

# RECOMENDACIONES EN MATERIA DE FUNCIÓN PÚBLICA

## RECOMENDACIONES EN MATERIA DE FUNCIÓN PÚBLICA

---

### I. PRINCIPIOS RECTORES DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

---

#### **PRINCIPIO DE PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA. DERECHO DE ACCESO**

Con carácter general, la publicidad y la transparencia son principios rectores que deben regir los procedimientos selectivos, y estos principios se han de conectar con los de igualdad, mérito y capacidad.

La Ley 19/2014 de 29 de diciembre de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno regula la transparencia como una obligación a cargo de la Administración, que debe facilitar de forma proactiva, es decir, sin necesidad de demanda expresa la información sobre datos y contenidos de diversa naturaleza que son referenciales respecto de su organización, funcionamiento, toma de decisiones más importantes y la gestión de los recursos públicos.

En este sentido, el art. 2 de la Ley 19/2014 define la Transparencia como *"la acción proactiva de la Administración de dar a conocer la información relativa a sus ámbitos de actuación y sus obligaciones, con carácter permanente y actualizado, de la manera que resulte más comprensible para las personas y por medio de los instrumentos de difusión que les permitan un acceso amplio y fácil a los datos y les faciliten la participación en los asuntos públicos"*.

Respecto a los procesos selectivos, el art. 9 de la Ley 19/2014 especifica que la información relativa a la organización institucional y la estructura administrativa que la Administración debe hacer pública en aplicación del principio de transparencia debe incluir: *"e) Las convocatorias y los resultados de los procesos selectivos de provisión y promoción del personal"*.

Por otra parte, constituye un eje básico de la Ley 19/2014 el acceso a la información pública, como un verdadero derecho subjetivo que tienen todas las personas de acceder a la información pública, entendida ésta en sentido amplio, como toda aquella que ha sido elaborada por la propia Administración y también aquella que tiene en su poder como consecuencia de su actividad o el ejercicio de sus funciones.

El derecho de acceso es un derecho que complementa la información que la ciudadanía puede obtener por vía de la transparencia. Sin embargo, dada su configuración como derecho subjetivo, la Ley regula las condiciones de su ejercicio, que verifica mediante un procedimiento específico que intenta garantizar al máximo posible su efectividad.

De acuerdo con el art. 2 de la Ley 19/2014 el derecho de acceso a la información pública es definido como "el derecho subjetivo que se reconoce a las personas para solicitar y obtener la información pública, en los términos y condiciones regulados por esta ley. "

También hay que tener en cuenta la concurrencia de procedimientos cuando la petición de acceso es realizada por una persona interesada en un procedimiento administrativo en trámite en base a lo dispuesto en el art. 53.1.a) de la Ley 39/2015 y art. 26 de la Ley 26/2010.

## **PLANIFICACIÓN DE RECURSOS HUMANOS**

Cualquier administración que aspire a prestar con eficacia y eficiencia servicios de calidad, precisa de instrumentos de ordenación y de gestión de recursos humanos o de otros similares; por lo que, es necesario introducir y consolidar, como método, la planificación de recursos humanos.

### **RECOMIENDA**

**Recuerda que la gestión del sistema de trabajo público debe ser proactiva, y no improvisada o reactiva, proponiendo mecanismos de programación para optimizar el volumen y la distribución del personal, así como la adecuación a las exigencias del servicio público organizado, en puestos de trabajo.**

### **PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD**

El artículo 78 del RDL 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público expone que:

- “1. Las Administraciones Públicas proveerán los puestos de trabajo mediante procedimientos basados en los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.*
- 2. La provisión de puestos de trabajo en cada Administración Pública se llevará a cabo por los procedimientos de concurso y de libre designación con convocatoria pública...”*

El artículo 79.1 del RDL 5/2015, relativo al concurso de provisión de puestos de trabajo del personal funcionario de carrera, regula que:

*“1. El concurso, como procedimiento normal de provisión de puestos de trabajo, consistirá en la valoración de los méritos y capacidades y, en su caso, aptitudes de los candidatos por órganos colegiados de carácter técnico. La composición de estos órganos responderá al principio de profesionalidad y especialización de sus miembros y se adecuará al criterio de paridad entre mujer y hombre. Su funcionamiento se ajustará a las reglas de imparcialidad y objetividad.”*

De estos dos artículos se desprenden, en materia de provisión de puestos de trabajo, dos sistemas principales: el concurso de méritos (procedimiento normal de provisión de puestos de trabajo) y la libre designación. Por otra parte, en el concurso de méritos se reconoce la figura de los órganos colegiados como los

encargados de valorar los méritos, capacidades y aptitudes de los candidatos y las candidatas, y que tanto su composición como su funcionamiento deben respetar los siguientes principios:

- Principio de profesionalidad y especialización
- Adecuación al criterio de paridad entre hombre y mujer
- Principio de imparcialidad
- Principio de objetividad

El principio de imparcialidad es una manifestación o concreción del principio de objetividad de la actividad administrativa que proclama el art. 103.1 de la Constitución española: Art. 103.1 CE: *“La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”*.

En el art. 103.3 de la Constitución española especifica que la ley regulará, entre otros extremos, las garantías para la imparcialidad de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones: Art. 103.3 CE: *“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”*.

En el RDL 5/2015, de 30 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, se recogen los principios de actuación de los empleados públicos en el desarrollo de sus tareas: Art. 52 RDL 5/2015: *“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.”*

Asimismo en el art. 53.2 del mismo cuerpo legal se recoge el principio de la imparcialidad como principio ético: **“Artículo 53. Principios éticos.** 1. Los empleados públicos respetarán la Constitución y el resto de normas que integran el ordenamiento jurídico. 2. Su actuación perseguirá la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos y se fundamentará en consideraciones objetivas orientadas hacia **la imparcialidad** y el interés común, al margen de cualquier otro factor que exprese posiciones personales, familiares, corporativas, clientelares o cualesquiera otras que puedan colisionar con este principio.”

En relación al capítulo I relativo a "Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio", el art. 55.2 del citado cuerpo normativo recoge la imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de provisión como principio

rector en el acceso al empleo público: "Artículo 55. 2 Las administraciones públicas, entidades y organismos a que se refiere el artículo 2 de este Estatuto deben seleccionar 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 provisión.
- d) Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de provisión.
- e) Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas que deban desempeñar.
- f) Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de provisión."

En esta línea, el art. 60 del RDL 5/2015, de 30 de octubre, relativo a los órganos de provisión, expresa que: "Artículo 60. Órganos de provisión. 1. Los órganos de provisión serán colegiados, su composición deberá ajustarse a los **principios de imparcialidad** y profesionalidad de sus miembros, y, asimismo, se tenderá a la paridad entre mujer y hombre."

Para garantizar que los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones se rijan por los principios de objetividad e imparcialidad de los funcionarios públicos, el sistema jurídico, actualmente vigente la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (anterior Ley 30/1992, de 26 de noviembre), se dota de las técnicas de abstención, y en su defecto la recusación, como un derecho de la ciudadanía. En tal sentido, se pronuncia la Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2000, de 5 de octubre: "la imparcialidad en el ejercicio de la función pública viene garantizada "ad extra", es decir, en las relaciones con los administrados, por una serie de cautelas legales, entre las que ocupa un lugar destacado la obligación de abstención y la posibilidad de recusación de los funcionarios cuando concurren determinadas circunstancias previstas legalmente que pueden poner en peligro objetivo la rectitud de su actuación (arts. 28 y 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)".

### **PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL ACCESO A FUNCIONES PÚBLICAS**

La igualdad en el acceso a funciones públicas consiste en no introducir en los procedimientos de selección oportunidades que puedan producir diferencias no preestablecidas e injustificadas entre los/las aspirantes.

El acceso por mérito y capacidad es una garantía de la imparcialidad del funcionariado público en el ejercicio de sus funciones.

La jurisprudencia ha ido definiendo el contenido de los principios en que se rigen el acceso a la función pública.

Estos principios están establecidos por dos preceptos constitucionales estrechamente relacionados entre sí, los artículos 23.2 y 103.3 de la CE. El primero de los preceptos citados consagra el derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a la función pública. El segundo artículo, recoge los criterios de mérito y capacidad, armonizando el principio de igualdad en el acceso.

El artículo 55 del EBEP recoge estos principios apuntados y otros que deben regir en los procedimientos de selección del empleo público, precisamente en garantía de la igualdad, del mérito y capacidad, al respecto se pronuncia el Tribunal Constitucional en la STC Sala 1ª de 23 de abril de 1986 (J1986/50): *“... el art. 23 de la Constitución garantiza a todos los ciudadanos (y sólo a ellos) 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 al 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 art.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.”*

La igualdad es uno de los valores de nuestro estado de derecho. Cuando hay que competir por el empleo público, hay que respetar el canon de igualdad de trato de los aspirantes.

Debemos destacar la doctrina del Tribunal Constitucional en relación al artículo 14 CE, siendo elocuente la STC 114/92 en la que se 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).

Esta afirmación efectuada sobre -la igualdad- en el ámbito selectivo, la jurisprudencia la explicita de forma unánime con la igualdad de oportunidades de los aspirantes de los procesos selectivos, por ejemplo citamos la STS de 23 de febrero de 2016 (rec. 3977 / 2014) sobre la igualdad, al señalar: *“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.”*

También la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental de acceso a la función pública, contenida, entre otras, en la STC 37/2014, de 11 de marzo, está sustentada en la idea esencial de que el contenido de este derecho fundamental no es el derecho a la ocupación de cargos o el desarrollo de cargos o funciones determinadas, sino el de acceder, en condiciones de igualdad, con los requisitos legalmente previstos en los procesos. Razonando en consecuencia que el artículo 23.2 de la Constitución Española es una especificación del artículo 14 de la misma.

### **DERECHO FUNDAMENTAL DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**

Defiende la doctrina que el principio de transparencia en los procedimientos selectivos exige que, aparte del principio de publicidad de los procedimientos, en su formulación más genérica, debe ligarse con otros mandatos constitucionales como son el derecho fundamental de tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución y el principio de objetividad al que debe someterse toda actuación de la Administración Pública de conformidad con el artículo 103.1 de la citada Carta Magna. Y esto mismo conlleva la necesidad de que toda actuación administrativa sea transparente en los hechos, criterios y razones.

#### **RECOMIENDA**

**Impulsar los mecanismos necesarios para la mejora de la transparencia en los procedimientos de selección de personal a fin de garantizar la mejora de la gestión pública en todos sus ámbitos.**

#### **RECOMIENDA**

**En el marco de un proceso selectivo se advirtió a la Gerencia afectada de la evidencia no ya de un riesgo de lesión del derecho a la igualdad de oportunidades sino de una auténtica vulneración del mismo susceptible de materializarse en un grave perjuicio para los aspirantes en el proceso selectivo.**

---

## II. ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA

---

### MIEMBROS DE LOS TRIBUNALES DE SELECCIÓN

La función de los miembros de los tribunales de selección designados es velar por el correcto desarrollo del proceso selectivo garantizando los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad de los aspirantes; aplicar las normas y criterios establecidos en las bases generales y específicas de la convocatoria; aportar los conocimientos técnicos necesarios para la preparación y la valoración de las pruebas y los méritos que conforman el proceso selectivo y resolver los conflictos que puedan plantearse durante el desarrollo del proceso, dada su especial pericia en materia de función pública pero, sobre todo, por su especialidad. Función que, por lo tanto, es igualmente predicable respecto al Tribunal Calificador del presente proceso selectivo.

En tal sentido, hay que hacer mención a las bases de esta convocatoria donde regula su formación, las sesiones, las causas de abstención de sus miembros, la posibilidad de incorporar asesores/as entre otros.

#### RECOMIENDA

**Que el Tribunal de selección es quién debe velar por garantizar la igualdad de los aspirantes y resolver todos los conflictos que puedan plantearse durante el desarrollo del proceso correspondiente.**

#### SEGUIMIENTO DE LA ACTUACIÓN

**La Gerencia informó al órgano gestor del Buzón ético, que a raíz de la recomendación formulada, el Tribunal Calificador acordó la implementación de las Recomendaciones efectuadas en sede del procedimiento selectivo.**

### CÓMPUTO DE MÉRITOS EN LOS PROCESOS SELECTIVOS

Definir y valorar los méritos establecidos para el acceso a la función pública constituyen un elemento esencial para la garantía de los principios de mérito y capacidad en los procedimientos selectivos.

En el caso de las convocatorias, aprobadas por la Comisión de Gobierno en sesión celebrada el 10 de enero de 2019, ahora en fase de ejecución, y las bases de las plazas de la categoría de técnico /a medio/a en trabajo social; de las de la categoría de técnico/a medio/a en educación social y la categoría de técnico/a superior en psicología, en la fase de concurso de las tres convocatorias citadas en sus anexos número 2 en el Baremo de Méritos (máximo 30 puntos) se establece de la siguiente forma:

1. Experiencia profesional (máximo 25,00 puntos)

De la lectura de las bases de estas convocatorias y en especial del apartado correspondiente al concurso se desprende:

1) En el baremo de méritos:

a) no hay ninguna indicación que haga mención que dentro del cómputo de los servicios prestados en las determinadas categorías (técnico/a medio/a trabajo social; técnico/a medio/a en educación social y técnico/a superior en psicología) de cada una de estas convocatorias se contabilicen los servicios prestados en empresas privadas (ni de otras empresas que hayan estado unidas con esta Administración municipal mediante contratos públicos para la gestión de servicios públicos).

b) sólo se podrán contabilizar los servicios prestados en las categorías correspondientes a cada convocatoria los prestados en ayuntamientos de municipios de más de 250.000 habitantes, así como en los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados a estos ayuntamientos. También los servicios prestados en otras Administraciones públicas, así como los organismos públicos y entidades de derecho público vinculado a estas administraciones públicas.

2) Sólo se computará los meses de trabajo acreditados exclusivamente en la categoría profesional de la que se trate en cada convocatoria (ya sea técnico/a medio/a trabajo social; técnico/a medio/a educación social y técnico/a superior en psicología respectivamente) y sólo en aquélla, y así debe constar expresamente acreditado de acuerdo con lo mencionado en punto 1 a).

Hay que avanzar aquí que, en el supuesto objeto de la alerta y por tanto de análisis, **no se ha encontrado ninguna** constancia de que la antigüedad en la empresa computada a los/las trabajadores o reflejada a efectos de la subrogación corresponda en su integridad al tiempo prestado efectivamente en cada una de las categorías de las convocatorias mencionadas dado que en los anexos que se acompañan en el citado acuerdo figura únicamente el personal a subrogar; una relación detallada de homologación de categorías; atribución de puestos de trabajo; jornada, horario especial y régimen específico de vacaciones y antigüedad en la empresa (**sin precisar en qué categoría**).

En el expediente que justifica el acuerdo adoptado por la Comisión de Gobierno de 8 de septiembre de 2016, (donde se declaraba la sucesión de empresa del 1 de octubre de 2016 y procedía a la subrogación del personal de la empresa adjudicataria de los servicios) concretamente, en el acta de la reunión del comité de

empresa de fecha 5 de septiembre de 2016, consta el acuerdo del Comité de empresa del Ayuntamiento de Barcelona sobre la aplicación al personal subrogado adscrito al servicio de Atención, Recuperación y Acogida (SARA) y los Puntos de Información y Atención a las Mujeres (PIAD) del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajos de los/las empleados/as públicos/as del Ayuntamiento de Barcelona (personal funcionario y laboral, guardia urbana y servicios de prevención, extinción de incendios y salvamento) para los años 2008-2011 (código de convenio núm.0815752). En dicho acuerdo se prevé también que reconocerá la fecha de antigüedad del personal subrogado que consta en el anexo 1 a efectos de méritos en todos los procesos de selección y a efectos de, en su caso, el cálculo de indemnizaciones por despido o extinción contractual.

En los antecedentes de este acuerdo consta que:

*"La Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Barcelona declaró la sucesión de empresa en el Ayuntamiento de Barcelona, en fecha 1 de octubre de 2016, y por tanto la subrogación del personal de la empresa adjudicataria, de los servicios: Servicio de Atención, Recuperación y Acogida (de ahora en adelante SARA) y los Puntos de Información y Atención Mujeres (en adelante PIAD) de acuerdo con lo **previsto en el art. 44 del Estatuto de Trabajadores y el art. 1, apartado c) de la Directiva 23/2001 / CE, garantizando la adopción de todas aquellas medidas que se consideren procedentes para velar por el respeto a los derechos básicos de los trabajadores y trabajadoras que prestan el servicio.***

*El artículo 44, 4 del ET, en materia de condiciones de trabajo, regula que salvo pacto en contra, establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores, las relaciones laborales de los trabajadoras afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión sea de aplicación a la empresa centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida. Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida".*

Dada esta regulación y según consta en el acta de la reunión de fecha 5 de septiembre de 2016 de la mesa general de negociación del Ayuntamiento de Barcelona y en el acta de la reunión del comité de empresa en la misma fecha, se mantuvo el convenio de aplicación que tenían en el momento de la transmisión, el Convenio Colectivo de Acción Social con niños, jóvenes, familias y otros en situación de riesgo y no el del Ayuntamiento de Barcelona.

Dado a que el mantenimiento de las condiciones de trabajo es dispositiva y se puede modificar por un pacto establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo.

En la condición de trabajo cuarta número 3 y 6 se acordó lo siguiente:

4.3. El tiempo trabajado devengará a efectos de trienios, premio de antigüedad y la experiencia profesional a partir de la fecha de subrogación.

4.6. El Ayuntamiento de Barcelona reconocerá la fecha de antigüedad del personal subrogado que consta en el anexo 1 **a efectos de méritos en todos los procesos de selección** y a efectos de, en su caso, el cálculo de indemnizaciones por despido o **extinción** contractual.

Estos acuerdos referidos como número 4.3 y 4.6 comportan lo siguiente:

Nos encontramos en un supuesto de una reversión de la gestión directa de un servicio por la propia administración pública, que puede plantear lo siguiente: si los trabajadores fijos de plantilla de la contratista o concesionaria originaria pasan como trabajadores fijos de plantilla con esta condición. En principio, se podría dar una respuesta afirmativa de acuerdo con el principio sucesorio ex art. 44 del ET, esto es, el mantenimiento de la condición de fijos. Ahora bien, la adquisición de la condición de personal fijo no puede entrar en ningún caso en colisión con las normas que exigen que el acceso al trabajo público sea de acuerdo con los principios de méritos y capacidad en condiciones de igualdad (art. 23 CE).

Este problema se ha resuelto con la interpretación jurisprudencial de la figura del personal laboral indefinido no fijo.

En el informe antes citado ya hacía alusión *"a que este tipo de relación laboral se ha articulado mediante las construcciones jurisprudenciales de "personal subrogado" o de trabajador "indefinido no fijo", creada esta última inicialmente para sancionar las irregularidades en la contratación temporal de las administraciones públicas, pero trasladada después también a los casos de sucesión empresarial con motivo de la reversión de servicios por parte de las administraciones"*. Por lo que, estos/as trabajadores/ras revertidos/as a la administración municipal con este supuesto estarán en una situación de provisionalidad, condicionada a la superación del proceso selectivo a fin de dar cumplimiento a las exigencias en el acceso del empleo público, previa oferta pública, para acceder a los puestos de la categoría funcional correspondiente de acuerdo con los principios de mérito, capacidad e igualdad.

Alguna de la jurisprudencia que se ha pronunciado al efecto y que por ser representativa se cita es la Sentencia del Tribunal de Justicia de Castilla y León de Valladolid, Sala Social, de 9 de noviembre de 2011 (Rec.1693 / 2011) que apela el sentido funcional de la sucesión de empresas aludido anteriormente, hay que considerar que: *"... sin que a estos efectos tenga relevancia que esta empresa sea una Administración pública, y esto independientemente de que los trabajadores que hayan sido integrados así, como que no han pasado por un proceso selectivo destinado a garantizar los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, sólo puedan ser considerados en el seno de ésta como "indefinidos no fijos", con las consecuencias previstas en la disposición adicional quinta del Estatuto de los trabajadores, es decir, esto no es obstáculo*

*para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establece la normativa aplicable, y el trabajador indefinido no fijo debe continuar desempeñando el puesto que ocupaba hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que dicho trabajador acceda a empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo ... "*

Asimismo, hay otros pronunciamientos jurisprudenciales que han insistido en esta conclusión, como ahora SAN de 29 de octubre de 2013 (ROJ 4545/2013), STSJ de las Islas Baleares, de 8 de mayo de 2014 (ROJ: 4136/2014 ) y la STSJ de Murcia de 15 de febrero de 2016 (ROJ: 247/2016). También, la doctrina laboralista también se ha mostrado, con carácter general, favorable a esta conclusión.

En consecuencia, *"un indefinido no fijo"* sería aquella persona que, de acuerdo con la legislación laboral, tendría un contrato indefinido pero que, como consecuencia del hecho de no haber superado un proceso de acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales (igualdad, mérito, capacidad y y publicidad), no tiene la consideración de fijo, declaración que queda reservada a los tribunales (disposición adicional trigésima cuarta, apartado 2, de la ley de Presupuestos del Estado para el año 2017).

El profesor Joan Mauri Majós<sup>30</sup> manifiesta que la integración del personal en estos procesos debe tener en cuenta los siguientes aspectos: la aplicación del artículo 44 ET determina la conservación de la relación laboral preexistente y mantiene una vinculación especial con su tipo de contrato y lugar de trabajo, que puede figurar en un anexo de la plantilla presupuestaria y de la relación de puestos de trabajo; estas plazas y puestos de trabajo, que por sus características especiales no se pueden integrar en los instrumentos de ordenación de personal preexistentes, deben seguir existiendo en la condición de "a extinguir" hasta que se produzca su amortización en ocasión de vacante; a este tipo de personal no se le puede reconocer aquellos derechos y expectativas laborales que están subordinados al ingreso en el sector público derivado de un proceso selectivo, y la consecuencia necesaria de ello es que su horizonte de carrera, provisión de puestos y movilidad debe quedar circunscrito al ámbito estricto de la unidad transmitida y a la estructura de puestos de trabajo en el que se desarrollaban sus funciones en la situación anterior; el personal subrogado mantiene los derechos y obligaciones laborales que se hayan consolidado y adquirido, sin llegar a las meras expectativas legales o futuras (STS de 6 de octubre de 2015, ROJ: 4840/2015); se conservan las condiciones más beneficiosas que hayan podido adquirir, sin que con una colisión entre éstas y las normas reguladoras del empleo público sea suficiente para eliminar el juego de las instituciones laborales que consagran el mantenimiento de los derechos contractuales preexistentes (STS de 3 de febrero de 2016, ROJ 907/2016)<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> Profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona en su artículo "Consecuencias de la remunicipalización en materia de personal"

<sup>31</sup> La negrita y el subrayado del texto es nuestro

En concordancia con el contenido de las citadas sentencias también encontramos la STJUE de 6 de abril de 2017 (C-336/15) Unión ECLIEN:EU:C: 2017:276 al establecer que no se puede limitar la antigüedad:

*“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 los del 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).”*

**Una vez analizada la jurisprudencia y la doctrina más especializada en esta materia, consideramos (con las precisiones que a continuación se desarrollarán) ajustada a la normativa laboral el reconocimiento de la antigüedad del personal subrogado de los servicios PIAD Y SARA.**

**Ahora bien, tenemos que concretar el alcance de esta antigüedad del personal subrogado de los servicios citados.**

El reconocimiento de la antigüedad configura un **concepto retributivo ligado a la prestación de servicios, que conlleva los efectos de acumulación de servicios para determinar los trienios** que se deben reconocer al trabajador en cuestión. Esta afirmación comporta que en el supuesto analizado este reconocimiento de servicios tiene cabida para la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, **pero no tiene paralelismo en un reconocimiento de esta antigüedad acumulada a efectos de méritos o servicios prestados en la administración ya que se trata de servicios prestados empresas privadas, aunque adjudicatarias para la ejecución de los servicios PIAD y SARA, lo que conlleva que la selección de este personal ha sido efectuada por otros mecanismos ajenos al del personal al servicio de las Administraciones Públicas** y en concreto, en el caso que nos ocupa, del Ayuntamiento de Barcelona sometidos al **respeto de los principios de mérito, capacidad e igualdad.**

En la línea que hemos apuntado se hace necesario incidir en el hecho de que, **a pesar de las bases de las convocatorias analizadas son posteriores al acuerdo de las condiciones del personal subrogado de los servicios del PIAD y SARA, no queda reflejado en éstas el reconocimiento del tiempo trabajado por el personal "subrogado" en las empresas adjudicatarias que servían antes del 1 de octubre de 2016.**

Llegados a este punto se puede **concluir que computar como experiencia profesional dentro del baremo de méritos (en la fase de concurso) la fecha de antigüedad del personal subrogado que consta en el anexo 1 del acta de la reunión del comité de empresa de 5 de septiembre de 2016 a efectos de méritos en todos los procesos de selección sería contraria a las bases, la jurisprudencia y la doctrina analizada. Postura ésta que viene reforzada, además, por el hecho de que en el presente caso los servicios prestados:**

- a) han sido **sólo en el ámbito privado.**
- b) que más allá de la antigüedad prestada a la empresa **no consta acreditado que este tiempo lo haya sido en su totalidad prestados en dichas categorías de referencia, pues no consta así acreditado en los respectivos expedientes.**

- c) **en las bases no se recoge ninguna excepción en este sentido (aunque, como ya se ha dicho, son posteriores a dicho acuerdo de condiciones de trabajo de este personal subrogado con efectos de 1 de octubre de 2016).**

Y esta conclusión entendemos que no comporta ningún incumplimiento de la normativa laboral aplicable en esta subrogación, y si, en cambio, puede suponer un incumplimiento en el ámbito administrativo y en derechos constitucionales protegidos.

Este criterio ha sido invocado por la jurisprudencia, en concreto en la sentencia del Juzgado Contencioso Administrativo núm. 1 de Palma de Mallorca de 27 de junio de 2017 (00291/2017) fundamenta 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.”*

También la sentencia núm. 178/2014, de 12 de marzo de 2014, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia (Sección 2ª), en la que, refiriéndose a una fundación, señala en su fundamento jurídico tercero:

*“... 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.”*

En igual sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 29 de octubre de 2012 (sentencia núm. 3.157 / 2012) en su fundamento jurídico quinto dice: *“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 indefinido no fijo, en este caso, es un personal que ha accedido al ejercicio de funciones públicas sin probar su mérito y su capacidad sino por mecanismos selectivos del ámbito privado (y por tanto fuera de las garantías y preceptivos controles administrativos). **Por tanto, sería contrario a la CE, a la jurisprudencia y al ordenamiento jurídico, así como un agravio comparativo para el resto de aspirantes y contrario al principio de igualdad, que a este "personal subrogado" se le reconozcan aquellos derechos y expectativas laborales que queden estrictamente vinculados a un inicial acceso en condiciones de igualdad; mérito; capacidad y, como bien destaca la jurisprudencia, la publicidad.**<sup>32</sup>

#### RECOMIENDA

En consecuencia, vistas las consideraciones efectuadas anteriormente y las conclusiones que se desprenden, y dado que las bases de la convocatoria en cuanto a las bases del concurso (la de los méritos a valorar) que a la fecha en la que se formula esta recomendación aún no ha finalizado el proceso selectivo analizado, ni siquiera se ha iniciado la fase de valoración de méritos pero sí que existe una inquietud general que se refleja en el número de comunicaciones que ha recibido el órgano gestor del Buzón Ético al respecto, se recomienda a los efectos preventivos atendiendo que estos procesos selectivos entran en fase de ejecución, lo siguiente:

1) Aplicar, *stricto sensu*, el contenido de las bases de las convocatorias de las plazas de la categoría de técnico/a medio/a en trabajo social; de la categoría de técnico/a medio en educación y técnico/a en psicología respectivamente, en concreto el apartado de la presentación de los méritos de valoración en la fase del concurso y ajustarse al cumplimiento de los principios que se rigen al acceso a la función pública y, por tanto, constreñir a los servicios prestados en las categorías citadas en ayuntamientos de municipios de más de 250.000 habitantes, así como en los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de los mismos (se valorará con 0,35 puntos por mes de trabajo acreditado, hasta un máximo de 25 puntos); y los servicios prestados en otras Administraciones públicas, así como en los organismos públicos y entidades de derecho público o vinculados o dependientes de las mismas (se valorará con 0,24 puntos por mes de trabajo acreditados, hasta un máximo de 17 puntos) y a la acreditación de los mismos.

<sup>32</sup> STSJ de Asturias de 29 de 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".

2) Valorar, si es procedente, el impacto que dentro de la organización municipal (tanto desde un punto de vista funcional, como de garante de una gestión pública que favorece los principios de buen gobierno y los principios de mérito y capacidad en el acceso de la función pública) puede tener el cómputo o el sistema de cómputo de los méritos en la fase de concurso de estos procesos selectivos y los criterios que se puedan utilizar a tal efecto. Incluso de cara a los posibles recursos que puedan interponerse en el ejercicio de las acciones que conforme a derecho asisten a los/las aspirantes/as. En este sentido no se pueden obviar las "alertas" activadas a raíz del elevado número de comunicaciones que han tenido entrada mediante el canal del Buzón Ético y de Buen Gobierno sobre este tema.

No podemos olvidarnos de los estrictos criterios selectivos para el acceso a la función pública fijados en la Constitución Española, en las leyes y en el ordenamiento jurídico no son baladí, sino que obedecen al objeto de garantizar la máxima calidad en la prestación de los servicios públicos y, por tanto, en garantizar la plena satisfacción del interés general.

#### SEGUIMIENTO DE LA ACTUACIÓN

La Gerencia afectada informó al órgano gestor del Buzón Ético, que a raíz de las recomendaciones formuladas respecto al cómputo de méritos del personal laboral subrogado adscrito a SARA (Servicio de Atención, Recuperación y Acogida), y a los PIAD (Puntos de Información y Atención a la Mujer), en el marco de los procesos selectivos de concurso oposición emprendidos por la Gerencia de Personas y Desarrollo organizativo, las recomendaciones fueron trasladadas a los tribunales calificadoros y *"que ha sido asumido por ellos y aplicadas las recomendaciones en la valoración de méritos"*

---

### III. BOLSA DE INTERINOS

---

#### GRUPO PROFESIONAL

El grupo profesional es el que agrupa unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, y puede incluir diferentes tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades asignadas al/la trabajador/a.

Por acuerdo entre el/la trabajador/a y el empresario/a, se asigna a aquél/lla a un grupo profesional, y se establece como contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo, la realización de todas las funciones correspondientes al grupo profesional asignado, o algunas de ellas.

En la negociación colectiva, regulada en los artículos 17, 22 y 84.2, del Estatuto del Trabajador, resulta de especial trascendencia, en el desarrollo del sistema de clasificación profesional, lo siguiente:

- es el medio más eficaz para integrar las perspectivas e intereses singulares de los diversos sectores, profesiones, procesos productivos y empresas.
- responde las necesidades de adaptación a la organización, transformación y producción.

La estructura del sistema de clasificación, dentro de la empresa, debe respetar los principios de igualdad y no discriminación. Además, es habitual que los convenios establezcan determinados requisitos de titulación, a efectos de encuadre y promoción profesional.

Cabe precisar que la falta de titulación profesional exigida impide, en principio, tanto el acceso al grupo profesional, como el abono de las diferencias salariales, pues este requisito constituye la garantía para el uso correcto de una profesión.

A pesar de que los convenios no establezcan titulaciones, como presupuesto habilitante para el ejercicio de una actividad profesional, si esto no está previsto en una norma con rango de ley, sí pueden exigir una determinada titulación académica o profesional para acceder a un grupo profesional concreto, aunque se trate de una profesión no titulada, a fin de mantener el nivel cultural y técnico que resulte más adecuado para una actividad profesional determinada, siempre que esta exigencia no resulte arbitraria, ni discriminatoria, y guarde relación con el contenido funcional de la categoría.

#### RECOMIENDA

En el caso concreto de la comunicación, se ha constatado que no se ha producido ningún tipo de diferencia entre la titulación exigida en los tres procedimientos de selección de personal del órgano gestor, con las titulaciones exigidas a los diferentes procesos selectivos mencionados. No se ha observado ninguna anomalía, ni quebrantamiento de principios y reglas de selección, en relación con el mérito y la capacidad, para acceder a los puestos de trabajo ofrecidos en las diferentes contrataciones.

#### ORDEN DE LLAMADA A LA BOLSA DE INTERINOS

El art. 27.4 del Acuerdo de las condiciones de trabajo establece que *"cuando se produzca una necesidad de incorporación en una categoría determinada se **llamará al siguiente candidato/a** de la lista que en aquellos momentos no esté prestando servicios"*; en este sentido el Acuerdo de la Comisión de Seguimiento expone que *"cuando se produzca una necesidad de incorporación en una categoría determinada, se **llamará a la o al siguiente candidato de la lista** que en aquellos momentos no esté*

*prestando servicios con nombramiento o contratación de la misma categoría". Finalmente es un derecho del/a candidato/a "recibir cualquier ofrecimiento en función del orden de prelación establecido".*

La finalidad de las bolsas de trabajo es la incorporación de personal funcionario interino en la organización municipal para atender vacantes y sustituciones mediante la superación de procesos selectivos regidos por los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad.

De acuerdo con esta definición se configuran dos figuras necesarias:

- a) la Organización municipal, atendiendo a los motivos de urgencia y de mantenimiento de servicios esenciales, se nutre de estos/as candidatos/as para continuar prestando servicios establecidos;
- b) el/la candidato/a, que tras superar un proceso selectivo, tiene la expectativa de ocupar un puesto de trabajo mientras la bolsa de trabajo sea vigente. Con este objetivo, las personas aspirantes revisan mensualmente en qué situación se encuentran de la bolsa de trabajo.

En este sentido, la fijación de los criterios para los nombramientos de la bolsa de trabajo del funcionariado interino deben ser claros, fiables, contrastables, entendidos, visibles, y por lo tanto públicos, rigiéndose por los principios de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de manera que permita a los posibles aspirantes comprobar que la selección del candidato se ajusta a la legalidad (eliminando la posibilidad de cualquier tipo de error).

Por parte del Ayuntamiento de Barcelona se ha dotado de un Acuerdo de la Comisión de Seguimiento sobre la constitución y funcionamiento de las bolsas de trabajo, en el que especifica un único criterio de incorporación *"llamar al siguiente candidato de la lista"*.

Por lo tanto, en el momento que el/a candidato/a comprueba una serie de alteraciones en el orden de puntuación, tan evidente como por ejemplo pasar en un mes del orden 45 al 22, dejando el resto de los/las candidatos/as atrás; entra en una situación de confusión, dado que no se siguen las reglas establecidas, teniendo una percepción de opacidad de la actuación de la administración en la gestión de las bolsas de trabajo que además limita su derecho a ejercer las acciones pertinentes en defensa de sus derechos a la vez que desconoce los motivos por los que otra persona candidata que ha obtenido peor puntuación que él en el preceptivo proceso selectivo le adelanta en posiciones.

Sin embargo, para el caso concreto, el Departamento afectado expone que han entrado en juego varios criterios en la selección de estos/as candidatos, además del orden en la bolsa de trabajo, como: adecuación de perfiles dentro de una misma categoría (mediante CV y competencias observadas en el proceso), planificación acordada y necesidades expresadas por determinados departamentos, pero queda

constatado que estos criterios no se encuentran contemplados en la normativa de aplicación.

Efectivamente, podría ser razonable la introducción de un criterio de preferencia para el desarrollo de los puestos de carácter interino que constituyen la bolsa de trabajo, por ejemplo, en los casos en los que se requiera, supongamos, un/a técnico/a superior en derecho de la lista de técnicos superiores de gestión y así se justificara, se escoja el/la candidato/a que disponga de esta especialidad o titulación; y podría justificar alterar el orden de nombramiento del número 50 al 20.

Este criterio de preferencia es admitido por la jurisprudencia. Reseñamos, por todas, la STSJ nº 1092/2017, de 3 de octubre de 2017 *“En primer lugar ha de decirse que el criterio de preferencia que se establece no impide la participación del resto de los integrantes de la bolsa de empleo, sino que establece una prioridad, que no requisito de acceso, para el desempeño de las plazas”*, pero ha de existir una *“justificación objetiva, en cuanto que el criterio de preferencia se hace coincidir con la exigencia de unos específicos conocimientos en concretas áreas de la actividad”*.

Pero esta argumentación factible no se contempla en la normativa de aplicación y tampoco es visible al resto de candidatos, por lo que en estos supuestos se debería, desde el órgano gestor, realizare un informe justificativo, previa consulta preceptiva a la Comisión de Bolsas, y publicar este cambio de listado, indicando la especialidad necesitada.

Hay que tener en cuenta, en relación a la jurisprudencia aplicable al caso concreto, que *“Si el actor considera que en la cobertura de una concreta vacante por personal interino no se ha seguido el orden de llamamientos previsto en la Lista..., deberá impugnar el nombramiento de interino que considera ha perjudicado sus derechos al no respetarse el orden previsto”* (STSJ 16/2018, Sala de lo Contencioso de Cáceres, de 25 de enero de 2018).

Y en caso de que sea efectivo, es decir que: *“Ha quedado acreditado que la demandante fue preterida en el llamamiento para ser contratada con preferencia a otros trabajadores. La vulneración de ese derecho, materializada en la inobservancia de las normas reguladoras de la bolsa de trabajo, precisa una reparación, que lógicamente ha de ser integral conforme prevé el art. 1101 y concordantes del Código Civil. Esa reparación implica no sólo el pago de los salarios dejados de percibir y el computo del período que debió haber trabajado a efectos de mérito para futuras contrataciones sino también, en primer lugar, computar ese período a efectos de antigüedad, por ser éste un derecho inherente a la prestación de servicios de que fue privada la trabajadora; y en segundo lugar, el derecho a las prestaciones futuras de Seguridad Social, que quedó mermado a causa de la ausencia de cotizaciones correspondientes al período que debió ser contratada”* (STSJ de País Vasco, Sala de lo Social, de 30 de mayo de 2000), con el consecuente perjuicio al erario público.

**Desde la perspectiva de la prevención (finalidad perseguida también por el Buzón Ético frente a las conductas reactivas) es palmario que la jurisprudencia reseñada**

además permite vislumbrar el riesgo de futuras demandas judiciales que entraña la práctica observada en relación a la gestión de las bolsas.

#### RECOMIENDA

Razones éstas (tanto la derivada de las exigencias de los principios éticos, de buen gobierno y administración como desde la vertiente de la prevención) por las que se recomienda como propuesta de mejora de la gestión de las bolsas de trabajo:

- Revisión en el seno de la Comisión de Seguimiento del Acuerdo de Condiciones de Trabajo del Acuerdo de la Comisión de Seguimiento sobre la constitución y funcionamiento de las bolsas de trabajo, a fin de incluir:

- a) los otros criterios que puedan utilizarse para la llamada del candidato, diferentes al de la puntuación obtenida por éste a la finalización del proceso selectivo en la medida que puedan alterar el orden de "Llamamiento" inicialmente establecido a raíz de aquella puntuación;
- b) la necesidad en estos casos del correspondiente informe justificativo, y
- c) la publicación de esta actuación cada vez que se produzca.

Mientras tanto habrá que gestionar estos supuestos, mediante informe justificativo, previa consulta preceptiva a la Comisión de Bolsas, y publicar estos cambios en el orden del listado, indicando la especialidad necesitada o las habilidades requeridas de manera que el/la postulante pueda comprobar si las tiene o no.

- Mantener publicadas todas las modificaciones que se vayan produciendo en las listas de las bolsas de trabajo con el objetivo de que los/las candidatos/as puedan comprobar con continuidad su posición en la bolsa así como su evolución.

#### SEGUIMIENTO DE LA ACTUACIÓN

La Gerencia afectada emitió posteriormente un informe con consideraciones a la Recomendación emitida donde se informa de una motivación concreta en relación a las diversas casuísticas de alteración del orden de llamada, que no se había incluido al responder el primer requerimiento emitido por el órgano gestor del Buzón ético, a pesar de que en él se pedía información al respecto.

---

## IV. SISTEMA DE PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO

---

### LIBRE DESIGNACIÓN

El art. 78 del TREBEP expone que las Administraciones Públicas han de proveer los puestos de trabajo mediante los procedimientos de concurso y de libre designación con convocatoria pública, rigiéndose por los principios de igualdad, mérito,

capacidad y publicidad; principios derivados de los arts. 23.2 y 103.3 de la CE, que operan, no sólo en el momento inicial de acceder a la función pública, sino también en un posterior momento del desarrollo o promoción en la carrera administrativa, (donde se incluye la provisión de puestos de trabajo).

En definitiva la provisión de puestos de trabajo consiste en la adscripción de un/a empleado/a, que ya tiene la condición de empleado/a público, a un determinado puesto de trabajo. En la relación de puestos de trabajo de la administración es donde se determinará el sistema de provisión a utilizar para cada puesto de trabajo, así como los requisitos y elementos esenciales que deben incluirse en la convocatoria.

En aplicación del art. 79. 1 del RDL 5/2015 el sistema normal para proveer puestos de trabajo es el concurso de méritos, en aplicación del art. 79. 1 del RDL 5/2015, puede ser: a) general, para los puestos de base; y b) específico para los sitios singulares o de mando. Excepcionalmente se podrá proveer por libre designación los puestos que figuren en esta calificación en la RLT.

Respecto a la regulación de la libre designación como forma de provisión, es contemplada en el 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"*.

Por lo tanto, dado que la característica esencial de la libre designación es la apreciación discrecional, que no se puede confundir con el concepto de libre arbitrio o arbitrariedad, procede clarificar el contenido de la libre designación y sus límites (STS de 19 de mayo de 2016):

- a) Forma de provisión excepcional atendiendo el literal del art. 79 que considera el concurso como el procedimiento normal de provisión de puestos de trabajo.
- b) Se aplica a puestos de trabajo determinados en atención a la naturaleza de sus funciones.
- c) Sólo entran en este grupo los puestos directivos y de confianza que la ley relaciona.
- d) La objetivación de los puestos de especial responsabilidad estará incorporada en las relaciones de puestos de trabajo, que deberán incluir la denominación y características esenciales de los puestos, y serán públicas, facilitando así el control.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo incardina la apreciación discrecional en la doctrina de la legitimidad de la discrecionalidad técnica en el sentido de que considera que hay cuestiones que deben ser resueltas por un juicio fundado en

elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración.

Concretamente la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2007 define la discrecionalidad técnica como: *"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 también expresa esta STS que es necesario diferenciar entre el núcleo del juicio técnico sobre el que opera esta clase de discrecionalidad, y la obligación de explicar las razones de este juicio técnico, cuando haya sido demandadas o cuando se haya planteado la revisión de la calificación que exteriorice este juicio técnico, que quedan fuera del ámbito propio del juicio de discrecionalidad técnica.

Por lo tanto, atendiendo al cumplimiento del límite constitucional (art. 9.3 CE) de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, la motivación del juicio técnico es necesaria en los procesos selectivos de libre designación.

#### RECOMIENDA

En el caso concreto de los procesos selectivos objeto de la comunicación, la motivación del juicio técnico consistió en el siguiente literal:

*"PROPONER EL NOMBRAMIENTO... de XXX dado que su candidatura es la que más se adecua al perfil profesional y competencial requerido para este puesto de trabajo".*

Para concluir si esta motivación es suficiente y adecuada, es necesario remitirnos a las STS de 18 de diciembre de 2013, STS de 12 de marzo de 2014, STS de 16 de marzo de 2015, STS 11 de febrero de 2016 entre otros que recogen el contenido que debe tener la motivación del juicio técnico que, como mínimo, debería cumplir estas principales exigencias:

- a) Expresar el material o fuentes de información sobre las que operó el juicio técnico.
- b) Consignar los criterios de valoración cualitativa que se han seguido para emitir el juicio técnico.
- c) Concretar las razones del porqué de la aplicación de estos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente al resto.

Se aprecia, por tanto, que la motivación de los nombramientos mencionados no

reúne el contenido mínimo especificado jurisprudencialmente. Este hecho implica que no es posible discernir si el juicio técnico se movió dentro de los márgenes que resultan tolerables en la apreciación discrecional, ni tampoco si el juicio técnico fue o no igualitario entre los candidatos. Es más, de acuerdo con la Sentencia del TSJ del País Vasco de fecha 30 de octubre “en el procedimiento de provisión de puestos de trabajo, la motivación constituye el único elemento que permite referir la resolución a los principios de mérito y capacidad, por lo que su ausencia compromete el derecho a la igualdad de los aspirantes”, en este sentido se pronuncia la SSTC 76/1990 “Se infringe el principio de igualdad, en síntesis, si la diferencia de trato carece de una justificación objetiva y razonable a la luz de las condiciones de mérito y capacidad o, dicho en otros términos, cuando el elemento diferenciador sea arbitrario o carezca de fundamento racional”.

Hay que tener en cuenta, por tanto, que una motivación articulada sin reunir los elementos necesarios, puede conllevar un elevado riesgo de vulneración de los principios de igualdad y capacidad en la selección del personal directivo y en consecuencia desvirtuar el sistema de provisión por libre designación, y en cualquier caso, podría cuestionar la objetividad e imparcialidad que debe guiar la actuación de la Administración pública, y dañar la confianza de la ciudadanía y del resto de servidores públicos.

Hay que traer a colación el tenor literal de los siguientes párrafos de la Sentencia 4 de febrero de 2016 del Tribunal Supremo:

*“No está en discusión la legalidad ni tampoco la constitucionalidad del procedimiento de provisión de puestos de trabajo mediante el sistema de libre designación en el bien entendido de que no es el que se ha de utilizar con carácter general sino solamente, a título de excepción, en aquellos supuestos en que se justifique debidamente en consideración de la naturaleza de los puestos de trabajo de cuya provisión se trate su necesidad. Tampoco está en cuestión que la libre designación implica una valoración por quién deba realizarla que comprende, junto a la comprobación del cumplimiento de los requisitos establecidos, un juicio de idoneidad y confianza respecto de la persona a designar.*

*... la libre designación supone en su apreciación “una evidente connotación de discrecionalidad”. Así, pues, si estamos en el ámbito de discrecionalidad, no cabe arbitrariedad en su ejercicio y es imprescindible una motivación suficiente,....*

*Decir que de los dieciséis solicitantes, todos los cuales reúnen los requisitos exigidos, ninguno reúne las condiciones de idoneidad y confianza necesarias, no es decir nada si no se añaden unas mínimas explicaciones que permitan descartar la utilización de esa fórmula al antojo de quién debe hacer la designación. Explicaciones que deben ofrecer una concreción, aún elemental, de cuál es la idoneidad de la que se habla y de por qué ninguno de los solicitantes la posee ni es merecedor de confianza.”*

*...*

*Si ponemos en relación la falta de motivación ya apreciada con la secuencia de acontecimientos que se acaban de recordar, no es difícil concluir que se ha utilizado*

*el procedimiento de libre designación, no para seleccionar a quién cumpliendo los requisitos mejor reúne las condiciones de idoneidad y confianza entre los solicitantes, sino para adjudicar el puesto de trabajo a una determinada persona.”*

En consecuencia, a la vista del informe de provisión de puesto de trabajo del expediente xxx, y de conformidad con la previa jurisprudencia señalada, así como las disposiciones normativas de aplicación, se echa en falta una motivación suficiente y adecuada en la justificación de la propuesta, de acuerdo con los citados parámetros y evitar una posible vulneración de los principios de mérito y capacidad en la selección y promoción de conformidad con el art. 103.3 de la Constitución Española.

Es más, el tenor literal de la propuesta de nombramiento y la de la posterior resolución reflejan una motivación exigua que da lugar a que puedan concurrir riesgos de vulneración de los principios de igualdad, mérito y capacidad, y de desfigurar el sistema de provisión de puestos de trabajo por libre designación que debilitan la confianza de los ciudadanos y de los propios servidores públicos en la imparcialidad y objetividad de la Administración Pública en una materia tan sensible como la de selección de personal a su servicio.

En consecuencia el órgano gestor del Buzón ético, propuso:

- Motivar el juicio técnico cumpliendo las exigencias jurisprudenciales

El tenor literal de la propuesta de nombramiento y la de la posterior resolución refleja una motivación exigua que da lugar a que puedan concurrir riesgos de vulneración de los principios de igualdad, mérito y capacidad, y de desfigurar el sistema de provisión de puestos de trabajo para libre designación que debilitan la confianza de los ciudadanos y de los propios servidores públicos en la imparcialidad y objetividad de la Administración Pública en una materia tan sensible como la de selección de personal a su servicio.

La libre designación es la excepción de la provisión de puestos de trabajo, como toda excepción a la regla, debe ser interpretada estrictamente y la administración, cuando la utilice deberá justificar de forma específica, y habrá una motivación del juicio técnico cumpliendo las exigencias jurisprudenciales referenciadas.

También hay que recordar que, en relación a la libre designación y la motivación, el principio de igualdad, plasmado en el art. 23.2 CE, representa el derecho que tienen los/las ciudadanos/as a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos determinados en las leyes postula que no haya diferencia de tratamiento que *“carezca de justificación razonable y objetiva a la luz de los principios de mérito y de capacidad y que el elemento diferenciador no sea arbitrario o carezca de racional fundamento.”*

Este derecho tiene la condición de derecho fundamental, que goza de una tutela judicial reforzada mediante un procedimiento basado en los principios de

preferencia y sumario, abierta a la posibilidad de la interposición de recursos ante la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional.

#### SEGUIMIENTO DE LA ACTUACIÓN

La Gerencia afectada informó al órgano gestor del Buzón ético de la aceptación de las recomendaciones emitidas.

#### RECOMIENDA

En el procedimiento selectivo referenciado observa la existencia del cumplimiento del deber de motivación, atendiendo por un lado el test de valoración de las competencias profesionales de cada uno de los candidatos que consta en el expediente y, por otra, el informe justificativo donde existe la constancia de una explicación o exteriorización de las razones por las que se llegó al juicio técnico correspondiente, sin que proceda entrar en el fondo de la motivación que en último caso correspondería a los Tribunales. Y, en tal sentido, hay que añadir que tampoco consta en el expediente administrativo de la libre designación referenciada que se haya presentado ningún recurso contra la decisión del citado tribunal seleccionador ni contra el nombramiento de la persona funcionaria.

#### COMISIÓN DE SERVICIOS

La provisión de puestos de trabajo, como gestión de recursos humanos, implica la cobertura de los puestos de trabajo que han quedado vacantes, mediante los sistemas establecidos reglamentariamente. Con este fin, en la provisión de puestos de trabajo se debe respetar los principios de legalidad, objetividad, mérito y capacidad de las personas aspirantes, igualdad, publicidad, eficacia y eficiencia.

La comisión de servicios se configura como un sistema de provisión extraordinario, dentro del ámbito de la potestad discrecional de autoorganización (STSJ de Madrid de 7 de junio de 2004), con carácter temporal; donde los funcionarios y funcionarias deberán reunir los requisitos y condiciones establecidas en la relación de puestos de trabajo para el desarrollo de las funciones o los lugares que pasen a ocupar.

Concretamente, el art. 185 Decreto 214/1990, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del personal al servicio de las entidades locales, regula que: "1. La comisión de servicios tiene carácter temporal y no puede durar más de dos años. Este supuesto se da exclusivamente por necesidades del servicio, conlleva el destino a un puesto de trabajo distinto del que el funcionario ocupa e implica la reserva de este sitio. 2. Si esta comisión de servicios es de carácter forzoso e implica el cambio de localidad de destino, dará lugar a las indemnizaciones que correspondan". Y en el art. 188.1 se contempla el criterio general que "la comisión de servicios debe ser realizada voluntariamente, excepto en casos de urgente e inaplazable necesidad aprobada por el presidente de la corporación". **La interpretación**

**conjunta de ambos preceptos revelan** dos características substanciales de la comisión de servicios: su voluntariedad y el carácter temporal, dado que ésta no puede extenderse más de dos años, excepto en la comisión de servicios forzosa, la cual "no puede tener una duración superior a los seis meses".

En la comunicación recibida en el Buzón ético se ha evidenciado por la Gerencia afectada, que la comisión de servicios referida al/la Sr/a XXX va más allá de la limitación temporal de dos años establecida por la normativa de aplicación. Es decir, que ha venido ocupando, en comisión de servicios el puesto de trabajo especificado sin solución de continuidad desde el año 2013, por tanto excediendo notoriamente el plazo máximo fijado por las comisiones de servicios.

Sobre esta cuestión la jurisprudencia se ha pronunciado en reiteradas ocasiones; así, hay que traer a colación la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 754/2018, de 14 de diciembre al afirmar, en relación al límite temporal de la comisión de servicios en su fundamento de derecho, que: *“La cuestión que enfrenta a ambas partes en este incidente consiste en dilucidar cuál ha de ser el sentido del fallo. Es decir, si cabe que se extienda la comisión de Servicios más allá del plazo máximo legal (dos años, ex art. 104.1 del Decreto 123/1997 y 85.3 del Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre) o si debe limitarse a dicho plazo. En efecto, conforme a la normativa indicada las comisiones de servicios tendrán siempre carácter temporal y quedarán sin efecto si es necesario por razón de servicio, o porque se provea el puesto por el procedimiento ordinario o por el transcurso del tiempo para el que se concedió, que será un máximo de dos años.”*

En segundo lugar, puede citarse, al respecto, la sentencia del Juzgado Contencioso Administrativo de Tarragona nº 285/2015 de fecha 3 de noviembre de 2015 en la que se concluye que: *“Pasando ya a la cuestión de fondo que nos ocupa, el sindicato recurrente solicita la aplicación del art. 185 del Decreto 214/1990, según el cual las comisiones de servicio tienen una duración de un año, con un máximo de dos años mediante prórroga, y consiguientemente la nulidad del acto de nombramiento. Hay que destacar que esta conclusión viene amparada por la jurisprudencia; así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia 875/2012, Sección Segunda, de 16 de octubre. Sin negar la literalidad de la norma, el Ayuntamiento alegó tres motivos de oposición: el primero de ellos, que no se ha probado que sea una comisión de Servicios prorrogada; el segundo, que lo acordado entra dentro de la potestad de autoorganización de la Administración, y en tercer lugar que en el periodo en que se aprueba la comisión de Servicios existen restricciones para el nombramiento de funcionarios. Ninguna de las tres razones ha de prosperar, debiendo estimarse, por ello, la demanda interpuesta...”*

Por otra parte, hay que incidir que el fin de la temporalidad impuesta en la comisión de servicios implica la no permanencia en este sistema de cobertura de puesto de trabajo, precisamente, con el objetivo de no prolongar estas situaciones provisionales y temporales. Atendiendo su carácter temporal, cuando transcurre el plazo establecido por la normativa, conlleva que el funcionario no dispone del correspondiente amparo legal para ocupar el puesto de trabajo, atendiendo que *“el simple transcurso del plazo es per se causa suficiente para la terminación de una comisión de Servicios”* (STA TSJ Valladolid nº 1424/2012 de 20 de julio de 2012)

## RECOMIENDA

En el ámbito del ejercicio del cumplimiento de la normativa de aplicación y de las buenas prácticas el órgano gestor del Buzón Ético procedió recomendar:

a) Trasladar a las Gerencias afectadas la necesidad de reconducir la situación de incertidumbre jurídica cuando se ha excedido el plazo máximo de la comisión de servicios, y proceder a la cobertura del puesto de trabajo por los canales legalmente establecidos. En esta línea, la concesión de las comisiones de servicios es una facultad que corresponde a la administración, de acuerdo con su potestad de autoorganización, que le garantiza un amplio margen de actuación a la hora de consolidar, modificar o completar sus estructuras y de concretar o configurar organizativamente el estatus del personal a su servicio. Pero el ejercicio de esta potestad debe relacionarse con la posible desigualdad o discriminación que podría suponer respecto la expectativa de otros funcionarios interesados en acceder a este puesto de trabajo, que aprecian que al no ser ofertada esta plaza sigue siendo cubierta durante años, sin solución de finalización, bajo la figura extinta de la comisión de servicios, y por la apreciación discrecional de la administración. Hay que tomar también en consideración la incertidumbre jurídica que representa y en la que se sitúa el/la funcionario/a que se encuentra en comisión de servicios y ya ha excedido con creces el plazo máximo de la misma.

b) Refuerzo de la motivación en la utilización de la figura de la comisión de servicios, especialmente en:

o La concurrencia de la alegación "necesidades del servicio", atendiendo que este presupuesto permite excepcionar los sistemas ordinarios de provisión de puestos de trabajo. Se incide que la concurrencia de esta circunstancia habilitante debe estar acreditada en el procedimiento administrativo correspondiente y explicitada en la resolución del nombramiento, *"permitiendo en cualquier caso cuestionar la legalidad de la decisión mediante el análisis de la realidad del presupuesto fáctico en el que se asienta"* (STSJ Madrid nº 619/2006 de 24 de abril).

o La procedencia de la prórroga de la comisión de servicios a la misma persona funcionaria, de conformidad con lo establecido en la jurisprudencia, citamos por todas la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia en la Sala de lo contencioso-administrativo de Galicia de 16 de diciembre de 2015 (rec. 445/2014), reproduciendo a continuación su fundamento jurídico tercero: *"TERCERO.- Hemos de subrayar que las comisiones de servicio son excepcionales en su adopción y limitadas temporalmente, circunstancia que dados los antecedentes del caso y la tutela de la sentencia a ejecutar, conducen a la carga de la Administración de robustecer las razones por las que se opta por la comisión de servicio ante tan inaudita prolongación de la misma a la luz del elocuente dato de que se vuelve con la misma figura de provisión temporal y respecto de la misma*

*persona. ... Así, el carácter temporal de las comisiones de servicio es subrayado por toda la legislación del ramo. De ahí que la correcta ejecución de la sentencia se salvaguardaba con una imperiosa, convincente, razonada y detallada motivación de acudir a la comisión de servicios y a la misma persona, exigencias que no se han cumplido. En efecto, lleva cubierta en comisión de servicios desde el 16 de Julio de 2008 lo que plantea incluso las posibles responsabilidades disciplinarias y en su caso penales de quienes propician tan anómala situación más allá de la duración máxima prorrogada de tal figura, y que encierra una prolongación ilegítima de funciones a sabiendas de su irregularidad."*

---

## V. DEBERES Y CÓDIGO DE CONDUCTA DE LOS/LAS EMPLEADOS/AS PÚBLICOS/AS

---

### ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN

La abstención constituye el deber y obligación de las personas empleadas públicas de no participar o intervenir en actos o procedimientos (en los que debería informar o decidir en ellos por razón de su cargo), cuando concurren las causas establecidas en la normativa de aplicación para garantizar la imparcialidad y objetividad. Es en el art. 23 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del Sector Público donde se recogen los supuestos de hecho de las causas fijadas<sup>33</sup> de abstención.

Por otra parte, en el apartado 5.g) del Código ético y de conducta del Ayuntamiento de Barcelona recoge como principio ético y rector de la actividad municipal la imparcialidad y la correspondiente obligación de abstención en los siguientes términos:

*"g) Imparcialidad: actuarán de forma legítima y adoptarán las decisiones con imparcialidad, con garantía de las condiciones necesarias para una actuación independiente con el fin de representar a toda la ciudadanía y no a determinados colectivos o intereses políticos, y no condicionados por conflicto de interés y siempre en beneficio del interés público.*

*El ejercicio del cargo debe ser al servicio exclusivo de los intereses generales y con vocación de servicio público, sin incurrir en situación de conflicto de interés, ya sea real, potencial o aparente, y con la obligación de abstenerse de participar en aquellos asuntos en los que concurra algún supuesto legal de abstención o esté en peligro la imparcialidad, tal como se desprende de los imperativos legales. "*

---

<sup>33</sup> Se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2015 "el carácter taxativo de las causas de abstención y recusación que establece el citado artículo 28 de la Ley 30/1992, no permite su aplicación analógica"

Hay que recordar que de acuerdo con la Disposición Adicional primera del Código ético las personas que forman parte de los tribunales de provisión les son de aplicación las disposiciones de este Código como miembros de este órgano y en el ejercicio de las funciones inherentes a éstos.

La recusación opera cuando, concurriendo alguna o algunas de las circunstancias previstas, no se produce la abstención voluntaria, el interesado en el procedimiento pone de manifiesto su recelo sobre la imparcialidad de los/las empleados/as públicos/as interviniente. Los interesados pueden promover la recusación en cualquier momento de la tramitación del procedimiento (art. 24.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del Sector Público), y se planteará, por escrito, en el que se expresará la causa o causas en las que se fundamenta (art. 24.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre).

En relación a este último extremo, las causas de recusación no sólo deben ser invocadas, sino que deben ser probadas, es decir, según la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 162/1999, para apartar una autoridad o funcionario del conocimiento de un asunto concreto “... es siempre preciso que existan sospechas objetivamente justificadas, es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos, que permitan fundadamente afirmar que la autoridad u órgano no es ajeno a la causa o que permitan tener por cualquier relación con el caso concreto, que no utilizará como criterio de juicio el previsto por la Ley, sino otras consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico”.

#### RECOMIENDA

**En el marco de la abstención y recusación del tribunal de selección de una bolsa de interinos, donde se expone que “Los aspirantes que han sacado las máximas notas ya estaban ocupando dichos puestos temporalmente con anterioridad, y han sido corregidos y evaluados por sus superiores actuales y que lo fueron en tiempo de su anterior “interinaje”, incurriendo en un supuesto de abstención/recusación por relación de servicio que no se ha respetado”.**

**Atendiendo que no se menciona en la comunicación ninguna otra causa, se debería focalizar si los hechos de la comunicación son subsumibles en la causa del apartado 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”, sobre esta causa se ha pronunciado la jurisprudencia, a modo de ejemplo se reproducen los siguientes:**

**“... tampoco es asimilable a “relación de servicio” que se menciona en el motivo de abstención e) del artículo 28.1 de la LRJPAC.**

**Esa “relación de Servicio” alude a prestaciones personales o profesionales insertas en vínculos de carácter contractual (arrendamiento civil de servicios o contrato de trabajo), y que por tal razón su continuidad o reanudación no dependen sólo de la voluntad de quien las realiza”. (Sentencia Tribunal Suprem 870/2003, de data 11 de febrer de 2003).**

*“La “relación de servicio” que en dicho apartado es mencionada como motivo de abstención está referida a la relación entre empleador y empleado propia del vínculo de dependencia del contrato de trabajo, y no a la simple subordinación funcional que pueda haberse dado entre dos personas que, siendo ambos empleados públicos de la Administración o de cualquier ente público, realizan cometidos profesionales diferentes...*

*Otra cosa sería que existiera entre esas personas la “amistad íntima” que encarna el distinto motivo de abstención c) de ese mismo artículo 28.1 de la Ley 30/1992. Pero debe decirse que amistad “íntima” no es la simple relación de conocimiento personal que se deriva de la coincidencia como compañeros en el mismo centro de trabajo, pues lo que la caracteriza es un vínculo personal que se mantenga más allá del lugar de trabajo; esto es, el vínculo que se deriva de un trato frecuente o cotidiano al margen de la profesión que, por ello, demuestre esa superior proximidad afectiva que resulta necesaria para que se pueda hablar de “amistad íntima”. Y ha de añadirse, finalmente, que la demanda, respecto de las personas sobre las que sostiene el deber de abstención, no aporta datos o circunstancias que revelen que han tenido con los aspirantes aprobados esa estrecha relación personal, al margen de la profesión, que resulta necesaria para que pueda ser apreciada la “amistad íntima”. (Sentència Tribunal Suprem 8889/2012, de fecha 11 de febrero de 2003).*

*“no existe entre funcionarios dentro de la función pública, una relación de servicio y menos del superior con el inferior” (STSJ de Asturias de 7 de noviembre de 1997).*

*“la existencia de relaciones laborales como funcionarios entre la adjudicataria y alguno o algunos de los miembros de la Comisión de Valoración no implica necesariamente la concurrencia de amistad íntima con todos y cada uno de sus miembros, ni tan siquiera con aquéllos con quienes les une una relación de trabajo, a no ser que existan otros elementos de esa relación de amistad” (STSJ de Asturias de 7 de noviembre de 1997).*

El órgano gestor del Buzón ético concluyó que, con la mera invocación de la causa e) del art. 23 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del Sector Público, no puede considerarse que se haya incurrido en una causa de recusación, en primer lugar porque en términos generales, la jurisprudencia se ha pronunciado en los mismos extremos, y en términos específicos, del caso concreto no hay identificación de las personas aspirantes en el proceso, ni información respecto al departamento adscrito, ni la identificación de los superiores jerárquicos para poder realizar actuaciones de investigación más precisas en relación a la existencia de alguna actuación o intervención de algún o algunos miembros del Tribunal que haya podido ser determinante o influir en la decisión del órgano colegiado.

A los efectos pertinentes, el art. 8.4.a) de las Normas Regulatoras del Buzón ético establece como obligación de la persona que hace la comunicación a *“describir de la manera más detallada posible la conducta que comunica y a proporcionar toda la documentación disponible sobre la situación que comunica, o indicios objetivos para obtener las pruebas, sin poder iniciar actuaciones fundamentadas sólo en opiniones”.*

#### RECOMIENDA

Respecto a la concurrencia de causa de abstención en la actuación de personal municipal, que en esta comunicación se ha producido una vulneración de los deberes y principios éticos al comprometer la neutralidad e imparcialidad del Ayuntamiento de Barcelona.

En este sentido, la regulación de los artículos 52 a 54 el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, establecen una serie de deberes y principios éticos que deben presidir la actuación de todos los empleados y empleadas públicos de los que interesa destacar los contenidos en los apartados 5, 7 y 11 del artículo 53, que establecen que éstos/éstas deben abstenerse en los asuntos en que tengan un interés personal, así como de toda actividad privada o interés que pueda representar un riesgo de plantear conflictos de intereses con su puesto público; no deben aceptar ningún trato de favor o situación que implique privilegio o ventaja injustificada, por parte de personas físicas o entidades privadas; y ejercerán sus atribuciones según el principio de dedicación al servicio público y abstenerse no sólo de conductas contrarias a este principio, sino también de cualquier otra que comprometan la neutralidad en el ejercicio de los servicios públicos.

#### SEGUIMIENTO DE LA ACTUACIÓN

El órgano municipal efectuado, al evacuar el requerimiento efectuado por el órgano gestor del Buzón Ético, reconoció que las actuaciones realizadas no eran una buena práctica, y que por eso se habían suspendido.

#### RECOMIENDA

En esta comunicación relativa a un proceso de provisión, el órgano gestor del Buzón ético concluye que no existen indicios suficientes que avalen la posible concurrencia de una causa de abstención o recusación en los hechos objeto de esta comunicación consistentes en que el aspirante había trabajado en la misma dirección que un/a miembro del Tribunal.

Pero sí puede recomendar la adopción de medidas que intenten minimizar cualquier riesgo que pueda comprometer, aunque aparentemente, la imagen de imparcialidad y objetividad del sector público municipal del Ayuntamiento de Barcelona en materia de acceso a la función pública (también en su modalidad de promoción y ascenso en la carrera profesional) en la línea apuntada por parte de la doctrina<sup>34</sup> *“sería oportuna 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*

---

<sup>34</sup> Severiano Fernández Ramos "Acceso al empleo público: igualdad y integridad", número 46 de la Revista General de Derecho Administrativo "(Iustel, octubre 2017).

*directa o indirectamente un interés que pudiera “parecer” que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de selección”*

## **SITUACIÓN DE UN CONFLICTO DE INTERES**

*"El conflicto de intereses de los responsables públicos es un conflicto entre obligaciones públicas e interés privado que puede, indebidamente, influir en el cumplimiento de sus obligaciones y responsabilidades".*

Sobre esta definición se pronuncia el catedrático Manuel Villoria (Vd. "Incompatibilidades y conflictos de interés en la administración local") y concluye que también incluye las situaciones de conflicto potencial o aparente:

*“(...) De esta definición surge como consecuencia el reconocimiento de que se incluyen en la misma no sólo las situaciones en las que, de hecho, existe un inaceptable conflicto entre los intereses como persona privada de un responsable público y sus obligaciones como tal responsable público, sino también aquellas situaciones en las que existe un aparente conflicto de interés o un potencial conflicto de interés. En suma, a efectos de la OCDE, el conflicto puede ser aparente: pueden darse pero no se dan los conflictos. O puede ser potencial: podría haber conflicto en el futuro si el funcionario/a asumiera ciertas responsabilidades. Pero ambos tipos de conflicto, aun cuando no sean reales y actuales, se incluyen en la definición y se regulan. Un conflicto aparente de intereses se da cuando hay un interés personal implicado que podría hacer pensar razonablemente a los ciudadanos que dicho interés ejerce una influencia indebida en el responsable público, aun cuando, de hecho, no la ejerza o, incluso, cuando de hecho no exista tal influencia (...). Este tipo de situaciones generan un potencial de duda sobre la integridad del responsable público, o sobre la integridad en su conjunto de la organización donde éste trabaja, que recomendarían que tal tipo de situaciones se evitaran, aun cuando no exista real conflicto de intereses. La imagen y el prestigio de las instituciones públicas recomiendan que se eviten conflictos de interés aparentes (...).”*

### **RECOMIENDA**

**Que en los hechos expuestos se ha producido una vulneración de los deberes y principios éticos al comprometer la neutralidad e imparcialidad del Ayuntamiento de Barcelona.**

### **SEGUIMIENTO DE LA ACTUACIÓN**

**El órgano municipal efectuado reconoció que las actuaciones realizadas no eran una buena práctica.**

## RECOMIENDA

En el ámbito del ejercicio del cumplimiento de la normativa de aplicación y de las buenas prácticas, advirtió de la posibilidad de incurrir la actuación del/de la empleado/a municipal en una situación de conflicto de intereses, al menos aparente, dado que el objeto de la empresa XXX en la que colabora se podría encontrar vinculado al objeto de la Gerencia en la que está adscrito/a.

### **FALTA DE RESPUESTA DE LAS INSTANCIAS PRESENTADAS POR LA PERSONA COMUNICANTE EN RELACIÓN A UNA PROVISIÓN POR MOVILIDAD VOLUNTARIA HORIZONTAL**

En relación a la falta de respuesta de las dos instancias presentadas por la persona comunicante, hay que hacer referencia al artículo 21 -aceptación y devolución de documentos- de la Instrucción para el funcionamiento del Registro General del Ayuntamiento de Barcelona publicado en la Gaceta Municipal de Barcelona del 10 de Octubre de 2009.

Este artículo establece lo siguiente:

*"Todas las unidades administrativas destinatarias de la documentación registrada tendrán acceso a la aplicación del registro a través de una bandeja donde podrán consultar todo lo que se les envía y también, según el caso, dar o no dar su conformidad. Esta conformidad equivaldrá en el albarán de recepción de la documentación.*

*En caso de no dar la conformidad a la documentación registrada, y que figura en la bandeja de la unidad administrativa, podrá utilizar la opción "Redirección" o la opción "Rechazo". Si quién ha recibido erróneamente la documentación conoce el órgano gestor destinatario, podrá, previa comprobación del error, dirigir la documentación a aquél mediante la opción "Redirección", y si no lo conoce, podrá devolverla a la oficina del Registro que la ha enviado con la función "Rechazo". La aceptación, la Redirección y el Rechazo se harán en el plazo máximo de diez días hábiles, pasados los cuales se producirá la aceptación automática, y en todo caso cuando la documentación remitida llegue a la unidad administrativa de destino.*

*Cuando dependen de una oficina del Registro alguno o algunos destinos que, a su vez, tienen otros destinos aquella podrá efectuar la remisión a los mismos."*

Si valoramos las actuaciones llevadas a cabo en su conjunto al haberse producido la aceptación automática de las dos instancias presentadas por la persona comunicante y no haber efectuado la respuesta correspondiente a la instancia presentada se puede haber interferido en la garantía de la efectividad del derecho de defensa y de tutela judicial efectiva de ésta, al no haber contestado a la persona comunicante, pero en ningún caso justifica esta inactividad en informarla. Cabe

destacar que los derechos de una persona interesada pueden ser considerados derechos de defensa, derechos formales reconocidos a quienes forman parte de un procedimiento administrativo. No se puede obviar, que en la tramitación de los procedimientos administrativos se debe garantizar el derecho de defensa quedando vetada la indefensión de las personas interesadas.

También, se hará especial referencia a que la Administración debe dar respuesta escrita a las cuestiones que las personas le planteen por escrito, tanto en el marco de un procedimiento administrativo, como cuando formulen sugerencias, propuestas, quejas o demandas de información, de acuerdo con el Código de Buenas Prácticas administrativas aprobadas el 2 de septiembre de 2009 por la Sindicatura de Greuges de Cataluña el 2 de septiembre de 2009.

Sin embargo, el silencio administrativo permite a la persona interesada acceder a la tutela judicial, pero no exime a la Administración de la obligación de dar respuesta ni le impide resolver en cualquier sentido, ya que una respuesta a tiempo puede concretar los elementos necesarios para desarrollar el derecho que tenga la persona aspirante.

No podemos dejar de mencionar que el Código ético y de conducta del Ayuntamiento de Barcelona en su artículo 12 i) - Normas de conducta relativas a la transparencia y acceso a la información dice: *"... garantizar la transparencia en la selección de personal..."*

También en el preámbulo del Código ético se recoge como uno de los principios y valores éticos que contiene es el de informar de todas las actuaciones municipales a fin de impulsar y respetar el deber de informar y que la información proporcionada sea transparente.

#### **RECOMIENDA**

**Vistas las consideraciones efectuadas anteriormente, el órgano gestor del Buzón ético, en el ámbito del ejercicio del cumplimiento de la normativa de aplicación y de las buenas prácticas procede recomendar.**

**La necesidad de dar respuesta a cualquier petición que efectúe cualquier aspirante/a de cualquier procedimiento de selección de personal a fin de que dispongan de los mecanismos necesarios para desplegar sus derechos, y así garantizar su derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva que les pueda corresponder.**

## UTILIZACIÓN INDEBIDA DE DATOS PERSONALES DE EXALUMNOS/AS DE UN CENTRO DE FORMACIÓN MUNICIPAL

### RECOMIENDA

Que el Centro de Formación no ha actuado diligentemente al enviar publicidad de la entidad XXX al correo electrónico de sus alumnos/as y ex alumnos/as dado que no consta su consentimiento expreso para recibirla ni para utilizar sus datos personales a tales efectos. Tampoco existe ningún convenio ni contrato que justifique la relación entre la empresa de viajes y el ente municipal, razón por la que podemos concluir que se han utilizado indebidamente los datos personales de los alumnos vulnerando la regulación del artículo 5.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de Carácter Personal (legislación aplicable en el momento de producirse los hechos), que exige que las personas interesadas a los que se soliciten datos personales sean previamente informadas de modo expreso, precisa e inequívoca:

- a. *"De la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de los datos y de los destinatarios de la información.*
- b. *Del carácter obligatorio o facultativo de la respuesta a las preguntas que les sean planteadas.*
- c. *De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos.*
- d. *De la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.*
- e. *De la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante."*

### SEGUIMIENTO DE LA RECOMENDACIÓN

El órgano municipal afectado aceptó la Recomendación practicada por la DA y reconoció que las actuaciones realizadas no eran una buena práctica.

---

## VI. RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

---

- I. Normativa de aplicación en materia de régimen de incompatibilidades al personal laboral

En relación a la aplicabilidad de la normativa en materia de régimen de incompatibilidades al personal laboral, hay que incidir en que es de plena aplicación, en los mismos términos y las mismas condiciones que el personal funcionario, dado que el art. 1.2 de la Ley 21/1987, de 26 de noviembre, de incompatibilidades del personal al servicio de la Administración de la Generalidad expone que es de aplicación al personal al servicio de las corporaciones locales y de los entes, organismos y empresas dependientes, sea cual sea su relación jurídica de trabajo.

## II. Actividad privada compatible

Respecto a que la actividad privada desarrollada en la empresa sea una actividad compatible, y por tanto no sea necesario solicitar la declaración de compatibilidad, hay que tener en cuenta que la regla general en el régimen de incompatibilidades es que el ejercicio de un segundo puesto de trabajo o actividad pública o privada requiere, en todos los casos, la autorización expresa previa, salvo en las consideradas no sujetos al régimen de incompatibilidades (art. 17 Ley 21/87, de 26 de noviembre y art.339 ROAS).

El art. 2 Ley 21/87, de 26 de noviembre y art. 322 ROAS identifica cuáles son las actividades que se consideran compatibles, y por tanto, que no deben ser autorizadas:

- La Administración del patrimonio personal o familiar, con las excepciones previstas en el art. 11 Ley 21/87 y 330 ROAS.
- La participación en seminarios, cursos o conferencias en centros oficiales destinados a la formación de funcionarios, si no tienen carácter permanente o habitual y no superan las 75 horas anuales.
- La participación en tribunales u órganos de selección para el ingreso en las administraciones públicas.
- La participación en exámenes, pruebas o evaluaciones efectuadas por el personal docente, si son diferentes de las que le corresponden habitualmente.
- El ejercicio del cargo de presidente, vocal o miembro de las juntas rectoras de mutualidades o patronales de funcionarios, siempre que no sea retribuido.
- La producción y la creación literarias, artísticas, científicas o técnicas y la colaboración en publicaciones, siempre que no se originen como consecuencia de una relación de trabajo o una prestación de servicios.
- La participación ocasional en coloquios y programas en cualquier medio de comunicación, y la colaboración y la asistencia a congresos, seminarios y conferencias, siempre que no se originen como consecuencia de una relación de trabajo o una prestación de servicios.
- La realización de trabajos científicos, técnicos o artísticos y el desarrollo de cursos de especialización.

## III. Régimen disciplinario

El art. 23 de la Ley 21/1987 de 26 de noviembre prevé que *"el incumplimiento de lo dispuesto en esta ley debe ser sancionado disciplinariamente, sin perjuicio de la ejecutividad de*

*la incompatibilidad en que se haya incurrido*". En estos mismos términos se expresa el art. 20 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre.

Respecto al régimen disciplinario, el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, regula en su art. 94.2 que la potestad disciplinaria se ejercerá de acuerdo con el principio de legalidad y tipicidad de las faltas y sanciones, mediante la predeterminación normativa, o en el caso del personal laboral, de los convenios colectivos.

En el Anexo I de Condiciones específicas del personal laboral del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de los empleados públicos del Ayuntamiento de Barcelona, respecto al correspondiente régimen disciplinario, especifica:

- a) En el art. 12.1.l) es considerado una falta grave *"El ejercicio de actividades profesionales, públicas o privadas, sin haber solicitado autorización de compatibilidad"*.
- b) En el art. 12.1.n) es considerado una falta muy grave *"El incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades cuando ello dé lugar a una situación de incompatibilidad"*.

En este sentido, hay que tener en cuenta la prescripción de las faltas recogida en el art. 15 del Anexo I del Acuerdo, que en el mismo sentido que el art. 97 Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, especifica que las infracciones muy graves prescriben a los tres años, las graves a los dos años, y las leves a los seis meses. Así como que el plazo de prescripción empieza a contar desde que la falta se haya cometido y desde el cese de su comisión cuando se trate de faltas continuadas, supuesto de falta de este caso.

Finalmente hay que añadir que el art. 24 de la Ley 21/1987 prevé que los órganos a los que le corresponde la dirección, inspección o mando de los diversos servicios, deben tener cuidado, bajo su responsabilidad, de prevenir o corregir, en su caso, las incompatibilidades en que pueda incurrir el personal.

#### IV. Aplicación del Código ético y de conducta

En fecha 3 de octubre de 2017, entró en vigor el Código ético y de Conducta del Ayuntamiento de Barcelona, aprobado por el Plenario del Consejo Municipal, en sesión del día 30 de junio de 2017.

De conformidad con el art. 3.1, *"el Código es aplicable en el ámbito del Ayuntamiento de Barcelona y en las entidades municipales vinculadas o dependientes de éste a cualquier nivel (organismos autónomos, entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles municipales o con participación municipal mayoritaria, y consorcios, fundaciones, y asociaciones dependientes del Ayuntamiento de Barcelona)"*. Por lo tanto, el Código es aplicable al Instituto Municipal XXX, como organismo autónomo local del Ayuntamiento de Barcelona de acuerdo con el art. 1 de sus Estatutos

aprobados definitivamente por el Plenario del Consejo Municipal del Ayuntamiento de Barcelona.

En relación a las personas destinatarias y sujetas a este Código, el art. 3.3 incluye el personal de dirección de servicios, concretando que *"Las direcciones de servicios son los puestos de trabajo de niveles 28 y 30 del Ayuntamiento y de las entidades municipales vinculadas o dependientes de los mismos, de acuerdo con lo estipulado en el catálogo de puestos de trabajo, los decretos de estructuras organizativas y los decretos de dimensionamiento"*. En atención este artículo, la persona que desarrolla las tareas de Dirección 2 está sujeta a los preceptos del Código ético.

En este sentido, de acuerdo con el art. 7. f) del Código ético y de Conducta las personas sujetas a este Código deben *"ejercer el cargo con dedicación plena y exclusiva"*.

Asimismo, y más concretamente en el art. 7. g) in fine incide en que *"El personal eventual y el personal directivo debe ejercer el cargo con dedicación plena y exclusiva, sin poder compatibilizar su actividad con el ejercicio de ningún otro puesto de trabajo, cargo, representación, profesión o actividad mercantil, profesional o industrial, de carácter público o privado, por cuenta propia o ajena salvo:*

- 1.- las actividades excluidas del régimen de incompatibilidades, siempre que no comprometan la imparcialidad e independencia de la función*
- 2.- el ejercicio de funciones docentes universitarias retribuidas, siempre que no sea en detrimento de la dedicación al ejercicio del cargo público, en régimen de dedicación a tiempo parcial y con una duración determinada.*

*Aquellas personas a las que, excepcionalmente, se le atribuya la dedicación ordinaria o la parcial podrá contabilizar una segunda actividad, de acuerdo con lo establecido en la legislación sobre compatibilidades."*

Finalmente, en relación al incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades o declaraciones, el art. 18 del Código ético y de Conducta regula que será *"sancionado de acuerdo con el régimen específico establecido por la legislación aplicable en esta materia"*.

#### **RECOMIENDA**

**Que debería haber solicitado autorización expresa previa al órgano competente para su desarrollo atendiendo que los hechos de la comunicación se desprende que la actividad privada desarrollada por el/la Sr./Sra. XXX no se podría incluir en ninguno de los supuestos mencionados de actividad compatible, por lo que se aprecia que las actividades descritas en el certificado del Registro Mercantil, como las relatadas en la comparecencia, no serían una actividad privada compatible.**

**Así mismo, el Consejo Rector del órgano afectado adoptó el acuerdo de nombrar al Sr./Sra. XXX como Director /a xxx con Complemento de Destino de nivel XX, adscrito a la Dirección de XXX por haber superado la convocatoria de provisión mediante libre designación núm. XXX.**

A la vista de lo actuado, cabe concluir que existen indicios suficientes como para actuar de conformidad con lo dispuesto en el art. 12.2 de las Normas reguladas del Buzón ética y de buen gobierno.

En este sentido la Disposición Adicional de las Normas Regulatoras del Buzón ético y de Buen Gobierno especifica que las comunicaciones al Buzón que tengan por objeto vulneraciones de normas de conducta previstas en el Código de conducta del Ayuntamiento de Barcelona por parte de sus destinatarios, se investigarán de acuerdo con lo que disponga el Código.

En esta línea, el art. 16 d) del Código de Conducta y de Buen Gobierno, el Comité de ética tiene entre sus funciones formular recomendaciones sobre los incumplimientos del Código, sin perjuicio de las funciones de investigación del órgano de control que corresponda, de acuerdo con los principios de colaboración y coordinación.

Por lo que damos traslado de estas actuaciones de investigación al Comité de ética del Ayuntamiento de Barcelona por si aprecia en el ejercicio de sus competencias si los hechos descritos vulneran lo que desprende el Código ético. Asimismo, sin perjuicio de esta actuación, y ad cautelam, se da traslado de estas actuaciones de investigación a la Gerencia afectada por si aprecian, a la vista de la presente investigación, que los hechos descritos son susceptibles de incoar un procedimiento disciplinario de acuerdo con el EBEP y la normativa relativa a las incompatibilidades, en ejercicio de su competencia. En este sentido, le sugerimos que se ponga en contacto con la Dirección XXX, para la articulación de este procedimiento disciplinario, en su caso.

#### SEGUIMIENTO DE LA ACTUACIÓN

El Comité de ética emitió una recomendación concluyendo, en la línea apuntada por la DA en su Recomendación, que la actuación del empleado/a público/a no se adecua a lo previsto en las normas de conducta 5.g) y 7.g) del Código ético y de conducta, y se le comunica el deber de cesar en las actividades profesionales privadas no compatibles.

Atendiendo la petición ad cautelam de la recomendación del órgano gestor del Buzón ético, dirigida a la Gerencia afectada, para que valorara si los hechos descritos podrían ser susceptibles de incoar un procedimiento disciplinario, ésta se concretó en la incoación del correspondiente expediente disciplinario que finalmente concluyó con la decisión que no había ninguna prueba de cargo atendiendo que el/la empleado/a público negó reiteradamente su propia declaración firmada ante el órgano gestor del Buzón Ético, donde manifestaba que colaboraba profesionalmente con la empresa de su pareja, y que no se disponían de ninguna otra prueba indiciaria que no estuviera prescrita, entre otros extremos.

---

## VII. RÉGIMEN DISCIPLINARIO DEL PERSONAL EMPLEADO PÚBLICO

---

### ESTUDIO DE LAS PRUEBAS INDICIARIAS

Respecto al estudio de las pruebas indiciarias, el criterio jurisprudencial adoptado en relación a los indicios determinados por las diligencias y pruebas efectuadas, se recoge entre otros en la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, núm. 5244/2011, de 14 de noviembre de 2011, en concreto en su fundamento tercero cuando dice: *“El Tribunal Supremo viene admitiendo en materia sancionadora, que el juicio de reprochabilidad se base en pruebas de indicios, si bien (por ejemplo en la sentencia de 26 de abril de 2005), tales pruebas indiciarias deben estar sometidas a un estricto control para ponderar su validez, derivando tal rigor en la valoración de las pruebas indiciarias en el derecho a la presunción de inocencia. Añade la sentencia citada que la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o cohesión, de modo que será irrazonable si los indicios acreditados no llevan naturalmente al hecho que se hace desprender de ellos o lo descartan, como desde el canon de su suficiencia o calidad concluyente, no siendo pues razonable cuando la inferencia sea excesivamente abierta, débil o imprecisa.”*

En la misma línea, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 23 de mayo de 2006, RJ 2006 \ 6976, argumenta que: *“De conformidad con los criterios generales acuñados por la jurisprudencia de esta Sala, en relación con las presunciones, sentencia, entre otras de 18 de febrero de 2004 (RJ 2004, 3273), debemos señalar: a) El art. 1253 del Código Civil, como ahora el art. 386.1 de la LECiv/2000 (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), autorizaba al juzgador de instancia a acudir a la prueba de presunciones, pero no le obligaba a ello para fundar el fallo, por lo que, si acude a ella, no infringía el precepto, pero tampoco le infringía por su no aplicación, a menos que esta prueba hubiere sido propuesta por las partes y discutida en el pleito.*

*Para la válida utilización de la prueba de presunciones es necesario que concurran los siguientes requisitos: a) Que aparezcan acreditados los hechos constitutivos del indicio o hecho base; b) Que exista una relación lógica entre tales hechos y la consecuencia extraída; y c) Que esté presente el razonamiento deductivo que lleva al resultado de considerar probado o no el presupuesto fáctico contemplado en la norma para la aplicación de su consecuencia jurídica –como, por cierto, exige ahora de manera expresa el reiterado art. 386.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, párrafo segundo, al señalar que “en la sentencia en la que se aplique el párrafo anterior (las presunciones judiciales) deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la*

*presunción". O, en otros términos, como señalan tanto la jurisprudencia de esta Sala como la doctrina del Tribunal Constitucional, en la prueba de presunciones hay un elemento o dato objetivo, que es el constituido por el hecho base que ha de estar suficientemente acreditado. De él parte la inferencia, la operación lógica que lleva al hecho consecuencia, que será tanto más rectamente entendida cuanto más coherente y razonable aparezca el camino de la inferencia. Se habla, en este sentido, de rechazo de incoherencia, de la irrazonabilidad y de la arbitrariedad como límite a la admisibilidad de la presunción como prueba (sentencia de 19 de mayo de 2001 [RJ 2001, 3784])».*

Los criterios generales recogidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, STS de 23 de mayo de 2006, EDJ 253.297 y STS de 31-1-07, EDJ 10546) en relación a las presunciones son:

- Que aparezcan acreditados los hechos constitutivos del indicio o hecho base;
- Que exista una relación lógica entre tales hechos y la consecuencia extraída;
- Que esté presente el razonamiento deductivo que lleva al resultado de considerar probado o no el presupuesto fáctico contemplado en la norma para la aplicación de su consecuencia jurídica.

En la prueba de presunciones hay un elemento o dato objetivo, que es el constituido por el hecho base, que debe estar suficientemente acreditado. De este parte la inferencia, la operación lógica que lleva a consecuencia, será más extensa cuando más coherente y razonable aparezca el camino de la inferencia. Esto, conlleva el rechazo a la incoherencia, a la irracionalidad y de la arbitrariedad como límite a la admisibilidad de la presunción como prueba.

Respecto las consideraciones generales sobre el régimen de los vicios o defectos que pueden afectar a los actos administrativos pueden agruparse en tres categorías: nulidad radical o de pleno derecho; anulabilidad y defectos o irregularidades no invalidantes. En materia de invalidación de los actos administrativos (artículos 49 a 51 Ley 39/2015 de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas) hay que tener en consideración los principios generales de Derecho administrativo derivados del principio básico "*favor acti*", según los cuales, los vicios de invalidación que puedan afectar a las actuaciones jurídicas de las Administraciones públicas deben valorarse restrictivamente y desde la visión de la mayor efectividad de aquellas, pero en el caso de producirse la colisión de estos principios en otros, aún más si son de rango constitucional, debe aplicarse el prevalente o un criterio de proporcionalidad, aplicando la nulidad en su caso. Dicho esto, en la esfera administrativa debe aplicarse con moderación la teoría jurídica de las nulidades, advirtiendo que, en la

apreciación de los supuestos de vicios de nulidad, deben ponderarse los siguientes factores:

- la importancia que revista el derecho a que afecte;
- las derivaciones que motiven;
- la situación y posición de la persona interesada en el expediente; y
- otras circunstancias que concurran.

Analizada la jurisprudencia sobre las posibles causas de nulidad del procedimiento selectivo referido se pueden incluir en la denominada "desviación de poder". No se puede exigir una prueba plena sobre su existencia, y tampoco fundarse en meras presunciones o conjeturas.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre 1988 afirma que *"la desviación de poder no debe fundarse en meras presunciones ni en suspicacias y amplias interpretaciones del acto de autoridad sino en hechos concretos y es menester una demostración clara y palmaria que el ejercicio de las potestades administrativas se ejercieron torcidamente"*, pero, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2003, también se permite, por la dificultad de probar la desviación de poder, que sólo se consiga *"la convicción moral que las motivaciones del acto o de la sentencia, fueron ajenas al interés público concreto que la potestad conferida por el ordenamiento debe servir, sin que sea suficiente simples conjeturas, meras presunciones o errores en el aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico"*. Es necesario acreditar hechos o elementos suficientes para formar la convicción de que la Administración efectúa su actuación con una finalidad distinta a la pretendida por la norma aplicable.

Añadir que la dimensión sustancial y procedimental de lo que debe considerarse desviación de poder, lo ha precisado el Tribunal Supremo, con el apoyo de la jurisprudencia comunitaria.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo ha flexibilizado el rigor de la acción, que requiere una prueba cumplida y plena, exigiendo esta nueva corriente jurisprudencial (Sentencia de 18 de julio de 1992 y 5 de diciembre de 1994, entre otros) sólo acreditar los hechos o elementos que permitan al Tribunal formar la convicción dadas las dificultades que siempre tienen la prueba (probanza) de motivaciones internas, dice lo siguiente: *"Esta Sala- así sentencias de 19 septiembre de 1992 y 20 de noviembre de 1998-, de desviación de poder: 1) Es necesario una acto aparentemente ajustado a la legalidad, pero que en el fondo persiga un fin distinto al interés público querido por el legislador; 2) Se presume que la Administración ejerce sus potestades conforme a Derecho; y 3) No puede exigirse, por razón de su propia naturaleza, una prueba plena sobre la existencia de la desviación de poder, que tampoco puede fundarse su apreciación en meras presunciones o conjeturas siendo necesario acreditar la concurrencia de*

hechos o elementos suficientes para formar en el Tribunal la convicción de que la Administración acomodó su actuación a la legalidad, pero con finalidad distinta de la pretendida por la norma aplicable”. (STS de 22 de mayo de 2015, rec 2377/2013).

#### **RECOMIENDA**

**Que a raíz de los indicios detectados por el órgano gestor del Buzón ético y de buen gobierno en la investigación de un proceso selectivo y en base al contenido de su Recomendación, se dio traslado de los hechos al Ministerio Fiscal.**

---

## **VIII. CONVENIOS COLECTIVOS EN EL ÁMBITO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**

---

### **REVERSIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO**

Las Administraciones Públicas actúan hacia el exterior colaborando con empresas privadas y privatizando la gestión de servicios públicos a través de las operaciones de externalización, como es el caso de las contrataciones y concesiones de actividades y servicios con las vicisitudes jurídicas, como por ejemplo los cambios de adjudicatarios; reversión del servicio público a la Administración titular del mismo, cada vez más frecuente como reflejo de una tendencia a revalorizar la eficiencia de la gestión directa de los servicios públicos. Es necesario garantizar la suficiencia de recursos públicos para el desarrollo eficiente de las actividades o servicios recuperados (o revertidos) al ente público actuando, sin olvidar garantizar eficazmente los derechos de los/las trabajadores/as adscritos a los Servicios revertidos o recuperados, cuando no se aplica el artículo 44 del texto refundido de la ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante TRET) y los/las trabajadores/as son despedidos por causas empresariales (artículos 51 o 52.c) del TRET), según el umbral legalmente exigido como delimitador del ámbito de aplicación de estas disposiciones.

La Directiva 2014/23/ UE, de 26 de febrero de 2014 (marco jurídico de las concesiones administrativas –de obras o de servicios) en su artículo 2 establece: “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 interès públic con recursos propis o en col·laboració con otras autoridades o confiarlas a operadores económicos.”*

Concretando, en este supuesto, no se ha producido el cambio de titularidad en la gestión del servicio público acompañado por la entrega de un conjunto de elementos organizados dotados de autonomía productiva tal y como se establece en el art. 44 del TRET, pero sí que esta transmisión es de una entidad económica organizada de forma estable, y su actividad descansa en la "mano de obra", como es el caso de la prestación de servicio que nos ocupa y puede mantener su identidad propia.

La doctrina más clásica rechazaba, como regla general, la sucesión en contratos o concesiones administrativas que no fuera acompañada de esta entrega de elementos organizados (SSTS, Social 06 de febrero 1997 (recurso 1886/1996) y de 21 de octubre 1998 (rec.3556/1997), ahora bien, esta tesis ha sido matizada con la línea jurisprudencial interpretativa posterior a tenor de la Directiva 2001/23, de 12 de marzo 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 esta Directiva, se fundamenta una noción funcional de la transmisión y no sólo encajando el concepto de empresa-organización, de conformidad con la que esta entidad, si bien debe ser suficientemente estructurada y autónoma, no debe disponer necesariamente de elementos significativos de activo material o inmaterial.

En determinados sectores económicos estos elementos se reducen con frecuencia a una mínima expresión y la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra. Si un conjunto organizado de trabajadores están destinados de forma duradera a una organización común puede constituir una actividad económica cuando no existen factores de producción<sup>35</sup>, por lo que no hay ningún impedimento que la plantilla sea asumida por la empresa adquirente en aquellos sectores en los que la unidad de producción es esencialmente la mano de obra.

---

<sup>35</sup> SSTJCE 173/96 y 247/96, de 10 de diciembre de 1998, Asuntos acumulados Sánchez Hidalgo y otros; 127 / 96, 229 / 96 y 74/97, de 10 de diciembre de 1998, Asuntos acumulados Hernández Vidal Y OTROS; 172/99, de 25 de enero de 2001, asunto Oy Liikenne Ab; 51/00, de 24 de enero de 2002, asunto Temco, 340/01, de 20 de noviembre de 2003, asunto Carlito Abler Y OTROS y 232 y 233/04, de 15 de diciembre de 2005, Aunt Güney-gorras y Demir.

La catedrática de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad de León, Sra. Susana Rodríguez, argumenta sobre la sucesión empresarial en las administraciones públicas y/o empresas del sector público<sup>36</sup> que:

*“... 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 una servicio público definido y delimitado, lo que supone que las vicisitudes que representan 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 quién 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 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 mayoritaria entiende que la idea de las reglas sobre sucesión de empresas se aplican también en los casos en los que ésta se produce a favor de una entidad de carácter público como consecuencia del rescate de la explotación anteriormente desarrollada a favor de una entidad privada, siendo indiferente la causa por la que opera esta sustitución.

#### RECOMIENDA

**Que es de aplicación el artículo 44 de TRET al establecer que los sistemas de gestión de estos servicios sean mediante gestión directa por parte de este Ayuntamiento, por lo que la subrogación del personal laboral que prestaba servicios con contrato laboral indefinido con las empresas adjudicatarias y que se incorporó a la plantilla del Ayuntamiento de Barcelona, subsistiendo los correspondientes contratos laborales, pero quedando limitada su incorporación al Ayuntamiento a los puestos de trabajo de los servicios afectados, no es incompatible al cumplimiento de la normativa laboral.**

#### PUBLICIDAD DE LAS ACTAS DEL COMITÉ DE EMPRESA

---

<sup>36</sup> Ponencia de 28 de noviembre de 2019 impartida en el Seminario sobre relaciones colectivas de la Federación de Municipios de Cataluña sobre Criterios sociales en la nueva Ley de Contratos del Sector Público.

En relación a la publicidad de las actas del comité de empresa, la Ley 19/2014, del 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno en su artículo 9.1 hace referencia a los *"convenios, los acuerdos y los pactos de naturaleza funcionarial, laboral sindical"*. Es decir, todos los resultados derivados de los procesos de la negociación municipal, laboral y funcionarial. Encontramos, por tanto, desde los convenios colectivo hasta los más limitados "acuerdos" en relación con materias concretas (jornada, clasificación profesional, sistema retributivo), con toda su variada casuística y régimen de adopción de acuerdos (sin hacer distinción entre pactos estatutarios o extraestatutarios) del personal laboral, como los pactos y acuerdos normalmente alcanzados, es decir, lo sustantivo es el resultado, sobre el que recae la obligación de información, por lo que consideramos la necesidad de publicar las actas del Comité de Empresa en el portal de transparencia a fin de garantizar el cumplimiento del artículo 33.1 del EBEP en la que recae una obligación específica, la de transparencia y del citado artículo 9.1 de la Ley 19/2014.

En este sentido, hay que destacar que, en el caso objeto de alerta y aquí analizado, **este acuerdo del Comité de Empresa no fue publicado ni en el momento de su adopción ni en un momento posterior. Esto a pesar de reconocer o pronunciarse sobre temas cuyo alcance, lejos de reflejarse sobre un ámbito limitado de personas (las que eran objeto de subrogación), irradiaba a toda la ciudadanía y aspirantes a un puesto de trabajo público en la medida en que se pronunciaba sobre un elemento que constituirían un mérito a computar en fase de concurso en cualquier convocatoria pública (el cómputo de la antigüedad en una empresa privada concreta, en el momento de la subrogación, en fase de concurso). Por lo que esta falta de publicidad conlleva limitar la posibilidad de ser conocido por todos los interesados, privándoles además del derecho a ejercer sus derechos y accionar en caso de que consideren lesionadas sus expectativas.**

En el caso que nos ocupa **es evidente que los/las aspirantes no han podido interponer los correspondientes recursos contra las bases de estas convocatorias analizadas, dado que no consta en la fase de concurso, en el apartado de los méritos, que se compute la fecha de antigüedad del personal subrogado, a efectos de méritos en todos los procesos de selección.**

No podemos obviar, la jurisprudencia consolidada que justifica los aspirantes en un proceso selectivo a que puedan recurrir contra los actos finales de éstos, sin haber impugnado previamente las bases de la convocatorias, siendo uno de los requisitos para esta excepción jurisprudencial, cuando se lesionen derechos fundamentales, es decir, que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional como podría ser, en este caso, la igualdad.

Así, la Sentencia de 22 de mayo de 2009, recurso núm. 2586/2005, abre la posibilidad excepcional que elude la regla general del recurso previo a las bases y que resume esta doctrina citada del Tribunal Supremo que resuelve lo siguiente: “Admitiendo que existía una jurisprudencia que amparaba el principio de que no impugnadas las bases no puede después impugnarse el resultado, ésta ha ido modificándose, empezando por la posibilidad de que se impugnara si nos encontrábamos ante un 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 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 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 consecuencia:

“... 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 éste, 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”.

## RECOMIENDA

Considerar la idoneidad de la publicación de las actas del comité de empresa a fin de garantizar la máxima transparencia de acuerdo con lo previsto en la normativa aplicable y hacer llegar los acuerdos alcanzados a fin de garantizar la posibilidad de ser conocidos por todas las personas interesadas, en su caso, el derecho a ejercer sus derechos.

## SUBROGACIÓN DE LOS/AS TRABAJADORES/AS DE LA EMPRESA ADJUDICATARIA

La subrogación de los trabajadores/as de la empresa adjudicataria de los servicios PIAD y SARA se logró con las garantías previstas en la normativa laboral sin ningún tipo de vulneración con sus derechos.

El acuerdo adoptado por el Comité de Empresa del Ayuntamiento de Barcelona el 5 de septiembre de 2019, que no fue objeto de publicidad en los términos antes indicados, alcanzó un reconocimiento en el que la antigüedad acumulada de estos trabajadores se computaría a efectos o servicios prestados a la administración. **Este reconocimiento como se argumenta, conlleva que este personal tenga una ventaja sobre el resto de personal que también ha trabajado o está trabajando en el ámbito privado haciendo funciones de prestaciones de servicios del ámbito municipal al ser trabajadores de empresas adjudicatarias y que no hayan sido remunicipalizados, o incluso trabajadores que hayan prestado servicios en estas mismas empresas y que en el momento de la subrogación por diferentes causas hubieran causado baja, por poner un ejemplo.** Este reconocimiento de cómputo de servicios puede comportar unas diferencias que no están preestablecidas dado que **este reconocimiento específico no está especificado en las bases de las convocatorias, y puede conllevar vulneración del principio de igualdad.**

---

## IX. FUNCIONES Y RESPONSABILIDADES EN MATERIA DE SEGURIDAD PÚBLICA

---

I. Marco competencial en la toma de decisión en relación a los delitos de terrorismo.

Las personas comunicantes en la descripción de los hechos cuestionan si los responsables de seguridad ciudadana y prevención de este Ayuntamiento ejercen sus funciones con las garantías necesarias para la ciudadanía.

Por lo cual, es necesario definir: a) el concepto de seguridad ciudadana y b) cuáles son las competencias municipales en esta materia.

a) Concepto de seguridad ciudadana.

La seguridad ciudadana viene regulada como una misión de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, bajo la dependencia del Gobierno del Estado, conjuntamente con la de garantizar el libre ejercicio de derechos y libertades públicas. Si hacemos un análisis del contexto interpretativo realizado por el Tribunal constitucional, la institución de la seguridad ciudadana se conforma como un bien constitucionalmente protegido. Sus titulares son, por un lado, el Gobierno del Estado, como sujeto activo primario (quien lleva la dirección política) y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, como sujeto activo secundario (los agentes operativos, que tienen a su cargo la prestación de seguridad); y por otro lado, como sujetos pasivos, los ciudadanos, en su calidad de participantes en la vida de la comunidad.

El objeto o contenido de la seguridad ciudadana consiste en las medidas de prevención, protección, garantía y reparación que deban adoptarse, para que los ciudadanos puedan intervenir libremente y con garantías en los diferentes niveles y formas participativas, públicas y privadas, íntimas, sociales y políticas y económicas que presenta la vida en comunidad.

Por lo tanto, se entiende que la seguridad ciudadana se configura constitucionalmente como una garantía de la vida ordinaria, para las situaciones que puedan acontecer en el día a día.

La doctrina constitucional la define como *"la actividad que tiene por objetivo la protección de personas y bienes, lo que conocemos como seguridad en sentido estricto, y también de aseguramiento de la tranquilidad y orden ciudadano"* (STC 33/1992, de 8 de julio). Como dice el autor MORELL (1998) el mantenimiento de la *"paz pública"*<sup>37</sup>

El artículo 104 de la CE habla de seguridad ciudadana en establecer que las fuerzas y cuerpos de seguridad tienen como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.

El texto constitucional no define qué es la seguridad pública y se debe buscar su definición en la doctrina jurisprudencial del alto tribunal, que la configura como una institución jurídica dirigida a hacer frente a amenazas colectivas graves, al tiempo que lo enlaza con la seguridad ciudadana.

La seguridad pública es, pues, la materia sobre la que se deben delimitar las competencias entre el Estado y las CCAA; por lo que, además del artículo 149.1.29 de la CE, se debe contemplar lo que dice el Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC 2006) que dispone cuáles son las competencias que tiene la Generalitat en esta materia. El artículo 164, en su apartado primero, señala: *"la planificación y regulación del sistema de seguridad pública de Cataluña y la ordenación de las policías locales; la creación y la organización de la Policía de la Generalitat (Mossos d'Esquadra)"*.

---

<sup>37</sup> Reseña extraída del libro "El gobierno local estudios en Homenaje al profesor Luis Morell Ocaña" - Obra colectiva coordinada por Alberto Ruiz Ojeda - Colección Estudios Doctrinales publicado en Mayo de 2010.

La materia de seguridad pública y el concepto que se atribuye ha ido evolucionando, atendiendo a las sentencias del Tribunal Constitucional, desde el año 1982, dado que entonces se entendía que era una competencia exclusiva estatal y hoy se entiende que no hay exclusividad para ninguna administración. Se trata entonces de competencias compartidas y se produce, una lectura diferente de la letra del artículo 149.1.29 de la CE.

Desde una vertiente competencial y, una vez establecido que en materia de seguridad pública se dan competencias compartidas, hay que tener en cuenta los criterios que ha establecido el Tribunal Constitucional para delimitarlas.

En este sentido, lo primero que se debe poner de manifiesto es el hecho de que en materia de seguridad pública no se da la distinción entre competencias normativas estatales y de ejecución autonómicas. La distribución de competencias se produce, tal y como se desprende de la jurisprudencia constitucional, de acuerdo con el criterio del interés a proteger. Dentro de la materia de seguridad pública, se encuentran incluidas las subcategorías siguientes: Seguridad ciudadana; seguridad privada; protección civil y tráfico y seguridad vial.

En materia de seguridad pública tienen competencia el Estado, las comunidades autónomas, el estatuto de autonomía de las cuales lo prevén y han ejercido esta previsión, y las entidades locales; no se produce una unificación de todas las competencias en una sola entidad. Además, no se da exclusividad a favor de ninguna administración y esto implica que hay que actuar de acuerdo con los principios de cooperación, colaboración e información recíproca.

Hacemos una breve referencia a alguno de los órganos de coordinación:

- Coordinación entre la Generalitat y el Gobierno del Estado

a) Consejo de Política de Seguridad. Su finalidad es coordinar las políticas de seguridad.

b) Junta de Seguridad de Cataluña. Su finalidad es coordinar las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado y la Policía de la Generalitat-Mossos d'esquadra. También tiene entre sus funciones coordinar las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de la Generalitat con las policías locales a través de la coordinación que ejerce la Generalitat y la emisión de directrices e instrucciones para la coordinación.

- Coordinación entre la Generalitat, el Gobierno del Estado y los Ayuntamientos.

Junta local de seguridad

La preside el Alcalde/sa del municipio y tiene una periodicidad ordinaria trimestral. Cabe recordar que la coordinación de las policías locales corresponde a la Generalidad y que es en las juntas locales de seguridad donde se adoptan convenios de coordinación y colaboración de la Policía de la Generalidad-Mossos con las entidades locales. Estos convenios asignan a la junta local de seguridad la misión de determinar las prioridades, las acciones especiales y las campañas de prevención en

el municipio, así como establecer cuando la policía local debe colaborar en tareas de seguridad ciudadana.

- Coordinación entre la Generalitat y los ayuntamientos.

Comisión de Coordinación de Policías Locales: Es un órgano consultivo que tiene como función hacer informes de los proyectos de coordinación que tenga que aprobar el Gobierno de la Generalitat.

#### b) Competencias municipales.

La Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado establece en el artículo 52 lo siguiente:

*“1. Los Cuerpos de Policía Local son Institutos armados, de naturaleza civil con estructura y organización jerarquizada, rigiéndose, en cuanto a su régimen estatutario, por los principios generales de los capítulos II y III del título I y por la sección cuarta del capítulo IV del título II (derogada) de la presente Ley, con adecuación que exija la dependencia de la Administración correspondiente, las disposiciones dictadas al respecto por las Comunidades Autónomas y los Reglamentos específicos para cada cuerpo y demás normas dictadas por los correspondientes Ayuntamientos. (...)”*

En el artículo 53.1 d) del mismo cuerpo normativo:

*“1. Los Cuerpos de Policía Local deberán ejercer las siguientes funciones:*

*d) Policía Administrativa, en lo relativo a las Ordenanzas, Bandos y demás disposiciones municipales dentro del ámbito de su competencia.*

*2. Las actuaciones que practiquen los Cuerpos de Policía Local en el ejercicio de las funciones previstas en los apartados c) y g) precedentes deberán ser comunicadas a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado competentes (...). “*

El Real Decreto 1087/2010, de 3 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que regula las Juntas Locales de Seguridad, está en relación con lo dispuesto en la LO 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (en adelante la LOFCS) en el que se afirma que el bien jurídico a proteger es la Seguridad Pública; y por lo tanto se desprende que esta atribución es competencia exclusiva del Estado, con la necesaria participación de las CCAA y de las corporaciones locales, de acuerdo con lo establecido en los respectivos Estatutos de Autonomía y lo dispuesto en la Ley 7/1985 de bases de régimen local (en adelante LRBRL).

La LOFCS, para delimitar las funciones de las corporaciones locales en materia de Seguridad Ciudadana, remite a la LRBRL, más en concreto, lo dispuesto en el capítulo III de esta Ley, en que describe el ámbito funcional de sus competencias. El

artículo 25 de la LRBRL dispone que el Municipio ejerce las competencias sobre la seguridad en lugares públicos, la ordenación del tráfico de vehículos y personas en vías urbanas, la protección civil y la protección del medio ambiente.

La participación de las entidades locales en el mantenimiento de la seguridad pública, según los parámetros de la LRBRL, implica que se delimiten las competencias en materia de Seguridad y orden público, según lo establecido en la LOFCS en su artículo 53, el cual englobaría la vigilancia de los espacios públicos y colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y la Policía de las CCAA. La protección de las manifestaciones y el mantenimiento del orden en las grandes concentraciones humanas; practicando diligencias de prevención, y todas las acciones dirigidas a evitar la comisión de actos delictivos, en el marco de cooperación que establecen las Juntas de Seguridad.

Estas atribuciones en materia pública tienen su reflejo en la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, la que atribuye a los Alcaldes (Autoridades Locales) competencias en materia de seguridad pública. Esta seguridad la han de proporcionar las entidades locales en los "lugares públicos". Dentro de éstos, se incluyen aquellos espacios donde existe una afectación de demanda por la continuada utilización de los vecinos y aquellos en que se ofrecen servicios públicos de interés local o municipal, por parte de la Administración Local u otras Administraciones Públicas.

Las funciones derivadas de la Ley 1/2006, de 13 de marzo, de Régimen Especial del Municipio de Barcelona establece en su artículo 128 que:

1. Corresponde al Ayuntamiento de Barcelona:

- a) Colaborar en la función de policía de seguridad ciudadana, de acuerdo con lo establecido en la Junta Local de Seguridad.
- b) Sancionar en las ordenanzas municipales los actos contrarios al orden y la seguridad ciudadana en el ámbito de las relaciones de vecindad, respetando los derechos y las libertades fundamentales.
- c) Ejercer las atribuciones que en materia de espectáculos establece la legislación sectorial vigente.

2. Estas competencias y funciones municipales en materia de seguridad son desarrolladas por la Guardia Urbana de Barcelona, sin perjuicio de las que corresponda a otras fuerzas y cuerpos de seguridad.

II. Competencia de las medidas de prevención en materia antiterrorista

Las medidas de prevención en materia antiterrorista recaen en el Estado, en concreto en el Ministerio del Interior, ésta no es una competencia municipal. Sin perjuicio de ello, en el marco de descripción de competencias en materia de seguridad ciudadana de las diferentes administraciones públicas hay que analizar el ámbito de actuación de la Junta Local de Seguridad de Barcelona para una mejor comprensión del objeto de esta comunicación.

La Junta Local de Seguridad, como hemos mencionado en el apartado anterior, es el órgano de coordinación de la seguridad pública en la ciudad y tiene por finalidad la toma de decisiones en base a la información y el conocimiento que aportan los diferentes miembros, en relación a sus funciones y responsabilidades. Tiene por objeto establecer espacios de debate que permiten la toma de decisiones sobre las necesidades y prioridades en materia de prevención y seguridad en la ciudad, así como los mecanismos de coordinación en las intervenciones, programas o acciones.

### III. La instalación de los bolardos.

Para establecer la necesidad y la idoneidad o no de la instalación de los bolardos en diferentes espacios de la Ciudad, y en concreto en las Ramblas, en primer lugar se deben analizar las actuaciones que se han llevado a cabo por la Junta de seguridad Local de Barcelona, y que por motivos de confidencialidad y seguridad, el órgano gestor del Buzón no ha podido tener conocimiento. Por tanto, las siguientes valoraciones se han hecho con la información de la que dispone este órgano.

Insistimos, en que no se ha tenido acceso a toda la información relativa a este asunto, dado que ésta no se facilita de manera detallada por exigencias de seguridad y de confidencialidad, así como por ser necesaria la coordinación con las otras administraciones intervinientes en esta materia.

En este sentido, se debe hacer un reflejo general sobre si las medidas que se adoptan para la prevención de atentados terroristas son las más idóneas en el momento en que se deciden, en concreto sobre los elementos físicos a instalar y en qué lugares del espacio urbano.

En diversos foros se han planteado problemas similares sobre la falta de bolardos u otros elementos físicos en espacios urbanos con una alta densidad de población. El hecho de que no hubieran elementos físicos disuasorios no era una particularidad sólo de Barcelona, ya que otras ciudades de España se encontraban en circunstancias similares. Ahora bien, esto no quiere decir que no se hayan adoptado medidas de seguridad en función del análisis de riesgos elaborados de cara a los diversos dispositivos y situaciones y de manera coordinada entre las diversas administraciones. Medidas preventivas similares a los bolardos han sido la colocación de obstáculos en algunos dispositivos de seguridad para partidos de fútbol, conciertos o eventos considerados de riesgo, entre otros. En este sentido,

cabe destacar que tras los atentados de Niza el 14 de julio de 2016 y de Berlín el 19 de diciembre de 2016 se adoptaron sistemas de retención en todos los puntos de concurrencia navideño.

Además, se ha tenido conocimiento por los medios de comunicación, que la Junta de Seguridad Local de Barcelona se reunió seis días después de los atentados. Tomó varias decisiones: como más efectivos patrullando las calles, y un nuevo grupo sectorial formado por Guardia Urbana, Mossos d'Esquadra, Bomberos, Policía, Guardia Civil, emergencias y movilidad, para analizar los riesgos y debilidades de seguridad de la ciudad y proponer posibles soluciones.

También, los medios de comunicación informaron que en el mes de noviembre de 2017, este subgrupo solicitó a la Junta de Seguridad que se incorporaran determinadas medidas, la Junta de Seguridad las adoptó de forma inmediata. Se han instalado jardineras, cubos de hormigón, pivotes y bolardos.

Investigadores y expertos en el tema de seguridad señalaron que asegurar las ciudades con estas barreras tradicionales (bolardos entre otros) implica obstaculizar algunas tendencias actuales de la planificación urbana, esto es, construir ciudades más sostenibles y accesibles. Así pues, hay dos políticas públicas que empiezan a colisionar, con dificultades para entenderse, ya que en la geografía urbana aparecen muchos elementos físicos disuasorios y la seguridad incorpora irremediamente elementos de planificación urbana. Sin embargo, los bolardos son un método disuasorio concreto y útil en casos puntuales, pero lejos de ser una solución integral. Es más, si el atentado que se sufrió en las Ramblas se hubiera materializado como pareció ser que estaba planeado por los presuntos autores, con la carga de explosivos, la instalación de barreras permanentes tampoco hubiera sido protegida por este ataque.

Recientemente, en debates a nivel internacional, se ha debatido sobre la estrategia para proteger los espacios de concentración de masas frente al terrorismo. Hay propuestas bastante interesantes, que ya están sobre la mesa desde hace años, como barreras físicas, compartir información entre agencias, colaboración pública-privada, resiliencia. En definitiva, la novedad estratégica que prevé es un esfuerzo de sistematización de la acción pública.

Ahora bien, hay que valorar que es indispensable no olvidar otras estrategias preventivas para evitar ataques terroristas, como las que se han recogido en el Global Counter Terrorism Forum, (GCTF), un foro global contra el terrorismo, formado por veintinueve países y la Unión Europea. Es una entidad con finalidad eminentemente práctica para el debate, el análisis, el intercambio de recomendaciones y buenas prácticas, la identificación de prioridades y la

movilización de recursos, para la prestación de asistencias técnicas en materia de lucha contra el terrorismo.

Se ha destacado que una estrategia preventiva e incluso proactiva sobre el terrorismo, puede basarse en la observancia escrupulosa de los derechos humanos y, al mismo tiempo afianzar el estado de derecho y la capacidad de protección de los Estados (conjunto que consta en el marco del documento de trabajo sobre asistencia técnica-subdivisión de prevención del terrorismo de las Naciones Unidas relativas a la lucha contra el terrorismo).

#### IV. Competencias del Ayuntamiento de Barcelona en materia de prevención antiterrorista.

De acuerdo con el marco competencial desarrollado en el apartado núm. 2, 3 y 4 de este documento, el Ayuntamiento no tiene competencias en materia de prevención antiterrorista, pero sí ha adoptado las medidas de seguridad que han sido solicitadas por los responsables de la lucha antiterroristas mediante la Junta Local de Seguridad, también consta esta consideración en su respuesta de 26 de septiembre de 2017 al requerimiento efectuado por este órgano. Según la cual, las medidas adoptadas en Barcelona antes y después del atentado del mes de Agosto del año pasado son coincidentes con las adoptadas en otras ciudades europeas, como barreras físicas (jardineras de gran volumen, cubos de hormigón), que no necesariamente tienen que ser bolardos.

Dada la complejidad de la toma de decisiones en este ámbito de actuación de los responsables en materia de prevención antiterrorista, queremos resaltar una reflexión de un analista de inteligencia, que manifiesta lo siguiente:

*“(...) Las decisiones son buenas si con el tiempo y en la situación futura, y sabiendo cuáles han sido las consecuencias de aquellas, hubiésemos tomado la misma decisión, pero esta afirmación que parece tan sencilla y lógica en lo práctico rompe la norma conceptual básica de confundir resultado con decisión aunque uno sea fruto de la otra.”<sup>38</sup>*

#### V. Intercambio de mejores prácticas para reforzar la protección de los espacios públicos y aminorar la radicalización de los grupos extremistas.

El 8 de marzo de 2018 se reunieron en Bruselas alcaldes y representantes de Barcelona, Manchester, Niza, Marsella, Berlín, Estocolmo y otras ciudades europeas para intercambiar mejores prácticas para reforzar la protección de los espacios públicos y aminorar la radicalización de los grupos extremistas. También para pedir

---

<sup>38</sup> Autor José Antonio Cruz Moro, primer jefe de la sección de ataques a redes terroristas e insurgentes del Centro de Excelencia de la OTAN

apoyo de las instituciones europeas. Por parte del Ayuntamiento de Barcelona, asistió el señor Amadeu Recasens, comisionado de seguridad.

Se ha destacado en las conclusiones que se han adoptado en este encuentro la necesidad de trabajar en dos líneas:

- 1) La protección de los espacios públicos para minimizar las bajas en el caso de que se produzca un ataque terrorista.
- 2) La integración social de las personas para que no sean atraídas por la ideología terrorista.

El comisario de Interior de la Comisión Europea, señor Avramopoulos, explicó que han recibido 35 propuestas de proyectos para optar al paquete de 118,5 millones para ayudas que la Comisión otorgó para reforzar la protección física de edificios y de eventos deportivos y lugares concurridos como los aeropuertos. Además, ha insistido en la necesidad de ampliar el uso de métodos de detección fiables, incluidos las tecnologías de vanguardia, pero sin olvidar otros métodos más tradicionales. Pronto se harán públicos los resultados de la convocatoria de los proyectos.

Otros participantes han defendido la necesidad de colaborar en el sector privado en la protección de los espacios públicos e infraestructuras, -muchas de las cuales son gestionadas por empresas privadas-, y el papel clave de las autoridades locales para prevenir y detectar señales de radicalización de personas consideradas de potencial vulnerables o "riesgo"<sup>39</sup>.

El 8 de marzo de 2018 el Sr. Recasens, comisionado de Seguridad participó en Bruselas en la Conferencia de alcaldes de la Unión Europea donde explicó que el Ayuntamiento de Barcelona creó, después de los ataques en París el mes de noviembre de 2015, dos grupos de trabajo transversales:

- Gestión de grandes crisis (con múltiples víctimas): integra los jefes de los diversos servicios de emergencia, salud, policía y seguridad civil de la ciudad y de Cataluña para armonizar los procedimientos de trabajo y fortalecer la coordinación ante una gran crisis con múltiples víctimas.
- Urbanismo y seguridad: con responsables de los diferentes ámbitos relacionados con el diseño urbano, el espacio público y la seguridad, con el objetivo de introducir los elementos de seguridad en los proyectos de planificación.

---

<sup>39</sup> Nota de prensa de *Iustel-Diario del derecho municipal* de 9 de marzo de 2018

También, informó que aunque los gobiernos locales no tienen la competencia en materia antiterrorista, que las ciudades pueden contribuir en varios niveles en coordinación con otras administraciones, tales como:

- En la detección y prevención de la polarización, la radicalización y el extremismo violento de cualquier tipo y raíz.
- Adoptando medidas para mejorar la seguridad de concentraciones y la protección de determinados eventos de riesgo.
- En la gestión de crisis, mejorando la cooperación y la formación de los primeros equipos operativos que intervienen sobre el terreno.
- En la resiliencia y retorno a la normalidad, trabajando conjuntamente con la ciudadanía.

En cuanto a las medidas y los procedimientos para mejorar la seguridad del espacio público, destacó la importancia de la coordinación entre las diferentes administraciones. En Barcelona se ha creado un grupo de trabajo específico entre las tres administraciones, local, regional y estatal, para analizar permanentemente la naturaleza de la amenaza terrorista y proponer medidas adicionales para hacerle frente:

- Aumento de los obstáculos, fijos y móviles, en espacios con una elevada concentración de personas preservando el modelo abierto de ciudad.
- Se está trabajando en la construcción de una nueva y más moderna Sala Conjunta de Mando, que reúne todos los operadores de policía y de emergencia de la ciudad.
- Se ha aumentado la formación de los operadores municipales en el ámbito de la prevención de la radicalización, la gestión de la crisis, el uso de armas de fuego y primeros auxilios.
- Se modernizará el sistema de video vigilancia vigente en la ciudad.
- Se han reforzado las medidas de seguridad en áreas sensibles, y estaciones Inter modales de transporte.
- Se han forjado vínculos de cooperación con otras ciudades europeas, antes y después del ataque, para trabajar juntas en la búsqueda de un intercambio de experiencias sobre estos temas que permita el reciprocidad de buenas prácticas y mejorar los estándares comunes europeos e internacionales para procedimientos y medidas, y una respuesta transversal.

#### RECOMIENDA

Vistas las consideraciones efectuadas anteriormente, el órgano gestor del Buzón ética, sugirió que más allá de las medidas de seguridad y prevención, desde el Ayuntamiento de Barcelona se podrían analizar y poner en marcha, otras iniciativas como habilitar redes de conexión entre el sector público y diferentes ámbitos de la sociedad civil, que conduzcan a servicios de intervención culturalmente apropiados para promover la participación comunitaria y fomentar la capacidad de resiliencia ante el extremismo violento, para dar refuerzo a la planificación y la toma de decisiones.

El propósito de estas redes debería ser mejorar las estrategias de prevención de radicalismo violento mediante el intercambio de información, el aprendizaje mutuo y la creación de prácticas innovadoras.