



A la vista de la petició d'informe de la Gerència de Recursos respecte de **dues propostes d'esmena, que després s'identificaran, formulades per la mateixa Gerència al Projecte normatiu del codi ètic de conducta de l'Ajuntament de Barcelona a aprovar definitivament**, la lletrada que sotasigna, de conformitat amb les normes del servei, emet el següent

INFORME

1.- Antecedents.

En data 15 de novembre de 2016 es va emetre informe per aquesta Direcció respecte de la proposta inicial del projecte normatiu.

Tal i com informa l'òrgan gestor, un cop tancada aquesta proposta inicial es va obrir un període de negociació amb els Grups Municipals per consensuar el document del Codi Ètic informant-se, així mateix, al Consell de Ciutat sobre la tramitació del projecte i el seu contingut sobre el qual s'ha continuat treballant al llarg del mes de febrer de 2017.

Així mateix, i com consta en la memòria general del projecte normatiu elaborada pel Gerent de Recursos, aquesta proposta va ser sotmesa a la participació de diverses Direccions i Departaments de la Gerència de Presidència i Economia i de la mateixa Gerència de Recursos amb aportacions de la Secretaria General, la Intervenció, Gerència de Recursos Humans, Direcció de coordinació de contractació, Departament de transversalitat de gènere, Oficina per a la transparència i bones pràctiques, Direcció d'empreses, entitats municipals i recursos i la Direcció de serveis de relacions amb organismes supramunicipals.

Igualment, l'avantprojecte va ser presentat a la taula de Gerents de Districte i a les taules de coresponsabilitat de serveis generals, i d'atenció a les persones i de territori i en reunions amb els diferents referents de transparència municipals.

Finalment, segons consta en l'esmentada memòria, també es va atorgar tràmit d'audiència a diverses entitats.

En data 15 de desembre de 2016 la Comissió de Govern va aprovar el Projecte normatiu obrint el termini de 15 dies per formular esmenes per part dels Grups Municipals en compliment del previst als articles 108 i següents del Reglament Orgànic Municipal. Tal i com s'informa, varen presentar al·legacions els Grups Municipals de C's, CiU i PP.



GERÈNCIA DE RECURSOS
Direcció dels Serveis Jurídics
Direcció de l'Àrea de Règim Jurídic

Pl. Carles Pi i Sunyer, 8-10, 1a planta
08002 Barcelona
Tel. 93 402 33 92
Fax 93 402 34 67

L'aprovació inicial del Codi Ètic va tenir lloc a la Comissió de Presidència, Drets de Ciutadania, Participació i Seguretat i Prevenció el dia 22 de març. Cal apuntar que en aquell moment es varen aprovar diferents al·legacions presentades pel Grup Municipal del Partit Popular, després d'una votació individualitzada de cada esmena.

Durant el tràmit d'informació pública obert per un termini de 30 dies es varen presentar al·legacions per l'Oficina Antifrau de Catalunya, el Grup Municipal Demòcrata, el Grup Municipal d'Esquerra Republicana de Catalunya i pel Grup Municipal del Partit Popular de Catalunya.

2.- Anàlisi jurídica del projecte.

A la vista de la petició formulada per la Secretaria delegada de la Gerència de Recursos, l'objecte d'aquest informe consisteix en analitzar les esmenes a l'article 8.2.b) i la Disposició Transitòria segona que actualment preveuen el següent:

- article 8.2, apartat b): *"no es podrà contractar personal directiu ni eventual ni amb empreses, cooperatives i entitats, entre d'altres, amb les que hi hagi conflicte d'interessos familiars, incloent els del cònjuge o persona amb qui convisqui en anàloga relació d'afectivitat, els familiars dins del quart grau de consanguinitat o segon grau d'afinitat".*
- Disposició Transitòria segona: *"en compliment dels principis de bon govern i de les normes relatives als conflictes d'interessos, el Govern Municipal haurà de replantejar-se les contractacions, directes o indirectes, i els processos de selecció de personal efectuats abans de l'entrada en vigor d'aquest codi, i efectuades entre les persones destinatàries i subjectes a aquest codi i afectades pels conflictes d'interessos de l'article 8, i l'Ajuntament i entitats vinculades a aquest, com a garantia de transparència i bon govern".*

Cal apuntar que ambdues redaccions responen a les al·legacions del Grup Municipal del Partit Popular admeses durant la Comissió de Presidència, Drets de Ciutadania, Participació i Seguretat i Prevenció del passat 22 de març a la que abans s'ha fet referència.

2.1.- Consideracions a la proposta de redactat de l'apartat 8.2.b) respecte de les prohibicions de contractar personal directiu i eventual en determinades circumstàncies.

Respecte d'aquest article l'Oficina Antifrau al·lega, de manera resumida que el redactat genera confusió ja que conté dues prohibicions diferenciades, la relativa a la contractació de personal i la relativa a la contractació pública, i que cal incloure dins de les primeres als titulars de la Secretaria General, la Intervenció Municipal i la Tresoreria.

La primera al·legació es considera totalment pertinent i conforme a Dret i, per tant, tal i com es deriva de l'informe de l'òrgan gestor, es proposa dividir l'actual redactat en dos paràgrafs diferenciats.



GERÈNCIA DE RECURSOS
Direcció dels Serveis Jurídics
Direcció de l'Àrea de Règim Jurídic

Pl. Carles Pi i Sunyer, 8-10, 1a planta
08002 Barcelona
Tel. 93 402 33 92
Fax 93 402 34 67

La segona al·legació planteja més dubtes ja que els titulars de la Secretaria General, la Intervenció Municipal i la Tresoreria no són objecte de contractació com a personal eventual ni directiu sinó que es tracta de llocs a ocupar per funcionaris d'administració local amb habilitació de caràcter nacional que són seleccionats de conformitat amb el sistema legalment establert (articles 92 i següents de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, Reguladora de les Bases del Règim Local encara vigents i normativa de referència). Per tant, es considera que aquesta al·legació no pot prosperar.

A la vista de les anteriors consideracions per l'òrgan gestor es proposa el següent redactat:

"En matèria de selecció de personal i provisió de llocs de treball s'aplicaran els mecanismes d'abstenció i recusació previstos a la normativa reguladora de la funció pública, als efectes d'evitar els conflictes d'interès en aquests processos.

En matèria de contractació pública, seran d'aplicació les prohibicions de contractar previstes a la normativa sectorial de contractació pública."

Aquesta proposta de redactat es considera, en termes generals, acceptable per quant certament recull el règim diferenciat d'ambdues prohibicions i ho fa de manera ajustada Dret. No obstant, per tal d'unificar el redactat de l'article amb la resta d'apartats i l'exactitud en la referència a la normativa de contractació es proposa el següent redactat alternatiu:

"Respectar estrictament, en matèria de selecció de personal i de provisió de llocs de treball, les normes aplicables en matèria d'abstenció i de recusació als efectes d'evitar qualsevol tipus de conflicte d'interès:

Aplicar i respectar les prohibicions de contractar previstes per la normativa reguladora dels contractes del sector públic".

Com a aspecte especialment rellevant de la proposta cal destacar el canvi respecte del personal eventual que, en la redacció primària, no estava inclòs dins de les prohibicions de contractar personal respecte del qui hi pogués haver conflicte d'interès ja que aquestes anaven limitades al personal directiu.

El personal eventual és aquell que és nomenat per a ocupar llocs de confiança o assessorament especial i que cessa, en tot cas, quan ho fa l'autoritat a qui presta aquestes funcions.

Concretament, l'article 12 del Reial Decret Legislatiu 5/2015, de 30 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de l'Estatut Bàsic de l'Empleat Públic disposa, en relació a aquest persona eventual que "1. Es personal eventual el que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o



asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin.

2. Las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto determinarán los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas que podrán disponer de este tipo de personal. El número máximo se establecerá por los respectivos órganos de gobierno. Este número y las condiciones retributivas serán públicas.

3. El nombramiento y cese serán libres. El cese tendrá lugar, en todo caso, cuando se produzca el de la autoridad a la que se preste la función de confianza o asesoramiento.

4. La condición de personal eventual no podrá constituir mérito para el acceso a la Función Pública o para la promoción interna.

5. Al personal eventual le será aplicable, en lo que sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera"

Per tant, des d'un punt de vista estrictament jurídic no pot considerar-se contrari a Dret el fet de nomenar a alguna persona amb qui concorrin les notes de parentiu o afinitat.

De fet, en el nostre sistema legal, l'objectivitat i imparcialitat en la selecció de personal i la provisió de llocs de treball s'assegura a través de mecanismes de publicitat i concurrència i amb els mecanismes d'abstenció i recusació previstos en la legislació general i bàsica reguladora del règim jurídic del sector públic (articles 23 i 24 Llei 40/2015, d'1 d'octubre), sense que això impliqui la il·legalitat de la incorporació a la plantilla d'una administració pública d'una persona lligada per una relació de parentiu, d'afinitat o d'amistat amb algun altre càrrec o persona integrant de l'organització d'aïtal administració pública.

En aquest mateix sentit, cal recordar l'article 53 del Reial Decret Legislatiu 5/2015, de 30 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de l'Estatut Bàsic de l'Empleat Públic, que diu: *"Se abstendrán (els empleats públics) 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"*.

De fet, d'existir un hipotètic conflicte d'interessos, aquest existiria si la relació d'afinitat o parentiu es produeix entre qui nomena i la persona nomenada.

I això és especialment predicable respecte al personal eventual, en tant que es tracta de personal de nomenament i cessament lliure i que ha de desenvolupar una funció d'assessorament i confiança especial i respecte a la resta de personal en general, ja que, en aquest cas, resulta d'aplicació el dret a accedir als càrrecs públics en condicions d'igualtat, mèrit i capacitat.



GERÈNCIA DE RECURSOS
Direcció dels Serveis Jurídics
Direcció de l'Àrea de Règim Jurídic

Pl. Carles Pi i Sunyer, 8-10, 1a planta
08002 Barcelona
Tel. 93 402 33 92
Fax 93 402 34 67

En conseqüència, resulta conforme a dret i totalment adequat al nostre ordenament jurídic aplicable en matèria de funció pública i en matèria de règim jurídic del sector públic establir l'obligació d'abstenir-se quan concorri qualsevol de les causes previstes legalment (cas del parentiu o l'afinitat).

En conseqüència, es conclou del que s'ha exposat que la redacció proposada per la Gerència de Recursos és, en termes estrictament jurídics, ajustada a Dret.

2.2.- Consideracions a la proposta de supressió de la Disposició Transitòria.

El grup Municipal d'Esquerra Republicana de Catalunya proposa modificar aquesta Disposició transitòria en el següent sentit: *"En compliment dels principis de bona governança i de les normes relatives als conflictes d'interessos, el Govern municipal haurà de revisar l'adequació de les contractacions a les disposicions d'aquest codi de conducta; contractacions, directes o indirectes, i els processos de selecció de personal efectuats abans de l'entrada en vigor d'aquest codi, i efectuades entre totes les persones destinatàries i subjectes a aquest Codi i afectades pels conflictes d'interessos de l'article 8, i l'Ajuntament i entitats vinculades a aquest, com a garantia de transparència i bona governança"*

A la vista d'aquesta al·legació es demana informe a aquesta Direcció sobre la legalitat de la Disposició Transitòria que va ser modificada respecte de la seva versió inicial arrel de l'acceptació d'una al·legació del Partit Popular durant la Comissió de Presidència, Drets de Ciutadania, Participació i Seguretat i Prevenció del passat 22 de març a la que abans s'ha fet referència que va suposar la inclusió d'aquesta Disposició amb els següents termes: *En compliment dels principis de bon govern i de les normes relatives als conflictes d'interessos, el Govern Municipal haurà de replantejar-se les contractacions, directes o indirectes, i els processos de selecció de personal efectuats abans de l'entrada en vigor d'aquest codi, i efectuades entre totes les persones destinatàries i subjectes a aquest Codi i afectades pels conflictes d'interessos de l'article 8, i l'Ajuntament i entitats vinculades a aquest, com a garantia de transparència i bon govern.*

La primera qüestió que es planteja del redactat a analitzar és el seu àmbit i extensió ja que aquest no queda suficientment clar.

Efectivament, de la seva lectura sembla desprendre's que es pretén revisar tant les contractacions del sector públic com la selecció de personal i provisió de llocs de treball. Si aquesta és la voluntat, manca aclarir si la pretensió és que revisin tots els processos de selecció i de provisió en general o només els del personal al què s'aplica el codi de conducta.

És evident que en el cas que es volgués aplicar a personal en general, l'article és inviable, ja que caldria aplicar la regulació de la revisió d'ofici i la resta de normativa administrativa. A més, en el seu cas, caldria analitzar la composició del tribunal, ja que en funció de si la



GERÈNCIA DE RECURSOS
Direcció dels Serveis Jurídics
Direcció de l'Àrea de Règim Jurídic

Pl. Carles Pi i Sunyer, 8-10, 1a planta
08002 Barcelona
Tel. 93 402 33 92
Fax 93 402 34 67

intervenció de la persona amb deure d'abstenció hagués estat o no determinant, es produiria o no la il·legalitat del nomenament. En cas negatiu, la revisió i la corresponent remoció és inviable.

En el mateix sentit si aquesta Disposició inclou les adjudicacions contractuals en el marc de la llei de contractes del sector públic la conclusió és la mateixa ja que s'hauria generat un acte favorable a terceres persones la revisió del qual no es pot dur a terme fora dels canals que estableix la legislació general de procediment administratiu.

Per altra banda, caldria especificar què significa contractació directa o indirecta, ja que no s'entén si es refereix a contractes amb o sense concurrència o si es refereix a l'existència d'un conflicte d'interessos directe o a través de tercers.

Aquest són aspectes que caldria aclarir per garantir la coherència del text i evitar dificultats en la seva aplicació.

En segon lloc, no quedar tampoc clar quin és la voluntat final amb aquesta disposició. És a dir, introdueix una obligació de revisió de les actuacions fetes en aquests àmbits amb anterioritat a l'entrada en vigor del Codi ètic? Aquesta obligació de revisió comportaria també, en el seu cas, l'aplicació del règim sancionador?

Certament, cas de considerar-se aquesta última opció es planteja la qüestió de la retroactivitat de les disposicions sancionadores.

Cal tenir present que el Codi ètic es dicta a l'empara de l'article 55.3 de la Llei de transparència que preveu que *"El Govern, els ens locals i els altres organismes i institucions públiques inclosos en l'article 3.1 han d'elaborar un codi de conducta de llurs alts càrrecs que concreti i desenvolupi els principis d'actuació a què fa referència l'apartat 1, n'estableixi altres d'addicionals, si escau, i determini les conseqüències d'incomplir-los, sens perjudici del règim sancionador establert per aquesta llei"*.

Aquesta mateixa norma, en el seu article 76 preveu que *"1. L'incompliment dels deures i les obligacions establerts per aquesta llei per part de les persones que en són responsables comporta l'aplicació del règim sancionador regulat per aquest capítol. 2. El règim sancionador d'aquest capítol no s'aplica si els fets poden ésser constitutius d'infracció penal ni tampoc si, d'acord amb la llei, pot ésser aplicable un altre règim de responsabilitat administrativa o de naturalesa jurisdiccional, sempre que es doni també identitat de subjecte i fonament. 3. En tot allò que no determina aquest capítol són aplicables els principis i les regles generals sobre l'exercici de la potestat sancionadora i el procediment sancionador, establerts per la legislació bàsica i per la legislació de la Generalitat en matèria de règim jurídic i procediment administratiu comú"* i, quan correspongui, es preveu a l'article 78.3.g) que són infraccions



GERÈNCIA DE RECURSOS
Direcció dels Serveis Jurídics
Direcció de l'Àrea de Règim Jurídic

Pl. Carles Pi i Sunyer, 8-10, 1a planta
08002 Barcelona
Tel. 93 402 33 92
Fax 93 402 34 67

greus aquelles conductes que suposin *"Incomplir els principis de bona conducta establerts per les lleis i els codis de conducta, sempre que no constitueixin una infracció molt greu"*.

Per tant, arrel de l'aprovació del Codi ètic el seu incompliment, previ la tramitació del procediment que correspongui, pot arribar a comportar la imposició d'una sanció.

L'article 9.3 de la Constitució preveu que *"3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos"* i l'article 25 que *"Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento"*.

El mateix principi d'irretroactivitat s'estableix a l'article 26 de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de Règim Jurídic del Sector Públic.

Tenint en compte aquests principis que s'acaben d'exposar es conclou que les disposicions del Codi ètic quin incompliment pot constituir infracció no podrien ser aplicats de manera retroactiva ja que això pot comportar sancionar una conducta que en el moment de dur-se a terme aquesta no era considerada infracció.

Des d'aquesta vessant la supressió de la Disposició transitòria segona plantejada per l'òrgan gestor seria ajustada a dret en tant que el seu manteniment pot vulnerar aquest principi d'irretroactivitat.

Per contra, si no hi hagués aquesta vessant sancionadora, sinó més de revisió d'ofici, podria mantenir-se la Disposició transitòria si bé caldria modificar el seu redactat per tal d'aclarir aquelles qüestions a les que s'ha fet referència en aquest apartat garantint així la seva correcta aplicació.

3.- Conclusiones.

A la vista de tot el que s'ha exposat es conclou el següent:

- La redacció sotmesa a informe, *"En matèria de selecció de personal i provisió de llocs de treball s'aplicaran els mecanismes d'abstenció i recusació previstos a la normativa reguladora de la funció pública, als efectes d'evitar els conflictes d'interès en aquests processos.*

En matèria de contractació pública, seran d'aplicació les prohibicions de contractar previstes a la normativa sectorial de contractació pública", es considera ajustada a Dret en el benentès que en la contractació de personal eventual no hi ha norma que



GERÈNCIA DE RECURSOS
Direcció dels Serveis Jurídics
Direcció de l'Àrea de Règim Jurídic

Pl. Carles Pi i Sunyer, 8-10, 1a planta
08002 Barcelona
Tel. 93 402 33 92
Fax 93 402 34 67

ho limiti en aquest sentit i es tracta d'un personal contractat en base als principis de confiança o assessorament que, en tot cas, cessa quan ho fa aquell qui el nomena.

No obstant, per garantir la coherència amb el text del Codi i el seu abast es proposa el següent redactat alternatiu: *"Respectar estrictament, en matèria de selecció de personal i de provisió de llocs de treball, les normes aplicables en matèria d'abstenció i de recusació als efectes d'evitar qualsevol tipus de conflicte d'interès.*

Aplicar i respectar les prohibicions de contractar previstes per la normativa reguladora dels contractes del sector públic".

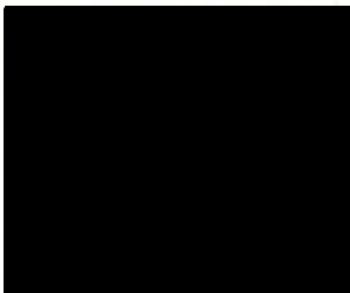
- La proposta de supressió de la Disposició transitòria segona es considerada ajustada a Dret sempre que la seva finalitat sigui la d'establir un règim sancionador envers conductes realitzades amb anterioritat a l'entrada en vigor del Codi ja que, de ser així, pot comportar l'aplicació retroactiva de disposició sancionadora en contra dels principis constitucionals i legals.

Cas contrari, pot mantenir-se la Disposició si bé caldrà revisar la seva redacció per evitar problemes interpretatius i d'aplicació futurs.

Barcelona, 18 de juny de 2017.



Sandra Abad Garcia
Lletrada Consistorial



Manuel Mallo Gómez
Director de l'Àrea de Règim Jurídic



Albert M. Solé Benito
Director dels Serveis Jurídics.