

Expediente N° 91/2016
Informe N.º 6/2017

CONSEJO DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

En Valencia, a 22 de noviembre de 2017

Asunto.- Informe sobre la adopción de criterios de interpretación uniforme de las obligaciones contenidas en la normativa sobre transparencia, acceso a la información y buen gobierno en el ámbito local sobre el concepto de alto cargo y de publicación de resoluciones de compatibilidad.

ANTECEDENTES

1º El 2 de noviembre de 2016 ha tenido entrada en el Registro General de la Conselleria de Transparencia solicitud de informe a petición del Vicepresidente 6º y Diputado Delegado de Transparencia y Buen Gobierno de la Diputación de Valencia D. [REDACTED] cuestiones relativas a la normativa sobre transparencia, acceso a la información y buen gobierno tanto estatal contenida en la Ley 19/2013 de 9 de diciembre, de Transparencia, acceso a la Información y Buen Gobierno (en lo sucesivo 19/2013), como en la normativa autonómica Ley 2/2015 de 2 de abril de Transparencia, Buen Gobierno y participación ciudadana de la Comunitat Valenciana (en lo sucesivo Ley 2/2015). En concreto, la petición de informe alude a la necesidad de crear unos criterios interpretativos sobre cuestiones relativas al concepto de alto cargo en el ámbito local -no existe en la legislación local una definición expresa- y también sobre cual debe ser el criterio aplicable en materia de publicación de resoluciones de compatibilidad. Dicha petición de informe se enmarca entre las competencias del Consejo en virtud de lo dispuesto en el Artículo 42.1, párrafos c y d de la ley 2/2015.

2º Como documento adjunto al efecto del análisis del punto 1 de la solicitud se remite Informe del servicio de transparencia de la Diputación de Valencia. (El Informe no está fechado, ni suscrito por ningún responsable, por lo que no se puede citar su referencia)

CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN SOBRE DIRECTIVOS (ALTOS CARGOS) LOCALES

PRIMERO.- En el marco de la Administración local la denominación de “alto cargo” se corresponde más con la de “directivos locales”. En efecto, el Real Decreto legislativo 781/1986 de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (en adelante TRRL), habilita la creación de puestos directivos. De este modo la regulación contenida en el TRRL permite -en principio- que cualquier Ayuntamiento pueda dotarse de este personal eventual directivo.

Es importante recalcar la idea “en principio”, porque si bien el TRRL no hace diferenciaciones en su art. 176.1 respecto para la creación de este tipo de puestos en todos los municipios, ese punto 1 del artículo al remitirse al art. 104 de la Ley 7/1985 de 2 de Abril, de Bases de Régimen Local (en adelante LBRL) -modificado recientemente tras la Sentencia 54/2017 de 11 de mayo de 2017 - si que establece matices para la creación de este tipo de puestos eventuales en el ámbito municipal según el número de habitantes del municipio.

El Tribunal Constitucional conoció del asunto tras la interposición de un recurso de inconstitucionalidad en relación con la modificación legislativa de la LBRL que se produjo como consecuencia de la aprobación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (en adelante LRSAL). Finalmente, el Pleno del Tribunal

Constitucional resolvió en Sentencia 54/2017, de 11 de mayo de 2017 el recurso de inconstitucionalidad nº1996-2014 interpuesto por el Parlamento de Cataluña en relación con diversos preceptos de la LRSAL.

Con la aprobación de la LRSAL se introdujo el art. 104 bis cuya literalidad fue impugnada por entenderse que la legislación básica del Estado si bien podía regular estas cuestiones, con la regulación se cercenaban las competencias de la Generalitat de Cataluña. En concreto, los argumentos aducidos en el punto 2- j de los antecedentes del recurso señalaban: “ *El Art. 149.1.18 CE permite al Estado establecer un modelo funcional común, pero no un sistema cerrado y uniforme, estableciendo criterios fijos vinculados a la población que eliminan virtualmente toda capacidad de intervención normativa. El detalle y concreción se extiende incluso a la definición de las tareas que puede realizar esta clase de personal. Se prohíbe incluso que otras entidades locales (como las comarcas) puedan tener esta clase de personal. Esta previsión vulneraría además la autonomía local (arts. 137 y 140 CE, así como el 87.1 EAC), dada la estrecha relación entre el personal eventual (pensado para funciones de confianza y apoyo directo a los cargos representativos y, por tanto, a la acción política que los ciudadanos legitiman mediante las urnas) y el principio de autoorganización*”.

La sentencia 54/2017 en su fundamento de derecho 4º estableció algunas cuestiones que deben ser destacadas. En efecto, el artículo 104 bis pretende limitar el número de personal eventual no permanente o de confianza en el ámbito local. La argumentación del alto Tribunal en ese fundamento jurídico 4º destaca que el artículo 149.1.18ª permite la introducción de normas básicas tendentes a la introducción de criterios de racionalidad económica en el modelo local español para hacer posible el cumplimiento de los mandatos establecidos en los artículos 32. y 103.1 CE y la estabilidad presupuestaria como norma de conducta la que están sujetas las entidades locales según lo establecido en el artículo 135. Por todo ello concluye el Tribunal Constitucional “el artículo 104 bis, apartados 1 y 2, LBRL contiene directrices tendentes a la reducción de los puestos de empleados eventuales o de confianza sin vulnerar la autonomía local constitucionalmente garantizada ni las competencias autonómicas; establece topes máximos, en función de la población, que en todo caso permiten a las corporaciones locales contar con personal eventual”. Mantiene por tanto el alto Tribunal la constitucionalidad de eso dos apartados, pero declara, sin embargo, la inconstitucionalidad de los apartados 3 y 4 del Art. 104 bis dado con la redacción contenida en la LRSAL. No obstante, la decisión del Tribunal Constitucional fue objeto de un voto particular de cinco de los magistrados de éste, considerando que se había vulnerado la autonomía local, puesto que los argumentos de la mayoría “no tienen en cuenta que el artículo 149.1.18 CE permite al Estado establecer un modelo funcional común, pero no un sistema cerrado y uniforme, estableciendo criterios fijos vinculados a la población que eliminan virtualmente toda capacidad de intervención normativa en un ámbito de competencias normativas compartidas”.

SEGUNDO.- Al efecto de situar en su contexto la situación es oportuno establecer una primera diferenciación, la regulación no es igual para los denominados municipios de gran población (regulados en el incorporado Título X de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, tras la modificación de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local) que para el resto de municipios.

Esta primera diferenciación tiene bastante trascendencia en materia de directivos locales. El art. 130 de la LBRL señala expresamente que para este tipo de municipios de gran población puede establecerse dos niveles: **Órganos superiores** (Alcalde y los miembros de la Junta de Gobierno Local) y de otro los **Órganos directivos** (a) Los coordinadores generales de cada área o concejalía b) Los directores generales u órganos similares que culminen la organización administrativa dentro de cada una de las grandes áreas o concejalías c) El titular del órgano de apoyo a la Junta de Gobierno Local y al concejal-secretario de la misma d) El titular de la asesoría jurídica e) El Secretario general del Pleno f) El interventor general municipal g) En su caso, el titular del órgano de gestión tributaria.)

Igualmente, el mismo art. 130 señala en su punto 3 que tendrán esta misma consideración de órganos directivos, los titulares de los máximos órganos de dirección de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales locales, de conformidad con lo establecido en el artículo 85 bis, párrafo b).

Por lo tanto, y en aras del establecimiento de un criterio homologado al de alto cargo en el ámbito local, es subsumible el concepto en los denominados “órganos directivos”, que en muchos casos se trata de puestos ocupados por funcionarios públicos (bien con la consideración de habilitados nacionales o bien funcionarios de la propia corporación u otras Administraciones Públicas). Así lo recoge el punto tercero del art. 130 al determinar que el nombramiento de los coordinadores generales y de los directores generales, atendiendo a criterios de competencia profesional y experiencia deberá efectuarse entre funcionarios de carrera del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las Entidades Locales o con habilitación de carácter nacional que pertenezcan a cuerpos o escalas clasificados en el subgrupo A1. Pero en este mismo punto se establece una excepción, al señalar que salvo que el Reglamento Orgánico Municipal permita que, en atención a las características específicas de las funciones de tales órganos directivos, su titular no reúna dicha condición de funcionario. Esta última apreciación abre la posibilidad a que personal NO FUNCIONARIO ocupe puestos denominados como DIRECTIVOS, con la relevancia y significación que esto implica, puesto que entre las funciones que se les pudieran encomendar algunas son de notable relevancia y significación para la gestión municipal.

El tema de las competencias directivas y de los roles que el personal eventual directivo puede tener encomendado en cada municipio, corresponde al propio Ayuntamiento a través de la relación de puestos de trabajo o, incluso, de las normas orgánicas, de la misma manera que la decisión respecto a la existencia de estos puestos y de su número, es algo que se enmarca dentro de la denominada “potestad autoorganizativa” de cada municipio.

En cuanto a la creación de estos puestos señalar lo dispuesto en el art. 104 LBRL que determina que el número, características y retribuciones del personal eventual -entre los que se sitúan los titulares de los órganos directivos- será determinado por el Pleno de cada Corporación, al comienzo de su mandato. Estas determinaciones sólo podrán modificarse con motivo de la aprobación de los presupuestos anuales. Igualmente, el artículo establece que el nombramiento y cese de estos funcionarios es libre y corresponde al Alcalde o al Presidente de la Entidad local correspondiente; por lo que se refiere al cese, éste se produce automáticamente en todo caso cuando se produzca el cese o expire el mandato de la autoridad a la que presten su función de confianza o asesoramiento.

Mención especial para la consideración del concepto de alto cargo en el ámbito local, merece la Sentencia del Tribunal Constitucional número 103/2013, de 25 de abril de 2013 que resuelve el recurso de inconstitucionalidad número 1523-2004 interpuesto por el Parlamento de Cataluña en relación con diversos preceptos de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del Gobierno Local sobre competencias sobre régimen local.

Por lo que se refiere a la organización de la Junta de Gobierno Local, el Tribunal Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad del art. 126,2, párrafo segundo, inciso primero de la LBRL, que en su inicial literalidad señalaba: “El Alcalde podrá nombrar como miembros de la Junta de Gobierno Local a personas que no ostenten la condición de concejales, siempre que su número no supere un tercio de sus miembros, excluido el Alcalde”. Este precepto ha sido declarado inconstitucional en tanto que se conculcan las reglas constitucionales sobre la elección democrática de los representantes que ocupan puestos ejecutivos en el ámbito municipal.

Tal y como señala la Sentencia 103/2013 en su fundamento jurídico 6º el principio representativo constituye el fundamento de la autonomía local. El art. 140 CE atribuye el gobierno y

administración a los Ayuntamientos, integrados por alcaldes y concejales a los que impone su elección democrática; este mismo precepto constitucional atribuye las funciones de gobierno y administración a un Ayuntamiento compuesto únicamente por alcaldes y concejales. El hecho de que los concejales y alcaldes sean elegidos de manera democrática, señala el TC es manifestación del derecho fundamental de participación en los asuntos públicos, consagrado en el art. 23 CE. En definitiva, el art. 140 CE otorga una especial legitimación democrática al gobierno municipal, tanto en su función de dirección política, como de administración.

El fundamento jurídico 6 de la sentencia en su último párrafo establece: *“Por las razones expuestas debemos declarar la inconstitucionalidad del artículo 126.2, párrafo segundo, inciso primero LBRL, inconstitucionalidad que se limita única y exclusivamente a la facultad que se reconoce al alcalde para nombrar como miembros de la Junta de Gobierno a personas que no ostenten la condición de concejales, pero no se extiende a la regulación de dicho órgano”*.

De este modo, se limita la posibilidad de que personal no electo y que por tanto no ostenta la condición de concejal ni Alcalde pueda formar parte de la Junta de Gobierno local, órgano que a la sazón tiene encomendadas algunas de las más relevantes funciones ejecutivas de la organización municipal (art. 127 LBRL). No obstante, el pronunciamiento de la Sentencia 103/2013 en ese mismo fundamento jurídico 6º establece una referencia temporal, que entendemos a los efectos de este informe debe ser tenida en consideración: *“Pero antes de pronunciar el fallo de inconstitucionalidad y consiguiente nulidad a que conduce nuestro razonamiento, es preciso determinar cuál es el alcance y efectos que corresponde atribuir a dicho fallo y, en tal sentido, debemos establecer que han de considerarse situaciones consolidadas no susceptibles de ser revisadas con fundamento en esta Sentencia las nacidas con anterioridad a la fecha de su publicación. Y todo ello sin perjuicio de la libertad de organización de los Ayuntamientos del funcionamiento de la actividad de asesoramiento a sus órganos de gobierno, en el marco de la legislación aplicable”*. Así pues, y a los efectos oportunos de clarificar que la propia delimitación de alto cargo en el marco municipal puede tener en aquellos casos en los que incluso se halla mantenido una organización constituida con anterioridad al fallo de la Sentencia y por lo tanto, formen parte de la Junta de Gobierno Local personas que no ostentan la condición de concejal.

Por último, remarcar que todo lo dispuesto a los órganos directivos está constreñido a los municipios de gran población (aquellos considerados como tal en el Título X de la LBRL), pero lo cierto es que España tiene mayoritariamente municipios que no se encuadran dentro de las previsiones del art. 121 de la Ley – en el que se detallan los requisitos para ser considerado municipio de gran población- en España hay 8.122 municipios, en datos recientes del INE el 84% de ellos no llega a los 5.000 habitantes, de los que casi la mitad (el 48%), no supera los 500 habitantes. De este modo, es fácil deducir que ciertamente el marco normativo que enunciado hasta el momento va a tener poca virtualidad práctica en tanto que muchas de las cuestiones expuestas no les son de aplicación.

Cuestión relevante y que si que les es de aplicación es que en aquellos municipios no circunscritos al régimen de gran población, y que por lo tanto no crean órganos directivos, pero que si se acogen a la creación de puestos de personal eventual -en base a lo dispuesto en el Art. 104. bis de la LBRL- deban tener la consideración de que algunos de estos puestos en relación con las funciones que tengan encomendadas deban tener la asimilación a “alto cargo o asimilado” y por lo tanto estar sujetos a las obligaciones relativas a la transparencia.

TERCERO.- Seguidamente, y tras las consideraciones anteriores sobre el personal que presumiblemente puede ser equiparado en el ámbito local como altos cargos y asimilados, y basándonos en la consideración que la normativa sobre transparencia y acceso a la información hace sobre estos, es evidente que las disposiciones contenidas en el Art. 9.1 g) de la Ley 2/2015, de 2 de abril de la Generalitat de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat

Valencia (LTBG-CV) son aplicables a todos aquellos titulares de los órganos directivos que la Ley prevé para los municipios de gran población. Igualmente, y en función de sus encomiendas, lo serán aquellos puestos de personal eventual que se creen en municipios que no se subsumen en el régimen de gran población.

El marco normativo sobre transparencia ha tenido antes de que la normativa sobre transparencia lo hiciera efectivo -tanto en el marco estatal como en el autonómico- una legislación local que ya regulaba la obligatoriedad de determinadas cuestiones sobre la materia, en concreto el Art. 74 de la LBRL señala en su apartado 7 letra b): *“Los representantes locales y miembros no electos de la Junta de Gobierno Local respecto a los que, en virtud de su cargo, resulte amenazada su seguridad personal o la de sus bienes o negocios, la de sus familiares, socios, empleados o personas con quienes tuvieran relación económica o profesional podrán realizar la declaración de sus bienes y derechos patrimoniales ante el Secretario o la Secretaria de la Diputación Provincial o, en su caso, ante el órgano competente de la Comunidad Autónoma correspondiente. Tales declaraciones se inscribirán en el Registro Especial de Bienes Patrimoniales, creado a estos efectos en aquellas instituciones. En este supuesto, aportarán al Secretario o Secretaria de su respectiva entidad mera certificación simple y sucinta, acreditativa de haber cumplimentado sus declaraciones, y que éstas están inscritas en el Registro Especial de Intereses a que se refiere el párrafo anterior, que sea expedida por el funcionario encargado del mismo”*. Como puede apreciarse este artículo no ha sido afectado por la Sentencia del TC en tanto que sigue recogiendo la posibilidad de que dentro de la Junta de Gobierno Local formen parte como miembros personas no electas. Este artículo es de mayor espectro en tanto que no diferencia entre municipios, siendo de aplicación a todo tipo de municipios al referirse al estatuto de los miembros de las Corporaciones Locales.

En materia de personal eventual en último lugar recalcar que la propia norma en el art. 104 bis ya establece la obligación de dar publicidad a la constitución de estos puestos, al indicar en sus dos apartados 5 y 6 que las Corporaciones locales publicarán semestralmente en su sede electrónica y en el Boletín Oficial de la Provincia o, en su caso, de la Comunidad Autónoma uniprovincial el número de los puestos de trabajo reservados a personal eventual, además de que el Presidente de la Entidad Local informará al Pleno con carácter trimestral del cumplimiento de todas las cuestiones que afecten al personal eventual.

CUARTO.- Por lo que se refiere a la publicación de las resoluciones de compatibilidad a lo que se apunta en el artículo 8-g de la Ley 19/2013 y el artículo 9.3.2-f de la Ley 2/2015, se plantea si estos preceptos son aplicables a las resoluciones concedidas con anterioridad a la entrada en vigor de estas normas y que sigan produciendo efectos en el momento actual. Se está aludiendo a una cuestión de índole temporal, o sea si el enunciado de la norma debe aplicarse con efecto retroactivo. Como no se hace referencia a una cuestión de tipo sancionador no hay por que aplicarle con carácter general la irretroactividad recogida en el artículo 9.3 de la Constitución española. No obstante, la irretroactividad de los actos o resoluciones es la regla general. Excepcionalmente puede otorgarse carácter retroactivo a los actos o resoluciones tal y como se establece en el artículo 39.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Por ello, se considera que la retroactividad debe utilizarse de forma restrictiva. Partiendo de este presupuesto, las Corporaciones locales deberían examinar en cada caso si procede la publicación o no de las resoluciones de compatibilidad, conforme a lo regulado en ese precepto de la ley 39/2015.

**EL PRESIDENTE DEL CONSEJO DE TRANSPARENCIA, ACCESO
A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO**

RICARDO
JESUS|GARCIA|
MACHO

Firmado digitalmente
por RICARDO JESUS|
GARCIA|MACHO
Fecha: 2017.12.07
18:31:51 +01'00'

Ricardo García Macho