

RECOMENDACIONES DE CARÁCTER PREVENTIVO EN RELACIÓN CON ALERTAS DE IRREGULARIDADES EN MATERIA DE FUNCIÓN PÚBLICA

I.- ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA

I.I. PROCESOS DE SELECCIÓN: PRESUNTA IRREGULARIDAD EN EL COMPUTO DEL TIEMPO TRABAJADO POR EL PERSONAL LABORAL SUBROGADO A LOS EFECTOS DE MÉRITO PARA EL ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA.

De las recomendaciones emitidas por el órgano gestor del BEBG a raíz de las múltiples comunicaciones recibidas relativas a la presunta irregularidad en el cómputo del "tiempo trabajado" por el personal laboral subrogado adscrito al Servicio de Atención Recuperación y Acogida (SARA), y también del personal laboral subrogado adscrito a Puntos de Información y Atención a les Mujeres PIAD), a los efectos de su consideración como mérito en los procesos selectivos para el acceso a la función pública: a) convocatoria de 49 de plazas de la categoría de técnico/a medio/a en educación social correspondientes al grupo de titulación A, subgrupo A, escala de administración especial del Ayuntamiento de Barcelona y c) convocatoria de 136 plazas de la categoría de técnico/a medio/a en trabajo social correspondientes al grupo de titulación a; subgrupo A", escala de administración especial del Ayuntamiento de Barcelona, se pueden colegir las siguientes consideraciones y recomendaciones.

CONSIDERACIONES

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

El acceso por mérito y capacidad es una garantía de la imparcialidad del/de la funcionario/a en el ejercicio de sus funciones.

La jurisprudencia ha ido definiendo el contenido de los principios por los que se rige 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, armonizados con el principio de igualdad en el acceso.

El artículo 55 del EBEP recoge estos principios apuntados y otros que tienen que regir en los procedimientos de selección de los empleados públicos, precisamente en garantía de la

igualdad, del mérito y capacidad, como articula el Tribunal Constitucional en su sentencia de la Sala 1ª, de 23 de abril de 1986 (J1986/50), lo siguiente:

"... el art. 23 de la Constitución garantiza a todos los ciudadanos (y sólo aquellos) el derecho de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes. No nace de este precepto, como es obvio, derecho alguno a la ocupación de cargos públicos o a desempeño de funciones determinados, y ni siquiera derecho a proponerse como candidato para los unos o las otras. El derecho a tomar en el procedimiento (selectivo o electivo) que ha de llevar a la designación y a fortiori el derecho a esta misma, sólo nace de las normas legales o reglamentarias, en cada caso, el acceso al cargo o función en concreto. Lo que, como concreción del principio general de igualdad, otorga el artículo 23.2 a todos los españoles es un derecho de carácter puramente reaccional para impugnar ante la jurisdicción ordinaria y en último término ante este Tribunal, toda norma jurídica o toda aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad".

II. 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 sus 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 actuante, sin olvidar garantizar eficazmente los derechos de los/as trabajadores/as adscritos/as 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 lo sucesivo TRET) y los/as trabajadores/as son despedidos por causas empresariales (artículos 51 o 52.c) del TRET), según los umbrales legalmente exigidos como delimitadores 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 servicios) en su artículo 2 consagra lo siguiente:

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

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

El informe jurídico emitido, el 27 de julio de 2016, por la Dirección del Área de Régimen Jurídico de la Dirección de Servicios Jurídicos sobre la propuesta de acuerdo de la Comisión de Gobierno por el cual se declara la aplicación del artículo 44 del TRET con relación a la gestión con medios propios del servicio de Puntos de Información y Atención a las Mujeres

(PIAD) y del Servicio de Atención Recuperación y Acogida (SARA) en una de sus conclusiones indica lo siguiente:

"En atención a la valoración conjunta de los elementos subjetivos y objetivos del artículo 44 del ET en relación con las circunstancias y antecedentes del supuesto planteado y , en particular el de la identidad en el servicio que ahora se presta con el que se prestará, de acuerdo con la propuesta, a partir de 1 de octubre de 2016, se puede interpretar que la asunción de la gestión del servicio de los PIAD y de SARA con medios propios del Ayuntamiento una vez se produzca la finalización de los contratos de servicios actualmente en vigor, puede comportar un supuesto de sucesión legal de empresa".

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 del servicio que nos ocupa de forma que 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 6 febrero 1997 (recurso 1886/1996) y de 21 octubre 1998 (rec. 3556/1997), ahora bien, esta tesis ha sido matizada con la línea jurisprudencial interpretativa posterior emanada como consecuencia 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 solo dando cabida al concepto de empresa-organización, de conformidad con la cual esta entidad, si bien tiene que ser suficientemente estructurada y autónoma, no tiene que disponer necesariamente de elementos significativos de activo material o inmaterial.

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

La catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de León, Sra. Susana Rodríguez, argumenta lo siguiente sobre la sucesión empresarial en las administraciones públicas y/o empresas del sector público¹⁰¹:

"... podría llegarse a concluir que "las actividades públicas gestionadas indirectamente constituirían per se un complejo orgánico-una unidad productiva en sentido funcional y técnico-encaminado a realizar un servicio público definido y delimitado, lo que supone que las vicisitudes que representen un cambio subjetivo en el ejercicio de la explotación integrarían el supuesto de hecho del art. 44 ET que acciona el efecto subrogatorio ex lege respecto de quien se hace eco efectivamente del servicio objeto de concesión como unidad productiva, de manera que en aquellas actividades que no requieren de un importante soporte patrimonial y en las que, diversamente, tiene una gran relevancia 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 las reglas sobre sucesión de empresas se aplican también en los casos en los que esta se produce a favor de una entidad de carácter público como consecuencia del rescate de la explotación anteriormente desarrollada a por una entidad privada, siendo indiferente la causa por la cual opera esta sustitución.

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

La igualdad en el acceso a funciones públicas consiste en no introducir en los procedimientos de selección oportunidades en su acceso que produzcan diferencias entre los aspirantes.

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

¹⁰¹ 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 el caso de las convocatorias aprobadas por la Comisión de Gobierno, en sesión celebrada el 10 de enero de 2019, 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: Experiencia profesional (máximo 25,00 puntos).

De la lectura del apartado del concurso de las bases de estas convocatorias podemos extraer lo siguiente:

- 1) En el baremo de méritos:
 - a. No hay ninguno que haga mención a que dentro del cómputo de los servicios prestados en determinadas categorías (técnico/a medio/a en 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 otras empresas que hayan estado vinculadas con la 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 en los 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 vinculados a estas administraciones públicas.
- 2) Sólo se computarán los meses de trabajo acreditados exclusivamente en la categoría profesional de la que se trate en cada convocatoria (ya sea (técnico/a medio/a en trabajo social; técnico/a medio/a en educación social y técnico/a superior en psicología respectivamente) y solo en aquella, y así tiene que constar expresamente acreditado de acuerdo con lo que hemos dicho en el apartado 1 a).

Llegados a este punto hay que anticipar que, en este caso, no hay ningún tipo de constancia que el tiempo de antigüedad computado o reflejado a efectos de la subrogación corresponda en su integridad al tiempo prestado efectivamente en cada una de las categorías de las convocatorias mencionadas, puesto que en los anexos que se acompañan en el citado acuerdo consta 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, de 1 de octubre de 2016,

y se 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 a los Puntos de Información y Atención a las Mujeres (PIAD) del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de los empleados públicos 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 n.º 0815752). En el mencionado acuerdo se prevé también que el Ayuntamiento de Barcelona reconocerá la fecha de antigüedad del personal subrogado que consta en el anexo a efectos de méritos en todos los procesos de selección y a efectos de, si procede, el cálculo de indemnizaciones por despido o extinción contractual.

En los antecedentes de este acuerdo se manifiesta lo siguiente:

"La Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Barcelona declaró la sucesión de empresa al 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 a los Puntos de Información y Atención Mujeres (de ahora en adelante PIAD) de acuerdo con lo que prevé 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 respecto 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 contrario, establecido una vez consumada la sucesión mediante un acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión se continúa rigiendo 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".

Habida cuenta esta regulación, 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 al acta de la reunión del Comité de Empresa de 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 otras personas en situación de riesgo y no el del Ayuntamiento de Barcelona, puesto que el mantenimiento de las condiciones de trabajo es dispositivo y se puede modificar por un pacto establecido una vez consumada la sucesión mediante un acuerdo.

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

4.3. El tiempo trabajado meritara a efectos de trienios, premio de antigüedad y 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 a efectos de méritos en todos los procesos de selección y a efectos de, si procede, 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 a la gestión directa de un servicio por parte de la propia administración pública, que puede plantear lo siguiente: si los/as trabajadores/as fijos/as de plantilla de la contratista o concesionaria originaria se subrogan como trabajadores/as fijos/as 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 mérito 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 de los Servicios Jurídicos del Ayuntamiento de Barcelona ya se aludía *"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 cual, estos/as trabajadores/as revertidos a la administración municipal con base en 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 de la ocupación pública, previa oferta pública, para acceder a los lugares de la categoría funcional correspondiente de acuerdo con los principios de mérito, capacidad e igualdad.

Alguna jurisprudencia que ha concluido sobre este tema y puede ser representativa de la misma la sentencia del TSJ de Castilla y León, Sala de lo social, de 9 de noviembre de 2011 (Rec. 1693/2011), que apela el sentido funcional de la sucesión de empresas aludido anteriormente, señalando que hay que considerar que:

"...sin que a estos efectos tenga ninguna relevancia que esta empresa sea una Administración pública, y esto independientemente de que los trabajadores que hayan sido integrados así, como los que no han pasado por un proceso selectivo destinado a garantizar los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la ocupación pública, solo puedan ser considerados en el sí de esta como "indefinidos no fijos", con las consecuencias que prevé la disposición adicional quinta del Estatuto de los trabajadoras, 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 que establece la normativa aplicable, y el trabajador indefinido no fijo tiene que

continuar ejerciendo el lugar 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 el trabajador mencionado acceda a la ocupación pública, superando el correspondiente proceso selectivo.”.

Así mismo, hay otros pronunciamientos jurisprudenciales que han insistido en esta conclusión, como, por ejemplo: 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). La doctrina laboralista también se ha mostrado, a todos los efectos, favorable a esta conclusión.

En consecuencia ,se puede conceptuar a un trabajador “indefinido no fijo” como 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 a la ocupación pública de acuerdo con los principios constitucionales (igualdad, mérito, capacidad y publicidad), no tiene la consideración de fijo, declaración que queda reservada a los tribunales (disposición adicional trigésimo cuarta, apartado 2, de la ley de Presupuestos del Estado para el año 2017).

El profesor Joan Mauri Majós manifiesta que la integración del personal en estos procesos tiene que tener en cuenta los aspectos siguientes: la aplicación del artículo 44 del ET que determina la conservación de la relación laboral preexistente y mantiene una vinculación especial con su tipo de contrato y puesto 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, tienen que continuar existiendo en la condición de “a extinguir” hasta que acontezca su amortización con ocasión de vacante; **a estos tipos 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 esto es que su horizonte de carrera, provisión de lugares y movilidad tiene que quedar circunscrito al ámbito estricto de la unidad transmitida y a la estructura de puestos de trabajo en que se desarrollaban sus funciones en la situación anterior;** el personal subrogado mantiene los derechos y las 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 se hayan podido adquirir, sin que con una colisión entre estas y las normas reguladoras de la ocupación pública haya bastante para eliminar el juego de las instituciones laborales que consagran el mantenimiento del derechos contractuales preexistentes (STS, de 3 de febrero de 2016, ROJ. 907/2016).

En concordancia con el contenido de las citadas sentencias, también encontramos la STJUE, de 6 de abril de 2017, (C-336/15) Unión en ECLI:EU:C:2017:276 la cual establece 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 de cesionario, por otra. De ello se desprende, en particular, que el cesionario debe seguir pudiendo realizar los ajustes y adaptaciones necesarios para continuar su actividad (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de septiembre de 2014, Österreichischer Gewerkschaftsbund, C 328/13, EU:C:2014:2197, apartado 29 y jurisprudencia citada).

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

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

Así, si bien recuerda que el cesionario puede, por un motivo distinto del de una transmisión de empresas y en la medida en que el Derecho nacional se lo permita, modificar las condiciones de remuneración en un sentido desfavorable a los trabajadores, el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 3, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad (DO 1977, L 61, p. 26; EE 05/02, p. 122) cuya redacción es esencialmente idéntica a la del artículo 3,

apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2001/23, debe interpretarse en el sentido de que, para el cálculo de derechos de carácter pecuniario, el cesionario está obligado a tener en cuenta todos los períodos de empleo cubiertos por el personal transferido, en la medida en que esta obligación se derive de la relación laboral que vincula a dicho personal con el cedente y conforme a los criterios acordados en el marco de tal relación (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de septiembre de 2000, Collino y Chiappero, C-343/98, EU:C 2000:441, apartados 51 y 52)".

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

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

El reconocimiento de la antigüedad configura un concepto retributivo ligado a la prestación de servicios, que computa a los efectos de acumulación de servicios para determinar los trienios que se tienen que reconocer al trabajador en cuestión. Esta afirmación conlleva que, en el supuesto analizado, este reconocimiento de servicios tenga cabida por 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. Esto es así habida cuenta que se trata de servicios prestados en empresas privadas, aunque hayan sido adjudicatarias para la ejecución de los servicios PIAD y SARA, por cuanto la selección de este personal ha sido efectuada por otros mecanismos diferentes a los criterios de selección del personal al servicio de las Administraciones Públicas y en concreto, para el caso que nos ocupa, del Ayuntamiento de Barcelona que se encuentra sometido en la selección de su personal respecto de los principios de mérito, capacidad e igualdad.

En la línea de lo que hemos dicho, se hace necesario incidir en el hecho que a pesar de que 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 estas el reconocimiento del tiempo trabajado por el personal "subrogado" en las empresas adjudicatarias que prestaban servicios antes de 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 del acta de la reunión del Comité de Empresa, de xxxxxx, a efectos de méritos en todos los procesos de selección sería contrario a las bases, la jurisprudencia y la doctrina analizada. Postura esta que viene reforzada, además, por el hecho que en el presente caso los servicios prestados:

- a) han sido sólo en el ámbito privado.

- b) que más allá de la antigüedad prestada en la empresa no consta acreditado que este tiempo haya sido empleado en las mencionadas categorías de referencia, pues no consta así acreditado en los respectivos expedientes.
- c) en las bases no se recoge ninguna excepción en este sentido (a pesar de que como ya se ha dicho, son posteriores al mencionado acuerdo de condiciones de trabajo de este personal subrogado con efectos de 1 de octubre de 2016).

Y esta conclusión, entendemos que no implica ningún incumplimiento de la normativa laboral aplicable en esta subrogación, y sí en cambio, puede comportar 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 de lo contencioso-administrativo n.º 1 de Palma de Mallorca, de 27 de junio de 2017, (00291/2017) que 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 n.º 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 al caso de una fundación, se señala lo siguiente 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 emiten a los solos efectos de acumulación de servicios previos para determinar los trienios que se reconozcan al trabajador en cuestión".

En igual sentido que las anteriores se pronuncia la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 29 de octubre de 2012 (sentencia n.º 3.157/2012) en su fundamento 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 acreditar su mérito y su capacidad, su acceso se ha producido por mecanismos selectivos del ámbito privado (y por tanto fuera de las garantías y preceptivos controles administrativos). Por ello, sería contrario a la Constitución, al ordenamiento jurídico y a la jurisprudencia, así como un agravio comparativo para el resto de los/las aspirantes además de contrario a los principios de igualdad, que a este **“personal subrogado”** se le reconocieran 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, publicidad.¹⁰²

V. Finalmente, la igualdad es uno de los valores de nuestro estado de derecho. Cuando hay que competir para el empleo público, hay que respetar el canon de igualdad de trato de los aspirantes.

Hemos de destacar la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el artículo 14 de la constitución, siendo especialmente reseñable 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), por ello toda alegación del derecho fundamental a la igualdad precisa para su verificación de un tertium comparationis frente a la desigualdad se produzca, elemento de contraste que ha de consistir en “una situación jurídica concreta ATC209/85).*

En el ámbito selectivo la STS, de 23 de febrero de 2016, (rec. 3977/2014) habla de la igualdad de oportunidades en los siguientes términos:

“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 pueden colocar en situación de ventaja a unos

¹⁰² 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”.*

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”.

VI. En relación a la publicidad de las actas del Comité de Empresa, la ley 19/2014, de 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 lo tanto, desde los convenios colectivos 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 del personal laboral, (sin hacer distinción entre pactos estatutarios o extraestatutarios) como los pactos y acuerdos normalmente logrados, es decir, lo que es sustantivo es el resultado, sobre el cual recae la obligación de información, por lo cual consideramos necesario publicar las actas del Comité de Empresa en el portal de transparencia a fin de garantizar el cumplimiento del artículo 33.1 del EBEP, pues existe la obligación específica de transparencia y del citado artículo 9.1 de la Ley 19/2014.

En este sentido, hay que remarcar que este acuerdo del Comité de Empresa no fue publicitado ni en el momento de su adopción ni en un momento posterior. Esto a pesar de reconocer o pronunciarse sobre temas, el alcance de los cuales, lejos de reflejarse sobre un ámbito limitado de personas (las que eran objeto de subrogación), irradiaba a toda la ciudadanía y particularmente a los aspirantes a un puesto de trabajo público en la medida en que se pronunciaba sobre un elemento que constituiría 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 cual, esta falta de publicidad comporta limitar la posibilidad de conocimiento por todos los interesados, privando a los además del derecho a ejercer sus derechos y accionar en el supuesto de que consideren lesionadas sus expectativas.

En el supuesto que nos ocupa, es evidente que los aspirantes no han podido interponer los correspondientes recursos contra las bases de estas convocatorias analizadas, puesto 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 que los aspirantes en un proceso selectivo puedan recurrir contra los actos finales de los mismos sin haber impugnado previamente las bases de la convocatoria, siendo uno de los requisitos para esta excepción jurisprudencial que se lesionen derechos fundamentales, es decir, que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional como podría ser en este caso la igualdad. Como por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de mayo de 2009, recurso n.º 2586/2005 que abre la posibilidad excepcional a eludir la regla general del recurso previo de las bases y que resume esta doctrina citada como sigue:

"Admitiendo que existía una jurisprudencia que amparaba el principio de que no impugnada las bases no puede después impugnarse el resultado, esta ha ido modificándose, empezando por la posibilidad de que se impugnara si nos encontrábamos ante una acto nulo de pleno derecho, después añadiendo el supuesto de violación de derechos fundamentales, aun cuando este puede incardinarse en el primero a tenor de lo dispuesto en el artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992, después permitiendo la impugnación, en el momento en que el resultado del proceso selectivo ha supuesto un verdadero perjuicio, ilegal, para quien no tiene la obligación de soportarlo, y finalmente en dos sentencias de esta Sala de 2 de marzo de 2009 se sostiene que: "una cosa es que, dentro del amplísimo margen de potestad discrecional que dispone la Administración para configurar las bases de un proceso selectivo, dentro por supuesto del absoluto respeto al ordenamiento jurídico, pueda disponer un contenido, que si se admite, no puede ser posteriormente cuestionado, y otra muy distinta que la falta de impugnación de las bases subsane las ilegalidades que aquellas puedan contener, pues ello supondría que el derecho sería disponible para la Administración y para las partes que lo consienten. Esto es el principio de que las bases son la ley del concurso, ha de entenderse, como ocurre ilegalmente en los contratos, que son la base de la relación contractual, en la medida en que sean conformes con el ordenamiento jurídico. En consecuencia, el consentimiento de las bases no puede convertirse en un obstáculo impeditiva 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 esta 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 este, y aunque no puedan ser impugnadas en la medida en que sean legales, tampoco la falta de impugnación de este acto sana o puede ser un impedimento para la impugnación del acto resolutorio del proceso selectivo, que sólo lo será en la medida en que fueran las bases conformes con el ordenamiento jurídico".

VII. La subrogación de los/as 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 de sus derechos.

El acuerdo adoptado por el Comité de Empresa del Ayuntamiento de Barcelona, de 5 de septiembre de 2019, que no fue objeto de publicidad en los términos antes indicados, logró un reconocimiento en el que la antigüedad acumulada de estos/as trabajadores/as se

computaría a efectos de servicios prestados en la administración. Este reconocimiento como se argumenta, comporta 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 en el ámbito municipal al ser trabajadores/as de empresas adjudicatarias y que no hayan sido internalizados, o incluso trabajadores/as 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 concreto no está especificado en las bases de las convocatorias.

RECOMENDACIÓN

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/a en educación y técnico/a en psicología respectivamente, en concreto el apartado de la presentación de los méritos para ser valorados en la fase del concurso y ajustarse al cumplimiento de los principios que rigen al acceso a la función pública y por tanto ciñéndose 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 a 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 acreditado hasta un máximo de 17 puntos) y a la acreditación de éstos.

2) Valorar, si se tercia, 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 al 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 con vistas en los posibles recursos que se puedan interponer en el ejercicio de las acciones que conforme a derecho asisten a los/las aspirantes. 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 BEBG sobre este tema.

3) Considerar la idoneidad de la publicación de las actas del Comité de Empresa a fin de garantizar la máxima transparencia de acuerdo con lo que prevé la normativa aplicable y hacer llegar los acuerdos tomados por el mismo, con el fin de garantizar la posibilidad de ser conocidos por todos los interesados, si se tercia, el derecho a ejercer sus derechos.

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

Finalmente, informamos que este órgano gestor del Buzón Ético ya se pronunció, en iguales términos, a raíz de otras comunicaciones de contenido similar a la que ha motivado la Recomendación extractada, antes de que finalizase el proceso selectivo analizado, cuando ni tan siquiera se había iniciado la fase de valoración de méritos, concretamente, mediante Recomendación de 16 de mayo de 2019 la cual fue notificada a la Gerencia para su posterior traslado al Tribunal calificador.

SEGUIMIENTO DE LA RECOMENDACIÓN

A raíz del requerimiento del órgano gestor del BEBG en relación con cuáles han sido las diligencias efectuadas, y de las recomendaciones formuladas, la Gerencia informó que *"hemos trasladado vuestro informe a los tribunales calificadores y han sido asumidos por ellos y aplicadas las recomendaciones en la valoración de méritos"*.

I.II. PROCESOS DE SELECCIÓN: PRESUNTA IRREGULARIDAD EN EL CÁMPUTO DE MÉRITOS DEL PERSONAL LABORAL SUBROGADO A LOS EFECTOS DEL ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA.

De las recomendaciones emitidas por el órgano gestor del BEBG a raíz de las múltiples comunicaciones recibidas en el Buzón Ético relativas a la presunta irregularidad en el cómputo de méritos del personal laboral que se subrogó desde un servicio del Ayuntamiento a una Sociedad Municipal, en el Ayuntamiento de Barcelona a través de un Instituto Municipal, con hechos concurrentes y circunstancias y/o documentación diversa, lo cual ha comportado un análisis detallado de cada una de las comunicaciones, aun así, el órgano gestor ha efectuado, además, un resumen de los hechos comunicados y concurrentes de todas estas comunicaciones, que es el siguiente:

“Irregularidades en el cómputo de méritos del personal laboral que fue subrogado desde los servicios del Ayuntamiento a la Sociedad Municipal a través del Instituto Municipal puesto que según consta, a todos los efectos, para el personal subrogado se considerará la antigüedad acumulada a efectos de méritos o servicios prestados en la administración.”

Además, entienden que supone una doble vulneración de los principios de igualdad y mérito recogidos en los artículos 23 y 103 de la CE respecto al acceso a la función pública en el proceso de provisión de plazas que está llevando a cabo actualmente el Ayuntamiento de Barcelona, en cuanto que:

- 1) *En las bases de la convocatoria no se reconoce como mérito la experiencia previa del conjunto de trabajadores y trabajadoras del Ayuntamiento que han prestado servicio en estas empresas anteriormente, y accedido a la función pública mediante bolsa de trabajo antes de la reinternalización, mientras que sí se le reconoce a los trabajadores y trabajadoras que han accedido mediante la reinternalización, lo que supone un agravio comparativo y no se acoge al principio de igualdad en el acceso a la función pública.*
- 2) *Estos trabajadores y trabajadoras no han pasado ningún proceso de selección que atienda a los principios de igualdad, mérito y capacidad, sino que fueron escogidos por procesos de la empresa privada, y aun así cuentan con un privilegio en los procesos de selección.”*

Hay que señalar que, dentro de las actuaciones de investigación y comprobación practicadas, se encuentran por ejemplo: a) requerimientos efectuados a los diferentes órganos que intervinieron en estas subrogaciones, con el fin de disponer de los expedientes

completos de los diferentes traspasos de las tareas que han permitido examinar informes diversos de las Gerencias relacionadas con el traspaso, así como, el acuerdo para la reorganización de los servicios y actividades del Instituto municipal b) análisis específico en la memoria justificativa de la asignación de tareas y las diferentes empresas del grupo de la empresa municipal con las adscripción de personal c) también se hizo un examen aleatorio de diferentes expedientes de contratación de personal laboral de la citada empresa que permitió hacer valoraciones de los procesos selectivos utilizados en las categorías objeto se las comunicaciones y en otras que pese a no ser citadas en aquellas han sido de utilidad para valorar las diferentes formas de esta selección d) también se hizo un análisis del informe emitido por servicios jurídicos, en fecha 17 de septiembre de 2020, sobre el objeto de esta comunicación y e) y se realizó una comprobación del contenido de las bases objeto de esta comunicación.

Efectuadas las actuaciones de investigación correspondientes, examinada la documentación requerida al órgano gestor afectado, así como demás información facilitada, y analizada la normativa de aplicación, se trasladaron las siguientes

CONSIDERACIONES

Primera.- El artículo 55.1 del Real decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el cual se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto básico del empleado público (en lo sucesivo TREBEP) establece los principios jurídicos rectores del acceso al trabajo público. Estos se fundamentan en una premisa previa: todos los ciudadanos tienen derecho al acceso a la función pública de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, es decir, a través de procedimientos en los que se garantizan los principios expresados.

La proyección de estos principios sobre la contratación de trabajadores de las sociedades del sector público, según indica el profesor Jorge Fondevila Antolín¹⁰³ con los refrendos que suponen los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, suponen:

- a) El principio de igualdad y mérito limita la libertad de contratación y prohíbe la designación discrecional de los trabajadores que tengan que ser incorporados a la plantilla de la empresa, obligándola a contratar a aquellas personas más idóneas que acreditan encontrarse en posesión de las cualidades objetivas requeridas para el correcto desarrollo de un puesto de trabajo en concreto (STC 282/1983, de 27 de septiembre).
- b) El principio de igualdad y mérito implica una determinación previa de los requisitos y las condiciones del proceso de selección, de forma que el órgano encargado de

¹⁰³ Documento número 7 de la Revista Publicada en el INAP. "Los Claroscuros del EBEP en los procedimientos de concurrencia competitiva: reflexiones empíricas y propuestas innovadoras"

valorar los candidatos no pueda operar con una excesiva libertad y actúe bajo los parámetros de una decisión prudente y razonable (SSTC 48/1998, de 2 de marzo y 138/2000, de 29 de mayo).

- c) El acceso en condiciones de igualdad y mérito comporta que los requisitos y las condiciones del proceso de contratación se tengan que establecer en términos generales y abstractos y no mediante referencias concretas e individualizadas encaminadas a la contratación de una persona o de un grupo de personas determinadas (SSTC/67/1989, de 18 de abril y 269/1994, de 3 de octubre).
- d) Los requisitos y las condiciones de acceso tienen que responder exclusivamente a los principios de mérito y capacidad; el principio de mérito y capacidad referido a un requisito o una condición presupone que esta se ajusta a las notas de razonabilidad y proporcionalidad.

La razonabilidad remite a la necesidad de acreditar una relación de congruencia entre el requisito o la condición y las funciones a desarrollar. La proporcionalidad implica una adecuada ponderación de cada requisito o condición en relación con la valoración de conjunto tomando como referencia la función a desarrollar (SSTC 50/1986, de 28 de abril y 87/1989, de 18 de abril.)

- e) La letra a) del artículo 55.2 del TREBEP afirma el principio de publicidad de las convocatorias y sus bases.

Segunda.- El modelo de trabajo público es heterogéneo y ciertamente complejo, coexisten no sólo una dualidad de regímenes jurídicos básicos – estatutario y laboral-, sino también una pluralidad de regímenes jurídicos particulares que ponen de manifiesto que el conjunto de trabajo público no resulta equiparable entre sí. La propia Administración asume otras funciones de producción de bienes y prestación de servicios públicos sirviéndose en ocasiones para ello de un conglomerado de organismos públicos sometidos, según sus diferentes tipologías, al derecho público unos y al derecho privado otros.

El poder normativo sobre la función pública se proyecta no solo sobre el régimen jurídico subjetivo de los trabajadores públicos sino que se traduce en las ofertas de trabajo o en las relaciones de puestos de trabajo, aunque hay veces que puede incidir a través de esta regulación en aspectos subjetivos de la relación jurídica.

En el sector público coexisten modelos e instituciones jurídicas diferentes, según la naturaleza del vínculo contractual o estatutario que une a cada trabajador público con su administración respectiva, pero también se ha ido conformando, tanto a nivel legal como jurisprudencial, una significativa diferenciación entre los trabajadores que presten servicio en el sector público mediante un vínculo laboral, en el que se encuentra como

denominador común las notas que definen una relación laboral, contenidas en el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores que la configura como prestación voluntaria de trabajo por cuenta de otro, dentro del ámbito de dirección y organización del empresario, que son ciertamente sustanciales y relevantes desde el punto de vista de las diferencias existentes respecto del vínculo estatutario como el ingreso en el sector público ex artículo 23.2 y 103 de la Constitución española (CE) derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalan las leyes entre otros.

No podemos dejar de mencionar el objetivo esencial de la Ley 7/2007, de 12 de abril (normativa derogada) que regula el Estatuto Básico del Trabajador Público, que según señala en su exposición de motivos, establece los principios generales aplicables al conjunto de trabajo público para promover la calidad del servicio en beneficio de los ciudadanos y el interés general

A pesar de que el Real decreto legislativo 5/2015 de 30 de octubre, por el cual se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto básico del empleado público (TREBEP) no efectúa ninguna manifestación expresa sobre el trabajo público en el marco de las relaciones laborales, recoge los fundamentos referidos en la Ley 7/2007 (citada en el párrafo anterior) en determinados principios constitucionales que exigen que estas relaciones laborales se fundamenten en la defensa de los ciudadanos: principio de igualdad, mérito y capacidad, lo que supone igualdad de trato en el acceso, extinción y condiciones de trabajo, de conformidad con los artículos 14; 23.2 y 103.3 de la Constitución española (en los sucesivos CE), que se conecta con la interdicción de los poderes públicos del art. 9.3 CE y la defensa de la Administración Pública de acuerdo con el principio de eficacia, de conformidad con el artículo 103.3 de la CE.

Tercera.- Cuando se trata de sociedades mercantiles públicas nos referimos básicamente a aquellas en las cuales en el capital social es mayoritaria la participación, sea esta directa o indirecta, de las Administraciones públicas o de sus entes dependientes o vinculados.

El concepto de empresa puede obtenerse, desde una vertiente objetiva de acuerdo con lo que prevé el artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores o las normas mercantiles, si bien la doctrina se ha inclinado por una opción teleológica-economicista, al entender que tiene que tratarse "de una organización de bienes, actividades y relaciones de muy variada condición constitutiva de un todo susceptible de ser objeto de negocios jurídicos" o " un conjunto orgánico de bienes y derechos encaminados a la producción de bienes y servicios".

Respecto al "centro de trabajo", es de aplicación directa la previsión del artículo 1.5 del ET, aparecen los problemas hermenéuticos respecto de las "unidades productivas autónomas" o "partes del centro de actividad", en aquellos casos en los que se transmite solo la actividad, por lo cual el cambio de titular no tiene un cambio de afectación física o jurídico-mercantil.

La figura de la sucesión exige que el traspaso afecte a una entidad económica que conserve su identidad como tal, pero esto puede ser entendido en un doble sentido: bien desde la perspectiva "actividad" de forma que será suficiente que se prosiga con la actividad que ejerce el cedente o bien desde el punto de vista organizativo, que añada el traspaso de la actividad la transmisión de los elementos que son necesarios para continuar con esta o que suponen la base de la actuación de la entidad. En definitiva, habrá que atender a la concurrencia de los elementos de cada caso concreto para determinar si el personal del sector público que presta servicios a una concesionaria, como consecuencia de reordenación de diversa índole, tiene que ser subrogado o no, en qué forma y con qué alcance. Hay situaciones de las que es posible extraer consecuencias comunes en aquellos casos en que se aplique el artículo 44 del ET, bien sea por vía legal, bien sea por vía convencional o administrativa (pliegos de condiciones).

Los trabajadores de una mercantil pública o privada cuya actividad quede absorbida por la propia administración o ente público dependiente de ella pasará a formar parte de la nueva entidad con las siguientes especificidades: La naturaleza jurídica de su relación contractual será fija –si obtuvo plaza mediante proceso selectivo en concurrencia competitiva, respetando los principios constitucionales de acceso al trabajo público, o bien será personal indefinido no fijo o temporal, en función de la calificación que tuviera en origen. La mera incorporación no hace que se adquiera la condición de funcionario público, este criterio es compartido por la mayoría de la doctrina administrativista actual y no queda desvirtuada por la sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de enero de 2022.

Cuarta.- La selección de personal al servicio de la Administración se rige por unos parámetros diferentes de los del ámbito privado, donde la libertad de contratación, con algunos límites, es el principio básico derivado de la Constitución. En la Administración, el derecho de acceso al trabajo público tiene que efectuarse de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, y después del TREBEP, también de conformidad con los principios que marca esta ley y aquellos otros previstos por el ordenamiento jurídico.

El TREBEP no excluye de su regulación la selección del personal laboral, sin distinguir entre fijo y temporal, de un conjunto de principios, además de los referidos anteriormente, que se concretan en los de publicidad, transparencia, imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos selectivos, que actuarán de forma independiente y con discrecionalidad técnica, de forma ágil, que no impida la objetividad, y con base en la adecuación entre las funciones o tareas que desarrollará el futuro trabajador y el contenido de los procesos selectivos.

La valoración de méritos y antigüedad como contratado laboral -temporal o indefinido- en la convocatoria no es una referencia individualizada, sino que es plenamente legal, si se adecuan a los límites fijados por los, reseñados en el párrafo anterior.

Los requisitos tienen que ser objetivamente justificables, razonables y proporcionados en relación con las funciones y tareas que ha de desarrollar en el futuro el trabajador laboral o no.

La selección de personal al servicio de las sociedades mercantiles y fundaciones públicas tiene que ajustarse a los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad, a pesar de que no se rijan por el TREBEP y demás de normativa complementaria.

Por lo cual, la concreción de estos principios corresponde a la específica normativa reguladora de las sociedades o fundaciones públicas o a la negociación colectiva. En su defecto, esta concreción queda en manos de los correspondientes órganos de gestión de la sociedad o de la fundación a través de las "bases" de cada convocatoria, negociadas o no, con la representación de los trabajadores. En cualquier caso, el margen de maniobras es extraordinariamente amplio, sobre todo en materia de sistemas selectivos.

Las consideraciones interpretativas mayoritarias y pacíficas de la doctrina académica (administrativa y laboral) que se han efectuado sobre este precepto, coinciden todas en el mismo sentido, es decir, que la disposición adicional primera del TREBEP incluye sin lugar a dudas a las sociedades públicas.

Encontramos referencias en el área administrativa como la efectuada por el presidente de la Comisión de Expertos del EBEP, Sr. Sánchez Morón¹⁰⁴, que considera que no existe ningún tipo de duda en la aplicación de esta disposición adicional primera a las sociedades públicas y señala lo siguiente:

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

Coinciden también en el criterio anterior los profesores R. Jiménez Asensio y F.A Castillo Blanco concretamente en el Informe sobre el empleo público local- Balance y propuestas para su racionalización en el marco de la reforma del empleo público, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, pág. 23, año 2019.

¹⁰⁴ SÁNCHEZ MORÓN, M (2007), "Objeto y ámbito de aplicación", en Dir. Sánchez Morón, Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, Lex Nova, Valladolid, págs. 80 y 81, y también en la misma obra, "Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios". Pág. 400.

En el área del Derecho Laboral, también podemos considerar que existe una posición pacífica a este respecto, el profesor Goñi Sein interpretó que no existía ninguna duda acerca de que la finalidad del TREBEP era aplicarse a la totalidad del sector público, que incluye las sociedades públicas conforme a las previsiones de la disposición adicional primera del EBEP y, que sobre su contenido y literalidad considera que no existe ninguna duda, y añade que: *"el personal de estas entidades del sector empresarial o fundacional público que sujetan su actividad a derecho privado, aunque se les atribuya el carácter de trabajadores laborales, conforma en realidad trabajo público"*.

Quinta.- Sobre el concepto doctrinal de "sector público", es concebido de forma pacífica y consolidada como la expresión que comprende la totalidad de la actividad del Estado, en su sentido más amplio, comprende la totalidad de nuestras administraciones generales territoriales, así como sus administraciones institucionales, agencias y otros tipos de entidades públicas con participación mayoritaria de cualquiera de estas administraciones.

Los principios rectores en el acceso al trabajo público previstos en el artículo 55 del EBEP también se aplican en las entidades públicas empresariales y sociedades mercantiles públicas.

El personal de las entidades públicas empresariales se rige por el Derecho Laboral, con las especificaciones relativas a los funcionarios públicos de la Administración General del Estado, que se rigen por aquello previsto en el TREBEP y otras normativas reguladoras de los funcionarios públicos o por la normativa laboral (art. 106.1 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en lo sucesivo LRJSP). Por lo cual, como regla general, la selección del personal de estas entidades se efectuará mediante convocatoria pública basada en los principios de igualdad, mérito y capacidad (art.106.2 LRJSP)¹⁰⁵

Sin embargo, la situación es más compleja puesto que a las sociedades públicas no les resulta aplicables en la totalidad el ordenamiento jurídico privado, sino que, precisamente dadas sus características especiales, determinadas materias están excluidas de esta aplicación.

El artículo 113 de la LRJSP dispone que las sociedades mercantiles estatales se rigen por lo que prevé esta Ley, por lo que prevé la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, y por el ordenamiento jurídico privado, excepto en las materias en que les sea aplicable la normativa presupuestaria, contable, de personal, de control económico-financiero y de contratación. En ningún caso no pueden disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, sin perjuicio que excepcionalmente la ley les pueda atribuir el ejercicio de potestades administrativas.

¹⁰⁵ *SSTS de 13 de noviembre de 2007 (Rec. 3/2007) y 24 de enero de 2011 (Rec. 3792/2009); y STSJ de Andalucía de 12 de junio de 2018 (Rec. 3/2018)*

Esta referencia a la contratación apunta, como señala la doctrina jurisprudencial, a las reglas sobre selección de contratistas, reglas que en el régimen laboral se contienen con los principios de igualdad, mérito y capacidad en la selección de personal.

Hacemos reseña de las sentencias más ilustrativas en relación con esta aplicación normativa sobre el objeto de estas comunicaciones.

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

STC 132/2005, de 23 de mayo de 2005

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

El presente recurso de amparo trae causa de un procedimiento selectivo destinado a cubrir sendas plazas de personal laboral con carácter temporal en el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz. Partiendo de esta base, debe reconocerse, que "el derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 no es aplicable en los supuestos de contratación de personal laboral por parte de las Administraciones públicas" (STC 281/1993, de 27 de septiembre, FJ 2), porque "las funciones públicas englobadas en la protección que dispensa el art. 23.2 son aquellas que vienen desarrolladas por funcionarios públicos, en el sentido del art. 103.3 CE, esto es, por aquellas personas vinculadas con la Administración... mediante una relación de servicios de carácter estatutario (tal y como se encargó de precisar la STC 99/1987), es decir, preordenada legal y reglamentariamente, y no integrada contractualmente (ATC 298/1996, de 16 de octubre, FJ 3)" (STC 86/2004, de 10 de mayo, FJ 4). En definitiva, en la medida en que nos encontramos ante un procedimiento de selección de personal laboral (y no funcionario) por parte de una Administración local, no puede resultar de aplicación, según la doctrina constitucional referida, el art. 23.2 CE."

Sexta.- El órgano gestor del Buzón ético formuló unas recomendaciones, en fecha 16 de mayo de 2019, en las que se trataron unos supuestos similares, versaban sobre una presunta irregularidad en el cómputo de méritos del personal laboral y subrogado en el SARA (Servicio de atención, recuperación y acogida) y en los PIAD (Puntos de información y atención a la mujer) en el acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de los empleados municipales del Ayuntamiento de Barcelona.

Este personal indicado en el párrafo anterior y el personal subrogado de la empresa municipal se encuentra en algunas circunstancias coincidentes, la primera de ellas es que a los dos colectivos les es de aplicación el convenio colectivo del Ayuntamiento de Barcelona y se equiparan en relación con los puestos de trabajo, condiciones y conceptos salariales aplicables al personal de la organización municipal; y la segunda es que las

funciones públicas que ha ejercido el personal subrogado de la empresa municipal antes de ser traspasado al Instituto Municipal, así como la del personal que efectuaba los servicios de SARA y PIAD antes de la subrogación del personal por la resolución que acordaba la reinternalización, también han sido funciones públicas con la diferencia que se efectuaban mediante gestión indirecta a través contrataciones administrativas.

El ejercicio de estas funciones públicas se fundamenta en la siguiente normativa: la Ley 7/1985, de 2 de abril (LRBRL), que en su redactado actual, indica que los municipios para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias pueden promover todo tipo de actividades y prestar todos aquellos servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de su vecindario.

Las funciones de las administraciones locales son las establecidas en la normativa vigente, es decir, en el Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el cual se aprueba el texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña y por la ley de Bases de Régimen Local 7/1985, modificada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local.

De acuerdo con lo que establece el artículo 25 de la Ley de bases de régimen local, el Ayuntamiento ejercerá como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las comunidades autónomas, las materias siguientes:

- a) Urbanismo: planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística, protección y gestión del patrimonio histórico, promoción y gestión de la vivienda y protección pública con criterios de sostenibilidad financiera y conservación y rehabilitación de la edificación (funciones que inicialmente desempeñaba la empresa pública y en las que posteriormente se subrogó el Instituto Municipal).
- b) Evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social (ejercidas mediante gestión indirecta a través de contratación administrativa por empresas privadas cuyo personal fue subrogado con la reinternalización de estas funciones).

Por lo cual el ejercicio efectuado por el personal que realiza estas competencias antes de las respectivas subrogaciones es asimilables según la normativa esgrimida anteriormente; lo cual no hace que las consideraciones sobre el cómputo de la antigüedad acumulada a efectos de méritos o servicios prestados en la administración determine el que se tengan que computar o no.

En las recomendaciones indicadas en el párrafo primero de esta consideración, en concreto en la consideración cuarta se indicaba lo siguiente:

“... El reconocimiento de la antigüedad configura un concepto retributivo ligado a la prestación de servicios, que computa a los efectos de acumulación de servicios para determinar los trienios que se tienen que reconocer al trabajador en cuestión. Esta

afirmación conlleva que en el supuesto analizado este reconocimiento de servicios tiene cabida por 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 puesto que se trata de servicios prestados a empresas privadas, aunque adjudicatarias para la ejecución de servicios PIAD y SARA, lo cual implica que la selección de este personal ha sido efectuada por otros mecanismos diferentes que los de selección del personal al servicio de las Administraciones Públicas y en concreto, para el caso que nos ocupa, del Ayuntamiento de Barcelona sometido al respeto de los principios de mérito, capacidad e igualdad.

En la línea de lo que hemos dicho, se hace necesario incidir en el hecho de que a pesar de que las bases de las convocatorias analizadas son posteriores al acuerdo de las condiciones del personal subrogado desde los servicios del PIAD y SARA no queda reflejado en estas el reconocimiento del tiempo trabajado por el personal "subrogado" en las empresas adjudicatarias que prestaban servicios 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 del acta de la reunión del comité de empresa a efectos de méritos en todos los procesos de selección sería contrario a las bases, la jurisprudencia y la doctrina analizada..."

Podemos concluir que la **antigüedad solo tiene que ser computada siempre y cuando la selección de personal de las bolsas de trabajo se ha empleado para un proceso selectivo de acuerdo con los principios de mérito y capacidad previstos en el ordenamiento jurídico vigente..."**

Séptima.- Vistas las consideraciones anteriores y el examen efectuado de forma aleatoria, de algunos de los expedientes donde constan los procesos selectivos para acceder a la empresa pública o el acceso a otras mercantiles que con posterioridad se adscribieron a esta mercantil por motivos de reorganización y racionalización, se hace necesario, examinar cada uno de los expedientes de los aspirantes a los diferentes procesos selectivos, para constatar si han respetado o no los principios constitucionales aducidos a lo largo de estas actuaciones.

En la consideración cuarta de la recomendación formulada por el órgano gestor del BEBG, de 16 de mayo de 2019, sobre posibles irregularidades en el 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 Ayuntamiento de Barcelona se manifestó que el reconocimiento de la antigüedad configura un concepto retributivo ligado a la prestación de servicios pero no tiene paralelismo en un reconocimiento de esta antigüedad acumulada a efectos de méritos o servicios prestados en la administración.

Podemos concluir que computar como experiencia profesional la fecha de antigüedad del personal subrogado que consta en los expedientes de traspaso concretamente en sus anexos, a efectos de méritos en estos procesos selectivos sería contrario a las bases. Solo se podría computar en el supuesto que se justificara que en el proceso de selección de este personal se han empleado los principios de mérito y capacidad con el fin de garantizar la máxima calidad en la prestación de los servicios públicos y por tanto, garantizar la plena satisfacción del interés general. En el supuesto de que los procesos de selección hubieran sido del ámbito privado se desvirtuarían los aludidos derechos constitucionales protegidos.

En el análisis aleatorio de los procesos de selección citados anteriormente y que, dentro de sus actuaciones de investigación, el órgano gestor del BEBG ha llevado a cabo, se ha podido observar que no todos los procesos de selección de personal laboral han sido efectuados por los mismos procedimientos por lo cual, consideramos que **no se puede afirmar taxativamente**, que todos y cada uno de los procedimientos de selección de personal hayan respetado las garantías necesarias para poder computar esta antigüedad, y por ende cumplir las garantías que exigen que el acceso al trabajo público sea conforme a los principios de mérito y capacidad en condiciones de igualdad.

Finalmente, colacionamos jurisprudencia que apoya las consideraciones efectuadas en estas actuaciones. Destacamos algunos de los pronunciamientos en el momento del análisis de los hechos comunicados, concretamente:

El auto 10677/2019, de 24 de enero de 2019, del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) Rec. Nº 1843/2018 en su fundamento segundo declara que: "la construcción del "indefinido no fijo" no es aplicable a las sociedades anónimas, aunque pertenezcan al sector público, pues no están obligados a cumplir con los principios constitucionales del acceso a la función pública, que es lo que contrae el mandato del art. 103.3 CE."

Esta argumentación jurídica ha sido objeto de revocación por medio de dos sentencias del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo del 17 y 18 de junio de 2020 que han unificado doctrina en cuanto a las consecuencias de la apreciación de fraude de ley o de abuso de la contratación temporal en las sociedades mercantiles estatales, de forma que los trabajadores de estas empresas afectadas se consideran indefinidos no fijos y no trabajadores fijos de plantilla.

El asunto tiene su origen en dos recursos de unificación de doctrina presentados ante el Tribunal Supremo por AENA, por dos sentencias dictadas por Juzgados Sociales que calificaron como trabajadores fijos a dos trabajadores de aeropuerto, por constar concatenación de contratos temporales durante varios años.

La Sala de lo Social, después de aceptar la aplicación de los principios de mérito y capacidad en el acceso a la condición de trabajador de empresas públicas dispuso:

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

Finalmente, la sentencia de 2 de julio de 2020, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (Sección 1ª), que reitera la consideración que las empresas públicas o sociedades públicas estén sometidas al TREBEP y la Constitución (art. 103), declara lo siguiente:

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

Otra consideración de especial relevancia para el asunto que nos ocupa es que el Tribunal Supremo rehúsa la tesis del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de reconocer la condición de fijo cuando existen pruebas previas para acceder en un contrato laboral temporal, y a este respecto, el Tribunal Supremo declara:

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

Es conveniente precisar que un aspecto que últimamente los tribunales están tratando garantizar es la continuidad del personal laboral subrogado con su condición de indefinido no fijo o incluso fijo, concretamente en la Sentencia dictada por el Pleno del Tribunal Supremo, de 22 de enero de 2022, que rechazó la condición de indefinido no fijo y amparó la de fijo a fin de no vulnerar la normativa laboral en materia de subrogación y dejar al trabajador en una situación de peor condición después de la subrogación empresarial por no limitar el objeto de la transmisión. Ahora bien, en ningún caso, tiene nada que ver con el cómputo de antigüedad del personal subrogado a efectos de los procesos selectivos de acuerdo con lo que prevén las bases de estos procesos.

Octava.- El órgano gestor del Buzón Ético quiere dejar patente que lamenta el retraso en la formulación de esta recomendación y no haberla emitido antes de la resolución de algunas convocatorias referidas a personal subrogado de empresa pública por parte de los tribunales de los correspondientes procesos selectivos, pero el tiempo empleado para la tramitación de

la comunicación está vinculado a la complejidad de la investigación y al proceso de dotación y provisión de las plazas del órgano gestor del BEBG.

Sin embargo, estas consideraciones de carácter preventivo pueden ser valoradas en otros procesos selectivos en supuestos similares del ámbito de actuación de esta administración municipal.

RECOMENDACIONES

En consecuencia, vistas las consideraciones efectuadas anteriormente y las conclusiones que se desprenden de las mismas y habida cuenta las bases de las convocatorias analizadas en cuanto a las bases del concurso (las de mérito a valorar) a efectos preventivo se hacen las siguientes recomendaciones:

1) Aplicar, stricto sensu, el contenido de las bases de las convocatorias de las plazas de las categorías de técnico/a superior y técnico/a medio/a en arquitectura respectivamente, en concreto el apartado de la presentación de méritos para ser valorados en la fase del concurso y ajustarse al cumplimiento de los principios que rigen al acceso a la función pública y por tanto constriñéndose a los servicios prestados en las categorías citadas en ayuntamientos municipales 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 a 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 trabajado acreditado, hasta un máximo de 17 puntos) y a la acreditación de estos.

2) Analizar y comprobar el contenido del proceso selectivo empleado para el acceso a las diferentes mercantiles con capital íntegramente municipal para poder valorar si cumplen los principios de mérito y capacidad propios del acceso de la función pública por el cómputo de los méritos en la fase de concurso de este proceso selectivo y los criterios que se puedan utilizar a tal efecto.

I.III. SOCIEDADES PÚBLICAS: PRESUNTA IRREGULARIDAD EN LA CONTRATACIÓN DE CARGO DIRECTIVO POR SOCIEDAD MUNICIPAL Y POSTERIOR INCORPORACIÓN EN LA PLANTILLA MUNICIPAL MEDIANTE PROCESO DE REINTERNALIZACIÓN DE EL SERVICIO PÚBLICO

En el BEBG se recibió una comunicación sobre el cese de un alto directivo de una sociedad pública y su incorporación, al día siguiente, como trabajador/a por cuenta ajena de carácter común y de manera indefinida en la plantilla de la misma sociedad manteniendo, presuntamente, el nivel y demás condiciones económicas que tenía y sin que constara contrato de trabajo escrito. Además, se alertaba de las repercusiones que esta "maniobra" podía tener para las arcas públicas municipales en el momento de la absorción de la plantilla de la referida sociedad mercantil por reinternalización del servicio.

Efectuadas las actuaciones de investigación correspondientes, examinada la documentación requerida al órgano gestor afectado, así como el resto de información facilitada, y analizada la normativa de aplicación, se trasladaron las siguientes:

CONSIDERACIONES

I. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE SELECCIÓN DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS EN LAS SOCIEDADES PÚBLICAS

El artículo 1 de los Estatutos de XXX establece que su naturaleza jurídica es de "Sociedad Privada Municipal del Excmo. Ayuntamiento de Barcelona, configurándose como entidad especial que ostenta la condición de administración actuante en los términos previstos en el art. 23.2 de la Ley de Urbanismo de Cataluña".

Se rige "por sus estatutos, y en todo caso, por lo que disponen las Leyes de Régimen Local, la Carta Municipal de Barcelona, sus Reglamentos, por los preceptos de la Ley de Sociedades de Capital, por la Legislación en materia urbanística, y, en particular por la Ley de Urbanismo de Cataluña, por la normativa de contratación de las Administraciones Públicas y otras disposiciones que le sean aplicables".

En este sentido, el artículo 85 ter.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local (LBRL), especifica que: "*las sociedades mercantiles locales se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación, y sin perjuicio de lo señalado en el apartado siguiente de este artículo*".

Si bien la Disposición Adicional Primera del 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 (TREBEP)¹⁰⁶, dispone que:

"los principios contenidos en los artículos 5 (Deberes de los empleados públicos. Código de Conducta), 53 (Principios éticos), 54 (principios de conducta), 55 (Principios rectores de acceso al empleo público) y 59 (Personas con discapacidad) serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica".

En este sentido, se ha considerado que las sociedades mercantiles locales se integran dentro del sector público tal y como confirma la jurisprudencia versada en el tema. A modo de ejemplo, citamos por su claridad la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 16 de junio de 2005, que en su fundamento jurídico quinto se expresa en estos términos:

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

Por otro lado, la normativa autonómica catalana de régimen local, Decreto 179/1995, de 13 de junio, por el cual se aprueba el Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales, regula en su art. 222, dentro de la Sección 4 relativa a "Sociedad mercantil con capital íntegramente público" que:

"1. La Gerencia será designada por la junta general.

2. En el supuesto de que sea ocupada por una persona física, el lugar que ocupe el gerente y el resto de personal de la sociedad tienen carácter laboral, los cuales no adquieren en ningún caso la condición de funcionario. Para la selección de este personal rigen los principios de igualdad, publicidad, capacidad y mérito".

En este artículo se evidencia la voluntad del legislador de incidir en la necesidad de someter la selección del personal en estas sociedades a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

¹⁰⁶ TREBEP derogó la Ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado público (EBEP), normativa de aplicación en el año 2012, cuando sucedieron los hechos expuestos en esta recomendación. Aun así, los artículos mencionados del TREBEP disfrutaban de la misma literalidad que en la EBEP.

También resulta pacífica la doctrina mayoritaria en tal sentido. Así encontramos ejemplos como los siguientes:

a) *"No puede perderse de vista la importancia que contiene el mandato de la disposición adicional primera del EBEP. Somete a las sociedades mercantiles municipales a la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, lo cual supone, por medio de la Ley, equiparar el acceso a un empleo en dichas sociedades a las condiciones de acceso a un empleo público"* (Las sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal. Sr. Diego Ballina Díaz. Secretario Letrado de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Gijón,);

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

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

II. PRINCIPIOS RECTORES EN LA SELECCIÓN DEL PERSONAL DE LAS SOCIEDADES PÚBLICAS

En consecuencia y de acuerdo con la Disposición Primera del TREBEP en relación con los artículos 9; 23,2 y 103 de la Constitución Española; en el artículo 222 del Decreto 179/1995, de 13 de junio, y el art. 55,1 del propio TREBEP son de aplicación en la selección del personal de las sociedades públicas locales los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Así el artículo 55.1 del TREBEP dispone:

"Artículo 55. Principios rectores.

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

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

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

III. APLICACIÓN DE LOS SISTEMAS DE ACCESO EN LOS CONTRATOS DE ALTA DIRECCIÓN

La Disposición adicional 12.7 de la Ley de Bases de Régimen local establece que:

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

También la doctrina se pronuncia al efecto. En este sentido citaremos:

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

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

Llegados a este punto y revisada la documentación e información remitida al órgano gestor del BEBG, a raíz de los sucesivos requerimientos practicados, **no consta cuál fue el sistema de selección de XXX como personal de alta Dirección, ni si existió o no publicidad del mismo, ni los méritos que se tuvieron en cuenta para su contratación**, mediante contrato de alta Dirección. Tampoco consta el proceso de selección, ni los méritos tenidos en cuenta **para**, inmediatamente después de haberle

despedido como cargo directivo, **su posterior contratación por la sociedad pública con una relación laboral de carácter común e indefinida como director/a de XXX.**

IV. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE ALTA DIRECCIÓN POR DEJACIÓN UNILATERAL DE LA EMPRESA VERSUS REMOCIÓN DEL PUESTO DE TRABAJO

A. Contrato de alta dirección

Los artículos 11 y 12 del citado Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, en virtud del cual se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, establece, en cuanto a la extinción de la relación laboral que:

Art. 11. Extinción del contrato por voluntad del empresario.

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

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

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

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

Art. 12. Otras causas de extinción.

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

Analizado el caso que nos ocupa y la documentación remitida al órgano gestor del BEBG resulta que, a falta de indicios sobre la existencia de despido (procedente, improcedente o nulo), **la causa de extinción de la relación laboral (que no funcional) de alta dirección** que unía al Sr/a. XXX con la sociedad pública fue la del "**desistimiento unilateral del empresario¹⁰⁷**" en los términos establecidos en el apartado 1 del artículo 11 del referido Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, que no exige motivación o causa alguna por parte de aquel para ser efectivo. En este sentido, no puede olvidarse que, esta regulación propia de la relación laboral de carácter especial de alta dirección (art.2.1 a) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores) obedece, tal y como establece, el propio Real

¹⁰⁷ Por Acuerdo del Plenario del Consejo Municipal de fecha de xxxxxxxxx se acuerda el cese del señor Como Gerente.....

Decreto que la regula a "... que la relación establecida entre el alto directivo y la Empresa contratante **se caracteriza por la recíproca confianza que debe existir entre ambas partes**, derivada de la singular posición que el directivo asume en el ámbito de la Empresa en cuanto a facultades y poderes". Tampoco puede obviarse que esta forma de extinción de la relación laboral **viene acompañada** del abono de una indemnización **tal y como consta en el propio contrato de trabajo del Sr/a. XXX indemnización que pactan las partes y que, como mínimo (solo a falta de acuerdo expreso al respecto)** será de 7 días de salario por año trabajado con un límite de seis mensualidades.

V. REMOCIÓN DEL PUESTO DE TRABAJO "POR CESE" EN "CASOS DE LIBRE DESIGNACIÓN O CONCURSO"

Según Informe de fecha XXX, evacuado por el Gerente de XXX, a requerimiento del órgano gestor del BEBG, relativo a la solicitud de información "El nombramiento del Sr/a. XXX en el puesto de trabajo indicado, después de la remoción de su puesto de trabajo por acuerdo del plenario del Consejo Municipal, supone la aplicación de las determinaciones del Decreto de Alcaldía de 17 de noviembre de 1995, de garantías retributivas".

Recordamos que el mencionado Decreto de Alcaldía, de 17 de noviembre de 1995, acordaba:

"Establecer que, en las situaciones de remoción del puesto de trabajo del personal municipal, ya sea por cese en los casos de libre designación, o por causas organizativas en los puestos ganados por concurso, se aplicará al personal objeto de remoción el nivel de destino que tenga consolidado y un complemento personal transitorio igual al específico correspondiente al puesto de trabajo del que ha sido removido. Este complemento personal transitorio será absorbible, según lo que prevé la Ley de presupuestos y por la obtención de otro puesto de trabajo definido en el Catálogo".

A la vista de su tenor literal analizaremos, a continuación, la figura jurídica de la "Remoción" tanto en los casos de puestos de trabajo de adscripción por el sistema de libre designación como en los "ganados por concurso", para pasar a continuación a compararla con la institución jurídica del "desistimiento del empresario", prevista en el artículo 11 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, como una de las causas de extinción de la relación laboral de carácter especial de Alta Dirección.

El art. 20.1 e) de la Ley 30/1984, de medidas para la reforma de la Función Pública, dispone que:

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

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

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

Por lo tanto, la remoción del puesto de trabajo (en los términos que nos ocupan en el presente caso) no implica el cese de la relación de servicio que vincula a los servidores públicos con la Administración o entidad pública a la que pertenecen, pues esta se mantiene viva. Por otro lado, **tampoco está prevista ninguna indemnización en caso de remoción** (como sí prevé, por el contrario, el artículo 11 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, **en los casos de finalización de la relación laboral de carácter especial de alta dirección a causa del desistimiento del empresario**. Indemnización que se hace necesario remarcar, **tiene un importe mínimo legalmente establecido pero que las partes pueden superar sin límite si así lo pactan**).

Así mismo la remoción de un puesto de trabajo cubierto mediante concurso exige:

- en primer lugar, de la concurrencia de una de las causas fijadas de forma taxativa en el precepto transcrito. Es decir: a) causas sobrevenidas, derivadas de una alteración en el contenido del puesto de trabajo, realizada a través de la relación de puestos de trabajo, que modifique los supuestos que sirvieron de base a la convocatoria, o b) una falta de capacidad para el desarrollo manifestada por el rendimiento insuficiente, que no comporte inhibición y que impida realizar con eficacia las funciones atribuidas al puesto
- y la incoación de un expediente contradictorio previo mediante resolución motivada del órgano que realizó el nombramiento y escuchada la Junta de Personal correspondiente.

En igual sentido, la remoción de un puesto de trabajo, la cobertura del cual sea por libre designación también requiere, de acuerdo con la jurisprudencia vertida al efecto, de una resolución motivada, sin que pueda ser, en ningún caso, una decisión arbitraria. Nos remitimos aquí a la reciente Sentencia de la Sala del contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2020 (rec. 2053/2018) con cita de la de 19 de septiembre de 2019 (rec. 2740/2017) y a la de 15 de noviembre del mismo año, toda vez que respecto a la motivación del cese de funcionarios en lugares de libre designación, dispone que : *"... es exigible que se explicita evitándose expresiones opacas,*

estandarizadas, que puedan encubrir una intención patológica por falsa, caprichosa o ajena a los requerimientos del puesto o a las exigencias de idoneidad profesional que llevaron a la elección...". Es decir, que se considera injustificada la simple invocación de la pérdida de confianza para explicar el cese de un funcionario público en su lugar de libre designación.

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

Insistir en que, tanto en un caso como en el otro, la remoción no tiene prevista una indemnización para el funcionario.

En consecuencia, el mecanismo jurídico de la remoción, a los efectos de lo que dispone la normativa reseñada y especialmente el **Decreto de Alcaldía de 17 de noviembre de 1995, no sería de aplicación** al caso que nos atañe pues **se estaría equiparando situaciones muy diferentes y por tanto vulnerando el principio de igualdad según interpretación del Tribunal Constitucional**. En este sentido remarcar que el tenor literal del referido Decreto de Alcaldía se refiere únicamente a: **"personal municipal" y a puestos de trabajo la adscripción de los cuales sea bien por libre designación o por concurso** (y es más, en este último caso sólo serán aplicables las garantías retributivas previstas en el Decreto de Alcaldía cuando la causa de la remoción obedezca, únicamente, a causas organizativas). Sistemas de provisión, estos últimos (tanto la libre designación como el concurso) que no hay que insistir, no fueron los empleados para contratar al/a la Sr/a. XXX, primero, como personal de alta dirección, con base en a una relación de carácter especial de Alta Dirección ni, más tarde, como director/a de Servicios XXX con base en una relación laboral de carácter común e indefinida.

En este sentido, no resulta baladí incidir en que el/la Sr./a XXX en su puesto de Director/a de servicios **mantuvo íntegra no sólo su retribución sino también todas las demás condiciones laborales de las que disfrutaba en virtud de su relación laboral de carácter especial como personal de alta dirección, a pesar que: a) otra persona fue nombrada en su lugar** como personal de alta dirección de la mercantil; b) que su

nuevo cargo de "Director/a de Servicios XXX" quedaba **subordinado jerárquicamente al que ocupaba con anterioridad**, lo que entrañaba, por lo tanto, menos responsabilidad; y c) que de acuerdo con el informe jurídico del/de la Director/a jurídica de la mercantil **sus funciones y la naturaleza de estas eran de menor responsabilidad**. Así en el referido informe se dice: *"se tiene que hacer la salvedad que únicamente hay un alto cargo, el Director General de la Sociedad", que "el personal directivo que figura en los datos publicados en la web de la sociedad no tiene carácter jurídico de personal directivo en el sentido del alto cargo que establece la Ley 19/2014"; y que "el resto de personal "directivo" es, en realidad, personal que desarrolla sus funciones de empleados públicos de forma ordinaria, sin capacidad de decisión ejecutiva, capacidad esta que corresponde al director general y a la dirección política del área de la que depende la sociedad"*.

Además, el/la Sr/a XXX, **el día siguiente de la extinción de su contrato de alta dirección, al ser contratado en virtud de un "... contrato laboral por tiempo indefinido de carácter común" para ocupar un puesto de trabajo de menos responsabilidad pero manteniendo, como se ha dicho, todas las condiciones retributivas y "el resto de condiciones laborales" incluida "... la antigüedad ... reconocida en nómina, así como el resto de conceptos retributivos, a todos los efectos legales..."** que tenía al amparo de una relación laboral de carácter especial, **ganó o se vio "favorecido"**, también por la protección más reforzada que, con base en el principio pro-operario, dispensa el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (en aquel momento el Estatuto de los Trabajadores) a los empleados sometidos al régimen común. Así, por ejemplo, desaparecía la posibilidad de que operara la figura del "desistimiento unilateral del empresario" y en caso de despido disciplinario improcedente, la indemnización prevista legalmente era mucho más alta que la prevista en el Decreto regulador de la relación especial de alta Dirección (al no haberse pactado su importe en el contrato suscrito en fecha xxxxx). De forma que esta pasó, por imperativo legal, de los 20 días de salario por año trabajado con un máximo de 12 mensualidades (prevista para los despidos improcedentes de Alta Dirección) a un quantum de 33 días de salario por año de servicio –con un máximo de 720 días (si bien, respecto al tramo de antigüedad reconocida hasta el 12 de febrero de 2012¹⁰⁸, se podría incluso defender, en el supuesto que nos ocupa, el quantum indemnizatorio de los 45 días de salario por año trabajado al haberse reconocido la antigüedad "a todos los efectos").

Y respecto a las retribuciones de los contratos de Alta Dirección del sector público local, hay que traer a colación la DA 12 de la LBRL que dispone que:

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

¹⁰⁸ Según la reforma laboral operada en febrero de 2012

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

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

En el contexto descrito resulta de suma importancia **remarcar que el capital de la sociedad pública era 100% del Ayuntamiento de Barcelona y por tanto de carácter público**, de forma que cualquier decisión respecto a la contratación y retribución de personal tiene una **innegable incidencia en las arcas municipales** y, en consecuencia, en el interés general. Recordamos a tal efecto, que la sociedad pública **consolidaba sus presupuestos** con los del Ayuntamiento de Barcelona.

RECOMENDACIÓN

Que se adopten las medidas de control necesarias para:

- **Que se refuerce el cumplimiento de los preceptos legales referenciados, en concreto, la Disposición Adicional Primera del 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 (TREBEP)¹⁰⁹ y el art. 222 del Decreto 179/1995, de 13 de junio, de forma que se garantice el respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad, en la selección del personal de las sociedades mercantiles municipales (sobre todo cuando estas sean de capital 100% municipal) y especialmente cuando se trate de la selección de personal de alta Dirección o Directivo.**
- **Que los procesos de selección sean debidamente documentados de forma que sirvan como evidencias del cumplimiento de la exigencia legal de respeto a los principios de mérito, igualdad y capacidad. De modo que se pueda disipar cualquier duda al respecto y minimizar cualquier riesgo reputacional tanto de la mercantil como, en última instancia, del Ayuntamiento de Barcelona.**
- **Que, en caso de extinción de los contratos de alta dirección se actúe en conformidad con la previsión de la Disposición adicional 12.7 de la Ley de Bases**

¹⁰⁹ El TREBEP derogó la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del empleado Público, normativa de aplicación en el año 2012, cuando se sucedieron los hechos expuestos en esta recomendación. De todos modos los artículos mencionados del TREBEP son de la misma literalidad en el EBEP.

de Régimen Local según la cual: *“la extinción de los contratos mercantiles o de alta dirección no genera derecho alguno a integrarse en la estructura de la Administración Local de la que dependa la entidad del sector público en la que se prestaban tales servicios, fuera de los sistemas ordinarios de acceso”*.

- Que debido al origen público de los fondos y aportaciones de las sociedades mercantiles municipales, las indemnizaciones que se puedan derivar de la formalización de una relación de carácter especial de alta dirección:

a) Se ajusten, en todo caso, a los mínimos establecidos en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, en especial en cuanto a las causas de extinción del contrato previstas en sus artículos 11 y 12. Y que en el caso excepcional de que las partes puedan pactar un importe superior al legalmente establecido, se motive y justifique su procedencia la cual tendrá que quedar documentada;

b) Se articulen mecanismos jurídicos de salvaguardia del cobro de las indemnizaciones por finalización del contrato a causa de desistimiento unilateral de la empresa en supuestos como el que nos ocupa. Es decir, cuando ya al día siguiente de la dicha finalización de la relación laboral de carácter especial de alta dirección, el directivo vuelve a ser contratado con base a una relación laboral de carácter común e indefinida con las mismas retribuciones y demás condiciones laborales que tenía (incluido el reconocimiento de la antigüedad a todos los efectos). De forma que se pueda evitar, o cuando menos minimizar, cualquier riesgo de derroche de los recursos públicos.

c) Que en el momento de fijar los salarios y resto de retribuciones de la alta dirección y demás directivos de las empresas públicas de capital 100% municipal, se tengan en cuenta los estándares establecidos por el Ayuntamiento de Barcelona y en cualquier caso retribuyan sus efectivas responsabilidades inherentes a sus lugares de trabajo. Esto para evitar situaciones como la del supuesto objeto de investigación en la que el personal de alta dirección de la sociedad pública, a pesar de ser contratado de nuevo inmediatamente después de la extinción de la relación laboral de carácter especial de alta dirección (y esta vez con base en una relación laboral de carácter común e indefinida) para un puesto de trabajo que entrañaba menos responsabilidad (Director/a de Servicios XXX) mantuvo toda su *“... retribución y demás condiciones laborales”* que tenía asignadas como personal de alta dirección. Y en cualquier caso, para supuestos excepcionales, se recomienda que la decisión adoptada por el órgano competente al efecto quede documentada con la inclusión del motivo o justificación técnico-jurídica que lo ampare.

- Que, en aplicación de lo que dispone el artículo 8 del TRET y del carácter excepcional de los contratos laborales verbales, los contratos de trabajo suscritos por las empresas públicas, especialmente en lo que respecta a los directivos, sean

por escrito y se guarden debidamente documentados y firmados. A los efectos de transparencia, rendimiento de cuentas y reputacionales (ligando en este punto con lo que se ha dicho en los precedentes apartados 1 y 2) evitando así situaciones como la aquí tratada toda vez que no consta contrato escrito que documente la relación laboral de carácter común e indefinida del/de la Sr/a. XXX como director/a de servicios XXX.

- Así mismo, al haber sido derogado el Decreto de Alcaldía, de 19 de noviembre de 1995, por el Decreto de 12 de enero de 2017 relativo a "*Establecer el régimen de garantías retributivas para los empleados públicos que sean cesados de lugares de dirección y alta dirección del Ayuntamiento de Barcelona y sus organismos públicos dependientes, en los términos y condiciones que constan al anexo adjunto*"... y a la vista de su tenor literal (con un ámbito de aplicación subjetivo más amplio que el derogado, el cual se refería exclusivamente al "personal municipal") se recomienda que en su aplicación y respecto al menos a las mercantiles públicas municipales, se adopten las cautelas técnicas y jurídicas pertinentes. Siendo procedente, que queden muy documentadas y justificadas jurídicamente las decisiones que tengan amparo en el mismo.

Por otro lado, y habida cuenta los siguientes hechos y las siguientes previsiones contenidas en el Código Ético y de Conducta:

a) Los efectos derivados de la contratación del Sr/a. XXX, como director/a de Servicios, se proyectan durante el resto de la vida de la relación laboral (todavía vigente en la actualidad).

b) El/la Sr/a. XXX actualmente continúa desarrollando su cargo.

c) El art. 3.e) del CEC incluye dentro de su ámbito de aplicación al personal directivo "... y equivalente" (personal de alta dirección y personal de dirección de servicios) de las entidades municipales vinculadas o dependientes del Ayuntamiento de Barcelona;

d) El art. 5.1.b) del Código Ético y de Conducta obliga a las personas sujetas al Código a actuar de acuerdo con, entre otros, el principio de legalidad para "garantizar la defensa y el respeto al principio de legalidad, asegurando el cumplimiento del ordenamiento jurídico vigente";

e) El CEC en su art. 7, apartado d) determina que las personas sujetas al mismo tienen que adaptar sus conductas para la adopción de las decisiones con respeto a los principios de objetividad y legalidad; y en su apartado e) señala además que tendrán que exteriorizar y justificar sus decisiones, evitando cualquier tipo de arbitrariedad, con las razones objetivas de estas y los elementos que demuestren su proporcionalidad, imparcialidad y conformidad con el interés público.

f) El art. 11 del CEC, sobre *"las Normas de conducta relativas a la gestión y aplicación de los recursos públicos"*, establece, en su apartado a), que las personas sujetas al Código tendrán que: *"gestionar y proteger los recursos y bienes públicos de acuerdo con los principios de legalidad, eficiencia, equidad y eficacia facilitando la supervisión y rendición de cuentas tanto a nivel interno como ante la ciudadanía mediante instrumentos presenciales y virtuales abiertos a todo el mundo"*;

g) El artículo 12 del CEC, sobre las *"Normas de conducta relativas a la transparencia y acceso a la información"*, en especial en cuanto a lo que dispone su apartado y): *"garantizar la transparencia en la selección de personal"...*

Asimismo, se da traslado de esta Recomendación y de las diligencias de investigación practicadas al Comité de Ética del Ayuntamiento de Barcelona por sí, en el ejercicio de sus competencias, considera que los hechos comunicados y origen de las presentes actuaciones, pueden ser constitutivos de infracción del Código Ético y de Conducta y porque, en el supuesto de que sus miembros lo consideren pertinente, formulen las propuestas de mejora que estimen oportunas o se adhieran a las contenidas en la presente Recomendación del órgano gestor del BEBG (en especial en lo referente a los riesgos de posibles y futuras irregularidades detectados).

SEGUIMIENTO DE LA RECOMENDACIÓN

El Comité de Ética se pronunció en el siguiente sentido:

"El Comité de Ética entiende que en la situación laboral del/ de la Sr/a XXX han quedado afectados los preceptos del Código Ético mencionados en los fundamentos de esta Recomendación, y muy especialmente el principio de legalidad y transparencia en la selección de personal, y recuerda que el Código Ético vincula también a las entidades municipales vinculadas o dependientes del Ayuntamiento de Barcelona e insta a su cumplimiento".

I.IV. DESARROLLO DE LAS PRUEBAS SELECTIVAS: PRESUNTA IRREGULARIDAD EN LA GESTIÓN DE INCIDENCIAS RELATIVAS A LA UTILIZACIÓN DE MÓVILES POR LOS ASPIRANTES DURANTE LAS PAUSAS DE LAS PRUEBAS SELECTIVAS.

En el BEBG se recibió una comunicación relativa al presunto acceso a móviles personales por parte de las personas opositoras durante la pausa que hubo entre las pruebas para los niveles A2 y A1 que fueron celebradas el 19 de junio de 2021.

Efectuadas las actuaciones de investigación correspondientes, examinada la documentación requerida al órgano gestor afectado, así como demás información facilitada, y analizada la normativa de aplicación, se trasladaron las siguientes:

CONSIDERACIONES

I. Sin perjuicio de reconocer las dificultades organizativas que comporta la realización de pruebas de selección con tan elevada concurrencia de aspirantes como las que nos ocupan, se tiene que señalar, a los efectos preventivos y para futuras convocatorias, que los hechos comunicados reconocidos por el órgano gestor dejan patente una **vulnerabilidad o debilidad de la organización seguida para la realización de las pruebas que integraban los procesos selectivos aludidos, así como de las medidas de seguridad** adoptadas al efecto en cuanto al acceso a los móviles durante la pausa de los 10 minutos concedida a los aspirantes que concurrían a ambos procesos, para ir al lavabo entre la finalización de un examen y el comienzo del siguiente.

También se aprecian debilidades en **la actuación llevada a cabo por el órgano gestor una vez que se detectó y comprobó que: a) "hubo personas que contravinieron las normas indicadas y se llevaron el móvil o su bolsa al ir al lavabo" (informe de 22 de julio de 2021) y que b) "hicieron uso de sus dispositivos móviles" (Acta n.º3)**. Esto por cuanto, según consta en la documentación remitida para hacer frente a la situación descrita en aquel momento solo *"se dirigió a estas personas a dejar sus pertenencias bajo la mesa y apagar los móviles"*. Sin embargo, en relación con las instrucciones consta en negrita que es motivo de exclusión: **"Disponer** de algún aparato electrónico fuera de la bolsa", y **"Manipular la bolsa** donde están las pertenencias". Por otro lado, **tampoco consta** que se procediera a **relacionar e identificar las personas que infringieron** las normas utilizando sus teléfonos móviles para poder marcar sus exámenes y poder poner el hecho en **conocimiento del Tribunal de Selección** para someter los casos concretos a su deliberación y si fuera el caso proceder a excluirlas del proceso, tal y como se recoge en las instrucciones expuestas. En este sentido, hay que traer aquí a colación, por ejemplo, el **Manual de Instrucciones** para la actuación de los miembros de los órganos de selección de personal de los entes locales de la Escuela de

Administración Pública de Cataluña donde se recoge que: *"Si los aspirantes se comunican entre ellos o si concurre cualquier otra causa de expulsión, la persona que vigile el aula lo pondrá en conocimiento del presidente del órgano o de cualquier otro de sus miembros de manera inmediata. Estos resolverán la situación haciendo constar en acta las circunstancias que motivan la expulsión, si procede. Se actuará del mismo modo ante cualquier otra incidencia"*.

- II. Hay que observar que en el documento de *"Instrucciones para la realización de las pruebas del día 19 de junio de 2021"* publicado en la web del Ayuntamiento de Barcelona no consta la posibilidad de hacer pausa de 10 minutos para ir al lavabo entre las dos pruebas.
- III. Hay que observar que en el documento de *"Instrucciones para la megafonía"* no consta la posibilidad de hacer pausa de 10 minutos para ir al lavabo entre las dos pruebas.

RECOMENDACIÓN

El artículo 23.2 de la Constitución reconoce a toda la ciudadanía el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y a los cargos públicos, con los requisitos que las leyes señalen.

En este sentido, la igualdad es uno de los valores de nuestro Estado de Derecho. Cuando se trata de competir por el acceso al sector público es del todo necesario respetar el canon de igualdad de trato a los aspirantes.

Esta afirmación efectuada sobre la igualdad en el ámbito selectivo, la jurisprudencia lo explicita de forma unánime en cuanto a 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, cuando dice: *"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 sentencia 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.

En el caso concreto, mediante la utilización del teléfono móvil, durante la pausa entre exámenes algunas de las personas aspirantes han podido partir de una posición de mayor ventaja a la del resto de quienes concurrían a las mismas pruebas puesto que han tenido la oportunidad, a través de la utilización de sus móviles y/o demás objetos personales que tenían en las bolsas, de conocer preguntas y respuestas de un examen de oposición que se había acabado de realizar. Situación de ventaja o desequilibrio que no ha sido corregida por el órgano gestor de acuerdo con los protocolos y las consecuencias que se preveían a las instrucciones publicadas, perdiéndose así, además, la carga ejemplarizante que podía haber tenido la adopción de medidas correctoras para disuadir de futuras infracciones.

En este sentido, y para garantizar el principio de igualdad de las personas opositoras, el órgano gestor del Buzón Ético recomienda que:

- Se recojan, en la correspondiente acta, todas las incidencias que sucedan durante la realización de las pruebas de selección (sobre todo de aquellas que puedan mermar el principio de igualdad de los aspirantes), incluyendo la información más detallada posible, a efectos que el Tribunal pueda valorarlas y adoptar las medidas que considere adecuadas para el buen orden del concurso oposición, en el ejercicio de su competencia recogida en el apartado 14.5 de las bases de la convocatoria que se reproduce literalmente a continuación:

“14.5. El Tribunal Calificador está facultado para resolver las dudas que se presenten y tomar los acuerdos necesarios para el buen orden del concurso oposición. Podrá excluir del proceso selectivo cualquier persona participante que realice alguna conducta contraria a la buena fe u orientada a desvirtuar los principios de equidad e igualdad u otros comportamientos que alteren el normal desarrollo de cualquiera de las fases establecidas en la convocatoria.”

Esto en la medida en que verificada la documentación proporcionada por el órgano gestor, no consta ningún acta levantada en el momento de los hechos describiendo de forma detallada la incidencia detectada relativa al acceso no autorizado a los móviles por parte de algunos opositores durante el descanso entre pruebas: cómo cuántas personas aspirantes hicieron uso indebido de los dispositivos móviles, su identificación (y en el caso de que esta identificación no hubiera sido posible se hagan constar las causas que lo impidieron), momento y forma en que pudieron tener acceso al mismo, relación de las medidas de control adoptadas por la organización durante la pausa de los diez minutos, reseña de quién, cuándo y porqué se decidió acordar la pausa de los 10 minutos que

inicialmente no estaba prevista, si se dio traslado de la incidencia en el momento del suceso a los miembros del tribunal¹¹⁰, si el tribunal tomó algún acuerdo en relación con este hecho, entre otros;

- Dar traslado al Departamento de Selección con el fin que adopte las medidas de organización y de seguridad para evitar incidencias en próximas convocatorias de oposición durante las pausas entre los exámenes.

¹¹⁰ *En el Manual de Instrucciones para la actuación de los miembros de los órganos de selección de personal de los entes locales de la Escuela de Administración Pública de Cataluña se recoge que: "Si los aspirantes se comunican entre ellos o si concurre cualquier otra causa de expulsión, la persona que vigile el aula lo pondrá en conocimiento del presidente del órgano o de cualquier otro de sus miembros de manera inmediata. Estos resolverán la situación haciendo constar en acta las circunstancias que motivan la expulsión, si procede. Se actuará del mismo modo ante cualquier otra incidencia".*

I.V. CONTRATACIÓN DE PERSONAL DE UNA BOLSA DE TRABAJO: PRESUNTA DISCRECIONALIDAD EN LA CONTRATACIÓN Y FALTA DE TITULACIÓN EXIGIDA PARA EL LUGAR DE TRABAJO

En el BEBG se recibió una comunicación en que la persona comunicante exponía presuntas irregularidades en una próxima contratación interina, así como la posibilidad de que algunas personas integrantes en la misma no dispusieran de la titulación requerida en la convocatoria

Efectuadas las actuaciones de investigación correspondientes, examinada la documentación requerida al órgano gestor afectado, así como demás información facilitada, y analizada la normativa de aplicación, se detectaron y así lo reconoció el propio órgano gestor, las siguientes irregularidades: Varias de las personas contratadas no disponían de la titulación superior requerida y tenían un contrato temporal como técnico/a medio/a y no como técnico/a superior.

Sin embargo; no se apreció la discrecionalidad acerca de la cual también se informaba, en tanto en cuanto la contratación que se llevó a cabo si respetaba el criterio del orden de llamamientos que se preveía en la citada bolsa.

CONSIDERACIONES

- La Disposición Transitoria de las Normas reguladoras del BEBG regula que "*La presente disposición general se aplica en relación con las conductas que se lleven a cabo a partir de su entrada en vigor*", por lo tanto, dado que los hechos relativos a:
 - a) La falta de formalización por escrito del Acuerdo adoptado en su día para mantener en la bolsa de trabajo a xxx a pesar de que no disponían de la titulación superior de XXX requerida.
 - b) La ausencia de documentación esencial obrante en los expedientes personales de XXX acreditativos del cumplimiento de los requisitos (como la titulación) exigidos en la convocatoria correspondiente.

Son hechos anteriores a 17 de enero de 2017, (esto es, el día siguiente a la fecha de la publicación en el B.O.P que fue 16 de enero de 2017, de acuerdo con su disposición final), el órgano gestor del Buzón Ético no pudo entrar a valorar las actuaciones concretas, si bien para mejorar o consolidar las buenas prácticas en la gestión municipal desde la perspectiva preventiva se recuerda que:

- La actuación de los servicios públicos se tiene que regir, entre otros, por el principio de imparcialidad, actuando de forma legítima y adoptando 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 solo a determinados colectivos o intereses políticos. La actuación no puede estar condicionada por conflicto de interés y debe realizarse siempre en beneficio del interés público; y por el principio de integridad debe llevarse a cabo, además, de acuerdo con los valores, principios y normas de aplicación en el ejercicio del cargo público, con ausencia de influencias de intereses particulares, sin uso abusivo de su cargo, para obtener beneficios indebidos (art. 5 g) y h) del Código ético)

- Exteriorizar y justificar las decisiones, evitando cualquier tipo de discriminación y arbitrariedad, con las razones objetivas de estas y los elementos que demuestren su proporcionalidad, imparcialidad y conformidad con el interés público (art. 7 e) del Código Ético y de Conducta).

II.- SISTEMA DE PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO

II.I. SISTEMA DE PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO: ALERTAS SOBRE PLAZAS PRESUNTAMENTE ASIGNADAS A PERSONAS CONCRETAS ANTES DE INICIARSE LOS CORRESPONDIENTES PROCESOS SELECTIVOS DE MANERA QUE LA PERSONA ALERTADORA INFORMA AL BEBG DE LA IDENTIDAD DE LA PERSONA GANADORA DE LOS RESPECTIVOS PROCESOS ANTES, INCLUSO, DE QUE SEAN PUBLICADAS LAS CONVOCATORIAS PARA LA PROVISIÓN DE LOS DIFERENTES PUESTOS DE TRABAJO. EL PORCENTAJE DE ACIERTO DE LA PERSONA COMUNICANTE ES DEL 100%

En el BEBG se recibieron varias comunicaciones relativas a diferentes procesos selectivos para la provisión de puestos de trabajo en un mismo Instituto Municipal en las que se alertaba de que las plazas a cubrir ya estaban previamente asignadas a personas concretas, antes incluso, de la publicación de las respectivas convocatorias y en cada una de las referidas comunicaciones se identificaba el nombre y apellidos de quien iba a ganar la plaza a pesar de que, como se ha dicho, las convocatorias ni tan solo se habían publicado, además, en algunas de ellas hasta se llegaba también a hacer una prospección sobre el nivel de concurrencia que habría.

En total se recibieron 5 comunicaciones relativas a 8 procesos selectivos diferentes (unos por el sistema de libre designación y otros por el de concurso) convocados, como se ha avanzado, por un mismo Instituto Municipal, y el nivel de acierto de las personas comunicantes sobre la identidad de quien ganaría las plazas fue del 100%.

Respecto a cada uno de los procesos selectivos objeto de comunicación, el órgano gestor del Buzón Ético llevó a cabo las pertinentes comprobaciones y análisis y evacuó las correspondientes Recomendaciones en las cuales se alertaba de las irregularidades detectadas y se proponían las acciones y medidas preventivas que constan en cada una de ellas. Pero también al ir constatando, a medida que se iban recibiendo las diferentes comunicaciones y avanzaban las investigaciones, que las personas comunicantes no se equivocaban en su predicción y que, efectivamente, su nivel de acierto era del 100% se evacuó así mismo un Informe- Recomendación dando traslado al Comité de Ética por si los hechos, en su conjunto, pudieran constituir además, una infracción del CEC, en aquello establecido en su artículo 12.

Para facilitar la lectura, y a pesar de que el BEBG se ha pronunciado en cada uno de los referidos procesos de provisión, se procederá a continuación a extraer las consideraciones agrupándolas en bloques, en función de si el proceso de selección ha sido por el sistema de libre designación o por el de concurso de méritos:

- *II.1.A LIBRE DESIGNACIÓN: PRESUNTA IRREGULARIDAD EN EL PROCESO DE PROVISIÓN. FALTA DE MOTIVACIÓN Y PREDETERMINACIÓN DE LA IDENTIDAD DE LA PERSONA GANADORA.*

- *II.1.B CONCURSO DE MÉRITOS: PRESUNTA IRREGULARIDAD EN EL PROCESO DE PROVISIÓN. FALTA DE MOTIVACIÓN Y PREDETERMINACIÓN DE LA IDENTIDAD DE LA PERSONA GANADORA.*

- *II.1.C RECOMENDACIÓN: ANÁLISIS CONJUNTO DE LAS COMUNICACIONES EN LAS QUE SE ACIERTA EL RESULTADO FINAL DE LOS PROCESOS DE PROVISIÓN CON UN 100 POR CIENTO DE ACIERTO.*

II.1.A LIBRE DESIGNACIÓN: PRESUNTA IRREGULARIDAD EN EL PROCESO DE PROVISIÓN. FALTA DE MOTIVACIÓN Y PREDETERMINACIÓN DE LA IDENTIDAD DE LA PERSONA GANADORA ANTES DE LA CONVOCATORIA DEL CORRESPONDIENTE PROCESO PARA LA PROVISIÓN DE LA PLAZA.

Serán objeto de este apartado las comunicaciones en las cuales se exponían presuntas irregularidades en procesos de provisión, mediante la modalidad de libre designación, dado que se identificaban las personas ganadoras de las respectivas plazas antes de finalizar el plazo de presentación de las solicitudes y en todos los casos se acertó.

Efectuadas las actuaciones de investigación correspondientes, examinada la documentación requerida al Instituto convocante de las diferentes plazas, especialmente los correspondientes expedientes administrativos, así como demás información facilitada y analizada la normativa de aplicación, se trasladaron las siguientes:

CONSIDERACIONES

El art. 78 del TREBEP expone que las Administraciones Públicas tienen que proveer los puestos de trabajo mediante los procedimientos de concurso y de libre designación con convocatoria pública, regirse 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 solo 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 empleado, que ya tiene la condición de empleado público, a un determinado puesto de trabajo. En la relación de puestos de trabajo de la administración es donde se tiene que determinar el sistema de provisión a utilizar para cada puesto de trabajo, así como los requisitos y elementos esenciales que se tienen que incluir 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: a) general, para los lugares de base; y b) específico para los puestos singulares o de mando. Excepcionalmente, se podrá proveer por libre designación los puestos que figuren en esta calificación en la relación de puestos de trabajo.

Respecto a la regulación de la libre designación como forma de provisión, se contempla 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, la característica esencial de la libre designación es la apreciación discrecional, que no se puede confundir con el concepto de libre arbitrio o arbitrariedad. En esta línea, la Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 19 de mayo de 2016, establece el contenido de la libre designación y sus límites:

- a) Es una forma de provisión excepcional dada la literalidad 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) Solo 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 tendrán que incluir la denominación y características esenciales de los puestos, y serán públicas, facilitando así el control.

Hay que citar aquí la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga (Sala del Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) n.º 924/2019, de 27 marzo, en la medida que recoge la evolución de la postura jurisprudencial del Tribunal Supremo en este sentido:

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

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

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

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

material que finalmente decidió el nombramiento se ajustó a las pautas que encarnan los principios de mérito y capacidad (103.3 CE).

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

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

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

También la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha desarrollado la apreciación discrecional en la doctrina de la legitimidad de la discrecionalidad técnica, en el sentido que considera que hay cuestiones que tienen que ser resueltas por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que solo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración.

Uno de los límites de la discrecionalidad técnica, es la necesidad de motivación de la misma, configurando la obligación de cumplir el mandato constitucional de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y a criterio del Tribunal Supremo este cumplimiento comporta la necesidad de motivar el juicio cuando así sea solicitado por algún aspirante o cuando sea objeto de impugnación, a modo de ejemplo se cita la STS de 10 de mayo de 2017, recurso 545/2002:

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

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

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

intolerable el silencio sobre las razones que hayan conducido a emitir el concreto juicio de que se trate”.

Por tanto, dado el 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.

Para concluir si esta motivación es suficiente y adecuada, es necesario remitirse a las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2013, 12 de marzo de 2014, 16 de marzo de 2015 y 11 de febrero de 2016 entre otras que recogen el contenido que debe tener la motivación del juicio técnico, que como mínimo tendría que 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 por las cuales la aplicación de estos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia de un candidato frente al resto.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo que cita así mismo la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala del Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) n.º 518/2018 de 13 julio:

"... La fase final de la evolución Jurisprudencial la constituye la definición de cuál debe ser el contenido de la motivación para que, cuando sea exigible, pueda ser considerada válidamente realizada. Y a este respecto el Alto Tribunal ha declarado que la motivación del juicio técnico debe cumplir al menos tres exigencias: (a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico; (b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; y (c) especificar las concretas razones por las que la aplicación de esos criterios valorativos conducen a la concreta puntuación y calificación aplicada. Mejor que acumular citas, pueden verse por todas las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2014 (RJ 2014, 1292) (casación 3201/2012) y 26 de mayo de 2014 (RJ 2014, 3669) (casación 2075/2013), que rememoran la evolución de la doctrina Jurisprudencial en la materia". Añadiendo la referida sentencia que "... este precepto reglamentario sobre la motivación deberá ser completado con esas exigencias que, según esa nueva jurisprudencia que ha sido expuesta, resultan inexcusables para justificar el debido cumplimiento de los mandatos contenidos en los artículos 9.3 , 23 y 103.3 CE , y esto significa que la motivación deberá incluir también estos dos extremos: los concretos criterios de interés general elegidos como prioritarios para decidir el nombramiento; y cuáles son las cualidades o condiciones personales y profesionales que han sido consideradas en el funcionario nombrado para apreciar que aquellos criterios concurren en él en mayor medida que en el resto de los solicitantes”.

En el procedimiento selectivo citado se observa la existencia del cumplimiento formal del deber de motivación, atendiendo por un lado a las fichas de valoración del perfil funcional y competencial de cada uno de los candidatos, y por otro lado al informe justificativo de fecha XXX donde hay la constancia de una explicación o exteriorización de las razones por las cuales se llegó al juicio técnico correspondiente. En este sentido, hay que decir que, se ha incorporado en este proceso de provisión la recomendación de motivar el juicio técnico cumpliendo las exigencias jurisprudenciales que el órgano gestor del BEBG propuso al órgano gestor del proceso de provisión, entre otros, para la mejora de la gestión de los futuros procesos de provisión en fecha XXX.

Sin embargo se hace necesario puntualizar que debido a que: a) las fichas de valoración del perfil funcional y competencial de cada uno de los candidatos no están firmadas ni contienen los criterios básicos que ha seguido cada uno de los miembros del tribunal para llegar a tal conclusión y b) no constan en el expediente administrativo los currículums vitae de cada uno de los candidatos; el órgano gestor del BEBG solo puede constatar el cumplimiento del requisito de la motivación en el caso concreto desde un punto de vista formal, puesto que no tiene otros elementos que le permitan hacer una valoración con más en profundidad.

Por otro lado, hay que añadir que no consta en el expediente administrativo de la libre designación mencionado que se haya presentado ninguna recusación contra los miembros del Tribunal, ni ningún recurso contra la decisión del citado Tribunal seleccionador o contra el nombramiento del mencionado/a funcionario/a. También se debe tener en cuenta el nivel de concurrencia que hubo en el proceso selectivo que nos ocupa en el que se contabilizaron hasta 4 aspirantes para el puesto.

RECOMENDACIÓN

Una vez examinada la documentación y la información facilitada, y analizada la normativa de aplicación, nos remitimos a lo ya dicho en cuanto a que, al menos formalmente, consta la incorporación en algunos de los procesos de la Recomendación previamente formulada por el Buzón Ético en relación con la necesidad de motivar el juicio técnico cumpliendo las exigencias jurisprudenciales.

Si bien, se ha de incidir en la necesidad de incorporar en el expediente del proceso de selección los currículums de los candidatos, a fin de que: a) puedan ser contrastados en caso de que alguno de los aspirantes pida su revisión o interponga los correspondientes recursos que conforme a derecho pudieran corresponderle sin infringir ninguna lesión al derecho de defensa que la Constitución y el resto del Ordenamiento jurídico les reconoce y b) se pueda

garantizar, de ser el caso, el derecho a la tutela judicial efectiva y la labor de los Tribunales de Justicia.

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

Así mismo, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha, en sentencia de 29 de junio de 2018, establece que: *"...Lo anterior ha de ponerse en relación con la negativa de la Comisión a acceder a su solicitud de los méritos aportados por los otros aspirantes al puesto convocado, especialmente de los que habían obtenido mayor puntuación, lo que se motivó por la Comisión en la protección de datos. Sin embargo, la Comisión, al denegar de plano tal pretensión, sin permitirle siquiera el examen de la documentación en las propias dependencias administrativas, le colocó nuevamente en situación de indefensión al desconocer si todos los méritos que había valorado a los restantes aspirantes estaban debidamente justificados, sin que pudiera tampoco alegar en vía administrativa la existencia de vicio alguno, lo que tampoco pudo hacer tras el examen del expediente en vía contencioso-administrativa, donde pudo comprobar que en la documentación acreditativa del currículum del Sr. Pelayo, aspirante que obtuvo la mayor puntuación en el proceso selectivo, no figuraba, a diferencia de lo que ocurría con el suyo, acreditación alguna del número de reuniones de las comisiones clínicas en las que había participado, por lo que la puntuación otorgada por ese concepto no estaba debidamente justificada. ... Esa situación de indefensión creada por la Comisión, impidió al recurrente, por un lado, poder subsanar los defectos que fuesen subsanables sobre los aspectos de su currículum que no le habían sido valorados, ... Y, por otro lado, conocer si las comisiones alegadas por los otros aspirantes, y singularmente por el Sr. Pelayo, eran baremarles, ... En definitiva, la Comisión de Valoración debió haber dado la posibilidad al recurrente de subsanar los defectos que fuesen subsanables y acceder a la documentación de los otros aspirantes, pues sin ello no podía articular adecuadamente su defensa. Solo así podía haber conocido si la valoración de sus méritos, por debajo del autobaremo, estaba justificada, y..."*

Criterio que se reitera en la sentencia del Juzgado del Contencioso-administrativo n.º 9 de Barcelona, de 19 Julio de 2011, con cita de la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo al efecto.

Igualmente, los Tribunales han declarado que *"... examinar y contrastar los exámenes realizados por otros aspirantes, junto con el conocimiento de los criterios de corrección permitiría comparar si la aplicación de aquellos criterios y parámetros respeta las bases de la convocatoria y el resto de la legalidad aplicable"*. (Sentencia del TSJ Cataluña n.º 1231/2013, de 25 noviembre). También la doctrina ha defendido

que el principio de publicidad y transparencia se convierte en esencial, como garantía del principio de igualdad, obligando a la Administración a proporcionar a los interesados en el procedimiento aquella información relevante del proceso selectivo que les permita comprobar la imparcialidad del procedimiento en el que concurren, incluidos los datos de carácter personal de terceros también participantes en el mismo proceso selectivo con los que el solicitante compete por las mismas plazas¹¹¹.

En concreto, la sentencia de 26 de abril de 2012, de la Audiencia Nacional (Sección Primera de la Sala del Contencioso Administrativo), que cita a su vez la recaída en el recurso 215/2010, señaló que: *"Obviamente, las garantías que exige el tratamiento de datos personales no pueden servir para empañar o anular estas exigencias generales que obligan a que los procesos se conduzcan cumpliendo unas mínimas exigencias de transparencia y publicidad. La superioridad de estos otros valores aconseja que en este caso se entienda que no era exigible el consentimiento del interesado para el tratamiento del dato de la nota consistente en su comunicación por el sindicato ahora recurrente. Desde este punto de vista, debemos concluir que no es exigible el consentimiento de aquellas personas que participen en un procedimiento de concurrencia competitiva para el tratamiento de las calificaciones obtenidas en dicho procedimiento y ello como garantía y exigencia de los demás participantes para asegurar la limpieza e imparcialidad del procedimiento en el que concurren. (...) Es cierto que la Ley Orgánica 15/1999 no recoge expresamente exenciones o excepciones al régimen de tratamiento de datos personales en ella contenida con fundamento en las garantías de transparencia de los procesos competitivos por lo que será preciso ponderar los intereses en conflicto para poder determinar cuál de ellos debe prevalecer. Efectuada dicha ponderación, y valorando las circunstancias que aquí concurren, es claro para este Tribunal que debe prevalecer en este caso la garantía de publicidad y transparencia del proceso competitivo sobre el derecho a la protección de datos"*.

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

¹¹¹ Entre otros hay que citar a Severiano Fernández Ramos, en su artículo "Acceso al empleo público: igualdad e integridad", número 46 de la "Revista General de Derecho Administrativo" (Iustel, octubre 2017)

Sin que pueda olvidarse que, tal y como establece la Sentencia del TSJ de Castilla la Mancha, Sala del contencioso-administrativo, de 1 de diciembre de 2017. "Los nombramientos y ceses de funcionarios en puestos de libre designación deben responder plenamente a principios de mérito y capacidad profesionales, y no a una confianza puramente personal por parte de quien hace el nombramiento o remueve... No cabe confundir este tipo de puestos con los del "personal eventual", que sí se refieren a puestos de confianza personal. Aquí se trata de una simple forma de proveer puestos de funcionarios bajo principios de concurrencia, mérito y capacidad... La exigencia sustantiva consiste en la obligación, a la vista de la singularidad de la plaza, de identificar claramente la clase de méritos que han sido considerados prioritarios para decidir la preferencia determinante del nombramiento...Y la exigencia formal está referida a la necesidad de precisar las concretas circunstancias consideradas en la persona nombrada para individualizar en ella el superior nivel de mérito y capacidad que le haga más acreedora para el nombramiento..."

En consecuencia, se recomienda al órgano gestor la observancia, en este extremo, de las exigencias jurisprudenciales establecidas al efecto.

II.I.B CONCURSO DE MÉRITOS: PRESUNTA IRREGULARIDAD EN EL PROCESO DE PROVISIÓN. FALTA DE MOTIVACIÓN Y PREDETERMINACIÓN DE LA IDENTIDAD DE LA PERSONA

Serán objeto de este apartado las comunicaciones en las que se exponían presuntas irregularidades en procesos de provisión, mediante la modalidad de concurso de méritos, dado que se identificaban las personas ganadoras de las respectivas plazas antes de finalizar el plazo de presentación de las solicitudes y en todos los casos se acertó.

Efectuadas las actuaciones de investigación correspondientes, examinada la documentación requerida al Instituto convocante de las diferentes plazas, especialmente los correspondientes expedientes administrativos, así como demás información facilitada, y analizada la normativa de aplicación, se trasladaron las siguientes:

CONSIDERACIONES:

I. MARCO JURÍDICO DE LA PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO.

El artículo 78 del TREBEP expone que las Administraciones Públicas tienen que 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 103.2 de la Constitución española:

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

- Art. 103.3 "La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones"

Estos principios 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.

La provisión de puestos de trabajo es el procedimiento administrativo que tiene por finalidad específica cubrir los puestos de trabajo vacantes, asimismo se reconoce como un derecho básico, tradicional de la relación funcionarial, la posibilidad de cambiar de puesto de trabajo, configurando así la carrera del personal del funcionario que se irá desarrollando a través del acceso a diferentes puestos de trabajo. Hay que recordar que es en las relaciones de puestos de trabajo donde se encuentran clasificados los diferentes puestos de trabajo de la administración, y donde se tiene que determinar el sistema de provisión a utilizar para cada puesto de trabajo, así como los requisitos y elementos esenciales que se tienen que incluir

en la convocatoria. En este sentido el artículo 14 c) del RDL 5/2015, de 30 de octubre, por el cual se aprueba el Texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado público, regula como un derecho individual de los empleados públicos el derecho "A la progresión en la carrera profesional y promoción interna según principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad mediante la implantación de sistemas objetivos y transparentes de evaluación".

En la provisión de puestos de trabajo y en la promoción profesional se tiene que velar especialmente porque se valoren los méritos y las capacidades de los candidatos que estén relacionados con la finalidad, las funciones y las tareas básicas de los lugares que se tienen que cubrir.

Concretamente, los sistemas de provisión tienen por objetivo principal seleccionar la persona candidata más idónea para el desarrollo correcto de las funciones del puesto de trabajo que se tiene que proveer, de forma que se obtenga una prestación de los servicios públicos adecuada y la satisfacción de los intereses generales. Con estas finalidades, en la provisión de puestos de trabajo y la promoción profesional de los funcionarios se tienen que respetar los principios de legalidad, objetividad, mérito y capacidad de los aspirantes, igualdad, publicidad, eficacia y eficiencia.

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, este concurso puede ser: a) general, para los puestos de base; y b) específico para los puestos singulares o de mando. Excepcionalmente se podrá proveer por libre designación los puestos que figuren en esta calificación en la relación de puestos de trabajo.

II. CONCURSO DE MÉRITOS Y CAPACIDADES

El concurso tiene como finalidad seleccionar la persona candidata más adecuada para ejercer las funciones del puesto de trabajo que se tiene que proveer, mediante la evaluación de los méritos y las capacidades de los aspirantes, adecuados a los requerimientos generales o específicos de los puestos objeto de las convocatorias correspondientes, y con pleno respeto al principio de igualdad.

El art. 114 del Decreto 214/1990, de 30 de julio, por el cual se aprueba el Reglamento del personal al servicio de las entidades locales especifica que:

"1 El concurso constituye el sistema normal de provisión y se tienen que tener únicamente en cuenta méritos exigidos en la correspondiente convocatoria, entre los cuales tienen que figurar los adecuados a las características de cada puesto de trabajo, como también la posesión de un determinado grado personal, la valoración del trabajo realizado, los cursos de formación y perfeccionamiento superados y la antigüedad.

2 Así mismo, se pueden valorar otros méritos que patenten la idoneidad y la capacidad de los aspirantes, siempre que se hagan constar en las bases de la convocatoria”.

III. JUNTA DE VALORACIÓN. DISCRECIONALIDAD TÉCNICA. MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES.

Corresponde a la Junta de Valoración el desarrollo de los procesos de provisión de los puestos de trabajo y la valoración de los méritos y las capacidades de los candidatos que se presenten en las convocatorias y ha de actuar con estricta independencia, objetividad y discrecionalidad técnica.

La discrecionalidad técnica de la cual disfrutaban las actuaciones de la junta de valoración consiste en el margen de que dispone en la cuantificación que permite recorrer un tramo de puntuación hasta un máximo establecido; individualización de los conceptos indeterminados como “cursos de formación y perfeccionamiento que guardan relación con el puesto de trabajo”, o “trabajo desarrollado”, así mismo también la discrecionalidad técnica se agudiza con la utilización de la entrevista personal a los candidatos. En esta línea se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, contenciosa administrativa, de 10 de octubre de 2007:

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

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

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

Respecto a estos márgenes de apreciación técnica reconocidos a la Junta de valoración, la jurisprudencia exige una adecuada motivación en sus decisiones, a modo de ejemplo citamos nuevamente la Sentencia del Tribunal Supremo Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de 10 de octubre de 2007:

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

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

(1) Criterios que fueron preestablecidos por la Comisión para la ponderación y valoración de los méritos que no tenían tasada su puntuación en la convocatoria (los méritos generales de los puntos 1.2.2 y 1.3 de la norma cuarta y los méritos específicos del punto 2 de esa misma norma cuarta).

(2) Expresión de los méritos generales y específicos que les fueron considerados y valorados a los aspirantes de entre los que hicieron constar en la instancia de participación en el concurso y en la documentación acompañada a ella; y expresión también de aquellos otros que no lo fueron y de la razón de dicha exclusión.

(3) Puntuación otorgada a cada uno de los méritos ponderados y explicación, en su caso, de cuál fue el criterio preestablecido que fue aplicado para llegar a esa concreta puntuación.

(4) Descripción del resultado de la entrevista realizada y razón considerada, con base en ese resultado, para modificar la inicial valoración de los méritos y efectuar la valoración definitiva".

O la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, 1316/2015, de 24 de marzo:

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

...

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

La sentencia del Tribunal Supremo, de la sala de lo contencioso administrativo, de 16 de marzo de 2015, recoge en su fundamento jurídico sexto que:

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

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

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

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

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

Siendo igualmente ejemplarizante la sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2019, (rec. 1306/2016) que hace un recorrido sobre la jurisprudencia del Alto Tribunal vertida al efecto, así como sobre doctrina establecida por el Tribunal Constitucional, con cita de diferentes sentencias y a la que nos remitimos.

E igualmente se tiene que poner en relieve, tal y como concluye el Tribunal Supremo en la citada sentencia, que la falta de motivación en procesos selectivos atenta contra el derecho de defensa del art. 24 de la Constitución e incide negativamente sobre el "... derecho a la igualdad de condiciones que asiste a todos los aspirantes, por la necesidad de que el criterio de calificación responda a los principios de mérito y capacidad y por el obligado cumplimiento también del mandato constitucional de interdicción de la arbitrariedad .." de forma que la reacción prevista por el Ordenamiento jurídico respecto a tal vicio es la nulidad.

RECOMENDACIÓN

- Motivar el juicio técnico cumpliendo las exigencias jurisprudenciales

En el proceso de provisión XXX se evidencia una falta de motivación del juicio técnico en la valoración de las competencias profesionales requeridas puesto que respecto las evidencias de cada competencia no consta la indicación de "sí" o "no" que se encuentran sin marcar; que respecto la valoración final ulterior, no consta la motivación de la Junta de Valoración, y por tanto, no se evidencia constatación del proceso lógico y deductivo que utilizó la Junta de Valoración para otorgar la puntuación expuesta; y en el documento no constaba la firma de los miembros de la Junta de Valoración.

A tal efecto, citamos la sentencia del Tribunal Supremo n.º 5142/2016, de 22 de noviembre, *"En efecto, conviene recordar que los procesos selectivos para ingresar en el empleo público se rigen por los principios de igualdad, mérito y capacidad por exigencia directa de los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución. Por otro lado, la jurisprudencia sentada por la Sección Séptima ha insistido que la necesaria motivación de las decisiones de los tribunales calificadoros o comisiones de selección no se satisface con la emisión de una calificación numérica y que en los casos en que algún aspirante cuestione la que se le haya dado, bien por considerarla insuficiente en relación con sus propios méritos o con el contenido de sus ejercicios, bien por comparación con el trato dado a otros aspirantes, se debe explicar el camino seguido para la asignación de la calificación concedida"*.

- Completar el expediente administrativo

El art. 70 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas expone que: *"Se entiende por expediente administrativo el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla"* y *"se formaran mediante la agregación ordenada de cuantos documentos, pruebas, dictámenes, informes, acuerdos, notificaciones y demás diligencias deban integrarlos, así como un índice numerado de todos los documentos que contenga cuando se remita"*.

En el expediente administrativo mencionado no consta incorporado "informes favorables de la Dirección."... Por otro lado, se ha evidenciado que en la copia indexada y foliada del expediente administrativo librada al órgano gestor del Buzón Ético no constaba incorporada ni la instancia, ni el currículum ni la memoria presentada por el/la candidato/a, y que ha sido librada posteriormente a requerimiento del órgano gestor.

- Otras recomendaciones respecto a las parrillas de las puntuaciones otorgadas al aspirante tanto en la memoria como en la entrevista:

a) Firma de los miembros de la Junta de Valoración de las parrillas de las puntuaciones otorgadas al aspirante (memoria y entrevista) o bien certificación

en tal sentido de la Secretaría de la Junta de Valoración, como reflejo de su voluntad y acreditación de su autoría.

b) Identificar en las “parrillas” de procesos selectivos, el concreto proceso selectivo y el nombre y apellidos del/de la aspirante.

II.I.C RECOMENDACIÓN: ANÁLISIS CONJUNTO DE LAS COMUNICACIONES EN LAS QUE SE PRONOSTICA EL RESULTADO FINAL DE LOS PROCESOS DE PROVISIÓN CON UN 100 POR CIENTO DE ACIERTO

En el BEBG se recibieron un buen número de comunicaciones relativas, cada una de ellas, a diferentes procesos selectivos, relativos a un mismo Instituto municipal. En dichas comunicaciones se alertaba de presuntas irregularidades a la vez que se informaba, antes de la finalización de los procesos de selección (y en algunos casos, antes de publicarse las bases o acabadas de publicarse aquellas) de la identidad quien "ganaría" la plaza convocada y a veces, incluso, se alertaba de la identidad o número de aspirantes que se presentarían al proceso de selección.

Finalizado cada uno de los referidos procesos selectivos, y analizada, en cada uno de ellos, la posible concurrencia o no de las presuntas irregularidades denunciadas, lo cual se detectó en todos los casos, tanto de concurso de méritos como de libre designación, fue precisamente, a) un porcentaje de acierto del 100% por parte de la persona comunicante en cuando a la identidad de la persona que ganaría la plaza y b) un mínimo nivel de participación y concurrencia de candidatos en los citados procesos selectivos.

A la vista del mencionado porcentaje del 100% de acierto a la hora de vislumbrar el resultado final de los procesos de provisión, el órgano gestor del BEBG, habida cuenta el análisis de todas las comunicaciones y de los procesos selectivos correspondientes, evacuó la siguiente recomendación al Instituto Municipal convocante de las plazas y dio traslado al Comité de Ética por si la práctica observada podía ser, además, constitutiva de alguna infracción del CEC:

RECOMENDACIÓN

"También se tiene que atender al número de comunicaciones recibidas en el Buzón Ético en las que se anticipa el resultado final de los procesos de provisión llevados a cabo por el Instituto Municipal XXX, mucho antes de que finalizaran y con un cien por cien de acierto. Circunstancia a la que se tiene que añadir la poca concurrencia observada en los citados procedimientos que en la mayoría de los casos se ceñía a 1 o 2 candidatos. Dado que podría generar suspicacia respecto a la imparcialidad y objetividad en los procesos de provisión del órgano gestor y por tanto, incidir negativamente en su reputación e imagen y a la vez en la confianza de los servidores públicos en la institución. Por eso, el órgano gestor del Buzón recomienda la adopción de medidas para revertir cualquier riesgo en tal sentido y así mismo, procederá a dar traslado de esta situación al Comité de Ética del Ayuntamiento de Barcelona, al amparo de lo que dispone el Código Ético y de Conducta en materia de selección de personal, para fomentar y mejorar las buenas prácticas en la

gestión pública, reforzando la confianza de los empleados públicos y priorizando la prevención por encima de las conductas reactivas”.

SEGUIMIENTO DE LA RECOMENDACIÓN

A tal efecto, el Comité de Ética, a raíz del traslado efectuado por el BEBG y en aplicación del Código Ético y de Conducta se pronunció señalando entre otros extremos que:

"De las investigaciones realizadas por el BEBG se puede concluir que además de algunas incidencias formales, efectivamente los XX puestos de trabajo ofrecidos en provisión interna por el Instituto Municipal y que fueron objeto de la comunicación tuvieron muy poca o nula concurrencia, más allá de la candidatura previsiblemente ganadora, por lo cual hay que concluir que las prácticas actuales no alientan a optar a esas plazas, poniendo de manifiesto carencias relevantes en cuanto al principio de promoción de la carrera profesional de los empleados públicos, a la cual la Administración está obligada, así como de los principios de igualdad, mérito y capacidad que tienen que regir la selección y provisión de puestos de trabajo de la Administración”, recomendando en relación a los procesos de provisión lo siguiente:

"El Comité de Ética insta a la Gerencia XXX a revisar sus procedimientos de provisión para fomentar la concurrencia de los empleados públicos en los mencionados procedimientos, evitando en lo posible, prácticas de ocupación provisional que desalientan este acceso a las plazas y hacen previsible una candidatura ganadora. Todo lo anterior para respetar los derechos de promoción de la carrera profesional de los empleados públicos a la cual la Administración está obligada, así como de los principios de igualdad, mérito y capacidad que tienen que regir la selección y provisión de puestos de trabajo a la Administración”.

Así mismo y en relación con la petición formulada por el Instituto municipal convocante de las plazas analizadas para que el Comité de Ética *"... informe a la DSA de las líneas de actuación que tienen que ser emprendidas cuando se produzcan hechos no probados dentro del contexto de la normativa del propio buzón ético”* este órgano colegiado se pronunció:

"En relación con la solicitud de que este Comité informe sobre las líneas de actuación que tienen que regir el BEBG, hay que mencionar que sus Normas Reguladoras prevén cuáles tienen que ser estos criterios de actuación, y el principio de independencia de las tareas del Buzón Ético.

...

Por lo cual, la DSA en el ejercicio de sus funciones para desarrollar la integridad pública municipal:

a) Gestiona el BEBG en tanto que canal de comunicación de conductas, realizadas en el ámbito municipal, contrarias al ordenamiento jurídico, los principios éticos y de buen gobierno (art. 25.1 NRBE).

b) También es el órgano de apoyo técnico del Comité de Ética encargado de orientar la gestión municipal, así como el comportamiento de los cargos electos y otros servicios públicos. El artículo 20 del Reglamento interno de funcionamiento del Comité Ética del Ayuntamiento de Barcelona, aprobado por la Comisión de Presidencia, Derechos de Ciudadanía, Participación y Seguridad y Prevención, de 13 de febrero de 2019, prevé que la DSA se encargará de apoyar y asistir al Comité de Ética. Además de estas funciones también se encarga de gestionar y vehicular los requerimientos que efectúe el Comité a los diferentes órganos municipales, así como su seguimiento. También será la encargada de trasladar a los destinatarios y sujetos de este Código la correspondiente recomendación y a la persona comunicante.

Aun así, y precisamente para garantizar el ejercicio de las competencias que tiene atribuidas, el artículo 25 de las Normas Reguladoras del Buzón Ético, prevé en su apartado 2 que "... la DSA actúa con independencia funcional, sin que pueda estar sometida a órdenes jerárquicas que condicionen la actuación,..." añadiendo que: "El desarrollo de esta actuación no es causa que justifique el cese..."

Por lo cual, y de acuerdo con lo que se ha expuesto, la DSA tiene reconocida su independencia funcional y es un órgano que, conjuntamente con este Comité, conforma el marco de integridad de este Ayuntamiento. El Comité de Ética reconoce y manifiesta el máximo respeto por esta independencia".

II.II. SISTEMA DE PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO: PRESUNTO CONFLICTO DE INTERESES. DETERMINACIÓN DEL CONCEPTO JURÍDICO DE AMISTAD ÍNTIMA.

En la comunicación recibida en el BEBG se informaba a de una presunta política de amiguismo en un proceso de provisión por libre designación:

CONSIDERACIONES

Hay que decir que el concepto de amistad íntima es un concepto jurídico indeterminado, *"para concretarlo en cada caso concreto habrá que considerar como tal aquella en la que su intensidad pueda afectar a la estricta objetividad del titular del órgano decisorio"* (Informe 31/2015 de 13 de julio de 2017 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa). Además, los tribunales de justicia se han pronunciado sobre el carácter "tasado" de los motivos o causas de abstención (y en su caso de recusación) y sobre la interpretación restrictiva que tienen que recibir. Por todas se cita la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo contencioso administrativo, Sección 3, de veintitrés de diciembre de dos mil ocho: *"... motivos de abstención y recusación establecidos en el artículo 28 de la Ley 30/1992 sin que exista un fácil encaje, máxime cuando se trata de motivos tasados que deben recibir una interpretación restrictiva."*.., argumentación totalmente aplicable al vigente artículo 23 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Dado el concepto de amistad íntima y su interpretación restrictiva exigida por la jurisprudencia, y la aplicación del art. 8.4.a) de las Normas reguladoras del BEBG, se requirió a la persona comunicante que aportara indicios o pruebas suficientes que apoyaran sus afirmaciones, pero no se aportó ninguna prueba o indicio en relación a la presunta amistad íntima alegada, que en caso de existir, sería causa de abstención por parte de la Gerencia del XXX como miembro de la Comisión de Valoración o en su caso de recusación.

En relación a la necesidad de prueba, la jurisprudencia exige respecto a la amistad como causa de abstención o recusación de los miembro del Tribunal de selección que: *"... el interés, a que se refiere la letra a) del art. 28.1, ha de ser personal, no profesional, y la amistad (apartado c), ha de ser íntima, y de los datos alegados por el demandante no se deduce que tengan la suficiente entidad para integrar alguna de las causas de recusación, que han de ser probadas caso por caso y acreditando los elementos que permiten apreciar la concurrencia de cada una y no bastando al efecto la alegación genérica del art. 28.1 . y 2. de la Ley 30/1992..."* (Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso administrativo, Sección 3, de veintitrés de diciembre de 2008).

Y en igual sentido, añade la Audiencia Nacional en la referida sentencia y también en la de dieciséis de junio de dos mil nueve, que: "...así el interés, a que se refiere la Ley (), ha de ser personal, no profesional, y la amistad [apartado c)], ha de ser íntima, y de los datos alegados por el demandante no se deduce que tengan la suficiente entidad para integrar alguna de las causas de recusación, que han de ser probadas caso por caso y acreditando los elementos que permiten apreciar la concurrencia de cada una".

Añadiendo en este sentido la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª) n.º 525/2009 de 20 marzo que "... La existencia de una amistad o enemistad manifiesta como causa de recusación exige que concurra en la persona del recusado una pérdida de la imparcialidad objetiva por razón de la influencia que esas circunstancias puedan suponer en la relación que les une. Es evidente también que una ordinaria apreciación de las relaciones interpersonales, en combinación con una comprensión de la función pública como realizada por funcionarios a los que se presume la objetividad y la imparcialidad en la defensa de los intereses generales, en la forma en que se establece por la Constitución y las leyes, hace necesario analizar circunstanciadamente si concurre o no el motivo de recusación en este caso articulado. A ello debe añadirse que, ciertamente corresponde a quien alega la concurrencia de la causa de recusación la carga de acreditar y probar indubitadamente su existencia".

RECOMENDACIÓN

Vista la falta de pruebas o indicios objetivos que fundamenten o apoyen, al menos mínimamente su alegación, y en la aplicación del art. 8.4.a) NBRE, según el cual el órgano gestor del BEBG no puede iniciar actuaciones fundamentadas tan solo en opiniones, no se ha podido incoar actuaciones al respecto.

Pero sí puede recomendar la adopción de medidas que intenten minimizar cualquier riesgo que pueda comprometer, aunque sea 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 doctrina¹¹² "... sería oportuno plantear ir más allá de las estrictas causas de abstención, y siguiendo el criterio de la nueva normativa sobre contratación pública, proscribir el conflicto de intereses, en el sentido de cualquier situación en la que el miembro del órgano tenga directa o indirectamente un interés que pudiera "parecer" que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de selección".

No obstante, hay que poner de manifiesto que en el supuesto que nos ocupa no consta en el expediente administrativo de la libre designación que se haya

¹¹² Severiano Fernández Ramos, "Acceso al empleo público: igualdad e integridad", número 46 de la "Revista General de Derecho Administrativo" (Iustel, octubre 2017)

formulado ninguna recusación contra los miembros que conforman el órgano de selección, ni que se haya presentado ningún recurso contra la decisión del citado tribunal seleccionador, ni contra el nombramiento del mencionado funcionario.

II.III. SISTEMA DE PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO: PRESUNTO CONFLICTO DE INTERÉS. PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD. ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN.

En la comunicación recibida en el BEBG, se planteaban las siguientes irregularidades: a) Presunto conflicto de interés de la persona candidata en el proceso de provisión y b) actuación de un miembro de la Junta de Valoración respecto a la abstención en el proceso de provisión.

Efectuadas las actuaciones de investigación correspondientes, examinada la documentación requerida al órgano gestor afectado, así como el resto de información facilitada y analizada la normativa, se trasladaron las siguientes:

CONSIDERACIONES

A las Juntas de méritos y capacidades y a las Comisiones de evaluación les corresponde el desarrollo de los procesos de provisión de los puestos de trabajo y la valoración de los méritos y las capacidades de los candidatos que se presenten a las convocatorias (artículo 29 del Decreto 123/1997, de 13 de mayo, por el cual se aprueba el Reglamento general de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios de la Administración de la Generalitat de Cataluña).

Las Juntas de méritos y capacidades y las Comisiones de evaluación han de basar sus decisiones y apreciaciones en criterios técnicos, por lo cual se habrá de garantizar la capacidad técnica de sus miembros y su idoneidad e imparcialidad (artículo 30 del Decreto 123/1997, de 13 de mayo).

Concretamente, **el principio de imparcialidad** garantiza la igualdad de oportunidades de las personas aspirantes y entre las funciones las Juntas de méritos y capacidades y las Comisiones de evaluación se prevé el procurar dicha imparcialidad, concretamente en el artículo 41.c) del Decreto 123/1997 de 13 de mayo se dispone que han de *"actuar con total autonomía funcional e imparcialidad motivo por el cual sus miembros son responsables de la **objetividad** y del resultado del proceso de provisión y del cumplimiento de las bases de la convocatoria, respetando los plazos para efectuar la evaluación de los méritos y capacidades de los aspirantes y para resolver el concurso"*.

Así mismo, el artículo 38.3 del Decreto 123/1997, de 13 de mayo, establece que *"los miembros de las Juntas de méritos y capacidad y de las Comisiones de evaluación les **serán de aplicación las causas de abstención y recusación reguladas en la normativa vigente**"*, por este motivo, resultan plenamente de aplicación las causas de abstención y recusación establecidas por el artículo 23 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen jurídico del sector público.

La regulación de la abstención se recoge en el artículo **23 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público:**

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

2. Son motivos de abstención los siguientes:

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

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

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

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

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

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

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

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

Las causas de abstención y recusación previstas en los artículos anteriores son causas objetivas, al respecto citamos la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha, de 4 de diciembre de 2015, rec. 4/2014 que además, contempla un caso muy similar al presente: *"El elemento objetivo concurre, y es una de las **causas de abstención y recusación** previstas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de procedimiento administrativo común, en concreto la "relación de servicio", pues la Sra. presidenta reconoció expresamente su **relación de servicio** con uno de los opositores. Si ello influyó o no en su ánimo es algo incognoscible, como ya hemos dicho, y en realidad irrelevante para resolver, pues ha de resolverse atendiendo a la mera presencia objetiva de la causa de abstención o recusación. Queremos dejar bien*

*claro en cualquier caso que la Sala no tiene razón alguna para afirmar ni para negar que la relación profesional con el opositor influyera en el ánimo de la Sra. Presidenta; y que en cualquier caso la Sra. Presidenta trató de aclarar la cuestión con evidente ecuanimidad, siendo la Administración al parecer la que le informó de que no debía abstenerse; de modo que no pretendemos realizar reproche personal alguno a dicha Presidenta, pero sí dejar claro que este tipo de circunstancias **deben analizarse desde el punto de vista objetivo, y si objetivamente concurren, constituyen sin más causa de abstención o recusación sin necesidad de indagar en el inaprensible terreno de hasta dónde influye en un caso concreto en el ánimo de quien actúa**”.*

En el concurso XXX de provisión de puesto de trabajo se han producido **dos situaciones** que habrían justificado la formulación de una **abstención y/o recusación**:

a) Presunta **abstención** de la **persona candidata** en la medida en que **intervino durante la tramitación del expediente del concurso** que iba **dirigido a la cobertura de la plaza** que estaba **ocupando provisionalmente** desde el año 2018, ... y de la cual sería así mismo aspirante. Es más, la **última de las actuaciones** realizada por la candidata que se ha encontrado en el expediente administrativo es **posterior a la fecha en que presentó su solicitud o instancia** para concursar en el citado proceso, concretamente, para certificar las instancias que constaban en los asentamientos del Registro General de Entrada y entre las que se encontraba su propia solicitud de participación. Es decir, **tuvo participación en la tramitación del expediente administrativo del proceso selectivo en el cual participó también como aspirante** y que además ganó.

...

En este sentido también se tiene que traer a colación la **regulación que del conflicto de interés** hace el **CEC**, concretamente en su **artículo 8**. Regulación que de conformidad con la Disposición Adicional Primera del dicho Código Ético, es **de aplicación a las personas que forman parte de las Juntas de valoración y los Tribunales de selección**, siendo calificadas como infracciones graves las infracciones relativas al mencionado precepto de acuerdo con lo que dispone su artículo 18.

b) Abstención de la persona que ostentaba el cargo de secretario/aria de la Junta de Valoración. Hay que avanzar que presentó su abstención motivada en “su adscripción al departamento de XXX” pero: a) lo hizo en fecha ..., es decir cuando ya se había practicado y valorado la primera fase del proceso, y b) constan actuaciones posteriores a la fecha de abstención.

...

A tal efecto, en relación con el **conflicto de interés** apreciado en la actuación de la secretaria de la Junta de Valoración, **el art. 19.3.f) in fine de la Ley 40/2015**, de 1 de octubre, de Régimen jurídico del sector público, dispone que *“Los miembros del órgano colegiado no podrán ejercer estas funciones cuando concorra conflicto de interés”*. Nos remitimos nuevamente aquí, al artículo 8 del CEC.

Y en cuanto a la relación de servicio con la persona aspirante, podemos referirnos por ejemplo al "Manual de Instrucciones para la actuación de los miembros de los órganos de selección de personal de los entes locales. Última actualización: febrero de 2019" de la EAPC, respecto a la causa de abstención del apartado e) del art. 23 la Ley 40/2015, de 1 de octubre, cuando al tratar del motivo de abstención:

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

Recoge que: *"La relación de servicio se tiene que interpretar en términos de subordinación. Es decir, podría ser miembro del órgano selectivo el superior jerárquico de alguno de los aspirantes, pero no podría serlo el subordinado cuando el superior jerárquico es el aspirante en el proceso. Lo que opera como causa de abstención es que el miembro del órgano se pudiera sentir presionado o bien en deuda con el aspirante".*

También consta en el apartado de "Preguntas más frecuentes" de la web EAPC:
http://eapc.gencat.cat/ca/seleccio-de-personal/administracio-local/preguntes_frequents/:

"Abstención y recusación de los miembros de los órganos selectivos"

¿Es motivo de abstención y recusación la relación jerárquica de un miembro del tribunal con relación a una persona candidata?

En el caso de relación jerárquica, la causa de abstención y recusación se da cuando el opositor es superior jerárquico del miembro del tribunal; en el caso contrario, no.

No se da una causa de abstención y recusación por el solo hecho que entre los miembros del tribunal haya compañeros de trabajo o de departamento de alguno o algunos de los opositores".

RECOMENDACIÓN

- Estricto control y erradicación de las situaciones de conflicto de interés en los procesos de provisión y selección de conformidad con la legalidad vigente y del CEC.

Los conflictos de interés pueden constituir un riesgo para los principios clave de la organización administrativa: imparcialidad y objetividad de los servidores públicos, integridad y confianza pública.

Se distinguen tres tipos de conflicto de interés: el conflicto de interés real, el potencial y el aparente.

- El conflicto de interés es real, si la persona tiene un interés particular en relación con un determinado juicio o discernimiento profesional y se encuentra ya efectivamente en una situación en la cual tiene la obligación de ofrecer este juicio.

- Un conflicto de interés es potencial, si la persona tiene un interés particular que podría influir en la hora de hacer un juicio profesional desde la posición o cargo que ocupa, pero todavía no se encuentra en una situación en la cual se tenga que ofrecer este discernimiento.

- Un conflicto de interés es meramente aparente, cuando la persona no tiene un conflicto de interés –ni real, ni potencial- pero alguien podría llegar a concluir razonablemente, ni que fuera de manera tentativa, que sí lo tiene. Sabemos que un conflicto de interés es aparente cuando se resuelve simplemente ofreciendo toda la información necesaria para demostrar que no hay ningún conflicto de interés, ni real ni potencial.

En el caso concreto, dado que la persona aspirante XXX concurre claramente en la causa de abstención del interés personal en el procedimiento establecido en el artículo a) del apartado 2 del artículo 23 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y por tanto el conflicto de interés es patente desde el primer momento de incoación del expediente administrativo del proceso selectivo a la vista de la documentación obrante en ella. Así la persona candidata, por su cargo, plaza objeto del concurso, pudo disponer de un conocimiento previo del proceso de selección y de sus bases (recordamos que era documentación considerada confidencial y por su origen también privilegiada) antes de su publicación (casi tres meses antes) al constar su intervención en la tramitación del proceso de provisión al cual fue aspirante. Indicios suficientes que evidencian la falta de gestión del conflicto de interés a pesar de que este era fácilmente detectable.

Situación predicable igualmente respecto a la persona que ocupaba el cargo de secretario/a de la Junta de Valoración.

- Dar traslado, a través de la Gerencia XXX, a los órganos competentes en materia disciplinaria a efectos de lo que dispone el art. 5º del artículo 23 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y en su caso, del artículo 8 del CEC en relación con el 18 del mismo cuerpo normativo.

- Dar traslado a la Gerencia XXX para la revisión del proceso selectivo Concurso XXX a la vista de lo que se ha actuado.

- Dar traslado de esta recomendación al Comité de Ética en aplicación de lo que disponen los artículos 8 y en especial del apartado 2.b) y 7 e) del CEC.

SEGUIMIENTO DE LA RECOMENDACIÓN:

El Comité de Ética se pronunció en el sentido siguiente:

“El Comité de Ética constata la existencia de conflicto de interés en el caso de la intervención de xxx en la convocatoria de la plaza que ocupaba y a la cual también optaba en el procedimiento de provisión, e insta a la Gerencia XXX a evitar situaciones donde exista concurrencia de criterios objetivos de conflicto de interés, aplicando las soluciones previstas en el Código Ético a estos efectos”.

II.IV. SISTEMA DE PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO: PRESUNTA IRREGULARIDAD EN LA UTILIZACIÓN DE LA FIGURA JURÍDICA DE ADSCRIPCIÓN PROVISIONAL

El órgano gestor del BEBG ha recibido comunicaciones relativas a la presunta irregularidad de la figura jurídica de la adscripción provisional que se sintetizan en estas dos casuísticas: a) la plaza a cubrir por un proceso de provisión ha sido asignada a la persona que ocupaba el puesto de trabajo mediante adscripción provisional; y b) la utilización de la adscripción provisional en la cobertura de un puesto de trabajo vacante por jubilación; c) confusión entre autoridad técnica y ejercicio de responsabilidad.

II.4.A. LA PLAZA HA SIDO ASIGNADA A LA PERSONA QUE OCUPABA EL PUESTO DE TRABAJO MEDIANTE ADSCRIPCIÓN PROVISIONAL

De los hechos objeto de la comunicación recibida en el BEBG se analizó la utilización del instituto jurídico de la adscripción provisional puesto que una de las personas candidatas al proceso de provisión estaba adscrita provisionalmente al puesto de trabajo a cubrir desde hacía 15 años.

CONSIDERACIONES.

El art. 81.3 del Real Decreto Legislativo por el cual se aprueba el Texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado público regula que *"En caso de urgente e inaplazable necesidad, los puestos de trabajo podrán proveerse con carácter provisional debiendo procederse a su convocatoria pública dentro del plazo que señalen las normas que sean de aplicación..."*.

A tal efecto hay que señalar que la expresión "urgente e inaplazable necesidad" es un concepto jurídico indeterminado relacionado con el ámbito de la organización pública y concretamente de las necesidades y la prestación de los servicios públicos, respecto el cual *"La jurisprudencia del Tribunal Supremo viene estableciendo de modo constante y uniforme que la declaración de urgencia que exige la Ley ha de ser realizada por el órgano competente para contratar y estar debidamente motivada y en relación con la motivación exige que se trate de una situación urgente, objetivamente evaluable y no apreciada de modo subjetivo por el órgano de contratación, de modo que responda la urgencia a razones de interés público que se acrediten de modo razonable y con criterios de lógica o que se demuestre la necesidad inaplazable de tramitar el procedimiento con la urgencia que requiera, para que de ese modo no se altere de modo injustificado el procedimiento ordinario (Sentencia de 27 de febrero de 2008 -rec. 5608/2004-)"* (Sentencia 458/2017, de 17 de enero de 2017, del Tribunal Superior de Justicia de Santa Cruz de Tenerife).

Respecto a la nota de temporalidad de la adscripción provisional, la normativa no especifica una duración máxima al respecto, pero si se atiende al currículum de la persona candidata,

la adscripción provisional podría haberse prolongado durante 15 años. Este periodo tan largo en el tiempo desdibuja los conceptos de temporalidad, y provisionalidad de la adscripción provisional, y además, a ojos del resto de empleados públicos podría resultar que la experiencia adquirida por la persona candidata en el puesto de trabajo durante estos 15 años la podría posicionar en una situación de "privilegio" respecto al resto de candidatos, de forma que existiese un efecto disuasivo con la consecuente repercusión negativa en el nivel de concurrencia de candidatos en el proceso de provisión del puesto de trabajo objeto de esta recomendación.

RECOMENDACIÓN

Utilización de la figura jurídica de la adscripción provisional, especialmente en cuanto a su temporalidad de conformidad con el espíritu, requisitos y finalidad por los cuales está legalmente concebida, en los términos expresados por la sentencia 1421/2007, de 31 de enero, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid "exige un procedimiento para realizar estos nombramientos, y una motivación adecuada (...) En todos estos supuestos, la posibilidad de realizar nombramientos por el sistema de adscripción provisional se circunscribe a que se produzcan las situaciones que en los preceptos se exigen, y en todos los casos, son situaciones excepcionales, y se exige la temporalidad. Es una fórmula restringida a determinados supuestos, con duración limitada, y debe justificarse".

II.4.B. EL PUESTO DE TRABAJO VACANTE POR JUBILACIÓN FUE CUBIERTO MEDIANTE ADSCRIPCIÓN PROVISIONAL SIN LA CONVOCATORIA DEL CORRESPONDIENTE PROCESO DE PROVISIÓN.

En el BEBG se recibió una comunicación relativa a la adscripción provisional de la Dirección XX que, de acuerdo con lo que prevé el artículo 4 del Decreto de la Alcaldía S1/D/2017-2020, de 4 de abril, de establecimiento de las direcciones que podrán ser ocupadas por titulares que no tengan la condición de funcionarios, y de impulso del reglamento del personal directivo, es uno de los lugares directivos que *"...se convocarán para ser ocupados por personal funcionario en el momento de quedar vacantes"*.

Concretamente los hechos objeto de la comunicación informaban que el titular de la Dirección XXX dejó su lugar por jubilación, sin convocar un proceso de selección para cubrir esta dirección, pese a estar incluida esta Dirección de Servicios en el Decreto de la Alcaldía S1/D/2017-2020, de 4 de abril, y en cambio se procedió a su asignación provisional.

CONSIDERACIONES

I. La regulación y el marco jurídico de la función pública local catalana está constituido por una pluralidad de normas, fundamentalmente de origen estatal y autonómico, pero también se puede mencionar la facultad reglamentaria de cada una de las entidades locales, así como la negociación colectiva que se pueda dar en el seno de estas.

El Estatuto Básico de Empleado público prevé en su artículo 81.3 que, en caso de urgente e inaplazable necesidad, los puestos de trabajo pueden proveerse con carácter provisional, teniendo que proceder a una convocatoria pública dentro del plazo que señalen las normas que sean de aplicación.

La adscripción provisional es una forma de provisión de puestos de trabajo de carácter temporal prevista para adscribir al funcionario en un puesto de trabajo, en aquellos supuestos en los que se produce una remoción (RD 364/1995 art. 50.5), cese (RD/364/1995 art.58) o supresión de lugar anteriormente ocupado, hasta que se provea de forma definitiva.

También, está prevista para los supuestos de reingreso al servicio activo procedentes de situaciones administrativas que no comporten reserva de puestos de trabajo. En este supuesto, se adscribe a la persona interesada en un puesto de trabajo con carácter provisional hasta que se provea de forma definitiva.

En cambio, **la atribución de funciones** previstas en el artículo 56 del RD 364/1995, no es un proceso de movilidad en sentido estricto, puesto que no comporta el cambio de puesto de trabajo, sino una mera atribución temporal de tareas que no pueden ser atendidas por los funcionarios que desarrollan con carácter permanente estas.

Por este motivo, las retribuciones percibidas son las del lugar ocupado, sin perjuicio de las indemnizaciones que por razón del servicio puedan corresponder. Es un procedimiento excepcional que determina la norma, sin concretar el plazo máximo de duración, ni determinar expresamente si es voluntaria o forzosa.

La atribución temporal de funciones, como apunta la STS 30 de junio de 1997, es una modalidad de provisión de puestos de trabajo diferenciada de la comisión de servicios y de la adscripción provisional, manifestación de la potestad organizativa de la Administración ante una situación coyuntural en beneficio del principio de eficacia en la prestación de los servicios, que el artículo 103, 1º de la Constitución exige.

El Estatuto Básico del Empleado público, en su artículo 3 apartado 1, establece que el personal funcionario de las entidades locales se rige por la legislación estatal que resulte de aplicación, de la que forma parte este Estatuto y por la legislación de las comunidades autónomas, con respeto de la autonomía local.

El Decreto 123/1997, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios de la Administración de la Generalitat de Cataluña, aplicable también a las Entidades Locales, prevé en su artículo 6 los sistemas extraordinarios de provisión de los puestos de trabajo reservados a funcionarios, que se podrán proveer de forma extraordinaria por algunos de los sistemas que regula el Decreto. (Estos sistemas extraordinarios son: comisión de servicios; encargo de funciones; acumulación de tareas; redistribución de efectivos; traslado interdepartamental; reasignación de efectivos; movilidad por traslado de puestos de trabajo; adscripción provisional y permuta de puestos de trabajo).

II. La resolución de XXX, por la que se resuelve la adscripción provisional citada, se sustenta en los artículos 6 apartado h) y 128 del Decreto 123/1997, de 13 de mayo. El artículo 6 del citado Decreto regula los sistemas extraordinarios de provisión de los puestos de trabajo reservados a funcionarios, que se podrán proveer de forma extraordinaria por algunos de los sistemas que se prevén, siendo uno de ellos la adscripción provisional.

El artículo 128 del citado Decreto indica que los puestos de trabajo se podrán proveer mediante la adscripción provisional de acuerdo con lo que se establece en la normativa vigente y en todos aquellos casos previstos en este Reglamento.

El artículo 129.1 de este Decreto prevé que los puestos que se ocupen con carácter provisional, salvo que estén sujetos a amortización, comisión de servicios o encargo de funciones, se tendrán que convocar para su provisión definitiva en el plazo máximo de un año, y los funcionarios que los ocupen provisionalmente quedarán obligados a participar en la respectiva convocatoria, sin perjuicio de poder participar en convocatorias de provisión de otros puestos de trabajo.

En los supuestos de sistemas extraordinarios de provisión de puestos de trabajo es necesario que las circunstancias que justifican su carácter excepcional puedan estar cuidadosamente comprendidas dentro de la normativa aplicable, puesto que implica una variación en el plazo para convocar el puesto de trabajo de forma definitiva.

La variación del plazo podría suponer que, por razón de los méritos, la persona que ocupa esta adscripción se encuentre en una situación privilegiada respecto de otros funcionarios/as que quisieran participar en el proceso de selección de la plaza definitiva, habida cuenta que podría acreditar una experiencia mayor que otros/as aspirantes, en tanto que podría ser de un año en lugar de seis meses, en el supuesto que la convocatoria para la provisión definitiva del puesto de trabajo no se convocara dentro del plazo previsto, que en el caso que nos ocupa sería de un año.

La jurisprudencia ha resuelto sobre esta circunstancia de los méritos cuando se ocupa un lugar a través de los sistemas extraordinarios referidos, reseñamos algunas de las sentencias que lo tratan.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso, Recurso de apelación n.º 178/2003, de 30 de abril de 2004, en su fundamento cuarto manifiesta lo siguiente:

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

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sección cuarta de la Sala contenciosa administrativa, de 14 de abril de 2004, con n.º de recurso 149/2003 en su fundamento sexto argumenta lo siguiente:

"...Tampoco puede ser aceptado el motivo relativo a valorar el tiempo de trabajo de los aspirantes al puesto de trabajo convocado con carácter provisional en comisión de servicio, al resultar en cierta manera contradictorio con el anterior motivo impugnatorio.

Se plantean en relación con este motivo dos cuestiones consistentes en el hecho que las bases del concurso establecen como mérito el desarrollo de funciones similares, pero no de funciones idénticas como sería el caso. En segundo lugar se plantea el hecho que como plazo máximo legalmente previsto para la ocupación de puestos de trabajo por comisión de servicios de dos años como dispone el art. 85.3 del DL 1/96 de forma que es perfectamente razonable que se otorgue a estas situaciones una puntuación superior a los supuestos de menor grado de semejanza.

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

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

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

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

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

III. Del análisis del hecho comunicado, según el informe emitido por XXX, puede concluirse que la Dirección de Servicios de XXX se quedó vacante el XXX, por jubilación de su Director/a. Posteriormente, en el informe emitido por la Gerencia de XXX, a instancia de la DSA, se justifica la necesidad de la provisión del puesto de trabajo de forma urgente, amparándose en que esta Dirección de Servicios queda comprendida en el ámbito del asesoramiento jurídico y de la gestión de recursos que garantizan el funcionamiento de los servicios competencia de la organización municipal, que según el Acuerdo de la Comisión de Gobierno, en sesión de XXX, se declara como prioritario y afecto al funcionamiento de los

servicios públicos esenciales del Ayuntamiento de Barcelona y de sus organismos autónomos resultando indispensable para el correcto funcionamiento del conjunto de la Gerencia. Pero a pesar de ser predeterminada y por tanto perfectamente previsible la fecha de la vacante, puesto que la causa era una jubilación, consideramos que dentro de recursos humanos de esta Gerencia se tenía que haber previsto esta baja con la antelación suficiente, puesto que el hecho causante de que quedara vacante esta Dirección no podía ser en ningún caso desconocido por la citada Gerencia. La antelación al haber previsto esta baja podía haber activado los mecanismos necesarios para cubrirla de forma definitiva, mediante la convocatoria, por ejemplo, por el sistema de libre designación.

En este sentido, no se puede obviar, que esta plaza estaba incluida en la relación contenida en el Decreto de la Alcaldía S1/D/2017-1020, de las Direcciones de Servicios incluidas en el número 4 del Anexo (direcciones afectadas por el Decreto), en el cual se establece que los lugares directivos actualmente ocupados por personal no funcionario, con vinculaciones señaladas a extinguir en el Decreto de 20 de noviembre de 2015, tendrán que superar un proceso de selección para adquirir la condición de personal funcionario excepto cuando la fecha de su jubilación se produzca en el plazo de cinco años a contar desde la fecha de publicación del presente decreto. Los lugares directivos se convocarán para ser ocupados por personal funcionario en el momento de quedar vacantes.

Se ha de incidir en que han transcurrido más de 35 meses y no ha sido cubierta esta plaza, puesto que está pendiente de resolver la libre designación interadministrativa para cubrir la correspondiente plaza. Por otro lado, el informe de la Gerencia de XXX se emitió tres meses después de la jubilación del/de la director/a de Servicios y no simultáneamente en el momento de producirse esta jubilación o inmediatamente después de esta, a pesar de que las funciones afectarían al funcionamiento de los servicios públicos prioritarios y al funcionamiento de los servicios públicos esenciales del Ayuntamiento de Barcelona, según se acordó en la sesión ordinaria de XXX de la Comisión de Gobierno. Debiéndose añadir que no consta en el informe emitido por la citada Gerencia que el titular de la Dirección de XXX hubiera solicitado la prórroga para la continuidad en el servicio activo. Tampoco consta ninguna justificación relativa a la causa, dificultad o retraso en la convocatoria que imposibilitase la convocatoria de la plaza vacante como establece el Decreto de la Alcaldía S1/D/2017-1020.

Consideramos la necesidad de valorar posibles mecanismos de refuerzo con el fin de que las actuaciones de la administración municipal que se refieran a los recursos humanos, puedan disponer de una mayor comprensión de la trazabilidad en las decisiones de los procesos en relación con su motivación, siempre en el marco de mejorar la confianza en la gestión pública y en el personal de esta administración y sobre todo teniendo en cuenta que la Dirección de Servicios, objeto de esta comunicación, forma parte de las Direcciones de Servicios contenidas en el Decreto S1/D/2017-1020, de 4 de abril, por lo cual sería recomendable un mayor cuidado y previsión al emprender los correspondientes procesos

para cubrir estos puestos directivos. Todo ello con el fin de mantener la confianza de los/las trabajadores/as municipales al cumplir con la máxima celeridad el citado Decreto, y mantener la confianza que se depositó en la organización cuando se dejó sin efecto el anterior Decreto de la Alcaldía de 20 de noviembre de 2015, evitando el riesgo de quebrar el principio de objetividad en el funcionamiento de la Administración.

Por otro lado, como se ha dicho, no podemos obviar que es una de las Direcciones de servicios previstas en el Decreto S1/D/2017-1020, de 4 de abril, y que por este motivo es merecedora de un seguimiento específico para instar que se emprendan los procesos correspondientes, por los mecanismos adecuados, para su cobertura.

En relación con la referencia que en la comunicación se hace al hecho según el cual esta adscripción provisional pueda ser un factor que desincentive las expectativas que se puedan generar para presentarse a la provisión de esta Dirección de Servicios por el sistema de libre designación, puesto que como dice el/la propio/a comunicante puede generar la duda, cuando menos, acerca del hecho que la plaza esté ya predeterminada, lo cual hace del todo necesario crear mecanismos que eviten estas circunstancias y puedan poner en entredicho la credibilidad de la organización en el marco de los recursos humanos, que es un pilar de toda organización para que funcione con la eficacia y eficiencia necesaria para ejercitar las competencias que tiene otorgadas como administración pública. Quizá un dato a valorar en este contexto y que reforzaría la argumentación anterior, es que en el concurso de la plaza XXX no se presentó ningún candidato/a funcionario/a del Ayuntamiento de Barcelona.

Desde la propia organización gerencial, conjuntamente con la Gerencia competente, hay que impulsar las medidas necesarias para garantizar el derecho a la carrera, tanto horizontal como vertical, que incluye entre otras la oportunidad de ascenso y de progreso profesional, entendiendo los principios de mérito, capacidad, igualdad y publicidad de la carrera administrativa conjuntamente, superando así la visión parcelada que supone la Constitución cuando vincula estos principios únicamente al acceso a la función pública, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina relativa al tema que nos ocupa.

Este impulso propuesto, también se recoge en la exposición de motivos del Estatuto Básico del Empleado público, legislación básica de la función pública, donde establece que se tiene que crear un marco normativo que garantice la selección y la carrera con base en los criterios constitucionales de mérito y capacidad estableciendo un equilibrio justo entre los derechos y responsabilidades de los/las trabajadores/as públicos.

IV. El artículo 69 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, que aprueba el Estatuto Básico del Empleado público (EBEP), establece que la planificación de los recursos humanos en las administraciones públicas tendrá como objetivo contribuir a la consecución de la eficacia en la prestación de los servicios y de la eficiencia en la utilización de los recursos económicos disponibles mediante la dimensión adecuada de sus efectivos, su mejor distribución,

formación profesional y movilidad. Del mismo modo prevé que las administraciones públicas podrán aprobar planes para la ordenación de sus recursos humanos, que incluyen, entre otras, medidas como:

a) Análisis de las disponibilidades y necesidades de personal, tanto desde el punto de vista del número de efectivos, como de los perfiles profesionales o niveles de calificación de los mismos.

b) Previsiones sobre los sistemas de organización del trabajo y modificaciones de estructuras de puestos de trabajo.

c) Medidas de movilidad, entre las cuales puede figurar la suspensión de incorporaciones de personal externo a un determinado ámbito o la convocatoria de concursos de provisión de puestos de trabajo limitados a personal de ámbitos que se determinen.

Una vez determinada la conveniencia de contar con la planificación como herramienta de gestión de recursos humanos, se tiene que seguir la conceptualización que el propio "Estatuto Básico del Empleado público" utiliza.

Los instrumentos o "sistema de estructuración" del trabajo público siguen los objetivos entendiéndose que se tiene que guardar el equilibrio entre lo que representa una organización de servicios que tiene su eficacia como uno de los criterios de éxito, y por otro lado la vinculación de las técnicas de gestión con el derecho aplicable en cada caso.

Cualquier administración, que aspire a prestar con eficacia y eficiencia servicios de calidad, precisa de instrumentos de ordenación y de gestión de recursos humanos u otros similares; por lo cual se hace necesario la introducción y consolidación como método de **la planificación de recursos humanos**. La gestión del sistema del trabajo público tiene que 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.

Por este motivo, es necesario implementar los procesos necesarios para poder planificar y ajustar los recursos humanos necesarios para desarrollar las competencias atribuidas dentro de la organización.

En la adscripción provisional –objeto de esta comunicación– se han justificado razones de urgencia para cubrir esta Dirección, habida cuenta las funciones que tiene atribuidas, pero no se ha alegado ninguna causa que amparara la motivación de no hacerlo por el sistema de provisión de libre designación, ni el motivo de retraso, es decir, de no haberlo hecho en el

momento en que quedó vacante la Dirección de Servicios de xxxxx, como establece el Decreto de la Alcaldía S1/D/2017 de 4 de abril.

Sin embargo, la persona que ha ocupado definitivamente el puesto de trabajo (objeto de esta comunicación) no es la misma persona que lo ha estado ocupando provisionalmente durante todo el tiempo que han durado todos los procesos de provisión definitiva. Ahora bien, quien ha ocupado de forma provisional esta plaza sí se ha presentado en varias ocasiones a algunos de los procedimientos que se han instado para su provisión definitiva.

La adscripción provisional es una fórmula restringida a determinados supuestos que tienen una duración limitada, estando la misma justificada en los supuestos previstos en la normativa, y en general, en todos aquellos en que se producen situaciones interinas.

La adscripción provisional no se puede justificar como un mecanismo sustitutorio de los procedimientos ordinarios de provisión, puesto que se generaría una especie de subversión del sistema legalmente establecido, sobre todo si desconocemos la propia esencia de la adscripción y se le atribuye una duración prolongada o indefinida, cosa que puede determinar una situación administrativa irregular, la cual, a su vez, puede originar una desviación de poder, pues si bien las Administraciones Públicas disponen de un cierto margen de actuación para la provisión de los puestos de trabajo, este margen no es de carácter absoluto y no puede devenir en arbitrariedad, en tanto que los límites jurídicos generales y los concretos, encuadran la acción administrativa.

La jurisprudencia es unánime cuando determina que en el acceso a la ocupación pública rige con una intensidad especial el principio de transparencia. En este sentido, para el Tribunal Supremo (TS), en la sentencia de 11 de mayo de 2016 (FJ 5º) (REC. 1493/2015/), su aplicación comporta:

" ... tanto la necesidad que toda actuación administrativa sea transparente en los hechos, criterios y razones que determinen las decisiones, puesto que solo así es posible el control que pide el derecho a la tutela judicial efectiva, como también que estos criterios estén establecidos con anterioridad a su finalización cuando se trate de procedimientos competitivos..."

Se tiene que consolidar dentro de la organización municipal que todas las actuaciones en el ámbito de recursos humanos han de disfrutar de una credibilidad durante todo el iter procedimental, desde la adopción de la medida, hasta la ejecución de la misma, es decir, hay que impulsar no solo la publicidad activa de sus procesos sino también la publicidad "pasiva" y para una mayor comprensión y transparencia es recomendable que haya, como se ha dicho, una trazabilidad en sus decisiones de todos los procesos.

El propio Estatuto Básico del Empleado público, en su exposición de motivos, manifiesta que el reconocimiento del derecho a la carrera profesional y a la promoción interna quedaría vacío de contenido si se limitara únicamente al diseño de su estructura y dinámica. Para que el derecho a la promoción profesional que se reconoce a los/as funcionarios/as de carrera y trabajadores/as públicos (artículo 16.1 y 19.1 del EBEP) sea real y efectivo es necesario que las propias Administraciones Públicas impulsen su desarrollo a través de medidas que favorezcan su ejercicio.

RECOMENDACIÓN

Vistas las consideraciones efectuadas anteriormente y las conclusiones que se desprenden de ellas y aunque que finalmente la plaza no ha sido asignada a la persona que ocupó el puesto de trabajo de forma provisional mediante adscripción provisional objeto de esta comunicación, a efectos preventivos, se recomienda:

- **Establecer los mecanismos necesarios desde la Gerencia, para prever y planificar con el tiempo necesario la cobertura de Direcciones de Servicios con sistemas de provisión definitiva para dimensionar la plantilla, con el fin de poder garantizar la eficacia en la gestión de los servicios encomendados, (siempre y cuando las coberturas no hayan sido planificadas anteriormente) y especialmente en este supuesto en concreto, en que la causa del cese fue previsible, esto es, la jubilación del anterior Director/a, y se trataba de una de las Direcciones de Servicios incluida en el Decreto de Alcaldía S1/D/2017-1020, fruto de una negociación previa con la parte social. En caso de no se poder cubrir definitivamente la plaza, se deberían justificar las causas que motivan el retraso para hacerlo.**
- **Impulsar a través de las Gerencias sectoriales y de distritos que, conjuntamente con la Gerencia, se pueda elaborar, si no se ha hecho, un MAPA de las necesidades de personal según los diferentes motivos que determinen la necesidad de proveer puestos de trabajo, en el supuesto de que no se disponga del mismo.**
- **Elaborar, si no se ha hecho, un marco de actuación que establezca mecanismos de publicidad activa y pasiva de los sistemas de provisión tanto ordinarios como extraordinarios.**

II.V. PROCESO DE PROVISIÓN: VALORACIÓN DE MÉRITOS RELATIVOS A LA EXPERIENCIA PROFESIONAL.

En el BEBG se recibió una comunicación relativa a presuntas irregularidades en un proceso de provisión, en el cual solo se presentó una persona candidata, y antes de la fecha de cierre del plazo para la presentación de las instancias, se informó del nombre y apellidos de la persona ganadora.

Efectuadas las correspondientes actuaciones de investigación, examinado el expediente administrativo requerido al órgano municipal competente, y analizada la normativa de aplicación se trasladaron las siguientes

CONSIDERACIONES

En el currículum y en la memoria presentada por la persona candidata constaba que realizaba las funciones y responsabilidades del puesto de trabajo convocado, en cambio la Junta de Valoración dejó constancia en la pertinente acta que la persona candidata se vio probablemente abocada a asumir el rol de líder, pero "en ningún caso" la responsabilidad, y por tanto que había una confusión entre autoridad competencial (conocimiento y experiencia) y el poder formal de mando.

Del análisis de la documentación expuesta se puede concluir, por lo tanto, que a ojos de la persona candidata ejercía las funciones y responsabilidades del puesto de trabajo desde hacía dos años, en cambio para la Junta de Valoración, si bien reconoce la posición de autoridad técnica en los ámbitos de competencia técnica que tenía esta persona, no le reconoce en cambio; el ejercicio de la responsabilidad "en ningún caso", expresando asimismo que la persona candidata manifestaba una cierta confusión respecto a la misión del propio departamento y su posición formal dentro del órgano municipal.

A tal efecto, si de las manifestaciones realizadas por la persona candidata y del contenido de la memoria expuesta, la propia Junta de Valoración ha detectado la confusión descrita, durante un periodo de dos años, siendo la candidata, la persona directamente afectada, habría que analizar:

- a) Cuál habría sido la percepción de la situación por parte del personal del Departamento concreto, puesto que una organización saludable requiere el conocimiento de la cadena de mando, con la determinación de las funciones y responsabilidades que se atribuyen a cada puesto, para conocer las personas que toman las decisiones; y

- b) Cuál habría sido la percepción de la situación por parte del resto de empleados públicos respecto a las funciones y responsabilidades de la persona candidata, y la experiencia adquirida por ella en el puesto de trabajo durante estos 2 años durante los cuales se ha podido posicionar en una situación de "privilegio" respecto del resto de candidatos, provocando un efecto disuasivo con la consiguiente repercusión negativa en el nivel de concurrencia de candidatos para la provisión del puesto de trabajo objeto de esta recomendación.

RECOMENDACIÓN

En este proceso de provisión respecto del apartado de confusión entre autoridad técnica y ejercicio de la responsabilidad, se recomendó:

- Establecer con claridad y transparencia, reforzando la comunicación entre las personas trabajadoras en el Instituto municipal como la asunción de las funciones en los casos de vacantes en puestos de trabajo.

Puesto que las expresiones que constan en la valoración de la memoria de la persona candidata por parte de la Junta de Valoración denotan la inexistencia de atribución formal de funciones por parte de la organización municipal respecto a las funciones del puesto de trabajo convocado, que dejó de ejercer la persona que lo dejó vacante, con la consecuencia que la persona candidata se vio probablemente abocada a asumir el rol de líder, pero en ningún caso la responsabilidad del puesto de trabajo convocado y por tanto, sin el reconocimiento por parte de la organización de las funciones que la persona candidata ha alegado desempeñar como responsable durante dos años.

Se recomienda, por lo tanto, que cuando se produzcan vacantes en los puestos de trabajo, la organización municipal establezca con claridad, transparencia y la mayor celeridad posible, la atribución de las correspondientes funciones y responsabilidades mediante los correspondientes sistemas de provisión establecidos legalmente, a diferencia de lo acaecido en el caso concreto, en el cual han transcurrido dos años sin que se haya comunicado a los/las trabajadores/as del órgano municipal cualquier variación de asunción de funciones y responsabilidades a todos los efectos.

Por otro lado, se emitieron también las siguientes recomendaciones:

- Motivar el juicio técnico, cumpliendo las exigencias jurisprudenciales correspondientes, siendo necesario recordar que este vicio puede comportar la nulidad, con retroacción de las actuaciones.

- Completar el expediente administrativo del proceso de provisión en cumplimiento del artículo 70 de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones. Puesto que se ha evidenciado que en la copia indexada del expediente del proceso administrativo entregado no consta incorporada a la instancia ni la memoria presentada por el/la candidato/a. Tampoco consta referencia alguna a ambos documentos, ni en el índice, ni en el contenido del expediente, que no está foliado, no hay ninguna indicación de dónde se han almacenado o custodiado.

- Para los próximos procesos de provisión, introducción de mecanismos que favorezcan la concurrencia de candidaturas de entre la plantilla municipal.

Otra vez, al igual que en los procesos de provisión objeto de recomendaciones del órgano gestor del buzón ético (se pueden colacionar hasta 10), y pese a la citada recomendación del Comité de Ética, se constata una bajísima concurrencia en el proceso selectivo, ya que solo se presentó una instancia que además coincide al cien por cien con la de la persona, la identidad de la cual se adivinaba en la comunicación objeto de las presentes actuaciones. Siendo preciso recordar que la alerta tuvo entrada en el buzón ético antes del plazo de presentación de solicitudes y, por tanto, antes de que se publicase la lista provisional de admitidos.

III.- DERECHOS Y DEBERES DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS. DETECCIÓN Y PREVENCIÓN DE RIESGOS

III.I. RECOMENDACIONES RELACIONADAS CON LA PREVENCIÓN DE LOS RIESGOS DERIVADOS DEL MODELO DE FIRMA ELECTRÓNICA FACILITADA A LOS EMPLEADOS PÚBLICOS MUNICIPALES EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES.

Se plantearon alertas en relación con el modelo de firma electrónica facilitada por la Institución a los servidores públicos municipales como instrumento para firmar documentos electrónicamente en el ejercicio de sus funciones. Puesto que en la imagen que se genera por la firma del certificado T-CAT aparece, junto con el nombre y apellidos del empleado público también su Documento Nacional de Identidad (DNI) el cual, a pesar de ser un dato de carácter personal, quedaba totalmente visible en el documento firmado y por tanto accesible a terceros.

Debido a que esta incidencia provocaba una presunta vulneración de la normativa vigente en materia de protección de datos de carácter personal y un evidente riesgo de que los/las servidores/as públicos/as pudieran ser víctimas de determinados ilícitos penales las consecuencias de los cuales también podían irradiar en el Ayuntamiento (al menos, las de carácter indemnizatorio o de resarcimiento de daños y perjuicios así como las reputacionales) se emitieron las siguientes consideraciones, en aplicación de las Normas reguladoras del BEBG y después de practicar las diligencias oportunas de investigación y de abordar el análisis de la documentación, normativa de aplicación, doctrina y jurisprudencia vertida al respecto:

I. T-CAT

La T-CAT es la tarjeta utilizada por personal de las administraciones públicas catalanas y contiene certificados digitales reconocidos y cualificados conforme al Reglamento Europeo de Identificación Electrónica y Servicios de Confianza (EIDAS) que permiten garantizar la identidad de un determinado trabajador de un organismo público por medios electrónicos.

Las ventajas que aporta la T-CAT son:

- Garantizar la seguridad de las comunicaciones electrónicas y conseguir la misma eficacia jurídica que la firma manuscrita

- Reducir los plazos de tramitación.
- Permitir hacer trámites personales como la declaración de la renta, consultar la vida laboral y un largo etcétera.
- Proteger el medio ambiente dado que permite reducir enormemente el volumen de papel y los archivos que se usan en los procesos tradicionales.

Respecto a la aparición en el certificado del DNI, junto con el nombre y apellido, el Consorcio Administración Abierta de Cataluña informó en la última actualización de su página web <https://www.aoc.cat/knowledge-base/el-dni-ha-dapareixer-al-certificat-juntament-amb-el-nom-cognom>, de 15 de octubre de 2020, que:

*"De acuerdo con lo que especifica el documento "Perfiles de Certificados Electrónicos" de la Dirección de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, que define entre otros un perfil de certificado cualificado para trabajadores/as públicos/as con el objetivo de garantizar su interoperabilidad con las aplicaciones de las Administraciones Públicas a nivel estatal, el campo Common Name de este tiene que contener tanto el número completo del trabajador como su DNI. Para cumplir este requisito los nuevos perfiles de certificados cualificados para trabajadores/as públicos/as que ofrece el Consorcio AOC **a partir de la adaptación de los certificados a la normativa EIDAS¹¹³**, hecha el pasado 9 de mayo, **los certificados incluyen este cambio**".*

II. NORMATIVA DE APLICACIÓN

- El artículo 53.1.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, reconoce el derecho de los interesados a identificar a las autoridades y al personal al servicio de las administraciones públicas bajo la responsabilidad de las cuales se tramiten los procedimientos.
- El artículo 43 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, relativo a la firma electrónica del personal al servicio de las Administraciones públicas, establece que:

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

¹¹³ El Reglamento (UE) Núm. 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza en las transacciones electrónicas en el mercado interior y por el que se deroga la Directiva (Reglamento EIDAS).

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

De conformidad con este principio de minimización, los datos de los/las trabajadores/as públicos/as incluidos/as en la configuración de los certificados calificados de firma electrónica tienen que ser los mínimos necesarios para el cumplimiento de la finalidad pretendida.

- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.
- Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza (especialmente en cuanto al apartado 1 de su artículo 6).
- RD 203/2021 de 30 de marzo, por el cual se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos (especialmente en cuanto al artículo 22.3 que establece que *"Los certificados electrónicos de empleado público serán cualificados y se ajustarán a lo señalado en el Esquema Nacional de Interoperabilidad y la legislación vigente en materia de identidad y firma electrónica"*).
- RD 203/2021, de 30 de marzo, que deroga el RD 1671/2009, de 6 de enero, por el cual se desarrollaba parcialmente la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, dejando, por lo tanto sin efecto, entre otras, la previsión relativa al DNI contenida en su artículo 22.3.c)¹¹⁴

III. CONSORCIO ADMINISTRACIÓN ABIERTA DE CATALUÑA: POSIBILIDAD DE OCULTAR EL DNI

¹¹⁴ Art. 22.3 del RD 1671/2009: *"Los certificados emitidos para la firma, se denominarán «certificado electrónico de empleado público» y tendrán, al menos, el siguiente contenido:*

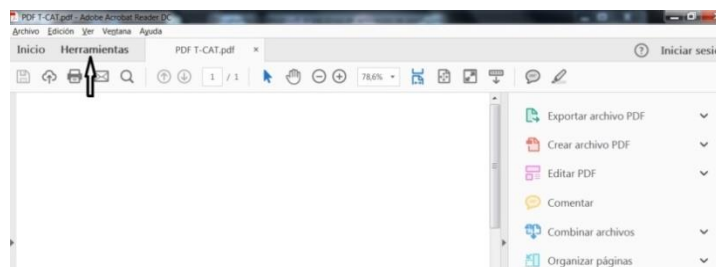
- a) Descripción del tipo de certificado en el que deberá incluirse la denominación «certificado electrónico de empleado público».*
- b) Nombre y apellidos del titular del certificado.*
- c) Número del documento nacional de identidad o número de identificación de extranjero del titular del certificado.*
- d) Órgano u organismo público en el que presta servicios el titular del certificado.*
- e) Número de identificación fiscal del órgano u organismo público en el que presta sus servicios el titular del certificado”.*

En la página web <https://www.aoc.cat/knowledge-base/el-dni-ha-dapareixer-al-certificat-juntament-amb-el-nom-cognom>, la AOC informa de los trámites a seguir en caso de que se quiera ocultar el número de DNI en la firma electrónica, que a continuación reproducimos:

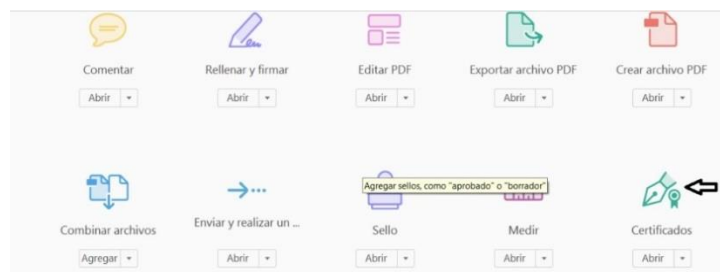
"En caso de que se quiera ocultar el DNI cuando se firme un pdf, se tendrán que ocultar también el nombre y apellidos puesto que ahora irán en el mismo campo CN (Nombre, Apellidos y NIF). Asimismo, el campo CN se podrá ver siempre, igual que en todos los certificados anteriores a la aplicación de esta normativa, consultando las propiedades de la firma del documento y estos pasos solo implican que no se muestre en el campo de firma visible:

Para esconder el campo CN hay que seguir los siguientes pasos:

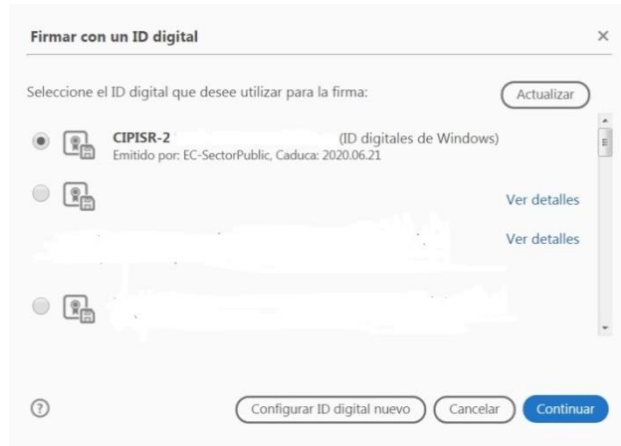
- *Clicar a Herramientas*



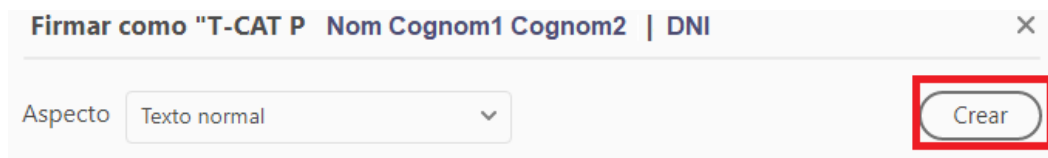
- *Seleccionar "Certificados"*



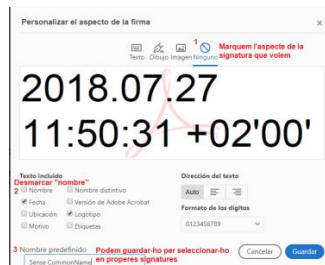
- *Seleccionar "Firmar digitalmente"*
- *Hacer un recuadro donde se quiere realizar la firma.*
- *Escoger el certificado con el que se quiere firmar y clicar en Continuar.*



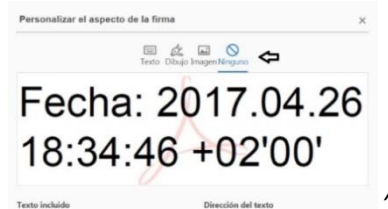
- Aparece una pantalla que muestra cómo se visualizará la firma que se realizará. En este punto clicar en "crear", para genera un nuevo aspecto de la firma.



A continuación, marcar como aspecto de la firma "ninguno_" (sólo es una recomendación para una mejor visualización de la firma) y desmarcar el recuadro en el que está escrito "Nombre" de forma que desmarcamos el campo CommonName norma el que aparece el DNI en los certificados adaptados a la normativa eIDAS.



- Al guardar la firma quedará como la de abajo:



Pero como se ha dicho, el campo CN se podrá continuar viendo siempre, consultando las propiedades de la firma del documento puesto que el procedimiento descrito solo implica que no se muestre en el campo de firma visible.

IV. CONSORCIO ADMINISTRACIÓN ABIERTA DE CATALUÑA: CERTIFICADO T-CAT DE PSEUDÓNIMO

De acuerdo con la información publicada por la AOC, el certificado **T-CAT de pseudónimo** es un certificado de firma para el trabajador público con pseudónimo de nivel alto que se añade en el Catálogo de certificados emitidos por el Consorcio AOC para la adaptación de este a la normativa EIDAS.

Los datos personales no aparecerán en el certificado, puesto que estos serán sustituidos por el pseudónimo indicado.

La emisión de estos certificados se hará bajo la valoración previa de la acreditación legal del pseudónimo que tendrá que acompañar la solicitud. Se aceptarán muy específicamente para usos justificados en los que no se puedan mostrar los datos del titular y para personas que, dentro de su organización, ya dispongan de pseudónimo regulado, como es el caso de los funcionarios de prisiones, mozos de Escuadra etc. ...

La página web del Consorcio de Administración Abierta de Cataluña, <https://www.aoc.cat/knowledge-base/certificat-t-cat-de-pseudonim/>, establece los supuestos en los que cabe justificar la solicitud de un certificado de pseudónimo:

1.- ¿Cuándo se puede emplear un pseudónimo?:

Cuando el certificado se utilice para actuaciones sobre:

- *Información clasificada*
- *Seguridad pública*
- *Defensa nacional*
- *Otras en las que esté legalmente justificado el anonimato para la realización de actuaciones.*

El certificado con pseudónimo se emitirá a petición de la Administración solicitante del certificado.

2.- ¿Qué puede ser un pseudónimo?

- *Número de identificación profesional (NIP) siempre que no esté relacionado con datos personales como el DNI.*
- *Alternativamente, otros indicadores.*

El pseudónimo siempre **lo proporcionará la Administración**. Solo pueden solicitar que se **desvele la identidad** de la persona con pseudónimo: los órganos judiciales y otros órganos o personas legitimadas y solo en los casos expresamente establecidos en la Ley Orgánica 3/2018 LOPD. En estos casos, el prestador de Servicios de Certificación estará obligado a revelar la identidad del signatario.

El régimen jurídico de la información clasificada está regulado por la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales y el Decreto 242/1969, de 20 de febrero, que la desarrolla.

3.- ¿Qué requisitos normativos se tienen que cumplir para la solicitud de un certificado de empleado público con pseudónimo?

- *Justificación de la solicitud de certificado con pseudónimo por:*
 - a) *Uso para información clasificada*
 - b) *Uso para seguridad pública*
 - c) *Uso para defensa*
 - d) *Otras actuaciones en la que está legalmente justificado el anonimato. Indicar en este caso, el precepto y la norma legal.*
- *Indicación del pseudónimo del empleado aportado por la Administración:*
 - a) *Número de identificación profesional (NIP) –solo en caso de que el NIP no esté relacionado con datos personales como el DNI.*
 - b) *Alternativamente, número arbitrario.*
- *Aportar documentación que acredite la identidad del signatario.*

VI. AUTORIDAD CATALANA DE PROTECCIÓN DE DATOS:

La Autoridad Catalana de Protección de Datos ya se pronunció sobre el tema en su Dictamen CNS-17/2017 "Dictamen en relación con una consulta sobre la incorporación del número de DNI en los nuevos certificados cualificados para trabajadores públicos". En el mismo, a raíz de la siguiente consulta:

"La entidad consultante manifiesta, en su escrito de consulta, que el Consorcio AOC incorpora el dato relativo al número de DNI en el campo CN (Common Name) de los nuevos certificados cualificados emitidos para trabajadores públicos, por lo cual cuando se firma electrónicamente un determinado documento esta información personal, junto con el nombre y apellidos del

trabajador, resulta accesible para la persona a quien se dirige el escrito o para cualquier otra persona que pueda tener acceso, o incluso visible a pie de firma si así está configurado el software o dispositivo de creación de firmas. Dada la difusión de este dato personal, la entidad plantea si este tratamiento se adecúa a la normativa sobre protección de datos de carácter personal”.

Emite, entre otros, los siguientes pronunciamientos:

*“Como se ha dicho al inicio de este dictamen, **la utilización del certificado, configurado de tal manera que incluya el dato DNI** en el campo CN, o en cualquier otro campo relativo a la persona firmante (Subject), **comporta que**, al firmar un documento electrónicamente, **este dato personal sea accesible por cualquier persona** receptora del documento (solo hay que consultar las propiedades de la firma), **es decir**, comporta **su difusión sin ningún tipo de restricción”.***

*“Tratándose de la identificación del trabajador público que firma un determinado documento administrativo, **resulta suficiente, desde el punto de vista del principio de minimización, facilitar su nombre, apellidos y cargo, dado que se trata de la información personal mínima necesaria** que requiere el ciudadano para conocer la identidad de la persona que lo ha atendido en su actuación ante la Administración pública. Conocer el DNI del trabajador público, de hecho, no aportaría o mejoraría la identificación del trabajador, dado que el ciudadano no dispone de los medios adecuados para contrastar la veracidad de esta información personal.*

*“Cómo se ha visto, **el anexo I del ReIDAS sólo hace referencia, como contenido mínimo de los certificados cualificados, a la inclusión del nombre de la persona firmante (o de un pseudónimo), a los efectos de permitir su identidad.** Esta previsión, que facilitaría la interoperabilidad de las firmas electrónicas entre los Estados miembros, parece razonable, dado que en muchos países de la UE los ciudadanos no están obligados a disponer de un documento de identificación personal, como lo es el DNI en el caso de los ciudadanos españoles mayores de 14 años (Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, por el cual se regula la expedición del DNI y sus certificados de firma electrónica).*

La exigencia de incluir el DNI en los certificados, a que hace referencia la LSE, sólo podría entenderse válida, en atención al ReIDAS, en la medida que este dato se incorporara como atributo específico adicional no obligatorio y siempre que hacerlo no comprometiera la interoperabilidad y el reconocimiento de la firma electrónica cualificada. En caso contrario, las previsiones de la LSE se verían desplazadas por aquello establecido en el ReIDAS”.

Para concluir que:

“El contenido mínimo de los certificados cualificados de firma electrónica es el que fija el anexo I del ReIDAS, que incluye, entre otros, la identificación de la persona física que firma, a través de su nombre o un pseudónimo.

La incorporación de atributos específicos adicionales no obligatorios en los citados certificados solo puede entenderse válida en la medida que no comprometieran la interoperabilidad y el reconocimiento de la firma electrónica cualificada (artículo 28 ReIDAS).

La inclusión del dato DNI en los campos de información que conforman la estructura de los certificados cualificados de trabajadores públicos no resultaría, a todos los efectos, adecuada al principio de minimización establecido en la legislación vigente de protección de datos.

*Desde el punto de vista del derecho a la protección de datos, hay que valorar la posibilidad de establecer una política de certificación que prevea la utilización de certificados cualificados de trabajadores públicos basados en pseudónimos, a los efectos **de evitar la difusión de este dato, opción plenamente válida en atención a las previsiones del ReIDAS**.*

La misma línea de pronunciamiento se mantiene en el Dictamen CNS 58/2018. "Dictamen en relación con una consulta sobre la publicación de contratos y convenios a efectos de transparencia en la gestión administrativa":

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

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

Y entre otros, al **Dictamen CNS 1/2019. "Dictamen en relación con una consulta sobre el cumplimiento de las obligaciones de publicidad establecidas a la Ley de contratos del sector público"**:

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

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

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

En consecuencia, la Autoridad Catalana de Protección de Datos considera que se tiene que velar por que solo se difundan los datos personales identificativos incluidos en la información que sean estrictamente necesarios para lograr la finalidad de transparencia pretendida por la norma, habida cuenta el principio de minimización de datos, y entiende que *“resultaría suficiente publicar el nombre y apellidos, sin añadir ninguna otra información identificativa. Es decir, la publicación del número de DNI, NIF o documento identificativo equivalente de las personas afectadas, a efectos de transparencia, resultaría innecesaria y, por lo tanto, contraria al principio de minimización. Y esto porque **facilitar este dato a la ciudadanía** (destinataria de la información que tiene que publicarse en cumplimiento de los deberes de transparencia), que en principio la desconoce por adelantado, **no aporta ningún elemento adicional a la hora de identificar** los adjudicatarios (o licitadores) de un contrato público (este objetivo se viene igualmente alcanzado con el conocimiento de su nombre y apellidos). Por el contrario, sí que puede **comportar un grave perjuicio para las personas afectadas, en caso de un mal uso posterior de este dato por terceras personas (hay que tener presente que, aunque no sea una práctica recomendable, a menudo el número de DNI/NIF es utilizado como mecanismo de identificación para acceder a determinadas aplicaciones o determinados servicios)”***.

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

En la misma línea se ha pronunciado la Agencia Española de Protección de Datos. En tal sentido, y como ejemplo, nos referiremos a su reciente Dictamen número de referencia 0088/2020 en el cual se concluye que:

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

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

En igual sentido, nos remitimos aquí a la Guía de “PROTECCIÓN DE DATOS Y ADMINISTRACIÓN LOCAL GUÍAS SECTORIALES” publicada por la Agencia Española de Protección de Datos.

VIII. POSIBLES RIESGOS DE LA PUBLICACIÓN DEL DNI DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

En ejercicio de las funciones de prevención que las Normas Reguladoras del Buzón Ético le otorgan a este, resulta ineludible tener que alertar sobre los graves riesgos que asumen los servidores públicos de este Ayuntamiento, cuando en el ejercicio de sus cargos y funciones, proceden a firmar electrónicamente y en su firma aparece su DNI. Pues, como pone de manifiesto la Autoridad Catalana de Protección de Datos en el citado Dictamen CNS-17/2017

“comporta que, al firmar un documento electrónicamente, este dato personal sea accesible para cualquier persona receptora del documento (solo hay que consultar las propiedades de la firma), es decir, comporta su difusión sin ningún tipo de restricción”.

De forma que, una vez publicado el DNI de los empleados públicos, y ser visible a los ojos de la ciudadanía, no existe control sobre la posible utilización de este dato personal para otros fines ajenos a los pretendidos por la firma en la que aparecía. Hasta el punto de que incluso, puede ser utilizado para la comisión de ilícitos penales como alertan los especialistas en ciberdelincuencia.

Nos remitimos aquí a las advertencias que la Guardia Civil publica en su página oficial ***“sobre los peligros a los que nos exponemos cuando introducimos nuestro DNI en páginas no seguras. Estos riesgos van desde registros en casas de apuestas suplantando la identidad, hasta la solicitud de créditos, pasando por compras en Internet y la apertura de cuentas bancarias u otro tipo de contrato”.*** También hay que hacer referencia a tal efecto, a las recomendaciones de la Agencia de Ciberseguridad de Cataluña contenidas en su ***“Guía para la práctica de unos hábitos Ciber-saludables. Internet Segura”.***

Y en este sentido, desde una perspectiva estrictamente preventiva, se tiene que traer a colación, a los efectos pertinentes, lo que dispone el art. 43 de la Ley 40/2015, de 1 de

octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, "Cada Administración Pública determinará los sistemas de firma electrónica que debe utilizar su personal..."

RECOMENDACIÓN

Examinada la documentación y la normativa de aplicación, el órgano gestor del BEBG procede, desde la óptica de la prevención, a realizar las siguientes consideraciones y recomendaciones al efecto:

A la vista de la información expuesta, la derogación por el RD 203/2021, de 30 de marzo, del RD 1671/2009, de 6 de enero, (y en especial en cuanto a su artículo 22.3.c)), y de la postura mantenida al respecto por las Autoridades competentes en materia de protección de datos como la Autoridad Catalana de Protección de Datos y la Agencia Española de Protección de Datos y habida cuenta los riesgos de posibles prácticas ilícitas e incluso delictivas de las que podrían ser víctimas los servidores públicos procede dar traslado al órgano competente a los efectos oportunos, en especial, en lo referente a la protección del DNI en las firmas electrónicas que los funcionarios municipales ejecuten en el ejercicio de sus funciones y sobre todo en los casos en los cuales estos así lo pidan, y habida cuenta el riesgo de que, al practicar el traslado de los documentos, pueda ser desvelado este dato identificativo del servidor público firmante, el órgano gestor del BEBG emite las siguientes recomendaciones:

- **Recomendar al Ayuntamiento que adopte las medidas pertinentes para introducir garantías en el tratamiento del DNI/NIE de los empleados públicos en los certificados electrónicos y en la firma electrónica que puedan emplear o practicar en el ejercicio de sus cargos, de acuerdo con la postura mantenida por las Agencias de Protección de Datos catalana y española en sus respectivos Dictámenes.**

- **Recomendar que por parte del Ayuntamiento de Barcelona, se inste al proveedor de la T-CAT para que adopte las cautelas pertinentes para que el DNI o NIE no figure ni en los certificados electrónicos, ni en la firma electrónica que los empleados públicos puedan emplear o practicar en el ejercicio de sus cargos.**

III.II. RECOMENDACIONES RELACIONADAS CON LA PREVENCIÓN DE LOS RIESGOS DERIVADOS DE LAS IRREGULARIDADES Y DEBILIDADES DETECTADAS EN RELACIÓN A LA FALTA DE EVIDENCIAS Y TRAZABILIDAD DE LOS ACCESOS A LAS CARPETAS INFORMÁTICAS

A partir de las actuaciones de investigación practicadas por el órgano gestor del Buzón ético, se evacuó al Departamento competente oficio solicitando la identificación de los usuarios o usuarias, las fechas y horas y el ordenador mediante el cual se había tenido acceso a determinadas carpetas de una aplicación o gestor documental electrónico.

La respuesta del Departamento competente a esta petición, entre otros extremos, fue que no era posible obtener las evidencias pedidas, ni proporcionar la información solicitada debido a que la configuración actual de los sistemas no está generando ni almacenando estos registros de información. Asimismo, informó que para poder disponer de información a nivel de carpeta hay que tener los procesos de auditoría puestos en marcha y que la carpeta en cuestión esté configurada para ser auditada. En el supuesto que nos ocupa no se daba ninguna de las dos circunstancias.

Posteriormente, el órgano gestor del BEBG ofició al departamento competente solicitando información en relación con los requisitos o gestiones a seguir para poder tener los procesos de auditoría puestos en marcha, y que la carpeta esté configurada para ser auditada. En respuesta a esta solicitud el departamento competente emitió informe en el cual, en el apartado de conclusiones, especificaba que a pesar de que la carpeta afectada estaba identificada como una de las carpetas a auditar, no era posible responder al requerimiento debido a que no se encontraban activados los procesos de auditoría por problemas técnicos. Por lo tanto, no se estaban guardando registros de auditoría y control de ninguna carpeta.

Una vez examinada la documentación aportada por el órgano gestor, y habida cuenta las actuaciones de investigación practicadas, se emitieron las siguientes:

CONSIDERACIONES

En estas conclusiones el departamento municipal competente no ofrecía ninguna información en relación a la duración de estos problemas técnicos, ni a la previsión del tiempo que requeriría su "reparación", a pesar de la enorme trascendencia que, por el principio de seguridad jurídica, tienen las carpetas "críticas" como la que era objeto de investigación.

Hay que decir que por "estos problemas técnicos" no se pudo hacer evidente el acceso a las carpetas críticas objeto de la investigación, ni por lo tanto, comprobar la existencia de un

uso indebido o no de las mismas, al faltar la posibilidad de obtener una evidencia esencial al no haber sido habilitado el procedimiento técnicamente establecido al efecto.

Razón por la cual, el órgano gestor del BEBG pudo constatar en esta investigación carencias muy graves en la trazabilidad de los accesos a las carpetas informáticas críticas expuestas, carencias que impedían poder tener conocimiento y control de los posibles accesos indebidos de forma que, al no poderse detectar estos riesgos, se estaba impidiendo también adoptar: por un lado, las medidas preventivas necesarias para poder evitarlos y por otro, las medidas disciplinarias y disuasorias pertinentes. En este sentido no se puede olvidar que el acceso indebido a determinada información y el posible mal uso de la misma podrían llegar a ser constitutivo de un ilícito penal, entre otros, de revelación de secretos o de infidelidad en la custodia de documentos.

RECOMENDACIÓN

- **Impulsar la identificación de las carpetas informáticas municipales susceptibles de ser consideradas "críticas" dada la trascendencia de su contenido a los efectos técnicos, jurídicos y reputacionales.**
- **Impulsar las medidas necesarias para garantizar la trazabilidad de las carpetas informáticas consideradas críticas, para obtener un completo control y seguimiento de los registros de su creación, ampliación, modificación, difusión y acceso.**
- **Impulsar las actuaciones técnicas necesarias para activar los procesos de auditoría de las carpetas identificadas o susceptibles de ser calificadas de "carpetas a auditar".**

III.III. PRESUNTA IRREGULARIDAD EN LA MANIPULACIÓN DE UN INFORME Y SU SUPRESIÓN DEL DIRECTORIO INFORMÁTICO.

En el BEBG se recibió una comunicación en la cual se exponía que un informe jurídico redactado por uno/a servidor/a municipal fue presuntamente modificado, por la persona que ostentaba la Secretaría delegada, sin que informara a su autor/a de las variaciones introducidas pese a que se mantuvo su nombre y apellidos y pese a que aquel/la no había asumido la modificación ni la compartía y así se envió a otro Órgano Municipal sin su conocimiento. Además, la versión original del informe elaborada por el servidor/a municipal no fue incorporada al expediente.

Efectuadas las actuaciones de investigación correspondientes, examinada la documentación requerida al órgano gestor afectado, así como demás información facilitada, y analizada la normativa de aplicación, se trasladaron las siguientes:

CONSIDERACIONES

I. ANÁLISIS JURÍDICO DEL CONCEPTO DE EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO.

El concepto de expediente administrativo es una cuestión de trascendencia jurídica puesto que es el fundamento del derecho constitucional de defensa de los interesados en los procedimientos administrativos, del posterior control de la Administración por parte de los Tribunales de Justicia, de la exigencia de responsabilidad a las autoridades y funcionarios públicos, así como del derecho de acceso a la información pública por parte de la ciudadanía.

El artículo 164 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el cual se aprueba el Reglamento de Organización, funcionamiento y Régimen Jurídico de las entidades locales (ROAS) regula que:

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

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

Por su parte, el art. 70 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas¹¹⁵ además de reproducir en su apartado 1 el correlativo del art. 164.1 del ROAS, establece los requisitos del expediente administrativo con especial mención del expediente electrónico en los apartados 2 y 3, añadiendo en su apartado cuarto, entre otros extremos, aquello que no tiene que formar parte del expediente administrativo:

"No forma parte del expediente administrativo la información que tenga carácter auxiliar o de apoyo, como por ejemplo la contenida en aplicaciones, ficheros y bases de datos informáticas, notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas, así como los juicios de valor emitidos por las administraciones públicas, salvo que se trate de informes, preceptivos y facultativos, solicitados antes de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento".

Este precepto diferencia en los expedientes administrativos documentos de contenido esencial (decisiones, resoluciones, informes, dictámenes, pruebas, etc.) y documentos de contenido auxiliar, que a pesar de tener valor informativo o de consulta, no forman parte del expediente administrativo.

Respecto a este apartado 4 del artículo 70 LPAC, en relación con el cual la doctrina mayoritaria abogaba por una interpretación restrictiva, el Criterio Interpretativo 6/2015, de 12 de noviembre del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno consideró que:

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

- 1. Cuando contenga opiniones o valoraciones personales del autor que no manifiesten la posición de un órgano o entidad*
- 2. Cuando lo solicitado sea un texto preliminar o borrador sin la consideración de final.*
- 3. Cuando se trate de información preparatoria de la actividad del órgano o entidad que recibe la solicitud*

¹¹⁵ Se reproduce el artículo 70. Expediente Administrativo. Concretamente su apartado 2

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

4. *Cuando la solicitud se refiera a comunicaciones internas que no constituyan trámites del procedimiento.*
5. *Cuando se trate de informes no preceptivos y que no sean incorporados como motivaciones de una decisión final. "*

II. ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS FUNCIONES DE LA SECRETARÍA DELEGADA.

El Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el cual se regula el régimen jurídico de los funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional, en su artículo 2 dispone que: *"1. Son funciones públicas necesarias en todas las Corporaciones Locales, cuya responsabilidad administrativa está reservada a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, las siguientes:*

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

Respecto a la función pública de secretaría, la normativa determina en el artículo 3 que:

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

El apartado segundo del artículo 3 recoge las funciones de la fe pública, entre las cuales refiere:

- "i) Actuar como fedatario en la formalización de todos los contratos, convenios y documentos análogos en que intervenga la Entidad Local.*
- l) La superior dirección de los archivos y registros de la Entidad Local".*

Hace falta también aludir a la NOTA SOBRE EL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES DE LA SECRETARÍA EN LOS EXPEDIENTES DE CONTRATACIÓN, de fecha 6 de junio de 2018, elaborado por Secretaría General del Ayuntamiento de Barcelona, que remitió al BEBG el propio órgano de contratación.

II. EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO

El expediente administrativo se conforma con la agregación de todas las actuaciones y documentos que sirven de antecedente y fundamento de la resolución administrativa, exigiéndose que sea completo, foliado, autenticado y acompañado de un índice en los términos establecidos en el artículo 70 de la LPAC.

El informe original emitido por el servidor municipal, por su naturaleza y contenido, analiza y da respuesta a las alegaciones presentadas por xxx. Esta actuación administrativa viene confirmada por el propio informe del/de la secretario/aria delegad/a, que reconoce que pidió la opinión a otro departamento municipal para ampliar y finalizar el informe original, mediante el envío de un correo electrónico en el que también había puesto en copia a su autor. No obstante, hay que señalar que este correo no adjuntaba el informe firmado por el servidor municipal (documento A), sino el *"fichero editable con el texto del informe mencionado, sin firma, pero con algunas correcciones respecto del original, consistentes en el cambio de la redacción de las conclusiones, manteniendo el mismo sentido del informe, y el cambio de orden de algunos párrafos"* (documento B). Es necesario recordar que en este Documento B constaba el cargo, el nombre y los apellidos del servidor municipal (aunque no su firma), y además en el contenido de aquel se asignaba la autoría del fichero editable con "correcciones" del/de la secretario/aria delegada al servidor municipal pese a que este no había participado en su redacción ni, se le había comunicado previamente esta "nueva versión" de su documento original y rubricado.

Finalmente, el informe firmado por el servidor municipal no fue incorporado en el expediente de contratación según el informe de la Secretaría delegada *"Pero dado que este nuevo informe ya figuraba en el expediente, se decidió que ya quedaba suficientemente motivada la propuesta de resolución del Ayuntamiento y que, por lo tanto, no había que incorporar ningún otro informe (puesto que el preparado por ... todavía estaba pendiente de revisión). Por lo tanto, en el expediente al que se remite en los ficheros adjuntos no figura la documentación señalada"*.

RECOMENDACIÓN

Llegados a este punto, se divisan dos ámbitos de actuación en relación con los hechos comunicados y que dieron lugar a las presentes actuaciones.

a) Por una parte, el que se proyecta sobre los riesgos detectados respecto a la posibilidad que se hagan cambios o modificaciones en el fichero editable que hay en el directorio conjunto de la red municipal, llamado *"Archivo gestión Secretaría delegada"* y que según parece no permite conservar rastro de estas modificaciones ni de los elementos que una vez archivados puedan ser eliminados a posteriori. Por eso, en el ejercicio de las competencias y funciones de prevención que tiene atribuidas la Dirección del Servicio de Análisis como órgano gestor del BEBG y al amparo de sus Normas Reguladoras, se recomienda a la Gerencia de XXX, de cara a futuras actuaciones, que compruebe esta debilidad detectada del sistema y que de constatar efectivamente su existencia, se adopten las medidas pertinentes para garantizar el rastreo de los "asientos" o documentos que se puedan "modificar" o "eliminar" así como la trazabilidad del proceso. Esto para evitar y prevenir de futuro cualquier riesgo de manipulación de los archivos que pueda resultar irregular, fraudulenta o contraria a derecho, fortaleciendo la seguridad e integridad del sistema y ofreciendo tranquilidad al

personal municipal en relación con las actuaciones que puedan ser objeto de archivo en el mencionado repositorio, de forma que puedan tener la certeza de que en caso de ser estas modificadas o eliminadas siempre quedará un rastro de las mismas y la trazabilidad de los cambios operados.

b) Por la otra, el que se proyecta sobre el CEC.

En aplicación del CEC, que recoge los valores y principios éticos y de buen gobierno que tienen que estar presentes e informar toda actuación municipal, podría resultar aplicable al caso concreto: el artículo 7 relativo a "*Normas de conducta generales*", en especial su apartado a) "*tratar todas las personas con las cuales se relacionen con respeto, cordialidad, y con la debida consideración*" y el apartado d) "*adoptar las decisiones con respeto a los principios de objetividad, legalidad, y tomando en consideración aquello expuesto por los técnicos municipales en los informes pertinentes, y demás elementos e intereses en juego*"; así como el artículo 10 rubricado "*Normas de conducta relativas a la gestión de personal*" sobre todo en cuanto a su apartado a) "*mostrar el debido respeto y dignidad a las personas empleadas públicas con las que se relacionen, así como con las tareas que estas desarrollen*".

A la vista de las consideraciones expuestas, puesto que la Disposición Adicional de las Normas Regulatoras del BEBG especifica que las comunicaciones en el 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 aquello que disponga el Código; y atendiendo a que de acuerdo con la Disposición Adicional primera del CEC, a las personas que forman parte de las mesas de contratación, las Juntas de valoración y los Tribunales de selección, les es de aplicación las disposiciones de este Código en tanto que miembros de estos órganos y en el ejercicio de las funciones inherentes a estos; se procede a dar traslado de estas actuaciones de investigación al Comité de ética del Ayuntamiento de Barcelona por si, en el ejercicio de sus competencias, aprecia que los hechos descritos pueden vulnerar el articulado del CEC, así como para que formule, si lo considera procedente, propuestas de mejora y de buenas prácticas al efecto.

Así mismo se procederá a comunicar a la persona comunicante y al/la Secretario/aria Delegado/a de la Gerencia de XXX que finalizada la investigación llevada a cabo por el órgano gestor del Buzón Ético, se ha dado traslado de la comunicación origen de las presentes actuaciones al Comité de Ética del Ayuntamiento de Barcelona por si los hechos investigados pudieran ser contrarios a lo que dispone el CEC y para que, en el supuesto que sus miembros lo consideren pertinente, se formulen las propuestas de mejora y recomendaciones que estimen oportunas.

Y una vez evacuada la Recomendación correspondiente por parte del Comité de Ética se procederá a notificar la presente Recomendación del órgano gestor del BEBG (en especial en lo referente a los riesgos detectados de posibles y futuras irregularidades) junto con la del citado órgano colegiado a la Gerencia de XXX y demás de interesados.

SEGUIMIENTO DE LA RECOMENDACIÓN.

El Comité de Ética se pronunció en el sentido siguiente:

"El Comité de Ética insta al/la Secretario/aria Delegado/ada, y a todas las personas con cargos institucionales en el Ayuntamiento de Barcelona, a cumplir y velar por el cumplimiento de las previsiones de los artículos 7.a y 10.a del Código Ético y de Buen Gobierno con relación al respeto por la autoría de los documentos y borradores que se elaboran, así como a velar por la veracidad de las firmas, evitando desvirtuarlas sea cual sea el apoyo empleado, implementando con este fin las garantías digitales necesarias. Todo lo anterior de acuerdo con las normas administrativas reguladoras de los expedientes, y la competencia jerárquica determinada"

III.IV. PRESUNTA IRREGULARIDAD EN LA TRAZABILIDAD DE LA DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA

En el BEBG se recibió una comunicación relativa a una presunta irregularidad en la actuación municipal respecto a un expediente de mediación. Habida cuenta la documentación examinada por la Dirección del Servicio de Análisis, se desprende que por parte del personal municipal hubo una posición activa respecto al proceso de la mediación. Aun así, vistos los correos electrónicos en los que resulta que se podría haber producido el extravío de la solicitud de mediación, así como la demanda por parte del personal municipal a una de las partes de la mediación de dicha petición, el órgano gestor del Buzón Ético emitió las siguientes consideraciones y recomendaciones:

CONSIDERACIONES

I. DEBERES DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS. CÓDIGO DE CONDUCTA. DILIGENCIA

El artículo 52 del Real decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el cual se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado público (en lo sucesivo TREBEP), dispone que:

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

Los artículos 53 y 54 del TREBEP configuran los principios éticos y los principios de conducta que tienen que regir la actuación del empleado público, conformando el Código de Conducta de los empleados públicos.

En el apartado 10 del art. 53 del TREBEP, como principio ético, establece que *“Cumplirán con diligencia las tareas que les correspondan o se les encomienden y, en su caso, resolverán dentro de plazo los procedimientos o expedientes de su competencia”.*

Dentro del art. 54 del TREBEP como principio de conducta, en su apartado 2 consta *“El desempeño de las tareas correspondientes a su puesto de trabajo se realizará de forma diligente...”.*

La doctrina jurídica considera que la obligación de diligencia se conforma con base en dos elementos de carácter modal:

- Se han de realizar las tareas asignadas, lo que a su vez determina que la organización tiene que concretar la cantidad y la funcionalidad del encargo profesional.
- Cuando lo mismo está concretado se tiene que producir una actitud por parte del empleado público caracterizada por su positividad, su actividad y proactividad.

En este sentido, *"la diligencia es, así, una actitud cuyo reflejo en el ámbito de la arquitectura de los deberes, quiere reflejar una posición activa del funcionario en la realización del encargo realizado por oposición a la pasiva"*, y asegurar una actuación de dedicación y cooperación al servicio público.

II. PRESUNTO EXTRAVÍO DE DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA.

Hay que advertir que la Administración Pública se rige en sus actuaciones, entre otros criterios, por el de eficiencia y servicio a los ciudadanos, sin que deban repercutir las deficiencias de la actuación administrativa sobre la ciudadanía.

Así mismo, el art. 20.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que regula la responsabilidad de la tramitación dispone: *"Los titulares de las unidades administrativas y el personal al servicio de las Administraciones Públicas que tuviesen a su cargo la resolución o el despacho de los asuntos, serán responsables directos de su tramitación y adoptarán las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos, disponiendo lo necesario para evitar y eliminar toda anomalía en la tramitación de procedimientos"*.

Por otro lado, la jurisprudencia también se ha pronunciado al respecto, a título ejemplificativo reproducimos extracto del fundamento de derecho tercero de la sentencia del Tribunal Supremo 2330/2012: *"La ausencia del expediente de determinados documentos del mismo, por dolo o por negligencia de las autoridades o funcionarios encargados de su tramitación, no puede perjudicar al interesado a la hora de determinar la valoración o trascendencia probatoria que ha de otorgar el órgano jurisdiccional a la documentación inexistente que constituye el soporte y antecedente de la actuación administrativa impugnada. En este sentido, la sentencia de este Tribunal de 14 de marzo de 1997 penaliza a la Administración por los documentos extraviados, afirmando que "extraviado el expediente administrativo por la propia Administración, como consecuencia sin duda de un actuar negligente, no pueden hacerse recaer sobre el administrado las consecuencias de tal extravío"*.

RECOMENDACIÓN

Revisada la normativa de aplicación y la documentación presentada, y habida cuenta el riesgo detectado en relación con el posible "extravío" o pérdida de documentación (en concreto de la solicitud de mediación) que se comunicó al

afectado, el órgano gestor del BEBG considera que procede realizar las siguientes recomendaciones al órgano gestor:

- a) Adoptar las medidas necesarias para evitar la posibilidad de extravío de documentos que obran en los expedientes.**
- b) Extremar la cautela en la custodia de los documentos para la correcta tramitación de los procedimientos correspondientes.**
- c) Dotarse de un sistema de trazabilidad del proceso administrativo y de la documentación que se genera.**

III.V. PRESUNTA IRREGULARIDAD EN LAS OBLIGACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN EN RELACIÓN CON EL TELETRABAJO

En el BEBG se recibió una comunicación relativa a un presunto incumplimiento, por parte del Ayuntamiento de Barcelona, del art. 47 bis, relativo al teletrabajo, del Real decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el cual se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado público, así como de la Instrucción del Ayuntamiento de Barcelona que regula también el trabajo a distancia.

Efectuadas las actuaciones de investigación correspondientes, examinada la documentación requerida al órgano gestor afectado, así como demás información facilitada, y analizada la normativa de aplicación, se trasladaron las siguientes:

CONSIDERACIONES

El Real Decreto Ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, en su artículo 1, modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado público, aprobado por el RDL 5/2015, de 30 de octubre, introduciendo un nuevo artículo 47 bis, que queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 47 bis. Teletrabajo.

1. Se considera teletrabajo aquella modalidad de prestación de servicios a distancia en la que el contenido competencial del puesto de trabajo puede desarrollarse, siempre que las necesidades del servicio lo permitan, fuera de las dependencias de la Administración, mediante el uso de tecnologías de la información y comunicación.

2. La prestación del servicio mediante teletrabajo habrá de ser expresamente autorizada y será compatible con la modalidad presencial. En todo caso, tendrá carácter voluntario y reversible salvo en supuestos excepcionales debidamente justificados. Se realizará en los términos de las normas que se dicten en desarrollo de este Estatuto, que serán objeto de negociación colectiva en el ámbito correspondiente y contemplarán criterios objetivos en el acceso a esta modalidad de prestación de servicio.

El teletrabajo deberá contribuir a una mejor organización del trabajo a través de la identificación de objetivos y la evaluación de su cumplimiento.

3. El personal que preste sus servicios mediante teletrabajo tendrá los mismos deberes y derechos, individuales y colectivos, recogidos en el presente Estatuto que el resto del personal que preste sus servicios en modalidad presencial, incluyendo la normativa de prevención de riesgos laborales que resulte aplicable, salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación del servicio de manera presencial.

4. La Administración proporcionará y mantendrá a las personas que trabajen en esta modalidad, los medios tecnológicos necesarios para su actividad.

5. El personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se registrará, en materia de teletrabajo, por lo previsto en el presente Estatuto y por sus normas de desarrollo.»

Por otro lado, a nivel municipal, consta publicada la INSTRUCCIÓN de la Gerente municipal, de 15 de mayo de 2020, relativa al establecimiento de pautas en el trabajo a distancia durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 en la cual se recoge el apartado 4: Equipos y herramientas, que se reproduce a continuación:

"4. Equipos y herramientas

4.1. En la medida de lo posible, el Ayuntamiento de Barcelona y las entidades incluidas en el ámbito de aplicación tienen que proporcionar los equipos, las herramientas necesarias para el desarrollo de la actividad a distancia y los sistemas tecnológicos corporativos para, entre otros, la celebración de reuniones virtuales.

4.2. En caso de que se utilicen medios propios, el trabajo a distancia debe tener en cuenta los medios de que disponga la persona trabajadora.

4.3. En caso de que en el trabajo a distancia se utilicen medios propios, las personas trabajadoras tienen que seguir las recomendaciones de seguridad y protección que establezca el Instituto Municipal de Informática.

4.4. Las personas trabajadoras que acrediten incrementos de gasto en los consumos de servicios de telefonía y de internet derivadas de la utilización de medios propios en el trabajo a distancia pueden solicitar el abono previa justificación del diferencial respecto el gasto habitual anterior a la entrada en vigor del estado de alarma.

4.5. El Ayuntamiento tiene que garantizar la formación de las personas trabajadoras para la adecuada utilización de los sistemas, en caso de que sea necesario, así como la asistencia técnica que se pueda requerir”.

Y en relación con el diseño y la implantación del teletrabajo en el Ayuntamiento de Barcelona:

“9. Directriz adicional: inicio de los trabajos para el diseño e implementación del teletrabajo

En cumplimiento de lo que dispone el Acuerdo de condiciones de trabajo y el Plan de Igualdad, a partir de septiembre de 2020, el Ayuntamiento de Barcelona tiene que iniciar los trabajos para diseñar e implementar el teletrabajo como modalidad ordinaria de prestación de servicios juntamente con el trabajo presencial, más allá del ámbito temporal de esta instrucción y previa negociación con la representación de las trabajadoras y trabajadores”

RECOMENDACIÓN

En el caso concreto, en la comunicación recibida en el BEBG, la persona comunicante manifiesta que *"no tengo ordenador corporativo, ni móvil corporativo, ni una silla adecuada; el suministro de conexión a internet es mío personal y los consumos energéticos derivados de mi actividad laboral en casa se han disparado, especialmente en invierno. Teniendo en cuenta que el Ayuntamiento no piensa hacerse cargo de estos gastos extraordinarios ni del desgaste de los dispositivos electrónicos personales, cosa que supone un recorte efectivo del salario, me gustaría saber cuándo se dejará de considerar "excepcional" esta situación que ya hace casi un año que dura".* Pero el comunicante no ha aportado ningún indicio objetivo que apoye el contenido de su comunicación a pesar de la petición de información que en tal sentido le formuló el órgano gestor del BEBG.

En consecuencia, al estar huérfanas de justificación las manifestaciones de la persona comunicante (por ejemplo, pudo aportar facturas de los consumos eléctricos o telefónicos o de cobertura de los dispositivos utilizados para teletrabajar, o copia de las reclamaciones hechas al Ayuntamiento en tal sentido o, en su caso, de las negativas de este al resarcimiento de los costes) y dado el contenido de la Instrucción de la Gerente municipal, de 15 de mayo de 2020, relativa al establecimiento de pautas en el trabajo a distancia durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID 19, en la cual se recoge en el apartado 4. Equipos y herramientas que *"el Ayuntamiento de Barcelona y las entidades incluidas en el ámbito de aplicación tienen que proporcionar los equipos, las herramientas necesarias para el desarrollo de la actividad a distancia y los sistemas tecnológicos corporativos para, entre otros, la celebración de reuniones virtuales"*, y que *"Las personas trabajadoras que acrediten incrementos de gasto en los consumos de servicios de telefonía y de internet derivadas de la utilización de medios propios en el trabajo a distancia pueden solicitar el abono, previa justificación del diferencial, respecto el gasto habitual anterior a la entrada en vigor del estado de alarma"*, no constan elementos que puedan poner en tela de juicio la actuación municipal en el presente caso.

Si bien, habida cuenta la falta de conocimiento de la Instrucción de la Gerente municipal, de 15 de mayo de 2020, que denota la comunicación origen de las presentes comunicaciones, se propone como medida de mejora en la gestión pública y a fin de evitar situaciones conflictivas, que se valore por el órgano gestor, la Gerencia, la procedencia de practicar un recordatorio de su contenido a los empleados y empleadas públicas.

III.VI. PRESUNTA IRREGULARIDAD EN LA ACTUACIÓN DE EMPLEADO/DA MUNICIPAL: CONFLICTO DE INTERÉS Y PREVALENCIA DE SU CONDICIÓN DE FUNCIONARIO/A EN EL ÁMBITO PRIVADO.

En el BEBG se recibió una comunicación relativa a las presuntas irregularidades de un/a trabajador/a municipal consistentes en: a) prevalencia de su condición de empleado público en una reunión de propietarios donde se informaba de unas obras que se realizaban en un edificio contiguo, y b) conflicto de interés, puesto que el empleado municipal informó que tenía potestad para parar la tramitación del expediente de licencia de obras.

Efectuadas las actuaciones de investigación correspondientes, examinada la documentación requerida al órgano gestor afectado, así como demás información facilitada, y analizada la normativa de aplicación, se trasladaron las siguientes:

CONSIDERACIONES

I. ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS HECHOS OBJETO DE LA COMUNICACIÓN

La condición de empleado público comporta derechos, y obligaciones específicas hacia la ciudadanía y la administración pública adscrita. Por lo tanto, al empleado público, le son exigibles además de sus deberes como ciudadano/a, determinadas conductas y responsabilidades como servidor público.

El art. 52 del TREBEP establece los deberes de los empleados públicos, y menciona que el Código de Conducta se configura por los principios éticos y de conducta:

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

Hay que poner énfasis en el hecho que en la parte dispositiva del TREBEP se haya introducido un Código de Conducta otorgando a la actuación ética de los empleados públicos un valor añadido en el desarrollo de sus tareas.

De los hechos objeto de la comunicación se derivan dos conductas concretas, en caso de que resultaran probadas:

A. Falta de respeto a los principios de integridad y ejemplaridad

La primera conducta descrita en la comunicación se encuentra relacionada, entre otros, con el principio de integridad y ejemplaridad. A tal efecto, se ha pronunciado reiteradamente la doctrina jurídica, sirva a modo de ejemplo la que se reproduce a continuación:

"Ser íntegro es una forma de entender el comportamiento y de actitud ante la vida. En términos puramente lingüísticos la integridad se asocia con la probidad, la rectitud y con el carácter intachable atribuible a una persona... Desde una perspectiva disciplinaria y en el ámbito de las infracciones muy graves podemos entender que tiene un reflejo en el apartado j) del artículo 95 cuando se refiere a la "prevalencia de la condición de empleado público para obtener un beneficio indebido para sí o para otro"¹¹⁶

"Según el Diccionario de la RAE se considera que una persona es ejemplar cuando da buen ejemplo y, como tal, es digno de ser propuesto como modelo... a reserva la tipificación que corresponde al conjunto de las Administraciones Públicas podemos indicar que el artículo 95 contiene una referencia que podemos considerar indirecta y que incluye "j) La prevalencia de la condición de empleado público para obtener un beneficio indebido para sí o para otro"..."¹¹⁷

"La ejemplaridad implica que el empleado público debe actuar de forma que pueda soportar el examen público más estricto, debiendo saber prevenir y gestionar adecuadamente sus intereses particulares, sin comprometer sus obligaciones públicas".¹¹⁸

"Principio de ejemplaridad: que evite cualquier acción u omisión que menoscabe el prestigio de la Institución o que le reste legitimidad, credibilidad o auctoritas"¹¹⁹

Con relación a la prevalencia de la condición de empleado público para obtener un beneficio indebido para sí mismo o para otro, la Resolución 103/2011, del Defensor del Pueblo de Navarra dictaminó que:

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

La infracción tipificada exige, a criterio de esta institución, la concurrencia de los siguientes elementos:

¹¹⁶ "Derecho de la función pública. Régimen Jurídico de los Funcionarios Públicos". Alberto Palomar Olmeda. Dykinson 2016.

¹¹⁷ "Derecho de la función pública. Régimen Jurídico de los Funcionarios Públicos". Alberto Palomar Olmeda. Dykinson 2016.

¹¹⁸ "Memento. Empleado Público". Ediciones Francis Lefevre.

¹¹⁹ Artículo tercero del "Código Ético y de Austeridad del Consejo Consultivo de Castilla y León" Aprobado por acuerdo de 11 de junio de 2020, del pleno del Consejo Consultivo De Castilla Y León

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

B- Respetto a la abstención en asuntos personales

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

Este principio comporta que el empleado público se tiene que abstener en aquellos asuntos en los que tenga un interés personal y en actividades con riesgo de conflicto de interés.

A tal efecto, procede la remisión a los artículos 23 y 24 de la Ley 40/2015 que recogen a todos los efectos, la obligación de abstenerse que tienen las autoridades y personal al servicio de las administraciones públicas para no intervenir en el procedimiento, comunicándolo a su superior inmediato. Estableciendo las causas de abstención y señalando, en su apartado 5, que *"La no abstención en los casos en que concurra alguna de esas circunstancias dará lugar a la responsabilidad que proceda”.*

RECOMENDACIÓN

Examinada la documentación y la normativa de aplicación, el órgano gestor del BEBG realiza las siguientes consideraciones:

- Que la persona a la cual se atribuye la conducta examinada ha afirmado que no tiene ningún vínculo con los hechos objeto de la comunicación y que no vive, ni ha vivido, en el edificio mencionado por la persona comunicante, aportando prueba documental acreditativa de tal extremo.

- Que consta acreditado que la persona a la cual se le atribuye la conducta no se encuentra adscrita al órgano municipal que tiene la competencia para la tramitación del expediente de la licencia de obras mayores a que se refiere la comunicación.

A la vista de lo actuado tenemos que traer a colación aquí la amplia y pacífica jurisprudencia versada sobre el derecho administrativo sancionador con relación al derecho fundamental de la presunción de inocencia y la carga de la prueba. Sirva como botón de muestra la Sentencia n.º 62/2017, de 30 de enero del 2017, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en relación con la responsabilidad administrativa:

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

A tal efecto, y sin perjuicio de las actuaciones que constan realizadas por parte de la persona comunicante, consistentes en ..., no existe ningún otro elemento externo totalmente imparcial que refuerce las manifestaciones efectuadas y vincule objetivamente a la persona a la cual presuntamente le atribuye la conducta con los hechos descritos en la comunicación.

En consecuencia, no se puede considerar acreditada la información objeto de las presentes actuaciones en tanto que no se ha practicado prueba de cargo suficiente como para desvirtuar la presunción de inocencia existiendo además, elementos objetivos que sitúan a la persona afectada en un domicilio diferente al manifestado por la persona comunicante (contrato de alquiler y certificado de empadronamiento).

IV. OTRAS ALERTAS

IV.I. ALERTA EN RELACIÓN CON EL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DEL DECRETO DE ALCALDÍA, DE 14 DE MARZO DE 2020, DE ESTABLECIMIENTO DE MEDIDAS PREVENTIVAS, DE PROTECCIÓN Y ORGANIZATIVAS CON MOTIVO DEL VIRUS COVID-19 A LAS PERSONAS INTEGRANTES DE UNA BOLSA DE TRABAJO.

En el BEBG se recibieron varias comunicaciones relativas a la falta de aplicación, a las personas integrantes de una bolsa de trabajo, del Decreto de Alcaldía, de 14 de marzo de 2020, de establecimiento de medidas preventivas, de protección y organizativas con motivo del virus COVID-19

CONSIDERACIONES

I. Los Tribunales se han pronunciado sobre las bolsas de trabajo en el sentido que sus integrantes no tienen más que una simple expectativa y no un estricto derecho a ser seleccionados para la provisión temporal de plazas. A modo de ejemplo citamos las siguientes sentencias:

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 5 de octubre de 2011 (fundamento Jurídico 3.º in fine)

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

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 20 de junio de 2011 (Fundamento Jurídico 9.º al 13º)

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

11. Se ha de resolver por tanto si se considera la inclusión en la Bolsa de Trabajo simplemente como una expectativa de derecho en el que sólo existe el compromiso de dos partes de concertar en el futuro un contrato, quedando así obligados a obligarse, pero debiendo en el futuro prestarse"

nuevamente el consentimiento para concretar el contenido de sus obligaciones respectivas, o si por el contrario se trata de un derecho pleno o un contrato por virtud del cual las partes se obligan a celebrar posteriormente un nuevo contrato, el llamado contrato definitivo, que, de momento no pueden celebrar, pero quedando prefigurada la relación jurídica, con todos los elementos de consentimiento, contenido, objeto y causa, de forma que únicamente su efectividad o comienzo se encuentra pospuesto.

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

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

II. El Decreto de Alcaldía, de 14 de marzo de 2020, de establecimiento de medidas preventivas, de protección y organizativas con motivo del virus COVID-19 establece en su apartado tercero, relativo al ámbito de aplicación, que *"Esta resolución es de aplicación a la ciudadanía, en cuanto al impacto que se derive de la afectación de las obras, los servicios y la actividad municipal, así como al personal que presta servicios en el Ayuntamiento de Barcelona y a los entes instrumentales adheridos en el Acuerdo vigente de condiciones de trabajo del personal funcionario y laboral del Ayuntamiento de Barcelona.*

Así mismo, dada la excepcionalidad de las circunstancias, también es de aplicación al personal del resto de entidades del grupo municipal (organismos autónomos, entidades públicas empresariales, las sociedades mercantiles de capital íntegramente o mayoritariamente municipal y los consorcios, fundaciones y asociaciones adscritas al Ayuntamiento de Barcelona relacionadas en el enlace: https://ajuntament.barcelona.cat/entitats/sites/default/files/organitzacio_ens_dependents_ca.pdf, sin perjuicio de las medidas específicas que puedan adoptar en cada caso concreto, previa comunicación y validación por parte del Comité de Coordinación y Seguimiento que analiza en detalle la evolución del COVID-19 en la ciudad. Así mismo y habida cuenta la reiterada excepcionalidad, este Decreto también será de aplicación, en aquello que corresponda, a las empresas, y personal a su servicio, que tengan atribuida la prestación indirecta de servicios públicos municipales".

En el apartado quinto del Decreto de Alcaldía, de 14 de marzo de 2020, relativo a *"Otros servicios"* se dispone que: *"Todos los servicios que son considerados no esenciales procederán a desarrollar su actividad en la modalidad de teletrabajo... La permanencia del personal municipal en su domicilio, como consecuencia de la suspensión temporal de actividades en las unidades respectivas, tiene la consideración de tiempo de trabajo efectivo".*

III. El órgano gestor del Buzón Ético considera, respecto al caso concreto comunicado y a la vista de los hechos analizados, que no hay indicios para considerar la existencia de una conducta contraria a derecho, a los principios o reglas éticas y de buen gobierno, puesto que el ámbito de aplicación del Decreto de Alcaldía, de 14 de marzo de 2020, de establecimiento de medidas preventivas, de protección y organizativas es para el personal que presta servicios en el Ayuntamiento de Barcelona y para los entes instrumentales adheridos en el Acuerdo vigente de condiciones de trabajo del personal funcionario y laboral del Ayuntamiento de Barcelona, en tanto que la inclusión en una bolsa de trabajo, de acuerdo con la jurisprudencia aplicable al efecto, es una mera expectativa de derecho, y por tanto no existe ninguna vinculación laboral.

IV.II. ALERTA RELATIVA A LAS CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA PRESUNTA FALTA DE ACCESO POR PARTE DE DETERMINADOS EMPLEADOS MUNICIPALES PARA CONSULTAR EL PADRÓN MUNICIPAL O VOLANTE DE CONVIVENCIA PARA EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES

Al BEBG se da traslado de una comunicación relativa a la falta de permiso de determinados profesionales de un organismo municipal para, en el ejercicio de sus funciones, poder consultar el certificado de convivencia o el padrón de forma que han de pedírsele a los usuarios.

Efectuadas las actuaciones de investigación correspondientes, examinada la documentación que obra en el expediente, así como la información facilitada por el órgano municipal afectado, y analizada la normativa de aplicación, se trasladaron las siguientes:

CONSIDERACIONES

I. El art. 28.3 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo, regula el derecho del interesado a no aportar documentos que hayan sido elaborados por cualquier Administración. En el caso concreto, se identifican dos documentos: el padrón y el certificado de convivencia, que son dos documentos elaborados por el propio Ayuntamiento de Barcelona:

a) PADRÓN MUNICIPAL

El art. 16 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local dispone que el Padrón municipal es el registro administrativo donde constan los vecinos del municipio. Sus datos constituyen prueba de residencia en el municipio y del domicilio habitual en el mismo. La formación, mantenimiento, revisión y custodia del Padrón municipal corresponde al Ayuntamiento de acuerdo con las normas aprobadas conjuntamente por el Ministerio de Economía y Hacienda y el Ministerio para las Administraciones Públicas a propuesta del Consejo de Empadronamiento.

b) VOLANTE DE CONVIVENCIA DEL PADRÓN MUNICIPAL DE HABITANTES DE LA CIUDAD DE BARCELONA

El volante de convivencia demuestra dónde y con quién está empadronada una persona en Barcelona, en la fecha en que se solicita el volante. El organismo responsable del trámite es el Ayuntamiento de Barcelona.

II. Respecto a la consulta del padrón municipal o volante de convivencia por parte de los profesionales de XXX, la respuesta evacuada por los órganos municipales afectados fue que desde junio del 2019 los profesionales pueden acceder a los datos de sus

usuarios, contenidos en el Padrón Municipal, desde el Portal del Profesional. *"Anteriormente nos consta que también podían hacerlo pero desconocemos la fecha de inicio. Para hacerlo necesariamente hace falta que hagan constar en la aplicación a través de la cual realizan la consulta: su finalidad, el número de expediente y el amparo legal y que desde el Área de Derechos Sociales, los profesionales tienen acceso a los datos del Padrón siempre que haya consentimiento previo del usuario o haya una habilitación legal para la consulta y se realiza de forma nominal por el trabajador concreto bajo autorización de la Dirección del servicio que tiene que consultarlo".*

Atendiendo a estas consideraciones, y a que en la comunicación no se especifica, en concreto, el perfil del profesional que solicita tener acceso al padrón municipal y/o al volante de convivencia, ni el servicio social o prestación concreta, y habida cuenta la información proporcionada por el órgano gestor, no se han detectado conductas contrarias al derecho, a los principios o reglas éticas y de buen gobierno y administración.