

# **RECOMANACIONS DE CARÀCTER PREVENTIU EN RELACIÓ AMB ALERTES D'IRREGULARITATS EN MATÈRIA DE FUNCIÓ PÚBLICA**

---

## **I.- ACCÉS A LA FUNCIÓ PÚBLICA**

### **I.I. PROCESSOS DE SELECCIÓ: PRESUMPTA IRREGULARITAT EN EL CÒMPUT DEL TEMPS TREBALLAT PEL PERSONAL LABORAL SUBROGAT ALS EFECTES DE MÈRIT PER A L'ACCÉS A LA FUNCIÓ PÚBLICA.**

---

De les recomanacions emeses per l'òrgan gestor de la Bústia Ètica arran de les múltiples comunicacions rebudes a la Bústia Ètica relatives a la presumpta irregularitat en el còmput del "temps treballat" pel personal laboral subrogat adscrit al Servei d'Atenció Recuperació i Acollida (SARA), i també del personal laboral subrogat adscrit als Punts d'Informació i Atenció Dones (PIAD) als efectes de la seva consideració com a mèrit en els processos selectius per a l'accés a la funció pública: a) Convocatòria de 49 places de la categoria de tècnic/a mitjà/na en educació social corresponents al grup de titulació A, subgrup A2, escala administració especial de l'Ajuntament de Barcelona; b) Convocatòria de 27 places de la categoria de tècnic/a superior en psicologia corresponents al grup de titulació A, subgrup A1, escala administració especial de l'Ajuntament de Barcelona, i c) Convocatòria de 136 de la categoria de tècnic/a mitjà/ana en treball social corresponents al grup de titulació A; subgrup A2, escala administració especial de l'Ajuntament de Barcelona, s'extreuen les següents consideracions i recomanacions:

#### **CONSIDERACIONS**

I. La igualtat en l'accés a funcions públiques consisteix en no introduir en els procediments de selecció oportunitats que puguin produir diferències no preestablertes i injustificades entre els aspirants.

L'accés per mèrit i capacitat és una garantia de la imparcialitat del funcionari en l'exercici de les seves funcions.

La jurisprudència ha anat definint el contingut dels principis que regeixen l'accés a la funció pública.

Aquests principis estan establerts per dos preceptes constitucionals estretament relacionat entre si: els articles 23.2 i 103.3 de la CE. El primer dels preceptes citats consagra el dret fonamental a accedir en condicions d'igualtat a la funció pública. El segon article recull els criteris de mèrit i capacitat, harmonitzant el principi d'igualtat en l'accés.

L'article 55 de l'EBEP recull aquests principis apuntats i altres que han de regir en els procediments de selecció dels empleats públics, precisament en garantia de la igualtat, del mèrit i capacitat, com per exemple, articula el Tribunal Constitucional en la STC Sala 1<sup>a</sup> de 23 d'abril de 1986 (J1986/50):

*"... el art. 23 de la Constitución garantiza a todos los ciudadanos (y sólo aquellos) el derecho de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes. No*

*nace de este precepto, como es obvio, derecho alguno a la ocupación de cargos públicos o a desempeño de funciones determinados, y ni siquiera derecho a proponerse como candidato para los unos o las otras. El derecho a tomar en el procedimiento (selectivo o electivo) que ha de llevar a la designación y a fortiori el derecho a esta misma, sólo nace de las normas legales o reglamentarias, en cada caso, el acceso al cargo o función en concreto. Lo que, como concreción del principio general de igualdad, otorga el artículo 23.2 a todos los españoles es un derecho de carácter puramente reaccional para impugnar ante la jurisdicción ordinaria y en último término ante este Tribunal, toda norma jurídica o toda aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad".*

II. Les Administracions Públiques actuen cap a l'exterior col·laborant amb empreses privades i privatitzant la gestió de serveis públics a través de les operacions d'externalització, com és el cas de les contractes i concessions d'activitats i serveis amb les vicissituds jurídiques, com per exemple els canvis d'adjudicatari; reversió del servei públic a l'Administració titular del mateix, cada cop més freqüent com a reflex d'una tendència a revaloritzar l'eficiència de la gestió directa dels serveis públics. És necessari garantir la suficiència de recursos públics pel desenvolupament eficient de les activitats o serveis recuperats (o revertits) a l'ens públic actuant, sense oblidar garantir eficaçment els drets dels treballadors adscrits als serveis revertits o recuperats, quan no s'aplica l'article 44 del text refós de la llei de l'Estatut dels Treballadors (ara en endavant TRET) i els treballadors són acomiadats per causes empresarials (articles 51 o 52.c) del TRET), segons l'ombrall legalment exigit com delimitador de l'àmbit d'aplicació d'aquestes disposicions.

La Directiva 2014/23/UE de 26 de febrer de 2014 (marc jurídic de les concessions administratives d'obres o serveis) en el seu article 2 consagra el següent:

*"La presente Directiva reconoce el principio de libertad de administración de las autoridades nacionales, regionales y locales, de conformidad con el Derecho nacional y de la Unión. Dichas autoridades tienen libertad para decidir la mejor forma de gestionar la ejecución de obras o la prestación de servicios, en particular garantizando un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios en los servicios públicos.*

*Dichas autoridades podrán optar por realizar sus funciones de interés público con recursos propios o en colaboración con otras autoridades o confiarlas a operadores económicos".*

L'informe jurídic, emès el 27 de juliol de 2016, per la Direcció de l'Àrea de Règim Jurídic de la Direcció de Serveis Jurídics sobre la proposta d'acord de la Comissió de Govern pel qual es declara l'aplicació de l'article 44 de TRET en relació a la gestió amb mitjans propis del servei de Punts d'Informació i Atenció a les Dones (PIAD) i del Servei d'Atenció Recuperació i Acol·lida (SARA) en una de les seves conclusions indica el següent:

*"En atención a la valoración conjunta de los elementos subjetivos y objetivos de la artículo 44 ET en relación con las circunstancias y antecedentes del supuesto planteado y, en particular el de la identidad en el servicio que ahora se presta con el que se prestará, de acuerdo con la propuesta, a partir del 1 de octubre de 2016, se puede interpretar que la asunción de la gestión del servicio de los PIAD y del SARA con medios propios de la Ayuntamiento un cop es produeixi la finalització*

*dels contractes de serveis actualment en vigor, pot comportar un supòsit de successió legal d'empresa."*

Concretant, en aquest supòsit, no s'ha produït el canvi de titularitat en la gestió del servei públic acompanyat per l'entrega d'un conjunt d'elements organitzats dotats d'autonomia productiva tal com s'estableix en l'art. 44 de TRET, però si que aquesta transmissió és d'una entitat econòmica organitzada de forma estable, i la seva activitat descansa en la "mà d'obra", com és el cas de la prestació de servei que ens ocupa i pot mantenir la seva identitat pròpia.

La doctrina més clàssica rebutjava, com regla general, la successió en contractes o concessions administratives que no anés acompanyada d'aquesta entrega d'elements organitzats (SSTS, Social 6 febrer 1997 (recurs 1886/1996) i d'21 octubre 1998 (rec. 3556/1997), ara bé, aquesta tesis ha estat matisada amb la línia jurisprudencial interpretativa posterior a tenor de la Directiva 2001/23, de 12 de març, sobre "*la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad*".

En aquesta Directiva, es fonamenta una noció funcional de la transmissió i no només encabint el concepte d'empresa-organització, de conformitat amb la qual aquesta entitat si bé ha de ser suficientment estructurada i autònoma, no ha de disposar necessàriament d'elements significatius d'actiu material o immaterial.

En determinats sectors econòmics aquests elements es redueixen molt sovint a una mínima expressió i l'activitat descansa fonamentalment en la mà d'obra. Si un conjunt organitzat de treballadors estan destinats de forma duradora a una organització comú pot constituir una activitat econòmica quan no existeixen factors de producció<sup>1</sup> per la qual cosa no hi ha cap impediment que la plantilla sigui assumida per l'empresa adquirent en aquells sectors en els quals la unitat de producció és essencialment la mà d'obra.

La catedràtica de Dret del Treball i la Seguretat Social de la Universitat de Lleó, Sra. Susana Rodríguez, argumenta el següent sobre la successió empresarial a les administracions públiques i/o empreses del sector públic<sup>90</sup>:

*"... podría llegarse a concluir que "las actividades públicas gestionadas indirectamente constituirían per se un complejo orgánico-una unidad productiva en sentido funcional y técnico- encaminado a realizar un servicio público definido y delimitado, lo que supone que las vicisitudes que representen un cambio subjetivo en el ejercicio de la explotación integrarían el supuesto de hecho del art. 44 ET que acciona el efecto subrogatorio ex lege respecto de quien se hace eco efectivamente del servicio objeto de concesión como unidad productiva, de manera que en aquellas actividades que no requieren de un importante soporte patrimonial y en las que, diversamente, tiene una gran relevancia*

---

<sup>90</sup> Ponència de 28 de novembre de 2019 impartida en el Seminari sobre relacions col·lectives de la Federació de Municipis de Catalunya sobre "Criterios sociales en la nueva Ley de contratos del Sector Público".

*el elemento personal, la contratación de una parte importante de los efectivos del antecesor en número de competencias será el criterio determinante para decidir si existe o no trasvase. Por tanto, en las actividades despatrimonializadas puede entenderse producida la transmisión de una entidad económica que mantiene su identidad cuando el nuevo empresario, bien por su propia voluntad o por acuerdo entre las empresas implicadas, se haga cargo de un número significativo de los trabajadores – en términos cuantitativos o cualitativos- que el antiguo empleador venía ocupando en las tareas objeto de la contrata.”*

La doctrina majoritària entén que la idea de les regles sobre successió d'empreses s'apliquen també en els casos en els que aquesta es produeix a favor d'una entitat de caràcter públic com conseqüència del rescat de l'explotació anteriorment desenvolupada a favor d'una entitat privada, sent indiferent la causa per la qual opera aquesta substitució.

Dit tot això, podríem afirmar que és d'aplicació l'article 44 de TRET a l'establir que els sistemes de gestió d'aquests serveis siguin mitjançant gestió directa per part d'aquest Ajuntament, per la qual cosa la subrogació del personal laboral que prestava els serveis amb contracte laboral indefinit amb les empreses adjudicatàries i que es va incorporar a la plantilla de l'Ajuntament de Barcelona, subsistint els corresponents contractes laborals, però quedant limitada la seva incorporació a l'Ajuntament als llocs de treball dels serveis PIAD I SARA no és incompatible al compliment de la normativa laboral.

La igualtat en l'accés a funcions públiques consisteix en no introduir en els procediments de selecció oportunitats en el seu accés que produeixin diferències entre els aspirants.

Definir i valorar els mèrits establerts per a l'accés a la funció pública consisteix un element essencial per a la garantia dels principis de mèrit i capacitat en els procediments selectius.

En el cas de les convocatòries, aprovades per la Comissió de Govern, en sessió celebrada el 10 de gener de 2019, i les bases de les places de la categoria de tècnic/a mitjà/ana en treball social; de les de la categoria de tècnic/a mitjà/ana en educació social i la categoria de tècnic/a superior en psicologia, en la fase de concurs de les tres convocatòries citades en els seus annexes número 2 en el Barem de Mèrits (màxim 30 punts) s'estableixen de la següent forma: Experiència professional (màxim 25,00 punts).

De la lectura de les bases d'aquestes convocatòries podem extreure de l'apartat del concurs el següent:

- 1) En el barem de mèrits:
  - a. No hi ha cap que faci esment que dins del còmput dels serveis prestats en determinades categories (tècnic/a mitjà/ana treball social; tècnic/a mitjà/ana educació social i tècnic/a superior en psicologia) de cadascuna d'aquestes convocatòries es comptabilitzin els serveis prestats en empreses privades (ni d'altres empreses que hagin estat unides amb aquesta l'Administració municipal mitjançant contractes públics per la gestió de serveis públics).

- b. Només es podran comptabilitzar els serveis prestats en les categories corresponents a cada convocatòria en els ajuntaments de municipis de més de 250.000 habitants, així com en els organismes públics i entitats de dret públic vinculats a aquests ajuntaments. També els serveis prestats en altres Administracions públiques, així com els organismes públics i entitats de dret públic vinculat a aquestes administracions públiques.
- 2) Solament es computaran els mesos de treball acreditats exclusivament en la categoria professional de la que es tracti en cada convocatòria (ja sigui (tècnic/a mitjà/ana treball social; tècnic/a mitjà/ana educació social i tècnic/a superior en psicologia respectivament) i només en aquella, i així ha de constar expressament acreditat d'acord amb el que hem esmentat al punt 1 a).

Cal avançar aquí que, en aquest cas, no hi ha cap tipus de constància que el temps d'antiguitat computat o reflectit a efectes de la subrogació correspongui en la seva integritat al temps prestat efectivament en cadascuna de les categories de les convocatòries esmentades atès que en els annexos que s'acompanyen en el citat acord hi figura el personal a subrogar; una relació detallada d'homologació de categories; atribució de llocs de treball; jornada, horari especial i règim específic de vacances i antiguitat a l'empresa (sense precisar en quina categoria).

En l'expedient que justifica l'acord adoptat per la Comissió de Govern de 8 de setembre de 2016, (on es declarava la successió d'empresa de l'1 d'octubre de 2016 i procedia a la subrogació del personal de l'empresa adjudicatària dels serveis) concretament, a l'acta de la reunió del comitè d'empresa, de data 5 de setembre de 2016, consta l'acord del Comitè d'Empresa de l'Ajuntament de Barcelona sobre l'aplicació al personal subrogat adscrit al Servei d'Atenció, Recuperació i Acollida (SARA) i als Punts d'Informació i Atenció a les Dones (PIAD) de l'Acord regulador de les condicions de treballs dels empleats públics de l'Ajuntament de Barcelona (personal funcionari i laboral, guàrdia urbana i serveis de prevenció, extinció d'incendis i salvament) per als anys 2008-2011 (codi de conveni núm. 0815752). A l'esmentat acord es preveu també que l'Ajuntament de Barcelona reconeixerà la data d'antiguitat del personal subrogat que consta a l'annex 1 a efectes de mèrits en tots els processos de selecció i a efectes de, si escau, el càlcul d'indemnitzacions per acomiadament o extinció contractual.

En els antecedents d'aquest acord es manifesta el següent:

*"La Comissió de Govern de l'Ajuntament de Barcelona va declarar la successió d'empresa a l'Ajuntament de Barcelona, en data 1 d'octubre de 2016, i per tant la subrogació del personal de l'empresa adjudicatària, dels serveis: Servei d'Atenció Recuperació i Acollida (d'ara en endavant SARA) i als Punts d'Informació i Atenció Dones (d'ara endavant PIAD) d'acord amb el que preveu l'art. 44 de l'Estatut de Treballadors i l'art.1, apartat c) de la Directiva 23/2001/CE, tot garantint l'adopció de totes aquelles mesures que es considerin procedents per vetllar pel respecte als drets bàsics dels treballadors i treballadores que presten el servei.*

*L'article 44, 4 de l'ET, en matèria de condicions de treball, regula que llevat de pacte en contra, establert una vegada consumada la successió mitjançant un acord d'empresa entre el cessionari i els representants dels treballadors, les relacions laborals dels treballadors afectats per la successió es continuen regint pel conveni col·lectiu que en el moment de la transmissió sigui d'aplicació a l'empresa centre de treball o unitat productiva autònoma transferida. Aquesta aplicació es mantindrà fins a la data d'expiració del conveni col·lectiu d'origen o fins a l'entrada en vigor d'un altre conveni col·lectiu nou que resulti aplicable a l'entitat econòmica transmesa"*

Atesa aquesta regulació i segons consta a l'acta de la reunió de data 5 de setembre de 2016, de la mesa general de negociació de l'Ajuntament de Barcelona i a l'acta de la reunió del comitè d'empresa en la mateixa data, es va mantenir el conveni d'aplicació que tenien en el moment de la transmissió, el Conveni Col·lectiu d'Acció Social amb infants, joves, famílies i d'altres en situació de risc i no el de l'Ajuntament de Barcelona.

Atès que el manteniment de les condicions de treball és dispositiva i es pot modificar per un pacte establert una vegada consumada la successió mitjançant un acord.

En la condició de treball quarta número 3 i 6 es va acordar el següent:

4.3. El temps treballat meritarà a efectes de triennis, premi d'antiguitat i l'experiència professional a partir de la data de subrogació.

4.6. L'Ajuntament de Barcelona reconeixerà la data d'antiguitat del personal subrogat que consta a l'annex 1 a efectes de mèrits en tots els processos de selecció i a efectes de, si escau, el càlcul d'indemnitzacions per acomiadament o extinció contractual.

Aquest acords referits com a número 4.3 i 4.6 comporten el següent:

Ens trobem en un supòsit d'una reversió a la gestió directa d'un servei per la pròpia administració pública, que pot plantejar el següent: si els treballadors fixos de plantilla de la contractista o concessionària originària passen com a treballadors fixos de plantilla amb aquesta condició.

En principi, es podria donar una resposta afirmativa d'acord amb el principi successori ex art. 44 del ET, això és, el manteniment de la condició de fixos. Ara bé, l'adquisició de la condició de personal fix no pot entrar en cap cas en col·lisió amb les normes que exigeixen que l'accés al treball públic sigui d'acord amb el principis de mèrits i capacitat en condicions d'igualtat (art. 23 CE).

Aquest problema s'ha resolt amb la interpretació jurisprudencial de la figura del personal laboral indefinit no fix.

En l'informe abans citat del Serveis Jurídics de l'Ajuntament de Barcelona ja feia al·lusió "a què aquest tipus de relació laboral s'ha articulat mitjançant les construccions jurisprudencials de "personal subrogat" o de treballador "indefinit no fix", creada aquesta darrera inicialment per sancionar les irregularitats en la contractació temporal de les administracions públiques, però traslladada després també als casos de successió empresarial amb motiu de la reversió de serveis per part de les administracions". Per la qual cosa, aquests treballadors revertits a l'administració

municipal amb aquest supòsit estaran en una situació de provisionalitat, condicionada a la superació del procés selectiu a fi de donar compliment a les exigències en l'accés de l'ocupació pública, prèvia oferta pública, per accedir als llocs de la categoria funcional corresponent d'acord amb els principis de mèrit, capacitat i igualtat.

Alguna de la jurisprudència que ha conclòs i que pot ser representativa és la del STSJ de Castellà i Lleó de Valladolid, Sala Social, de 9 de novembre de 2011 (Rec.1693/2011) que apel·la el sentit funcional de la successió d'empreses al·ludit anteriorment, cal considerar que:

*"... sense que a aquests efectes tingui cap rellevància que aquesta empresa sigui una Administració pública, i això independentment que els treballadors que hi hagin estat integrats així, com que no han passat per un procés selectiu destinat a garantir els principis d'igualtat, mèrit i capacitat en l'accés a l'ocupació pública, només puguin ser considerats al si d'aquesta com a "indefinitos no fixos", amb les conseqüències que preveu la disposició addicional cinquena de l'Estatut dels treballadors, és a dir, això no és obstacle per a l'obligació de procedir a la cobertura dels llocs de treball de què es tracti a través dels procediments ordinaris, d'acord amb el que estableix la normativa aplicable, i el treballador indefinit no fix ha de continuar exercint el lloc que ocupava fins que es procedeixi a la seva cobertura pels procediments abans indicats, moment en què es produirà l'extinció de la relació laboral, llevat que el treballador esmentat accedeixi a ocupació pública, superant el corresponent procés selectiu..."*

Així mateix, hi ha altres pronunciaments jurisprudencials que han insistit en aquesta conclusió, com ara SAN, de 29 d'octubre de 2013, (ROJ 4545/2013), STSJ de les Illes Balears, de 8 de maig de 2014, (ROJ:4136/2014) i la STSJ de Múrcia, de 15 de febrer de 2016, (ROJ:247/2016). I la doctrina laboralista també s'ha mostrat, amb caràcter general, favorable a aquesta conclusió.

En conseqüència, es definiria que: "un indefinit no fix" seria aquella persona que, d'acord amb la legislació laboral, tindria un contracte indefinit però que, com a conseqüència del fet de no haver superat un procés d'accés a l'ocupació pública d'acord amb els principis constitucionals (igualtat, mèrit, capacitat i publicitat), no té la consideració de fix, declaració que queda reservada als tribunals (disposició addicional trenta - quatrena, apartat 2, de la Llei de Pressupostos de l'Estat per a l'any 2017).

El professor Joan Mauri Majós manifesta que la integració del personal en aquests processos ha de tenir en compte els aspectes següents: l'aplicació de l'article 44 ET determina la conservació de la relació laboral preexistent i manté una vinculació especial amb el seu tipus de contracte i lloc de treball, que pot figurar en un annex de la plantilla pressupostària i de la relació de llocs de treball; aquestes places i llocs de treball, que per les seves característiques especials no es poden integrar en els instruments d'ordenació de personal preexistents, han de continuar existint en la condició de "a extingir" fins que s'esdevingui la seva amortització en ocasió de vacant; **a aquests tipus de personal no se li pot reconèixer aquells drets i expectatives laborals que estan subordinats a l'ingrés en el sector públic derivat d'un procés selectiu, i la conseqüència necessària d'això és que el seu horitzó de carrera, provisió de llocs i mobilitat ha de quedar circumscrit a l'àmbit estricte de la unitat transmesa i a l'estructura de llocs de**



**treball en què es desenvolupaven les seves funcions en la situació anterior;** el personal subrogat manté els drets i les obligacions laborals que s'hagin consolidat i adquirit, sense arribar a les meres expectatives legals o futures (STS de 6 d'octubre de 2015, ROJ:4840/2015); es conserven les condicions més beneficioses que s'hagin pogut adquirir, sense que amb una col·lisió entre aquestes i les normes reguladores de l'ocupació pública hi hagi prou per eliminar el joc de les institucions laborals que consagren el manteniment del drets contractuals preexistents (STS de 3 de febrer de 2016, ROJ 907/2016).

Amb concordança amb el contingut de les citades sentències també trobem la "STJUE de 6 d'abril de 2017 (C-336/15) Union en ECLI:EU:C:2017:276. Estableix que no es pot limitar l'antiguitat:

*"Como ha declarado reiteradamente el Tribunal de Justicia, la mencionada Directiva pretende garantizar el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de cambio de empresario, permitiéndoles permanecer al servicio del nuevo empresario en las mismas condiciones acordadas con el cedente (véase, en particular, la sentencia de 27 de noviembre de 2008, Juuri, C-396/07, EU:C:2008:656, apartado 28 y jurisprudencia citada). El objeto de la citada Directiva es garantizar, en la medida de lo posible, la continuación de los contratos o de las relaciones laborales con el cesionario, sin modificaciones, con el fin de impedir que los trabajadores afectados se vean en una situación menos favorable por la mera causa de la transmisión (véase la sentencia de 6 de septiembre de 2011, Scattolon, C-108/10, EU:C:2011:542, apartado 75 y jurisprudencia citada).*

*En lo que respecta al artículo 3 de la Directiva 2001/23, el Tribunal de Justicia señaló que el objetivo de la mencionada Directiva es también el de garantizar un equilibrio justo entre los intereses de los trabajadores, por una parte, y lo de cesionario, por otra. De ello se desprende, en particular, que el cesionario debe seguir pudiendo realizar los ajustes y adaptaciones necesarios para continuar su actividad (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de septiembre de 2014, Österreichischer Gewerkschaftsbund, C 328/13, EU:C:2014:2197, apartado 29 y jurisprudencia citada).*

*Más concretamente, el Tribunal de Justicia se ha pronunciado sobre las cuestiones de reconocimiento de antigüedad en caso de transmisión de empresas para el cálculo de los derechos pecuniarios de los trabajadores que han sido objeto de una transmisión a efectos de la mencionada Directiva (véanse las sentencias de 14 de septiembre de 2000, Collino y Chiappero, C-343/98, EU:C:2000:441, y de 6 de septiembre de 2011, Scattolon, C-108/10, EU:C:2011:542).*

*En esas sentencias, el Tribunal de Justicia afirmó que la antigüedad adquirida al servicio del cedente por los trabajadores transferidos no constituye, como tal, un derecho que éstos puedan invocar frente al cesionario, pero que en cambio esa antigüedad sirve para determinar ciertos derechos pecuniarios de los trabajadores, y son estos derechos los que deberá, en principio, mantener el cesionario de idéntica manera a la existente con el cedente (véase la sentencia de 6 de septiembre de 2011, Scattolon, C-108/10, EU:C:2011:542, apartado 69 y jurisprudencia citada).*

*Así, si bien recuerda que el cesionario puede, por un motivo distinto del de una transmisión de empresas y en la medida en que el Derecho nacional se lo permita, modificar las condiciones de remuneración en un sentido desfavorable a los trabajadores, el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 3, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de*

*1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad (DO 1977, L 61, p. 26; EE 05/02, p. 122) cuya redacción es esencialmente idéntica a la del artículo 3, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2001/23, debe interpretarse en el sentido de que, para el cálculo de derechos de carácter pecuniario, el cesionario está obligado a tener en cuenta todos los períodos de empleo cubiertos por el personal transferido, en la medida en que esta obligación se derive de la relación laboral que vincula a dicho personal con el cedente y conforme a los criterios acordados en el marco de tal relación (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de septiembre de 2000, Collino y Chiappero, C-343/98, EU:C 2000:441, apartados 51 y 52)."*

IV. Un cop analitzada la jurisprudència i la doctrina més especialitzada en aquesta matèria, considerem (amb les precisions que a continuació es desenvoluparan) ajustat a la normativa laboral el reconeixement de l'antiguitat del personal subrogat dels serveis PIAD I SARA.

Ara bé, hem de concretar l'abast d'aquesta antiguitat del personal subrogat dels serveis citats.

El reconeixement de l'antiguitat configura un concepte retributiu lligat a la prestació de serveis, que comporta als efectes d'acumulació de serveis per determinar els triennis que s'han de reconèixer al treballador en qüestió. Aquesta afirmació implica que en el supòsit analitzat aquest reconeixement de serveis té cabuda per l'aplicació de l'article 44 de l'Estatut dels Treballadors, però no té paral·lelisme en un reconeixement d'aquesta antiguitat acumulada a efectes de mèrits o serveis prestats en l'administració ja que es tracta de serveis prestats per a empreses privades, encara que adjudicatàries per a l'execució del serveis PIAD i SARA, la qual cosa comporta que la selecció d'aquest personal ha estat efectuada per altres mecanismes que el del personal al servei de les Administracions Públiques i en concret, pel cas que ens ocupa, de l'Ajuntament de Barcelona sotmesos al respecte dels principis de mèrit, capacitat i igualtat.

En la línia que hem dit es fa necessari incidir en el fet de que malgrat les bases de les convocatòries analitzades **són posteriors** a l'acord de les condicions del personal subrogat dels serveis del PIAD i SARA no queda reflectit en aquestes el reconeixement del temps treballat pel personal "subrogat" en les empreses adjudicatàries que prestaven serveis abans de l'1 d'octubre de 2016.

Arribats a aquest punt, es pot concloure que computar com a experiència professional dins del barem de mèrits (en la fase de concurs) la data d'antiguitat del personal subrogat que consta a l'annex 1 de l'acta de la reunió del comitè d'empresa, de 5 de setembre de 2016, **a efectes de mèrits en tots els processos de selecció** seria contrària a les bases, la jurisprudència i la doctrina analitzada. Postura aquesta que ve reforçada, a més, pel fet que en el present cas els serveis prestats:

- a) han estat solament en l'àmbit privat.

- b) que més enllà de l'antiguitat prestada a l'empresa no consta acreditat que aquest temps ho hagi estat en la seva totalitat prestats en les dites categories de referència, doncs no consta així acreditat en els respectius expedients.
- c) a les bases no es recull cap excepció en aquest sentit (malgrat, com ja s'ha dit, són posteriors a l'esmentat acord de condicions de treball d'aquest personal subrogat amb efectes d'1 d'octubre de 2016).

I aquesta conclusió entenem que no comporta cap incompliment de la normativa laboral aplicable en aquesta subrogació, i sí en canvi pot significar un incompliment en l'àmbit administratiu i en drets constitucionals protegits.

Aquest criteri ha estat invocat per la jurisprudència, en concret a la sentència del Jutjat Contenciós Administratiu núm. 1 de Palma de Mallorca, de 27 de juny de 2017, (00291/2017) fonamenta que **"... se trata formal y materialmente, de dos personas jurídicas diferentes y no cabe imponer al Ayuntamiento ese modo de valorar los Servicios prestados, pues no existe norma imperativa que lo establezca."**

També la sentència núm. 178/2014, de 12 de març de 2014, de la Sala del Contenciós-administratiu del Tribunal Superior de Justícia de la Regió de Murcia (Secció 2<sup>a</sup>), en la qual, fent referència al supòsit d'una fundació, s'assenyala en el seu fonament jurídic tercer el següent:

*"... Además de ello se aporta en fase de prueba una declaración por vía de informe emitida por el Director General de la Función Pública y Calidad de los Servicios de 9 de abril de 2012, que examina la cuestión y contesta a las preguntas que sobre el tema que solicita la Sala a instancia de la parte actora y, que ha formulado las preguntas pertinentes. Reconoce que tanto para el personal funcionario como para el laboral, en las retribuciones básicas se incluye en los presupuestos y Convenio Colectivo, respectivamente (para el personal laboral en este último caso), un concepto retributivo ligado a la prestación de servicios, que en el Convenio Colectivo se denomina complemento de antigüedad, y se reconoce mediante una resolución de reconocimiento de antigüedad o servicios previos, actos que se emite a los solos efectos de acumulación de servicios previos para determinar los trienios que se reconozcan al trabajador en cuestión."*

Igualment es pronuncien les sentències anteriors amb la sentència del Tribunal Superior de Justícia de Andalusia, de 29 d'octubre de 2012, (sentència núm. 3.157/2012) en el seu fonament cinquè diu:

*"Por otra parte, y por lo que hace al núcleo del litigio, manifiesta que no existe la desigualdad denunciada por no ser idénticos los términos de comparación, ni pretenderse en el Decreto el acceso de personal privado a la condición de empleo público de forma subrepticia, ya que en la propia Disposición Adicional exige, que para acceder a la situación de funcionario o laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía deben superar pruebas de acceso libre. No existe por tanto acceso a la condición de empleado público o funcionarización encubierta, sino mero*

*Cumplimiento de las normas de Derecho laboral por sucesión de empresas, y la subrogación de la Agencia que son aplicables al personal de la desaparecida Empresa Pública Desarrollo Agrario y Pesquero SA."*

El personal laboral indefinit no fix, en aquest cas, és un personal que ha accedit a l'exercici de funcions públiques sense provar el seu mèrit i la seva capacitat sinó per mecanismes selectius de l'àmbit privat (i per tant fora de les garanties i preceptius controls administratius). Com a conseqüència, seria contrari a la CE, a la jurisprudència i a l'ordenament jurídic, així com un greuge comparatiu per a la resta d'aspirants i contrari al principi d'igualtat, que a aquest "**personal subrogat**" se li reconeixen aquells drets i expectatives laborals que quedin estrictament vinculats a un inicial accés en condicions d'igualtat; mèrit; capacitat i, com bé destaca la jurisprudència, la publicitat.<sup>91</sup>

V. Finalment, la igualtat és un dels valors del nostre estat de dret. Quan s'ha que competir per l'ocupació pública, s'ha de respectar el cànon d'igualtat de tracte dels aspirants.

Hem de destacar la doctrina del Tribunal Constitucional en relació a l'article 14 CE, sent eloqüent la STC 114/92 en la que s'afirma: "*El principio de igualdad ante la ley consagrado en el art. 14 CE consiste en que ante supuestos de hechos iguales, las consecuencias jurídicas que se extraigan deben ser asimismo iguales y han de considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la introducción en uno de ellos, de un elemento o factor que permita diferenciarlo del otro, se encuentre carente de fundamento racional, y sea, por tanto, arbitrario porque tal factor diferencial no resulte necesario para la protección de bienes y derechos buscada por el legislador*". Ulteriormente la STC 307/2006, precisa ... *Que el juicio de igualdad del artículo 14 exige identidad de los supuestos fácticos que se pretende comparar, pues lo que se deriva del citado precepto es el derecho a supuestos de hecho sustancialmente iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas (STC 212/93, 80/1994), por ello toda alegación del derecho fundamental a la igualdad precisa para su verificación de un tertium comparationis frente a la desigualdad se produzca, elemento de contraste que ha de consistir en "una situación jurídica concreta ATC209/85).*

En l'àmbit selectiu la STS, de 23 de febrer de 2016, (re. 3977/2014) parla de la igualtat d'oportunitats:

*"En primer lugar, que la debida observancia del principio constitucional de acceso a la función pública impone vigilar con un especial rigor las singularidades circunstancias concurrentes en cada procedimiento selectivo y excluir todas aquellas que pueden colocar en situación de ventaja a unos aspirantes frente a otros, ya que dicha situación comporta una injustificada discriminación contraria al principio de igualdad reconocido en los artículos 14 y 23.2 de la CE."*

---

<sup>91</sup> STSJ d'Asturies de 29 d'octubre de 2010 AS 20102676, "*ello significa que a los trabajadores indefinidos no fijos les será de aplicación las normas laborales en toda su extensión a excepción de aquellos derechos, ventajas y expectativas laborales que estuviesen vinculados, en cuanto a su aplicación, a un inicial acceso al empleo público respetando los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad*".

VI. En relació a la publicitat de les actes del comitè d'empresa, la llei 19/2014, del 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, en el seu article 9.1 fa referència als "convenis, els acords i els pactes de naturalesa funcional, laboral sindical". És a dir, tots els resultats derivats dels processos de la negociació municipal, laboral i funcional. Hi trobem, per tant, des dels convenis col·lectius fins als més limitats "acords" en relació amb matèries concretes (jornada, classificació professional, sistema retributiu), amb tota la seva variada casuística i règim d'adopció d'acords (sense fer distinció entre pactes estatutaris o extraestatutaris) del personal laboral, com els pactes i acords normalment assolits, és a dir, el que és substantiu és el resultat, sobre el qual recau l'obligació d'informació, per la qual cosa considerem la necessitat de publicar les actes del Comitè d'Empresa en el portal de transparència a fi de garantir el compliment de l'article 33.1 de l'EBEP en el que recau una obligació específica, la de transparència i del citat article 9.1 de la Llei 19/2014.

En aquest sentit cal remarcar que aquest acord del Comitè d'Empresa no va ser publicat ni en el moment de la seva adopció ni en un moment posterior. Això malgrat reconèixer o pronunciar-se sobre temes l'abast dels quals, lluny de reflectir-se sobre un àmbit limitat de persones (les que eren objecte de subrogació), irradiava a tota la ciutadania i aspirants a un lloc de treball públic en la mesura en què es pronunciava sobre un element que constituïria un mèrit a computar en fase de concurs en qualsevol convocatòria pública (el còmput de l'antiguitat en una empresa privada concreta, en el moment de la subrogació, en fase de concurs). Per la qual cosa, aquesta falta de publicitat comporta limitar la possibilitat de ser conegut per tots els interessats, privant-los a més del dret a exercir els seus drets i accionar en el cas que considerin lesionades les seves expectatives.

En el cas que ens ocupa és evident que els aspirants no han pogut interposar els corresponents recursos contra les bases d'aquestes convocatòries analitzades, atès que no consta en la fase de concurs, en l'apartat dels mèrits, que es computi la data d'antiguitat del personal subrogat, a efectes de mèrits en tots el processos de selecció.

No podem obviar, la jurisprudència consolidada que justifica els aspirants en un procés selectiu a què puguin recórrer contra els actes finals d'aquests, sense haver impugnat prèviament les bases de la convocatòries, sent un dels requisits per aquesta excepció jurisprudencial, quan es lesionin drets fonamentals, és a dir, que lesionin els drets i llibertats susceptibles d'empara constitucional com podria ser en aquest cas la igualtat. Com per exemple la Sentència de 22 de maig de 2009, recurs núm. 2586/2005 que obra la possibilitat excepcional que eludeix la regla general del recurs previ a las bases i que resumeix aquesta doctrina citada del Tribunal Suprem que resol el següent:

*"Admitiendo que existía una jurisprudencia que amparaba el principio de que no impugnada las bases no puede después impugnarse el resultado, ésta ha ido modificándose, empezando por la posibilidad de que se impugnara si nos encontrábamos ante una acto nulo de pleno derecho, después añadiendo el supuesto de violación de derechos fundamentales, aun cuando este puede incardinarse en el primero a tenor de lo dispuesto en el artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992, después permitiendo la impugnación, en el momento en que el resultado del le proceso selectivo ha supuesto un verdadero perjuicio, ilegal, para quien no tiene la obligación de soportarlo, y*

*finalmente en dos sentencias de esta Sala de 2 de marzo de 2009 se sostiene que: "una cosa es que, dentro del amplísimo margen de potestad discrecional que dispone la Administración para configurar las bases de un proceso selectivo, dentro por supuesto del absoluto respeto al ordenamiento jurídico, pueda disponer un contenido, que si se admite, no puede ser posteriormente cuestionado, y otra muy distinta que la falta de impugnación de las bases subsane las ilegalidades que aquellas puedan contener, pues ello supondría que el derecho sería disponible para la Administración y para las partes que lo consienten. Esto es el principio de que las bases son la ley del concurso, ha de entenderse, como ocurre ilegalmente en los contratos, que son la base de la relación contractual, en la medida en que sean conformes con el ordenamiento jurídico. En consecuencia, el consentimiento de las bases no puede convertirse en un obstáculo impeditivo a priori de la fiscalización de los actos administrativos, y no solo ya por la técnica admitida de la nulidad de pleno derecho, que al permitir la impugnación en cualquier momento, impediría la producción del consentimiento del acto, pues siempre podría reaccionarse contra el mismo en tiempo y forma. Ni tampoco, como también se ha admitido por la jurisprudencia, distinguiendo entre un primer momento, en que pueden impugnarse la aplicación de estar en el acto resolutorio del proceso selectivo, cuando aquella es decisiva del resultado lesivo para el interesado, pues en efecto, la impugnación de las bases conlleva generalmente un resultado dañoso para el propio impugnante, al paralizar o poder hacerlo el proceso selectivo, siendo así que, a pesar de que quien participa en el mismo pueda dudar de la legalidad de alguna de ellas, hasta que se produzca efectivamente su aplicación y ésta sea decisiva, puede no interesarle su aplicación".*

En conseqüència:

*"... aunque se admite que las Bases de un proceso selectivo no son un reglamento y en consecuencia no son susceptibles de ser impugnadas indirectamente, sí que forman parte del proceso selectivo que culmina con la resolución de este, y aunque no puedan ser impugnadas en la medida en que sean legales, tampoco la falta de impugnación de este acto sana o puede ser un impedimento para la impugnación del acto resolutorio del proceso selectivo, que sólo lo será en la medida en que fueran las bases conformes con el ordenamiento jurídico".*

VII. La subrogació dels/de les treballadors/es de l'empresa adjudicatària dels serveis PIAD i SARA es va assolir amb les garanties previstes en la normativa laboral sense cap tipus de vulneració amb els seus drets.

L'acord adoptat pel Comitè d'Empresa de l'Ajuntament de Barcelona, el 5 de setembre de 2019, que no va ser objecte de publicitat en els termes abans indicats, va assolir un reconeixement en què l'antiguitat acumulada d'aquests/es treballadors/es es computaria a efectes de serveis prestats a l'administració. Aquest reconeixement com s'argumenta, comporta que aquest personal tingui un avantatge sobre la resta de personal que també ha treballat o està treballant en l'àmbit privat fent funcions de prestacions de serveis de l'àmbit municipal al ser treballadors/res d'empreses adjudicatàries i que no hagin estat remunicipalitzats, o inclús treballadors/res que hagin prestat serveis en aquestes mateixes empreses i que en el moment de la subrogació per diferents causes, haguessin causat baixa, per posar un exemple. Aquest reconeixement de **còmput** de serveis pot comportar unes diferències que no estan preestablertes atès que aquest reconeixement específic no està especificat en les bases de les convocatòries.

## RECOMANA

1) Aplicar, *stricto sensu*, el contingut de les bases de les convocatòries de les places de la categoria de tècnic/a mitjà/ana en treball social; de la categoria de tècnic/a mitjà/ana en educació i tècnic/a en psicologia respectivament, en concret l'apartat de la presentació dels mèrits per ser valorats en la fase del concurs i ajustar-se al compliment dels principis que regeixen a l'accés a la funció pública i per tant constrenyint-se als serveis prestats en les categories citades en ajuntaments de municipis de més de 250.000 habitants, així com en els organismes públics i entitats de dret públic vinculats o dependents dels mateixos (es valorarà amb 0,35 punts per mes de treball acreditat, fins a un màxim de 25 punts); i als serveis prestats en altres Administracions públiques, així com en els organismes públics i entitats de dret públic o vinculats o dependents de les mateixes (es valorarà amb 0,24 punts per mes de treball acreditat, fins a un màxim de 17 punts) i a l'acreditació d'aquests.

2) Valorar, si s'escau, l'impacte que dins de l'organització municipal (tant des d'un punt de vista funcional, com de garant d'una gestió pública que afavoreix els principis de bon govern i els principis de mèrit i capacitat a l'accés de la funció pública) pot tenir el còmput o el sistema de còmput dels mèrits en la fase de concurs d'aquests processos selectius i els criteris que es puguin utilitzar a tal efecte. Fins i tot de cara als possibles recursos que es puguin interposar en l'exercici de les accions que conforme a dret assisteixen als aspirants/es. En aquest sentit, no es poden obviar les "alertes" activades arran de l'elevat número de comunicacions que han tingut entrada mitjançant el canal de la Bústia Ètica i de Bon Govern sobre aquest tema.

3) Considerar la idoneïtat de la publicació de les actes del comitè d'empresa a fi de garantir la màxima transparència d'acord amb el que preveu la normativa aplicable i donar a conèixer els acords presos per aquest òrgan a fi de garantir la possibilitat de què el seu contingut arribi a tots els interessats per tal de què puguin, si així ho estimen pertinent, exercir les accions que, conforme a dret, poguessin correspondre'ls. Fins i tot de cara als possibles recursos que poguessin interposar, en l'exercici de les seves accions, els aspirants al referit procés selectiu.

No podem oblidar-nos dels estrictes criteris selectius per a l'accés a la funció pública fixats a la CE, a les lleis i a l'ordenament jurídic no són normes formals, sinó que obeeixen a l'objecte de garantir la màxima qualitat en la prestació dels serveis públics i per tant, en garantir la plena satisfacció de l'interès general.

Finalment, informem que aquest òrgan gestor de la Bústia Ètica ja es va pronunciar, en iguals termes als aquí continguts arran d'altres comunicacions de contingut similar a la seva, abans de que finalitzés el procés selectiu analitzat, quan ni tan sols s'havia iniciat la fase de valoració de mèrits, concretament, mitjançant Recomanació de 16 de maig de

**2019 que va ser notificada a la Gerència competent per al seu posterior trasllat al tribunal qualificador.**

## **SEGUIMENT DE LA RECOMANACIÓ**

**Arran del requeriment de l'òrgan gestor de la Bústia Ètica en relació a quines han estat les diligències efectuades, i de les recomanacions formulades, la Gerència competent va informar *que "hem traslladat el vostre informe als tribunals qualificadors i que ha estat assumit per ells i aplicades les recomanacions en la valoració de mèrits"*.**



---

## **I.II. PROCESSOS DE SELECCIÓ: PRESUMPTA IRREGULARITAT EN EL CÒMPUT DE MÈRITS DEL PERSONAL LABORAL SUBROGAT ALS EFECTES DE L'ACCÈS A LA FUNCIO PÚBLICA.**

---

De les recomanacions emeses per l'òrgan gestor de la Bústia Ètica arran de les múltiples comunicacions rebudes a la Bústia Ètica relatives a la presumpta irregularitat en el còmput de mèrits del personal laboral que va ser subrogat des d'un servei de l'Ajuntament a una Societat Municipal, a l'Ajuntament de Barcelona a través d'un Institut Municipal de Barcelona, amb fets concurrents i, circumstàncies i/o documentació diversa, la qual cosa ha comportat una anàlisi detallada de cadascuna de les comunicacions. No obstant això, l'òrgan gestor ha efectuat un resum dels fets comunicats i concurrents de totes aquestes comunicacions, que són els següents:

*"Irregularitats en el còmput de mèrits del personal laboral que va ser subrogat des dels serveis d'Urbanisme a la Societat Municipal, a l'Ajuntament de Barcelona a través de l'Institut Municipal ja que segons consta a tots els efectes per al personal subrogat es considerarà l'antiguitat acumulada a efectes de mèrits o serveis prestats en l'administració."*

*A més a més, entenen que suposa una doble vulneració dels principis d'igualtat i mèrits recollits als articles 23 i 103 de la CE respecte a l'accés a la funció pública en el procés de provisió de places que està portant a terme actualment l'Ajuntament de Barcelona, en tant que:*

- 1) A les bases de la convocatòria no reconeix com a mèrits l'experiència prèvia del conjunt de treballadors i treballadores de l'Ajuntament que havent prestat servei en aquestes empreses anteriorment, i accedit a la funció pública mitjançant borsa de treball abans de la reinternalització, mentre que si li reconeix en els treballadors i treballadores que hi han accedit mitjançant la reinternalització el que suposa un greuge comparatiu i no s'acull al principi d'igualtat en l'accés a la funció pública.*
- 2) Aquests treballadors i treballadores no han passat cap procés de selecció atès els principis d'igualtat, mèrit i capacitat, sinó que van ser escollits per processos de l'empresa privada, i tot i així compten amb un privilegi davant els processos de selecció."*

Cal dir que, en les actuacions d'investigació i comprovació practicades, es troben per exemple: a) els requeriments efectuats als diferents òrgans que van intervenir en aquestes subrogacions, a fi de disposar dels expedients complets dels diferents traspassos de les tasques que han permès

examinar informes diversos de les Gerències afectades en aquest traspàs, així com, l'acord per a la reorganització dels serveis i activitats de l'Institut Municipal, b) anàlisi específic de la memòria justificativa de l'assignació de les tasques i les diferents empreses del grup de l'empresa municipal amb les adscripcions de personal, c) també es va fer un examen aleatori de diferents expedients de contractació de personal laboral de l'esmentada empresa que va permetre fer valoracions dels processos selectius emprats de les categories objecte de les comunicacions i d'altres categories que malgrat no ser citades en les comunicacions han sigut d'utilitat per valorar diferents formes d'aquesta selecció, d) també es va fer una anàlisi de l'informe emès per serveis jurídics, en data 17 de setembre de 2020, sobre l'objecte d'aquesta comunicació i, e) comprovació del contingut de les bases objecte d'aquesta comunicació.

Efectuades les actuacions d'investigació corresponents, examinada la documentació requerida a l'òrgan gestor afectat, així com la resta d'informació facilitada, i analitzada la normativa d'aplicació, es van traslladar les següents

## CONSIDERACIONS

**Primera.-** L'article 55.1 del Reial Decret legislatiu 5/2015, de 30 d'octubre, pel qual s'aprova el Text Refós de la Llei de l'Estatut Bàsic de l'empleat Públic (ara en endavant TREBEP) estableix els principis jurídics rectors d'accés al treball públic. Aquests es fonamenten en una premissa prèvia: tots els ciutadans tenen dret a l'accés de l'ocupació pública d'acord amb els principis d'igualtat, mèrit i capacitat, és a dir, a través de procediments en què es garanteixen els principis expressats.

La projecció d'aquests principis sobre la contractació de treballadores de les societats del sector públic, d'acord amb el que indica el professor Jorge Fondevila Antolín<sup>92</sup> amb els recolzaments dels pronunciaments del Tribunal Constitucional, i que aquest òrgan gestor comparteix, suposa:

- a) El principi d'igualtat i mèrit limita la llibertat de contractació i prohibeix la designació discrecional dels treballadors que hagin d'ésser incorporats a la plantilla de l'empresa, obligant-la a contractar a aquelles persones més idònies que acrediten trobar-se en possessió de les qualitats objectives requerides per al correcte desenvolupament d'un lloc de treball en concret (STC 282/1983, de 27 de setembre).
- b) El principi d'igualtat i mèrit implica una determinació prèvia dels requisits i les condicions del procés de selecció, de manera que l'òrgan encarregat de valorar els candidats no pugui operar amb una excessiva llibertat i actuï sota els paràmetres d'una decisió prudent i raonable (SSTC 48/1998, de 2 de març i 138/2000, de 29 de maig).
- c) L'accés en condicions d'igualtat i mèrit comporta que els requisits i les condicions del

---

<sup>92</sup> *Documento número 7 de la Revista Publicada en el INAP. "Los Claroscuros del EBEP en los procedimientos de concurrencia competitiva: reflexiones empíricas y propuestas innovadoras"*

procés de contractació s'hagin d'establir en termes generals i abstractes i no mitjançant referències concretes i individualitzades encaminades a la contractació d'una persona o d'un grup de persones determinades (SSTC/67/1989, de 18 d'abril i 269/1994, de 3 d'octubre).

- d) Els requisits i les condicions d'accés han de respondre exclusivament als principis de mèrit i capacitat. Els principis de mèrit i capacitat referits a un requisit o una condició pressuposen que aquestes s'ajusten a les notes de raonabilitat i proporcionalitat.

La raonabilitat remet a la necessitat d'acreditar una relació de congruència entre el requisit o la condició i les funcions a desenvolupar. La proporcionalitat implica una adequada ponderació de cada requisit o condició en relació amb la valoració de conjunt prenent com a referència la funció a desenvolupar (SSTC 50/1986, de 28 d'abril i 87/1989, de 18 d'abril.)

- e) La lletra a) de l'article 55.2 del TREBEP afirma el principi de publicitat de les convocatòries i les seves bases.

**Segona.-** El model de treball públic és heterogeni i certament complex, coexisteixen no solament una dualitat de règims jurídics bàsics – estatuari i laboral-, sinó també una pluralitat de règims jurídics particulars que posen de manifest que el conjunt de treball públic no resulta equiparable entre sí. La mateixa Administració assumeix altres funcions de producció de béns i prestació de serveis públics essencials que ha comportat un conglomerat d'organismes públics sotmesos, segons les diferents tipologies, al dret públic uns i al dret privat d'altres.

El poder normatiu sobre la funció pública es projecta no sols sobre el règim jurídic subjectiu dels treballadors públics sinó que es tradueix en les ofertes de treball o en les relacions de llocs de treball, encara que hi ha vegades que pot incidir a través d'aquesta regulació en aspectes subjectius de la relació jurídica.

En el sector públic coexisteixen models i institucions jurídiques diferents, segons la naturalesa del vincle contractual o estatutari que uneix a cada treballador públic amb la seva Administració respectiva, però també s'ha anat conformant, tant a nivell legal com jurisprudencial, una significativa diferenciació entre els treballadors que presten servei en el sector públic mitjançant un vincle laboral, on es troben com a denominador comú les notes que defineixen la relació laboral, contingudes en l'article 1 de l'Estatut del Treballadors que defineix aquesta relació com a prestació voluntària de treball per compte d'altri, dins de l'àmbit de direcció i organització de l'empresari, que són certament substancials i de rellevància les diferències existents amb el vincle estatutari com l'ingrés en el sector públic ex art. 23.2 i 103 de la Constitució espanyola (CE): dret a accedir en condicions d'igualtat a les funcions i càrrecs públics, amb els requisits que senyalen les lleis, entre d'altres.

No podem obviar, a fer esment a l'objectiu essencial de la Llei 7/2007, de 12 d'abril (normativa derogada), que regulava l'Estatut Bàsic del Treballador Públic, conforme figura en la seva exposició de motius, estableix els principis generals aplicables al conjunt de treball públic per promoure la qualitat del servei en benefici dels ciutadans i l'interès general.

Malgrat el Reial decret legislatiu 5/2015, de 30 d'octubre, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de l'Estatut bàsic de l'empleat públic (TREBEP) no efectua cap manifestació expressa sobre el treball públic en el marc de relacions laborals, recull fonaments referits en la Llei 7/2007 (referida en el paràgraf anterior) en determinats principis constitucionals que exigeixen, que aquestes relacions laborals es fonamentin en la defensa dels ciutadans: principi d'igualtat, mèrit i capacitat, el que suposa igualtat de tracte en l'accés, extinció i condicions de treball, conforme als articles 14; 23.2 i 103.3 de la Constitució espanyola (ara en endavant CE), que es connecta amb la interdicció dels poders públics de l'art. 9.3 CE i la defensa de l'Administració Pública d'acord amb el principi d'eficàcia, conforme a l'article 103.3 de la CE.

**Tercera.-** Quan es tracta de societats mercantils públiques ens referim bàsicament a aquelles en què en el capital social és majoritària la participació, sigui aquesta directa o indirecta, de les AAPP o dels seus ens dependents o vinculats.

El concepte d'empresa pot obtenir-se, des d'un vessant objectiu d'acord amb el que preveu l'article 1.2 ET o bé en les disposicions mercantils, si bé la doctrina s'ha inclinat per un vessant teleològic-econòmicista, en entendre que ha de tractar-se "*d'una organització de bens, activitats i relacions de molt variada condició constitutiva d'un tot susceptible de ser objecte de negocis jurídics*" o "*un conjunt orgànic de bens i drets encaminats a la producció de bens i serveis*".

Respecte al "*centre de treball*", és d'aplicació directa la previsió de l'article 1.5 ET, apareixen els problemes hermenèutics respecte de les "*unitats productives autònomes*" o "*parts del centre d'activitat*", en aquells casos en els que es transmet només l'activitat, per la qual cosa el canvi de titular no té un canvi d'afectació física o jurídica-mercantil.

La figura de la successió exigeix que el traspàs afecti a una entitat econòmica que conservi la seva identitat com a tal, però això pot ser entès en un doble sentit: bé des de la perspectiva "*activitat*" de manera que serà suficient que es prossegueixi amb l'activitat que exerceix el cedent o bé des del punt de vista organitzatiu, que afegeixi el traspàs de l'activitat la transmissió dels elements que són necessaris per continuar amb aquesta o bé des del punt de vista organitzatiu, que afegeix al traspàs d'activitat la transmissió dels elements que són necessaris o suposen la base de l'actuació de l'entitat. En definitiva, haurà d'estar a la concurrència dels elements de cada cas concret per determinar si el personal del sector públic que presta serveis a una concessionària, com conseqüència de reordenació de diversa índole, ha de ser subrogat o no, en quina forma i amb quin abast. Hi ha situacions de les quals és possible extreure conseqüències comuns en aquells casos en què s'apliqui l'article 44 ET, bé sigui per via legal, convencional o administrativa (plecs de condicions).

Els treballadors d'una mercantil pública o privada l'activitat de la qual quedi absorbida per la

pròpia administració o ens públic dependent d'ella passarà a formar part de la nova entitat amb les següents especificitats: La naturalesa jurídica de la seva relació contractual serà fixa – si va obtenir plaça mitjançant procés selectiu en concurrència competitiva, respectant els principis constitucionals d'accés al treball públic, indefinit no fix o temporal, en funció de la que tingués en origen. La mera incorporació no fa que s'adquireixi la condició de funcionari públic, aquest criteri és compartit per la majoria de la doctrina administrativista actual i no queda desvirtuada per la recentíssima sentència del Tribunal Suprem de 22 de gener de 2022.

**Quarta.-** La selecció de personal al servei de l'Administració es regeix per uns paràmetres diferents a l'àmbit privat, on la llibertat de contractació, amb alguns límits és el principi bàsic derivat de la Constitució. En l'Administració, el dret d'accés al treball públic ha d'efectuar-se d'acord amb els principis d'igualtat, mèrit i capacitat, i després del TREBEP, també de conformitat amb els principis que marca aquesta llei i aquells altres previstos per l'ordenament jurídic.

El TREBEP no exceptua la selecció del personal laboral, sense distingir entre fixos i temporals, d'un conjunt de principis, a més a més dels referits anteriorment, que es concreten en els de publicitat, transparència, imparcialitat i professionalitat dels membres dels òrgans selectius, que actuaran de forma independent i amb discrecionalitat tècnica, de forma àgil, que no impedeixi l'objectivitat, i amb base en l'adequació entre les funcions o tasques que desenvoluparà el futur treballador i el contingut dels processos selectius.

La valoració de mèrits i antiguitat com a contractat laboral -temporal o indefinit- en la convocatòria no és una referència individualitzada, sinó que es plenament legal, si s'adeqüen als límits fixats pels ressenyats al paràgraf anterior.

Els requisits han de ser objectivament justificables, raonables i proporcionats en relació a les funcions i tasques que han desenvolupar el futur del treballador laboral o no.

La selecció de personal al servei de les societats mercantils i fundacions públiques han d'ajustar-se als principis de publicitat, igualtat, mèrit i capacitat, malgrat que no es regeixen pel TREBEP i la resta de normativa complementària.

Per la qual cosa, la concreció d'aquests principis correspon a l'específica normativa reguladora de les societats o fundacions públiques o a la negociació col·lectiva. En el seu defecte, aquesta concreció queda en mans dels corresponents òrgans de gestió de la societat o de la fundació a través de les "bases" de cada convocatòria, negociades o no amb la representació dels treballadors i treballadores. En qualsevol cas, el marge de maniobra és extraordinàriament ampli, sobre tot en matèria de sistemes selectius.

Les consideracions interpretatives majoritàries i pacífiques de la doctrina acadèmica (administrativa i laboral) que s'han efectuat sobre aquest precepte, coincideixen totes en el mateix sentit, és a dir, que la disposició addicional primera del TREBEP inclou sense cap dubte a les societats públiques.

Trobem referències en l'àrea administrativa com l'efectuada pel President de la Comissió d'Experts de l'EBEP, Sr. Sánchez Morón<sup>93</sup>, que considera que no existeix cap tipus de dubte en l'aplicació d'aquesta disposició addicional primera a les societats públiques i assenyala el següent:

*"Deben recordarse también que todos estos principios son aplicables para la selección de personal de las entidades del sector público estatal, autonómico y local no incluidas en el artículo 2 del EBEP, conforme a la disposición adicional primera de éste. Es decir, son aplicables a la selección de personal en las sociedades mercantiles públicas y en las fundaciones del sector público. Su concreción será diferente en estos casos, pues no existirá un procedimiento administrativo de selección en sentido propio. Pero los principios del EBEP deben quedar adecuadamente garantizados. Su infracción determinará la invalidez del contrato del personal seleccionado, que podrá reclamarse ante los órganos judiciales competentes"*

Coincideixen també en el criteri anterior els professors R. Jiménez Asensio y F.A Castillo Blanco concretament en l'Informe sobre el empleo público local- Balance y propuestas para su racionalización en el marco de la reforma del empleo público, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, pág. 23, any 2019.

En l'àrea del Dret Laboral, també podem considerar que existeix una posició pacífica aquest respecte, el professor Goñi Sein va interpretar que no existia cap dubte que la finalitat del TREBEP era aplicable a la totalitat del sector públic, que inclou les societats públiques i que d'acord a les previsions de la disposició addicional primera de l'EBEP i, que sobre el seu contingut i literalitat considera que no existeix cap dubte, i afegeix que: *"el personal d'aquestes entitats del sector empresarial o fundacional públic que subjecten la seva activitat a dret privat, encara que se li atribueix el caràcter de treballador laboral, conforma en realitat treball públic"*.

**Cinquena.-** Sobre el concepte doctrinal de *"sector públic"*, és concebut de forma pacífica i consolidada com l'expressió que comprèn la totalitat de l'activitat de l'Estat, en el seu sentit més ampli, comprèn la totalitat de les nostres administracions generals territorials, així com les seves administracions institucionals, agències i altres tipus d'entitats públiques amb participació majoritària de qualsevol d'aquestes administracions.

Els principis rectors en l'accés al treball públic previstos en l'article 55 de l'EBEP també s'apliquen en les entitats públiques empresarials i societats mercantils públiques.

---

<sup>93</sup> SANCHEZ MORON, M (2007), "Objetoy ámbito de aplicación", em Dir. Sánchez Morón, *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, Lex Nova, Valladolid, págs. 80 y 81, y también en la misma obra, "Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios". Pág. 400.*

El personal de les entitats públiques empresarials es regeix pel Dret Laboral, amb les especificacions relatives als funcionaris públics de l'Administració General de l'Estat, que es regeixen per allò previst en el TREBEP i altres normatives reguladores dels funcionaris públics o per la normativa laboral (art. 106.1 Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de Règim Jurídic del Sector Públic (ara en endavant LRJSP). Per la qual cosa, com a regla general, la selecció del personal d'aquestes entitats s'efectuarà mitjançant convocatòria pública basada en els principis d'igualtat, mèrit i capacitat (art.106.2 LRJSP)<sup>94</sup>

No obstant això, la situació és més complexa ja que a les societats públiques no els hi resulta aplicable en la totalitat l'ordenament jurídic privat, sinó que, precisament ateses les seves característiques especials, el seu capital és de titularitat directa o i/o d'algunes de les entitats que integren el sector públic institucional, determinades matèries estan excloses d'aquesta aplicació.

L'article 113 de la LRJSP disposa que les societats mercantils estatals es regeixen pel que preveu aquesta Llei, la Llei 33/2003, de 3 de novembre, i per l'ordenament jurídic privat, excepte en les matèries en què els sigui aplicable la normativa pressupostària, comptable, de personal, de control economicofinancer i de contractació. En cap cas no poden disposar de facultats que impliquin l'exercici d'autoritat pública, sense perjudici que excepcionalment la llei els pugui atribuir l'exercici de potestats administratives.

Aquesta referència a la contractació apunta, com assenjala la doctrina jurisprudencial a les regles sobre selecció de contractistes, regles que en el règim laboral es contenen amb els principis d'igualtat, mèrit i capacitat en la selecció de personal.

Fem un ressenya de les sentències més il·lustratives envers aquesta aplicació normativa sobre l'objecte d'aquestes comunicacions.

***STS de 18 de setembre de 2014, ROJ: STS 4290/2014. Nos dirà que: ..." si bien es cierto que los trabajadores de una sociedad pública no son empleados públicos, también, en la medida en que dicha sociedad, de acuerdo con el criterio de participación mayoritaria o de influencia dominante pertenezca al sector público, le resultaran de aplicación los principios de igualdad, mérito y capacidad contenidos en el artículo 55 EBEP, que pautarán el acceso a sus relaciones de empleo...".***

#### ***STC 132/2005, de 23 de maig de 2005***

*Debe ser también descartada en este momento la aducida lesión del derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (art. 23.2 CE).*

---

<sup>94</sup> SSTS de 13 de novembre de 2007 (Rec.3/2007) y 24 de gener de 2011 (Rec 3792/2009); y STSJ de Andalucía de 12 de juny de 2018 (Rec.3/2018)

*El presente recurso de amparo trae causa de un procedimiento selectivo destinado a cubrir sendas plazas de personal laboral con carácter temporal en el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz. Partiendo de esta base, debe reconocerse, que "el derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 no es aplicable en los supuestos de contratación de personal laboral por parte de las Administraciones públicas" (STC 281/1993, de 27 de septiembre, FJ2), porque "las funciones públicas englobadas en la protección que dispensa el art. 23.2 son aquéllas que vienen desarrolladas por funcionarios públicos, en el sentido del art. 103.3 CE, esto es, por aquellas personas vinculadas con la Administración... mediante una relación de servicios de carácter estatutario (tal y como se encargó de precisar la STC 99/1987), es decir, preordenada legal y reglamentariamente, y no integrada contractualmente (ATC 298/1996, de 16 de octubre, FJ 3)" (STC 86/2004, de 10 de mayo, FJ4). En definitiva, en la medida en que nos encontramos ante un procedimiento de selección de personal laboral (y no funcionario) por parte de una Administración local, no puede resultar de aplicación, según la doctrina constitucional referida, el art. 23.2 CE."*

**Sisena.**- L'òrgan gestor de la Bústia ètica va formular unes recomanacions, en data 16 de maig de 2019, en las quals es van tractar uns supòsits similars, tractaven sobre una presumpta irregularitat en el còmput de mèrits del personal laboral i subrogat a Sara (Servei d'atenció, recuperació i acollida) i als PIAD (Punts d'informació i atenció a la dona) en l'acord regulador de les condicions de treball dels empleats municipals de l'Ajuntament de Barcelona.

Aquest personal indicat amb el paràgraf anterior i el personal subrogat de l'empresa municipal es troba amb circumstàncies concurrents, la primera d'elles és que els dos col·lectius estan incorporats al conveni col·lectiu de l'Ajuntament de Barcelona i s'equiparan als llocs de treball, condicions i conceptes salarials aplicables al personal de l'organització indiferenciada municipal; i la segona és que les funcions públiques que ha exercit el personal subrogat de l'empresa municipal abans d'estar traspasat a l'Institut Municipal, també el personal que efectuava els serveis de Sara i PIAD abans de la subrogació del personal per acord de gestió de forma directa aquest serveis, també exercien funcions públiques amb la diferència que s'efectuaven per gestió indirecta mitjançant contractacions administratives.

L'exercici d'aquestes funcions públiques es fonamenta en la següent normativa: la Llei 7/1985, de 2 d'abril (LRBRL), que en el seu redactat actual, indica que els municipis per a la gestió dels seus interessos i en l'àmbit de les seves competències poden promoure tota mena d'activitats i prestar tots aquells serveis públics que contribueixen a satisfer les necessitats i aspiracions del seu veïnat.

Les funcions de les administracions locals són les establertes en la normativa vigent, és a dir, en el Decret Legislatiu 2/2003, de 28 d'abril, pel qual s'aprova el text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya, per la Llei de Bases de Règim Local 7/1985, modificada per la Llei 27/2013, de 27 de desembre, de Racionalització i Sostenibilitat de l'Administració Local.



D'acord amb el que estableix l'article 25 de la Llei de bases de règim local, l'Ajuntament exercirà com a competències pròpies, en els termes de la legislació de l'Estat i de les comunitats autònomes, les matèries següents:

- a) Urbanisme: planejament, gestió, execució i disciplina urbanística, protecció i gestió del patrimoni històric, promoció i gestió de l'habitatge i protecció pública amb criteris de sostenibilitat financera i conservació i rehabilitació de l'edificació (funcions de l'Empresa Municipal i posteriorment subrogades a l'Institut Municipal).
- b) Avaluació i informació de situacions de necessitat social i atenció immediata a persones en situació o risc d'exclusió social (exercides per gestió indirecta mitjançant contractació administrativa a empreses privades i subrogat el seu personal en reinternalitzar aquestes funcions en l'exercici d'aquestes competències).

Per la qual cosa l'exercici efectuat pel personal que realitza aquestes competències abans de les respectives subrogacions són assimilables segons la normativa esgrimida anteriorment la qual cosa no fa que les consideracions sobre el còmput de l'antiguitat acumulada a efectes de mèrits o serveis prestats en l'administració determini el que s'hagin de computar o no.

En les recomanacions indicades en el paràgraf primer d'aquesta consideració, en concret en la consideració quarta s'indicava el següent:

*"... El reconeixement de l'antiguitat configura un concepte retributiu lligat a la prestació de serveis, que comporta als efectes d'acumulació de serveis per determinar els triennis que s'han de reconèixer al treballador en qüestió. Aquesta afirmació comporta que en el supòsit analitzat aquest reconeixement de serveis té cabuda per l'aplicació de l'article 44 de l'Estatut dels Treballadors, però no té paral·lelisme en un reconeixement d'aquesta antiguitat acumulada a efectes de mèrits o serveis prestats en l'administració ja que es tracta de serveis prestats a empreses privades, encara que adjudicatàries per a l'execució de serveis PIAD i SARA, la qual cosa comporta que la selecció d'aquest personal ha estat efectuat per altres mecanismes que el del personal al servei de les Administracions Públiques i en concret, pel cas que ens ocupa, de l'Ajuntament de Barcelona sotmesos al respecte dels principis de mèrit, capacitat i igualtat.*

*En la línia que hem dit es fa necessari incidir en el fet de què malgrat les bases de les convocatòries analitzades **són posteriors** a l'acord de les condicions del personal subrogat des serveis del PIAD i SARA no queda reflectit en aquestes el reconeixement dels temps de treballat pel personal "subrogat" en les empreses adjudicatàries que prestaven serveis abans de l'1 d'octubre de 2016.*

*Arribats a aquest punt es pot concloure que computar com a experiència professional dins del barem de mèrits (en la fase de concurs) la data d'antiguitat del personal subrogat que consta a l'annex 1 de l'acta de la reunió del comitè d'empresa de 5 de setembre de 2016 a **efectes de mèrits en tots els processos de selecció seria contrària a les bases**, la jurisprudència i la doctrina analitzada..."*

Podem concloure que **el còmput d'antiguitat només ha de ser computat sempre i quan la selecció de personal de les borses de treball s'ha emprat per a un procés selectiu d'acord amb els principis de mèrit i capacitat previstos a l'ordenament jurídic vigent..."**

**Setena.-** Vistes les consideracions anteriors i l'examen efectuat de forma aleatòria, d'alguns dels expedients on consten els processos selectius per accedir a l'empresa municipal o l'accés a altres mercantils que amb posterioritat es van adscriure en aquesta mercantil per motius de reorganització i racionalització, es fa necessari, examinar cadascun dels expedients dels aspirants als diferents processos selectius, per constatar si han respectat o no els principis constitucionals adduïts al llarg d'aquestes actuacions.

En la consideració quarta de la recomanació formulada per l'òrgan gestor de la Bústia ètica, el 16 de maig de 2019, sobre possibles irregularitats en el còmput de mèrits del personal laboral subrogat adscrita a SARA (Servei d'Atenció, recuperació i acollida), i als PIAD (Punts d'Informació i atenció a la dona) a l'Ajuntament de Barcelona es va manifestar que el reconeixement de l'antiguitat configura un concepte retributiu lligat a la prestació de serveis però no té *paral·lelisme en un reconeixement d'aquesta antiguitat acumulada a efectes de mèrits o serveis prestats en l'administració*.

Podem concloure que per computar com a experiència professional la data d'antiguitat del personal subrogat que consta en els expedients de traspàs, concretament en els seus annexes, a efectes de mèrits en aquests processos selectius seria contrari a les bases, només es podria computar en el cas que el procés de selecció d'aquest personal es justificués que s'han emprat amb els principis de mèrit i capacitat a fi de garantir la màxima qualitat en la prestació dels serveis públics i per tant, en garantir la plena satisfacció de l'interès general. En el cas que els processos de selecció haguessin estat de l'àmbit privat desvirtuarien drets constitucionals protegits.

Dins de les actuacions d'investigació de l'òrgan gestor de la Bústia ètica, en l'anàlisi aleatori dels processos de selecció citats anteriorment s'ha observat que no tots els processos de selecció de personal laboral han estat efectuats pels mateixos procediments i recorreguts, per la qual cosa, considerem que no es pot afirmar taxativament, que tots i cadascun dels procediments de selecció de personal hagin respectat les garanties necessàries per poder computar-se aquesta antiguitat, i per la qual cosa puguin incomplir **les garanties que exigeixen que l'accés al treball públic sigui d'acord amb els principis de mèrit i capacitat en condicions d'igualtat**.

Finalment, referim jurisprudència actualitzada que recolza les consideracions efectuades en aquestes actuacions. Destaquem alguns dels pronunciaments en el moment de l'anàlisi dels fets comunicats, concretament:

La Interlocutòria 10677/2019, de 24 de gener de 2019, del Tribunal Suprem (Sala de lo Social) Rec. N°1843/2018 en el seu fonament segon; "*Declara que aquestes sentències que la construcció del "indefinit no fix" no és aplicable a les societats anònimes, encara que pertanyin al sector*

*públic, doncs no estan obligats a complir amb els principis constitucionals de l'accés a la funció pública, que es el que contreu el mandat de l'art. 103.3 CE."*

Aquesta argumentació jurídica ha estat *objecte de revocació per mitjà de dues sentències del Ple de la Sala Social del Tribunal Suprem del 17 i 18 de juny de 2020 que han unificat doctrina quant a les conseqüències de l'apreciació de frau de llei o d'abús de la contractació temporal en les societats mercantils estatals, de forma que els treballadors d'aquestes empreses afectades es consideren indefinits no fixos i no treballadors fixos de plantilla.*

L'assumpte té el seu origen en dos recursos d'unificació de doctrina presentats davant el Tribunal Suprem per AENA per dues sentències dictades per Jutjats Socials que van qualificar treballadors fixos a dos treballadors d'aeroport, per constar concatenació de contractes temporals durant diversos anys.

### **La Sala Social, després d'acceptar l'aplicació dels principis de mèrits i capacitat en l'accés a la condició de treballador d'empreses públiques:**

*"La relación laboral indefinida no fija tiene como finalidad salvaguardar los principios que deben observarse en el acceso al empleo público (no solo a la Función Pública) a fin de evitar que el personal laboral temporal contratado irregularmente por una entidad del sector público adquiera la condición de trabajador fijo en el puesto que venia desempeñando. Para impedirlo, su condición pasa a ser la de trabajador contratado por tiempo indefinido con derecho a ocupar la plaza hasta que se cubra por el procedimiento previsto o se amortice".*

### **Finalment, la sentència de 2 de juliol de 2020, de la Sala Social del Tribunal Suprem (Secció 1ª), que reitera la consideració que les empreses públiques o societats públiques estiguin sotmeses al TREBEP i la Constitució (art. 103), declara el següent:**

*"Aplicando la anterior doctrina al supuesto examinado, doctrina que ha de mantenerse por razones de Seguridad Jurídica y porque no han aparecido datos nuevos que aconsejen un cambio jurisprudencial, procede declarar que la naturaleza de la relación que une al trabajador con la IBANAT es de carácter indefinido no fijo discontinuo. En efecto, la empleadora es una empresa pública, que tiene el carácter de entidad de Derecho Público e incurre en fraude en la contratación del trabajador, por lo que su relación es de carácter indefinido no fijo discontinuo".*

**Una altra consideració d'especial rellevància per l'assumpte que ens ocupa és que el Tribunal Suprem refusa la tesis del Tribunal Superior de Justícia de Galícia, de reconèixer la condició de fix quan existeixen proves prèvies per accedir a un contracte laboral temporal, i aquest respecte, el Tribunal Suprem declara:**

*"No empece tal conclusión el hecho de que el demandante, con anterioridad a cada una de sus contrataciones superara un proceso selectivo -pruebas físicas de carácter excluyente, además de conocimiento de idioma catalán, a una entrevista personal y baremación de méritos alegados- ya que dichas pruebas se realizaban para, atendiendo al puesto que hubiesen obtenido, seleccionar a las personas trabajadoras con las que se iba a celebrar un contrato temporal, pero no se trataba de pruebas para el acceso a una plaza fija en la empresa IBANAT".*

És convenient precisar que un aspecte que darrerament els tribunals estan tractant és garantir la continuïtat del personal laboral subrogat amb la seva condició d'indefinit no fix o inclús fix, concretament en la Sentència dictada pel Ple del Tribunal Suprem, de 22 de gener de 2022, que refusa la condició de indefinit no fix i emparà la de fix a fi de no vulnerar la normativa laboral en matèria de subrogació i deixar al treballador en una situació de pitjor condició després de la subrogació empresarial per no limitar l'objecte de la transmissió. Ara bé, en cap cas, té res a veure amb el còmput d'antiguitat del personal subrogat a efectes dels processos selectius d'acord amb el que preveuen les bases d'aquests processos.

**Vuitena.-** L'òrgan gestor de la Bústia Ètica vol deixar palès que lamenta el retard en la formulació d'aquesta recomanació i no haver-la formulat abans de la resolució d'algunes convocatòries referides a personal subrogat de l'empresa municipal per part dels tribunals dels corresponents processos selectius, però el temps transcorregut per a la tramitació de la comunicació està vinculat a la complexitat de la investigació i al procés de dotació i provisió de les places de l'òrgan gestor de la Bústia ètica i de bon govern.

No obstant això, aquestes consideracions de caràcter preventiu poden ser valorades en altres processos selectius en supòsits similars de l'àmbit d'actuació d'aquesta administració municipal.

## RECOMANA

**En conseqüència, vistes les consideracions efectuades anteriorment i les conclusions que se'n desprenen i ateses les bases de les convocatòries analitzades pel que fa a les bases del concurs (les de mèrit a valorar) hem recomanat als efectes preventius:**

**1) Aplicar, stricto sensu, el contingut de les bases de les convocatòries de les places de les categories de tècnic/a superior i tècnic/a mitjà/ana en arquitectura respectivament, en concret l'apartat de la presentació de mèrits per ser valorats en la fase del concurs i ajustar-se al compliment dels principis que regeixen en l'accés a la funció pública i per tant constrenyint-se als serveis prestats en les categories citades en ajuntaments municipals de més de 250.000 habitants, així com en els organismes públics i entitats de dret públic vinculats o dependents dels mateixos (es valorarà amb 0,35 punts per mes de treball acreditat, fins a un màxim de 25 punts); i als serveis prestats en altres Administracions públiques, així com en els organismes públics i entitats de dret públic o**

**vinculats o dependents de les mateixes (es valorarà amb 0,24 punts per mes treballats acreditats, fins a un màxim de 17 punts) i a l'acreditació d'aquests.**

**2) Analitzar i comprovar el contingut del procés selectiu emprat per a l'accés a les diferents mercantils amb capital íntegrament municipal per poder valorar si compleixen els principis de mèrit i capacitat a l'accés de la funció pública pel còmput dels mèrits en la fase de concursos d'aquests procés selectiu i els criteris que es puguin utilitzar a tal efecte.**

---

### ***I.III. SOCIETATS PÚBLIQUES: PRESUMPTA IRREGULARITAT EN LA CONTRACTACIÓ DE CÀRREC DIRECTIU PER SOCIETAT MUNICIPAL I POSTERIOR INCORPORACIÓ EN EL CENS DE TREBALLADORS MUNICIPALS MITJANÇANT PROCÈS DE REINTERNALITZACIÓ DEL SERVEI PÚBLIC.***

---

A la Bústia Ètica i de Bon Govern es va rebre una comunicació sobre el cessament de personal d'alta direcció d'una societat pública, i la seva incorporació, al dia següent com a treballador per compte aliena de caràcter comú i de manera indefinida a la plantilla de la mateixa societat, presumptament mantenint el nivell i la resta de condicions econòmiques i sense que constés contracte de treball escrit. A més, s'alertava de les repercussions que aquesta "maniobra" podia tenir per a les arques públiques municipals en el moment de l'absorció de la plantilla de la referida societat mercantil per reinternalització del servei.

Efectuades les actuacions d'investigació corresponents, examinada la documentació requerida a l'òrgan gestor afectat, així com la resta d'informació facilitada, i analitzada la normativa d'aplicació, es van traslladar les següents:

#### **CONSIDERACIONS**

##### **I. APLICACIÓ DELS PRINCIPIS DE SELECCIÓ DELS EMPLEATS PÚBLICS EN LES SOCIETATS PÚBLIQUES**

L'article 1 dels Estatuts de XXX estableix que la seva naturalesa jurídica és de "*Societat Privada Municipal de l'Excm. Ajuntament de Barcelona, ... i ostenta la condició d'administració actuant ...*"

I es regeix "*pels seus estatuts, i en tot cas, pel que disposen les Lleis de Règim Local, la Carta Municipal de Barcelona, els seus Reglaments, pels preceptes de la Llei de Societats de Capital, per la Legislació en matèria urbanística, i, ...*"

En aquest sentit l'art. 85 ter.1 de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, de Bases del Règim local (LBRL), especifica que "*las sociedades mercantiles locales se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control Financiero, de control de eficacia y contratación, y sin perjuicio de lo señalado en el apartado siguiente de este artículo*".

Si bé la Disposició Addicional Primera del Reial Decret Legislatiu 5/2015, de 30 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de l'Estatut Bàsic de l'Empleat Públic (TREBEP)<sup>95</sup>, disposa que: *"los principios contenidos en los artículos 5 (Deberes de los empleados públicos. Código de Conducta), 53 (Principios éticos), 54 (principios de conducta), 55 (Principios rectores de acceso al empleo público) y 59 (Personas con discapacidad) serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica"*.

En aquest sentit, s'ha considerat que les societats mercantils locals s'integren dins del sector públic tal com confirma la jurisprudència versada en el tema. A tall d'exemple citem, per la seva claredat, la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, de 16 de juny de 2005, que en el seu fonament jurídic cinquè s'expressa en aquests termes:

*"En efecto, esta doctrina es aplicable a los empleados de todo el sector público por lo que también está encuadrado en él, el personal de la Sociedad Anónima Municipal demandada, en cuanto ésta también está comprendida dentro del "sector público" ya que "a estos efectos" quedan incluidas las "Sociedades mercantiles públicas" que perciban aportaciones "de cualquier naturaleza" con cargo a los presupuestos públicos o con cargo a los presupuestos de los entes o sociedades que pertenezcan al sector público destinadas a cubrir déficit de explotación"*.

D'altra banda, la normativa autonòmica catalana de règim local, Decret 179/1995, de 13 de juny, pel qual s'aprova el Reglament d'obres, activitats i serveis dels ens locals, regula en el seu art. 222, dins de la Secció 4 relativa a *"Societat mercantil amb capital íntegrament públic"* que:

*"1. La Gerència serà designada per la junta general.*

*2. En el supòsit de què sigui ocupada per una persona física, el lloc que ocupi el gerent i els de la resta de personal de la societat tenen caràcter laboral, els quals no adquireixen en cap cas la condició de funcionari. Per a la selecció d'aquest personal regeixen els principis d'igualtat, publicitat, capacitat i mèrit"*.

En aquest article s'evidencia la voluntat del legislador d'incidir en la necessitat de sotmetre als principis constitucionals d'igualtat, mèrit i capacitat la selecció del personal en aquestes societats.

També resulta pacífica la doctrina majoritària en tal sentit. Així trobem els següents exemples com:

a) *"No puede perderse de vista la importancia que contiene el mandato de la disposición adicional primera del EBEP. Somete a las sociedades mercantiles municipales a la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, lo cual supone, por medio de la Ley, equiparar el acceso a un empleo en dichas sociedades a las condiciones de acceso a un empleo público"* (Las

---

<sup>95</sup> TREBEP va derogar la Llei 7/2007, de 12 d'abril de l'Estatut Bàsic de l'Empleat Públic (EBEP), normativa d'aplicació en l'any 2012, quan va succeir els fets exposats en aquesta recomanació. Tanmateix els articles mencionats del TREBEP gaudeixen de la mateixa literalitat que en l'EBEP.

sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal. Secretario Letrado de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Gijón, Sr. Diego Ballina Díaz);

b) o en la publicació de El consultor de los Ayuntamientos relativa a "Principios aplicables en la selección de empleados públicos de sociedades públicas": *"De manera que no existe duda alguna, conforme la citada previsión, de la aplicación de los principios de selección establecidos en el art. 55 TREBEP a los procesos selectivos convocados por las empresas públicas";*

c) o *"no existe posibilidad de reclamar una aplicación modulada o atenuada de estos principios en el ámbito de las sociedades públicas y fundaciones. Al contrario, resulta obligado su respeto en sus más estrictos términos, de forma que la norma tiene la finalidad de evitar el reclutamiento espurio y clientelista que se ha realizado habitualmente en estos ámbitos."* (Doctor en Dret Sr. Jorge Fondevila. 'Manual para la selección de empleados públicos', Editorial El Consultor de los Ayuntamientos).

## II. PRINCIPIS RECTORS EN LA SELECCIÓ DEL PERSONAL DE LES SOCIETATS PÚBLIQUES

En conseqüència i d'acord amb la Disposició Primera del TREBEP en relació als articles 9; 23.2 i 103 de la Constitució Espanyola; a l'article 222 del Decret 179/1995, de 13 de juny i l'art. 55.1 del propi TREBEP són d'aplicació, en la selecció del personal de les societats públiques locals, els principis constitucionals d'igualtat, mèrit i capacitat. Així l'article 55.1 del TREBEP disposa:

*"Artículo 55. Principios rectores.*

*1. Todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico.*

*2. Las Administraciones Públicas, entidades y organismos a que se refiere el artículo 2 del presente Estatuto seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales antes expresados, así como los establecidos a continuación:*

- a) Publicidad de las convocatorias y de sus bases.*
- b) Transparencia.*
- c) Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección.*
- d) Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección.*
- e) Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar.*
- f) Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección."*



### III. APLICACIÓ DELS SISTEMES D'ACCÉS EN ELS CONTRACTES D'ALTA DIRECCIÓ

La Disposició addicional 12.7 de la Llei de Bases de Regim local estableix que:

*"7. La extinció de los contratos mercantiles o de alta dirección **no generará derecho alguno a integrarse en la estructura de la Administración Local** de la que dependa la entidad del sector público en la que se prestaban tales servicios, **fuera de los sistemas ordinarios de acceso.**"*

També la doctrina es pronuncia a l'efecte. En tal sentit citarem, el següent:

*"De conformidad con lo previsto en la LPR, ... (reproducción de la DA 12.7).*

*La afirmación por evidente, parece innecesaria, no puede aspirarse a entrar ni como funcionario ni como personal laboral de la Administración sencillamente por haber sido cargo directivo de una Sociedad pública. Ello supondría una vulneración de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. No obstante, vista la rica y variada práctica española, no está de más el recordatorio".* (Las sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal. Sr. Diego Ballina Díaz Secretario Letrado de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Gijón publicat a El Consultor de Ayuntamientos).

Arribats a aquest punt i revisada la documentació i informació remesa a l'òrgan gestor de la Bústia Ètica arran dels successius requeriments practicats **no consta quin va ser el sistema de selecció de XXX com a personal d'alta Direcció, ni si va existir o no publicitat del mateix, ni els mèrits que es van tenir en compte per a la seva contractació**, mitjançant contracte d'alta Direcció. **Tampoc** consta el procés de selecció ni els mèrits tinguts en compte **per a la seva posterior contractació per la societat pública amb una relació laboral de caràcter comú i indefinida com a Director/a de XXX**, immediatament després d'haver-li acomiadat com a gerent.

### IV. EXTINCIÓ DEL CONTRACTE D'ALTA DIRECCIÓ PER DESISTIMENT UNILATERAL DE L'EMPRESA VERSUS REMOCIÓ DEL LLOC DE TREBALL

#### A. Contracte d'alta direcció

Els articles 11 i 12 del citat Reial Decret 1382/1985 d'1 d'agost, en virtut del qual es regula la relació laboral de caràcter especial del personal d'alta direcció, estableix, en quant a l'extinció de la relació laboral que:

**Art. 11. Extinció del contrato por voluntad del empresario.**

Uno. El contrato de trabajo podrá extinguirse por desistimiento del empresario, comunicado por escrito, debiendo mediar un preaviso en los términos fijados en el artículo 10.1. El alto directivo tendrá derecho en estos casos a las indemnizaciones pactadas en el contrato; a falta de pacto la indemnización será equivalente a siete días del salario en metálico por año de servicio con el límite de seis mensualidades.

En los supuestos de incumplimiento total o parcial del preaviso, el alto directivo tendrá derecho a una indemnización equivalente a los salarios correspondientes a la duración del período incumplido.

Dos. El contrato podrá extinguirse por decisión del empresario mediante despido basado en el incumplimiento grave y culpable del alto directivo, en la forma y con los efectos establecidos en el artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores; respecto a las indemnizaciones, en el supuesto de despido declarado improcedente se estará a las cuantías que se hubiesen pactado en el contrato, siendo en su defecto de veinte días de salario en metálico por año de servicio y hasta un máximo de doce mensualidades.

Tres. Cuando el despido sea declarado improcedente o nulo, el empresario y el alto directivo acordarán si se produce la readmisión o el abono de las indemnizaciones económicas previstas en el párrafo dos de este artículo, entendiéndose, en caso de desacuerdo, que se opta por el abono de las percepciones económicas. Si el despedido se reintegrase al empleo anterior en la Empresa, se estará a lo dispuesto en el artículo 9.3 de este Real Decreto.

**Art. 12. Otras causas de extinción.**

Dejando a salvo las especialidades consignadas en los artículos anteriores, esta relación laboral especial podrá extinguirse por las causas y mediante los procedimientos previstos en el Estatuto de los Trabajadores.

Analitzat el cas que ens ocupa i la documentació remesa a l'òrgan gestor de la Bústia Ètica resulta que, a falta de indicis sobre l'existència d'acomiadament (procedent, improcedent o nul) **la causa d'extinció de la relació laboral (que no funcional) d'alta direcció** que unia al Sr/a XXX amb la societat pública va ser la del "**desistimiento unilateral del empresario**"<sup>96</sup> en els termes establerts a l'apartat 1 de l'article 11 del referit Reial Decret 1382/1985, d'1 d'agost que no exigeix motivació o causa alguna per part d'aquell per ser efectiu. No pot oblidar-se, en aquest sentit, que, aquesta regulació pròpia de la relació laboral de caràcter especial d'alta direcció (art.2.1 a) del Reial Decret Legislatiu 2/2015, de 23 d'octubre, pel que s'aprova el text refós de la Llei de l'Estatut dels Treballadors) **obeeix**, tal com estableix, el propi Real Decret que la regula a "*... que la relació establerta entre el alto directivo y la Empresa contratante se caracteriza por la recíproca confianza que debe existir entre ambas partes, derivada de la singular posición que el directivo asume en el ámbito de la Empresa en cuanto a facultades y poderes ...*". Tampoc pot obviar-se que aquesta forma d'extinció de la relació laboral **ve acompanyada** de l'abonament d'una **indemnització tal com consta al propi contracte de treball del Sr/a. XXX. La indemnització que pacten les parts i que, com a mínim (solament a falta d'acord exprés al respecte)** serà de 7 dies de salari per any treballat amb un límit de sis mensualitats.

**V. REMOCIÓ DEL LLOC DE TREBALL "PER CESSAMENT" EN "CASOS DE LLIURE DESIGNACIÓ O CONCURS"**

Segons Informe de data XXX, evacuat pel Gerent de XXX, a requeriment de l'òrgan gestor de la Bústia Ètica, relatiu a la sol·licitud d'informació "*El nomenament del Sr/a. XXX en el lloc de treball*

<sup>96</sup> Per Acord del Plenari del Consell Municipal de xxxxxxxxxx s'acorda el cessament del xxxxxxxxxx com a Gerent de xxxxxx.

indicat, després de la remoció del seu lloc de treball per acord del plenari del Consell Municipal, suposa l'aplicació de les determinacions del decret d'alcaldia de 17 de novembre de 1995, de garanties retributives”.

Recordem que el mencionat Decret d'Alcaldia, de 17 de novembre de 1995, acordava:

**ESTABLIR** que en les situacions de remoció de lloc de treball del personal municipal, ja sigui per cessament en els casos de lliure designació, o per causes organitzatives en els llocs guanyats per concurs, s'aplicarà al personal remogut el nivell de destinació que tingui consolidat, i un Complement Personal Transitori igual a l'específic corresponent al lloc de treball del que ha sigut remogut. Aquest Complement Personal Transitori serà absorbible, segons el que preveu la Llei de Pressupostos i per l'obtenció d'un altre lloc de treball definit al Catàleg.

A la vista del seu tenor literal analitzarem, a continuació, la figura jurídica de la “**Remoció**” tant en els casos de llocs de treball d'adscripció pel sistema de lliure designació com dels “guanyats per concurs”, per passar, a continuació, a comparar-la amb la del “**desistiment de l'empresari**” previst a l'article 11 del Real Decret 1382/1985, d'1 d'agost, com una de les causes d'extinció de la relació laboral de caràcter especial d'Alta Direcció.

L'art. 20.1 e) de la Llei 30/1984, de mesures per a la reforma de la Funció Pública disposa, que:

*"e) Los funcionarios adscritos a un puesto de trabajo por el procedimiento de libre designación podrán ser removidos del mismo con carácter discrecional.*

*Los funcionarios que accedan a un puesto de trabajo por el procedimiento de concurso, podrán ser removidos por causas sobrevenidas, derivadas de una alteración en el contenido del puesto de trabajo, realizada a través de las relaciones de puestos de trabajo, que modifique los supuestos que sirvieron de base a la convocatoria, o de una falta de capacidad para su desempeño manifestada por rendimiento insuficiente, que no comporte inhibición y que impida realizar con eficacia las funciones atribuidas al puesto. La remoción se efectuará previo expediente contradictorio mediante resolución motivada del órgano que realizó el nombramiento, oída la Junta de Personal correspondiente.*

*A los funcionarios afectados por lo previsto en este apartado les será de aplicación lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 21.2.b) de la presente Ley."*

Per tant, la remoció del lloc de treball (en els termes que ens ocupen en el present cas) no implica el cessament de la relació de servei que vincula als servidors públics amb la Administració o entitat pública a la que pertanyen doncs aquesta es manté viva. D'altra banda, **tampoc està prevista cap indemnització en cas de remoció** (com **sí** preveu, per contra, l'article 11 del Reial Decret 1382/1985 d'1 d'agost **en els casos de finalització de la relació laboral de caràcter especial de alta direcció per causa de desistiment del empresari**. Indemnització que, es fa necessari

remarcar, **té un import mínim legalment establert però que les parts poden superar sense límit si així ho pacten**).

Així mateix la remoció d'un lloc de treball cobert mitjançant concurs exigeix:

- en primer lloc, de la concurrència d'una de les causes fixades de forma taxativa al precepte transcrit. És a dir: *a) causes sobrevingudes, derivades d'una alteració en el contingut del lloc de treball, realitzada a través de les relacions de llocs de treball, que modifiqui els supòsits que van servir de base a la convocatòria, o b) una falta de capacitat per al desenvolupament manifestada pel rendiment insuficient, que no comporti inhibició i que impedeixi realitzar amb eficàcia les funcions atribuïdes al lloc.*
- i la incoació d'un previ expedient contradictori, mitjançant resolució motivada, de l'òrgan que va realitzar el nomenament i escoltada la Junta de Personal corresponent.

En igual sentit, la remoció d'un lloc de treball la cobertura del qual sigui per lliure designació també requereix, d'acord amb la jurisprudència vessada a l'efecte, d'una resolució motivada sense que pugui ser, en cap cas, una decisió arbitrària. Ens remetem aquí a la recentíssima Sentència de la Sala del contenciós-administratiu del Tribunal Suprem de 2 de juliol de 2020 (rec. 2053/2018) amb cita de la de 19 de setembre de 2019 (rec.2740/2017) i de la de 15 de novembre del mateix any atès que respecte a la motivació del cessament de funcionaris en llocs de lliure designació exigeix que: *"... es exigible que se explicita evitándose expresiones opacas, estandarizadas, que puedan encubrir una intención patológica por falsa, caprichosa o ajena a los requerimientos del puesto o a las exigencias de idoneidad profesional que llevaron a la elección..."*. És a dir, que es considera injustificada la simple invocació de la pèrdua de confiança per explicar el cessament d'un funcionari públic en el seu lloc de lliure designació.

En aquest sentit, la STC nº 216/2005 recorda que *"... la Administración pública, «que ha de actuar siempre con objetividad y plena sumisión a la legalidad ( arts. 103.1 y 106.1 CE ) sin asomo de arbitrariedad (art. 9.3 CE)» (STC 17/2003, de 30 de enero, FJ 6), está sujeta a la necesidad de acreditar la regularidad de sus actos cuando por parte de sus funcionarios se haya ofrecido un principio de prueba indicativo de una posible vulneración de un derecho fundamental, y en este sentido hemos afirmado que el margen de discrecionalidad característico de determinados actos administrativos no modifica la exigencia de la carga probatoria, a la que la Administración debe atender incluso en el supuesto de decisiones discrecionales. Dicho en otros términos, en los puestos de libre designación la correlativa libertad de cese es una facultad que, en el plano de la constitucionalidad, también queda limitada por el respeto a los derechos fundamentales (SSTC 17/1996, de 7 de febrero, FJ 3; 202/1997, de 25 de noviembre, FJ 5; y 29/2000, de 31 de enero, FJ 3), por lo que si se pretende el cese en un puesto de esa naturaleza habrá que justificarlo en un dato o elemento objetivo, que puede estar vinculado a las funciones propias de dicho cargo o a la pérdida sobrevenida de capacidad del designado..."*

Insistir en què, tant en un cas, com en l'altre, la remoció no té prevista una indemnització per el funcionari.

En conseqüència, el mecanisme jurídic de la remoció, als efectes del que disposa la normativa ressenyada i especialment el **Decret d'Alcaldia de 17 de novembre de 1995, no seria d'aplicació** al cas que ens ocupa doncs **s'estaria equiparant situacions ben diferents i per tant vulnerant el principi d'igualtat segons interpretació del Tribunal Constitucional**. En aquest sentit remarcar que el tenor literal del referit Decret d'Alcaldia **es refereix únicament a: "personal municipal..." i a llocs de treball l'adscripció** dels quals sigui o bé per **lliure designació o per concurs** (i, és més, en aquest últim cas solament seran aplicables les garanties retributives previstes en el Decret d'Alcaldia quan la causa de la remoció obeeixi, únicament, a causes organitzatives). Sistemes de provisió, aquests últims (tant la lliure designació com el concurs) que no cal insistir, no van ser els emprats per contractar al Sr/a. XXX, primer, com a personal d'alta direcció, en base a una relació de caràcter especial d'Alta Direcció ni, més tard, com a Director/a de Serveis XXX en base a una relació laboral de caràcter comú i indefinida.

En aquest sentit, s'ha d'incidir en què el Sr./a XXX en el seu lloc de Director/a de serveis **va mantenir íntegra no solament la seva retribució sinó també tota la resta de condicions laborals de les que gaudia en base a la seva relació laboral de caràcter especial com a personal d'alta direcció, malgrat que:** a) **una altra persona va ser nomenat en el seu lloc** com a personal **d'alta direcció** de la mercantil; b) que el seu **nou càrrec** de "Director/a de Serveis XXX" quedava **subordinat jeràrquicament al que ocupava amb anterioritat** entranyant, per tant menys responsabilitat; i c) que, d'acord amb l'informe jurídic de la Director/a jurídica de la mercantil **les seves funcions i la naturalesa d'aquestes eren de menor responsabilitat**. Així al referit informe es diu: "*s'ha de fer la salvetat que únicament hi ha un alt càrrec, el Director General de la Societat*", que *el personal directiu que figura a les dades publicades al web de la societat no té caràcter jurídic de personal directiu en el sentit de l'alt càrrec que estableix la Llei 19/2014*"; i que *"la resta de personal "directiu" és, en realitat, personal que desenvolupa les seves funcions d'empleats públics de forma ordinària, sense capacitat de decisió executiva, capacitat aquesta que correspon al director general i a la direcció política de l'àrea de la que depèn la societat"*.

A més, el Sr/a XXX, **al dia següent de l'extinció del seu contracte d'alta direcció, al ser contractat** en virtut d'un "**... contracte laboral per temps indefinit de caràcter comú**" per ocupar **un lloc de treball de menys responsabilitat però mantenint**, com s'ha dit, **totes les condicions retributives i "la resta de condicions laborals" inclosa "... l'antiguitat ... reconeguda en nòmina així com la resta de conceptes retributius, a tots els efectes legals..." que tenia** a l'emparament d'una relació laboral de caràcter especial, **va "guanyar" o es va veure "afavorit"**, també de la protecció més reforçada que, en base al principi pro-operari, dispensa el Text Refós de l'Estatut dels Treballadors (en aquell moment l'Estatut dels Treballadors) als empleats sotmesos al règim comú. Així, per exemple, **desapareixia la possibilitat** de què operés la figura del **"desistiment unilateral de l'empresari"** i **en cas d'acomiadament** disciplinari improcedent la **indemnització** prevista legalment era **molt més alta** que la prevista en el Decret regulador de la relació especial d'alta Direcció (al no haver-se pactat el seu import en el contracte subscrit a xxx). De manera que aquesta va passar, per imperatiu legal, dels 20 dies de salari per any treballat amb

un màxim de 12 mensualitats (prevista pels acomiadaments improcedents d'Alta Direcció) a un quantum de a 33 dies de salari per any de servei –amb un màxim de 720 dies (si bé, respecte al tram d'antiguitat reconeguda fins el 12 de febrer de 2012<sup>97</sup>, es podria inclús defensar en el cas que ens ocupa el quantum indemnitzatori dels 45 dies de salari per any treballat al haver-se reconegut l'antiguitat "a tots els efectes").

I respecte a les retribucions dels contractes d'Alta Direcció del sector públic local cal portar a col·lació la DA 12 de la LBRL que fixa que:

*"1. Las retribuciones a fijar en los contratos mercantiles o de alta dirección suscritos por los entes, consorcios, sociedades, organismos y fundaciones que conforman el sector público local se clasifican, exclusivamente, en básicas y complementarias.*

*Las retribuciones básicas lo serán en función de las características de la entidad e incluyen la retribución mínima obligatoria asignada a cada máximo responsable, directivo o personal contratado.*

*Las retribuciones complementarias, comprenden un complemento de puesto y un complemento variable. El complemento de puesto retribuiría las características específicas de las funciones o puestos directivos y el complemento variable retribuiría la consecución de unos objetivos previamente establecidos."*

En el context descrit és molt important **remarcar que el capital de la societat pública era 100% de l'Ajuntament de Barcelona i per tant de caràcter públic**, de manera que qualsevol decisió respecte a la contractació i retribució de personal té una **innegable incidència en les arques municipals** i, en conseqüència, en **l'interès general**. Recordem, a tal efecte, que la societat pública **consolidava els seus pressupostos** amb els de l'Ajuntament de Barcelona.

## RECOMANA

### Que s'adoptin les mesures de control necessàries per:

- Que es reforci el compliment dels preceptes legals referenciats, en concret, la Disposició Addicional Primera del Reial Decret Legislatiu 5/2015, de 30 d'octubre, pel que s'aprova el text refós de la Llei de l'Estatut Bàsic de l'Empleat Públic (TREBEP)<sup>98</sup> i l'art. 222 del Decret 179/1995, de 13 de juny, de manera que es garanteixi el respecte als principis d'igualtat, mèrit i capacitat, en la selecció del personal de les societats mercantils municipals (sobre tot quan aquestes siguin de capital 100% municipal) i especialment quan es tracti de la selecció de personal d'alta Direcció o Directiu.

<sup>97</sup> Segons reforma laboral operada en febrer de 2012

<sup>98</sup> TREBEP va derogar la Llei 7/2007, de 12 d'abril de l'Estatut Bàsic de l'Empleat Públic (EBEP), normativa d'aplicació en l'any 2012, quan va succeir els fets exposats en aquesta recomanació. Tanmateix els articles mencionats del TREBEP gaudeixen de la mateixa literalitat que en l'EBEP.

- Que els processos de selecció siguin degudament documentats de manera que serveixin com evidències del compliment de l'exigència legal de respecte als principis de mèrit, igualtat i capacitat. De forma que es pugui dissipar qualsevol dubte al respecte i minimitzar qualsevol risc reputacional, tant de la mercantil com, en última instància, de l'Ajuntament de Barcelona al respecte.

- Que, en cas d'extinció dels contractes d'alta direcció s'actui de conformitat amb la previsió de la Disposició addicional 12.7 de la Llei de Bases de Regim Local, segons la qual: *"l'extinció dels contractes mercantils o d'alta direcció no generi dret algú a integrar-se en "la estructura de la Administración de Local de la que dependa la entidad del sector público en la que se prestaban tales servicios, fuera de los sistemas ordinarios de acceso."*

- Que, degut a l'origen públic dels fons i aportacions de les societats mercantils municipals, les indemnitzacions que es puguin derivar de la formalització d'una relació de caràcter especial d'alta direcció:

a) s'ajustin, en tot cas, als mínims establerts al Reial Decret 1382/1985 d'1 d'agost, en especial pel que fa a les causes d'extinció del contracte previstes en els seus articles 11 i 12. I que en el cas excepcional de què les parts puguin pactar un import superior al legalment establert es motivi i justifiqui la seva procedència que haurà de restar documentada;

b) s'albirin mecanismes jurídics de salvaguarda del cobrament de les indemnitzacions per finalització del contracte per causa de desistiment unilateral de l'empresa en supòsits com els que ens ocupen. És a dir, quan ja al dia següent de la dita finalització de la relació laboral de caràcter especial d'alta direcció, el directiu torna a ser contractat en base a una relació laboral de caràcter comú i indefinida amb les mateixes retribucions i resta de condicions laborals (inclòs el reconeixement de l'antiguitat a tots els efectes) que tenia. De manera que es pugui evitar o si més no minimitzar qualsevol risc de malbaratament dels recursos públics.

c) Que a l'hora de fixar els salaris i resta de les retribucions de l'alta direcció i resta de directius de les empreses públiques 100% de capital municipal es tinguin en compte els estàndards establerts per l'Ajuntament de Barcelona i que, en qualsevol cas, retribueixin les seves efectives responsabilitats inherents als seus llocs de feina. Això per tal d'evitar situacions com la del supòsit objecte d'investigació en la qual el personal d'alta direcció de la societat pública, malgrat ser contractat de nou, immediatament després de l'extinció de la relació laboral de caràcter especial d'alta direcció (i aquesta vegada en base a una relació laboral de caràcter comuna i indefinida) per a un lloc de feina que entranyava menys responsabilitat (Director/a de Serveis XXX), va mantenir tota la seva *"... retribució i resta de condicions laborals"* que tenia assignades com a personal d'alta direcció. I en qualsevol cas, per a supòsits excepcionals es recomana

que la decisió, adoptada per l'òrgan competent a l'efecte, quedi documentada amb la inclusió del motiu o justificació tècnica-jurídica que l'empari.

- Que, en aplicació del que disposa l'article 8 del TRET i del caràcter excepcional dels contractes laborals verbals, els contractes de treball subscrits per les empreses públiques, especialment pel que respecta als directius siguin per escrit i es guardin degudament documentats i signats. Als efectes de transparència, rendiment de comptes i reputacionals (lligant en aquest punt amb el que s'ha dit en els precedents apartats 1 i 2) evitant així situacions, com la aquí tractada, que no consta contracte escrit que documenti la relació laboral de caràcter comú i indefinida del Sr/a. XXX iniciada com a director/a de serveis XXX.

- Així mateix, a l'haver estat derogat el Decret d'Alcaldia, de 19 de novembre de 1995, pel Decret de 12 de gener de 2017 relatiu a "*Establir el règim de garanties retributives per als empleats públics que siguin cessats de llocs de direcció i alta direcció de l'Ajuntament de Barcelona i els seus organismes públics dependents, en els termes i condicions que consten a l'annex adjunt...*" i a la vista dels seu tenor literal (amb un àmbit d'aplicació subjectiu més ampli que el derogat referit exclusivament al "personal municipal") es recomana que en la seva aplicació i pel que respecte, al menys a les mercantils públiques municipals, s'adoptin les cauteles tècniques i jurídiques pertinents de cara a la seva aplicació. Sent procedent, en tal sentit que restin ben documentades i justificades jurídicament les decisions que tinguin empara en el mateix.

D'altra banda, i atès que:

a) els efectes derivats de la contractació del Sr/a. XXX, com a Director/a de Serveis, es projecten durant la resta de la vida de la relació laboral (encara vigent en l'actualitat).

b) el/la Sr/a. XXX actualment continua desenvolupant el seu càrrec a dia d'avui.

c) l'art. 3.e) del Codi Ètic i de Conducta de l'Ajuntament de Barcelona inclou dins del seu àmbit d'aplicació al personal directiu "*... i equivalent*" (personal d'alta direcció i personal de direcció de serveis) de les entitats municipals vinculades o dependents de l'Ajuntament de Barcelona;

d) l'art. 5.1.b) del Codi ètic obliga a les persones subjectes al Codi ha actuar d'acord amb, entre d'altres, el principi de legalitat per "*garantir la defensa i el respecte al principi de legalitat, assegurant el compliment de l'ordenament jurídic vigent*";

e) l'art. 7, en el seu apartat *d)* del Codi ètic determina que les persones subjectes al Codi han d'adaptar les seves conductes a adoptar les decisions amb respecte als principis d'objectivitat i legalitat; i en els seu apartat *e)* que hauran d'exterioritzar i justificar les seves decisions, evitant qualsevol mena d'arbitrarietat, amb les raons



objectives d'aquestes i els elements que demostrin la seva proporcionalitat, imparcialitat i conformitat amb l'interès públic.

f) l'art. 11 del Codi Ètic i de Conducta de l'Ajuntament de Barcelona, relatiu a "*les Normes de conducta relativa a la gestió i aplicació dels recursos públics*", estableix, en el seu apartat a), que les persones subjectes al Codi hauran de: "*gestionar i protegir els recursos i béns públics d'acord amb els principis de legalitat, eficiència, equitat i eficàcia tot facilitant la supervisió i rendició de comptes tant a nivell intern com davant la ciutadania mitjançant instruments presencials i virtuals oberts a tothom*";

g) l'article 12 del Codi Ètic i de Conducta de l'Ajuntament de Barcelona, relatiu a les "*Normes de conducta relatives a la transparència i accés a la informació*", en especial pel que fa al que disposa el seu apartat i): "*garantir la transparència en la selecció de personal...*"

Es procedeix, així mateix a donar trasllat d'aquesta Recomanació i de la resta de diligències d'investigació practicades al Comitè d'Ètica de l'Ajuntament de Barcelona, per si, en l'exercici de les seves competències, considera que els fets comunicats i origen de les presents actuacions, poden ser constitutius de infracció del Codi Ètic i de Conducta i per que, en el cas que els seus membres ho considerin pertinent, formulin les propostes de millora que estimin oportunes o s'adhereixen a les contingudes en la present Recomanació de l'òrgan gestor de la Bústia Ètica (en especial pel que respecta als riscos de possibles i futures irregularitats detectats).

## SEGUIMENT DE LA RECOMANACIÓ

El Comitè d'Ètica es va pronunciar en el següent sentit:

*"El Comitè d'Ètica entén que en la situació laboral del Sr/a XXX han quedat afectats els preceptes del Codi Ètic esmentats en els fonaments d'aquesta Recomanació, i molt especialment el principi de legalitat i transparència en la selecció de personal, i recorda que el Codi Ètic vincula també a les entitats municipals vinculades o dependents de l'Ajuntament de Barcelona i insta al seu compliment."*

---

## ***I.IV. DESENVOLUPAMENT DE LES PROVES SELECTIVES: PRESUMPTA IRREGULARITAT EN LA GESTIÓ D'INCIDÈNCIES RELATIVES A LA UTILITZACIÓ DE MÒBILS PELS ASPIRANTS DURANT LES PAUSES DE LES PROVES SELECTIVES.***

---

A la Bústia Ètica i de Bon Govern es va rebre una comunicació relativa al presumpte accés a mòbils personals per part de les persones opositores durant la pausa que va haver-hi entre les proves d'A2 i A1 celebrades el 19 de juny de 2021.

Efectuades les actuacions d'investigació corresponents, examinada la documentació requerida a l'òrgan gestor afectat, així com la resta d'informació facilitada, i analitzada la normativa d'aplicació, es van traslladar les següents:

### **CONSIDERACIONS**

- I. Sense perjudici de reconèixer les dificultats organitzatives que la realització de proves de selecció amb tanta elevada concurrència d'aspirants com les que ens ocupen, s'ha d'assenyalar als efectes preventius i per a futures convocatòries que els fets comunicats reconeguts per l'òrgan gestor deixen palès una **vulnerabilitat o feblesa de l'organització seguida per a la realització de les proves que integren els processos selectius que ens ocupen, així com de les mesures de seguretat** adoptades a l'efecte en quant a l'accés als mòbils durant la pausa dels 10 minuts concedida als aspirants que concorrien a ambdós processos, per anar al lavabo entre la finalització d'un examen i el començament del següent.

També es detecten debilitats en **l'actuació portada a terme per l'òrgan gestor una vegada que es va detectar i comprovar que: a) "hi va haver persones que van contravenir les normes indicades i es van endur el mòbil o la seva bossa en el anar al lavabo" (informe de 22 de juliol de 2021) i que b) "van fer ús dels seus dispositius mòbils" (Actes núm. 3).** Això per quan, segons consta a la documentació remesa, per fer front a la situació descrita aquell només *"es va adreçar a aquestes persones a deixar les seves pertinences sota la taula i apagar els mòbils"*, quant a les instruccions consta en negreta que és motiu d'exclusió: **"Disposar** d'algun aparell electrònic fora de la bossa", i **"Manipular la bossa** on hi ha les pertinences". D'altra banda, **tampoc consta** que es procedís a **relacionar i identificar les persones que van infringir** les normes utilitzant els seus telèfons mòbils per tal de poder marcar els seus exàmens i poder posar el fet en **coneixement del Tribunal de Selecció** per sotmetre els casos concrets a la seva deliberació i si fos el cas procedir a excloure'ls del procés, tal com es recull en les instruccions exposades. En aquest sentit, cal portar aquí a col·lació, per exemple, el **Manual d'Instruccions** per a l'actuació dels membres dels òrgans de selecció de personal dels ens locals de l'Escola d'Administració Pública de Catalunya on es recull que: *"Si els aspirants es*

*comuniqueu entre ells o si concorre qualsevol altra causa d'expulsió, la persona que vigili l'aula ho posarà en coneixement del president de l'òrgan o de qualsevol altre dels seus membres de manera immediata. Aquests resoldran la situació fent constar en acta les circumstàncies que motiven l'expulsió, si escau. S'actuarà de la mateixa manera davant qualsevol altra incidència.*

II. Cal observar que al document d' "Instruccions per a la realització de les proves del dia 19 de juny del 2021" publicat a la web de l'Ajuntament de Barcelona no consta la possibilitat de fer pausa de 10 minuts per anar al lavabo entre les dues proves.

III. Cal observar que al document d'"Instruccions per a la megafonia" no consta la possibilitat de fer pausa de 10 minuts per anar al lavabo entre les dues proves.

## RECOMANA

**L'article 23.2 de la Constitució reconeix a tota la ciutadania el dret a accedir en condicions d'igualtat a les funcions i als càrrecs públics, amb els requisits que les lleis assenyalin.**

**En aquest sentit, la igualtat és un dels valors del nostre Estat de Dret. Quan es tracta de competir per l'accés al sector públic és del tot necessari respectar el cànon d'igualtat de tracte als aspirants.**

**Aquesta afirmació efectuada sobre la igualtat en l'àmbit selectiu, la jurisprudència l'explicita de forma unànime amb la igualtat d'oportunitats dels aspirants dels processos selectius, per exemple citem la STS, de 23 de febrer de 2016, (rec. 3977/2014) sobre la igualtat, quan diu: "*En primer lugar, que la debida observancia del principio constitucional de acceso a la función pública impone vigilar con un especial rigor las singulares circunstancias concurrentes en cada procedimiento selectivo y excluir todas aquellas que puedan colocar en situación de ventaja a unos aspirantes frente a otros, ya que dicha situación comporta una injustificada discriminación contraria al principio de igualdad reconocido en los artículos 14 y 23.2 de la CE.*"**

**També la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el dret fonamental d'accés a la funció pública, continguda, entre d'altres, en la sentència 37/2014, de 11 de març, està sustentada en la idea essencial de què el contingut d'aquest dret fonamental no és el dret a l'ocupació de càrrecs o el desenvolupament de càrrecs o funcions determinades, sinó el d'accedir, en condicions d'igualtat, amb els requisits legalment previstos en els processos. Raonant en conseqüència que l'article 23.2 de la Constitució Espanyola és una especificació de l'article 14 de la mateixa.**

**En el cas concret, mitjançant la utilització del telèfon mòbil durant la pausa entre exàmens algunes de les persones aspirants han pogut partir d'una posició més**

avantatjosa que la resta que concorrien a les mateixes proves ja que han tingut l'oportunitat, a través de la utilització dels seus mòbils o resta d'objectes personals que tenien en les bosses, de conèixer preguntes i respostes d'un examen d'oposició que s'havia acabat de realitzar. Situació d'avantatge o desequilibri que no ha estat corregida per l'òrgan gestor d'acord amb els protocols i les conseqüències que es preveien a les instruccions publicades, perdent-se així, a més, la càrrega exemplificant que podia haver tingut l'adopció de mesures correctores per tal de dissuadir de futures infraccions.

En aquest sentit, i per tal de garantir el principi d'igualtat de les persones opositores, l'òrgan gestor de la Bústia Ètica recomana que:

- Es recullin, en la corresponent acta, totes les incidències que succeeixin durant la realització de les proves de selecció (sobre tot d'aquelles que puguin mermar el principi d'igualtat dels aspirants) incloent la informació més detallada possible als efectes que el Tribunal pugui valorar-les i adoptar les mesures que consideri adients pel bon ordre del concurs oposició, en l'exercici de la seva competència recollida a l'apartat 14.5 de les bases de la convocatòria que es reproduïx literalment a continuació:

*"14.5. El Tribunal Qualificador està facultat per resoldre els dubtes que es presentin i prendre els acords necessaris per al bon ordre del concurs oposició. Podrà excloure del procés selectiu qualsevol persona participant que realitzi alguna conducta contrària a la bona fe o orientada a desvirtuar els principis d'equitat i igualtat o altres comportaments que alterin el normal desenvolupament de qualsevol de les fases establertes en la convocatòria.*

Això en la mesura en què verificada la documentació proporcionada per l'òrgan gestor, no consta cap acta aixecada en el moment dels fets descrivint de forma detallada la incidència detectada relativa a l'accés no autoritzat als mòbils per part d'alguns opositors durant el descans entre proves: com *quantes persones aspirants van fer ús indegut dels dispositius mòbils, la seva identificació (i en el cas de que aquesta identificació no hagués estat possible es facin constar les causes que ho van impedir), moment i forma en què van poder tenir accés al mateix, relació de les mesures de control adoptades per l'organització durant la pausa dels deu minuts, ressenya de qui, quan i perquè es va decidir acordar fer la pausa dels 10 minuts que inicialment no estava prevista, si es va donar trasllat de la incidència en el moment del succés als membres del tribunal<sup>99</sup>, si el tribunal va prendre algun acord en relació aquest fet, entre d'altres;*

---

<sup>99</sup> Al Manual d'Instruccions per a l'actuació dels membres dels òrgans de selecció de personal dels ens locals de l'Escola d'Administració Pública de Catalunya es recull que: "Si els aspirants es comuniquen entre ells o si concorre qualsevol altra causa d'expulsió, la persona que vigili l'aula ho posarà en coneixement del president

**- Donar trasllat al Departament de Selecció a fi que adopti les mesures d'organització i de seguretat per evitar incidències en pròximes convocatòries d'oposició durant les pauses entre els exàmens.**

---

*de l'òrgan o de qualsevol altre dels seus membres de manera immediata. Aquests resoldran la situació fent constar en acta les circumstàncies que motiven l'expulsió, si escau. S'actuarà de la mateixa manera davant qualsevol altra incidència".*

---

## ***I.V. CONTRACTACIÓ DE PERSONAL D'UNA BORSA DE TREBALL: PRESUMPTA DISCRECIONALITAT EN LA CONTRACTACIÓ I MANCA DE TITULACIÓ EXIGIDA PER AL LLOC DE TREBALL***

---

A la Bústia Ètica es va rebre una comunicació on la persona comunicant exposava presumptes irregularitats en una propera contractació interina, així com la possibilitat que algunes persones integrants en la mateixa no disposaven de la titulació requerida a la convocatòria.

Efectuades les actuacions d'investigació corresponents, examinada la documentació requerida a l'òrgan gestor afectat, així com la resta d'informació facilitada, i analitzada la normativa d'aplicació, es van detectar, i així ho va reconèixer el propi òrgan gestor, les següents irregularitats: Vàries de les persones contractades no disposaven de la titulació superior requerida i tenien un contracte temporal com a tècnic/a mitjà/ana, i no com a tècnic/a superior.

En canvi no es va apreciar la discrecionalitat de la qual també informava per part de la persona atès que la contractació que es va dur a terme sí respectava el criteri que pel que feia a l'ordre de crida dels candidats es preveia en l'esmentada borsa.

### CONSIDERACIONS

- La Disposició Transitòria de les Normes reguladores de la Bústia ètica regula que "*La present disposició general és d'aplicació en relació amb les conductes que es duguin a terme a partir de la seva entrada en vigor*", per tant, atès que els fets relatius a:
  - a) la manca de formalització per escrit de l'Acord adoptat en el seu dia de mantenir en la borsa de treball a xxx malgrat que no disposaven de la titulació superior de XXX requerida
  - b) la manca de documentació essencial que consta en els expedients de xxxx acreditatius del compliment dels requisits (com la titulació) exigits en la corresponent convocatòria.

Són fets anteriors al 17 de gener de 2017, (l'endemà de la data de la publicació en el BOP que va ser el 16 de gener de 2017, d'acord amb la seva disposició final), l'òrgan gestor de la Bústia Ètica no va poder entrar a valorar les actuacions concretes, si bé per tal de millorar o consolidar les bones pràctiques en la gestió municipal des de la perspectiva preventiva es recorda que:

- L'actuació dels serveis públics s'ha de regir, entre d'altres, pel principi d'imparcialitat, actuant de forma legítima i adoptant les decisions amb imparcialitat, amb garantia de les condicions necessàries per a una actuació

independent per tal de representar a tota la ciutadania i no pas a determinats col·lectius o interessos polítics, i no condicionada per conflicte d'interès i sempre en benefici de l'interès públic; i pel principi d'integritat, actuant d'acord amb els valors, principis i normes d'aplicació en l'exercici del càrrec públic, amb absència d'influències d'interessos particulars, sense ús abusiu del seu càrrec, per obtenir beneficis indeguts (art. 5 g) i h) del Codi ètic)

- Exterioritzar i justificar les decisions, evitant qualsevol mena de discriminació i arbitrarietat, amb les raons objectives d'aquestes i els elements que demostrin la seva proporcionalitat, imparcialitat i conformitat amb l'interès públic (art. 7 e) del Codi Ètic).

---

## **II.- SISTEMA DE PROVISIÓ DE LLOCS DE TREBALL**

### **II.I. SISTEMA DE PROVISIÓ DE LLOCS DE TREBALL: ALERTES SOBRE PLACES PRESUMPTAMENT "ASSIGNADES" A PERSONES CONCRETES ABANS D'INICIAR-SE ELS CORRESPONENTS PROCESOS SELECTIUS DE MANERA QUE LA PERSONA ALERTADORA INFORMA A LA BÚSTIA ÈTICA DE LA IDENTITAT DE LA PERSONA GUANYADORA DELS RESPECTIUS PROCESOS ABANS, INCLÚS, DE QUÈ SIGUIN PUBLICADES LES CONVOCATÒRIES PER A LA PROVISIÓ DELS DIFERENTS LLOCS DE TREBALL. EL PERCENTATJE D'ENCERT DE LA PERSONA COMUNICANT ÉS DEL 100%.**

---

A la Bústia Ètica i de bon govern es van rebre varies comunicacions relatives a diferents processos selectius per a la provisió de llocs de treball en un mateix Institut Municipal en les que s'alertava de què cadascuna de les places a cobrir ja estaven prèviament assignades a persones concretes abans, inclús, de la publicació de les respectives convocatòries. I, en cada una de les referides comunicacions s'identificava el nom i cognoms del/la "guanyador/a" de la plaça malgrat que, com s'ha dit, les convocatòries ni tan sols s'havien publicat, a més, en algunes d'elles també s'arribava, fins i tot, a fer una prospecció sobre el nivell de concurrència que hi hauria.

En total es van rebre cinc comunicacions relatives a vuit processos selectius diferents (uns pel sistema de lliure designació i uns altres pel de concurs) convocats, com s'ha avançat, per un mateix Institut Municipal, i el nivell d'encert de les persones comunicants sobre la identitat dels/les guanyadors/res de les places va ser del 100%.

Respecte a cada un dels processos selectius objecte de comunicació, l'òrgan gestor de la Bústia Ètica va portar a terme les pertinents comprovacions i anàlisis i va evacuar les corresponents Recomanacions en les quals s'alertava de les irregularitats detectades i es proposaven les accions i mesures preventives que consten en cada una d'elles. Però també a l'anar constatant, a mesura que s'anaven rebent les diferents comunicacions i avançaven les investigacions, que les persones comunicants no s'equivocaven en la seva predicció i que, efectivament, el seu nivell d'encert era del 100% es va evacuar així mateix un Informe- Recomanació donant trasllat al Comitè d'ètica per si els fets, en el seu conjunt, poguessin constituir, a més, d'una infracció del codi ètic i de conducta de l'Ajuntament de Barcelona, en allò establert en el seu article 12.

Per facilitar la lectura, i malgrat que la Bústia Ètica s'ha pronunciat en cadascun dels referits processos de provisió, es procedirà, a continuació, a extractar les consideracions fetes a les



recomanacions, agrupant-les en els següents blocs, en funció de si el procés de selecció era pel sistema de lliure designació o pel de concurs de mèrits:

- *II.1.A LLIURE DESIGNACIÓ: PRESUMPTA IRREGULARITAT EN EL PROCÉS DE PROVISIÓ. FALTA DE MOTIVACIÓ I PREDETERMINACIÓ DE LA IDENTITAT DE LA PERSONA GUANYADORA*
- *II.1.B CONCURS DE MÈRITS: PRESUMPTA IRREGULARITAT EN EL PROCÉS DE PROVISIÓ. FALTA DE MOTIVACIÓ I PREDETERMINACIÓ DE LA IDENTITAT DE LA PERSONA GUANYADORA.*
- *II.1.C RECOMANACIÓ: ANÀLISI CONJUNTA DE LES COMUNICACIONS, ON S'ALBIRA EL RESULTAT FINAL DELS PROCESSOS DE PROVISIÓ AMB UN 100 PER CENT D'ENCERT*

## **II.I.A. LLIURE DESIGNACIÓ: PRESUMPTA IRREGULARITAT EN EL PROCÉS DE PROVISIÓ. FALTA DE MOTIVACIÓ I PREDETERMINACIÓ DE LA IDENTITAT DE LA PERSONA GUANYADORA ABANS DE LA CONVOCATÒRIA DEL CORRESPONENT PROCÉS PER A LA PROVISIÓ DE LA PLAÇA.**

Seràn objecte d'aquest apartat les comunicacions en les quals s'exposaven presumptes irregularitats en processos de provisió, mitjançant la modalitat de lliure designació, atès que s'identificaven les persones guanyadores de les respectives places abans de finalitzar el termini de presentació de les sol·licituds i en tots els casos es va encertar.

Efectuades les actuacions d'investigació corresponents, examinada la documentació requerida a l'Institut convocant de les diferents places, especialment els corresponents expedients administratius, així com la resta d'informació facilitada, i analitzada la normativa d'aplicació, es van traslladar les següents:

### CONSIDERACIONS

L'art. 78 del TREBEP exposa que les Administracions Públiques han de proveir els llocs de treball mitjançant els procediments de concurs i de lliure designació amb convocatòria pública, regint-se pels principis d'igualtat, mèrit, capacitat i publicitat; principis derivats dels arts 23.2 i 103.3 de la CE, que operen no només en el moment inicial d'accedir a la funció pública sinó també en un posterior moment del desenvolupament o promoció en la carrera administrativa, (on s'inclou la provisió de llocs de treball).

En definitiva, la provisió de llocs de treball consisteix en l'adscripció d'un empleat, que ja té la condició d'empleat públic, a un determinat lloc de treball. En la relació de llocs de treball de l'administració és on s'ha de determinar el sistema de provisió a utilitzar per a cada lloc de treball, així com els requisits i elements essencials que s'han d'incloure en la convocatòria.

En aplicació de l'art. 79. 1 del RDL 5/2015 el sistema normal per proveir llocs de treball és el concurs de mèrits: a) general, per als llocs de base; i b) específic per als llocs singulars o de comandament. Excepcionalment, es podrà proveir per lliure designació els llocs que figurin en aquesta qualificació a la relació de llocs de treball.

Respecte a la regulació de la lliure designació com a forma de provisió, és contemplada en l'art. 80 del TREBEP: "*La libre designación con convocatoria pública consiste en la apreciación discrecional por el órgano competente de la idoneidad de los candidatos en relación con los requisitos exigidos para el desempeño del puesto*".

Per tant, la característica essencial de la lliure designació és l'apreciació discrecional, que no es pot confondre amb el concepte de lliure arbitri o arbitrarietat. En aquesta línia, la Sentència del Tribunal Suprem, de data 19 de maig de 2016, estableix el contingut de la lliure designació i els seus límits:

- a) Forma de provisió excepcional atenent el literal de l'art. 79 que considera el concurs com el procediment normal de provisió de llocs de treball.
- b) S'aplica a llocs de treball determinats en atenció a la naturalesa de les seves funcions.
- c) Només entren en aquest grup els llocs directius i de confiança que la llei relaciona.
- d) L'objectivació dels llocs d'especial responsabilitat estarà incorporada en les relacions de llocs de treball, que hauran d'incloure la denominació i característiques essencials dels llocs, i seran públiques, facilitant així el control.

Cal citar aquí la Sentència del Tribunal Superior de Justícia d'Andalusia, Màlaga (Sala del Contenciós-Administratiu, Secció 2ª) núm. 924/2019, de 27 març, en la mesura que recull l'evolució de la postura jurisprudencial del Tribunal Suprem en aquest sentit:

*"... CUARTO.- La decisión de las cuestiones que son suscitadas en el actual litigio, cuyo planteamiento principal ha quedado expuesto, aconseja comenzar con unas consideraciones sobre la significación que tiene el procedimiento de libre designación legalmente establecido para la provisión de puestos de trabajo.*

*Para ello es trasladable a estos nombramientos funcionariales por libre designación la doctrina que el Pleno de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo ha sentado sobre los nombramientos discrecionales para cargos jurisdiccionales en las Sentencias de 29 de mayo de 2006 (recurso 309/2004 ) y 27 de noviembre de 2007 (recurso 407/2006 ), en las que expresamente se declaran superados los anteriores pronunciamientos jurisprudenciales (se citan los contenidos en las SSTs de 3 de febrero de 1997 y 30 de noviembre de 1999) que habían apuntado la innecesaridad e inexigibilidad de motivación en esa clase de nombramientos.*

*El núcleo de esa nueva jurisprudencia se apoya en la idea principal de que la libertad legalmente reconocida para estos nombramientos discrecionales no es absoluta sino que tiene unos límites.*

*Límites que están representados por las exigencias que resultan inexcusables para demostrar que la potestad de nombramiento respetó estos mandatos constitucionales: que el acto de nombramiento no fue mero voluntarismo y cumplió debidamente con el imperativo constitucional de interdicción de la arbitrariedad (art 9.3 CE (RCL 1978, 2836)); que respetó, en relación a todos los aspirantes, el derecho fundamental de todos ellos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (art 23.2 CE); y que el criterio material que finalmente decidió el nombramiento se ajustó a las pautas que encarnan los principios de mérito y capacidad (103.3 CE).*

*A partir de esa idea se declara también que las exigencias en que se traducen esos límites mínimos son de carácter sustantivo y formal.*

*La exigencia sustantiva consiste en la obligación, a la vista de la singularidad de la plaza, de identificar claramente la clase de méritos que han sido considerados prioritarios para decidir la preferencia determinante del nombramiento.*

*Y la exigencia formal está referida, entre otras cosas, a la necesidad de precisar las concretas circunstancias consideradas en la persona nombrada para individualizar en ella el superior nivel de mérito y capacidad que le haga más acreedora para el nombramiento".*

També la jurisprudència del Tribunal Suprem ha desenvolupat l'apreciació discrecional en la doctrina de la legitimitat de la discrecionalitat tècnica, en el sentit que considera que hi ha qüestions que han de ser resoltes per un judici fundat en elements de caràcter exclusivament tècnic, que només pot ser formulat per un òrgan especialitzat de l'Administració.

Però un dels límits a la discrecionalitat tècnica, resulta ser la necessitat de motivació de la mateixa, configurant l'obligació de complir el mandat constitucional de la interdicció de l'arbitrarietat dels poders públics i a criteri del Tribunal Suprem aquest compliment comporta la necessitat de motivar el judici quan així sigui sol·licitat per algun aspirant o quan sigui objecte d'impugnació, a tall d'exemple es cita la STS, de 10 de maig de 2017, recurs 545/2002:

*"La doctrina de la discrecionalidad técnica con que la Sala de Zaragoza justifica principalmente su pronunciamiento no ha sido correctamente aplicada; y no lo ha sido porque, en relación a la actuación administrativa para la que se ha hecho esa aplicación, no se ha observado el límite constitucional de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE).*

*Como es bien sabido, dicha discrecionalidad técnica significa, por un lado, respetar las valoraciones de esa índole que hayan sido realizadas por los órganos cualificados por la posesión del correspondiente saber especializado y, por otro, admitir el margen de polémica o discrepancia que sobre determinadas cuestiones venga siendo tolerado en el concreto sector de conocimientos técnicos de que se trate.*

*Pero una cosa es el núcleo del juicio técnico sobre el que opera esa clase de discrecionalidad y otra diferente la obligación de explicar las razones de ese juicio técnico cuando expresamente hayan sido demandados o cuando se haya planteado la revisión de la calificación que exteriorice ese juicio técnico. Esto último queda fuera del ámbito propio del llamado juicio de discrecionalidad técnica, ya que, ante la expresa petición de que dicho juicio sea explicado o ante su revisión, la constitucional prohibición de la arbitrariedad hace intolerable el silencio sobre las razones que hayan conducido a emitir el concreto juicio de que se trate".*

Per tant, atès el compliment del límit constitucional (art. 9.3 CE) de la interdicció de l'arbitrarietat dels poders públics, la motivació del judici tècnic és necessària en els processos selectius de lliure designació.

Per concloure si aquesta motivació és suficient i adequada, cal remetre'ns a les Sentències del Tribunal Suprem de 18 de desembre de 2013, STS de 12 de març de 2014, STS de 16 de març de 2015, STS 11 de febrer de 2016 entre d'altres que recullen el contingut que ha de tenir la motivació del judici tècnic, que com a mínim hauria de complir aquestes principals exigències:

- a) Expressar el material o fonts d'informació sobre les que va operar el judici tècnic.
- b) Consignar els criteris de valoració qualitativa que s'han seguit per emetre el judici tècnic.
- c) Concretar les raons perquè l'aplicació d'aquests criteris condueix al resultat individualitzat que atorga la preferència a un candidat front a la resta.

Jurisprudència del Tribunal Suprem que cita, així mateix, la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Madrid (Sala del Contenciós-Administratiu, Secció 7<sup>a</sup>) núm. 518/2018 de 13 juliol:

*"... La fase final de la evolució Jurisprudencial la constitueix la definició de cuál debe ser el contenido de la motivación para que, cuando sea exigible, pueda ser considerada válidamente realizada. Y a este respecto el Alto Tribunal ha declarado que la motivación del juicio técnico debe cumplir al menos tres exigencias: (a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico; (b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; y (c) especificar las concretas razones por las que la aplicación de esos criterios valorativos conducen a la concreta puntuación y calificación aplicada. Mejor que acumular citas, pueden verse por todas las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de Enero de 2014 (RJ 2014, 1292) (casación 3201/2012) y 26 de Mayo de 2014 (RJ 2014, 3669) (casación 2075/2013), que rememoran la evolución de la doctrina Jurisprudencial en la materia."*

Afegint la referenciada sentència que *"... este precepto reglamentario sobre la motivación deberá ser completado con esas exigencias que, según esa nueva jurisprudencia que ha sido expuesta, resultan inexcusables para justificar el debido cumplimiento de los mandatos contenidos en los artículos 9.3, 23 y 103.3 CE, y esto significa que la motivación deberá incluir también estos dos extremos: los concretos criterios de interés general elegidos como prioritarios para decidir el nombramiento; y cuáles son las cualidades o condiciones personales y profesionales que han sido consideradas en el funcionario nombrado para apreciar que aquellos criterios concurren en él en mayor medida que en el resto de los solicitantes."*

En el procediment selectiu referenciat s'observa l'existència del compliment formal del deure de motivació, a la vista, per una banda, de les fitxes de valoració del perfil funcional i competencial de cadascun dels candidats, i d'altra banda, l'informe justificatiu de data XXX on hi ha la constància d'una explicació o exteriorització de les raons per les quals es va arribar al judici tècnic corresponent. En aquest sentit, cal indicar dir que, s'ha observat, en aquest procés de provisió, la recomanació de motivar el judici tècnic complint les exigències jurisprudencials que l'òrgan gestor de la Bústia ètica va fer, en data XXX, a l'Institut convocant, arran de comunicacions anteriors, per a la millora de la gestió dels futurs processos de provisió.

No obstant això es fa necessari puntualitzar que degut a què: a) les fitxes de valoració del perfil funcional i competencial de cadascun dels candidats no estan signades ni contenen els criteris bàsics que ha seguit cada un dels membre del tribunal per arribar a tal conclusió i b) a què no consten a l'expedient administratiu els currículums vitae de cada un dels candidats, l'òrgan gestor de la Bústia Ètica solament pot constatar el compliment del requisit de la motivació en el cas concret des d'un punt de vista formal ja que no té altres elements que li permetin una valoració més en profunditat.

D'altra banda, cal afegir que no consta a l'expedient administratiu de la lliure designació referenciada que s'hagi presentat cap recusació contra els membres del Tribunal, ni cap recurs contra la decisió del citat tribunal seleccionador, ni contra el nomenament de l'esmentat funcionari/ària. També s'ha de tenir en compte el nivell de concurrència que va haver al procés selectiu que ens ocupa comptabilitzant fins a 4 aspirants al lloc.

## RECOMANACIÓ

**Un cop examinada la documentació i la informació facilitada, i analitzada la normativa d'aplicació, ens remetem al que ja s'ha dit pel que fa a què al menys formalment, consta la incorporació en alguns dels processos de la recomanació prèviament formulada per la Bústia Ètica en relació a la necessitat de motivar el judici tècnic complint les exigències jurisprudencials.**

**Si bé, s'ha d'incidir en la necessitat d'incorporar a l'expedient del procés de selecció els currículums dels candidats, a fi de què: a) puguin ser contrastats en cas de que algun dels aspirants demani la seva revisió o interposi els corresponents recursos que conforme a dret poguessin correspondre-li sense infringir cap lesió al dret de defensa que la Constitució i la resta de l'Ordenament jurídic els hi reconeix i b) es pugui garantir, de ser el cas, el dret a la tutela judicial efectiva i la labor dels Tribunals de Justícia.**

**En tal sentit, el Tribunal Suprem, en Sentència de 18 de abril de 2008, recurs de cassació núm. 65/2005, ha reiterat que "... es un derecho de quienes participan en un proceso selectivo no sólo el acceso a los datos que constan en el expediente que le afectan directamente, sino también a los de los demás participantes, de tal suerte que los principios de mérito y capacidad se vean reforzados con el de publicidad, pues si se niega esta transparencia a los interesados, difícilmente se pueden defender aquellos, siendo el examen comparativo de los distintos elementos del expediente el que puede revelar en su caso la conculcación de tales principios en el actuar administrativo..."**

**Així mateix, el Tribunal Superior de Justícia de Castella la Mancha, en Sentència de 29 de juny de 2018, estableix que: "... Lo anterior ha de ponerse en relación con la negativa de la Comisión a acceder a su solicitud de los méritos aportados por los otros aspirantes al puesto convocado, especialmente de los que habían obtenido mayor**

*puntuación, lo que se motivó por la Comisión en la protección de datos. Sin embargo, la Comisión, al denegar de plano tal pretensión, sin permitirle siquiera el examen de la documentación en las propias dependencias administrativas, le colocó nuevamente en situación de indefensión al desconocer si todos los méritos que había valorado a los restantes aspirantes estaban debidamente justificados, sin que pudiera tampoco alegar en vía administrativa la existencia de vicio alguno, lo que tampoco pudo hacer tras el examen del expediente en vía contencioso-administrativa, donde pudo comprobar que en la documentación acreditativa del currículum del Sr. Pelayo, aspirante que obtuvo la mayor puntuación en el proceso selectivo, no figuraba, a diferencia de lo que ocurría con el suyo, acreditación alguna del número de reuniones de las comisiones clínicas en las que había participado, por lo que la puntuación otorgada por ese concepto no estaba debidamente justificada. ... Esa situación de indefensión creada por la Comisión, impidió al recurrente, por un lado, poder subsanar los defectos que fuesen subsanables sobre los aspectos de su currículum que no le habían sido valorados, ... Y, por otro lado, conocer si las comisiones alegadas por los otros aspirantes, y singularmente por el Sr. Pelayo, eran baremarles, ... En definitiva, la Comisión de Valoración debió haber dado la posibilidad al recurrente de subsanar los defectos que fuesen subsanables y acceder a la documentación de los otros aspirantes, pues sin ello no podía articular adecuadamente su defensa. Solo así podía haber conocido si la valoración de sus méritos, por debajo del autobaremo, estaba justificada, y.....”*

Crític que es reitera a la Sentència del Jutjat del Contenciós-administratiu núm. 9 de Barcelona, Sentència de 19 Juliol de 2011, amb cita de la doctrina establerta pel Tribunal Constitucional i de la jurisprudència del Tribunal Suprem a l'efecte.

Igualment, els tribunals han declarat que *"... examinar i contrastar els exàmens realitzats per altres aspirants, junt amb el coneixement dels criteris de correcció permetria comparar si l'aplicació d'aquells criteris i paràmetres respecta les bases de la convocatòria i la resta de la legalitat aplicable..."* (Sentència del TSJ Catalunya núm. 1231/2013, de 25 novembre). També la doctrina ha defensat que el principi de publicitat i transparència es converteix en essencial, com garantia del principi d'igualtat, obligant a l'Administració a proporcionar als interessats en el procediment aquella informació rellevant del procés selectiu que els permeti comprovar la imparcialitat del procediment en el qual concorren, incloses les dades de caràcter personal de tercers també participants en el mateix procés selectiu amb els que el sol·licitant competeix per les mateixes places<sup>100</sup>.

En concret, la Sentència de 26 d'abril de 2012, de l'Audiència Nacional (Secció Primera de la Sala del Contenciós Administratiu), que cita a la seva vegada la recaiguda en el recurs 215/2010, va assenyalar que: *"Obviamente, las garantías que exige el*

<sup>100</sup> Entre d'altres cal referenciar a Severiano Fernández Ramos, "Acceso al empleo público: igualdad e integridad", número 46 de la "Revista General de Derecho Administrativo" (Iustel, octubre 2017)

*tratamiento de datos personales no puede servir para empañar o anular estas exigencias generales que obligan a que los procesos se conduzcan cumpliendo unas mínimas exigencias de transparencia y publicidad. La superioridad de estos otros valores aconseja que en este caso se entienda que no era exigible el consentimiento del interesado para el tratamiento del dato de la nota consistente en su comunicación por el sindicato ahora recurrente. Desde este punto de vista, debemos concluir que no es exigible el consentimiento de aquellas personas que participen en un procedimiento de concurrencia competitiva para el tratamiento de las calificaciones obtenidas en dicho procedimiento y ello como garantía y exigencia de los demás participantes para asegurar la limpieza e imparcialidad del procedimiento en el que concurren. (...) Es cierto que la Ley Orgánica 15/1999 no recoge expresamente exenciones o excepciones al régimen de tratamiento de datos personales en ella contenida con fundamento en las garantías de transparencia de los procesos competitivos por lo que será preciso ponderar los intereses en conflicto para poder determinar cuál de ellos debe prevalecer. Efectuada dicha ponderación, y valorando las circunstancias que aquí concurren, es claro para este Tribunal que debe prevalecer en este caso la garantía de publicidad y transparencia del proceso competitivo sobre el derecho a la protección de datos".*

Afegint-se a la Sentència del TSJ Catalunya núm. 1231/2013, de 25 de novembre, rec. 305/2011 que: "En definitiva, cualquier situación de opacidad en esta actividad evaluadora, además de generar desconfianza en la actividad administrativa, comporta una infracción del principio legal de transparencia por lo que dicha actividad no puede quedar amparada en la doctrina del núcleo de la discrecionalidad técnica, ya que pertenece a sus aledaños, ... (Art. 23.2 de la CE y 55.1 y 2 de la Ley 7/2007). Y esta transparencia afecta también a la identificación de la persona que fue finalmente propuesta para la plaza, ya que por un lado es un requisito... y por otro permite controlar y revisar la legalidad de otros aspectos de la actividad administrativa (por ejemplo causas subjetivas de abstención y recusación)".

Sense que es pugui oblidar que, tal com recull la Sentència del TSJ de Castella-la Manxa, Sala del Contenciós-Administratiu, d'1-12-2017. "Los nombramientos y ceses de funcionarios en puestos de libre designación deben responder plenamente a principios de mérito y capacidad profesionales, y no a una confianza puramente personal por parte de quien hace el nombramiento o remueve... No cabe confundir este tipo de puestos con los del "personal eventual", que sí se refieren a puestos de confianza personal. Aquí se trata de una simple forma de proveer puestos de funcionarios bajo principios de concurrencia, mérito y capacidad... La exigencia sustantiva consiste en la obligación, a la vista de la singularidad de la plaza, de identificar claramente la clase de méritos que han sido considerados prioritarios para decidir la preferencia determinante del nombramiento...Y la exigencia formal está referida a la necesidad de precisar las concretas circunstancias consideradas en la persona nombrada para individualizar en



*ella el superior nivel de mérito y capacidad que le haga más acreedora para el nombramiento...”*

**En conseqüència, es recomana a l'òrgan gestor l'observança, en aquest extrem, de les exigències jurisprudencials establertes a l'efecte.**

## **II.I.B CONCURS DE MÈRITS: PRESUMPTA IRREGULARITAT EN EL PROCÉS DE PROVISIÓ. FALTA DE MOTIVACIÓ I PREDETERMINACIÓ DE LA IDENTITAT DE LA PERSONA**

Seran objecte d'aquest apartat les comunicacions en les quals s'exposaven presumptes irregularitats en processos de provisió, mitjançant la modalitat de concurs de mèrits, atès que s'identificaven les persones guanyadores de les respectives places abans de finalitzar el termini de presentació de les sol·licituds i en tots els casos es va encertar.

Efectuades les actuacions d'investigació corresponents, examinada la documentació requerida a l'Institut convocant de les diferents places, especialment els corresponents expedients administratius, així com la resta d'informació facilitada, i analitzada la normativa d'aplicació, es van traslladar les següents

CONSIDERACIONS:

### **I. MARC JURÍDIC DE LA PROVISIÓ DE LLOCS DE TREBALL**

L'art. 78 del TREBEP exposa que les Administracions Públiques han de proveir els llocs de treball mitjançant els procediments de concurs i de lliure designació amb convocatòria pública, regint-se pels principis d'igualtat, mèrit, capacitat i publicitat; principis derivats dels arts 23.2 i 103.2 de la Constitució espanyola:

*- Art. 23.2 CE "Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes"*

*- Art. 103.3 "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"*

que operen no només en el moment inicial d'accedir a la funció pública sinó també en un posterior moment del desenvolupament o promoció en la carrera administrativa.

La provisió de llocs de treball és el procediment administratiu que té per finalitat específica cobrir els llocs de treball vacants, així mateix també es reconeix com un dret bàsic tradicional de la relació funcional la possibilitat de canviar de lloc de treball, configurant així la carrera del personal funcionari que es va desenvolupant a través de l'accés a diferents llocs de treball. Cal recordar que és en les relacions de lloc de treball on es troben classificats els diferents llocs de treball de l'administració, i on s'ha de determinar el sistema de provisió a utilitzar per a cada lloc de treball,

així com els requisits i elements essencials que s'han d'incloure en la convocatòria. En aquest sentit l'article 14 c) del RDL 5/2015, de 30 d'octubre, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de l'Estatut Bàsic de l'Empleat públic regula com un dret individual dels empleats públics: "*A la progresión en la carrera profesional y promoción interna según principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad mediante la implantación de sistemas objetivos y transparentes de evaluación*".

En la provisió de llocs de treball i en la promoció professional s'ha de vetllar especialment perquè es valorin els mèrits i les capacitats dels candidats que estiguin relacionats amb la finalitat, les funcions i les tasques bàsiques dels llocs que s'han de cobrir.

Concretament, els sistemes de provisió tenen per objectiu principal seleccionar la persona candidata més idònia per al desenvolupament correcte de les funcions del lloc de treball que s'ha de proveir, de manera que s'obtingui una prestació dels serveis públics adequada i la satisfacció dels interessos generals. Amb aquestes finalitats, en la provisió de llocs de treball i la promoció professional dels funcionaris s'han de respectar els principis de legalitat, objectivitat, mèrit i capacitat dels aspirants, igualtat, publicitat, eficàcia i eficiència.

En aplicació de l'art. 79. 1 del RDL 5/2015, el sistema normal per proveir llocs de treball és el concurs de mèrits, en aplicació de l'art. 79. 1 del RDL 5/2015, pot ser: a) general, per als llocs de base; i b) específic, per als llocs singulars o de comandament. Excepcionalment es podrà proveir per lliure designació els llocs que figurin en aquesta qualificació a la relació de llocs de treball.

## II. CONCURS DE MÈRITS I CAPACITATS

El concurs té com a finalitat seleccionar la persona candidata més adequada per exercir les funcions del lloc de treball que s'ha de proveir, mitjançant l'avaluació dels mèrits i les capacitats dels aspirants, adients als requeriments generals o específics dels llocs objecte de les convocatòries corresponents, i amb ple respecte al principi d'igualtat.

L'art. 114 del Decret 214/1990, de 30 de juliol, pel qual s'aprova el Reglament del personal al servei de les entitats locals especifica que:

*"1 El concurs constitueix el sistema normal de provisió i s'hi han de tenir únicament en compte mèrits exigits en la corresponent convocatòria, entre els quals han de figurar els adients a les característiques de cada lloc de treball, com també la possessió d'un determinat grau personal, la valoració del treball realitzat, els cursos de formació i perfeccionament superats i l'antiguitat.*

*2 Així mateix, es poden valorar altres mèrits que palesin la idoneïtat i la capacitat dels aspirants, sempre que es facin constar a les bases de la convocatòria."*

## III. JUNTA DE VALORACIÓ. DISCRECIONALITAT TÈCNICA. MOTIVACIÓ DE LES RESOLUCIONS

Correspon a la Junta de Valoració el desenvolupament dels processos de provisió dels llocs de treball i la valoració dels mèrits i les capacitats dels candidats que es presentin a les convocatòries, ha d'actuar amb estricta independència, objectivitat i discrecionalitat tècnica.

La discrecionalitat tècnica de què gaudeixen les actuacions de la junta de valoració consisteix en el marge que disposa en la quantificació que permet recórrer un tram de puntuació fins un màxim establert; individualització dels conceptes indeterminats com "cursos de formació i perfeccionament que guarden relació amb el lloc de treball", o "treball desenvolupat", així mateix també la discrecionalitat tècnica s'aguditzava en la utilització de l'entrevista personal als candidats. En aquesta línia es pronuncia la Sentència del Tribunal Suprem Sala Tercera, del Contenciós-Administratiu de 10 d'octubre de 2007:

*"... lo que seguidamente procede es determinar cuál es el contenido que en el procedimiento litigioso deberá ofrecer ese requisito de motivación para que pueda considerarse debidamente observado.*

*La solución debe buscarse tomando en consideración, como primera premisa, que en el concurso aquí litigioso hay dos clases de méritos valorables: unos cuya constatación y puntuación no permiten margen de apreciación para el Tribunal calificador, por estar definidos y cuantificados de una manera taxativa; y otros que sí permiten ese espacio de apreciación, al estar enunciados en la convocatoria a través de conceptos indeterminados necesitados de ser individualizados en cada caso y porque para su cuantificación se permite recorrer un tramo de puntuación hasta el máximo establecido.*

*A esta segunda modalidad pertenecen los méritos generales que figuran en la norma cuarta de la convocatoria en sus puntos 1.2.2 (desempeño de puestos de trabajo que guarden similitud en el contenido técnico y especialización con el convocado) y 1.3 (Cursos de formación y perfeccionamiento); y la experiencias que como merito específico aparecen en el punto 2) de esa misma norma cuarta".*

Respecte aquests marges d'apreciació tècnica reconeguts a la Junta de valoració, la jurisprudència exigeix una adequada motivació en les seves decisions, a tall d'exemple citem novament la Sentència del Tribunal Suprem, Sala Tercera, del Contenciós-Administratiu de 10 d'octubre de 2007:

*"una adecuada motivación lo que exigirá es que en el expediente figure una explicación, por parte del Tribunal de Calificación, de cuales fueron los pasos seguidos y las razones ponderadas para llegar a las cifras finales en que hayan sido cuantificadas las valoraciones atribuidas a los méritos de cada concursante; pues solo así podrá comprobarse si el juicio de valoración que fue realizado, dentro de ese margen de apreciación que permitía la convocatoria, estuvo guiado por razones dirigidas a buscar las capacidades, conocimientos y experiencias que mejor se adaptaban al puesto convocado; y si, paralelamente, debe quedar descartada la existencia de arbitrariedad (artículo 9.3 CE).*

*Esta explicación, en el caso aquí enjuiciado, debía comprender, al menos, lo siguiente:*

- (1) Criterios que fueron preestablecidos por la Comisión para la ponderación y valoración de los méritos que no tenían tasada su puntuación en la convocatoria (los méritos generales de los puntos 1.2.2 y 1.3 de la norma cuarta y los méritos específicos del punto 2 de esa misma norma cuarta).
- (2) Expresión de los méritos generales y específicos que les fueron considerados y valorados a los aspirantes de entre los que hicieron constar en la instancia de participación en el concurso y en la documentación acompañada a ella; y expresión también de aquéllos otros que no lo fueron y de la razón de dicha exclusión.
- (3) Puntuación otorgada a cada uno de los méritos ponderados y explicación, en su caso, de cuál fue el criterio preestablecido que fue aplicado para llegar a esa concreta puntuación.
- (4) Descripción del resultado de la entrevista realizada y razón considerada, con base en ese resultado, para modificar la inicial valoración de los méritos y efectuar la valoración definitiva."

O la Sentència del Tribunal Suprem, Sala Tercera, del Contenciós-Administratiu de 1316/2015, de 24 de març:

*"Este Tribunal, debe concluir que de conformidad con la más reciente Jurisprudencia, no se ha cumplido con la obligación de motivación que a la demandada le era exigible, ya que habiéndolo demandado la recurrente, no obtuvo una respuesta adecuada, suficiente del porqué de la puntuación que le llevó a la exclusión del proceso al no alcanzar la mínima exigida. Y es que la remisión del examen o de los propios criterios de valoración no cumplen la misión informativa solicitada pues sólo indican el resultado omitiendo el proceso lógico-deductivo que llevó a este".*

...

*"Esta deficiencia además no puede excusarse en la discrecionalidad técnica de la Administración invocada, siendo perfectamente compatible el respeto a la misma con la motivación de la puntuación. Y es que la discrecionalidad técnica en la que fundamentalmente incide la Administración tiene un ámbito limitado como reiteradamente ha establecido la Jurisprudencia debiendo prevalecer en todo caso la transparencia en la actuación del Tribunal Calificador prevista en el artículo 55-2-b) de la Ley 7/2007".*

La Sentència de la Sala de Contenciós-Administratiu, de 16 de març de 2015, recull en el seu fonament de dret que:

*"Debe reiterarse que cualquier aspirante tiene derecho a que le sea comunicada la motivación de las calificaciones y puntuaciones que le hayan sido aplicadas por el Tribunal Calificador. Esa comunicación es obligada para la Administración tanto cuando le haya sido solicitada por dicho aspirante, como cuando este haya planteado su impugnación contra esas calificaciones y puntuaciones.*

*Lo anterior conlleva que una vez planteada esa impugnación, como aquí aconteció, no basta para considerar motivada la controvertida calificación con comunicar la cifra o puntuación en la que haya sido exteriorizada, o, como aquí sucedió, manifestar el Tribunal que la solicitud ha sido desestimada.*

*Es necesario que la justificación o explicación que es inherente a la necesaria motivación incluya estos dos elementos inexcusables: (a) los singulares criterios de valoración cualitativa que se han seguido para emitir el juicio técnico; y (b) las concretas razones por las que la aplicación de esos criterios valorativos conducen, en el ejercicio realizado por cada aspirante, a la concreta puntuación y calificación aplicada.*

*Por todo ello resulta patente que faltando una motivación que incluya tales elementos, no es posible discernir si el juicio técnico plasmado en la puntuación aplicada se movió dentro de los márgenes de apreciación que resultan tolerables en muchas ramas del saber especializado o, por el contrario, respondió a criterios que pudieran resultar no asumibles por ilógicos o carentes de total justificación técnica; como tampoco puede constatarse si ese mismo juicio fue o no igualitario.*

*Y, por ello, no se ofrecen al interesado los elementos que le resultan imprescindibles para que pueda articular debidamente, con plenitud de su derecho de defensa, la impugnación jurisdiccional que quiera plantear frente a la calificación o puntuación que le haya resultado lesiva para sus intereses."*

Sent igualment exemplaritzant la Sentència del Tribunal Suprem, de 31 de gener de 2019, (rec. 1306/2016) que fa un recorregut sobre la Jurisprudència de l'Alt Tribunal vesada a l'efecte així com sobre doctrina establerta pel Tribunal Constitucional, amb cita de diferents Sentències i a la que ens remetem.

I igualment s'ha de posar de relleu, tal com conclou el Tribunal Suprem en la citada sentència, que la falta de motivació en processos selectius atempta contra el dret de defensa de l'art 24 de la Constitució i incideix negativament sobre el "... derecho a la igualdad de condiciones que asiste a todos los aspirantes, por la necesidad de que el criterio de calificación responda a los principios de mérito y capacidad y por el obligado cumplimiento también del mandato constitucional de interdicción de la arbitrariedad ..." de manera que la reacció prevista per l'Ordenament jurídic respecte a tal vici és la nul·litat.

## RECOMANACIÓ

### - Motivar el judici tècnic complint les exigències jurisprudencials

**En el procés de provisió XXX s'evidencia una manca de motivació del judici tècnic en la valoració de les competències professionals requerides atès que respecte les evidències de cada competència no consta la indicació de "sí" o "no" que es troben sense marcar; que respecte la valoració final ulterior, no consta la motivació de la Junta de Valoració, i per tant, no s'evidencia constatació del procés lògic i deductiu que va utilitzar la Junta de Valoració per atorgar la puntuació exposada; i en el document no constava la signatura dels membres de la Junta de Valoració.**

**A tal efecte, citem la Sentència del Tribunal Suprem núm. 5142/2016 de 22 de novembre "En efecto, conviene recordar que los procesos selectivos para ingresar en el empleo público se rigen por los principios de igualdad, mérito y capacidad por exigencia directa de los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución. Por otro lado, la jurisprudencia sentada por la Sección Séptima ha insistido que la necesaria motivación de las decisiones de los tribunales calificadoros o comisiones de selección no se satisface con la emisión de una calificación numérica y que en los casos en que algún aspirante cuestione la que se le haya dado, bien por considerarla insuficiente en relación con sus propios méritos o con el contenido de sus ejercicios, bien por**

*comparación con el trato dado a otros aspirantes, se debe explicar el camino seguido para la asignación de la calificación concedida”.*

**- Completar l'expedient administratiu**

L'art. 70 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre del Procediment Administratiu Comú de les Administracions Públiques exposa que: *“Se entiende por expediente administrativo el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla” i “se formaran mediante la agregación ordenada de cuantos documentos, pruebas, dictámenes, informes, acuerdos, notificaciones y demás diligencias deban integrarlos, así como un índice numerado de todos los documentos que contenga cuando se remita”.*

En l'expedient administratiu referenciat no consta incorporat *“informes favorables de la Direcció...”*. D'altra banda, s'ha evidenciat que en la còpia indexada i foliada de l'expedient administratiu lliurada a l'òrgan gestor de la Bústia Ètica no constava incorporada ni la instància, ni el currículum ni i la memòria presentada per la persona candidata, i que ha sigut lliurada posteriorment a requeriment de l'òrgan gestor”.

**- Altres recomanacions respecte a les graelles de les puntuacions atorgades a l'aspirant tant a la memòria com a l'entrevista:**

**a) Signatura dels membres de la Junta de Valoració de les graelles de les puntuacions atorgades a l'aspirant (memòria i entrevista) o bé certificació en tal sentit de la Secretaria de la Junta de Valoració, com a reflex de la seva voluntat i acreditació de la seva autoria.**

**b) Identificar a les graelles el procés selectiu i el nom i cognoms de l'aspirant.**

## **II.I.C. RECOMANACIÓ: ANÀLISI CONJUNTA DE LES COMUNICACIONS ON S'ALBIRA EL RESULTAT FINAL DELS PROCESSOS DE PROVISIÓ AMB UN 100 PER CENT D'ENCERT**

A la Bústia Ètica i de Bon Govern es van rebre un gran nombre de comunicacions relatives, cada una d'elles, a diferents processos selectius, relatius a un mateix Institut municipal en els quals els/les comunicants alertaven de presumptes irregularitats a la vegada que informaven, abans de la finalització dels mateixos, i en alguns casos, abans de publicar-se les bases o només acabades de publicar, de la identitat de la persona que "guanyaria" la plaça convocada i a vegades, inclús, s'alertava fins i tot, de la identitat o número d'aspirants que es presentarien al procés de selecció.

Finalitzat cadascú dels referits processos selectius, i analitzada, en cada un d'ells, la possible concurrència o no de les presumptes irregularitats denunciades, el que es va detectar **en tots els casos, tant de concurs de mèrits com de lliure designació, va ser, precisament: a) un percentatge d'encert del 100% de la persona comunicant quant a la determinació de la identitat de la persona que guanyaria la plaça i, b) un mínim nivell de participació i concurrència de candidats en els referits processos selectius.**

A la vista del referit percentatge del 100% d'encert a l'hora d'albirar el resultat final dels processos de provisió, l'òrgan gestor de la Bústia Ètica, atès a l'anàlisi de totes les comunicacions i dels processos selectius corresponents, va evacuar la següent recomanació a l'Institut Municipal convocant de les places i va donar trasllat al Comitè d'Ètica per si la pràctica observada podia ser, a més, constitutiva d'alguna infracció del Codi Ètic i de Conducta de l'Ajuntament de Barcelona:

### **RECOMANACIÓ**

*"També s'ha d'atendre al nombre de comunicacions rebudes a la Bústia Ètica on s'albira el resultat final dels processos de provisió portats a terme per l'Institut Municipal XXX, molt abans que finalitzessin i amb un 100 per cent d'encert. Circumstància a la que s'ha d'afegir la poca concurrència observada en els citats procediments que en la majoria dels casos es cenyia a 1 o 2 candidats. Atès que podria generar una suspicàcia respecte a la imparcialitat i objectivitat en els processos de provisió de l'òrgan gestor i per tant, incidir negativament en la seva reputació i imatge i a la vegada en la confiança dels servidors públics en la institució, per això, l'òrgan gestor de la Bústia recomana l'adopció de mesures per tal de revertir qualsevol risc en tal sentit i així mateix procedirà donar trasllat d'aquesta situació al Comitè d'Ètica de l'Ajuntament de Barcelona, a l'empara del que disposa el Codi ètic en matèria de selecció de personal, per tal de fomentar i millorar les bones pràctiques en la gestió pública, reforçant la confiança dels empleats públics i prioritzant la prevenció per sobre de les conductes reactives."*



## SEGUIMENT DE LA RECOMANACIÓ

A tal efecte, el Comitè d'Ètica, arran del trasllat efectuat per la Bústia Ètica, i en aplicació del Codi Ètic i de Conducta es va pronunciar assenyalant entre d'altres extrems que:

*"De les investigacions realitzades per la Bústia Ètica i de Bon Govern es pot concloure que, a més d'algunes incidències formals, efectivament els XX llocs de treball oferts en provisió interna a l'Institut Municipal objecte de denúncia van tenir molt poca o nul·la concurrència, més enllà de la candidatura previsiblement guanyadora, per la qual cosa cal concloure que les pràctiques actuals no encoratgen a optar-hi, tot posant de manifest mancances rellevants pel que fa al principi de promoció de la carrera professional dels empleats públics a la qual l'Administració està obligada, així com dels principis d'igualtat, mèrit i capacitat que han de regir la selecció i provisió de llocs de treball de l'Administració", recomanant en relació als processos de provisió el següent:*

*"El Comitè d'Ètica insta a la Gerència XXX a revisar els seus procediments de provisió per tal de fomentar la concurrència dels empleats públics en els esmentats procediments, evitant en el possible pràctiques d'ocupació provisional que descoratgen aquest accés a les places i fan previsible una candidatura guanyadora. Tot l'anterior per tal de respectar els drets de promoció de la carrera professional dels empleats públics a la qual l'Administració està obligada, així com dels principis d'igualtat, mèrit i capacitat que han de regir la selecció i provisió de llocs de treball a l'Administració".*

Així mateix i en relació a la petició formulada per l'Institut municipal convocant de les places analitzades de què el Comitè d'Ètica "... informi a la Direcció de Serveis d'Anàlisi de les línies d'actuació que han de ser endegades quan es produeixin fets no provats dins del context de la normativa de la pròpia bústia ètica" aquest òrgan col·legiat va pronunciar-se:

*"En relació amb la sol·licitud de què aquest Comitè informi sobre les línies d'actuació que ha de regir la Bústia Ètica i de Bon Govern, cal esmentar que les seves Normes Reguladores preveuen ja que quins han de ser aquests criteris d'actuació, i el principi d'independència de les tasques de la Bústia Ètica.*

...

*Per la qual cosa, la Direcció de Serveis d'Anàlisi en l'exercici de les seves funcions per desenvolupar la integritat pública municipal:*

*a) Gestiona la Bústia Ètica i de Bon Govern com a canal de comunicació de conductes, realitzades en l'àmbit municipal, contràries a l'ordenament jurídic, els principis ètics i de bon govern (art. 25.1 NRBE).*

***b) També és l'òrgan de suport tècnic del Comitè d'Ètica encarregat d'orientar la gestió municipal, així com el comportament dels càrrecs electes i altres serveis públics. L'article 20 del Reglament intern de funcionament del Comitè Ètica de l'Ajuntament de Barcelona aprovat per la Comissió de Presidència, Drets de Ciutadania, Participació i Seguretat i Prevenció, de 13 de febrer de 2019, preveu que la Direcció de Serveis d'Anàlisi s'encarregarà de donar suport i assistència al Comitè d'Ètica. A més d'aquestes funcions, també s'encarrega de gestionar i vehicular els requeriments que efectui el Comitè als diferents òrgans municipals, així com el seu seguiment. També serà l'encarregada de traslladar als destinataris i subjectes d'aquest Codi la corresponent recomanació i a la persona comunicant.***

***Tanmateix, i precisament per garantir l'exercici de les competències que té atribuïdes, l'article 25 de les Normes Reguladores de la Bústia Ètica, preveu en el seu apartat 2 que "... la Direcció de Serveis d'Anàlisi actua amb independència funcional, sense que pugui estar sotmesa a ordres jeràrquiques que en condicionin l'actuació, ... "afegint que: "El desenvolupament d'aquesta actuació no és causa que en justifiqui el cessament ..."***

***Per la qual cosa, i d'acord amb el que s'ha exposat, la Direcció d'Anàlisi té reconeguda la seva independència funcional i és un òrgan que, conjuntament amb aquest Comitè, conforma el marc d'integritat d'aquest Ajuntament. El Comitè d'Ètica reconeix i manifesta el màxim respecte per aquesta independència."***

---

## **II.II. SISTEMA DE PROVISIÓ DE LLOCS DE TREBALL: PRESUMPTA CONFLICTE D'INTERÈS. DETERMINACIÓ DEL CONCEPTE JURÍDIC D'AMISTAT ÍNTIMA**

---

En la comunicació rebuda a la Bústia Ètica s'informava d'una presumpta política d'amiguisme en un procés de provisió per lliure designació:

### CONSIDERACIONS

Cal dir que el concepte d'amistat íntima és un concepte jurídic indeterminat, *"para concretarlo en cada caso concreto habrá que considerar como tal aquella en la que su intensidad pueda afectar a la estricta objetividad del titular del órgano decisorio"* (Informe 31/2015 de 13 de juliol de 2017 de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa). A més, els tribunals de justícia s'han pronunciat sobre el caràcter "tasado" dels motius o causes d'abstenció (i en el seu cas de recusació) i sobre la interpretació restrictiva que han de rebre. Per totes es cita la Sentència de la Audiència Nacional, Sala del Contenciós Administratiu, Secció 3, de 23/12/2008): *"... motivos de abstención y recusación establecidos en el artículo 28 de la Ley 30/1992 sin que exista un fácil encaje, máxime cuando se trata de motivos tasados que deben recibir una interpretación restrictiva..."*, argumentació totalment aplicable al vigent article 23 de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de Règim Jurídic del Sector Públic.

Atès al concepte d'amistat íntima i a la seva interpretació restrictiva exigida per la jurisprudència, i l'aplicació de l'art. 8.4.a) de les Normes reguladores de la Bústia ètica i de bon govern, es va requerir a la persona comunicant que aportés indicis o proves suficients que recolzessin les seves afirmacions, però no s'ha aportat cap prova o indicati en relació a la presumpta amistat íntima al·legada, que en el seu cas, d'existir, seria causa d'abstenció per part del Gerent xxx com a membre de la Comissió de Valoració o en el seu cas de recusació.

En relació a la necessitat de prova, la jurisprudència exigeix respecte a l'amistat com a causa d'abstenció o recusació dels membre del Tribunal de selecció que: *"... el interés, a que se refiere la letra a) del art. 28.1, ha de ser personal, no profesional, y la amistad (apartado c), ha de ser íntima, y de los datos alegados por el demandante no se deduce que tengan la suficiente entidad para integrar alguna de las causas de recusación, que han de ser probadas caso por caso y acreditando los elementos que permiten apreciar la concurrencia de cada una y no bastando al efecto la alegación genérica del art. 28.1 y .2 de la Ley 30/1992 ..."*. (Sentència de l'Audiència Nacional, Sala del Contenciós Administratiu, Secció 3, de 23/12/2008).

I en igual sentit, afegeix l'Audiència Nacional en la referenciada sentència i també en la de 16-6-2009, que: *"... así el interés, a que se refiere la Ley (), ha de ser personal, no profesional, y la amistad [apartado c)], ha de ser íntima, y de los datos alegados por el demandante no se deduce que tengan la*

*suficiente entidad para integrar alguna de las causas de recusación, que han de ser probadas caso por caso y acreditando los elementos que permiten apreciar la concurrencia de cada una”.*

Afegint en aquest sentit la Sentència del Tribunal Superior de Justícia d'Astúries (Sala del Contenciós-Administratiu, Secció 1ª) núm. 525/2009 de 20 març, que "... La existencia de una amistad o enemistad manifiesta como causa de recusación exige que concurra en la persona del recusado una pérdida de la imparcialidad objetiva por razón de la influencia que esas circunstancias puedan suponer en la relación que les une. Es evidente también que una ordinaria apreciación de las relaciones interpersonales, en combinación con una comprensión de la función pública como realizada por funcionarios a los que se presume la objetividad y la imparcialidad en la defensa de los intereses generales, en la forma en que se establece por la Constitución y las leyes, hace necesario analizar circunstanciadamente si concurre o no el motivo de recusación en este caso articulado. A ello debe añadirse que, ciertamente corresponde a quien alega la concurrencia de la causa de recusación la carga de acreditar y probar indubitadamente su existencia”.

## RECOMANA

***Atesa la manca de proves o indicis objectius que fonamentin o recolzin al menys mínimament la seva al·legació i en l'aplicació de l'art. 8.4.a) NBRE, segons el qual l'òrgan gestor de la Bústia Ètica no pot iniciar actuacions fonamentades tan sols en opinions no s'han pogut incoar actuacions al respecte.***

***Però sí pot recomanar l'adopció de mesures que intentin minimitzar qualsevol risc que pugui comprometre, encara que aparentment, la imatge d'imparcialitat i objectivitat del sector públic municipal de l'Ajuntament de Barcelona en matèria d'accés a la funció pública (també en la seva modalitat de promoció i ascens en la carrera professional) en la línia apuntada per part de la doctrina<sup>101</sup> "... sería oportuno plantear ir más allá de las estrictas causas de abstención, y siguiendo el criterio de la nueva normativa sobre contratación pública, proscribir el conflicto de intereses, en el sentido de cualquier situación en la que el miembro del órgano tenga directa o indirectamente un interés que pudiera "parecer" que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de selección”.***

***No obstant, cal posar de manifest que en el cas que ens ocupa no consta a l'expedient administratiu de la lliure designació referenciada que s'hagi formulat cap recusació contra els membres que conformen l'òrgan de selecció, ni que s'hagi presentat cap recurs contra la decisió del citat tribunal seleccionador, ni contra el nomenament de l'esmentat funcionari.***

---

<sup>101</sup> Severiano Fernández Ramos, "Acceso al empleo público: igualdad e integridad", número 46 de la "Revista General de Derecho Administrativo" (Iustel, octubre 2017)

---

## **II.III. SISTEMA DE PROVISIÓ DE LLOCS DE TREBALL: PRESUMPTA CONFLICTE D'INTERÈS. PRINCIPI D'IMPARCIALITAT. ABSTENCIÓ I RECUSACIÓ.**

---

En la comunicació rebuda a la Bústia Ètica, es plantejaven les següents irregularitats: a) Presumpta conflicte d'interès de la persona candidata en el procés de provisió i b) actuació d'un membre de la Junta de Valoració respecte a l'abstenció al procés de provisió.

Efectuades les actuacions d'investigació corresponents, examinada la documentació requerida a l'òrgan gestor afectat, així com la resta d'informació facilitada, i analitzada la normativa d'aplicació, es van traslladar les següents:

### **CONSIDERACIONS**

A les Juntes de mèrits i capacitats, i a les comissions d'avaluació els correspon el desenvolupament dels processos de provisió dels llocs de treball i la valoració dels mèrits i les capacitats dels candidats que es presentin a les convocatòries (art. 29 del Decret 123/1997, de 13 de maig, pel qual s'aprova el Reglament general de provisió de llocs de treball i promoció professional dels funcionaris de l'Administració de la Generalitat de Catalunya)

Les juntes de mèrits i capacitats i les comissions d'avaluació han de basar les seves decisions i apreciacions en criteris tècnics, per la qual cosa s'haurà de garantir **la capacitat tècnica dels seus membres i la seva idoneïtat i imparcialitat** (art. 30 del Decret 123/1997, de 13 de maig).

Concretament, **el principi d'imparcialitat** garanteix la igualtat d'oportunitats de les persones aspirants, i queda recollit entre les funcions de les juntes de mèrits i capacitats i les comissions de valoració a l'art. 41.c) del Decret 123/1997 de 13 de maig han d' "*actuar amb total autonomia funcional i imparcialitat motiu pel qual els seus membres són responsables de l'**objectivitat** i del resultat del procés de provisió i del compliment de les bases de la convocatòria, tot respectant els terminis per efectuar l'avaluació dels mèrits i capacitats dels aspirants i per tal de resoldre el concurs.*"

Així mateix, art.38.3 del Decret 123/1997, de 13 de maig, recull que "*Als membres de les juntes de mèrits i capacitat i de les comissions d'avaluació els **seran d'aplicació les causes d'abstenció i recusació regulades a la normativa vigent***", per aquest motiu, resulten plenament d'aplicació les causes d'abstenció i recusació establertes per l'article 23 de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de Règim jurídic del sector públic.

La regulació de l'abstenció es recull a **l'article 23 de la Llei 40/2015 d'1 d'octubre, de Regim Jurídic del Sector Públic:**

"1. Las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones en quienes se den algunas de las circunstancias señaladas en el apartado siguiente se abstendrán de intervenir en el procedimiento y lo comunicarán a su superior inmediato, quien resolverá lo procedente.

2. Son motivos de abstención los siguientes:

a) Tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquél; ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado.

b) Tener un vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados, con los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento, así como compartir despacho profesional o estar asociado con éstos para el asesoramiento, la representación o el mandato.

c) Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas mencionadas en el apartado anterior.

d) Haber intervenido como perito o como testigo en el procedimiento de que se trate.

e) Tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar.

3. Los órganos jerárquicamente superiores a quien se encuentre en alguna de las circunstancias señaladas en el punto anterior podrán ordenarle que se abstenga de toda intervención en el expediente.

4. La actuación de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas en los que concurren motivos de abstención no implicará, necesariamente, y en todo caso, la invalidez de los actos en que hayan intervenido.

5. La no abstención en los casos en que concorra alguna de esas circunstancias dará lugar a la responsabilidad que proceda."

Les causes d'abstenció i recusació previstes en els articles anteriors són causes objectives, al respecte citem la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Castella-La Manxa, del 4 de desembre de 2015, rec. 4/2014) que a més, recull un cas molt similar al present: "El elemento objetivo concurre, y es una de las **causas de abstención y recusación** previstas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de procedimiento administrativo común, en concreto la "relación de servicio", pues la Sra. Presidenta reconoció expresamente su **relación de servicio** con uno de los opositores. Si ello influyó o no en su ánimo es algo incognoscible, como ya hemos dicho, y en realidad irrelevante para resolver, pues ha de resolverse atendiendo a la mera presencia objetiva de la causa de abstención o recusación. Queremos dejar bien claro en cualquier caso que la Sala no tiene razón alguna para afirmar ni para negar que la relación profesional con el opositor influyera en el ánimo de la Sra. Presidenta; y que en cualquier caso la Sra. Presidenta trató de aclarar la cuestión con evidente ecuanimidad, siendo la Administración al parecer la que le informó de que no debía abstenerse; de modo que no pretendemos realizar reproche personal alguno a dicha Presidenta, pero sí dejar claro que este tipo de circunstancias **deben analizarse desde el punto de vista**

**objetivo, y si objetivamente concurren, constituyen sin más causa de abstención o recusación sin necesidad de indagar en el inaprensible terreno de hasta dónde influye en un caso concreto en el ánimo de quien actúa.**

En el concurs **XXX** de provisió de lloc de treball s'han produït **dues situacions** que haurien justificat la formulació d'una **abstenció i/o recusació**:

- a) Presumpte **abstenció** de la **persona candidata** en la mesura en què va **intervenir durant la tramitació de l'expedient del concurs** que anava **dirigit a la cobertura de la plaça** que estava **ocupant provisionalment** des de l'any 2018, ... **i del qual seria així mateix aspirant**. És més, l'**última de les actuacions** que s'han trobat en l'expedient administratiu actuant és **posterior a la data en què va presentar la seva sol·licitud o instància** per concursar en el dit procés, concretament, per certificar les instàncies que constaven en els assentaments del Registre General d'Entrada i entre les que es trobava la seva pròpia sol·licitud de participació. És a dir, va tenir **participació en la tramitació de l'expedient administratiu del procés selectiu en el qual va participar també com a aspirant** i que a més va guanyar.

...

En tal sentit, també s'ha de portar a col·lació aquí la **regulació que del conflicte d'interès fa el Codi Ètic i de Conducta de l'Ajuntament de Barcelona**, concretament al seu **article 8**. Regulació, que de conformitat amb la **Disposició Addicional Primera** del dit Codi Ètic, és **d'aplicació a les persones** que formen part de les **junes de valoració i els tribunals de selecció**, sent qualificades com a **infraccions greus** les infraccions relatives a l'esmentat precepte d'acord amb el que disposa el seu article 18.

- b) **Abstenció** de la persona que ostentava el càrrec de **Secretari/ària de la Junta de Valoració**. **Cal avançar que va presentar la seva abstenció** motivant-la en la "seva adscripció al departament de **XXX**" però: a) ho **va fer** en data ..., és a dir **quan ja s'havia practicat i valorat la primera fase del procés**, i b) **consten actuacions posteriors** a la data d'abstenció.

...

A tal efecte, en relació al **conflicte d'interès** apreciat en l'actuació de la Secretària de la Junta de Valoració, **l'art. 19.3.f) in fine de la Llei 40/2015**, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic, disposa que "*Los miembros del órgano colegiado no podrán ejercer estas funciones cuando concurra conflicto de interés*".

Remetem-nos novament aquí a l'article 8 del **Codi ètic i de conducta** de l'Ajuntament de Barcelona.

I, quant a la relació de servei amb la persona aspirant, cal remetre'ns, per exemple, al "Manual d'Instruccions per a l'actuació dels membres dels òrgans de selecció de personal dels ens locals. Darrera actualització: febrer de 2019" de l'EAPC, respecte a la causa d'abstenció de l'apartat e) de l'art. 23 la Llei 40/2015 d'1 d'octubre quan al tractar el motiu d'abstenció "e) Tenir relació de servei amb una persona natural o jurídica interessada directament en l'assumpte, o haver-li prestat serveis professionals de qualsevol tipus i en qualsevol circumstància o lloc en els dos últims anys." recull que: "La relació de servei s'ha d'interpretar en termes de subordinació. És a dir, podria ser membre de l'òrgan selectiu el superior jeràrquic d'algun dels aspirants, però no podria ser-ho el subordinat quan el superior jeràrquic és l'aspirant en el procés. El que opera com a causa d'abstenció és que el membre de l'òrgan es pogués sentir pressionat o bé en deute amb l'aspirant".

També consta en l'apartat de "Preguntes més freqüents" de la web EAPC <http://eapc.gencat.cat/ca/seleccio-de-personal/administracio-local/preguntes-freqüents/>:

### **"Abstenció i recusació dels membres dels òrgans selectius**

És motiu d'abstenció i recusació la relació de jerarquia d'un membre del tribunal amb relació a una persona candidata?

*En el cas de relació jeràrquica, la causa d'abstenció i recusació es dóna quan l'opositor és superior jeràrquic del membre del tribunal; en el cas contrari, no.*

*No es dóna una causa d'abstenció i recusació pel sol fet que entre els membres del tribunal hi hagi companys de feina o de departament d'algun o alguns dels opositors."*

## **RECOMANA**

**- Estricta control i erradicació de les situacions de conflicte d'interès en els processos de provisió i selecció de conformitat amb la legalitat vigent i del Codi ètic i de Conducta de l'Ajuntament de Barcelona.**

**Els conflictes d'interès poden constituir un risc pels principis clau de l'organització administrativa: imparcialitat i objectivitat dels servidors públics, el d'integritat i de confiança pública.**

**Es distingeixen tres tipus de conflicte d'interès: el conflicte d'interès real, el potencial i l'aparent.**



- El conflicte d'interès és real si la persona té un interès particular en relació amb un determinat judici o discerniment professional i es troba ja efectivament en una situació en la qual té l'obligació d'oferir aquest judici.
- Un conflicte d'interès és potencial si la persona té un interès particular que podria influir a l'hora de fer un judici professional des de la posició o càrrec que ocupa, però encara no es troba en una situació en la qual s'hagi d'oferir aquest discerniment.
- Un conflicte d'interès és merament aparent quan la persona no té un conflicte d'interès –ni real, ni potencial- però algú altre podria arribar a concloure raonablement, ni que fos de manera temptativa, que sí el té. Sabem que un conflicte d'interès és aparent quan es resol simplement oferint tota la informació necessària per demostrar que no hi ha cap conflicte d'interès, ni real ni potencial.

En el cas concret, la persona aspirant XXX concorre clarament en la causa d'abstenció de l'interès personal en el procediment establert a l'article a) de l'apartat 2 de l'article 23 de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de Règim Jurídic del Sector Públic, i per tant el conflicte d'interès és patent des del primer moment d'incoació de l'expedient administratiu del procés selectiu a la vista de la documentació que consta en aquell. Així la persona candidata, pel seu càrrec, plaça objecte del concurs, va poder disposar d'un coneixement previ del procés de selecció i de les seves bases (recordem que era documentació considerada confidencial i pel seu origen també privilegiada) abans de la seva publicació (quasi tres mesos abans) al constar la seva intervenció en la tramitació del procés de provisió al qual va ser aspirant. Indicis suficients que evidencien la falta de gestió del conflicte d'interès malgrat que aquest era fàcilment detectable.

Situació predicable igualment respecte a la persona que ocupava el càrrec de Secretari/ària de la Junta de Valoració.

- Donar trasllat, a través de la Gerència XXX, als òrgans competents en matèria disciplinària als efectes del que disposa l'art. 5è de l'article 23 de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de Règim Jurídic del Sector Públic i, en el seu cas, de l'article 8 del Codi ètic i de Conducta de l'Ajuntament de Barcelona en relació al 18 del mateix cos normatiu.
- Donar trasllat a la Gerència XXX per a la revisió del procés selectiu *Concurs XXX* a la vista del que s'ha actuat.
- Donar trasllat d'aquesta recomanació al Comitè d'Ètica en aplicació del que disposen els articles 8 (i en especial de l'apartat 2.b) i 7 e) del Codi ètic i de conducta de l'Ajuntament de Barcelona).

## SEGUIMENT DE LA RECOMANACIÓ

El Comitè d'Ètica es va pronunciar en el sentit següent:

***"El Comitè d'Ètica constata l'existència de conflicte d'interès en el cas de la intervenció de xxx en la convocatòria de la plaça que ocupava i a la qual també optava en el procediment de provisió, i insta a la Gerència XXX a evitar situacions on existeixi concurrència de criteris objectius de conflicte d'interès, aplicant les solucions previstes en el Codi Ètic a aquests efectes".***

---

## **II.IV. SISTEMA DE PROVISIÓ DE LLOCS DE TREBALL: PRESUMPTA IRREGULARITAT EN LA UTILITZACIÓ DE LA FIGURA JURÍDICA D'ADSCRIPCIÓ PROVISIONAL**

---

A l'òrgan gestor de la Bústia Ètica s'han rebut comunicacions relatives a la presumpta irregularitat de la figura jurídica de l'adscripció provisional que es sintetitzen en aquestes dues casuístiques: a) la plaça a cobrir per un procés de provisió ha estat assignada a la persona que ocupava el lloc de treball mitjançant adscripció provisional; i, b) la utilització de l'adscripció provisional en la cobertura d'un lloc de treball vacant per jubilació.

### *II.IV.A. LA PLAÇA HA ESTAT ASSIGNADA A LA PERSONA QUE OCUPAVA EL LLOC DE TREBALL MITJANÇANT ADSCRIPCIÓ PROVISIONAL*

Dels fets objecte de la comunicació rebuda a la Bústia Ètica es va analitzar la utilització de la figura jurídica d'adscripció provisional atès que una de les persones candidates al procés de provisió estava adscrita provisionalment al lloc de treball a cobrir des de feia 15 anys.

### **CONSIDERACIONS**

L'art. 81.3 del Reial Decret Legislatiu pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de l'Estatut Bàsic de l'Empleat Públic regula que *"En caso de urgente e inaplazable necesidad, los puestos de trabajo podrán proveerse con carácter provisional debiendo procederse a su convocatoria pública dentro del plazo que señalen las normas que sean de aplicación..."*.

A tal efecte, cal observar que l'expressió "urgente e inaplazable necesidad" és un concepte jurídic indeterminat relacionat amb l'àmbit de l'organització pública i concretament de les necessitats i la prestació dels serveis públics, respecte els quals *"La jurisprudencia del Tribunal Supremo viene estableciendo de modo constante y uniforme que la declaración de urgencia que exige la Ley ha de ser realizada por el órgano competente para contratar y estar debidamente motivada y en relación con la motivación exige que se trate de una situación urgente objetivamente evaluable y no apreciada de modo subjetivo por el órgano de contratación, de modo que responda la urgencia a razones de interés público que se acrediten de modo razonable y con criterios de lógica o que se demuestra la necesidad inaplazable de tramitar el procedimiento con la urgencia que requiera, para que de ese modo no se altere de modo injustificado el procedimiento ordinario (Sentencia de 27 de febrero de 2008 -rec. 5608/2004-)"* (Sentència 458/2017, de 17 de gener de 2017, del Tribunal Superior de Justícia de Santa Cruz de Tenerife).

Respecte a la nota de temporalitat de l'adscripció provisional, la normativa no especifica una durada màxima pel que fa, però si s'atén el currículum de la persona candidata, l'adscripció provisional podria haver-se perllongat durant 15 anys. Aquest període tan llarg en el temps desdibuixa els conceptes de temporalitat, i provisionalitat de l'adscripció provisional, i a més, a ulls de la resta de empleats públics podria resultar que l'experiència adquirida per la persona candidata en el lloc de treball durant aquests 15 anys, la podria posicionar en una situació de "privilegi" respecte a la resta

de candidats, que tinguéssin un efecte dissuasiu amb la conseqüent repercussió negativa en el nivell de concurrència de candidats en el procés de provisió del lloc de treball objecte d'aquesta recomanació.

## RECOMANA

**Utilització de la figura jurídica de l'adscripció provisional, especialment pel que fa a la seva temporalitat de conformitat amb l'esperit, requisits i finalitat pels quals està legalment concebuda, en els termes expressats per la Sentència 1421/2007, de 31 de gener, del Tribunal Superior de Justícia de Madrid "exige un procedimiento para realizar estos nombramientos, y una motivación adecuada (...) En todos estos supuestos, la posibilidad de realizar nombramientos por el sistema de adscripción provisional se circunscribe a que se produzcan las situaciones que en los preceptos se exigen, y en todos los casos, son situaciones excepcionales, y se exige la temporalidad. Es una fórmula restringida a determinados supuestos, con duración limitada, y debe justificarse."**

## *II.IV.B. EL LLOC DE TREBALL VACANT PER JUBILACIÓ VA SER COBERT MITJANÇANT ADSCRIPCIÓ PROVISIONAL SENSE LA CONVOCATÒRIA DEL CORRESPONENT PROCÉS DE PROVISIÓ.*

A la Bústia Ètica es va rebre una comunicació relativa a l'adscripció provisional de la Direcció XX, que, d'acord amb el que preveu l'art. 4 el Decret de l'Alcaldia S1/D/2017-2020, de 4 d'abril, d'establiment de les direccions que podran ser ocupades per titulars que no tinguin la condició de funcionaris, i d'impuls del reglament del personal directiu, és un dels llocs directius que "... es convocaran per ser ocupats per personal funcionari en el moment de quedar vacants".

Concretament els fets objecte de la comunicació informaven que el titular de la Direcció XXX va deixar el seu lloc per jubilació, sense convocar un procés de selecció per cobrir aquesta direcció, màxim quan estava inclosa aquesta Direcció de Serveis en el Decret de l'Alcaldia S1/D/2017-2020, de 4 d'abril, i en canvi es va procedir a la seva assignació provisional.

### **CONSIDERACIONS**

I. La regulació i el marc jurídic de la funció pública local catalana és constituït per una pluralitat de normes, fonamentalment d'origen estatal i autonòmic, però també s'hi pot esmentar la facultat reglamentària de cadascuna de les entitats locals així com la negociació col·lectiva que es pugui donar en el si d'aquestes.

L'Estatut Bàsic d'Empleat Públic preveu en el seu article 81.3 que en cas d'urgent i inajornable necessitat, els llocs de treball poden proveir-se amb caràcter provisional, havent de procedir a una convocatòria pública dins del termini que assenyalin les normes que siguin d'aplicació.

**L'adscripció provisional** és una forma de provisió de llocs de treball de caràcter temporal prevista per adscriure al funcionari en un lloc de treball en aquells supòsits en els quals es produeix una remoció (RD 364/1995 art. 50.5), cessament (RD/364/1995 art 58) o supressió de lloc anteriorment ocupat, fins que es proveeixi de forma definitiva.

També, està prevista pels supòsits de reingrés al servei actiu procedents de situacions administratives que no comportin reserva de llocs de treball. En aquest supòsit s'adscriu a la persona interessada en un lloc de treball amb caràcter provisional, fins que es proveeixi de forma definitiva.

En canvi, **l'atribució de funcions** prevista en l'article 56 del RD 364/1995, no és un procés de mobilitat en sentit estricte, ja que no comporta el canvi de lloc de treball, sinó una mera atribució temporal de tasques que no poden ser ateses pels funcionaris que desenvolupen amb caràcter permanent aquestes.

Per aquest motiu, les retribucions percebudes són les del lloc ocupat, sense perjudici de les indemnitzacions per raó del servei que pugui correspondre. És un procediment excepcional que determina la norma, sense concretar el termini màxim de durada, ni determinar expressament si és voluntària o forçosa.

L'atribució temporal de funcions, com apunta la STS 30 de juny de 1997, és una modalitat de provisió de llocs de treball diferenciada de la comissió de serveis i de l'adscripció provisional, manifestació de la potestat organitzativa de l'Administració davant una situació conjuntural en benefici del principi d'eficàcia en la prestació dels serveis, que l'article 103, 1º de la Constitució exigeix.

A l'Estatut Bàsic de l'Empleat Públic, en el seu article 3 apartat 1, estableix que el personal funcionari de les entitats locals es regeix per la legislació estatal que resulti d'aplicació, de la que forma part aquest Estatut i per la legislació de les comunitats autònomes, amb respecte de l'autonomia local.

El Decret 123/1997, de 13 de maig, pel qual s'aprova el Reglament general de provisió de llocs de treball i promoció professional dels funcionaris de l'Administració de la Generalitat de Catalunya, aplicable també a les Entitats Locals, preveu en el seu article 6 els sistemes extraordinaris de provisió dels llocs de treball reservats a funcionaris, que es podran proveir de forma extraordinària per alguns dels sistemes que regula el Decret. (Aquests sistemes extraordinaris són: comissió de serveis; encàrrec de funcions; acumulació de tasques; redistribució d'efectius; trasllat interdepartamental; reassignació d'efectius; mobilitat per trasllat de llocs de treball; adscripció provisional i permuta de llocs de treball).

II. La resolució de XXX, on es resol l'adscripció provisional citada, es sustenta en els articles 6 apartat h) i 128 del Decret 123/1997, de 13 de maig. L'article 6 del citat Decret regula els sistemes extraordinaris de provisió dels llocs de treball reservats a funcionaris, que es podran proveir de forma extraordinària per alguns dels sistemes que preveuen, sent un d'ells l'adscripció provisional.

L'article 128 del citat Decret indica que els llocs de treball es podran proveir mitjançant l'adscripció provisional d'acord amb el que s'estableix en la normativa vigent i en tots aquells casos previstos en aquest Reglament.

L'article 129.1 d'aquest Decret preveu que els llocs que s'ocupin amb caràcter provisional, llevat que estiguin subjectes a amortització, comissió de serveis i encàrrec de funcions, s'hauran de convocar per a la seva provisió definitiva en el termini màxim d'un any, i els funcionaris que els ocupen provisionalment restaran obligats a participar en la respectiva convocatòria, sens perjudici de poder participar en convocatòries de provisió d'altres llocs de treball.

En els supòsits de sistemes extraordinaris de provisió de llocs de treball és necessari que les circumstàncies que produeixen el seu caràcter excepcional siguin encabides curosament a la

normativa aplicable, atès que implica una variació en el termini per convocar el lloc de treball de forma definitiva.

La variació en el termini podria suposar que els mèrits de la persona que ocupa aquesta adscripció es trobés en una situació privilegiada respecte d'altres funcionaris/àries que volguessin participar en el procés de selecció de la plaça definitiva, atès que podria acreditar una experiència de més temps que altres aspirants, ja que podran ser d'un any en lloc de sis mesos, en el cas que la convocatòria per a la provisió definitiva del lloc de treball no es convoqués dins del termini previst, que en el cas que ens ocupa seria d'un any.

La jurisprudència ha resolt sobre aquesta circumstància dels mèrits quan s'ocupa un lloc a través dels sistemes extraordinaris referits, ressenyem algunes de les sentències que ho tracten.

La sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de la Sala Contenciosos Recurs d'apel·lació núm. 178/2003, de 30 d'abril de 2004, en el seu fonament quart manifesta el següent:

*"Como es fácil de comprender, el establecimiento de límites temporales de este tipo, además de no contrariar aquella originaria concepción de personal interino como ligado al mantenimiento de las razones que justificaron su contratación, encaja sin dificultad en la necesidad de hacer efectivos también en estos casos en la medida de lo posible, los principios de igualdad, mérito y capacidad, encontrando su parangón en otras relaciones funcionariales nacidas a través de procedimientos igualmente extraordinarios o excepcionales, que a pesar de quedar también condicionadas al mantenimiento de las razones que justificaron su utilización, se someten igualmente a ciertos límites temporales, como sucede con la comisión de servicios, limitada a dos años (artículos 85.3 del Texto refundido de 1997, y 104 del Reglamento General de Provisión de Puestos y Promoción Profesional al servicio de la Generalidad, aprobado por Decreto 123/1997, de 13 de mayo) o el encargo de funciones, sujeto al plazo de seis meses (artículo 106.1 del mismo Reglamento), o las adscripciones provisionales, que lo están a plazo de un año (artículo 129 del citado Reglamento)".*

La sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, de la Secció Quarta de la Sala Contenciosa Administratiu, de 14 d'abril de 2004, amb núm. de recurs 149/2003, en el seu fonament sisè argumenta el següent:

*"... Tampoco puede ser aceptado el motivo relativo a valorar el tiempo de trabajo de los aspirantes al puesto de trabajo convocado con carácter provisional en comisión de servicio, al resultar en cierta manera contradictorio con el anterior motivo impugnatorio. Se plantean en relación con este motivo dos cuestiones consistentes en el hecho que las bases del concurso establecen como mérito el desarrollo de funciones similares, pero no de funciones idénticas como sería el caso. En segundo lugar se plantea el hecho que como plazo máximo legalmente previsto para la ocupación de puestos de trabajo por comisión de servicios de dos años como dispone el art. 85.3 del DL 1/96 de forma que es perfectamente razonable que se otorgue a estas situaciones una puntuación superior a los supuestos de menor grado de semejanza.*

*Resulta igualmente aceptable a la vista de los citados principios de mérito y capacidad el hecho que se valore el tiempo de desarrollo de las funciones en régimen de comisión de servicios o en cualquier modalidad de nombramiento provisional. Se trata pues de valorar el concurso de provisión de puestos de trabajo el hecho que el funcionario seleccionado sea el más idóneo el que ostente mayores capacidades y en el caso de la experiencia que sin duda es un mérito objetivo se adquiera por el mero desarrollo de las funciones con independencia que el nombramiento haya sido definitivo o provisional. En consecuencia, los funcionarios nombrados con carácter definitivo de acuerdo con la normativa no adquieren más o mejor experiencia que los funcionarios nombrados provisionalmente.*

*Cuestiona la apelante si la valoración del mismo puente de trabajo en régimen provisional más allá del límite máximo temporal legalmente previsto resulta admisible y ciertamente el desarrollo de funcione en régimen de provisionalidad en el mismo puesto de trabajo que después será objeto de concurso proporcional una ventaja competitiva respecto a quien ha ido ocupando el puesto en cuestión.*

*Ciertamente se está en condiciones de aseverar que no se infringe el principio de igualdad el hecho que la administración pueda cubrir con carácter de urgencia y provisionalidad los puestos vacantes que sean indispensables como también es cierto que el hecho que se ocupen de esta forma otorga una experiencia que es un mérito objetivo. Es por ello, que la adquisición de este mérito por parte de los funcionarios que ocupaban provisionalmente el puesto de trabajo tiene una causa razonable basada en el principio de eficacia como valor constitucional.*

*Por otra parte la legislación ha establecido un equilibrio entre el principio de eficacia y los principios de capacidad e igualdad, es decir entre la posibilidad de cubrir provisionalmente el puesto de trabajo y el límite temporal de ésta posibilidad En este sentido, los preceptos art. 85.3 del DL 1/97 y el art. 106 del Decreto 123/97, establecen un límite temporal legalmente establecido en estas figuras de nombramiento provisional constituyendo el punto de equilibrio entre el tiempo que admisible valorar el futuro de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, en tanto que el mérito resulta efectivo y por lo tanto legítimo.*

*La Jurisprudencia es clara en el sentido de que pueden computarse como méritos derivados del trabajo desarrollado cuando éste se ha realizado provisionalmente. Sin embargo, si se tiene en cuenta el límite temporal se refiere al de un puesto de trabajo ocupado provisionalmente no puede valorarse más allá del límite temporal previsto por la normativa aplicable (6 meses por el encargo de funciones) y 2 años por las comisiones de servicios”.*

III. En l'anàlisi del fet comunicat, segons l'informe emès per XXX, es pot concloure que la Direcció de Serveis de XXX es va quedar vacant el XXX, per jubilació del seu/seva Director/a. Posteriorment, a l'informe emès per la Gerència de XXX, a instància de la Direcció de Serveis d'Anàlisi, es justifica la necessitat de la provisió del lloc de treball de forma urgent, emparant-se en què aquesta Direcció de Serveis queda compresa a l'àmbit de l'assessorament jurídic i de la gestió de recursos que garanteixen el funcionament dels serveis de competència de l'organització municipal, que segons l'Acord de la comissió de govern, en sessió de XXX, es declara com a prioritari i afecta al funcionament dels serveis públics essencials de l'Ajuntament de Barcelona i dels seus organismes



autònoms i sent indispensable per al correcte funcionament del conjunt de la Gerència. Però malgrat ser predeterminada i per tant perfectament previsible la data de la vacant, atenent a que la causa era una jubilació, considerem que dins de recursos humans d'aquesta Gerència s'havia d'haver previst aquesta baixa amb l'antelació suficient, ja que el fet causant que quedés vacant aquesta Direcció no podia ser en cap cas desconegut per la citada Gerència. L'antelació en haver previst aquesta baixa podia haver activat els mecanismes necessaris per cobrir-la de forma definitiva, mitjançant la convocatòria, per exemple, pel sistema de lliure designació.

En aquest sentit no es pot obviar, que aquesta plaça estava inclosa en la relació continguda en el Decret de l'Alcaldia S1/D/2017-1020, de les Direccions de Serveis incloses en el número 4 de l'Annex 1 (direccions afectades pel Decret), on s'estableix que els llocs directius actualment ocupats per personal no funcionari amb vinculacions assenyalades a extingir en el Decret de 20 de novembre de 2015, hauran de superar un procés de selecció per adquirir la condició de personal funcionari excepte quan la data de la seva jubilació es produeixi en el termini de cinc anys a comptar des de la data de publicació del present decret. Els llocs directius es convocaran per ser ocupats per personal funcionari **en el moment** de quedar vacants.

S'ha d'incidir en què han transcorregut més de 35 mesos i no ha estat coberta aquesta plaça, atès que està pendent de resoldre la lliure designació interadministrativa per cobrir la corresponent plaça. D'altra banda, l'informe de la Gerència de XXX es va emetre el XXX, és a dir, tres mesos després de la jubilació del/de la Director/a de Serveis, i no es va fer simultàniament al moment de produir-se aquesta jubilació o immediatament després d'aquesta, malgrat que les seves funcions afectessin en al funcionament dels serveis públics **prioritaris** i al funcionament dels serveis públics **essencials** de l'Ajuntament de Barcelona segons es va acordar en la sessió ordinària de XXX de la Comissió de Govern. Havent-se d'afegir que no consta a l'informe emès per la citada Gerència que el titular de la Direcció de XXX hagués sol·licitat la pròrroga de continuïtat en el servei actiu. Tampoc consta cap justificació relativa a la causa, dificultat o retard en la convocatòria que impossibilités la convocatòria de la plaça vacant com estableix el Decret de l'Alcaldia S1/D/2017-1020.

Considerem la necessitat de valorar possibles mecanismes de reforç a fi que les actuacions de l'administració municipal que es refereixin als recursos humans, puguin disposar d'una major comprensió de la traçabilitat en les decisions dels processos en relació a la seva motivació, sempre en el marc de millorar la confiança en la gestió pública i del personal d'aquesta administració i més tenint en compte que la Direcció de Serveis, objecte d'aquesta comunicació, forma part de les Direccions de Serveis contingudes en el Decret S1/D/2017-1020 de 4 d'abril, per la qual cosa seria recomanable una major cura i previsió en endegar els corresponents processos per cobrir aquests llocs directius, a fi de mantenir la confiança dels treballadors municipals al complir amb la màxima celeritat el citat Decret, i mantenir la confiança que es va dipositar amb l'organització quan es va deixar sense efecte l'anterior Decret de l'Alcaldia de 20 de novembre de 2015, i per no caure amb el risc de trencar l'objectivitat en el funcionament de l'Administració.

D'altra banda, com s'ha dit, no podem obviar que és una de les Direccions de serveis previstes en el Decret S1/D/2017-1020, de 4 d'abril, i que per aquest motiu és mereixedora d'un seguiment específic per tal d'instar que s'enduguin els processos corresponents pels mecanismes corresponents per la seva cobertura.

En relació a la referència en la comunicació que aquesta adscripció provisional pugui ser un factor que desactivi les expectatives que es puguin generar a presentar-se en la provisió d'aquesta Direcció de Serveis pel sistema de lliure designació, ja que com diu la mateixa persona comunicant pot generar el dubte, si més no, que la plaça està predeterminada, la qual cosa fa del tot necessari crear mecanismes que evitin aquestes circumstàncies i puguin posar en dubte la credibilitat de l'organització en el marc dels recursos humans, que és un pilar de tota organització perquè funcioni amb l'eficàcia i eficiència necessària per exercitar les competències que té atorgades com administració pública. Potser una dada a valorar en aquest context és que en el concurs de XXX no es va presentar cap candidat/a funcionari/funcionària de l'Ajuntament de Barcelona.

Des de la pròpia organització gerencial, conjuntament amb la Gerència competent, cal impulsar les mesures necessàries per garantir el dret a la carrera, tant horitzontal com vertical, que inclouen entre d'altres les oportunitats d'ascens i de progrés professional, entenent els principis de mèrit, capacitat, igualtat i publicitat de la carrera administrativa en el seu conjunt, superant així la visió parcel·lada que suposa la Constitució quan vincula aquests principis únicament a l'accés a la funció pública, d'acord amb la jurisprudència i la doctrina relativa al tema que ens ocupa.

Aquest impuls proposat també es recull en l'exposició de motius de l'Estatut Bàsic de l'Empleat Públic, legislació bàsica de la funció pública, on estableix que s'ha de crear un marc normatiu que garanteixi la selecció i la carrera sobre la base dels criteris constitucionals de mèrits i capacitat que estableixi un equilibri just entre els drets i responsabilitats dels treballadors públics.

IV. L'article 69 de la Llei 7/2007, de 12 d'abril, que aprova l'Estatut Bàsic de l'Empleat Públic (EBEP) estableix que la planificació dels recursos humans en les administracions públiques tindrà com objectiu contribuir a la consecució de l'eficàcia en la prestació dels serveis i de l'eficiència en la utilització dels recursos econòmics disponibles mitjançant la dimensió adequada dels seus efectius, la seva millor distribució, formació professional i mobilitat, així com que les administracions públiques podran aprovar plans per a l'ordenació dels seus recursos humans, que inclouen, entre altres, mesures com:

- a) Anàlisi de les disponibilitats i necessitats de personal, tant des del punt de vista del número d'efectius, com dels perfils professionals o nivells de qualificació dels mateixos.
- b) Previsions sobre els sistemes d'organització del treball i modificacions d'estructures de llocs de treball.

- c) Mesures de mobilitat, entre les quals pot figurar la suspensió d'incorporacions de personal extern a un determinat àmbit o la convocatòria de concursos de provisió de llocs de treball limitats a personal d'àmbits que es determinin.

Un cop assolida la necessitat de la conveniència de comptar amb la planificació com eina de gestió de recursos humans, s'ha de seguir la conceptualització que el propi "Estatut Bàsic de l'Empleat Públic" utilitza.

Els instruments o "sistema de estructuració" del treball públic segueixen els objectius entenent que s'ha de guardar l'equilibri que representa una organització de serveis que té la seva eficàcia com un dels criteris d'èxit, però sense oblidar que s'han de vincular les tècniques de gestió amb el dret aplicable a cada cas.

Qualsevol administració, que aspi a prestar amb eficàcia i eficiència serveis de qualitat, precisa d'instruments d'ordenació i de gestió de recursos humans o d'altres similars; per la qual cosa es fa necessari la introducció i consolidació com a mètode de **la planificació de recursos humans**. La gestió del sistema del treball públic ha de ser proactiva i no improvisada o reactiva, proposant mecanismes de programació per optimitzar el volum i la distribució del personal, així com l'adequació a les exigències del servei públic organitzat en llocs de treball.

Per aquest motiu, cal implementar els processos necessaris per poder planificar i ajustar els recursos humans necessaris per desenvolupar les competències atribuïdes dins de l'organització.

En l'adscripció provisional –objecte d'aquesta comunicació– s'han justificat raons d'urgència per cobrir aquesta Direcció, ateses les funcions que té atribuïdes, però no s'ha al·legat cap causa que emparés la motivació de no fer-ho pel sistema de provisió de lliure designació, ni la causa de retard, és a dir, de no haver-ho fet en el moment en què va quedar vacant la Direcció de Serveis XXX, com estableix el Decret de l'Alcaldia S1/D/2017 de 4 d'abril.

No obstant això, la persona que ha ocupat definitivament el lloc de treball (objecte d'aquesta comunicació) no és la mateixa persona que l'ha estat ocupant provisionalment durant tot el temps que han durat tots els processos de provisió definitiva. Ara bé, la persona ha ocupat de forma provisional aquesta plaça s'ha presentat en diverses ocasions a alguns dels procediments que s'han instat per a la provisió definitiva de la plaça.

**Sisè.-** L'adscripció provisional és una fórmula restringida a determinats supòsits que tenen una durada limitada, estant la mateixa justificada en els supòsits previstos en la normativa, i en general, en tots aquells en què es produeixen situacions interines.

L'adscripció provisional no es pot justificar com un mecanisme substitutori dels procediments ordinaris de provisió, ja que es generaria una espècie de subversió del sistema legalment establert, sobretot, si, desconeixem la pròpia essència de l'adscripció i se li atribueix una duració prolongada o

indefinida, cosa que pot determinar una situació administrativa irregular, que pot originar una desviació de poder<sup>3</sup>, doncs si bé les Administracions Públiques disposen d'un cert marge d'actuació per a la provisió dels llocs de treball, aquest marge no és de caràcter absolut i no pot convertir-se en arbitrariedad, tota vegada que els límits jurídics generals i els concrets, enquadren l'acció administrativa.

La jurisprudència és unànime quan determina que en l'accés a l'ocupació pública regeix amb una intensitat especial el principi de transparència. En aquest sentit, per al Tribunal Suprem (TS), en la sentència d'11 de maig de 2016 (FJ5è) (REC 1493/2015/) la seva aplicació comporta:

*" ... tant la necessitat que tota actuació administrativa sigui transparent en els fets, criteris i raons que determinin les decisions, ja que només així és possible el control que demana el dret a la tutela judicial efectiva, com també que aquests criteris estiguin establerts amb anterioritat a la seva finalització quan es tracti de procediments competitiu..."*

S'ha de consolidar dins de l'organització municipal que totes les actuacions en l'àmbit de recursos humans gaudeixin credibilitat durant tot l'íter procedimental, des de l'adopció de la mesura fins l'execució de la mateixa, és a dir, s'ha d'impulsar no només la publicitat activa dels seus processos sinó també la publicitat "**passiva**" i per a una major comprensió i transparència és recomanable que hi hagi, com s'ha dit, una traçabilitat en les seves decisions de tots els processos.

El propi Estatut Bàsic de l'Empleat Públic, en la seva exposició de motius, manifesta que el reconeixement del dret a la carrera professional i a la promoció interna quedaria buit de contingut si es limités únicament al disseny de la seva estructura i dinàmica. Per tal que el dret a la promoció professional que es reconeix als funcionaris de carrera i treballadors públics (article 16.1 i 19.1 del EBEP) sigui real i efectiu és necessari que les mateixes Administracions Públiques impulsin el seu desenvolupament a través de mesures que afavoreixin el seu exercici.

## RECOMANA

**Vistes les consideracions efectuades anteriorment i les conclusions que se'n desprenen i sense perjudici que finalment la plaça no ha estat assignada a la persona que va ocupar el lloc de treball de forma provisional mitjançant adscripció provisional objecte d'aquesta comunicació, als efectes preventius, es recomana:**

**- Establir els mecanismes necessaris des de la Gerència competent, per preveure i planificar amb el temps necessari la cobertura de Direccions de Serveis amb sistemes de provisió definitiva per dimensionar la plantilla, a fi de poder garantir l'eficàcia en la gestió dels serveis encomanats, (sempre i quan les cobertures no hagin estat planificades anteriorment) i especialment en aquest supòsit en concret, en què la causa del cessament va ser previsible: la jubilació de l'anterior Director/a, i sent una de les Direccions de Serveis inclosa en el Decret de l'Alcaldia S1/D/2017-1020 fruit d'una**

**negociació prèvia amb la part social. I en el cas de què no es pugui procedir a la cobertura definitiva es justifiqui les causes que motiven el seu retard.**

**- Impulsar a través de les Gerències sectorials i de districtes, que conjuntament amb la Gerència competent, es pugui elaborar, si no s'ha fet, un MAPA de les necessitats de personal pels diversos motius que sigui necessari per proveir llocs de treball, en el cas que no es disposi del mateix.**

**- Elaborar, si no s'ha fet, un marc d'actuació que estableixi mecanismes de publicitat activa i passiva dels sistemes de provisió tant ordinaris com extraordinaris.**

---

## **II.V. PROCÉS DE PROVISIÓ: VALORACIÓ DE MÈRITS RELATIUS A L'EXPERIÈNCIA PROFESSIONAL**

---

A la Bústia Ètica es va rebre una comunicació relativa a presumptes irregularitats en un procés de provisió convocat per un Institut Municipal, en el qual només es va presentar una persona candidata, i abans de la data de tancament del termini per a la presentació de les instàncies la persona comunicant va predir el nom i cognoms de la persona guanyadora del procés.

Efectuades les actuacions d'investigació pertinents, examinat l'expedient administratiu corresponent requerit a l'òrgan municipal competent, i analitzada la normativa d'aplicació es va evacuar la corresponent recomanació. Si bé, ens centrarem aquí únicament en l'argument al·legat per la Junta de Valoració relatiu a la *"confusió entre autoritat tècnica i exercici de la responsabilitat"*. I a tal efecte cal assenyalar que:

En el currículum i en la memòria presentada per la persona candidata, aquesta declara que realitzava les funcions i responsabilitats del lloc de treball convocat, en canvi la Junta de Valoració va deixar constància, en l'acta corresponent, que la persona candidata es va veure *"probablement abocada a assolir el rol de líder, però en cap cas la responsabilitat"*, i per tant que *"rau una confusió entre autoritat competencial (coneixement i experiència) i el poder formal de comandament"*.

Realitzada l'anàlisi de la documentació requerida i aportada, i, en especial, del corresponent expedient administratiu del procés selectiu s'extreu, per tant, que a ulls de la persona candidata (i, no solament als seus ulls sinó també als de la persona alertadora) aquesta exercia les funcions i responsabilitats del lloc de treball convocat des de feia dos anys, en canvi la Junta de Valoració, si bé li reconeix la *"posició d'autoritat tècnica sobre els àmbits de competència tècnica"*, no li reconeix l'exercici de la responsabilitat *"en cap cas"*, expressant així mateix que: *"la persona candidata manifestava una certa confusió respecte a la missió del propi departament i la seva posició formal dins de l'òrgan municipal"*.

A tal efecte, si de les manifestacions realitzades per la persona candidata i del contingut de la memòria exposada, la pròpia Junta de Valoració ha detectat una presumpta confusió de funcions i responsabilitats per part de la persona candidata, durant un període de dos anys, sent la persona directament afectada, caldria analitzar:

- a) quina hauria sigut la percepció de la situació per part del personal del Departament concret, atès que una organització saludable requereix el coneixement de la cadena de comandaments, amb la determinació de les funcions i responsabilitats que s'atribueixen a cada lloc, per conèixer les persones que prenen les decisions; i

b) quina hauria sigut la percepció de la situació per part de la resta d'empleats públics respecte a les funcions i responsabilitats de la persona candidata, i de l'experiència adquirida per ella en el lloc de treball durant aquests 2 anys que l'ha pogut posicionar en una situació de "privilegi" respecte a la resta de candidats, provocant un efecte dissuasiu amb la conseqüent repercussió negativa en el nivell de concurrència de candidats en la provisió del lloc de treball objecte d'aquesta recomanació.

## RECOMANA

**En aquest procés de provisió, respecte l'apartat de CONFUSIÓ ENTRE AUTORITAT TÈCNICA I EXERCICI DE LA RESPONSABILITAT es va recomanar:**

**- Establir amb claredat i transparència, reforçant la comunicació entre les persones treballadores a l'Institut Municipal, l'assumpció de les funcions en els casos de vacants de llocs de treball.**

**Ateses les expressions que consten en l'acta de valoració de la memòria de la persona candidata per part de la Junta de Valoració es denota que la inexistència d'atribució de funcions formals per part de l'organització municipal respecte a les funcions del lloc de treball convocat, que va deixar d'exercir la persona que el va deixar vacant, amb el fet conseqüent que la persona candidata es va veure probablement abocada a assolir el rol de líder, però en cap cas la responsabilitat del lloc de treball convocat, i per tant, sense el reconeixement per part de l'organització de les funcions que la persona candidata ha al·legat com a responsable durant dos anys.**

**Es recomana, per tant que, quan es produeixen vacants en els llocs de treball, l'organització municipal estableix amb claredat i transparència l'atribució de les corresponents funcions i responsabilitats mitjançant els corresponents sistemes de provisió establerts legalment el més aviat possible, a diferència del cas concret en el qual ha transcorregut dos anys, comunicant als treballadores i treballadores de l'òrgan municipal qualsevol variació d'assumpció de funcions i responsabilitats a tots els efectes.**

**D'altra banda, es van emetre també les següents recomanacions:**

**- Motivar el judici tècnic complint les exigències jurisprudencials corresponents, sent necessari recordar que aquest vici pot comportar la nul·litat amb retroaccions de les actuacions.**

**- Completar l'expedient administratiu del procés de provisió en compliment de l'art. 70 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del Procediment Administratiu Comú de les Administracions, atès que s'ha evidenciat que en la còpia indexada de l'expedient del procés administratiu lliurat no consta incorporada la instància ni la memòria presentada**

per la persona candidata. Tampoc consta referència alguna ni a l'índex, ni al contingut de l'expedient, ni cap indicació d'on han estat o estan emmagatzemades o custodiades i tampoc es troba foliat.

- Per als pròxims processos de provisió: Introduir eines per afavorir la concurrència entre la plantilla municipal.

Una altra vegada al igual que en els processos de provisió objecte de les recomanacions de l'òrgan gestor de la Bústia Ètica XXX, XXX, XXX, XXX, XXX, XXX, XXX, XXX, XXX, XXX, i malgrat la referenciada Recomanació del Comitè d'Ètica XXX es constata una baixíssima concurrència en el procés selectiu, ja que solament es va presentar una instància que a més coincideix al cent per cent amb la de la persona, la identitat de la qual s'endevinava en la comunicació objecte de les presents actuacions, que cal recordar que va entrar a la Bústia Ètica abans del termini de presentació de sol·licituds, i per tant, abans que es publicués la llista provisional d'admesos.



---

### **III.- DRETS I DEURES DELS EMPLEATS PÚBLICS. DETECCIÓ, I PREVENCIÓ DE RISCOS**

#### **III.I. RECOMANACIONS RELACIONADES AMB LA PREVENCIÓ DELS RISCOS DERIVATS DEL MODEL DE LA SIGNATURA ELECTRÒNICA FACILITADA ALS EMPLEATS PÚBLICS MUNICIPALS EN L'EXERCICI DE LES SEVES FUNCIONS.**

---

Es van plantejar alertes en relació al model de signatura electrònica facilitat per la Institució als servidors públics municipals com a instrument per signar documents electrònicament en l'exercici de les seves funcions. Ja que la imatge que es genera de la signatura del certificat T-CAT, apareix, juntament amb el nom i cognoms de l'empleat públic també el seu Document Nacional d'Identitat (DNI) que, malgrat ser una dada de caràcter personal, quedava totalment visible en el document signat i per tant accessible a tercers.

Degut a què aquesta incidència provocava una presumpta vulneració de la normativa vigent en matèria de protecció de dades de caràcter personal i un evident risc de què els/les servidors/res públics que poguessin ser víctimes de determinats il·límits penals les conseqüències dels quals també podien irradiar a l'Ajuntament (al menys les de caràcter indemnitzatori o de rescabament de danys i perjudicis així com les reputacionals) es van emetre les següents consideracions, en aplicació de les Normes reguladores de la Bústia ètica i de bon govern i després de practicar les diligències oportunes d'investigació i d'abordar l'anàlisi de la documentació, normativa d'aplicació, doctrina i jurisprudència versada al respecte:

#### **I. T-CAT**

El T-CAT és la targeta del personal de les administracions públiques catalanes i conté certificats digitals reconeguts i qualificats conforme el Reglament Europeu d'Identificació Electrònica i Serveis de Confiança (EIDAS) que permeten garantir la identitat d'un determinat treballador d'un organisme públic per mitjans electrònics.

Els avantatges que aporta el T-CAT són:

- Garantir la seguretat de les comunicacions electròniques i aconseguir la mateixa eficàcia jurídica de la signatura manuscrita
- Reduir els terminis de tramitació.

- Permetre fer tràmits personals com la declaració de la renda, consultar la vida laboral i un llarg etcètera.
- Protegir el medi ambient atès que permet reduir enormement el volum de paper i els arxius que es fan servir en els processos tradicionals.

Respecte a l'aparició en el certificat del DNI juntament amb el nom i cognom, el Consorci Administració Oberta de Catalunya va informar en la darrera actualització, de 15 d'octubre de 2020, de la seva pàgina web <https://www.aoc.cat/knowledge-base/el-dni-ha-dapareixer-al-certificat-juntament-amb-el-nom-cognom>, que:

*"D'acord amb el que especifica el document "Perfiles de Certificados Electrónicos" de la Dirección de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, que defineix entre d'altres un perfil de certificat qualificat per a treballadors públics amb l'objectiu de garantir-ne la seva interoperabilitat amb les aplicacions de les Administracions Públiques a nivell estatal, el camp CommonName d'aquest ha de contenir tant el nom complert del treballador com el seu DNI. Per complir aquest requisit els nous perfils de certificats qualificats per a treballadors públics que ofereix el Consorci AOC a partir de l'adaptació dels certificats a la normativa eIDAS<sup>102</sup>, feta el passat 9 de maig, els certificats inclouen aquest canvi."*

## II. NORMATIVA D'APLICACIÓ

- L'article 53.1.b) de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques, reconeix el dret dels interessats a identificar les autoritats i el personal al servei de les administracions públiques sota la responsabilitat de les quals es tramitin els procediments.
- L'article 43 de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic, relatiu a la signatura electrònica del personal al servei de les Administracions públiques, estableix que:

*"1. Sin perjuicio de lo previsto en los artículos 38, 41 y 42, la actuación de una Administración Pública, órgano, organismo público o entidad de derecho público, cuando utilice medios electrónicos, se realizará mediante firma electrónica del titular del órgano o empleado público."*

*2. Cada Administración Pública determinará los sistemas de firma electrónica que debe utilizar su personal, los cuales podrán identificar de forma conjunta al titular del puesto de trabajo o cargo y a la Administración u órgano en la que presta sus servicios. Por razones de seguridad pública los sistemas de firma electrónica podrán referirse sólo el número de identificación profesional del empleado público."*

---

<sup>102</sup> El Reglament (UE) Núm. 910/2014 del Parlament Europeu i del Consell, de 23 de juliol de 2014, relatiu a la identificació electrònica i els serveis de confiança en les transaccions electròniques en el mercat interior i pel qual es deroga la Directiva 1999/93/CE (Reglament eIDAS).

Aquest precepte estableix que tota actuació administrativa, quan s'emprin mitjans electrònics, es durà a terme mitjançant signatura electrònica del treballador públic. En aquest sentit, disposa que els sistemes de signatura electrònica que emprin els treballadors públics podran, amb caràcter general, identificar de manera conjunta el titular del lloc de treball i l'Administració o òrgan en què presta els seus serveis.

- L'article 5.1.c) del Reglament (UE) 2016/679, del Parlament i del Consell Europeu, de 27 d'abril de 2016, General de Protecció de Dades (en endavant, RGPD), aplicable des del 25 de maig de 2018, estableix que *"los datos personales serán adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados"*.

De conformitat amb aquest principi de minimització, les dades dels treballadors públics incloses en la configuració dels certificats qualificats de signatura electrònica han de ser les mínimes necessàries per al compliment de la finalitat pretesa.

- Llei Orgànica 3/2018, de 5 de desembre, de Protecció de Dades Personals i garantia dels drets digitals.
- Llei 6/2020, de 11 de novembre, reguladora de determinats aspectes dels serveis electrònics de confiança (especialment pel que fa a l'apartat 1 del seu article 6).
- RD 203/2021, de 30 de març, pel qual s'aprova el Reglament d'actuació i funcionament del sector públic per mitjans electrònics (especialment pel que fa a l'article 22.3 que estableix que *"Los certificados electrónicos de empleado público serán cualificados y se ajustarán a lo señalado en el Esquema Nacional de Interoperabilidad y la legislación vigente en materia de identidad y firma electrónica"*).
- RD 203/2021, de 30 de març que deroga el RD 1671/2009, de 6 de gener, pel qual es desenvolupava parcialment la Llei 11/2007, de 22 de juny, d'accés electrònic dels ciutadans als serveis públics, deixant, per tant, sense efecte, entre d'altres, la previsió relativa al DNI continguda en el seu article 22.3.c)<sup>103</sup>

---

<sup>103</sup> Art. 22.3 del RD 1671/2009: *"Los certificados emitidos para la firma, se denominarán «certificado electrónico de empleado público» y tendrán, al menos, el siguiente contenido:*

a) Descripción del tipo de certificado en el que deberá incluirse la denominación «certificado electrónico de empleado público».

b) Nombre y apellidos del titular del certificado.

c) Número del documento nacional de identidad o número de identificación de extranjero del titular del certificado.

d) Órgano u organismo público en el que presta servicios el titular del certificado.

e) Número de identificación fiscal del órgano u organismo público en el que presta sus servicios el titular del certificado."

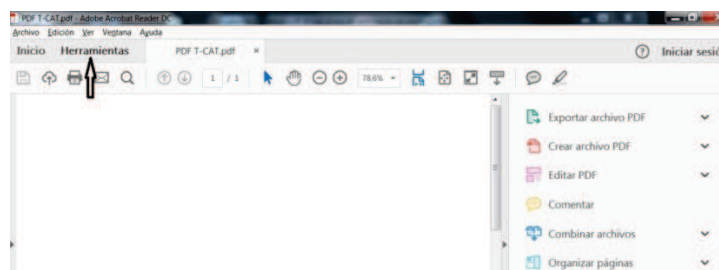
### III. CONSORCI ADMINISTRACIÓ OBERTA DE CATALUNYA: POSSIBILITAT D'AMAGAR EL DNI

En la pàgina web <https://www.aoc.cat/knowledge-base/el-dni-ha-dapareixer-al-certificat-juntament-amb-el-nom-cognom>, l'AOC informa dels tràmits a seguir en cas que es vulgui amagar el DNI, que a continuació reproduïm:

**"En cas que es vulgui amagar el DNI quan es signi un pdf, s'hauran d'amagar també el nom i cognoms ja que ara aniran en el mateix camp CN (Nom, Cognoms i NIF). Així mateix, el camp CN es podrà veure sempre, igual que en tots els certificats anteriors a l'aplicació d'aquesta normativa, consultant les propietats de la signatura del document i aquests passos només impliquen que no es mostri al camp de signatura visible:**

Per amagar el camp CN cal seguir els següents passos:

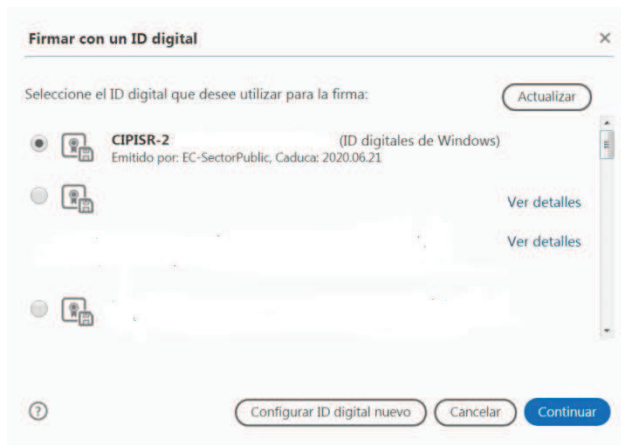
- *Clicar a Herramientas*



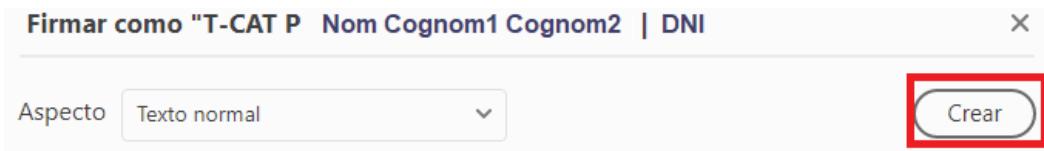
- *Seleccionar "Certificados"*



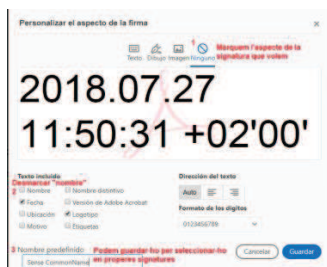
- *Seleccionar "Firmar digitalmente"*
- *Fer un requadre on es vol realitzar la signatura.*
- *Escollir el certificat amb el que es vol signar i clicar a Continuar.*



- Apareix una pantalla que mostra com es visualitzarà la signatura que es realitzarà. **En aquest punt clicar a "Crear"**, per generar un nou aspecte de signatura.



A continuació, marcar com aspecte de la signatura "Ninguno" (només és una recomanació per a una millor visualització de la signatura) i desmarcar el requadre que diu "Nombre" de manera que desmarcarem el camp `CommonName` on apareix el DNI en els certificats adaptats a la normativa eIDAS.



- En guardar la signatura quedarà com la de sota:



**Però** com s'ha dit, el camp CN **es podrà continuar veient sempre**, consultant les propietats de la signatura del document ja que el procediment descrit només impliquen que no es mostri al camp de signatura visible.

#### **IV. CONSORCI ADMINISTRACIÓ OBERTA DE CATALUNYA: CERTIFICAT T-CAT DE PSEUDÒNIM**

D'acord amb la informació publicada per l'AOC, el certificat **T-CAT de pseudònim** és un certificat de signatura per al treballador públic amb pseudònim de nivell alt que s'afegeix al Catàleg de certificats emesos pel Consorci AOC per a l'adaptació d'aquest a la normativa eIDAS.

Les dades personals no apareixeran en el certificat, ja que aquests seran substituïts pel pseudònim indicat.

L'emissió d'aquests certificats **es farà sota la valoració prèvia de l'acreditació legal del pseudònim que haurà d'acompanyar la sol·licitud**. S'acceptaran molt específicament per a usos justificats en què no es puguin mostrar les dades del titular i per a persones que, dins de la seva organització ja disposin de pseudònim regulat, cas dels funcionaris de presons, mossos d'Esquadra etc ...

Segons la pàgina web del Consorci d'Administració Oberta de Catalunya, <https://www.aoc.cat/knowledge-base/certificat-t-cat-de-pseudonim/>, els requisits per justificar la sol·licitud d'un certificat de pseudònim:

##### 1.- Quan es pot emprar un pseudònim?:

Quan el certificat s'utilitzi per a actuacions sobre:

- Informació classificada
- Seguretat pública
- Defensa nacional
- Altres actuacions en les quals estigui **legalment justificat** l'anonimat per a la realització d'actuacions.

El certificat amb pseudònim s'emetrà **a petició de l'Administració** sol·licitant del certificat.

##### 2.- Què pot ser un pseudònim?

- Número d'identificació professional (NIP) sempre que no estigui relacionat amb dades personals com el DNI.
- Alternativament, altres indicadors.

El pseudònim sempre **el proporcionarà l'Administració**. Només poden sol·licitar que es **desvetlli la identitat** de la persona amb pseudònim: els òrgans judicials i d'altres òrgans o persones legitimades i només en els casos expressament establerts a la Llei Orgànica 3/2018 LOPD. En aquests casos, el Prestador de Serveis de Certificació estarà obligat a revelar la identitat del signatari.

El règim jurídic de la informació classificada està regulat per la Llei 9/1968, de 5 d'abril, sobre secrets oficials i el Decret 242/1969, de 20 de febrer, que la desenvolupa.

3.- Quins requisits normatius s'han de complir per a la sol·licitud d'un certificat d'empleat públic amb pseudònim?

- Justificació de la sol·licitud de certificat amb pseudònim per:
  - a) Ús per a informació classificada
  - b) Ús per a seguretat pública
  - c) Ús per a defensa
  - d) Altres actuacions en les quals està legalment justificat l'anonimat. Indicar en aquest cas, el precepte i la norma legal.
- Indicació del pseudònim de l'empleat aportat per l'Administració:
  - a) Número d'identificació professional (NIP) –només en cas que el NIP no estigui relacionat amb dades personals com el DNI.
  - b) Alternativament, número arbitrari.
- Aportar documentació que acrediti la identitat del signatari.

## VI. AUTORITAT CATALANA DE PROTECCIÓ DE DADES:

L'Autoritat Catalana de Protecció de Dades ja va conèixer sobre el tema en el seu Dictamen **CNS-17/2017 "Dictamen en relació amb una consulta sobre la incorporació del número de DNI en els nous certificats qualificats per a treballadors públics"**, en el qual arran de la següent consulta:

*"L'entitat consultant manifesta, en el seu escrit de consulta, que el Consorci AOC incorpora la dada relativa al número de DNI en el camp CN (Common Name) dels nous certificats qualificats emesos per a treballadors públics, per la qual cosa quan se signa electrònicament un determinat document aquesta informació personal, junt amb el nom i cognoms del treballador, resulta accessible per a la persona a qui s'adreça l'escrit o per a qualsevol altra persona que hi pugui tenir accés, o inclús visible*

*a peu de signatura si així està configurat el programari o dispositiu de creació de signatures. Atesa la difusió d'aquesta dada personal, l'entitat planteja si aquest tractament s'adequa a la normativa sobre protecció de dades de caràcter personal."*

Emet, entre d'altres, els següents pronunciaments:

*"Com s'ha dit a l'inici d'aquest dictamen, **la utilització del certificat, configurat de tal manera que inclogui la dada DNI** en el camp CN, o en qualsevol altre camp relatiu a la persona signant (Subject), **comporta que**, en signar un document electrònicament, **aquesta dada personal sigui accessible per qualsevol persona** receptora del document (només cal consultar les propietats de la signatura), **és a dir**, comporta **la seva difusió sense cap mena de restricció.**"*

*"Tractant-se de la identificació del treballador públic que signa un determinat document administratiu, **resulta suficient, des del punt de vista del principi de minimització, facilitar el seu nom, cognoms i càrrec**, atès que es tracta de la **informació personal mínima necessària** que requereix el ciutadà per conèixer la identitat de la persona que l'ha atès en la seva actuació davant l'Administració pública. **Conèixer el DNI del treballador públic**, de fet, **no aportaria o milloraria la identificació del treballador**, atès que el ciutadà no disposa dels mitjans adequats per contrastar la veracitat d'aquesta informació personal.*

*"Com s'ha vist, **l'annex I del ReIDAS només fa referència, com a contingut mínim dels certificats qualificats, a la inclusió del nom de la persona signant (o d'un pseudònim), als efectes de permetre llur identitat.** Aquesta previsió, que facilitaria la interoperabilitat de les signatures electròniques entre els Estats membres, sembla raonable, atès que en molts països de la UE els ciutadans no estan obligats a disposar d'un document d'identificació personal, com ho és el DNI en el cas dels ciutadans espanyols majors de 14 anys (Reial decret 1553/2005, de 23 de desembre, pel qual es regula l'expedició del DNI i els seus certificats de signatura electrònica).*

*L'exigència d'incloure el DNI en els certificats, a què fa referència l'LSE, només podria entendre's vàlida, en atenció al ReIDAS, en la mesura que aquesta dada s'incorporés com a atribut específic addicional no obligatori i sempre que fer-ho no comprometés la interoperabilitat i el reconeixement de la signatura electrònica qualificada. En cas contrari, les previsions de l'LSE es veurien desplaçades per allò establert en el ReIDAS."*

Per concloure que:

*"El contingut mínim dels certificats qualificats de signatura electrònica és el que fixa l'annex I del ReIDAS, que inclou, entre d'altres, la identificació de la persona física que signa, a través del seu nom o un pseudònim.*

*La incorporació d'atributs específics addicionals no obligatoris en els dits certificats només pot entendre's vàlida en la mesura que no comprometessin la interoperabilitat i el reconeixement de la signatura electrònica qualificada (article 28 ReIDAS).*

**La inclusió de la dada DNI en els camps d'informació que conformen l'estructura dels certificats qualificats de treballadors públics no resultaria, amb caràcter general,**



**adequada al principi de minimització establert en la legislació vigent de protecció de dades.**

*Des del punt de vista del dret a la protecció de dades, cal valorar la possibilitat d'establir una política de certificació que prevegi la utilització de certificats qualificats de treballadors públics basats en pseudònims, als efectes **d'evitar la difusió d'aquesta dada, opció plenament vàlida en atenció a les previsions del ReIDAS.***

La mateixa línia de pronunciament es manté en el **Dictamen CNS 58/2018. "Dictamen en relació con una consulta sobre la publicació de contratos y convenios a efectos de transparencia en la gestión administrativa"**:

*"Por consiguiente, y a los efectos de facilitar esta "identificación" del funcionario o empleado público, se entiende que resultaría suficiente, en este caso, facilitar su nombre y apellidos, información que podría completarse con la indicación de su cargo o puesto de trabajo y la Administración o entidad a la que pertenece. Eso, sin perjuicio de que pueda haber algún caso concreto en que, encontrándose el empleado público en cuestión en situación especialmente vulnerable, pueda ser desaconsejable revelar el lugar donde trabaja y el cargo que ocupa.*

*Por lo tanto, hay que tener presente que la revelación de otros datos personales identificativos de los empleados públicos que puedan constar en el contrato (o en otra documentación relacionada), **como su DNI o firma manuscrita, resultaría contraria al principio de minimización de datos, al tratarse de datos no estrictamente necesarios para poder llevar a cabo esta identificación.***

I, entre d'altres, al **Dictamen CNS 1/2019. "Dictamen en relació con una consulta sobre el cumplimiento de las obligaciones de publicidad establecidas a la Ley de contratos del sector público"**:

*"Visto lo visto, y a los efectos de facilitar esta "identificación" del funcionario o empleado público, se entiende que resultaría suficiente, en este caso, publicar su nombre y apellidos, información que podría completarse con la indicación de su cargo o puesto de trabajo y la administración o entidad a la que pertenece. De hecho, la publicación del "cargo" está prevista expresamente en el caso de los miembros de las mesas de contratación o de los miembros de los comités de expertos (artículo 63.5 LCSP).*

*Eso, sin perjuicio que pueda haber algún caso concreto en qué, encontrándose al empleado público en cuestión en situación especialmente vulnerable, convenga evitar revelar el lugar donde trabaja y el cargo que ocupa.*

*Por lo tanto, hay que tener presente que la revelación de otros datos personales identificativos de los empleados públicos que puedan constar en la documentación relacionada con un proceso de contratación pública, como su DNI o la firma manuscrita, resultaría contraria al principio de minimización de datos, al tratarse de datos no estrictamente necesarios por poder llevar a cabo esta identificación."*

En conseqüència, l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades considera que s'ha de vetllar perquè només es difongui les dades personals identificatives incloses en la informació que siguin estrictament necessàries per assolir la finalitat de transparència pretesa per la norma, atenent el principi de minimització de dades. I entén que *"resultaría suficiente publicar el nombre y apellidos, sin añadir ninguna otra información identificativa. Es decir, la publicación del número de DNI, NIF o documento identificativo equivalente de las personas afectadas, a efectos de transparencia, resultaría innecesaria y, por lo tanto, contraria al principio de minimización. Y eso porque **facilitar este dato a la ciudadanía** (destinataria de la información que tiene que publicarse en cumplimiento de los deberes de transparencia), que en principio la desconoce por adelantado, **no aporta ningún elemento adicional a la hora de identificar** los adjudicatarios (o licitadores) de un contrato público (este objetivo se ve igualmente alcanzado con el conocimiento de su nombre y apellidos). Por el contrario, sí que **puede comportar un grave perjuicio para las personas afectadas, en caso de un mal uso posterior de este dato por terceras personas (hay que tener presente que, aunque no sea una práctica recomendable, a menudo el número de DNI/NIF es utilizado como mecanismo de identificación para acceder a determinadas aplicaciones o determinados servicios).**"*

## VII. AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS: DICTAMEN 0088/2020

En la mateixa línia s'ha pronunciat l'Agència Espanyola de Protecció de Dades. En tal sentit, i com exemple, ens referirem al seu recentíssim Dictamen número de referència 0088/2020 en el qual es conclou que:

*"Por consiguiente, **tratándose del uso de sistemas de firma electrónica por parte de los empleados públicos, no siendo el DNI/NIE/NIF un dato que deba legalmente figurar en los actos administrativos, el mismo no debería figurar ni en los certificados electrónicos ni en la firma electrónica, garantizándose en todo caso que no se tiene conocimiento del mismo a través de los sistemas de código seguro de verificación, pudiendo optarse, entre otros posibles sistemas de identificación** adicionales, por otros números de identificación, por el reflejo del cargo/departamento en que se encuadra el empleado público o, incluso, por la ampliación de los supuestos de uso de seudónimo, atendiendo a la actividad pública desarrollada, posibilidad que ahora abre la reciente **Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza**, en el **apartado 1** de su artículo 6.*

*De este modo se estaría dando **cumplimiento al principio de minimización de datos**, estableciéndose las garantías adecuadas por el legislador conforme al citado artículo 87 del RGPD, debiendo modificarse en este sentido la normativa nacional reguladora del uso para la firma electrónica en el ámbito de los certificados emitidos para el personal al servicio de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos vinculados o dependientes. En este contexto, sería igualmente deseable la adopción de un perfil de certificado con seudónimo común que, cumpliendo los requisitos exigidos para los certificados cualificados, establezca como identificador un número de identificación profesional construido en base a una misma regla de codificación aplicable a toda la Administración General del Estado y sus organismos públicos dependientes".*

En igual sentit, ens remetem aquí a la Guia de "PROTECCIÓN DE DATOS Y ADMINISTRACIÓN LOCAL GUÍAS SECTORIALES" publicada per l'Agència Espanyola de Protecció de Dades.

## VIII. POSSIBLES RISCOS DE LA PUBLICACIÓ DEL DNI DELS EMPLEATS PÚBLICS

En exercici de les funcions de prevenció que les Normes Reguladores de la Bústia Ètica li atorguen a aquesta resulta ineludible haver d'alertar sobre els greus riscos que assumeixen els servidors públics d'aquest Ajuntament, quan en l'exercici dels seus càrrecs i funcions, procedeixen a signar electrònicament i en la seva signatura apareix el seu DNI. Doncs, com posa de manifest l' Autoritat Catalana de Protecció de Dades en el citat Dictamen CNS-17/2017 "**comporta que, en signar un document electrònicament, aquesta dada personal sigui accessible per a qualsevol persona receptora del document (només cal consultar les propietats de la signatura), és a dir, comporta la seva difusió sense cap mena de restricció.**"

De manera que un cop publicat el DNI dels empleats públics, i ser visible als ulls de la ciutadania, no existeix control sobre la possible utilització d'aquesta dada personal per a altres fins aliens als que responia la signatura en la que apareixia. Fins i tot, poden constituir il·lícits penals com alerten els especialistes en ciberdelinqüència.

Ens remetem aquí a les advertències que la Guardia Civil publica en la seva pàgina oficial "*sobre los peligros a los que nos exponemos cuando introducimos nuestro DNI en páginas no seguras. Estos riesgos van desde registros en casas de apuestas suplantando la identidad, hasta la solicitud de créditos, pasando por compras en Internet y la apertura de cuentas bancarias u otro tipo de contrato.*" També cal referir, a tal efecte, les recomanacions de l'**Agència de Ciberseguretat de Catalunya** contingudes a la seva "Guia per a la Pràctica d'uns hàbits Ciber-Saludables. Internet Segura".

I en aquest sentit, des d'una perspectiva estrictament preventiva, s'ha de portar a col·lació als efectes pertinents el que disposa l'art. 43 de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de Règim Jurídic del Sector Públic "*Cada Administración Pública determinará los sistemas de firma electrónica que debe utilizar su personal ...*"

### RECOMANACIÓ

**Examinada la documentació i la normativa d'aplicació, l'òrgan gestor de la Bústia Ètica procedeix, des de l'òptica de la prevenció, a realitzar les següents consideracions i recomanacions a l'efecte:**

**A la vista de la informació exposada, la derogació pel RD 203/2021, de 30 de març del RD 1671/2009, de 6 de gener (i en especial pel que fa al seu article 22.3.c)), i de la postura mantinguda al respecte per les Autoritats competents en matèria de protecció de dades, amb l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades i l'Agència Espanyola de Protecció de Dades i atesos els riscos de possibles pràctiques il·lícites i inclús delictives detectades de les quals podrien ser víctimes els servidors públics procedeix donar trasllat a l'òrgan competent als efectes escaients, en especial, pel que respecte a la protecció del DNI en les signatures electròniques que els funcionaris municipals**

**executin en l'exercici de les seves funcions i sobre tot en els casos en els quals aquests així ho demanin, i atès el risc de què al practicar el trasllat dels documents pugui ser desvetllada aquesta dada identificativa del servidor públic signant, l'òrgan gestor de la Bústia Ètica emet les següents recomanacions:**

- **Recomanar a l'Ajuntament que adopti les mesures pertinents per introduir garanties en el tractament del DNI/NIE dels empleats públics en els certificats electrònics i en la signatura electrònica que puguin emprar o practicar en l'exercici dels seus càrrecs, d'acord amb la postura mantinguda per les Agències de Protecció de Dades catalana i espanyola en els seus respectius Dictàmens.**
- **Recomanar, que per part de l'Ajuntament de Barcelona, s'insti al proveïdor de la T-CAT perquè adopti les cauteles pertinents perquè el DNI o NIE no figuri ni en els certificats electrònics ni en la signatura electrònica que els empleats públics puguin emprar o practicar en l'exercici dels seus càrrecs.**

---

### **III.II. RECOMANACIONS RELACIONADES AMB LA PREVENCIÓ DELS RISCOS DERIVATS DE LES IRREGULARITATS I DEBILITATS DETECTADES EN RELACIÓ A LA FALTA D'EVIDÈNCIES I TRAÇABILITAT DELS ACCESOS A LES CARPETES INFORMÀTIQUES**

---

A partir de les actuacions d'investigacions practicades per l'òrgan gestor de la Bústia ètica, en seu d'un expedient de Bústia Ètica, es va evacuar al Departament competent ofici sol·licitant la identificació dels/de les usuaris/àries, les dates i hores, i mitjançant quin ordinador s'ha tingut accés a determinades carpetes d'una aplicació o gestor documental electrònic.

La resposta del Departament competent a aquesta petició, entre d'altres extrems, va ser que no era possible obtenir les evidències demanades, ni proporcionar la informació sol·licitada degut a què la configuració actual dels sistemes no està generant ni emmagatzemant aquests registres d'informació. Així mateix, va informar que per poder disposar d'informació a nivell de carpeta cal tenir els processos d'auditoria engegats i que la carpeta en qüestió estigui configurada per ser auditada. En el cas que ens ocupa no es donava cap de les dues circumstàncies.

Posteriorment, l'òrgan gestor de la Bústia Ètica va oficial al departament competent sol·licitant informació en relació als requisits o gestions a seguir per poder tenir els processos d'auditoria engegats, i que la carpeta estigui configurada per ser auditada. En resposta aquesta sol·licitud el departament competent va emetre informe en el qual en l'apartat de conclusions especificava que tot i que la carpeta afectada estava identificada com una de les carpetes a auditar, no era possible respondre al requeriment degut a què no es trobaven activats els processos d'auditoria per problemes tècnics. Per tant, no s'estaven guardant registres d'auditoria i control de cap carpeta.

Un cop examinada la documentació aportada per l'òrgan gestor, i ateses les actuacions d'investigació practicades, es van emetre les següents:

#### **CONSIDERACIONS**

En aquestes conclusions el departament municipal competent no oferia cap informació en relació a la durada d'aquests problemes tècnics, ni a la previsió del temps que requeriria la seva "reparació", malgrat l'enorme transcendència que per seguretat jurídica requereixen les carpetes "crítiques" com la que era objecte d'investigació.

Cal dir que, atès "*aquests problemes tècnics*" no es va poder evidenciar l'accés a les carpetes crítiques, objecte de la investigació, ni per tant, comprovar l'existència d'un ús indegut o no de les mateixes, al mancar la possibilitat d'obtenir una evidència essencial de la mateixa al no haver estat habilitat el procediment tècnicament establert a l'efecte.

Raó per la qual, l'òrgan gestor de la Bústia ètica va evidenciar en aquesta investigació mancances molt greus en la traçabilitat dels accessos a les carpetes informàtiques crítiques exposades que impedièren poder tenir coneixement i control dels possibles accessos indeguts de manera que, al no poder detectar-se aquests riscos, s'estava impedit també adoptar: per un costat les mesures preventives necessàries per poder evitar-los i per altre les mesures disciplinàries i dissuasòries pertinents. I en aquest sentit, no es pot oblidar que l'accés indegut a determinada informació i el possible mal ús de la mateixa podria arribar a ser constitutiu d'un il·lícit penal, entre d'altres de revelació de secrets o d'infidelitat en la custòdia de documents.

## **RECOMANACIÓ**

- **Impulsar la identificació de les carpetes informàtiques municipals susceptibles de ser considerades "crítiques" atesa la transcendència del seu contingut als efectes tècnics, jurídics i reputacionals.**
- **Impulsar les mesures necessàries per garantir la traçabilitat de les carpetes informàtiques considerades crítiques, per obtenir un complet control i seguiment dels registres de la seva creació, ampliació i modificació, difusió i del seu accés.**
- **Impulsar les actuacions tècniques necessàries per activar els processos d'auditoria de les carpetes identificades o susceptibles de ser qualificades de "carpetes a auditar".**

### **III.III. PRESUMPTA IRREGULARITAT EN LA MANIPULACIÓ D'INFORME I SUPRESSIÓ DEL DIRECTORI INFORMÀTIC**

A la Bústia Ètica es va rebre una alerta en la qual s'exposava que un informe jurídic redactat per un/a servidor/a municipal va ser presumptament modificat, per la persona que ostenta la Secretaria Delegada, sense que s'informés al seu autor/a de les variacions introduïdes malgrat que es va mantenir els seu nom i cognoms, encara que aquell/a no havia assumit la modificació ni la compartia, i així es va enviar a un altre òrgan municipal sense el seu coneixement. A més la versió original de l'informe elaborada pel servidor/a municipal "el referit informe" no va ser incorporada a l'expedient.

Efectuades les actuacions d'investigació corresponents, examinada la documentació requerida a l'òrgan gestor afectat, així com la resta d'informació facilitada, i analitzada la normativa d'aplicació, es van traslladar les següents:

#### **CONSIDERACIONS**

##### **I. ANÀLISI JURÍDICA DEL CONCEPTE D'EXPEDIENT ADMINISTRATIU**

El concepte d'expedient administratiu és una qüestió de transcendència jurídica, atès que és el fonament del dret constitucional de defensa dels interessats en els procediments administratius, del posterior control de l'Administració per part dels Tribunals de Justícia, de l'exigència de responsabilitat a les autoritats i funcionaris públics, així com del dret d'accés a la informació pública per part de la ciutadania.

L'art. 164 del Real Decret 2568/1986, de 28 de novembre, pel qual s'aprova el Reglament d'Organització, Funcionament i Règim Jurídic de les entitats locals (ROAS), regula que:

*"1. Constituye expediente el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla.*

*2. Los expedientes se formarán mediante la agregación sucesiva de cuantos documentos, pruebas, dictámenes, decretos, acuerdos, notificaciones y demás diligencias deban integrarlos, y sus hojas útiles serán rubricadas y foliadas por los funcionarios encargados de su tramitación."*

Per la seva part, l'art. 70 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del Procediment Administratiu Comú de les Administracions Públiques<sup>104</sup> a més de reproduir en el seu apartat 1 l'apartat 1 de l'art. 164.1 del ROAS, i establir els requisits de l'expedient administratiu amb especial menció a l'expedient electrònic als apartats 2 i 3, introdueix en el seu apartat quart, entre d'altres extrems, allò que no ha de formar part de l'expedient administratiu:

*"No forma part de l'expedient administratiu la informació que tingui caràcter auxiliar o de suport, com ara la continguda en aplicacions, fitxers i bases de dades informàtiques, notes, esborranys, opinions, resums, comunicacions i informes interns o entre òrgans o entitats administratives, així com els judicis de valor emesos per les administracions públiques, llevat que es tracti d'informes, preceptius i facultatius, sol·licitats abans de la resolució administrativa que posi fi al procediment."*

Aquest precepte diferencia en els expedients administratius documents de contingut essencial (decisions, resolucions, informes, dictàmens, proves, etc.) i documents de contingut auxiliar, que malgrat tenen valor informatiu o de consulta, no formen part de l'expedient administratiu.

Respecte aquest apartat 4 de l'article 70 LPAC del qual la doctrina majoritària abogava per una interpretació restrictiva, el Criteri Interpretatiu 6/2015, de 12 de novembre del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno va considerar que:

---

<sup>104</sup> "Es reproduceix l'article 70. Expediente Administrativo. Concretament el seu apartat 2

*"2. Los expedientes tendrán formato electrónico y se formarán mediante la agregación ordenada de cuantos documentos, pruebas, dictámenes, informes, acuerdos, notificaciones y demás diligencias deban integrarlos, así como un índice numerado de todos los documentos que contenga cuando se remita. Asimismo, deberá constar en el expediente copia electrónica certificada de la resolución adoptada."*



- En tercer lugar, este Consejo de Transparencia entiende que una solicitud de información *auxiliar o de apoyo*, como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas, podrá ser declarada inadmitida a trámite cuando se den, entre otras, alguna de las siguientes circunstancias:

1. Cuando contenga opiniones o valoraciones personales del autor que no manifiesten la posición de un órgano o entidad.
2. Cuando lo solicitado sea un texto preliminar o borrador sin la consideración de final.
3. Cuando se trate de información preparatoria de la actividad del órgano o entidad que recibe la solicitud.
4. Cuando la solicitud se refiera a comunicaciones internas que no constituyan trámites del procedimiento.
5. Cuando se trate de informes no preceptivos y que no sean incorporados como motivación de una decisión final.

## II. ANÀLISI JURÍDICA DE LES FUNCIONS DE LA/EL SECRETÀRIA/RI DELEGADA/AT

El Reial Decret 128/2018, de 16 de març, pel qual es regula el règim jurídic dels funcionaris d'Administració Local amb habilitació de caràcter nacional, en el seu article 2 exposa que:

*"1. Son funciones públicas necesarias en todas las Corporaciones Locales, cuya responsabilidad administrativa está reservada a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, las siguientes:*

- a) Secretaría, comprensiva de la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo.*
- b) Intervención-Tesorería, comprensiva del control y la fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, y la contabilidad, tesorería y recaudación.*
- c) Secretaría-Intervención, a la que corresponden las funciones de la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo y las funciones de control y fiscalización interna de la gestión económica-financiera y presupuestaria, y la contabilidad, tesorería y recaudación"*

Respecte a la funció pública de secretaria, la normativa determina en l'article 3 que:

*"1. La función pública de secretaría integra la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo"*

L'apartat segon de l'article 3 recull les funcions de fe pública, entre les quals, referencia:

*"i) Actuar como fedatario en la formalización de todos los contratos, convenios y documentos análogos en que intervenga la Entidad Local.*

*l) La superior dirección de los archivos y registros de la Entidad Local."*

Cal també fer referència a la NOTA SOBRE L'EXERCICI DE LES FUNCIONS DE LA SECRETARIA EN ELS EXPEDIENTS DE CONTRACTACIÓ, de data 6 de juny de 2018, emès per la Secretaria General de l'Ajuntament de Barcelona.

III. L'expedient administratiu es conforma amb l'agregació de totes les actuacions i documents que serveixen d'antecedent i fonament de la resolució administrativa, exigint que ha de ser complert, foliat, autenticat i acompanyat d'un índex en els termes establerts a l'article 70 de la LPAC.

L'informe emès pel personal municipal, per la seva naturalesa i contingut, analitza i dona resposta a les al·legacions presentades per xxx. Aquesta actuació administrativa ve confirmada per l'informe del/de la Secretari/ària delegad/a, que va demanar l'opinió a un altre departament municipal per tal d'ampliar-ho i finalitzar-lo, mitjançant l'enviament d'un e-mail al seu/a la seva Director/a amb còpia al personal municipal, cal dir que aquest e-mail no adjuntava l'informe signat pel personal municipal (document A), sinó el "*fitxer editable amb el text de l'informe esmentat, sense signatura però amb algunes correccions respecte a l'original, consistents en el canvi de la redacció de les conclusions, tot mantenint el mateix sentit de l'informe, i el canvi d'ordre d'alguns paràgrafs*" (document B). Cal recordar que en aquest Document B constava el càrrec, el nom i el cognoms del personal municipal (encara que no la seva signatura), i a més, en el contingut de l'e-mail adreçat assignava l'autoria del fitxer editable amb "correccions" del/de la Secretari/ària delegada al personal municipal malgrat que no havia participat en la seva redacció ni, segons manifestacions de la persona comunicant, se li havia comunicat prèviament aquesta "nova versió" del seu informe original i rubricat.

Finalment, l'informe signat pel personal municipal no va ser incorporat en l'expedient de contractació segons l'informe del/de la Secretari/ària delegat/da "*Atès però que aquest nou informe ja figurava a l'expedient, es va decidir que ja quedava suficientment motivada la proposta de resolució de l'Ajuntament i que, per tant, no calia incorporar cap més informe (atès que el preparat per ... encara estava pendent de revisió). Per tant, a l'expedient que es remet als fitxers adjunts, no figura la documentació assenyalada*".

## RECOMANACIÓ

**Arribats a aquest punt, s'albiren dos àmbits d'actuació en relació als fets comunicats i que van donar lloc a les presents actuacions.**

**a) Per una part, el que es projecta sobre els riscos detectats respecte a la possibilitat que es facin canvis o modificacions al fitxer editable que hi ha al directori conjunt de la xarxa municipal, que es diu "Arxiu gestió Secretaria delegada" i que segons sembla no permet conservar rastre d'aquestes modificacions ni dels elements que una vegada arxivats puguin ser eliminats a posteriori. Per això, en l'exercici de les competències i funcions de prevenció que té atribuïdes la Direcció d'Anàlisi com a òrgan gestor de la Bústia Ètica, i a l'empara de les seves Normes Reguladores, es recomana a la Gerència de XXX de cara a futures actuacions que es comprovi aquesta debilitat del sistema detectada i que, de constatar-se efectivament la seva existència, s'adoptin les mesures**

pertinents per tal de garantir el rastreig dels "asientos" o documents que es puguin "modificar" o "eliminar" així com la traçabilitat del procés. I això per tal d'evitar i prevenir de futur qualsevol risc de manipulació dels arxius que pugués resultar irregular, fraudulenta o contrària a dret enfortint la seguretat i integritat del sistema i oferint tranquil·litat al personal municipal les actuacions del qual puguin ser objecte d'arxiu a l'esmentat repositori de manera que puguin tenir la certesa de què en cas de ser aquestes modificades o eliminades sempre quedarà un rastre de les mateixes i la traçabilitat dels canvis operats.

b) Per l'altra, el que es projecta sobre el Codi Ètic i de Conducta de l'Ajuntament de Barcelona.

En aplicació del Codi Ètic i de Conducta de l'Ajuntament de Barcelona que recull els valors i principis ètics i de bon govern que han de ser presents i informar tota actuació municipal, podria resultar aplicable al cas concret: l'article 7 relatiu a "Normes de conducta generals", en especial el seu apartat a) "*tractar totes les persones amb les quals es relacionin amb respecte, cordialitat, i amb la deguda consideració*" i l'apartat d) "*adoptar les decisions amb respecte als principis d'objectivitat, legalitat, i prenent en consideració allò exposat pels tècnics municipals en els informes pertinents, i la resta d'elements i interessos en joc*"; així com l'article 10 rubricat "Normes de conducta relatives a la gestió de personal" sobre tot pel que fa al seu apartat a) "*mostrar el degut respecte i dignitat a les persones empleades públiques amb les que es relacionin, així com amb les tasques que aquestes desenvolupin*".

A la vista de les consideracions exposades, atès que la Disposició Addicional de les Normes Reguladores de la Bústia Ètica i de Bon Govern especifica que les comunicacions a la Bústia que tinguin per objecte vulneracions de normes de conducta previstes en el Codi de conducta de l'Ajuntament de Barcelona per part dels seus destinataris, s'investigaran d'acord amb allò que disposi el Codi; i atès que d'acord amb la Disposició Addicional primera del Codi ètic i de Conducta de l'Ajuntament de Barcelona, a les persones que formen part de les meses de contractació, les juntes de valoració i els tribunals de selecció, els és d'aplicació les disposicions d'aquest Codi en tant que membres d'aquests òrgans i en l'exercici de les funcions inherents a aquests; es procedeix a donar trasllat d'aquestes actuacions d'investigació al Comitè d'ètica de l'Ajuntament de Barcelona per si, en l'exercici de les seves competències, aprecia que els fets descrits puguin vulnerar el que desprèn l'articulat del Codi ètic i de Conducta de l'Ajuntament de Barcelona, així com per a la formulació de propostes de millora i de bones pràctiques a l'efecte.

Així mateix es procedirà a comunicar a la persona comunicant i al/la Sra. Secretari/ària Delegat/da de la Gerència de XXX que finalitzada la investigació portada a terme per l'òrgan gestor de la Bústia Ètica, s'ha donat trasllat de la comunicació origen de les presents actuacions al Comitè d'Ètica de l'Ajuntament de Barcelona per si els fets

investigats poguessin ser contraris al que disposa el Codi Ètic i de Conducta de l'Ajuntament de Barcelona i pel que, en el cas que els seus membres ho considerin pertinent, es formulin les propostes de millora i recomanacions que estimin oportunes.

I una vegada evacuada la Recomanació corresponent per part del Comitè d'Ètica es procedirà a notificar la present Recomanació de l'òrgan gestor de la Bústia Ètica (en especial pel que respecta als riscos de possibles i futures irregularitats detectats) juntament amb la del citat òrgan col·legiat a la Gerència de XXX i a la resta d'interessats.

## SEGUIMENT DE LA RECOMANACIÓ

El Comitè d'Ètica es va pronunciar en el sentit següent:

*"El Comitè d'Ètica insta al/la Secretari/ària delegat/ada, i a totes les persones amb càrrecs institucionals a l'Ajuntament de Barcelona, a complir i vetllar pel compliment de les previsions dels articles 7.a i 10.a del Codi Ètic i de Bon Govern en relació al respecte per l'autoria dels documents i esborranys que s'elaboren, així com vetllar per la veracitat de les signatures, evitant desvirtuar-les sigui quin sigui el suport emprat, implementant a aquest efecte les garanties digitals necessàries. Tot l'anterior d'acord amb les normes administratives reguladores dels expedients, i la competència jeràrquica determinada legalment"*

### **III.IV. PRESUMPTA IRREGULARITAT EN LA TRAÇABILITAT DE LA DOCUMENTACIÓ ADMINISTRATIVA**

A la Bústia Ètica es va rebre una comunicació relativa a una presumpta irregularitat en l'actuació municipal respecte a un expedient de mediació. Atesa la documentació examinada per l'òrgan gestor de la Bústia Ètica, es desprèn per part del personal municipal una posició activa respecte al procés de la mediació. Tanmateix, atesos els correus electrònics aportats per la persona comunicant, en el que resulta que es podria haver produït l'extraviament de la sol·licitud de mediació formulada per aquesta, així com la petició per part del personal municipal a una de les parts de la mediació, l'òrgan gestor de la Bústia Ètica va emetre les següents consideracions i recomanacions:

#### **CONSIDERACIONS**

##### **I. DEURES DELS EMPLEATS PÚBLICS. CODI DE CONDUCTA. DILIGÈNCIA**

L'article 52 del TREBEP, Reial Decret Legislatiu 5/2015, de 30 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de l'Estatut Bàsic de l'Empleat Públic, recull que: "*Los empleados públicos deberán desempeñar con diligencia las tareas que tengan asignadas y velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, y deberán actuar con arreglo a los siguientes principios: objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres, que inspiran el Código de Conducta de los empleados públicos configurado por los principios éticos y de conducta regulados en los artículos siguientes*".

L'article 53 i 54 del TREBEP configuren els principis ètics i els principis de conducta que han de regir l'actuació de l'empleat públic, conformint el Codi de Conducta dels empleats públics.

A l'apartat 10 de l'art. 53 TREBEP com a principi ètic recull que "*Cumplirán con diligencia las tareas que les correspondan o se les encomienden y, en su caso, resolverán dentro de plazo los procedimientos o expedientes de su competencia.*"

Dins de l'art. 54 TREBEP com a principi de conducta, en el seu apartat 2 consta "*El desempeño de las tareas correspondientes a su puesto de trabajo se realizará de forma diligente...*".

La doctrina jurídica considera que l'obligació de diligència es conforma sobre la base de dos elements de caràcter modal:

- S'han de realitzar les tasques assignades, que a la seva vegada determina que l'organització ha de concretar la quantitat i la funcionalitat de l'encàrrec professional.

- Quan el mateix està concretat s'ha de produir una actitud per part de l'empleat públic caracteritzat per la seva positivitat, la seva activitat i proactivitat.

En aquest sentit, *"la diligencia es, así, una actitud cuyo reflejo en el ámbito de la arquitectura de los deberes, quiere reflejar una posición activa del funcionario en la realización del encargo realizado por oposición a la pasiva"*, i assegurar una actuació de dedicació i cooperació al servei públic.

## II. PRESUMPTA EXTRAVIAMENT DE DOCUMENTACIÓ ADMINISTRATIVA

Cal advertir que l'Administració Pública es regeix en les seves actuacions, entre d'altres criteris, per el d'eficiència i serveis als ciutadans, sense repercutir les deficiències de l'actuació administrativa sobre la ciutadania.

Així mateix, l'art. 20.1 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del Procediment Administratiu Comú de les Administracions Públiques, que regula la responsabilitat de la tramitació disposa que: *"Los titulares de las unidades administrativas y el personal al servicio de las Administraciones Públicas que tuviesen a su cargo la resolución o el despacho de los asuntos, serán responsables directos de su tramitación y adoptarán las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos, disponiendo lo necesario para evitar y eliminar toda anomalía en la tramitación de procedimientos"*.

D'altra banda, la jurisprudència també s'ha pronunciat al respecte, a tall d'exemple reproduïm extracte del fonament de dret tercer de la Sentència del Tribunal Suprem 2330/2012: *"La ausencia del expediente de determinados documentos del mismo, por dolo o por negligencia de las autoridades o funcionarios encargados de su tramitación, no puede perjudicar al interesado a la horade determinar la valoración o trascendencia probatoria que ha de otorgar el órgano jurisdiccional a la documentación inexistente que constituye el soporte y antecedente de la actuación administrativa impugnada. En este sentido, la sentencia de este Tribunal de 14 de marzo de 1997 penaliza a la Administración por los documentos extraviados, afirmando que "extraviado el expediente administrativo por la propia Administración, como consecuencia sin duda de un actuar negligente, no pueden hacerse recaer sobre el administrado las consecuencias de tal extravío"*.

### RECOMANA

**Revisada la normativa d'aplicació i la documentació presentada, i atès el risc detectat en relació al possible "extravio" o pèrdua de documentació (en concret de la sol·licitud de mediació) que es va comunicar a l'afectat, l'òrgan gestor de la Bústia Ètica procedeix a realitzar les següents recomanacions a l'òrgan gestor:**

- a) Adoptar les mesures necessàries per evitar la possibilitat de extraviament de documents que consten en els expedients.**
- b) Extremar la cautela en la custòdia dels documents per a la correcta tramitació dels procediments corresponents.**

**c) Dotar-se d'un sistema de traçabilitat del procés administratiu i la documentació que es genera.**

### **III.V. PRESUMPTA IRREGULARITAT EN LES OBLIGACIONS DE L'ADMINISTRACIÓ EN RELACIÓ AL TELETREBALL**

A la Bústia Ètica es va rebre una comunicació relativa a un presumpte incompliment per part de l'Ajuntament de Barcelona de l'art. 47 bis, que fa referència al Teletreball, del Reial Decret Legislatiu 5/2015, de 30 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de l'Estatut Bàsic de l'Empleat Públic, i de la Instrucció de l'Ajuntament de Barcelona.

Efectuades les actuacions d'investigació corresponents, examinada la documentació requerida a l'òrgan gestor afectat, així com la resta d'informació facilitada, i analitzada la normativa d'aplicació, es van traslladar les següents:

#### **CONSIDERACIONS**

El Reial Decret-Llei 29/2020, de 29 de setembre, de mesures urgents en matèria de teletreball en les Administracions Públiques i de recursos humans en el Sistema Nacional de Salut per fer front a la crisi sanitària ocasionada per la COVID-19, en el seu article 1, modifica el text refós de la Llei de l'Estatut Bàsic de l'Empleat Públic, aprovat pel RDL 5/2015, de 30 d'octubre, introduint un nou article 47 bis, que queda redactat en els següents termes:

#### **«Artículo 47 bis. Teletrabajo.**

- 1. Se considera teletrabajo aquella modalidad de prestación de servicios a distancia en la que el contenido competencial del puesto de trabajo puede desarrollarse, siempre que las necesidades del servicio lo permitan, fuera de las dependencias de la Administración, mediante el uso de tecnologías de la información y comunicación.*
- 2. La prestación del servicio mediante teletrabajo habrá de ser expresamente autorizada y será compatible con la modalidad presencial. En todo caso, tendrá carácter voluntario y reversible salvo en supuestos excepcionales debidamente justificados. Se realizará en los términos de las normas que se dicten en desarrollo de este Estatuto, que serán objeto de negociación colectiva en el ámbito correspondiente y contemplarán criterios objetivos en el acceso a esta modalidad de prestación de servicio. El teletrabajo deberá contribuir a una mejor organización del trabajo a través de la identificación de objetivos y la evaluación de su cumplimiento.*
- 3. El personal que preste sus servicios mediante teletrabajo tendrá los mismos deberes y derechos, individuales y colectivos, recogidos en el presente Estatuto que el resto del personal que preste sus servicios en modalidad presencial, incluyendo la normativa de prevención de riesgos laborales que resulte aplicable, salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación del servicio de manera presencial.*
- 4. La Administración proporcionará y mantendrá a las personas que trabajen en esta modalidad, los medios tecnológicos necesarios para su actividad.*
- 5. El personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se registrará, en materia de teletrabajo, por lo previsto en el presente Estatuto y por sus normas de desarrollo.»*



D'altra banda, a nivell municipal, consta publicada la INSTRUCCIÓ de la gerent municipal de 15 de maig de 2020, relativa a l'establiment de pautes en el treball a distància durant la situació de crisi sanitària ocasionada per la COVID-19 en la qual es recull l'apartat 4. Equips i eines, que es reproduceix a continuació:

#### **"4. Equips i eines**

*4.1. En la mesura que sigui possible, l'Ajuntament de Barcelona i les entitats incloses en l'àmbit d'aplicació han de proporcionar els equips, les eines necessàries per al desenvolupament de l'activitat a distància i els sistemes tecnològics corporatius per, entre altres, la celebració de reunions virtuals.*

*4.2. En cas que s'utilitzin mitjans propis, el treball a distància ha de tenir en compte els mitjans de què disposi la persona treballadora.*

*4.3. En cas que en el treball a distància s'utilitzin mitjans propis, les persones treballadores han de seguir les recomanacions de seguretat i protecció que estableixi l'Institut Municipal d'Informàtica.*

*4.4. Les persones treballadores que acreditin increments de despesa en els consums de serveis de telefonia i d'ínternet derivades de la utilització de mitjans propis en el treball a distància poden sol·licitar-ne l'abonament prèvia justificació del diferencial respecte la despesa habitual anterior a l'entrada en vigor de l'estat d'alarma.*

*4.5. L'Ajuntament ha de garantir la formació de les persones treballadores per a l'adequada utilització dels sistemes, en cas que sigui necessari, així com l'assistència tècnica que es pugui requerir."*  
*I en relació al disseny i la implantació del teletreball a l'Ajuntament de Barcelona:*

#### **"9. Directriu addicional: inici dels treballs per al disseny i implementació del teletreball**

*En compliment del que disposa l'Acord de condicions de treball i el Pla d'Igualtat, a partir de setembre de 2020 l'Ajuntament de Barcelona ha d'iniciar els treballs per a dissenyar i implementar el teletreball com a modalitat ordinària de prestació de serveis conjuntament amb el treball presencial, més enllà de l'àmbit temporal d'aquesta instrucció i prèvia negociació amb la representació de les treballadores i treballadors"*

## **RECOMANA**

**En el cas concret, a la comunicació rebuda a la Bústia Ètica refereix a què en el cas de la persona comunicant "no tinc ordinador corporatiu, ni mòbil corporatiu, ni una cadira adequada; el subministrament de connexió a internet és el meu personal i els consums energètics derivats de la meva activitat laboral a casa s'han disparat, especialment a l'hivern. Tenint en compte que l'Ajuntament no pensa fer-se càrrec d'aquestes despeses extraordinàries ni del desgast dels dispositius electrònics personals, cosa que suposa una retallada efectiva del salari, m'agradaria saber quan es deixarà de considerar "excepcional" aquesta situació que ja fa casi un any que dura.", però no ha aportat cap indicatiu objectiu que recolzi el contingut de la seva comunicació malgrat la petició d'informació que en tal sentit li va formular l'òrgan gestor de la Bústia Ètica.**

En conseqüència, a l'estar orfenes de justificació les manifestacions de la persona comunicant (per exemple, aportar factures dels consums elèctrics o telefònics o de cobertura dels dispositius utilitzats per teletreballar, o còpia de les reclamacions fetes a l'Ajuntament en tal sentit o, en el seu cas, de les negatives d'aquest al rescabament dels costos) i atès el contingut de la Instrucció de la gerent municipal, de 15 de maig de 2020, relativa a l'establiment de pautes en el treball a distància durant la situació de crisi sanitària ocasionada per la COVID 19 en la qual es recull a l'apartat 4. Equips i eines que *"l'Ajuntament de Barcelona i les entitats incloses en l'àmbit d'aplicació han de proporcionar els equips, les eines necessàries per al desenvolupament de l'activitat a distància i els sistemes tecnològics corporatius per, entre altres, la celebració de reunions virtuals"*, i que *"Les persones treballadores que acreditin increments de despesa en els consums de serveis de telefonia i d'internet derivades de la utilització de mitjans propis en el treball a distància poden sol·licitar-ne l'abonament prèvia justificació del diferencial respecte la despesa habitual anterior a l'entrada en vigor de l'estat d'alarma"*, no consten elements que puguin posar en dubte l'actuació municipal en el present cas.

Si bé atesa la manca de coneixement de la Instrucció de la gerent municipal, de 15 de maig de 2020, que denota la comunicació origen de les presents comunicacions es proposa com a mesura de millora en la gestió pública, i a fi d'evitar situacions conflictives, que es valori per l'òrgan gestor, la procedència de practicar un recordatori del seu contingut als empleats i empleades públiques.

---

### **III.VI. PRESUMPTA IRREGULARITAT EN L'ACTUACIÓ DE L'EMPLEAT/DA MUNICIPAL: CONFLICTE D'INTERÈS I PREVALÈNÇA DE LA SEVA CONDICIÓ DE FUNCIONARI/ÀRIA A L'ÀMBIT PRIVAT**

---

A la Bústia Ètica es va rebre una comunicació relativa a les presumptes irregularitats d'un/a treballador/a municipal: a) prevalença de la seva condició d'empleat públic en una reunió de propietaris on s'informava d'unes obres que es realitzaven a un edifici contigu, i b) conflicte d'interès, atès que el personal municipal va informar que tenia potestat per aturar la tramitació de l'expedient de llicència d'obres.

Efectuades les actuacions d'investigació corresponents, examinada la documentació requerida a l'òrgan gestor afectat, així com la resta d'informació facilitada, i analitzada la normativa d'aplicació, es van traslladar les següents:

#### **CONSIDERACIONS**

##### **I. ANÀLISI JURÍDICA DELS FETS OBJECTE DE LA COMUNICACIÓ**

La condició d'empleat públic comporta drets i obligacions específiques cap a la ciutadania i l'Administració pública adscrita. Per tant, a l'empleat públic, li són exigibles a més dels seus deures com a ciutadà/na, determinades conductes i responsabilitats com a servidor públic.

L'art. 52 del TREBEP recull els deures dels empleats públics, i menciona que el Codi de Conducta és configurat pels principis ètics i de conducta:

*"Los empleados públicos deberán desempeñar con diligencia las tareas que tengan asignadas y velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, y deberán actuar con arreglo a los siguientes principios: objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres, que inspiran el Código de Conducta de los empleados públicos configurado por los principios éticos y de conducta regulados en los artículos siguientes."*

Cal posar èmfasi en el fet que en la part dispositiva del TREBEP s'hagi introduït un Codi de Conducta atorgant a l'actuació ètica dels empleats públics un valor afegit en el desenvolupament de les seves tasques.

Dels fets objecte de la comunicació es deriven dues conductes concretes, en cas que resultessin provades:

## A. Manca de respecte dels principis d'integritat i exemplaritat

La primera conducta descrita a la comunicació es troba relacionada, entre d'altres, amb el principi d'integritat i exemplaritat. A tal efecte, s'ha pronunciat reiteradament la doctrina jurídica, serveixi a tall d'exemple la que es reproduïx a continuació:

*"Ser íntegro es una forma de entender el comportamiento y de actitud ante la vida. En términos puramente lingüísticos la integridad se asocia con la probidad, la rectitud y con el carácter intachable atribuible a una persona... Desde una perspectiva disciplinaria y en el ámbito de las infracciones muy graves podemos entender que tiene un reflejo en el apartado j) del artículo 95 cuando se refiere a la "prevalencia de la condición de empleado público para obtener un beneficio indebido para sí o para otro ...".<sup>105</sup>*

*"Según el Diccionario de la RAE se considera que una persona es ejemplar cuando da buen ejemplo y, como al, es digno de ser propuesto como modelo... a reserva la tipificación que corresponde al conjunto de las Administraciones Públicas podemos indicar que el artículo 95 contiene una referencia que podemos considerar indirecta y que incluye "j) La prevalencia de la condición de empleado público para obtener un beneficio indebido para sí o para otro...".<sup>106</sup>*

*"La ejemplaridad implica que el empleado público debe actuar de forma que pueda soportar el examen público más estricto, debiendo saber prevenir y gestionar adecuadamente sus intereses particulares, sin comprometer sus obligaciones públicas".<sup>107</sup>*

*"Principio de ejemplaridad: que evite cualquier acción u omisión que menoscabe el prestigio de la Institución o que le reste legitimidad, credibilidad o auctoritas".<sup>108</sup>*

En relació a la prevalença de la condició d'empleat públic per obtenir un benefici indegut per a si mateix o per un altre, la Resolució 103/2011, del Defensor del Pueblo de Navarra, va dictaminar que:

*"Entrando ya al fondo del asunto, procede comenzar por reseñar que el artículo 95 del Estatuto Básico del Empleado Público tipifica, con el carácter de falta muy grave, la prevalencia de la condición de empleado público para obtener un beneficio indebido para sí o para otro [apartado segundo, letra j)].*

---

<sup>105</sup> "Derecho de la Función Pública. Régimen Jurídico de los Funcionarios Públicos". Alberto Palomar Olmeda. Dykinson 2016.

<sup>106</sup> "Derecho de la Función Pública. Régimen Jurídico de los Funcionarios Públicos". Alberto Palomar Olmeda. Dykinson 2016.

<sup>107</sup> "Memento. Empleado Público". Ediciones Francis Lefevre

<sup>108</sup> "Artículo 3º del Código Ético y de Austeridad del Consejo Consultivo de Castilla y León". Aprobado por acuerdo de 11 de junio de 2020

La infracció tipificada exige, a criteri de esta institució, la concurrència de los siguientes elementos:

1. *Que exista una conducta del empleado público, activa u omisiva, generadora de un determinado resultado.*
2. *Que dicho resultado suponga un beneficio indebido para el propio empleado público que realiza la conducta o para un tercero. Tal beneficio, más allá de que tenga naturaleza económica o de otra índole, ha de ser efectivo, cierto y determinado, y no puramente hipotético o posible.*
3. *Que la conducta del empleado público, consciente este de sus potestades derivadas de dicha condición o de su posición respecto a los ciudadanos-administrados ante los que ejerce la función pública, se oriente o se dirija a la generación del mencionado resultado, esto es, a la obtención del beneficio indebido para sí o para un tercero. La propia naturaleza y definición de este tipo concreto (prevalencia ... para) exige la concurrència no ya de culpabilidad en alguno de sus grados posibles en términos abstractos -exigencia inherente a cualesquiera infracciones determinantes de reacción sancionadora o disciplinaria-, sino la apreciación del elemento volitivo en grado doloso o intencionado. Es decir, el tipo aplicado exige la constatación de una intención o voluntad del empleado público de utilizar su condición de tal (prevalerse o aprovecharse) para obtener un beneficio ilegal, indebido, para él o para un tercero."*

## **B. Respecte a l'abstenció en assumptes personals**

L'art. 53.5 del TREBEP recull que "*Se abstendrán en aquellos asuntos en los que tengan un interés personal, así como de toda actividad privada o interés que pueda suponer un riesgo de plantear conflictos de intereses con su puesto público*".

Aquest principi comporta que l'empleat públic s'ha d'abstenir en aquells assumptes en els que tingui un interès personal i en activitats amb risc de conflicte d'interès.

A tal efecte, procedeix la remissió als articles 23 i 24 de la Llei 40/2015 que recullen amb caràcter general, l'obligació d'abstenció de les autoritats i personal al servei de les administracions públiques d'intervenir en el procediment, comunicant-ho al seu superior immediat. Establint les causes d'abstenció i assenyalant, en el seu apartat 5, que "*La no abstención en los casos en que concurra alguna de esas circunstancias dará lugar a la responsabilidad que proceda*".

## **RECOMANA**

**Examinada la documentació i la normativa d'aplicació, l'òrgan gestor de la Bústia Ètica procedeix a realitzar les següents consideracions:**

- Que la persona a la qual se li atribueix la comunicació ha afirmat que no té cap vincle amb els fets objecte de la comunicació i que no viu ni ha viscut a l'edifici referit per la persona comunicant, aportant prova documental acreditativa.

- Que consta acreditat que la persona a la qual se li atribueix la comunicació no es troba adscrit a l'òrgan municipal que té la competència de la tramitació de l'expedient de la llicència d'obres majors referit a la comunicació.

A la vista del que s'ha actuat hem de portar a col·lació aquí l'amplia i pacífica jurisprudència versada sobre el dret administratiu sancionador en relació al dret fonamental de la presumpció de innocència i la càrrega de la prova. Serveixi com a botó de mostra la Sentència nº 62/2017, de 30 de gener del 2017 del Tribunal Superior de Justícia de Madrid que recull en relació a la responsabilitat administrativa que:

*"Nuestro Tribunal Constitucional tiene dicho, entre otras, en su Sentencia 18/1981, de 8 de Junio, que, "los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho Administrativo Sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución, y una reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 29 de Septiembre, 4 y 10 de Noviembre de 1980) hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales". Consecuencia de ello, la responsabilidad administrativa no puede asentarse en una ausencia de certeza plena sobre los hechos imputados, pues toda sanción ha de apoyarse en una actividad probatoria de cargo o de demostración de la realidad de la infracción que se reprime, sin la cual la represión misma no es posible (SsTC de 11 de Marzo de 1.985 , 11 de Febrero de 1.986 y 21 de Mayo de 1.987), y ello porque al beneficiar la presunción de inocencia, acorde con el artículo 24.2 de la Constitución administrado en el ámbito de la potestad sancionadora de la Administración, ha declarado la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de Marzo de 1.985 que dicha presunción no puede entenderse reducida al estricto campo del enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas, sino que debe presidir también la adopción de cualquier resolución o conducta de las personas de cuya apreciación derive un resultado sancionador o limitativo de sus derechos, comportando el derecho a la presunción de inocencia que la sanción esté reprochada, que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia, y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio, toda vez que el ejercicio del "ius puniendi", según la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de Abril de 1.990, está condicionado, en sus diversas manifestaciones, por el artículo 24.2 de la Constitución al juego de la prueba y a un pronunciamiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones."*

A tal efecte, i sense perjudici de les actuacions que consten realitzades per part de la persona comunicant, consistents en ..., no existeix cap altra element extern totalment imparcial que reforci les manifestacions fetes i vinculi objectivament a la persona a la qual presumptament li atribueix la conducta amb els fets descrits en la comunicació.

**En conseqüència no es pot considerar acreditada la comunicació objecte de les presents actuacions ates que no s'ha practicat prova de càrrec suficient com per desvirtuar la presumpció d'innocència existint a més elements objectius que situen a la persona afectada en un domicili diferent al manifestat per la persona comunicant (contracte de lloguer i certificat d'empadronament).**

---

## IV. ALTRES ALERTES

---

---

### **IV.I. ALERTA EN RELACIÓ A L'ÀMBIT SUBJECTIU D'APLICACIÓ DEL DECRET D'ALCALDIA, DE 14 DE MARÇ DE 2020, D'ESTABLIMENT DE MESURES PREVENTIVES, DE PROTECCIÓ I ORGANITZATIVES AMB MOTIU DEL VIRUS COVID-19 A LES PERSONES INTEGRANTS D'UNA BORSA DE TREBALL.**

---

A la Bústia Ètica es van rebre diverses comunicacions relatives a l'alerta de manca d'aplicació del Decret d'Alcaldia de 14 de març de 2020, d'establiment de mesures preventives, de protecció i organitzatives amb motiu del virus COVID-19 a les persones integrants d'una borsa de treball.

#### **CONSIDERACIONS**

I. Els Tribunals s'han pronunciat sobre les borses de treball en el sentit que els seus integrants no tenen més que una simple expectativa i no un estricte dret a ser seleccionats per a la provisió temporal de places. A tall d'exemple citem les següents sentències:

- Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Galícia, de 5 d'octubre de 2011 (Fonament Jurídic 3r in fine)

*"los recurrentes olvidan que, desde su condición de integrantes de las listas de vinculaciones temporales, no ostentan derecho subjetivo alguno en relación con las plazas que se asignan provisionalmente... pues su inclusión en las listas de contratación temporal, tan solo les atribuye una mera expectativa en orden a que la Administración decida ofrecer temporalmente determinadas plazas, en tanto se procede a su provisión normal y ..."*

- Sentència del Tribunal Superior de Justícia d'Andalusia, de 20 de juny de 2011 (Fonament Jurídic 9è al 13r)

*"9. Las bolsas de trabajo, listas de espera, bolsa de Empleo se configura en general como un sistema idóneo de la cobertura provisional de puestos de trabajo, que en la función pública ha de observar los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, ..."*

*11. Se ha de resolver por tanto si se considera la inclusión en la Bolsa de Trabajo simplemente como una expectativa de derecho en el sólo existe el compromiso de dos partes de concertar en el futuro un contrato, quedando así obligados a obligarse, pero debiendo en el futuro prestarse nuevamente el consentimiento para concretar el contenido de sus obligaciones respectivas, o si por el contrario se trata de un derecho pleno o un contrato por virtud del cual las partes se obligan a celebrar posteriormente un"*



*nuevo contrato, el llamado contrato definitivo, que, de momento no pueden celebrar, pero quedando prefigurada la relación jurídica, con todos los elementos de consentimiento, contenido, objeto y causa, de forma que únicamente su efectividad o comienzo se encuentra pospuesto.*

*12. En el ámbito de la función pública, la Jurisprudencia, y dejando a un lado las consecuencias del origen normativo o convencional de una bolsa de trabajo, viene entendiendo, desde las sentencias del Tribunal Supremo dictadas en Sala General el 4 de octubre de 2000 (RJ 2000, 8661) y (RJ 2000, 8662), que la inclusión en una bolsa de empleo es una mera expectativa de derecho, de forma que, si no se trata de bolsas de promoción interna de los que ya tienen la condición de trabajadores, no existe aún ningún tipo de vínculo laboral del aspirante, por lo que la jurisprudencia remite para la resolución de controversias al orden Contencioso Administrativo.*

*13. Entre otros argumentos y en lo que ahora nos interesa, considera el Tribunal Supremo (vid. Sentencia de 19 de enero de 1999 -RJ 1999, 1020- recurso 1857/1998), que en este tipo de casos no se cuestionan jurisdiccionalmente verdaderos derechos adquiridos a los puestos de trabajo en cuestión, sino solamente meras "expectativas de derechos" a los mismos ..."*

II. El Decret d'Alcaldia, de 14 de març de 2020, d'establiment de mesures preventives, de protecció i organitzatives amb motiu del virus COVID-19 estableix en el seu apart tercer, relatiu a l'àmbit d'aplicació, que *"Aquesta resolució és d'aplicació a la ciutadania, quant a l'impacte que se'n derivi de l'afectació de les obres, els serveis i l'activitat municipal, així com al personal que presta serveis a l'Ajuntament de Barcelona i als ens instrumentals adherits a l'Acord vigent de condicions de treball del personal funcionari i laboral de l'Ajuntament de Barcelona.*

*Així mateix, atesa l'excepcionalitat de les circumstàncies, també és d'aplicació al personal de la resta d'entitats del grup municipal (organismes autònoms, entitats públiques empresarials, les societats mercantils de capital íntegrament o majoritàriament municipal i els consorcis, fundacions i associacions adscrites a l'Ajuntament de Barcelona relacionades en l'enllaç [https://ajuntament.barcelona.cat/entitats/sites/default/files/organitzacio\\_ens\\_dependents\\_ca.pdf](https://ajuntament.barcelona.cat/entitats/sites/default/files/organitzacio_ens_dependents_ca.pdf), sense perjudici de les mesures específiques que puguin adoptar en cada cas concret, prèvia comunicació i validació per part del Comitè de Coordinació i Seguiment que analitza en detall l'evolució del COVID-19 a la ciutat. Així mateix i atesa la reiterada excepcionalitat, aquest Decret també serà d'aplicació, en allò que correspongui, a les empreses, i personal al seu servei, que tinguin atribuïda la prestació indirecta de serveis públics municipals".*

L'apartat cinquè del Decret d'Alcaldia, de 14 de març de 2020, relatiu a "D'altres serveis" recull que: *"Tots els serveis que són considerats no essencials procediran a desenvolupar la seva activitat en la modalitat de teletreball... La permanència del personal municipal en el seu domicili, com a conseqüència de la suspensió temporal d'activitats en les unitats respectives, té la consideració de temps de treball efectiu".*

III. L'òrgan gestor de la Bústia Ètica considera, respecte al cas concret comunicat i a la vista dels indicis analitzats, que no hi ha indicis per considerar l'existència d'una conducta contrària al dret, als principis o regles ètiques i de bon govern, atès que **l'àmbit d'aplicació del Decret d'Alcaldia,**

**de 14 de març de 2020**, d'establiment de mesures preventives, de protecció i organitzatives és pel **personal que presta serveis** a l'Ajuntament de Barcelona i als ens instrumentals adherits a l'Acord vigent de condicions de treball del personal funcionari i laboral de l'Ajuntament de Barcelona, atès que **la inclusió en una borsa de treball, d'acord amb la jurisprudència aplicable a l'efecte, és una mera expectativa de dret**, i per tant **no existeix cap vinculació laboral**.

---

## **IV.II. ALERTA RELATIVA A LES CONSEQÜÈNCIES DERIVADES DE LA PRESUMPTA MANCA D'ACCÉS DE DETERMINATS PROFESSIONALS MUNICIPALS PER CONSULTAR EL PADRÓ MUNICIPAL O VOLANT DE CONVIVÈNCIA PER L'EXERCICI DE LES SEVES FUNCIONS**

---

A la Bústia Ètica es trasllada una comunicació relativa a la manca de permís de determinats professionals d'un organisme municipal per consultar el certificat de convivència o el padró per l'exercici de les seves funcions, i li han de demanar a les persones usuàries.

Efectuades les actuacions d'investigació corresponents, examinada la documentació que consta a l'expedient així com la informació facilitada per l'òrgan municipal afectat, i analitzada la normativa d'aplicació, es van traslladar les següents:

### CONSIDERACIONS

I. L'art. 28.3 de la Llei 39/2015, de Procediment Administratiu, regula el dret de l'interessat a no aportar documents que hagin siguts elaborats per qualsevol Administració. En el cas concret, s'identifiquen dos documents: el padró i el certificat de convivència, que són dos documents elaborats pel propi Ajuntament de Barcelona:

#### a) PADRÓ MUNICIPAL

L'art. 16 de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases del règim local regula que el Padró municipal és el registre administratiu on consten els veïns del municipi. Les seves dades constitueixen prova de residència en el municipi i del domicili habitual en el mateix. La formació, manteniment, revisió i custòdia del Padró municipal correspon a l'Ajuntament d'acord amb les normes aprovades conjuntament pel Ministeri d'Economia i Hisenda i el Ministeri per les Administracions Públiques a proposta del Consell d'Empadronament.

#### b) VOLANT DE CONVIVÈNCIA DEL PADRÓ MUNICIPAL D'HABITANTS DE LA CIUTAT DE BARCELONA

El volant de convivència demostra on i amb qui està empadronada una persona a Barcelona, el dia que es demana el volant. L'organisme responsable del tràmit és l'Ajuntament de Barcelona.

II. Respecte a la consulta del padró municipal o volant de convivència per part dels professionals de XXX, la resposta evacuada per part dels òrgans municipals afectats va ser que *"des del juny del 2019 els professionals XXX poden accedir a les dades dels seus usuaris, contingudes al Padró Municipal, des del Portal del Professional. Anteriorment ens consta que també podien fer-ho però desconeixem la data d'inici.*

*Per fer-ho necessàriament cal que facin constar a l'aplicació a través de la qual realitzen la consulta: la seva finalitat, el número d'expedient i l'empara legal i que des de l'Àrea XXX, els professionals tenen accés a les dades del Padró sempre que hi hagi consentiment previ de l'usuari o hi hagi una habilitació legal per a la consulta i es realitza de forma nominal al treballador concret sota autorització de la Direcció del servei que ha de consultar-ho".*

Ateses aquestes consideracions, i que en la comunicació no s'especifica, en concret, el perfil del professional que sol·licita tenir accés al padró municipal i/o al volant de convivència, ni el servei social o prestació concreta, i atesa la informació proporcionada per l'òrgan gestor, no s'han detectat conductes contràries al dret, als principis o regles ètiques i de bon govern i administració.