación alguna respecto al artículo 3.2.d) y a la exigencia del extracto en papel contenida en el citado precepto.

No obstante, el artículo 18.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre dice textualmente:

“Podrán grabarse las sesiones que celebre el órgano colegiado. El fichero resultante de la grabación, junto con la certificación expedida por el Secretario de la autenticidad e integridad del mismo, y cuantos documentos en soporte electrónico se utilizasen como documentos de la sesión, podrán acompañar al acta de las sesiones, sin necesidad de hacer constar en ella los puntos principales de las deliberaciones.”

Por tanto, se entiende que habría que interpretar el artículo 3.2.d) del real decreto 128/2018, de acuerdo con lo establecido en el artículo 18.1.

Pregunta 4.- Nombramientos provisionales (artículo 49)

4.1.- Efectivamente como señala en su consulta, el artículo 49 distingue claramente entre los nombramientos provisionales a FHN del apartado 1, para los puestos vacantes a ellos reservados, de los previstos en su apartado 3º que explícitamente denomina

nombramientos provisionales excepcionales, a FHN que no lleven dos años en el último puesto obtenido con carácter definitivo.

El nombramiento provisional excepcional únicamente se efectuaría con tal carácter cuando se reunieran todas las circunstancias a las que alude el artículo 49.3 del Real Decreto, y no hubiera sido posible efectuar una comisión de servicios, ya que el nombramiento provisional sólo tendrá preferencia sobre la comisión de servicios cuando se trate de supuestos de nombramientos provisionales por reingreso al servicio activo, o en los de supresión de puestos de colaboración o cese en puestos de libre designación, tal como establece el mismo artículo 49.1, párrafo tercero del mismo real decreto.

4.2.-Por lo anterior, cuando el puesto en un Ayuntamiento está ocupado por un nombramiento accidental o interino, como regla general no se puede tramitar un nombramiento provisional, con la excepción de los supuestos de reingreso al servicio activo o en los de supresión de puestos de colaboración o de cese en puestos de libre designación. (Art. 49.1, párrafo tercero), y ello con independencia que como efectivamente se señala por el autor de esta consulta, los nombramientos a funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional, ya sea en provisional, acumulación y comisión de servicios gozan de preferencia sobre los accidentales e interinos.

El requisito de la conformidad por parte de la Corporación Local de destino que el artículo 49.1 exige para que por parte de la CCAA se pueda efectuar nombramiento provisional a un FHCN es vinculante, por lo que de no existir tal conformidad la CCAA no puede efectuar un nombramiento provisional forzoso con el fin de evitar que el puesto siga cubierto por un funcionario accidental.

Pregunta 5.-Nombramientos accidentales (artículo 52)

Como consecuencia de la entrada en vigor del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, se plantea por el autor de esta consulta, el problema de Ayuntamientos de más de 5.000 habitantes, como es el de Candelaria, que no cuentan con un funcionario perteneciente

al grupo A1, que pueda desempeñar las funciones de secretaría, de intervención y/o de tesorería mediante nombramiento accidental.

En relación con la problemática planteada, esta Dirección General entiende que los nombramientos accidentales efectuados con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, se rigen por la regulación anterior, ya que el nuevo Real Decreto no tiene efectos retroactivos en relación con esta materia.

5.1.-Teniendo en cuenta que de acuerdo con dicha regulación, (artículo 33 del Real Decreto 1732/1994, de 29 de julio), no se exigía para efectuar un nombramiento accidental que el funcionario perteneciera al grupo A1, se considera que el funcionario de ese Ayuntamiento, nombrado con carácter accidental con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto 128/2018, podría continuar desempeñando el puesto de secretaría, de intervención o de tesorería, hasta que se cubra por funcionario de administración local con habilitación de carácter nacional, debiendo el Ayuntamiento incluir dicho puesto en los concursos de provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional.

5.2.- Dado que como ya se ha expuesto, el Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, no tiene eficacia retroactiva, efectivamente en aquellos Ayuntamientos que a la entrada en vigor del mismo, dispongan de un funcionario interino del Grupo A nombrado como Secretario, Interventor o Tesorero accidental, pueden seguir desempeñando el puesto si el Ayuntamiento no dispone de funcionario de carrera del Grupo A , hasta que la CCAA proceda a realizar nuevo nombramiento con los requisitos del 52.1 y 52.5.

5.3.-La cuestión que plantea es si en el supuesto de nombramientos accidentales para periodos inferiores a un mes, previstos en el 52.4, puede ser nombrado Secretario accidental un funcionario de carrera que no sea del Grupo A o un interino.

El artículo 52.4 del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, establece que:

“4. Para los supuestos de incapacidad temporal por periodos de tiempo inferiores a un mes, o ausencia del titular del puesto por vacaciones, asuntos propios u otras causas,

por periodos inferiores a un mes, se podrá nombrar accidentalmente, a propuesta del Presidente de la Corporación a un funcionario propio de la Entidad Local, de acuerdo con la normativa autonómica.”

El citado precepto, por tanto, remite a la regulación autonómica para este tipo de nombramientos accidentales, por lo que deberá ser la propia Comunidad Autónoma, en su normativa, la que determine el procedimiento a seguir y los requisitos que se deben cumplir para los citados nombramientos, entre ellos si se exige o no que el funcionario accidental tenga titulación universitaria o ser del Grupo A1.

EL Director General de la Función Pública. Javier Pérez Medina