

Expedient núm. 91/2016

Informe núm. 6/2017

CONSELL DE TRANSPARÈNCIA, ACCÉS A LA INFORMACIÓ PÚBLICA I BON GOVERN DE LA COMUNITAT VALENCIANA

València, 22 de novembre de 2017

Assumpte. Informe sobre l'adopció de criteris d'interpretació uniforme de les obligacions contingudes en la normativa sobre transparència, accés a la informació i bon govern en l'àmbit local sobre el concepte d'alt càrrec i de publicació de resolucions de compatibilitat.

ANTECEDENTS

1. El 2 de novembre de 2016 va entrar en el Registre General de la Conselleria de Transparència la sol·licitud d'informe petició del vicepresident 6t i diputat delegat de Transparència i Bon Govern de la Diputació de València Sr. [REDACTED], sobre qüestions relatives a la normativa sobre transparència, accés a la informació i bon govern tant estatal continguda en la Llei 19/2013, de 9 de desembre, de transparència, accés a la informació i bon govern (d'ara en avant 19/2013), com en la normativa autonòmica Llei 2/2015, de 2 d'abril, de transparència, bon govern i participació ciutadana de la Comunitat Valenciana (d'ara en avant Llei 2/2015). En concret, la petició d'informe al·ludeix a la necessitat de crear uns criteris interpretatius sobre qüestions relatives al concepte d'alt càrrec en l'àmbit local -no hi ha en la legislació local una definició expressa- i també sobre quin ha de ser el criteri aplicable en matèria de publicació de resolucions de compatibilitat. La dita petició d'informe s'emmarca entre les competències del Consell en virtut del que disposa l'article 42.1, paràgrafs c i d de la Llei 2/2015.

2. Com a document adjunt a aquest efecte de l'anàlisi del punt 1 de la sol·licitud es remet l'Informe del Servei de Transparència de la Diputació de València. L'Informe no està datat, ni subscrit per cap responsable, per la qual cosa no es pot citar la seua referència.

CRITERIS D'INTERPRETACIÓ SOBRE DIRECTIUS (ALTS CÀRRECS) LOCALS

PRIMER. En el marc de l'Administració local la denominació "d'alt càrrec" es correspon més amb la de "directius locals". En efecte, el Reial decret legislatiu 781/1986, de 18 d'abril, pel qual s'aprova el text refós de les disposicions legals vigents en matèria de règim local (d'ara en avant TRRL), habilita la creació de llocs directius. D'aquesta manera la regulació continguda en el TRRL permet -en principi- que qualsevol ajuntament pugua dotar-se d'aquest personal eventual directiu.

És important recalcar la idea "en principi", perquè si bé el TRRL no fa diferenciacions en el seu article 176.1 pel que fa a la creació d'aquest tipus de llocs en tots els municipis, aqueix punt 1 de l'article en remetre's a l'article 104 de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, de bases de règim local (d'ara en avant LBRL) -modificat recentment després de la Sentència 54/2017 d'11 de maig de 2017- si que estableix matisos per a la creació d'aquest tipus de llocs eventuais en l'àmbit municipal segons el nombre d'habitants del municipi.

El Tribunal Constitucional va conèixer de l'assumpte després de la interposició d'un recurs d'inconstitucionalitat en relació amb la modificació legislativa de la LBRL que es va produir com a conseqüència de l'aprovació de la Llei 27/2013, de 27 de desembre, de racionalització i sostenibilitat de l'Administració local (d'ara en avant LRSAL). Finalment, el Ple del Tribunal Constitucional va resoldre en Sentència 54/2017, d'11 de maig de 2017, el recurs d'inconstitucionalitat núm. 1996-2014 interposat pel Parlament de Catalunya en relació amb diversos preceptes de la LRSAL.

Amb l'aprovació de la LRSAL es va introduir l'article 104 bis la literalitat del qual va ser impugnada per entendre's que la legislació bàsica de l'Estat si bé podia regular aquestes qüestions, amb la regulació es retallaven les competències de la Generalitat de Catalunya. En concret, els arguments adduïts en el punt 2- j dels antecedents del recurs assenyalaven: "L'article 149.1.18 CE permet a l'Estat establir un model funcional comú, però no un sistema tancat i uniforme, i establir criteris fixos vinculats a la població que eliminen virtualment tota capacitat d'intervenció normativa. El detall i la concreció s'estén, fins i tot, a la definició de les tasques que pot realitzar aquesta classe de personal. Es prohibeix fins i tot que altres entitats locals (com les comarques) puguin tindre aquesta classe de personal. Aquesta previsió vulneraria a més l'autonomia local (articles 137 i 140 CE, així com el 87.1 EAC), donada l'estreta relació entre el personal eventual (pensat per a funcions de confiança i suport directe als càrrecs representatius i, per tant, a l'acció política que els ciutadans legitimen per mitjà de les urnes) i el principi d'autoorganització".

La sentència 54/2017 en el seu fonament de dret 4t va establir algunes qüestions que han de ser destacades. En efecte, l'article 104 bis pretén limitar el nombre de personal eventual no permanent o de confiança en l'àmbit local. L'argumentació de l'alt Tribunal en aqueix fonament jurídic 4t destaca que l'article 149.1.18a permet la introducció de normes bàsiques tendents a la introducció de criteris de racionalitat econòmica en el model local espanyol per a fer possible el compliment dels mandats establits en els articles 32. i 103.1 CE i l'estabilitat pressupostària com a norma de conducta a la qual estan subjectes les entitats locals segons el que estableix l'article 135. Per tot això conclou el Tribunal Constitucional "l'article 104 bis, apartats 1 i 2, LBRL conté directrius tendents a la reducció dels llocs d'empleats eventuals o de confiança sense vulnerar l'autonomia local constitucionalment garantida ni les competències autonòmiques; estableix límits màxims, en funció de la població, que en tot cas permeten a les corporacions locals disposar de personal eventual". Manté per tant l'alt Tribunal la constitucionalitat d'aquests dos apartats, però declara, no obstant això, la inconstitucionalitat dels apartats 3 i 4 de l'article 104 bis donat amb la redacció continguda en la LRSAL. No obstant això, la decisió del Tribunal Constitucional va ser objecte d'un vot particular de cinc dels magistrats d'aquest, considerant que s'havia vulnerat l'autonomia local, ja que els arguments de la majoria "no tenen en compte que l'article 149.1.18 CE permet a l'Estat establir un model funcional comú, però no un sistema tancat i uniforme, i establir criteris fixos vinculats a la població que eliminen virtualment tota capacitat d'intervenció normativa en un àmbit de competències normatives compartides".

SEGON. A l'efecte de situar en el seu context la situació és oportú establir una primera diferenciació, la regulació no és igual per als denominats municipis de gran població (regulats en l'incorporat títol X de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases del règim local, després de la modificació de la Llei 57/2003, de 16 de desembre, de mesures per a la modernització del govern local) que per a la resta de municipis.

Aquesta primera diferenciació té prou transcendència en matèria de directius locals. L'article 130 de la LBRL assenyalava expressament que per a aquest tipus de municipis de gran població poden establir-se dos nivells: òrgans superiors (alcalde i els membres de la junta de govern local) i d'un altre els òrgans directius (a) Els coordinadors generals de cada àrea o regidoria b) Els directors generals o òrgans semblants que culminen l'organització administrativa dins de cada una de les grans àrees o regidories c) El titular de l'òrgan de suport a la junta de govern local i el regidor secretari d'aquesta d) El titular de l'assessoria jurídica e) El secretari general del Ple f) L'interventor general municipal g) Si és el cas, el titular de l'òrgan de gestió tributària.

Igualment, el mateix article 130 assenyalava al punt 3 que tindran aquesta mateixa consideració d'òrgans directius, els titulars dels màxims òrgans de direcció dels organismes autònoms i de les entitats públiques empresarials locals, de conformitat amb el que estableix l'article 85 bis, paràgraf b).

Per tant, i per a aconseguir l'establiment d'un criteri homologat al d'alt càrrec en l'àmbit local, és subsumible el concepte en els denominats "òrgans directius", que en molts casos es tracta de llocs ocupats per funcionaris públics (bé amb la consideració d'habilitats nacionals o bé funcionaris de la corporació o altres administracions públiques). Així ho arreplega el punt tercer de l'article 130 al determinar que el nomenament dels coordinadors generals i dels directors generals, atenent a criteris de competència professional i experiència haurà d'efectuar-se entre funcionaris de carrera de l'Estat, de les comunitats autònomes, de les entitats locals o amb habilitació de caràcter nacional que pertanguen a cossos o escales classificats en el subgrup A1. Però en aquest mateix punt s'estableix una excepció, en assenyalar que llevat que el reglament orgànic municipal permeti que, en atenció a les característiques específiques de les funcions d'aquests òrgans directius, el seu titular no tinga la dita condició de funcionari. Aquesta última apreciació obri la possibilitat que el personal NO FUNCIONARI ocupe llocs denominats com a DIRECTIUS, amb la rellevància i significació que açò implica, ja que entre les funcions que se'ls pogueren encomanar algunes són de notable rellevància i significació per a la gestió municipal.

El tema de les competències directives i dels rols que el personal eventual directiu pot tindre encomanat en cada municipi, correspon a l'ajuntament a través de la relació de llocs de treball o, fins i tot, de les normes orgàniques, de la mateixa manera que la decisió respecte a l'existència d'aquests llocs i del seu nombre, és una cosa que s'emmarca dins de la denominada "potestat autoorganitzativa" de cada municipi.

Quant a la creació d'aquests llocs assenyalar el que disposa l'article 104 LBRL que determina que el nombre, les característiques i retribucions del personal eventual -entre els quals se situen els titulars dels òrgans directius- serà determinat pel ple de cada corporació, al començament del seu mandat. Aquestes determinacions només podran modificar-se amb motiu de l'aprovació dels pressupostos anuals. Igualment, l'article estableix que el nomenament i cessament d'aquests funcionaris és lliure i correspon a l'alcalde o al president de l'entitat local corresponent; pel que fa al cessament, aquest es produeix automàticament en tot cas quan es produísca el cessament o expire el mandat de l'autoritat a qui presten la seua funció de confiança o assessorament.

Menció especial per a la consideració del concepte d'alt càrrec en l'àmbit local, mereix la Sentència del Tribunal Constitucional número 103/2013, de 25 d'abril de 2013, que resol el recurs d'inconstitucionalitat número 1523-2004 interposat pel Parlament de Catalunya en relació amb diversos preceptes de la Llei 57/2003, de 16 de desembre, de mesures per a la modernització del govern local sobre competències sobre règim local.

Pel que fa a l'organització de la junta de govern local, el Tribunal Constitucional ha declarat la inconstitucionalitat de l'article 126,2, paràgraf segon, incís primer de la LBRL, que en la seua inicial literalitat assenyala: "L'alcalde podrà nomenar com a membres de la junta de govern local persones que no ostenten la condició de regidors, sempre que el seu nombre no supere un terç dels seus membres, exclòs l'alcalde". Aquest precepte ha sigut declarat inconstitucional en tant que es conculquen les regles constitucionals sobre l'elecció democràtica dels representants que ocupen llocs executius en l'àmbit municipal.

Tal com assenyala la Sentència 103/2013 en el seu fonament jurídic 6t el principi representatiu constitueix el fonament de l'autonomia local. L'article 140 CE atribueix el govern i l'administració als ajuntaments, integrats per alcaldes i regidors als quals imposa la seua elecció democràtica; aquest mateix precepte constitucional atribueix les funcions de govern i administració a un ajuntament compost únicament per alcaldes i regidors. El fet que els regidors i alcaldes siguin triats de manera democràtica, assenyala el TC és manifestació del dret fonamental de participació en els assumptes públics, consagrat en l'article 23 CE. En definitiva, l'article 140 CE atorga una especial legitimitació democràtica al govern municipal, tant en la seua funció de direcció política, com d'administració.

El fonament jurídic 6 de la sentència en l'últim paràgraf estableix: “Per les raons exposades hem de declarar la inconstitucionalitat de l'article 126.2, paràgraf segon, incís primer LBRL, inconstitucionalitat que es limita únicament i exclusivament a la facultat que es reconeix a l'alcalde per a nomenar com a membres de la Junta de Govern persones que no ostenten la condició de regidors, però no s'estén a la regulació del dit òrgan”.

D'aquesta manera, es limita la possibilitat que personal no electe i que per tant no ostenta la condició de regidor ni alcalde pugui formar part de la junta de govern local, òrgan que aleshores té encomanades algunes de les més rellevants funcions executives de l'organització municipal (art. 127 LBRL). No obstant això, el pronunciament de la Sentència 103/2013 en aqueix mateix fonament jurídic 6t estableix una referència temporal, que entenem als efectes d'aquest informe ha de ser tinguda en consideració: “Però abans de pronunciar la disposició d'inconstitucionalitat i consegüent nul·litat a què condueix el nostre raonament, és necessari determinar quin és l'abast i els efectes que correspon atribuir a la dita disposició i, en aquest sentit, hem d'establir que han de considerar-se situacions consolidades no susceptibles de ser revisades amb fonament en aquesta sentència les nascudes amb anterioritat a la data de la seua publicació. I tot això sense perjudici de la llibertat d'organització dels ajuntaments del funcionament de l'activitat d'assessorament als seus òrgans de govern, en el marc de la legislació aplicable”. Així doncs, i als efectes oportuns aclarir que la pròpia delimitació d'alt càrrec en el marc municipal pot tindre en aquells casos en què fins i tot es troba mantingut una organització constituïda amb anterioritat a la disposició de la Sentència i per tant, formen part de la junta de govern local persones que no ostenten la condició de regidor.

Finalment, remarcar que tot allò que s'ha disposat als òrgans directius està constret als municipis de gran població (aquells considerats com a tal en el títol X de la LBRL), però la veritat és que Espanya té majoritàriament municipis que no s'enquadren dins de les previsions de l'article 121 de la Llei – en què es detallen els requisits per a ser considerat municipi de gran població- a Espanya hi ha 8.122 municipis, en dades recents de l'INE el 84 % d'aquests no arriba als 5.000 habitants, dels quals quasi la meitat (el 48 %), no supera els 500 habitants. D'aquesta manera, és fàcil deduir que certament el marc normatiu que enunciat fins al moment tindrà poca virtualitat pràctica en tant que moltes de les qüestions exposades no se'ls apliquen.

Qüestió rellevant i que sí que els és d'aplicació és que en aquells municipis no circumscrits al règim de gran població, i que per tant no creen òrgans directius, però que sí que s'acullen a la creació de llocs de personal eventual -basant-se en el que disposa l'article 104. bis de la LBRL- hagen de tindre la consideració que alguns d'aquests llocs en relació amb les funcions que tinguen encomanades hagen de tindre l'assimilació a “alt càrrec o assimilat” i per tant estar subjectes a les obligacions relatives a la transparència.

TERCER. A continuació, i després de les consideracions anteriors sobre el personal que presumiblement pot ser equiparat en l'àmbit local com a alts càrrecs i assimilats, i basant-nos en la consideració que la normativa sobre transparència i accés a la informació fa sobre aquests, és evident que les disposicions contingudes en l'article 9.1 g) de la Llei 2/2015, de 2 d'abril, de la Generalitat de transparència, bon govern i participació ciutadana de la Comunitat València (LTBG-CV) són aplicables a tots aquells titulars dels òrgans directius que la llei preveu per als municipis de gran població. Igualment, i en funció de les seues comandes, ho seran aquells llocs de personal eventual que es creen en municipis que no se subsumeixen en el règim de gran població.

El marc normatiu sobre transparència ha tingut abans que la normativa sobre transparència ho fera efectiu -tant en el marc estatal com en l'autonòmic- una legislació local que ja regulava l'obligatorietat de determinades qüestions sobre la matèria, en concret l'article 74 de la LBRL assenyalava en l'apartat 7 lletra b): “Els representants locals i membres no electes de la junta de govern local respecte als que, en virtut del seu càrrec, resulte amenaçada la seua seguretat personal o la dels seus béns o negocis, la dels seus familiars, socis, empleats o persones amb els quals tingueren relació

econòmica o professional podran realitzar la declaració dels seus béns i drets patrimonials davant del secretari o la secretària de la diputació provincial o, si és el cas, davant de l'òrgan competent de la comunitat autònoma corresponent. Aquestes declaracions s'inscriuran en el Registre Especial de Béns Patrimonials, creat a aquests efectes en aquelles institucions. En aquest supòsit, aportaran al secretari o secretària de la seua respectiva entitat un mer certificat simple i succint, acreditatiu d'haver omplert les seues declaracions, i que aquestes estan inscrites en el Registre Especial d'Interessos a què es refereix el paràgraf anterior, que siga expedit pel funcionari encarregat d'aquest". Com pot apreciar-se aquest article no ha sigut afectat per la Sentència del TC en tant que continua arreplegant la possibilitat que dins de la junta de govern local formen part com a membres persones no electes. Aquest article és de major espectre, ja que no diferencia entre municipis, aplicant-se a tot tipus de municipis en referir-se a l'estatut dels membres de les corporacions locals.

En matèria de personal eventual en últim lloc recalcar que la mateixa norma en l'article 104 bis ja estableix l'obligació de donar publicitat a la constitució d'aquests llocs, en indicar en els seus dos apartats 5 i 6 que les corporacions locals publicaran semestralment en la seua seu electrònica i en el butlletí oficial de la província o, si és el cas, de la comunitat autònoma uniprovincial el nombre dels llocs de treball reservats a personal eventual, a més que el president de l'entitat local informarà el ple amb caràcter trimestral del compliment de totes les qüestions que afecten el personal eventual.

QUART. Pel que fa a la publicació de les resolucions de compatibilitat al que s'apunta en l'article 8-g de la Llei 19/2013 i l'article 9.3.2-f de la Llei 2/2015, es planteja si aquests preceptes són aplicables a les resolucions concedides amb anterioritat a l'entrada en vigor d'aquestes normes i que continuen produint efectes en el moment actual. S'està al·ludint a una qüestió d'índole temporal, o siga si l'enunciat de la norma ha d'aplicar-se amb efecte retroactiu. Com no es fa referència a una qüestió de tipus sancionador no hi ha per què aplicar-li amb caràcter general la irretroactivitat arreplegada en l'article 9.3 de la Constitució espanyola. No obstant això, la irretroactivitat dels actes o de les resolucions és la regla general. Excepcionalment pot atorgar-se caràcter retroactiu als actes o resolucions tal com estableix l'article 39.3 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques. Per això, es considera que la retroactivitat ha d'utilitzar-se de forma restrictiva. Partint d'aquest pressupost, les corporacions locals haurien d'examinar en cada cas si és procedent la publicació o no de les resolucions de compatibilitat, d'acord amb allò que s'ha regulat en aqueix precepte de la Llei 39/2015.

EL PRESIDENT DEL CONSELL DE TRANSPARÈNCIA, ACCÉS A LA INFORMACIÓ PÚBLICA I BON GOVERN

Ricardo García Macho