



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000



El Alcalde-Presidente del Excmo. Ayuntamiento de..., solicita, mediante escrito de fecha 20 de abril de 2010 y registro de entrada en Diputación el mismo día, la emisión de un Informe, por parte de este Departamento de Asistencia a Municipios y Formación, sobre la posibilidad de nombrar, mediante Decreto de Alcaldía, *“uno o dos asesor /es sin sueldo que le ayuden a llevar las concejalías”*, dado que, según se indica en el citado escrito, la Alcaldía *“ha perdido la mayoría absoluta que el pueblo le ha dado”*.

La primera autoridad municipal desea conocer, asimismo, si tales personas podrían *“ser nombradas mediante Decreto de Alcaldía y la forma correcta de actuar”*.

Una vez analizado el contenido del escrito de petición, así como la legislación que consideramos de aplicación, la cual se citará posteriormente, se procede a emitir el siguiente,

INFORME

PRIMERO.-

Toda Corporación Municipal tiene, como consecuencia –entre otros– de los artículos 23¹, 103² y 140³ de nuestra Carta Magna, una doble vertiente estructural que

¹ **Artículo 23 CE.**

1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.
2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las Leyes.

² **Artículo 103 CE.**

1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.
2. Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la Ley.
3. La Ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.

³ **Artículo 140 CE.**

La Constitución garantiza la autonomía de los municipios. Éstos gozarán de personalidad jurídica plena. Su gobierno y administración corresponde a sus respectivos Ayuntamientos, integrados por los Alcaldes y los Concejales. Los Concejales serán elegidos por los vecinos del municipio mediante sufragio universal igual, libre, directo y secreto, en la forma establecida por la Ley. Los Alcaldes serán elegidos por los Concejales o por los vecinos. La Ley regulará las condiciones en las que proceda el régimen del concejo abierto.



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

conlleva la coexistencia, en el seno de la misma, de cargos representativos electos que gobiernan y de empleados públicos que desempeñan las tareas necesarias para el buen funcionamiento de la Administración Local.

Centrándonos en estos últimos, cabe recordar que la base sobre la que pivota el acceso a la Función Pública y la posterior adquisición de la condición de empleado público, resulta conformada por los principios de legalidad, igualdad, mérito, capacidad, objetividad, publicidad y, finalmente, por la consecución del interés general, como objetivo principal de su actividad⁴.

El apartado primero del artículo 8 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP, en adelante), señala que son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales. El número dos del mismo precepto establece las clases de empleados públicos, a saber: funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal laboral -ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal- y, finalmente, el personal eventual⁵.

Tal y como se adelantara en el encabezamiento de este Informe, el Alcalde-Presidente del Excmo. Ayuntamiento de... plantea, en su escrito, la posibilidad de nombrar a personas de su confianza, sin retribución de por medio, que pudieran ayudarle en la gestión de determinadas concejalías.

En una primera impresión, el hecho de que el Sr. Alcalde hable de “*personas de su confianza*”, nos lleva a identificar esta clase de empleados con el personal eventual antes citado. En el punto siguiente analizaremos esta figura para dilucidar por qué consideramos que no podemos otorgarle tal tratamiento.

⁴ Véanse, en este sentido, los artículos 1.1, 9.1, 14, 23.2 y 103.1.3 de la CE; 91.2 de la LRBRL y 55 del EBEP.

⁵ Idéntica clasificación se recoge en el artículo 89 de la LRBRL, que señala: *El personal al servicio de las entidades locales estará integrado por funcionarios de carrera, contratados en régimen de derecho laboral y personal eventual que desempeña puestos de confianza o asesoramiento especial.*



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

SEGUNDO.-

La regulación del personal eventual la encontramos, fundamentalmente, en los artículos 12⁶ del EBEP y 104⁷ de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL, en lo sucesivo), definiendo el primer precepto citado al personal eventual como aquél que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin.

Además del hecho de que, como acabamos de ver, el personal eventual desempeña su labor de manera retribuida, lo cual implica la necesidad de prever el gasto que ello supone en la aplicación presupuestaria correspondiente, hay otros aspectos que, a la luz de lo expresado por el Sr. Alcalde en su consulta, nos llevan a concluir que los pretendidos asesores no podrán ser nombrados como si de personal eventual se tratara.

Así, el artículo 104.1 de la LRBRL dispone que el número, características y retribuciones del personal eventual será determinado por el Pleno de cada Corporación al comienzo de su mandato y que estas determinaciones solo podrán modificarse con

⁶ **Artículo 12 EBEP.** Personal eventual.

- 1. Es personal eventual el que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin.*
- 2. Las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto determinarán los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas que podrán disponer de este tipo de personal. El número máximo se establecerá por los respectivos órganos de gobierno. Este número y las condiciones retributivas serán públicas.*
- 3. El nombramiento y cese serán libres. El cese tendrá lugar, en todo caso, cuando se produzca el de la autoridad a la que se preste la función de confianza o asesoramiento.*
- 4. La condición de personal eventual no podrá constituir mérito para el acceso a la Función Pública o para la promoción interna.*
- 5. Al personal eventual le será aplicable, en lo que sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera.*

⁷ **Artículo 104 LRBRL.**

- 1. El número, características y retribuciones del personal eventual será determinado por el Pleno de cada Corporación, al comienzo de su mandato. Estas determinaciones solo podrán modificarse con motivo de la aprobación de los Presupuestos anuales.*
- 2. El nombramiento y cese de estos funcionarios es libre y corresponde al Alcalde o al Presidente de la entidad local correspondiente. Cesan 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.*
- 3. Los nombramientos de funcionarios de empleo, el régimen de sus retribuciones y su dedicación se publicarán en el Boletín Oficial de la Provincia y, en su caso, en el propio de la Corporación.*



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

motivo de la aprobación de los presupuestos anuales, añadiendo el artículo 176.2 del 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), que los puestos de trabajo reservados a personal eventual, *“deberán figurar en la plantilla de personal de la Corporación”*, plantilla que, como sabemos, forma parte de la documentación que integra los presupuestos municipales, según establece el artículo 90.1 de la LRBRL.

Si, como afirma la primera autoridad municipal en su escrito, *“no tiene mayoría”* en el Pleno de la Corporación, y no cree –por tanto- que pueda contar con los votos necesarios, es claro que no podrá determinar la existencia de este tipo de personal en el Ayuntamiento que preside (su número, características y retribuciones, tal como exige el ya citado artículo 104.1 de la LRBRL), además de por no encontrarse el Pleno al principio de su mandato, porque la aprobación del Presupuesto Municipal exige una mayoría simple⁸ que él mismo considera de difícil obtención por las circunstancias políticas concurrentes en su entidad local⁹.

A la luz de la propia consulta efectuada por el Sr. Alcalde parece observarse que es plenamente consciente de la imposibilidad descrita, dado que afirma que, *“teniendo en cuenta que no tiene mayoría para que puedan ser creadas las plazas por el pleno*

⁸ Como señala el artículo 99.1 del ROF, en su segundo párrafo, existe mayoría simple *“cuando los votos afirmativos son más que los negativos”*.

⁹ El tenor literal del artículo 104.1 de la LRBRL ha suscitado la cuestión de si es posible legalmente efectuar modificaciones del personal eventual fuera de estos dos momentos: al comienzo del mandato corporativo y con ocasión de la aprobación del presupuesto.

En principio, hay quien considera que no existe una fecha inicial y final para la determinación y modificación del personal eventual sino que ha de estarse a las circunstancias del caso. El precepto lo que viene a establecer es que al constituirse la Corporación se debe determinar el personal asesor en función de la estructura político-administrativa que la Corporación haya adoptado, es decir, el personal asesor que la Corporación considera necesario para actuar en apoyo de los órganos políticos, por lo que ante una modificación de la estructura política inicialmente adoptada por la Corporación, por ejemplo, una nueva configuración de las áreas de gobierno o de las delegaciones en miembros corporativos, cabe modificar el personal eventual con objeto de adaptarlo a las nuevas circunstancias de la estructura de los órganos de gobierno. En este sentido se pronuncia la STSJ del País Vasco de 23 de noviembre de 2001.

Una postura menos flexible, más ajustada al tenor literal de la ley, se encuentra en la STSJ de Baleares de 10 de febrero del 2000, que considera que el número, características y retribuciones del personal eventual será determinado por el Pleno de cada Corporación al comienzo de su mandato y que estas determinaciones sólo podrán modificarse con motivo de la aprobación de los presupuestos anuales, por lo que *«resulta evidente que la modificación de plantilla de personal eventual sólo podrá realizarse en el momento de aprobarse los presupuestos anuales, estando vetada la modificación, por imperativo de la Ley, en cualquier otro momento»*.



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

del Ayuntamiento”, desearía conocer “si pueden ser nombradas [las personas de su confianza] por Decreto de Alcaldía”.

En este sentido debe decirse que los acuerdos sobre modificación del personal eventual (y hablamos de modificación de un acuerdo preexistente y no de un acuerdo ex novo sobre la materia que, como ya se ha dicho, tampoco sería posible), en tanto que implican una modificación de la plantilla del personal de la Corporación, han de seguir, en virtud del artículo 126.3¹⁰ del TRRL, los mismos trámites de la modificación del presupuesto. Se debe justificar adecuadamente que se ajustan a los principios de racionalidad, economía y eficiencia mediante los antecedentes, estudios y documentos que lo acrediten, tal como se deriva del artículo 90.1 de la LRBRL, pudiendo determinar la falta de tales estudios, antecedentes o documentos acreditativos, la anulación del acuerdo¹¹.

En consonancia con lo expuesto, no puede, mediante Decreto de Alcaldía, realizarse un nombramiento que, como hemos visto, requiere un acuerdo plenario previo con un procedimiento similar al de la aprobación de los presupuestos, tramitación que incluye, como sabemos, la publicidad prevista en los artículos 169 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLRHL, en adelante) y 20 del Real Decreto 500/1990, de 20 de abril¹².

Es menester recordar, en este sentido, lo establecido en el artículo 62.1¹³ de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones

¹⁰ **Artículo 126.3 TRRL.**

La modificación de las plantillas durante la vigencia del Presupuesto requerirá el cumplimiento de los tramites establecidos para la modificación de aquél.

¹¹ Puede consultarse, en este sentido, la STSJ de Castilla – La Mancha de 13 de enero de 2003.

¹² Aunque, como señala el apartado segundo del artículo 104 de la LRBRL, el nombramiento y cese del personal eventual “es libre y corresponde al Alcalde”, se requiere, como se deriva de lo expuesto, la previa creación de la plaza o plazas correspondientes -mediante su inclusión en la plantilla- y dotar el presupuesto municipal del crédito suficiente para hacer frente al gasto que ello suponga en cada ejercicio presupuestario.

¹³ **Artículo 62 LRJPAC.** Nulidad de pleno derecho.

1. Los actos de las Administraciones públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que, por lo que aquí interesa, señala que los actos de las Administraciones Públicas serán nulos de pleno derecho cuando hubieren sido dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia y cuando se lleven a cabo prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido; a lo que hay que añadir la posibilidad de incurrir en desviación de poder, entendida ésta, de acuerdo con el artículo 70 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico.

TERCERO.-

Retomando la idea de la doble vertiente estructural con la que comenzábamos este Informe, es evidente que, primero, los pretendidos asesores del Sr. Alcalde no son representantes de los vecinos ni han sido democráticamente elegidos a través del libre sufragio universal y, en segundo término, tampoco encajan en el conglomerado de empleados públicos previsto en el artículo 8 del EBEP al que se hacía referencia en el punto primero del presente Informe.

Por tanto, de acuerdo con lo expuesto, los denominados por la primera autoridad municipal como “asesores sin sueldo”, carecerían, en caso de ser nombrados como propone el Sr. Alcalde del Excmo. Ayuntamiento de..., de capacitación o habilitación legal alguna para ser considerados como personal de la Administración Municipal y, más aún, como miembros de la Corporación.

b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.

c) Los que tengan un contenido imposible.

d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.

e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal.



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

En cuanto asesores del Alcalde o delegados del mismo en virtud de algún tipo de habilitación de naturaleza política y no profesional, únicamente cabría acudir, tras haberse concluido que en el caso de la Corporación consultante no es posible nombrar personal eventual, a los artículos 20¹⁴ del TRRL y 122¹⁵ 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 (ROF), los cuales atribuyen al Alcalde-Presidente la facultad de nombrar representantes suyos en los barrios y núcleos separados de población, determinando que el nombramiento habrá de recaer sobre un vecino residente en el mismo.

Pero esta figura, además de que sólo puede ejercer funciones que no impliquen poderes de dirección, tales como las meramente informativas, gestiones oficiosas y protocolarias, se encuentra únicamente configurada para un supuesto concreto y específico que no es el que se da en este caso. Y es que, en el supuesto que nos ocupa, la norma no ofrece ningún resquicio para que cualquier individuo pueda ser designado como representante del Alcalde en determinados servicios o áreas de gobierno.

¹⁴ **Artículo 20 TRRL.**

- 1. En cada uno de los poblados y barriadas separados del casco urbano y que no constituyan Entidad local, el alcalde podrá nombrar un representante personal entre los vecinos residentes en el mismo.*
- 2. También podrá nombrar el alcalde dichos representantes en aquellas ciudades en que el desenvolvimiento de los servicios así lo aconseje. El representante habrá de estar vecindado en el propio núcleo en el que ejerza sus funciones.*
- 3. Lo dispuesto en los dos números anteriores solo será de aplicación en los términos que disponga el reglamento orgánico propio de la Corporación.*

¹⁵ **Artículo 122 ROF.**

- 1. En cada uno de los poblados y barriadas separados del casco urbano y que no constituyan entidad local, el Alcalde podrá nombrar un representante personal entre los vecinos residentes en los mismos.*
- 2. También podrá nombrar el Alcalde dichos representantes en aquellas ciudades en que el desenvolvimiento de los servicios así lo aconseje. El representante habrá de estar vecindado en el propio núcleo en el que ejerza sus funciones.*
- 3. La duración del cargo estará sujeta a la del mandato del Alcalde que lo nombró, quien podrá removerlo cuando lo juzgue oportuno.*
- 4. Los representantes tendrán carácter de autoridad en el cumplimiento de sus cometidos municipales, en cuanto representantes del Alcalde que les nombró.*



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

De la misma manera, tampoco resulta de utilidad a la Corporación que nos ocupa - cuyas características y población no se ajustan a lo exigido por el artículo 121.1¹⁶ de la LRBRL- el régimen de organización que introdujo, en esta norma, la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local. Tal régimen especial supone, para los municipios de gran población a los que resulta aplicable, la posibilidad de que el Alcalde pueda nombrar, como miembros de la Junta de Gobierno Local, a personas que no ostenten la condición de concejal, siempre que, primero, no superen el límite de un tercio del número total de miembros que la componen –Alcalde excluido- y, segundo, contando con los mismos derechos económicos y prestaciones sociales que los miembros electivos¹⁷. En tales municipios – además- la Junta de Gobierno Local puede, de acuerdo con los artículos 127.1.i) y 130 de la LRBRL, previo acuerdo plenario al respecto, nombrar como coordinadores generales o directores generales de cada concejalía o área de gobierno, a personas que no ostenten la condición de funcionario¹⁸.

CUARTO.-

Un último aspecto a tener en cuenta es el relativo a la información que pudieran recibir, en esta u otras Corporaciones Locales, aquellas personas que carezcan de

¹⁶ **Artículo 121 LRBRL.** Ámbito de aplicación.

1. *Las normas previstas en este título [Título X de la LRBRL] serán de aplicación:*

a) *A los municipios cuya población supere los 250.000 habitantes.*
b) *A los municipios capitales de provincia cuya población sea superior a los 175.000 habitantes.*
c) *A los municipios que sean capitales de provincia, capitales autonómicas o sedes de las instituciones autonómicas.*
d) *Asimismo, a los municipios cuya población supere los 75.000 habitantes, que presenten circunstancias económicas, sociales, históricas o culturales especiales.*

En los supuestos previstos en los párrafos c y d, se exigirá que así lo decidan las Asambleas Legislativas correspondientes a iniciativa de los respectivos ayuntamientos

¹⁷ Así lo recoge, de forma expresa, el artículo 126.2 de la LRBRL.

¹⁸ En tales casos el artículo 130 de la LRBRL exige expresamente que tales nombramientos se efectúen motivadamente y “de acuerdo con criterios de competencia profesional y experiencia en el desempeño de puestos de responsabilidad en la gestión pública o privada”.



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

habilitación legal específica para obtener la misma, dado que se podría llegar a conculcar la legislación que regula las condiciones en las cuales se pueden facilitar determinados datos y documentación a un simple particular¹⁹, y, dependiendo de en qué consista esta información, se produciría una contradicción con la obligación que tienen los funcionarios de guardar secreto de sus actuaciones.

Por ello, en el caso hipotético descrito, sería correcta, para empezar, la adopción de determinadas medidas, entre las que destaca cierta precaución a fin de no facilitar información que sólo debe entregarse a los responsables políticos y, además, garantizar que las decisiones sean adoptadas por quien tiene la competencia para ello.

Es cuanto tengo el deber de informar, advirtiendo que las opiniones jurídicas recogidas en el presente Informe no pretenden, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente se deban emitir para la válida adopción de acuerdos. Motivo por el cual las aludidas opiniones se someten a cualquier otra mejor fundada en Derecho.

Toledo, a 3 de Mayo de 2010

¹⁹ Mención especial requiere, entre esa legislación, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en el marco de la cual tanto el Alcalde como el Secretario de cualquier Corporación Local, y aquellas personas encargadas del tratamiento de ficheros o registros que contengan datos de carácter personal, tienen la condición legal de *"responsables de los ficheros"*, estando todos ellos sujetos al régimen sancionador establecido en la antedicha Ley, sin perjuicio, en su caso, de las responsabilidades penales a que haya lugar.