



En ROBERT RUBIÓ OCHOA, secretari del Comitè de l'Ajuntament de Barcelona, amb facultat per certificar segons el que disposa l'article 17 del Codi ètic i de conducta de l'Ajuntament de Barcelona («Codi») en relació amb l'article 16 del Reglament intern de funcionament del Comitè d'Ètica de l'Ajuntament de Barcelona.

CERTIFICO

Que de l'Acta corresponent a la sessió celebrada el 21 de desembre de 2020, actuant com a secretari qui certifica, s'exposen els següents punts:

- A. Que la sessió es va celebrar a l'Ajuntament de Barcelona.
- B. Que la sessió va ser convocada d'acord amb l'article 17.2 del Codi.
- C. Que l'esmentada sessió va quedar vàlidament constituïda per l'assistència de tots els membres del Comitè que, d'acord amb el previst a l'article 15 del Codi, formen el Comitè d'Ètica, mantenint-se el quòrum de constitució durant tota la sessió.
- D. Que d'acord amb l'article 16 del Reglament intern de funcionament del Comitè d'Ètica de l'Ajuntament de Barcelona, el Secretari podrà emetre certificació acreditativa dels acords adoptats, sens perjudici de l'aprovació posterior de l'acta, si especifica aquesta circumstància.
- E. Que entre els acords sotmesos a votació hi figura, entre d'altres, l'aprovació de la Memòria del Comitè d'Ètica de l'Ajuntament de Barcelona corresponent als exercicis 2018-2019 que s'annexa, aprovada per unanimitat.

I perquè consti als efectes oportuns, signo i lliuro la present certificació, en data 28 de desembre de 2020.

EL SECRETARI



Ajuntament
de Barcelona

Comitè d'Ètica

1


MEMÒRIA

- Comitè d'Ètica –

2018-2019

ÍNDEX

Presentació

- 
1. Introducció
 2. Codi Ètic i de Conducta
 3. Estructura orgànica i funcional del Comitè d'Ètica
 1. Norma reguladora
 2. Comitè d'Ètica - CE
 - a. Funcions
 - b. Composició
 - c. Organització
 4. Arquitectura ètica de l'Ajuntament de Barcelona
 5. Activitat del CE – Expedients tramitats
 6. Conclusions

Glossari

ANNEXOS

Annex 1. Declaració de confidencialitat

Annex 2.

- Informes emesos CE 2018-2019.
- Recomanacions emeses CE 2018-2019.
- Altres actuacions

Annex 3. Memòria 2018-2019 Direcció de Serveis d'Anàlisi

PRESENTACIÓ

3

El preàmbul del Codi ètic i de conducta de l'Ajuntament de Barcelona (en endavant, Codi) cita diverses normatives tals com la Carta de drets fonamentals de la Unió Europea de l'any 2000; la Llei 22/1988, de 30 de desembre, la Carta Municipal de Barcelona; la Llei 19/2014, del 99 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern i Recomanació 60 (1999), del Consell d'Europa, que codifica el codi europeu de conducta per la integritat política dels representants locals i regionals electes; la Recomanació (2000) 10, del Consell d'Europa, sobre els codis de conducta per a les persones empleades públiques i el seu memoràndum explicatiu, així com el Codi de bona conducta de la Unió europea, aprovat pel Parlament el 2001, en desplegament de l'article 41 de la Carta de drets fonamentals. Aquestes normatives han inspirat la redacció de este Codi ètic i de conducta i en compliment del seu article 15 es crea el Comitè d'ètica per impulsar, fer el seguiment i avaluar el compliment d'aquest Codi.

Un dels objectius del Comitè d'ètica (en endavant, CE) és impulsar accions i actuacions dins del seu àmbit d'actuació que serveixin per vehicular la consolidació de l'ètica en la gestió pública d'aquest Ajuntament.

Volem deixar palès el comportament exemplar d'aquesta institució, però no volem deixar passar l'oportunitat que ens ofereix el ser membres d'aquest comitè per a aconseguir un paper de coadjuvant per fomentar l'ètica pública com a element clau que pot ajudar a conscienciar sobre els principis de conducta establerts en aquest Codi i que poden generar una major excel·lència en la qualitat i gestió dels serveis públics i la satisfacció dels interessos col·lectius.

Un dels principals reptes es afrontar el foment de l'ètica pública, però no només amb l'establiment dels valors, sinó amb la seva interiorització i en aplicar-los en la pràctica diària al intentar esvair comportaments estandarditzats i aconseguir millores en conductes que incideixen transversalment i que ajudin a consolidar els valors ètics.

Creiem, amb fermesa, que qualsevol millora en la gestió dels organismes públics, sustentada en tècniques e innovacions, a fi d'assolir una major eficiència i responsabilitat en les seves atribucions, només s'aconseguirà si es fomenten els principis i valors ètics en els servidors públics. Com a consideració final, compartim amb tots vosaltres aquesta encertada reflexió d'Aristòtil (Política 1322a. 33-34):

4

“La ciutat no podrà ser virtuosa si no ho són els ciutadans que participen en el seu govern”

1. INTRODUCCIÓ

L'any 2017 l'Ajuntament de Barcelona va aprovar el Codi que té per objecte procurar la confiança de les persones vers aquesta institució municipal, vetllant per garantir la integritat institucional, l'accés a la informació pública i el retiment de comptes.

D'acord amb el Codi, l'any 2018 l'Ajuntament de Barcelona va nomenar els membres del CE que té la missió de vetllar pel compliment del Codi, formulant recomanacions com a conseqüència de les sol·licituds que se li adrecen.

D'aquesta manera, l'Ajuntament de Barcelona se situa a l'òrbita en la qual, en virtut d'acords i recomanacions nacionals i internacionals, han anat ingressant moltes de les institucions públiques i privades.

Donada la proximitat que les administracions municipals tenen en relació amb els ciutadans, aquestes bones pràctiques inspirades en la idea de transparència, que ha de guiar tota l'acció pública, emmenem aquesta decisió a tenir una transcendència cabdal.

Sense remuntar-nos als codis professionals que regulaven el comportament de determinades professions (de vegades coneguts com codis d'honor), ha estat en les darreres dècades que aquesta pràctica s'ha anat desenvolupant. No és aliè a aquest fet el desenvolupament de l'ètica com a disciplina que ha comportat un gran progrés en les anomenades ètiques aplicades, com per exemple la bioètica, l'ètica pública o l'ètica empresarial, que avui són disciplines acadèmiques ensenyades a les universitats i amb publicacions de prestigi internacional.

Com és sabut, d'altra banda, la globalització ha representat també un nou lloc per les grans ciutats del món, cridades a ser els nodes de la governança del futur. Per això moltes ciutats del món han aprovat també codis d'ètica per tal de procurar el bon funcionament d'aquesta governança i generar confiança entre els seus ciutadans i aquestes metròpolis.¹

¹ Poden consultar-se en aquest sentit, per exemple: Nova York (<https://www1.nyc.gov/site/coib/the-law/chapter-68-of-the-new-york-city-charter.page>), Londres (<http://www.london.ca/city-hall/city-council/AZ%20Documents/Code%20of%20Ethics.pdf>) o París (<https://www.paris.fr/pages/la-commission-de-deontologie-des-elu-e-s-du-conseil-de-paris-3167>)

6

També a Catalunya s'ha implementat aquest mecanisme dels codis i comitès d'ètica com a mecanisme reconegut per impuls de les bones pràctiques públiques. En aquest sentit cal ressaltar l'existència de la Xarxa de Comitès d'Ètica de l'Administració de la Generalitat de Catalunya i de les entitats dels seu sector públic, compostat per nou comitès d'ètica de diferents àmbits de l'Administració, amb finalitats coincidents amb les fins ara descrites sobre els valors i el paper de l'ètica en el servei públic, i la promoció de pràctiques que afavoreixin la integritat i l'actuació ètica en el servei públic, especialment en àmbits com la contractació, els conflictes d'interès, les incompatibilitats, subvencions, funció i direcció públiques, protecció d'alertadors i anonimització de bústies ètiques i marc d'integritat².

Globalment els codis d'ètica han estat reconeguts en la Recomanació sobre Integritat Pública que va adoptar el Consell de l'OCDE l'any 2017, en la mesura que la integritat pública es refereix al compromís i compliment de valors, principis i normes ètiques, per tal de mantenir i donar prioritat en el sector públic als interessos públics per sobre dels privats.

D'aquesta manera els codis d'ètica , i els comitès d'ètica que els apliquen, es constitueixen en eina per enfortir la confiança de la ciutadania en els poders públics, abordant des del compromís polític les bones pràctiques, tot introduint els valors de la integritat en l'actuació pública.

És en aquest punt que Barcelona, com a ciutat compromesa i metròpoli global, s'ha dotat d'una eina incipient per crear una arquitectura ètica que doni resposta als reptes de la governança del segle XXI, de la qual el CE pren un rol central.

El Plenari del Consell Municipal, en sessió del dia 30 de juny de 2017, va aprovar definitivament el Codi, que en el seu preàmbul conté elements destacables que defineixen la construcció d'un marc d'integritat. Per tant, aquesta codificació té com a funció la millora de la confiança de la ciutadania en les seves institucions mitjançant el disseny d'una estructura ètica.

Volem, deixar palès algunes parts del preàmbul d'aquest Codi ètic que aporta elements

² http://politiquesdigitals.gencat.cat/ca/pgov_ambits_d_actuacio/administracio-publica/eticapublica/xarxacomites/

destacables dins d'aquest marc integritat de l'Ajuntament de Barcelona.

7 “El bon govern i la bona administració, en tant que obligacions jurídiques que vinculen els servidors públics i actuen com a límit en el nucli de l'exercici de les potestats discrecionals, exigeixen adoptar instruments que garanteixen el seu compliment, com és el disseny d'una infraestructura ètica que integri el marc d'integritat institucional, en el que l'elaboració i aprovació d'un codi ètic i de conducta esdevé una peça clau, juntament amb mecanismes eficaços de responsabilitat i control, que garanteixin també la vigilància ciutadana.”

“El Codi recull els valors i principis ètics i de bon govern que han de ser presents i informar tota l'actuació municipal i regula les normes de conducta que necessàriament han d'observar les persones a les què li és d'aplicació, en desenvolupament de les previsions legals que determinen aquests principis d'actuació, respecte de les quals l'Ajuntament considera que cal afegir més concreció o que cal fer especial incidència, sens perjudici de la seva submissió a la Llei i al Dret, que és la font de legitimitat de la seva actuació.”

“Quan el seu contingut, d'acord amb el què resulta del què s'ha indicat anteriorment, el Codi recull aquells valors i principis ètics que, de manera general, resulten exigibles en qualsevol actuació de les i els càrrecs electes, el personal directiu i el personal eventual municipal, així com també les normes de conducta tant de caràcter general com, específicament, aquelles fixades per fer front a potencials conflictes interessos. En aquest sentit, es fa especial incidència en garantir una actuació objectiva, imparcial i exemplar, i també es regulen pautes de conducta addicionals que contribueixen a evitar els conflictes d'interessos en matèria de contractació pública i en l'activitat de foment. Així mateix, es preveuen expressament normes de conducta en l'àmbit de la gestió de personal, dels recursos públics i de la transparència”.

La doctrina especialitzada en anàlisis d'estructures organitzatives de les Administracions Públiques, i de la que el Sr. Rafael Jiménez Asensio (jurista prestigiós, consultor i professor universitari) és un exponent representatiu, ha lloat en diversos articles³ el bon plantejament del Codi, en relació a la distinció entre valors i normes de conducta i el paper destacat del propi CE en la gestió i evolució del Codi. El CE té composició paritària, plural i amb experiència, articulant-se com un òrgan amb elevat potencial d'autonomia funcional i amb un

³ “Código Ético y de Conducta del ayuntamiento de Barcelona”, La Mirada Institucional, Rafael Jiménez Asensio.



**Ajuntament
de Barcelona**

Comitè d'Ètica

disseny institucional que es certament avantguardista.

8

2. CODI ÈTIC I DE CONDUCTA

El Codi és una disposició normativa de caràcter general. L'article 55.3 de la Llei 19/2014, de 29 de desembre, obliga a elaborar un codi de conducta dels alts càrrecs que concreti i desplegui els principis d'actuació a què fa referència l'article 55.1, i determini les conseqüències d'incomplir-los.

Són finalitats perseguides pel Codi ètic:

- | Declarar els valors ètics i els principis d'actuació i de bon govern d'aquest Ajuntament.
- | Determinar les normes de conducta i explicitar els mandats i les prohibicions que han d'observar les persones destinatàries.
- | Proporcionar eines per resoldre eventuais conflictes ètics de les persones destinatàries, d'acord amb les funcions i les competències que tinguin atribuïdes.
- | Informar totes les persones sobre quina conducta i quin tracte han de rebre per part de les persones obligades pel Codi quan hi tinguin tractes.
- | Garantir una gestió íntegra, eficient i transparent de l'Ajuntament i les seves entitats dependents.
- | Assegurar una actuació íntegra i transparent dels subjectes obligats en l'exercici de les seves funcions.

El Codi recull, com a principis rectors de l'activitat municipal, els principis ètics i els valors de governança que han d'informar l'actuació municipal. Regula les normes de conducta que necessàriament han d'observar les persones a les quals és aplicable, especialment les destinades a prevenir i gestionar els conflictes d'interès. Així mateix incorpora normes de conducta concretes en l'àmbit de la gestió de personal; dels recursos públics: de la transparència; de la contractació pública i de l'activitat de foment.

El Codi preveu superar el mínim legal establert configurant-se com un engranatge més del marc d'integritat que s'ha anat construint a l'Ajuntament de Barcelona en els últims anys i preveu la creació d'un Comitè d'Ètica amb la missió d'impulsar i avaluar el seu seguiment.

10

El CE és un òrgan col·legiat consultiu, de composició paritària, integrat per un màxim de cinc persones entre professionals de prestigi reconegut en l'àmbit de la defensa de l'ètica, la integritat i la transparència públiques, entre els quals hi ha d'haver dos juristes. Els membres són proposats per la Comissió de Presidència, Drets de Ciutadania, Participació, Seguretat i Prevenció del Ple, elegits mitjançant un acord adoptat pel Ple del Consell Plenari, per una majoria de dos terços, i nomenats per l'Alcaldia, per a un mandat de cinc anys, que pot ser renovat per cinc anys més.

El Codi no té un caràcter merament programàtic, doncs, d'acord amb el que disposa la Llei 19/2014, de 29 de desembre, preveu que les infraccions de les normes de conducta en ell contingudes es tipifiquin com a infraccions greus en matèria de bon govern i es sancionen de conformitat amb el que preveu la mencionada Llei. .

El Codi s'aplica en l'àmbit de l'Ajuntament i a les entitats vinculades o dependents de qualsevol nivell. Són persones destinatàries del Codi les següents: membres electes, comissionats/ades, consellers/eres de districte, titulars o membres dels òrgans de govern de les entitats municipals vinculades o dependents, personal directiu d'ajuntament i equivalent d'aquestes entitats, personal d'alta direcció, titulars de la Secretaria, de la Intervenció General i de la Tresoreria, i el personal eventual.

El Codi també s'aplica a les persones que formen part de les meses de contractació, les juntes de valoració i els tribunals de selecció, com a membres d'aquests òrgans i en l'exercici de les funcions que els són inherents.

Especial atenció mereix la seva tramitació, tota vegada que es va proposar atorgar el tràmit d'audiència a diferents entitats, degut a la transcendència del Codi en matèria organitzativa de personal i atès que concreta principis ètics i normes de conducta el compliment dels quals és susceptible de ser avaluat per la societat civil i per organismes de control extern, de garantia de drets i llibertats fonamentals o de dret d'accés a la informació, i que preveu la creació d'una infraestructura ètica per garantir el compliment de les previsions del Codi. S'enumeren a continuació les referides Entitats:

- Sindicats (CCOO, UGT, SAPOL, CGT, ASI, SPPM)

- APTAB (Associació Professional de Tècnics i Tècniques de l'Ajuntament de Barcelona)
- Junta de Personal
- Comitè d'Empresa
- Síndic de Greuges de Catalunya
- Síndica de Greuges de Barcelona
- Oficina Antifrau de Catalunya
- Comissió de Garanties del Dret d'Accés a la Informació Pública de la Generalitat de Catalunya,
- Observatori Ciutadà Municipal de Barcelona
- Xnet

11

També en compliment de la proposició número M1519/2334, del Grup Municipal del Partit dels Socialistes de Catalunya, aprovada per unanimitat per la Comissió de Presidència, Drets de Ciutadania, Participació i Seguretat i Prevenció en la sessió del 29 de desembre de 2015, a banda d'obrir a la participació ciutadana el debat sobre aquest Codi, se'n va donar compte al Consell de Ciutat.

A més, l'avantprojecte de Codi ètic i de conducta es va difondre internament en diversos espais destinats a donar a conèixer i debatre les actuacions municipals. De manera que l'avantprojecte es va presentar a la taula de gerents de districte (6 d'abril de 2016), a les taules de coresponsabilitat de serveis generals i d'atenció a les persones i territori (9 de març de 2016), a les reunions informatives als referents de transparència organitzades pel Departament de Transparència, del 7 al 14 de març de 2016 i a la jornada de participació interna de la Gerència al PAM 2016-2019, celebrada el 17 de març de 2016.

L'11 d'abril de 2016, el gerent de Recursos va comunicar l'avantprojecte a tots els gerents municipals, perquè formulessin les observacions que consideressin convenientes abans del

tràmit d'audiència i d'informació pública i perquè el remetessin a qui creguessin que esqueia tenint en compte els destinataris del Codi, per copsar els seus suggeriments.

D'altra banda, l'avantprojecte de Codi de conducta també es va sotmetre a la consideració i al debat del Consell Assessor per a la Transparència, en la sessió del 27 de juny de 2016.

A més, el 30 de març de 2016, el gerent de Recursos va comunicar l'avantprojecte de codi a les entitats descrites abans, per atorgar el tràmit d'audiència en el marc d'un període obert a la formulació de qualsevol suggeriment, aportació o esmena, sens perjudici del tràmit preceptiu d'informació pública.

En el marc d'aquest període obert de consulta, el 20 de juny de 2016 es van rebre les observacions formulades a l'avantprojecte per part de l'Oficina Antifrau de Catalunya.

En compliment dels principis de bon govern i de participació ciutadana en l'elaboració de normes, l'avantprojecte es va publicar en el portal de Transparència el 7 d'abril de 2016 i es va obrir un procés participatiu que convidava la ciutadania a formular propostes i suggeriments al text presentat.

Atesa la naturalesa jurídica i el contingut del projecte normatiu objecte d'aprovació, el Govern municipal va propiciar assolir un consens polític previ a l'inici de la tramitació del Codi de conducta.

És per això que, un cop incorporades les aportacions fetes per les persones i les entitats convocades en aquests períodes de consulta, que van ser preses en consideració, el 6 d'abril de 2016 la Tercera Tinència d'Alcaldia va facilitar a tots els grups municipals l'avantprojecte de Codi de conducta per conèixer-ne la valoració i convidar-los a aportar-hi també les seves esmenes.

Els grups municipals van debatre les seves aportacions en les sessions dels dies 12 d'abril, 9 de juny i 4 d'octubre de 2016. El resultat d'aquest debat és el consens assolit per tots els grups municipals en el projecte normatiu de Codi que es va sotmetre a l'aprovació de la Comissió de Govern en la sessió del 15 de desembre de 2016.

El projecte de Codi ètic i de conducta va ser aprovat inicialment per la Comissió de Presidència, Drets de Ciutadania, Participació i Seguretat i Prevenció en la sessió del 22 de març de 2017 i es va sotmetre a informació pública el 6 d'abril de 2017.

13

Hi van formular al·legacions el Grup Municipal PDCAT-Unió-Demòcrates, el Grup Municipal d'Esquerra Republicana de Catalunya, el Grup Municipal del Partit Popular i l'Oficina Antifrau de Catalunya.

El Codi es va aprovar definitivament per acord del Plenari del Consell Municipal en la sessió del 30 de juny de 2017, es va publicar oficialment el 13 de setembre de 2017 i va entrar en vigor al cap de 20 dies de la seva publicació.

La tramitació i la documentació acreditativa es pot consultar en aquest ***enllaç***.

<https://ajuntament.barcelona.cat/transparencia/ca/tramitacio-del-codi-etic-i-de-conducta-de-lajuntament-de-barcelona>

3. ESTRUCTURA ORGÀNICA I FUNCIONAL DEL COMITÈ D'ÈTICA

3.1 Norma reguladora

14

Aquesta primera Memòria pretén divulgar els trets fonamentals del Codi tal i com es reflecteix en aquesta norma reguladora.

El Codi és un compromís de l'Ajuntament de Barcelona per establir mecanismes que millorin la confiança de totes les persones vers les institucions i els seus representants, i que vetllin per garantir la integritat institucional, l'accés a la informació pública i el retiment de comptes. Amb aquest objectiu, l'Ajuntament va aprovar el Codi, que té naturalesa de disposició normativa de caràcter general, en compliment del mandat que determina l'article 55.3 de la Llei 19/2014, de 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern.

El Codi recull els principis ètics i els valors de bona governança que han d'informar tota actuació municipal i regula les normes de conducta que necessàriament han d'observar les persones per a les quals és d'aplicació, especialment les relatives als conflictes d'interessos. El codi determina els mecanismes i procediments per garantir-ne l'efectivitat, avaluació i impuls.

La tramitació del Codi, a proposta de la Comissió de Govern, es va realitzar d'acord amb el procediment normatiu dels articles 108 i 114 del Reglament orgànic municipal. Va ser aprovat pel Plenari del Consell Municipal, en exercici de les atribucions previstes a l'article 11.1.b) i e) de la Llei 22/1998, de 30 de desembre, de la Carta municipal de Barcelona, en sessió del dia 30 de juny de 2017, i es va publicar al Butlletí Oficial de la Província de Barcelona del 13 de setembre de 2017, entrant en vigor als 20 dies de la seva publicació.

El Codi ètic està estructurat en:

1 Preàmbul

5 Capítols

- Capítol 1. Disposicions generals

- Capítol 2. Principis rectors de l'activitat municipal
- Capítol 3. Normes de conducta
- Capítol 4. Pautes de conducta en matèria contractual, de subvencions i ajuts públics
- Capítol 5. Sistemes de seguiment i avaluació

Dos Disposicions addicionals

Dos Disposicions transitòries

Dos Disposicions finals

Com diu l'Exposició de Motius *“el Codi té la naturalesa de disposició normativa de caràcter general, en compliment del mandat que determina l'article 55.3 de la Llei 19/2014, del 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, en exercici de la potestat d'autoorganització que li atribueix el seu règim especial, i per les obligacions que les persones a les què es dirigeix han d'assumir en integrar-se en determinats nivells essencials de l'organització municipal”*.

El seu àmbit d'aplicació subjectiu afecta als càrrecs electes, el personal directiu i el personal eventual municipal tant de l'Ajuntament de Barcelona com de les entitats municipals vinculades o dependents del Ajuntament. D'aquesta forma el Codi és aplicable a qualsevol nivell organismes autònoms, entitats públiques empresarials, societats mercantils municipals o amb participació municipal majoritària, i consorcis, fundacions i associacions dependents de l'Ajuntament de Barcelona.

El Codi ètic també incorpora l'obligació d'implementar mecanismes de difusió i formació en els valors, principis i normes de conductes que conté, i regula els mecanismes i procediments orientats a garantir la seva efectivitat, avaluació i impuls. En aquest sentit, es preveu que sigui el CE, amb una composició paritària, plural i d'expertesa, l'encarregat de vetllar per l'impuls, el seguiment i l'avaluació del compliment del Codi.

3.2 Comitè d'Ètica – CE

Com s'ha avançat, per disposició del Capítol V del Codi, relatiu als sistemes de seguiment i avaluació, s'estableix la creació d'un CE per impulsar, fer el seguiment i avaluar el compliment del Codi.

a. Funcions

Les funcions del CE estan directament relacionades amb la naturalesa del Codi. Segons l'article 4 del Codi, la norma reguladora és “*una disposició normativa de caràcter general de caràcter reglamentari*”. Dit això, l'aplicació del Codi per part de la CE “*només pot comportar la formulació de recomanacions de reforma i millora de la gestió municipal*”. Per tant, la funció del CE és fer aquestes recomanacions i la redacció d'informes, vinculats a l'exercici d'aquestes funcions, que li siguin sol·licitats (art. 4 en relació amb l'art. 15 Codi).

Malgrat que l'aplicació del Codi per part del CE s'evacua mitjançant recomanacions, en cas d' incompliment d'aquest es pot derivar l'exigència de les responsabilitats que corresponguin a les persones destinatàries (art. 18 Codi).

Les funcions del CE estan recollides al l'article 15 del Codi es poden agrupar en:

- a) Funcions formatives o de difusió del Codi i de la cultura de la bona governança (art. 16 lletra a), b) i c) del Codi i art. 3 lletra a, b i c del RICE).
- b) Funcions d'aplicació del Codi mitjançant recomanacions i els informes que li siguin sol·licitats (art. 16 lletra b), d), e) i f) del Codi i art. 3 lletra d i e del RICE).
- c) Funcions gestores (art. 16 lletra g) i h) del Codi). Entre elles, figura l'elaboració d'aquesta Memòria.

En atenció a aquestes funcions, el CE pot emetre els següents documents:

1. Formular recomanacions de reforma i millora de la gestió municipal (art. 4 i

art. 15.1 e) Codi).

2. Formular recomanacions sobre els incompliments del Codi. Aquestes recomanacions es basen en les actuacions investigadores de la Direcció de Serveis d'Anàlisi i de la Bústia Ètica, com a òrgan de control (art. 16.1.d) Codi).
3. Emetre els informes que li siguin sol·licitats en relació a l'aplicació del Codi.
4. Emetre dictamen previ en relació als procediments sancionadors al personal directiu i al personal eventual per infraccions del Codi (art. 18.3 Codi).

Cal fer referència que les infraccions del Codi són infraccions greus, d'acord amb allò establert a l'article 78.3 g) de la Llei 19/2014, de 29 de desembre, i seran sancionats de conformitat amb el previst a l'article 81.1.b) d'aquesta Llei (art, 18.1 Codi).

En relació amb les eventuais responsabilitats dels càrrecs electes municipals té un règim diferent on no intervé el Codi (art. 18. 4 Codi).

Finalment, es poden adreçar al CE qualsevol persona, a més dels servidors públics al servei dels òrgans i unitats integrants de l'Ajuntament de Barcelona i de les entitats que componen l'Administració municipal. Ho poden fer ho mitjançant una comunicació que ha contenir una descripció suficient dels fets que permetin identificar la conducta infractora (art. 12 del RICE). Les comunicacions es poden presentar a través de l'òrgan de control, la Direcció de Serveis d'Anàlisi (en endavant, DA), directament o a través de la Bústia Ètica i de Bon Govern⁴.

b. Composició

El CE és nomenat pel plenari de l'Ajuntament de Barcelona d'entre professionals de reconegut prestigi en l'àmbit de la defensa de l'ètica, la integritat i la transparència

⁴ <https://bustiaetica.barcelona.cat>

públiques.

És un òrgan col·legiat consultiu amb assistència i suport tècnic de l'òrgan de control – DA (art.15.1 Codi i art. 2 del RICE) i, en conseqüència, els seus informes i recomanacions no tenen caràcter vinculant. Alhora gaudeix d'independència, doncs els seus membres exerceixen les seves funcions amb plena autonomia, independència, objectivitat i imparcialitat i no poden rebre instruccions de cap òrgan, autoritat o càrrecs municipals (art. 15.4 Codi). A més són inamovibles (art. 15.5 Codi) fora de les causes establertes al propi Codi i al RICE.

Els candidats que composarien el primer Codi van estar proposats pels diferents grups municipals i es van sotmetre a una sessió oberta d'audiència, anomenada "hearing", per respondre a les preguntes de regidors i membres del Consell Assessor per a la Transparència (Art. 4 RICE). Aquest mètode, que s'utilitza freqüentment en altres països europeus, va ser, no obstant això, pioner a Espanya.

Efectuades les comprovacions pertinents, el CE es va decidir que el formarien set persones, cinc de les quals en seran vocals: Sr. Josep Joan Moreso, catedràtic de Filosofia del Dret; Sra. Teresa Freixes, catedràtica de Dret Constitucional; Sr. Robert Rubió, advocat; Sr. Norbert Bilbeny, catedràtic d'Ètica; Sra. Maria Dolors Feliu, advocada de la Generalitat. I dues suplents: Sr. Antoni Bosch, notari, i la Sra. Magda Oranich, advocada.⁵

Durant el primer mandat del CE es va produir la renúncia d'un dels seus membres, la Sra. Teresa Freixes, en data 31 de desembre de 2018, que va comportar la seva substitució per un dels membres suplents, el Sr. Antoni Bosch.⁶

c. Organització

Dintre del marc regulador, cal fer referència al Reglament Intern de Funcionament

⁵ DECRET D'ALCALDIA S1/D//2018- 01285 de 17 de maig, de nomenament membres del Comitè d'Ètica de l'Ajuntament de Barcelona.

⁶ DECRET D'ALCALDIA S1/D/2019-00277 de 7 de febrer, d'esmena de l'error material de transcripció dels noms dels membres del Comitè d'Ètica i de nomenament membre del Comitè d'Ètica.

del Comitè d'Ètica (en endavant, RICE) que va ser aprovat per la Comissió de Presidència, Drets de Ciutadania, Participació i Seguretat i Prevenció del dia 13 de febrer de 2019 i publicat al Butlletí Provincial el 25 de febrer de 2019. El RICE regula l'estatut jurídic del CE i el seu procediment d'actuació.

19

L'organització de la CE és senzilla. Formen el CE un total de 5 membres vocals. D'entre els seus membres, un exerceix les funcions de Secretari. El CE decideix el règim de sessions, tot i que s'ha de reunir amb la periodicitat necessària per al compliment de les seves funcions i, en tot cas, almenys quatre vegades a l'any. De les sessions dutes a terme s'aixeca la corresponent acta, però únicament poden fer-se públiques les decisions finals sobre el procediment ja comunicat a la persona o persones interessades (art. 16 CE i art. 8 RICE)⁷.

Les sessions del CE són deliberatives. A tal efecte, hi tenen presència exclusiva els membres del Comitè d'Ètica i el personal de la DA que exerceixi les funcions de suport i que, segons el cas, hagi efectuat les tasques de prèvia investigació de les conductes que puguin suposar l'incompliment del CE.

La DA té encomanades les funcions d'òrgan de control (art. 16.d) i 17.e) Codi), així com d'òrgan d'assistència i suport tècnic del CE (art. 15.1 Codi i 20 RICE).

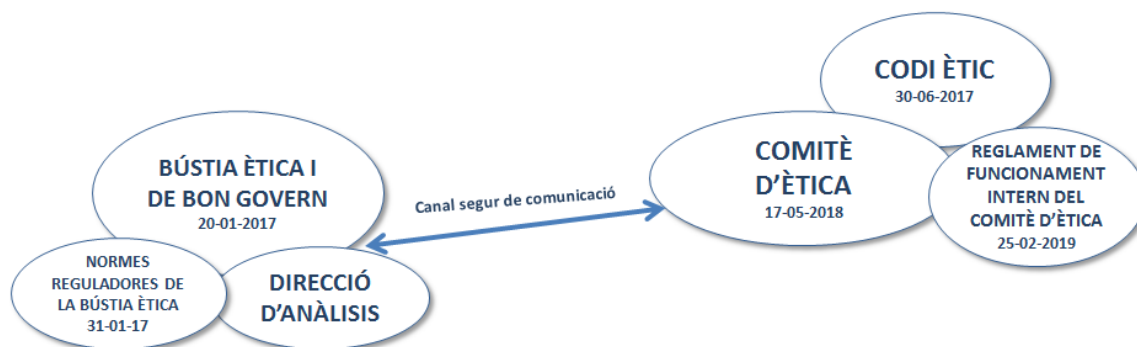
⁷ Com annexa 1 s'acompanya la clàusula de confidencialitat signada pels membres del Comitè d'Ètica.

4. ARQUITECTURA ÈTICA DE L'AJUNTAMENT DE BARCELONA

Són peces fonamentals del marc d'integritat de l'Ajuntament de Barcelona: el Codi ètic; el CE; la Bústia Ètica i de Bon Govern i les seves Normes Reguladores (en endavant, NRBE) i el seu òrgan gestor, la DA.

Marc d'integritat que ha vingut a completar-se amb el Reglament de Funcionament Intern del CE en la mesura que perfecciona el seu estatus jurídic en allò no previst pel Codi i reforça la vinculació entre l'òrgan gestor de la Bústia Ètica, que ja venia establerta en els citats cossos normatius (Codi i NRBE).

Marc integritat Ajuntament de Barcelona



Aquest epígraf ha estat també desenvolupat a la Memòria d'activitats de la Direcció de Serveis d'Anàlisi - DA corresponent als anys 2018 i 2019, al contingut de la qual els membres d'aquest CE s'adhereixen íntegrament i donem per aquí per reproduïts a fi d'evitar reiteracions innecessàries.

S'acompanya com annex 2 la Memòria 2018-2019 de la Direcció de Serveis d'Anàlisi; a l'apartat 1: funcions, naturalesa i organització de la Direcció de Serveis d'Anàlisi (pàg.12-22); i a l'apartat 4: relacionades amb el Codi ètic i de conducta de l'Ajuntament de Barcelona (pàg. 94-103).

5. ACTIVITAT DEL CE - EXPEDIENTS TRAMITATS

21

A continuació, en aquest apartat es recollirà l'activitat portada a terme pel CE durant el període 2018 i 2019. Però abans es fa necessari referir-nos al procés per la efectiva implementació del CE una vegada designats els seus membres per Decret d'Alcaldia S1/D//2018- 01285 de 17 de maig, de nomenament membres del Comitè d'Ètica de l'Ajuntament de Barcelona. En aquest procés d'impuls la DA va tenir un paper rellevant, detallant-se totes les accions portades a terme al respecte en la seva Memòria d'actuacions del període 2018-2019, concretament a l'apartat 4: Relacionades amb el Codi ètic i de conducta de l'Ajuntament de Barcelona (pàg. 94-103), i a l'apartat 5: Activitats realitzades en relació amb el Comitè d'ètica (pàg. 103-113).

Dit això, entrarem ja a abordar les actuacions portades a terme per aquest CE des de la seva efectiva posada en marxa a partir del juliol de 2018. No obstant, cal assenyalar que el CE no va tenir al seu abast tots els instruments jurídics necessaris per a desenvolupar íntegrament la seva activitat fins que no va estar aprovat i publicat el seu Reglament Intern de Funcionament - RICE en data 13-2-2019 i 25-2-2019 respectivament.

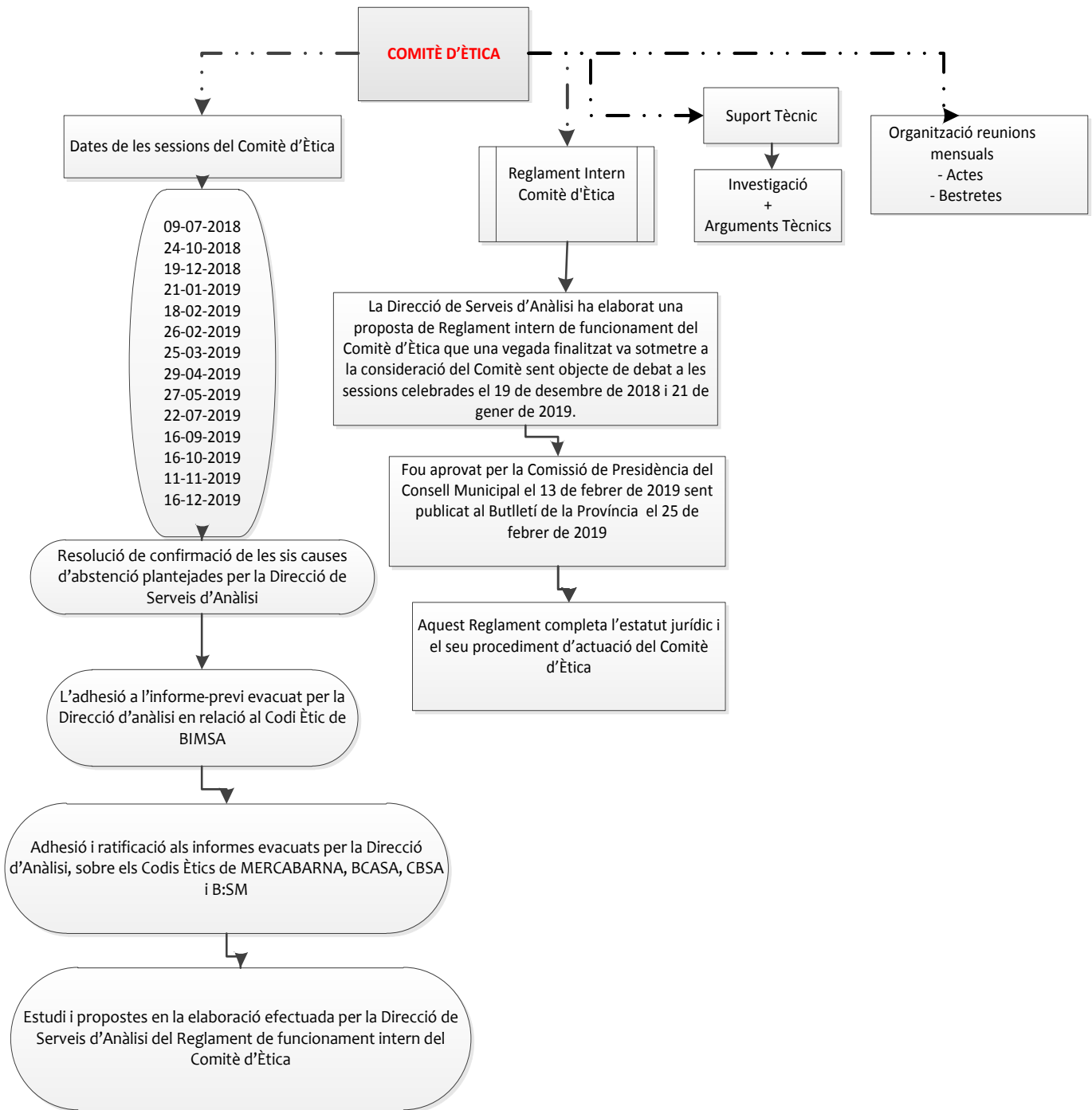
Així les coses, aquest CE:

- 1) Ha mantingut 14 sessions de treball, segons consta el detall en el resum gràfic de l'activitat del comitè.
- 2) Ha formulat un total de 5 recomanacions. En aquestes s'ha disposat del suport tècnic i jurídic de la DA, així com s'ha dut a terme la investigació dels fets comunicats i objecte de les mateixes. Així mateix, s'ha procedit a practicar els requeriments de informació precisats i s'han vehiculat les notificacions corresponents tant a les persones comunicants com a les afectades per les comunicacions.
- 3) Ha dictat un informe. A instància de la Secretaria General de l'Ajuntament de

Barcelona.

- 4) S'ha pronunciat sobre 6 causes d'abstenció formulades per la DA en exercici de les seves funcions. Causes d'abstenció que van ser íntegrament confirmades.
- 5) S'ha ratificat en 4 informes efectuats per la DA en relació a l'adaptació de les empreses al Codi de les empreses: BARCELONA CICLE DE L'AIGUA (BCASA); MERCADOS DE ABASTECIMIENTOS DE BARCELONA S.A (MERCABARNA); BARCELONA SERVEIS MUNICIPALS SA (BSM) i CEMENTIRIS DE BARCELONA, S.A en aplicació de la Disposició addicional segona. També és va emetre informe pel Comitè del Codi ètic de BARCELONA D'INFRAESTRUCTURES MUNICIPALS S.A (BIMSA) posterior a un informe previ sobre el projecte de Codi ètic que va ser aprovat per aquesta entitat mercantil, recollint les recomanacions que advertien sobre la incompatibilitat amb el Codi ètic de l'Ajuntament de Barcelona.
- 6) Ha aprovat una moció amb propostes de millora en la gestió ètica.

Es reproduïx a continuació el següent resum gràfic d'aquesta activitat:





S'acompanya com annex 2 els resums de cada una de les actuacions, a fi de satisfer les exigències del principi de transparència així com el de retiment de comptes d'obligat compliment, tant davant de la organització municipal i dels servidors públics que la integren com de la resta de la ciutadania.

6. CONCLUSIONS

L'Ajuntament de Barcelona, per tal de millorar la confiança de totes les persones vers les institucions i els seus representants, vetllar per garantir la integritat institucional, l'accés a la informació pública i el retiment de comptes, va aprovar de forma pionera i ferma el Codi.

El Codi recull els principis ètics i els valors de bona governança que han d'informar tota actuació municipal i regula les normes de conducta que necessàriament han d'observar les persones per a les quals és d'aplicació, especialment les normes relatives als conflictes d'interessos.

Així mateix, el propi Codi es dota d'unes estructures independents de compliment, motiu pel qual es creà el CE com a òrgan col·legiat consultiu amb assistència i suport tècnic del personal de l'Ajuntament necessari per al desenvolupament de les seves funcions.

Aquest CE, escollit pel Plenari, està format per cinc persones preocupades en la defensa de l'ètica, la integritat i la transparència públiques, que vetllen del compliment del Codi.

Durant els primers dos anys des de la seva primera sessió de treball, els membres del CE han pogut constatar la difícil situació i manca de recursos de que disposa tota l'arquitectura de gestió ètica de l'Ajuntament de Barcelona, tot i l'esforç i dedicació encomiable que aquest CE ha pogut constatar de l'equip de la DA. En aquest sentit, el CE ha aprovat una moció en relació amb propostes de millora en la gestió ètica.

D'altra banda, s'ha pogut constatar un certa descoordinació pel que refereix als aspectes ètics dels quals aquest Comitè n'és garant, com el cas de la constitució del Comitè d'Ètica de la Guàrdia Urbana sense una valoració o consideració prèvia a tal efecte per part d'aquest.

Per tots és conegut el difícil encaix dels aspectes ètics en estructures administratives de gran calatge, és per aquest motiu, per preservar el funcionament del CE com a òrgan independent i atenent a la configuració no exclusiva dels seus membres, que s'ha de

reforçar la dotació de recursos i personal en tota l'estructura de gestió ètica i, en qualsevol cas, preservant la seva independència adscriuint aquesta estructura al Ple de l'Ajuntament de Barcelona.

26

En diverses ocasions aquest CE s'ha adreçat als òrgans de govern per traslladar els seus neguits per la manca d'actuacions decidides per reforçar l'arquitectura de gestió ètica de l'Ajuntament de Barcelona.

Atenent a l'oportunitat que representa aquesta Memòria, més enllà de copsar les actuacions que amb recursos limitats ha endegat el CE durant aquests 2 anys, els membres integrants del CE, donades les seves funcions per formular recomanacions i proposar millores en la gestió ètica i en l'aplicació dels principis de bona governança, recomanen l'adscripció de la Bústia ètica i del seu personal, com a òrgan de gestió i de suport al CE, al Ple de l'Ajuntament, per tal de reforçar la independència dels mecanismes de gestió ètica.

Així mateix, recomanen obrir un període de reflexió per part dels grups municipals per tal de dotar d'un veritable impuls de mesures de reforç a les estructures de personal adscrites a la gestió ètica, tot atenent al caràcter no exclusiu dels membres del CE, que únicament perceben les dietes per assistència efectiva a les seves sessions (article 15 del Codi).

GLOSSARI

TERME	NOM SENCER
Codi ètic - Codi	Codi ètic i de conducta de l'Ajuntament de Barcelona
CE	Comitè d'Ètica
DA	Direcció d'Anàlisi
OCDE	Organització per a la Cooperació i el Desenvolupament Econòmic
RICE	Reglament de Funcionament Intern del Comitè d'Ètica

ANNEX 1

DECLARACIÓ DE CONFIDENCIALITAT

28

Barcelona, _____ de _____ de _____
DECLARACIÓ DE CONFIDENCIALITAT

El/La Senyor/a _____ amb DNI número _____

MANIFESTA:

Que en data _____ ha estat nomenat/da membre del Comitè d'Ètica de l'Ajuntament de Barcelona de conformitat amb el que disposa l'article 15 del Codi ètic i de conducta aprovat pel Consell Plenari el 30 de juny de 2017.

Atès que el Comitè d'Ètica i de conducta té entre d'altres funcions la de formular recomanacions sobre els incompliments del Codi Ètic; formular recomanacions i proposar millores en la gestió ètica i en l'aplicació dels principis de bona governança i emetre els informes que li siguin sol·licitats, vinculats a l'exercici d'aquestes funcions.

Atès que el Codi Ètic i de Conducta preveu que les persones que integren el Comitè d'Ètica han de guardar secret de la informació a què accedeixin per exercir les seves funcions (fets examinats, contingut de les investigacions i deliberacions i decisions adoptades) i han de preservar la confidencialitat de les dades personals tractades, que es manté un cop hagin cessat en el càrrec. Únicament poden fer-se públiques les decisions finals sobre el procediment ja comunicat a la persona o persones interessades. Dret de reserva i confidencialitat que així mateix ve reforçat per allò disposat en les Normes reguladores de la Bústia Ètica, canal d'entrada de les comunicacions de conductes presumptament contràries al codi ètic.

Atès que l'article 16.1.2 del Codi Ètic exposa que: *"En el moment de la presa de possessió del càrrec, les persones que integren el Comitè d'Ètica hauran d'aportar declaració responsable de complir aquest deure de reserva i preservar la confidencialitat de les dades personals tractades"*.

El/la que subscriu, en la seva qualitat de membre del Comitè d'Ètica, ES COMPROMET de manera expressa:

- A respectar el principi de màxima reserva i confidencialitat de les dades i continguts de les comunicacions (especialment de les derivades de la Bústia Ètica) i de la resta d'informació a la que puguin tenir accés o coneixement per raó dels seu càrrec o amb ocasió del mateix. Obligació que neix des del seu nomenament, s'estén durant el desenvolupament de les seves tasques i es manté de forma indefinida un cop hagi cessat en el càrrec.

- A no utilitzar o aprofitar per a fins propis ni diferents dels inherents al seu càrrec i recollits al Codi ètic, la informació confidencial obtinguda en el exercici del seu càrrec o amb ocasió del mateix. Informació Confidencial que es compromet a custodiar i no transmetre ni divulgar a tercers inclús un cop hagi cessat en les seves funcions.
- A no fer còpies o reproduccions (en qualsevol suport o mitjà) de la informació confidencial obtinguda en el exercici del seu càrrec o amb ocasió del mateix a menys que sigui estrictament necessari per l'exercici de les seves funcions i així ho comuniqui a l'òrgan o departament que li ha facilitat la documentació.
- Destruir-ne qualsevol còpia, independentment del suport o format en el qual es trobi emmagatzemada, de la informació a que tingui accés en l'exercici del seu càrrec o amb ocasió del mateix, quan així s'estableixi o es demani per l'òrgan municipal competent, i, en tot cas, un cop hagi cessat en el seu càrrec ja sigui per finalització del període de durada del seu nomenament o per qualsevol altre causa, proporcionant, en aquest cas, la corresponent prova.
- A respectar i seguir les directrius de seguretat que s'estableixin des dels òrgans competents municipals derivades de les especialitats i exigències informàtiques i tècniques (encriptació i descryptació...) de la informació que pugui derivar-se de la Bústia Ètica.
- A complir, respecte a les dades de caràcter personal de les que puguin tenir coneixement en el exercici del seu càrrec o amb ocasió d'ell, les obligacions de reserva i confidencialitat establertes al reglament (UE) 2016/679 del Parlament Europeu i del Consell d'Europa, de 27 d'Abril de 2016, relatiu a la protecció de les persones físiques pel que respecta al tractament de dades personals i a la lliure circulació d'aquestes dades, així com, en allò que no resulti contrari a la normativa europea, la Llei Orgànica 15/1999, de protecció de dades de caràcter personal (LOPD) i la seva normativa de desenvolupament i/o aquelles que les poguessin substituir o actualitzar en el futur

L'incompliment de dels anteriors compromisos comportaran l'obligació de rescabalar els danys i perjudicis que es puguin causar a l'Ajuntament de Barcelona i als possibles tercers que puguin resultar afectats arrel d'aquest incompliment. Això sense perjudici de les sancions que legalment procedeixen.

En qualsevol cas l'Ajuntament de Barcelona no es farà responsable de les conseqüències, danys ni perjudicis que es puguin derivar d'aquests incompliments.

I, com a prova de conformitat, signa aquest document per duplicat, en el lloc i la data assenyalada en l'encapçalament.

ANNEX 2

1. INFORMES EMESOS CE 2018-2019

INFORME COMITÈ D'ÈTICA

Dependència: Secretaria General

Matèria: Articles 16.1 lletres b) i f) del Codi ètic i de conducta de l'Ajuntament de Barcelona.

I. OBJECTE

Es demana per part de la Secretària General al Comitè d'Ètica d'acord amb el que preveu l'article 16 1 b) del Codi ètic i de Conducta sobre la possible incompatibilitat d'un ex Comissionat d'aquesta corporació per oferir els seus serveis professionals i treballar tècnicament en l'organització d'un esdeveniment esportiu internacional.

II. QÜESTIÓ QUE ES PLANTEJA

La **qüestió fàctica** que es planteja es la següent: l'ex comissionat, pregunta si hi ha "motiu d'incompatibilitat per oferir els seus serveis professionals i treballar tècnicament en l'organització del esdeveniment esportiu.

III. ANTECEDENTS DE FET

- 2015 febrer 21: es designa Barcelona com a seu del esdeveniment esportiu per part de la Federació Internacional.
- 2015 setembre 7: s'anomena al ex Comissionat membre del Consell Rector d'un Institut Municipal.
- 2015 setembre 28: resolució de la Presidència de l'Institut xxx d'atorgar la subvenció de 103.022,89 € a la Federació de xxx per la Candidatura del esdeveniment esportiu internacional. El Consell es dona per assabentat en data 2015, octubre 23.
- 2016 maig 25: Decret de l'Alcaldessa on s'aprova la organització de la direcció política i administrativa municipal . L' Institut xxx s'adscriu a l'Àrea de Drets de Ciutadania, Participació i Transparència.
- 2016 març 17: la Comissió de Govern accepta l'encàrrec, i aprova el protocol i encarrega al Institut xxx *"l'exercici de totes les accions necessàries que se'n derivin i que inclou la concessió de la subvenció de caràcter excepcional del Institut xxx al organitzador"*.
- 2016 juny 9: es nomena al sol·licitant de l'informe Comissionat de l'Institut xxx.
- 2016 novembre 14: Resolució de la Presidència de l'Institut de donar una subvenció a la Fundació Privada xxx per 3.160.000 €. El Consell en pren coneixement en sessió 2017 març 29.
- 2017 novembre 30: cessament del sol·licitant de l'informe com a Comissionat de xxx amb efectes el 16/11/2017.
- 2017 desembre 14: es substituït del ex Comissionat com a membre del Consell Rector del Institut xxx.

- 2018 juny 1: l'ex comissionat pregunta si "hi ha algun motiu d'incompatibilitat per oferir els seus serveis professionals i treballar tècnicament en l'organització del esdeveniment esportiu internacional. Aquesta petició provoca l'informe de la Secretaria General i el present informe.
- La *Fundació xxx*, Fundació privada subjecta el Dret Català, es la Entitat organitzadora del esdeveniment esportiu internacional. Son membres la Federació Espanyola de xxx i la Federació Catalana de xxx. Hi son entitats col·laboradores l'Ajuntament de Barcelona, la Generalitat de Catalunya, la Diputació de Barcelona.

31

IV. FETS A CONSIDERAR

- I. L'ex Comissionat es subjecte de les obligacions derivades del Codi Ètic en tant que comissionat (art. 3.3. lletra b) del Codi Ètic) i membre del govern d'una Entitat vinculada a l'ajuntament (art. 3.3 lletra d). Per tant li es d'aplicació. En concret l'article 8 que regula les normes de conducta del subjectes al Codi en matèria de conflictes d'interès.
- II. L'ex Comissionat es troba en una situació de conflicte d'interès subjectiu per la seva doble condició de comissionat d'Esports i membre de del Consell Rector del Institut xxx. Es per tant d'aplicació l'article 8.3 del Codi Ètic que regula la situació dels subjectes obligats pel Codi, una vegada han deixat el seu càrrec i en un termini dels dos anys posteriors al seu cessament. Aquest es va produir el 16.XI.2017 com a comissionat, i el 14.12.2017 com a membre del Consell Rector del Institut xxx. Per tant els dos anys acaben el 16.XI.2019 i el 14.12.2019 respectivament.
- III. Que l'entitat que ha de contractar els serveis de l'Ex Comissionat es una Fundació Privada Catalana encarregada de la organització del esdeveniment esportiu internacional que ha rebut subvencions a tal efecte.

V. CONSIDERACIONS

Abans de valorar els fets cal dir que el conflicte d'interès en general, i els conflictes d'interès que es produeixen una vegada s'ha deixat un càrrec -les anomenades portes giratòries- estan basats en principis ètics. Un d'ells es la **exemplaritat** (art. 5 1 j del Codi) que demana als subjectes afectats pel Codi que actuïn amb lleialtat i bona fe amb l'Ajuntament i que no adoptin actituds que puguin perjudicar la bona imatge de l'Ajuntament.

Per això, s'estableix un termini d'incompatibilitat de dos anys des el cessament d'un càrrec amb responsabilitats executives (art. 8.3) per poder treballar -directa o indirectament- amb entitats privades que hagin tingut relació amb els alts càrrecs.

En l'ex-Comissionat xxx concorrien els requisits per que li sigui d'aplicació l'article 8.3 del Codi, article mes específic i adient a l'article 8.1 del mateix Codi.

Aquests requisits son:

Primer, ser ex-comissionat (art. 3.3. b del Codi Ètic) i com a tal tenir responsabilitats executives (art. 8.3).

Segon, estar dins el termini de dos anys des el seu cessament (art. 8.3 Codi Ètic).

Tercer, "prestar serveis" en una entitat privada (art. 8.3 a) Codi Ètic). Aquesta es la possibilitat que l'ex comissionat, pregunta.

Quart, que aquesta entitat privada -la *Fundació xxx*- hagi resultat afectada per decisions en què hagi participat.

Es evident que el sol·licitant d'aquest informe (ex-comissionat) tenia com a comissionat i com a membre del consell Rector del Institut xxx unes atribucions, competències, i unes tasques polítiques i jurídiques que el fan totalment subjecte a la incompatibilitat. Cal recordar que la entitat privada ha rebut més de 3 milions d'euros en una subvenció extraordinària; cal recordar que els ex càrrecs públics tenen el deure de du a terme un comportament exemplar i cal recordar per últim que el conflicte d'interès en la seva modalitat de ports giratòries salta a la vista.

No es comparteix la interpretació de l'informe de la Secretària General en quan que el conflicte d'interessos sigui d'interpretació restrictiva, ja que entén el Comitè que cal utilitzar totes les eines d'interpretació existents, entre d'altres, la interpretació teleologia. En aquest sentit, l'article 8 s'ha de interpretar a la llum del principis d'ètics del article 5 que donen explicació i emmarquen les actuacions dels subjectes al Codi.

Es per això que cal interpretar l'article 8.3 com a singular i específic una vegada s'ha sortit de l'Ajuntament. Singular, pues planteja un supòsits -sortida de la administració per a anar a una empresa privada- que el 8.1 no planteja pues fa un plantejament general i des de dins de l'administració; i específic, pues es refereix al cas concret que l'ex-comissionat demanava.

VI. CONCLUSIÓ

Per això, aquest comitè respon a la pregunta formulada pel sol·licitant de l'informe i valora l'informe de la Secretària General en el sentit de que l'ex-comissionat li és d'aplicació el termini de dos anys de l'article 8.3 del Codi Ètic i no pot -en conseqüència- prestar els seus serveis a una entitat privada que ha estat afectada per les seves decisions com a màxim responsable de xxx a l'Ajuntament de Barcelona. A més cal indicar que l'ex comissionat te un especial deure de exemplaritat i d'evitar la sospita que el seu càrrec de comissionat ha servit de trampolí, o ajut a prestar uns serveis clarament incompatibles amb la seva ex-funció.

2. RECOMANACIONS EMESES CE 2018-2019.

RECOMANACIÓ COMITÈ D'ÈTICA

33

Dependència: Tinença d'Alcaldia**Matèria:** Article 7a) del Codi ètic i de conducta

I. OBJECTE

Un Regidor/a d'un Grup Municipal va presentar una comunicació al Comitè ètica de l'Ajuntament de Barcelona l'1 de juny de 2018 en què exposava:

- Que en el plenari del 10 d'abril de 2018 el Primer Tinent d'Alcalde en relació amb el prec formulat per aquells sobre els venedors ambulants il·legals, no sols no l'informà sobre el cas, sinó que li proferí desqualificacions com "aproximació a posicions classistes", "actitud hipòcrita i impròpia", i d'actuar contra les seves pròpies "conviccions religioses", davant les quals, l'Il·lm. Regidor/a comunicant demana la paraula a l'Alcaldesa, que li retira, per considerar que ja havia esgotat el temps d'intervencions. Alhora, considera que en aquesta resposta la mateixa Alcaldesa venia a admetre implícitament que les paraules del l'Il·lm. Sr. Tinent d'Alcalde no havien estat correctes. En l'acta de la sessió, que l'Il·lm. Regidor/a del Grup Municipal referit acompanya, i que reflecteix literalment els esmentats termes insultants, s'hi diu que l'Alcaldesa "subscriu que s'haurien d'evitar determinades expressions, però adverteix que això és aplicable a tots els grups".
- Que en data 11 d'abril de 2018, envià una carta a la mateixa Alcaldesa demanant una rectificació per part de l'Il·lm. Sr. Tinent d'Alcalde, carta que no rebé resposta. Alhora, informa que en un posterior plenari, el 27 d'abril fou el cap d'un grup municipal i un altre Regidor, qui també demanà el mateix, però que tampoc fou atesa la seva petició. Finalment, refereix que similar manca de resposta va rebre l'any anterior el Il·lm. Sr. Tinent d'Alcalde, en un ple del mes d'abril. Així mateix, l'Il·lm. Regidor/a en les sessions del plenari municipal i envers el seu grup.
- Feta aquesta exposició, l'Il·lm. Regidor/a del Grup Municipal comunicant sol·licita que aquest Comitè d'Ètica atengui la seva queixa per allò que considera en els fets relatats una manca de "respecte, cortesia i exemplaritat" per part d'un representant polític i en ocasió d'un debat públic.

II. ACTUACIONS D'INVESTIGACIÓ EFECTUADES PER L'ÒRGAN DE SUPORT TÈCNIC DEL COMITÈ D'ÈTICA (DIRECCIÓ DE SERVEIS D'ANÀLISI)

- L'expedient acompanya informe de l'òrgan gestor de la bústia ètica i de bon govern relatiu a les investigacions i verificacions efectuades en relació amb l'expedient de referència.

III. CONSIDERACIONS

La comunicació presentada per l'Il·lm. Regidor/a d'un Grup Municipal per la conducta verbal manifestada pel Tinent d'Alcalde al plenari del Consell Municipal del dia 27 d'abril de 2018 entenem que està fonamentada i documentada, remetent a un fet, el de la reiterada desqualificació personal, que no s'ajusta als principis requerits en el Codi ètic i de Conducta de l'Ajuntament de Barcelona, concretament en els articles 5.1.j, que demana exemplaritat en l'exercici del càrrec públic, contribuint al prestigi, la dignitat i la imatge de la institució, sense adoptar conductes o actituds que pugin perjudicar aquesta imatge, i 5.1k, que exigeix respecte, de manera que totes les persones siguin tractades de manera respectuosa i amb la cortesia deguda; el que suposa que no s'ha actuat de conformitat amb les normes de conducta generals que estableix el propi Codi, article 7a) quan refereix al deure de "tractar totes les persones amb les quals es relacionen amb respecte, cordialitat i amb la deguda consideració. Especialment els càrrecs electes hauran de mantenir un tracte exemplar amb totes les persones i amb les altres càrrecs electes.

IV. RECOMANACIÓ

Que es posi en coneixement del l'Il·lm. Tinent d'Alcalde a procurar en el futur que les seves accions i actituds com a càrrec públic s'adeqüin plenament al que estableix el Codi.

Que es comuniqui també aquesta recomanació a l'Il·lm. Regidor/a del Grup Municipal pel seu coneixement.

RECOMANACIÓ COMITÈ D'ÈTICA

Dependència: Junta de Portaveus; Comissió de Govern

Matèria: Article 5.1 lletra g

35

I. OBJECTE

S'han dirigit al Comitè d'Ètica diverses comunicacions en relació a l'exhibició de llaços grocs o de cartells relatius a la llibertat dels presos i preses polítics, i símbols que s'hi refereixen a la façana de l'Ajuntament de Barcelona o d'edificis seu de districte, així com contra les declaracions i decisions en suport dels presos i preses polítics adoptades pels òrgans de Govern de l'Ajuntament de Barcelona. Aquestes pancartes i símbols s'emmarquen en decisions preses per la Junta de portaveus de l'Ajuntament de Barcelona, o bé pel Plenari del Consell Municipal o del Govern Municipal, tal i com consten en els expedients, sens perjudici que en data 26 de novembre de 2017 l'Ajuntament de Barcelona va acatar l'ordre de la Junta Electoral Provincial de Barcelona de retirar durant la campanya electoral la pancarta demanant la llibertat dels presos polítics.

II. ACTUACIONS D'INVESTIGACIÓ EFECTUADES PER L'ÒRGAN DE SUPORT TÈCNIC DEL COMITÈ D'ÈTICA (DIRECCIÓ DE SERVEIS D'ANÀLISI)

L'expedient acompanya informe de l'òrgan gestor de la bústia ètica i de bon govern relatiu a les investigacions i verificacions efectuades en relació amb l'expedient de referència.

III. CONSIDERACIONS

Tal i com es desprèn de la intervenció de la Junta Electoral Provincial, i de la mateixa Junta Electoral Central en aquesta matèria, així com de la interposició de diversos procediments judicials al respecte, aquest Comitè d'Ètica entén que els casos plantejats per aquestes queixes no corresponen a la seva competència prevista a l'article 16.1 del Codi Ètic i de conducta de l'Ajuntament de Barcelona, atenent que els dubtes que es plantegen no ho son en relació al mateix Codi Ètic, sinó a la interpretació de la legislació vigent.

IV. RECOMANACIÓ

D'acord amb l'anterior, aquest Comitè d'Ètica considera aquestes queixes fora de la seva competència.

RECOMANACIÓ COMITÈ D'ÈTICA

Dependència: Regidoria Districte Eixample

Matèria: Article 7a) del Codi ètic i de conducta a l'Ajuntament de Barcelona.

36

I. OBJECTE

El 2 de maig de 2017 el/la comunicant va presentar un escrit dirigit al Tinent d'Alcalde de l'Ajuntament de Barcelona, com a responsable de l'àrea de drets de la ciutadania, participació i transparència, formulant una queixa perquè el dia 28 d'abril de 2017 havia presentat formalment la sol·licitud d'intervenir en el Ple del Districte de l'Eixample del 2 de maig de 2017, per formular una pregunta sobre les activitats que l'empresa privada Barnaclínic SA duu a terme dintre de les instal·lacions del Hospital Clínic, al·legant algunes irregularitats en l'activitat de l'empresa.

El mateix 9 de maig de 2017 a les 14.25 va rebre un whatsapp procedent d'un telèfon privat amb el següent missatge (que transcrivim literalment): "Bon dia, des del Districte en comunicat (sic) que has demanat la paraula en nom de l'AAVV, la junta de l'AAVV no te constància (sic) d'aquest tema és per això (sic) que et demanem que parlis a títol individual, que es como així ho diuen els Estatuts".

A la tarda nit, quan va tenir lloc el Ple del districte, la Il·lm. Regidora del Districte va comminar al/la comunicant que expliqués el seu cas, adonant-se que ella havia mostrat a d'altres assistents el whatsapp, on apareixia la foto de la Sra. Regidora.

El whatsapp havia sortit del telèfon mòbil del marit de la Regidora que, d'altra banda, era en aquell moment el president de l'Associació de Veïns de l'Esquerra de l'Eixample.

La Regidora, com consta a l'acta del Ple del districte, reconeix que era el telèfon del seu marit d'on sortia el missatge, telèfon que té la foto de la Sra. Regidora com a portada del whatsapp i va insistir a la comunicant que ella havia demanat la paraula com a vocal de l'Associació de Veïns de l'Esquerra (i també de la Plataforma Resistència-Tancada Clínic, com d'altres plataformes).

La/el comunicant va argumentar que, i així consta en el seu escrit, havia sol·licitat intervenir en nom propi, amb el seu DNI, encara que fes constar aquestes altres afiliacions. La Regidora va fer referència a que ella no podia fer res al respecte dels problemes que el/la comunicant pogués tenir amb el President de l'Associació de Veïns. A la pregunta de com tenia la informació el President, la Regidora va contestar textualment: " jo amb el meu marit parlo del que em dona la gana".

II. ACTUACIONS D'INVESTIGACIÓ EFECTUADES PER L'ÒRGAN DE SUPORT TÈCNIC DEL COMITÈ D'ÈTICA (DIRECCIÓ DE SERVEIS D'ANÀLISI)

L'expedient acompanya informe de l'òrgan gestor de la bústia ètica i de bon govern relatiu a les investigacions i verificacions efectuades en relació amb l'expedient de referència.

III. CONSIDERACIONS

1. El fet que el marit de la Il·lma. Sra. Regidora del Districte de l'Eixample s'assabentés de la sol·licitud del/la comunicant d'intervenir en el Ple del Districte de maig de 2017, fos o no com a membre de

37

l'AAVV del Districte Esquerre de l'Eixample, i que li enviés el whatsapp al que fem referència no es pot considerar una vulneració de l'art. 8.2 c) del Codi Ètic i de Conducta de l'Ajuntament de Barcelona, que en referir-se als conflictes d'interès assenyala que les persones subjectes al Codi tenen el deure d'abstenir-se d'emprar el càrrec per agilitzar o entorpir procediments o proporcionar algun benefici a una tercera persona amb infracció del principi d'igualtat de tracte". Perquè, com ha quedat acreditat, qualsevol persona interessada en el cas tenia accés a la informació. Que la persona que en va fer ús fos el marit de la Regidora, no prova que fos aquest el mitjà de la seva coneixença.

2. No obstant, el mode en el que la Il·lma. Regidora es va dirigir en la sessió del Ple del Districte al/la comunicant, amb un cert menysteniment, fent referència a la seva mala relació amb el President de l'Associació de Veïns, i impedit-li explicar adequadament la seva queixa, no s'adapta a l'article 7a) del Codi que estableix amb precisió el deure de "tractar totes les persones amb les quals es relacionen amb respecte, cordialitat i amb la deguda consideració. Especialment, els càrrecs electes hauran de mantenir un tracte exemplar amb totes les persones i amb les altres càrrecs electes".

IV.RECOMANACIÓ

Que es posi en coneixement de la Il·lma. Sra. Regidora del Districte de l'Eixample que el Comitè d'Ètica considera que el mode de tractar i les paraules usades en la sessió del Ple del Districte mostren un comportament que no s'adequa al deure de tractar tothom amb el respecte, cordialitat i consideració apropiades, com estableix l'art. 7a) del Codi. Per tant, es convida la Il·lma. Regidora del Districte a procurar en el futur que les seves accions i actituds com a càrrec públic s'adeqüin plenament al que estableix el Codi.

Que es comuniqui també aquesta recomanació a el/la ciutadà/ana.

RECOMANACIÓ COMITÈ D'ÈTICA

Dependència: Òrgans de govern

Matèria: article 5 1 b) i 7 del Codi ètic i de Conducta de l'Ajuntament

38

I. OBJECTE

En data 6 de març de 2018 es va rebre, a través del canal electrònic de la Bústia ètica i de bon govern, una comunicació sobre no permetre efectuar la consulta ciutadana sobre la independència de Catalunya. En concret, la comunicació feia referència a l'actuació de l'Ajuntament de Barcelona en relació amb la cessió d'espais per a la celebració, el dia 1 d'octubre de 2017, del Referèndum d'Autodeterminació de Catalunya segons consta a l'expedient referenciat.

II. ACTUACIONS D'INVESTIGACIÓ EFECTUADES PER L'ÒRGAN DE SUPORT TÈCNIC DEL COMITÈ D'ÈTICA (DIRECCIÓ DE SERVEIS D'ANÀLISI)

L'expedient acompanya informe de l'òrgan gestor de la bústia ètica i de bon govern relatiu a les investigacions i verificacions efectuades en relació amb l'expedient de referència.

1. Codi Ètic i de Conducta de l'Ajuntament de Barcelona (Codi).
2. Informe de Direcció de Serveis d'Anàlisi Oficina per a la Transparència i les Bones Pràctiques de data 28 de desembre de 2018.
3. Informe de Secretaria General de data 15 de setembre de 2017.

III. CONSIDERACIONS

1. De conformitat amb l'Article 16.1 del Codi Ètic, són funcions del Comitè: formular recomanacions sobre els incompliments del Codi.

2. Els fets enumerats en els antecedents fan referència als possibles incompliments per part de l'Ajuntament de Barcelona, entenen com a destinatàries i subjectes el seus membres electes, en tant que participants del seu òrgan de govern i de gestió de conformitat a l'Article 3 del Codi.

3. En relació amb la reclamació per la no cessió d'espais, les persones subjectes al Codi enumerades anteriorment han d'actuar d'acord, entre d'altres, als principis ètics de Drets Humans però també de legalitat. Tot i que sens dubte el dret de vot és segurament el més important de tots els drets polítics del ciutadà, ja que a través d'ell s'accedeix al poder públic i a la presa de decisions col·lectives. No obstant, les normes de conducta generals del Codi en el seu Article 7, estableixen que en adoptar decisions, les persones subjectes a aquest Codi, ho han de fer amb respecte als principis d'objectivitat i legalitat i prenent en consideració allò exposat per les i els tècnics municipals en els informes pertinents. D'aquesta forma atenent a les circumstàncies del cas i a l'informe de Secretaria General de data 17 de setembre de 2017, l'Alcaldessa, l'Ajuntament de Barcelona i els seus treballadors i treballadores en l'exercici de les seves funcions públiques i, en aquest cas, l'atorgament de llicències o autoritzacions d'usos o activitats a les vies, espais i edificis públics de la ciutat per a la realització d'activitats de naturalesa política relacionades amb el referèndum de l'1 d'octubre, van quedar

vinculats pel mandat del Tribunal Constitucional, d'abstenir-se de realitzar actuacions que permetin la preparació i/o celebració del referèndum sobre l'autodeterminació de Catalunya, actuacions en les que, sense dubte, s'inclouria l'eventual posada a disposició de locals per a la votació.

IV. RECOMANACIÓ

Que l'actuació dels membres electes que formen part de l'òrgan de govern de l'Ajuntament i del titular de la Secretaria General no és susceptible de retret ètic en aplicació del Codi Ètic i de Conducta de l'Ajuntament de Barcelona.

RECOMANACIÓ COMITÈ D'ÈTICA

Dependència: INSTITUT MUNICIPAL

Matèria: article 5 g) i 7g) del Codi ètic i de Conducta de l'Ajuntament

40

I. OBJECTE

La Direcció de Serveis d'Anàlisi ha adreçat ofici al Comitè d'Ètica posant en coneixement les investigacions realitzades arran d'una comunicació a la Bústia ètica i de bon govern, on s'informava d'una presumible incompatibilitat del/de la empleat/da públic, i el càrrec d'apoderat/da en una empresa vinculada a la Gerència a la qual és adscrit/da.

Concretament, resulta provat per les investigacions realitzades i de les manifestacions del mateix afectat.

Per tant, existeixen evidències de que pot estar compatibilitzant les seves funcions del Institut municipal xxx amb d'altres en l'àmbit privat en el mateix sector d'activitat.

Es comunica, així mateix, que s'ha donat trasllat de les actuacions d'investigació a la Gerència de Recursos Humans i a la Gerència del Institut xxx, per si s'aprecia que els fets descrits poden ser susceptibles d'incoació d'expedient disciplinari d'acord amb l'EBEP i la normativa relativa a incompatibilitat.

II. ACTUACIONS D'INVESTIGACIÓ EFECTUADES PER L'ÒRGAN DE SUPORT TÈCNIC DEL COMITÈ D'ÈTICA (DIRECCIÓ DE SERVEIS D'ANÀLISI)

L'expedient acompanya informe de l'òrgan gestor de la bústia ètica i de bon govern relatiu a les investigacions i verificacions efectuades en relació amb l'expedient de referència.

III. CONSIDERACIONS

1. Es desprèn de la investigació que el subjecte afectat per la conducta ocupa un càrrec de personal de direcció de serveis nivell 28, d'acord amb l'article 3.3.e)2 del Codi Ètic i de Conducta, el de Director de serveis de xxx, des de juliol de 2017. I per tant està sotmès a l'esmentat Codi Ètic.

2. La conducta descrita a la investigació aporta dades sobre el no respecte del subjecte afectat per la conducta a les normes de conducta general previstes a l'article 7.g) del Codi Ètic i de Conducta de l'Ajuntament de Barcelona quan estableix que:

“El personal eventual i directiu ha d'exercir el càrrec amb dedicació plena i exclusiva, sense poder compatibilitzar llur activitat amb l'exercici de cap altre lloc de treball, càrrec, representació, professió o activitat mercantil, professional o industrial, de caràcter públic o privat, per compte propi o aliè”.

Concretament, de la investigació ha resultat la comptabilització sense justificació del subjecte afectat de la conducta de l'activitat pública de direcció amb l'exercici de professió o activitat mercantil de caràcter privat.

IV. RECOMANACIÓ

41

Que es posi en coneixement del que el subjecte afectat per la conducta que el seu comportament no s'adequa al previst a les normes de conducta 5.g) i 7.g) del Codi Ètic i de Conducta i se li comunica el deure de cessar en les activitats professionals privades no compatibles.

Tot l'anterior sens perjudici de l'establert a l'article 18 del Codi Ètic i de Conducta, on es preveu que l'incompliment de les normes sobre incompatibilitats serà sancionat d'acord amb el règim específic establert per la legislació aplicable en aquesta matèria per l'òrgan competent.

3. ALTRES ACTUACIONS

MOCIO DEL COMITÈ D'ÈTICA EN RELACIÓ AMB PROPOSTES DE MILLORA EN LA GESTIÓ ÈTICA

42

I. EXPOSICIÓ DE MOTIUS

L'Ajuntament de Barcelona, per tal de millorar la confiança de totes les persones vers les institucions i els seus representants, vetllar per garantir la integritat institucional, l'accés a la informació pública i el retiment de comptes, va aprovar el Codi ètic i de conducta, que té naturalesa de disposició normativa de caràcter general, en compliment del mandat que determina l'article 55.3 de la Llei 19/2014, de 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern.

El Codi recull els principis ètics i els valors de bona governança que han d'informar tota actuació municipal i regula les normes de conducta que necessàriament han d'observar les persones per les quals és d'aplicació, especialment les relatives als conflictes d'interessos.

Per fer el seguiment i avaluar el compliment d'aquest Codi, es creà en el Comitè d'Ètica com a òrgan col·legiat consultiu amb assistència i suport tècnic del personal de l'Ajuntament necessari per al desenvolupament de les seves funcions.

Aquest Comitè, escollit pel Plenari, està format per cinc persones, de l'àmbit de la defensa de l'ètica, la integritat i la transparència públiques, que vetllen del compliment del Codi.

Durant els primers mesos des de la seva primera sessió de treball, els membres del Comitè d'Ètica han pogut constatar la difícil situació i manca de recursos de que disposa tota l'arquitectura de gestió ètica de l'Ajuntament. Destacant la bústia ètica i la seva dependència a una Gerència de l'Ajuntament, el que suposa de facto l'adscripció d'aquest Comitè dintre de l'estructura de suport que li proporciona la referida Gerència, amb la possible pèrdua d'independència que això suposa.

D'altra banda, s'ha pogut constatar un certa descoordinació pel que refereix als aspectes ètics dels quals aquest Comitè n'és garant, com el cas de la constitució del Comitè ètica de la Guàrdia Urbana sense una valoració o consideració prèvia a tal efecte per part d'aquest.

Per tots és conegut el difícil encaix dels aspectes ètics en estructures administratives de gran calatge, és per aquests motiu que cal preservar el funcionament del Comitè d'Ètica com a òrgan independent, i atenent a la configuració no exclusiva dels seus membres, que s'ha de reforçar la dotació de

recursos i personal en tota l'estructura de gestió ètica i, en qualsevol cas, preservant la seva independència adscriuint aquesta estructura al Ple de l'Ajuntament de Barcelona.

Atenent a la constitució d'un nou Consell Municipal de l'Ajuntament de Barcelona com a resultat de les eleccions del passat 26 de maig i pels motius exposats, els membres integrants del Comitè d'Ètica, donades les seves funcions per formular recomanacions i proposar millores en la gestió ètica i en aplicació dels principis de bona governança, adopten el següent

43

II. PETICIÓ

PRIMER.- Demanar l'adscripció de la bústia ètica i del seu personal, com a òrgan de gestió i de suport al Comitè, al Ple de l'Ajuntament per reforçar la independència dels mecanismes de gestió ètica.

SEGON.- Demanar l'impuls de mesures de reforç a les estructures de personal adscrites a la gestió ètica, tot atenent al caràcter no exclusiu dels membres del Comitè d'Ètica.



ANNEX 3

MEMÒRIA 2018-2019 DIRECCIÓ DE SERVEIS D'ANÀLISI

MEMÒRIA 2018 I 2019

Direcció de Serveis d'Anàlisi

Òrgan gestor de la Bústia ètica i de Bon Govern

Òrgan de suport tècnic del Comitè d'Ètica

L'article 26 de les Normes Reguladores de la Bústia Ètica i de Bon Govern de l'Ajuntament de Barcelona recull dintre de les funcions de la Direcció de Serveis d'Anàlisi la d'elaborar una Memòria Anual per la seva presentació al Consell Plenari. I és, en virtut de d'aquest mandat, que s'ha elaborat aquesta Memòria d'Actuacions portades a terme durant els anys 2018 i 2019 en exercici de les funcions que te encomanades aquesta Direcció.

Presentació	6
1. Funcions, naturalesa i organització de la direcció de serveis d'anàlisi	10
2. Actuacions de la direcció d'anàlisi relacionades amb la bústia ètica	20
2.1 Actuacions relatives a la tramitació de les comunicacions o alertes rebudes per la direcció d'anàlisi des de l'1 de gener de 2018 al 31 de desembre de 2019	28
2.1.1 Número de comunicacions rebudes a la direcció d'anàlisi durant els anys 2018 i 2019.....	29
2.1.2 Taxonomia de les comunicacions rebudes als anys 2018 i 2019	29
2.1.3 Accions de investigació i recomanació.....	36
1. Redireccionament canal iris.....	37
2. Inadmissió.	41
3. Admissió.	41
4. Investigació.....	43
5. Fase de recomanació.....	46
6. Tractament dels supòsits en que concorre una causa d'abstenció o recusació respecte a la direcció d'anàlisi.....	51
7. Xat.....	52
2.1.4 Detall del volum total de comunicacions efectivament tramitades i gestionades des de l'1 de gener de 2018 al 31 de desembre de 2019.....	56
2.2 Actuacions relatives a la gestió de la bústia ètica portades a terme de l'1 de gener de 2018 al 31 de desembre de 2019.....	66
2.2.1 Accions derivades de la necessitat de implementar les noves actualitzacions de globaleaks 2.6.5.4 al programari base (sistema operatiu) de la bústia ètica.	66
2.2.2 Accions derivades de la necessitat d'adaptar el contingut de l'aplicació de la bústia ètica a les exigències de la nova regulació en matèria de protecció de dades de caràcter personal.....	69
2.2.3 Gestor documental. Projecte G-bústia	70
2.3 Actuacions tecnicojurídiques portades a terme en relació al procés per la implementació de la bústia ètica i de bon govern a altres administracions, institucions, agències i entitats.....	74
2.3.1 Accions derivades de l'actualització de les condicions d'ús per a la implementació de la bústia ètica al repositori github.	75

2.3.2	Les actuacions jurídiques relatives al disseny i redactat del protocol marc de col·laboració entre l'Ajuntament de Barcelona i Xnet per difondre i enfortir la bústia ètica i precisar les condicions per replicar i implementar-la	75
2.3.3	Reunions informatives i d'assessorament tècnic jurídic amb els representants de les administracions, agències o institucions i entitats que s'interessen o mostren el seu interès en implementar la bústia ètica	77
2.4	Actuacions portades a terme en el marc de la difusió i consolidació de la bústia ètica i de bon govern	78
2.4.1	Signatura de convenis de col·laboració (tots sense contingut econòmic).	78
2.4.2	Reunions i visites institucionals	79
2.4.3	Participació en jornades i seminaris	81
3.	Col·laboració institucional lligada a les funcions atribuïdes a la direcció d'anàlisi per les NRBE (art 26), en especial les de prevenció, gestió del canal d>alertes (bústia ètica), investigació i protecció d'alertadors.....	86
4.	Relacionades amb el codi ètic i de conducta de l'Ajuntament de Barcelona....	92
4.1	Accions formatives, de conscienciació en matèria de conflicte d'interès i de difusió del codi	93
4.2	Verificació de l'adaptació dels codis ètics de les entitats municipals vinculades o dependents als principis, normes de conducta i sistema de garanties d'aquell.	97
5.	Activitats portades a terme en relació amb el comitè d'ètica	101
6.	Activitats de prevenció: recomanacions i programes de compliment normatiu. Compliance	111
6.1	Recomanacions. Extracte per matèries de les actuacions i mesures de millora proposades per la direcció d'anàlisi al llarg de les 139 recomanacions elaborades durant el 2018 i 2019.....	111
6.2	Programes de compliment normatiu. Sistemes de compliance	113
7.	Assessorament i informes evacuats per la direcció d'anàlisi a requeriment d'altres òrgans en matèries que li són pròpies	118
8.	Plantilla de la direcció d'anàlisi.....	122
9.	Consideracions i propostes.....	129
	ANNEX I.....	135
	Recomanacions en matèria de contractació.....	136
I.	Principis rectors de la contractació pública	137

II. Fase de preparació de l'expedient de contractació	152
III. Fase de licitació	161
IV. Fase d'execució del contracte	178
V. Contractació menor.....	184
VI. Contracte de naturalesa privada	188
VII. Consideracions de la condició de mitjà propi i servei tècnic de l'ens instrumental.....	189
Recomanacions en materia de subvencions	194
Recomanacions en materia de funció pública	204
I. Principis rectors de la funció pública	204
II. Accés a la funció pública.....	210
III. Borsa d'interins	220
IV. Sistema de provisió de llocs de treball	224
V. Deures i codi de conducta dels/de les empleats/des públics/ques	232
VII. Règim d'incompatibilitats del personal al servei de les administracions públiques	240
VIII. Règim disciplinari de l'empleat públic.....	244
IX. Convenis col·lectius en l'àmbit de les administracions públiques	247
X. Funcions i responsabilitats en matèria de seguretat pública.....	252
Recomanacions en materia de dret d'accès.....	264
Recomanacions en materia de bilingüisme	276
Recomanacions en materia d'expedients d'inspecció	283
Recomanacions en materia d'habitatge.....	289
Recomanacions en materia d'urbanisme.....	298
Recomanacions en materia de tributs.....	303
Recomanacions en matèria bon govern.....	312

MEMÒRIA DIRECCIÓ DE SERVEIS D'ANÀLISI 2018-2019

PRESENTACIÓ

El preàmbul de les **Normes Reguladores de la Bústia Ètica** comença afirmant que la recuperació i consolidació de la **confiança ciutadana** en les institucions públiques “...**exigeix** que les administracions públiques es dotin d'un **sistema o marc d'integritat institucional** que coadjuvi a garantir una gestió pública d'acord amb els principis i regles ètiques i de bon govern evitant, o si mes no reduint, les conductes contràries a Dret, a l'ètica i als valors com l'honestedat, el respecte, el predomini dels interessos generals, la bona administració dels recursos públics, etcètera.”

Per la seva part, la **Llei 19/2014, de 29 de desembre**, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, a l'apartat d) del seu article 2 defineix el **Bon govern** com “ els principis, obligacions i regles sobre la qualitat dels serveis i el funcionament de l'Administració, i els principis ètics i bones pràctiques d'acord amb els que deuen actuar els alts càrrecs de l'Administració, els càrrecs directius i demés personal al servei de l'Administració, amb l'objectiu de que aquesta funcioni amb la màxima transparència, qualitat i equitat, i amb **garantia de retiment de comptes.**”

Per la seva part, la **Convenció de les Nacions Unides contra la Corrupció de 2003**, ratificada per l'Estat Espanyol en 2006, en el seu Prefaci, reitera la importància de valors fonamentals com l'honestedat, el respecte de l'estat de dret, l'obligació de **retre comptes** i la transparència per a fomentar el desenvolupament i fer que el nostre món sigui un lloc millor per tots.

També l'**Objectiu 16 de la Agenda 2030** apel·la a construir, a tots els nivells, institucions eficaces, inclusives transparents i obertes **que rendeixin comptes.**

En aquesta línia les **Normes Reguladores de la Bústia Ètica** (NRBE) disposen, al seu article 26, i), que la **Direcció de Serveis d'Anàlisi** ha d'elaborar **una memòria anual** i

elevar-la a la Tinença d'Alcaldia competent per la seva **presentació al Consell Plenari**. I és, a l'empara del referit precepte, que s'ha elaborat aquesta Memòria d'Activitat, corresponent als anys 2018 i 2019, com un **instrument** fonamental per donar compliment al deure de **retre comptes**.

S'ha de dir que, el caràcter bianual d'aquesta memòria, ve lligada, en essència, al procés de dotació de la Direcció d'Anàlisi al qual ens referirem al llarg del seu contingut. I, que la data en la qual es signa, a finals de 2020, obeeix, a més, a les negatives repercussions que la situació sanitària de la COVID-19 ha tingut, durant aquest últim any, per al normal funcionament del servei. També, es fa necessari explicar que les actuacions portades a terme per la Direcció d'Anàlisi durant el 2017, no es van portar al Consell Plenari malgrat que les Normes Reguladores de la Bústia es van aprovar al gener d'aquell any, i per tant ja era de plena aplicació el que disposava el citat article 26,i), perquè es van incloure en la memòria d'activitats de l'Oficina per a la Transparència i Bones Pràctiques (OTBP), atès que durant aquell any la Direcció d'Anàlisi va romandre vacant gaire bé 7 mesos (des del mes de maig -quan l'anterior directora d'Anàlisi va ser nomenada Directora de la OTPB- fins a principis de desembre, quan, es va incorporar, efectivament la nova titular).

En la present Memòria **abastarem** les **actuacions** portades a terme, durant el període **2018-2019**, en relació a l'ampli **catàleg de funcions** que **l'article 25** de les Normes Reguladores atribueixen a aquesta Direcció. De manera que, ens referirem a les que estan relacionades amb la **Bústia Ètica**, però també a les que es vinculen al **Codi ètic** de l'Ajuntament de Barcelona i al seu **Comitè d'ètica** (que va entrar en funcionament al juny de 2018 i del qual la Direcció d'Anàlisi es el seu òrgan de suport tècnic). Peces fonamentals, totes tres (Bústia Ètica, Codi Ètic i Comitè d'Ètica), del **marc d'integritat d'aquest Ajuntament**.

També es farà menció expressa a l'**activitat preventiva** realitzada. En ella inclourem l'extracte de les 139 Recomanacions dictades en aquests dos anys i les accions relatives a l'impuls dels sistemes de "compliance" o implementació dels programes de compliment normatiu: sobre tot, i en aquesta primera fase, pel que respecta a les empreses públiques de capital 100% municipal, a la vista del que disposa l'article 31

quinquies del Codi Penal i des de la seva concepció de instruments per promoure, en paraules del Tribunal Suprem, una “*verdadera cultura ética*” en les organitzacions.

I es conclourà amb unes consideracions generals i propostes de futur. Futur en el que jugarà un paper indiscutible la **Directiva** (UE) 2019/1937 del Parlament Europeu i del Consejo, de 23 d’octubre de 2019, **relativa a la protecció de les persones que informen sobre infraccions del Dret de la Unió**, publicada al 26 de novembre de 2019 el Diari Oficial de la Unió Europea. En la mesura en que al seu article 8 es preveu l’obligatorietat de implementar canals d’alertes a totes les entitats jurídiques del sector públic i entre elles els municipis.

FUNCIONS, NATURALESA I ORGANITZACIÓ DE LA DIRECCIÓ DE SERVEIS D'ANÀLISI

1. FUNCIONS, NATURALES A I ORGANITZACIÓ DE LA DIRECCIÓ DE SERVEIS D'ANÀLISI

Les **Normes Reguladores de la Bústia Ètica i de Bon Govern** de l'Ajuntament de Barcelona (en endavant **NRBE**), **publicades** al Butlletí Oficial de la Província de Barcelona **el 16 de gener de 2017**, defineixen les **funcions** de la Direcció de Serveis d'Anàlisi.¹

Abans de la seva aprovació definitiva, el 6 d'octubre de 2016, les **NRBE** van ser sotmeses al **tràmit d'informació pública**, durant un mes. Enriquant-se així de les aportacions de diferents sectors com: Oficina Antifrau de Catalunya, la Comissió de Garanties del Dret d'Accés a la Informació Pública, el Grup Municipal del Partit Popular, el Grup Municipal del Partit Socialista de Catalunya i el Grup Municipal de Convergència i Unió, la Sindicatura de Greuges de Barcelona o el Consell Assessor per a la Transparència.

L'article 26 de les NRBE estableix que són **funcions** de la **Direcció d'Anàlisi**:

- | Fer, per si mateixa o a través del personal de la seva unitat, les **tasques de comprovació** que siguin procedents, **gestionar** les **comunicacions** i **formular la recomanació** que posa fi a la comprovació dels fets.
- | Assumir la **gestió operativa del fitxer de dades**² de caràcter personal creat amb aquesta finalitat.

¹ Al llarg de la present Memòria ens referirem a la Direcció de Serveis d'Anàlisi indistintament com Direcció d'Anàlisi i també amb les sigles DA.

² La utilització del terme "fitxer de dades" obeeix a que les Normes Reguladores de la Bústia Ètica i de Bon Govern són anteriors al Reglament (UE) 2016/679 del Parlament Europeu i del Consejo, de 27 d'abril de 2016, relatiu a la protecció de les persones físiques pel que respecte al tractament de dades personals i a la lliure circulació d'aquestes dades i a la Llei Orgànica 3/2018, de 5 de desembre, de Protecció de Dades Personals i Garantia dels Drets Digitals.

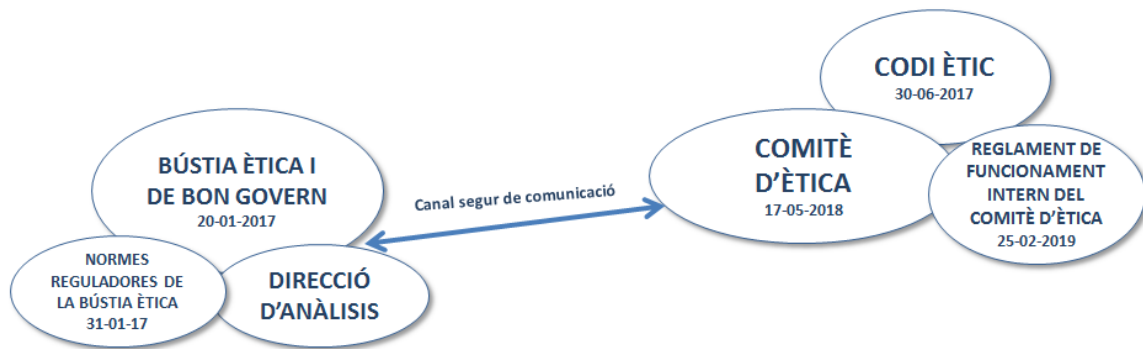
- | **Promoure** la **consolidació** i la **millora** de la **gestió ètica** per part de l'Administració municipal.
- | **Vetllar** perquè les persones i els servidors públics de la Corporació puguin **posar en coneixement** de l'Ajuntament les **conductes eventuais contràries a dret i als principis de bona administració o bon govern**, de manera confidencial i **sense** que puguin derivar-se'n **perjudicis** per a qui formula la comunicació de bona fe.
- | Atorgar la **protecció deguda** als càrrecs i la resta de servidors públics de la Corporació en el procés de comprovació dels fets.
- | Formular **recomanacions i proposar millores** en la gestió ètica i l'aplicació dels principis de bon govern o bona administració.
- | Impulsar mesures de **formació i de prevenció** d'actuacions contràries als valors ètics i a les regles de conducta i de bon govern.
- | **Resoldre** els **dubtes interpretatius** que puguin existir en relació a les conductes contràries a dret i a les regles i als valors esmentats
- | Elaborar una **memòria anual** i elevar-la a la Tinència d'Alcaldia competent per a la seva presentació al **Consell Municipal**.

De manera que la **Direcció de Serveis d'Anàlisi**, en l'exercici de les seves funcions, **pivota, a manera d'enllaç**, entre elements fonamentals per la **integritat pública municipal** com són: a) la **Bústia Ètica i de Bon Govern**, com a canal d'alertes de conductes, realitzades en l'àmbit municipal, contràries a l'ordenament jurídic, als principis ètics i de bon govern i de la qual és el seu òrgan gestor, b) el **Codi ètic i de conducta**, que ha d'orientar la gestió municipal així com el comportament dels càrrecs electes i la resta de servidors públics i c) el **Comitè d'Ètica**, com a òrgan extern i col·legiat que és l'últim intèrpret del Codi Ètic i del qual és el seu òrgan de suport. **El Reglament de Funcionament Intern del Comitè d'Ètica** completa el seu estatut jurídic i consolida els seus vincles amb la DA.

Raons per les quals, solament és possible **concebre a la Direcció del Servei d'Anàlisi dintre d'aquest marc de integritat institucional** que s'ha anat teixint a l'**Ajuntament**

de Barcelona durant els últims anys i al qual ens referirem més tard, aprofundint en cada una de les seves “peces”.

Marc d'integritat Ajuntament Barcelona:



Per dotar de **credibilitat** a aquest òrgan i **garantir** el seu **funcionament l'article 25 de** les Normes Reguladores de la Bústia Ètica (en endavant **NRBE**) reconeix a la Direcció d'Anàlisi **independència funcional** en l'exercici de les seves funcions, al establir que:

- | actua amb independència funcional, sense que pugui estar sotmesa a ordres jeràrquiques que en condicionin la seva actuació, especialment pel que fa al manteniment de la confidencialitat de les dades personals que tracti
- | no pot ser una causa que en justifiqui el cessament el desenvolupament de la seva actuació
- | ha de complir el deure de secret, que es manté un cop hagi cessat en aquestes funcions. La vulneració del deure de secret és constitutiva d'infracció administrativa.

De manera que, l'article 25 de les NRBE s'alinea amb les disposicions **normatives** i les **recomanacions doctrinals internacionals i nacionals** que recalquen i insisteixen

en la independència como la **garantia sine qua non** perquè qualsevol òrgan o ens que tingui encomanada la funció de vetllar per la integritat, el bon govern, i la lluita davant conflictes d'interessos o qualsevol altre pràctica contrària al dret i a les bones pràctiques pugui portar a terme la seva tasca amb **imparcialitat, objectivitat, eficàcia i eficiència** i sense cap ingerència externa. En tal sentit, ens remetem, entre d'altres, a: a) la Resolució 58/4 de l'Assemblea General de les Nacions Unides, de 31 d'octubre de 2003, per la que s'aprova la Convenció de les Nacions Unides Contra la Corrupció (articles 6,2 i 36); b) l'informe de la Comissió Europea al Consejo i al Parlament Europeu, de 3 de febrer de 2014, sobre la lluita contra la corrupció en la Unió Europea i el Consejo d'Europa i c) a la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlament Europeu i del Consejo, de 23 d'octubre de 2019, relativa a la protecció de las persones que informen sobre infraccions del Dret de la Unió, de imminent transposició al nostre ordenament jurídic.

A tal efecte **també són avals** fonamentals, a l'hora de reforçar la **credibilitat** de l'òrgan gestor de la Bústia Ètica,:

- a) la **natural i inherent vinculació** existent entre la Direcció de Serveis d'Anàlisi i el **Comitè d'Ètica**, els membres del qual són **elegits pel Plenari del Consell Municipal**, entre professionals de reconegut prestigi en l'àmbit de la defensa de l'ètica, la integritat i la transparència públiques (art. 15,1 Codi ètic) i actuen amb plena **autonomia, independència, objectivitat i imparcialitat** sense estar sotmesos a instruccions de cap òrgan, autoritat o càrrecs municipals (art. 15,3 Codi Ètic). Vinculació que posen de manifest, tant el citat article 26 de les NRBE, com la seva Disposició Addicional Primera, així com, l'article 15,1 del Codi ètic, en relació amb el que disposa el Reglament Intern de Funcionament del Comitè d'Ètica en els seus articles 6; 12; 14; 19 i 20, i que serà desenvolupada a l'apartat corresponent. Cal recordar, a mes, que la Direcció de Serveis d'Anàlisi és l'òrgan de suport i assistència tècnica del Comitè d'Ètica.

- b) el **retiment de comptes** de la Direcció de Serveis d'anàlisi, es preveu, al **Consell Municipal**, mitjançant la corresponent Memòria anual d'Actuació, en els termes establerts en el citat article 26 de les NRBE.
- c) **L'exigència** imposada per les NRBE (artº 25,4) de que, tant la Direcció de Serveis d'Anàlisi, com les persones que hi estiguin adscrites amb tasques de comprovació i de proposta de recomanació tinguin la condició de **funcionari/ària de carrera**. En aquest sentit avançar que tots els membres de la Direcció van estar nomenats després de superar un procés **selectiu amb concurrència pública**.

Però, sense perjudici d'aquest elenc de garanties, no podem obviar que és doctrina pacífica que aquests òrgans per ser completament efectius, i per poder exercir les seves funcions amb responsabilitat i eficàcia també requereixen una **dotació suficient i especialitzada de mitjans i recursos (materials, tecnològics i humans) i un pressupost adequat** pel desenvolupament de les seves competències. Elements dels que, la Direcció d'Anàlisi, ha estat molt deficitària des de la seva creació.

En aquest sentit, ens fem ressò del que estableix l'article 6,2 de la referida Convenció de les Nacions Unides Contra la Corrupció de 2003, respecte a que als òrgans de prevenció se'ls haurà d'atorgar no sols de: *"...la independència necessària, de conformitat con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, para que puedan desempeñar sus funciones de manera eficaz y sin ninguna influencia indebida..."* si no també: *"...Deben proporcionárseles los recursos materiales y el personal especializado que sean necesarios, así como la capacitación que dicho personal pueda requerir para el desempeño de sus funciones."*

Igualment, en aquest punt, és d'obligada referència la, ja al·ludida, **Directiva Europea**, coneguda popularment també, com **"de protecció dels alertadors"** en la mesura en que la seva propera **transposició (abans del 17 de desembre de 2021)** **obligarà a l'establiment de canals i procediments interns de comunicacions/denuncies** i de tractament de denúncies en les entitats jurídiques del

sector públic, dintre de les que queden inclosos els **municipis** (solament podran ser eximits d'aquesta imposició, a instancies de cada un dels estats membres de la Unió, els de menys de 10.000 habitants o de menys de 50 treballadors). **Exigint** que, el personal responsable de la tramitació de les dites comunicacions o denúncies, tingui garantida la seva independència, mitjançant l'establiment de les *“salvaguardas adecuadas para garantizar el respeto de los requisitos de independencia y autonomía establecidos en la Directiva...”* (“Considerando” 66 de la citada Directiva, al que s'afegeix el “Considerando” 57 i el 78), així com la seva *“...dotación de medios suficientes..”* (art 11).

En qualsevol cas, cal **posar en valor**, que **l'Ajuntament de Barcelona**, amb la seva Bústia Ètica i de Bon Govern, **es va anticipar amb escreix a la citada Directiva**, sent una **Administració pionera** i no únicament per instaurar un canal d'alertes confidencials si no, **també** per permetre que aquest canal admetés **l'anonimat** de les comunicacions o alertes, facilitant inclús la utilització de la **Xarxa TOR**.

Reconeguda la **independència funcional** de la Direcció d'Anàlisi (en endavant DA), cal aclarir que **orgànicament** està adscrita a la Direcció per a la Transparència i Bones Pràctiques. La Direcció per a la Transparència i Bones Pràctiques, creada en virtut de la Mesura de Govern de 29 de desembre de 2015, està adscrita orgànica i funcionalment a la Tinença de Drets de la Ciutadania, Participació i Transparència i sota la Gerència de Recursos fins el canvi de govern operat arrel de les eleccions municipals del 26 de maig de 2019 que va passar a la Tercera Tinença de l'Agenda 2030, Transició Digital, Esports i Coordinació Territorial i Metropolitana i a la Gerència de l'Àrea. Durant els 4 anys transcorreguts des de la seva creació la plaça de la Direcció de l'Oficina per a la Transparència i les Bones Pràctiques solament va estar coberta a penes un any (de maig de 2017 a maig de 2018)³.

³ Per Acord del Consell Municipal (415/2020), de 30 d'octubre de 2020, d'aprovació de les modificacions dels annexos 1 i 2 de l'Acord del Consell Plenari del 21 de desembre de 2018, sobre l'aprovació de la Relació inicial de Llocs de Treball (RLT), publicat a la Gasetta municipal de Barcelona de 6 de novembre de 2020 es va amortitzar la dotació de Director/a de Transparència i Bones Pràctiques adscrita a la Direcció per a la Transparència i les Bones Pràctiques, amb data d'efectes 1 de novembre de 2020, per reestructuració del servei

Dit això, passarem a recollir, a continuació, l'**ampli ventall d'actuacions** que, en l'exercici de les funcions que te atribuïdes, la **Direcció de serveis d'Anàlisi** ha abastat durant els **anys 2018 i 2019**, període al que es refereix la present Memòria, (sense perjudici de que, inevitablement, al haver estat finalitzada a finals de 2020 pugui incloure alguna dada d'aquest últim any que resulti significativa).

Algunes d'aquestes actuacions ja es venien realitzant des de l'any 2017, altres es van iniciar al 2018, i es van continuar desenvolupant durant el 2019, juntament amb d'altres de noves. Així trobem les següents:

■ Les **relacionades amb la Bústia Ètica**, entre les quals també s'inclouen les relatives a:

- la **tramitació de les comunicacions** o alertes rebudes per la Direcció d'Anàlisi (especificant aquí: el número de comunicacions rebudes a la direcció d'anàlisi durant aquests anys; la seva taxonomia; les accions d'investigació i recomanació practicades; el detall del volum total de comunicacions efectivament tramitades i gestionades des de l'1 de gener de 2018)

- la **gestió de la bústia ètica** (com són les derivades de la necessitat de: implementar les noves actualitzacions de GlobaLeaks 2.6.5.4 al programari base -sistema operatiu- de la bústia ètica; d'adaptar el contingut de l'aplicació de la Bústia ètica a les exigències de la nova regulació en matèria de protecció de dades de caràcter personal; o d'un Gestor Documental apropiat als requeriments i especificitats de la Bústia -Projecte G-Bústia-)

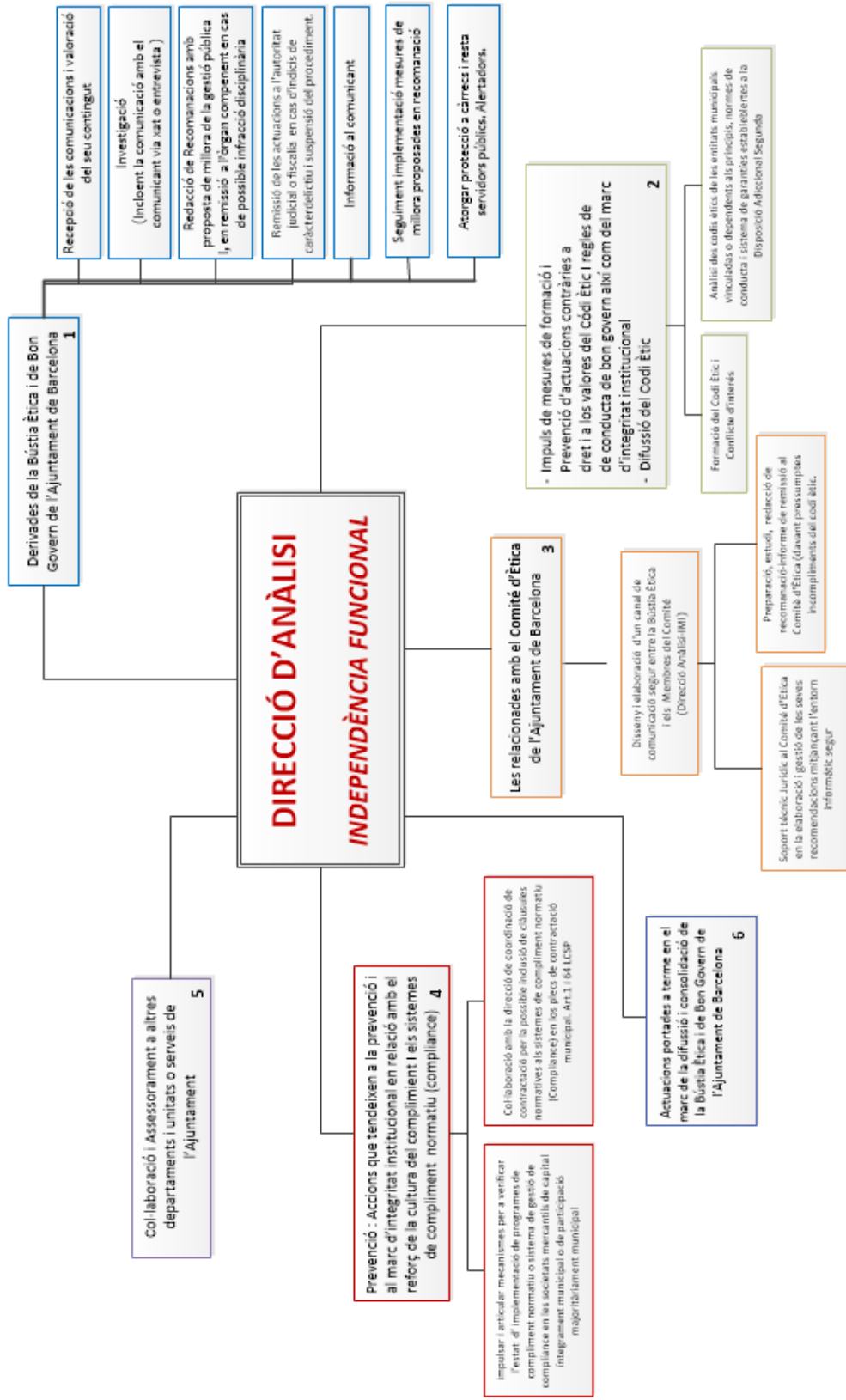
- a les accions **tecnicojurídiques** relatives al **procés per la implementació de la bústia ètica i de bon govern a altres administracions, institucions, agències i entitats** (entre les quals parlarem de : les derivades de l'actualització de les condicions d'ús per la implementació de la Bústia Ètica al repositori Github; de les actuacions jurídiques relatives al disseny i redactat del protocol marc de

col•laboració entre l'Ajuntament de Barcelona i Xnet per difondre i enfortir la bústia ètica i precisar les condicions per replicar i implementar la Bústia; i de les reunions informatives i d'assessorament tècnic jurídic amb els representants de les Administracions, Agències o institucions i entitats que s'interessen o mostren el seu interès en implementar la Bústia Ètica)

- al marc de la **difusió i consolidació de la Bústia Ètica** i de Bon Govern (com: la signatura de convenis de col•laboració; reunions i visites Institucionals; participació en jornades i seminaris)

- | a la **col•laboració institucional** lligada a les funcions atribuïdes a la direcció d'anàlisi per les NRBE (art 26), en especial les de **prevenció**, gestió del **canal d'alertes** (bústia ètica), **investigació i protecció d'alertadors**.
- | Les **vinculades** el **Codi Ètic i de conducta** de l'Ajuntament de Barcelona (entre les qual es parlarà de les accions formatives i de conscienciació en matèria de conflicte d'interès i de difusió del Codi realitzades així com les relatives a la comprovació de l'adaptació dels codis ètics de les entitats municipals vinculades o dependents)
- | Les **relacionades** amb el **Comitè d'Ètica** de l'Ajuntament de Barcelona
- | Les relatives a la **Prevenció** (a on es recollirà un extracte, per matèries, de les actuacions i mesures de millora proposades, al llarg de les 139 recomanacions elaborades en aquest període, amb les argumentacions jurídiques en les que es recolzen i també ens referirem als programes de compliment normatiu o sistemes de compliance)
- | Les que impliquen **assessorament i redacció d'informes** a requeriment d'altres òrgans municipals en les matèries que li son pròpies.

Tasques que seran objecte, cada una d'elles, d'un tractament mes detallat en els següents apartats.



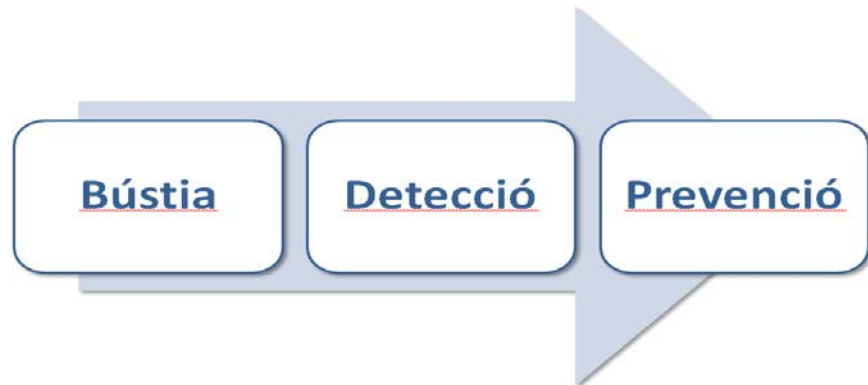
ACTUACIONS DE LA DIRECCIÓ D'ANÀLISI RELACIONADES AMB LA BÚSTIA ÈTICA

2. ACTUACIONS DE LA DIRECCIÓ D'ANÀLISI RELACIONADES AMB LA BÚSTIA ÈTICA

L'aplicació de la Bústia Ètica i de Bon Govern (en endavant, la **Bústia**) es va posar **en marxa** el 17 de gener de 2017. I és, com s'ha dit, un dels engranatges que conformen el marc d'integritat institucional de l'Ajuntament de Barcelona, al configurar-se com un **eina per enfortir la integritat del sector públic municipal**, a la vegada que un **instrument essencial de prevenció** contra la mala gestió, el frau o la corrupció.

La Bústia és un **canal electrònic** de participació **bidireccional** que permet, tant a la ciutadania como als servidors públics (càrrecs electes i empleats públics) i a qui es relaciona amb la administració municipal (proveïdores, licitadors, aspirants a un lloc de feina...), **posar en coneixement** d'aquella "...les **conductes**, desenvolupades en el si dels òrgans dels quals depèn la gestió municipal, que siguin susceptibles de ser **contraries a dret, als principis ètics i a les regles de conducta** que tutel·len: l'**ús correcte dels recursos públics**, la resolució dels **conflictes de interès, l'objectivitat i neutralitat** de la gestió pública, ... en l'exercici de les competències municipals en general i, **en especial**, en els temes de **contractació pública, funció pública, activitat de foment, ordenació urbanística**, etc.", garantint la **confidencialitat, l'anonimat** del comunicant (si així ho prefereix aquest, facilitant, en aquest cas, la possibilitat d'usar la xarxa de anonimització **Tor**) i la seva **indemnitat** davant de qualsevol tipus de castic o represàlia. Tot això, amb l'**objectiu** de que la gestió municipal es desenvolupi amb un respecte total als valors de qualitat democràtica i de bona administració, en un context de **millora continua** en la **qualitat dels serveis públics**.

RISCOS



La bústia és una **eina pionera**. Barcelona és la primera ciutat de Catalunya, d'Espanya i d'Europa que ha creat un dispositiu digital com la bústia, utilitzant un **programari lliure que permet l'ús de la xarxa Tor** (que millora la privacitat i la seguretat a internet). I també permet: per un costat, **establir i mantenir una conversa constant durant tota la investigació, entre els investigadors i el comunicant encara que aquest sigui anònim i, per l'altra, adjuntar tot tipus de documents, vídeos, fotografies.**



Presentada la comunicació, els usuaris obtenen un **codi alfanumèric** que serà **l'única "clau"** que permetrà tornar a accedir al canal accentuant així la veritable naturalesa de la Bústia, **no de simple contenidor de informació sinó com un autèntic canal** on aquesta flueix de manera constant i de forma **bidireccional**. Possibilitant, així, com s'ha dit, una **col•laboració permanent** entre el comunicant i 'òrgan gestor de la

bústia en la comprovació dels fets, i a l'hora de **conèixer l'estat de tramitació** de la comunicació en tot moment.



La Bústia va ser fruit de les sinergies establertes amb **entitats ciutadanes** que fa anys que lluiten contra la corrupció, entre elles **Xnet**. De fet, va ser el resultat de la col·laboració amb aquesta plataforma ciutadana, els membres de la qual van **donar** assessorament de forma totalment desinteressada.

La bústia ha estat creada mitjançant la interfície GlobalLeaks, un projecte de programari lliure de l'Hermes Center for Transparency and Digital Human Rights, que l'Ajuntament ha desenvolupat i adaptat per **fer-ho compatible amb les exigències i especificitats del sector públic**. Motiu pel qual es van incorporar funcionalitats específiques de caràcter operatiu i de seguretat amb l'inestimable suport del Departament de Canals Digitals de l'Institut Municipal de Informàtica.

Des d'un punt de vista tècnic, cal dir que l'aplicació de la bústia està allotjada al núvol privat de l'Ajuntament, en un segment especial i aïllat de la xarxa corporativa. **Els servidors s'han protegit** per evitar atacs. Les persones que gestionen la bústia només hi tenen accés des de la xarxa corporativa (tallat a internet).

Les **comunicacions** de dades són **xifrades** i la informació lliurada pel comunicador sempre **s'emmagatzema xifrada**. S'han emprat **claus de xifratge de mecanismes de clau pública / clau privada**, que permeten mantenir la privacitat entre el comunicador i el receptor. El receptor (òrgan gestor de la bústia) té la seva clau privada. L'Ajuntament també ofereix protecció del lloc de treball corporatiu (inclou antivirus i encriptació).

El codi de la Bústia és **lliure, modificable i replicable**, sempre que es reconegui e indiqui expressament l'autoria, en parts iguals, de Xnet i de l'Ajuntament de Barcelona.

Des de la seva posada en marxa ha estat ja **replicada i implementada per: l'Oficina Antifrau de Catalunya, la Agència de Prevenció i Lluita contra el Fraude i la Corrupció de València**, i han signat el corresponent protocol a tal efecte: **l'Agència de Prevenció i Lluita contra el Fraude i la Corrupció de les Illes Balears, la Generalitat de Catalunya, l'Ajuntament de Lleida, l'Ajuntament de Terrassa, l'Àrea Metropolitana de Barcelona** y la empresa pública **Ferrocarriles de la Generalitat de Catalunya** (aquests últims al 2020). També el **Consello de Contas de Galicia** la ha incorporat a nivell intern i el "*Buzón de Colaboración*" de la **Comissió Nacional del Mercat i de la Competència -CNMC-**, se inspira en ella. A data d'avui, altres institucions y municipis han mostrat el seu interès en utilitzar aquesta tecnologia.

Menció expressa mereixen les **Normes Reguladores de la Bústia Ètica (NRBE) publicades**, al Butlletí Oficial de la Província de Barcelona (**BOPB**), el 16 de gener de 2017 (a les quals ja ens hem referit) en la mesura que constitueixen el **seu marc normatiu específic**, garantint el principi de **seguretat jurídica**. De manera que:

- a) ordenen el seu **funcionament** i regulen els aspectes següents:
 - Els **objectius** de la bústia i els **principis** generals (articles 1, 2 i 7).
 - **L'àmbit d'aplicació:** a) **objectiu:** òrgans administratius integrants de l'Ajuntament de Barcelona i les seves entitats municipals i b) **subjectiu:** ciutadania i personal al servei de l'Administració municipal (articles 4 i 5 respectivament).
 - Les **relacions** amb d'altres sistemes de queixes, consultes, o reclamacions que l'Ajuntament posa al servei de la ciutadania, com IRIS (sigles de Incidències, Reclamacions i Surgències). La seva **compatibilitat** amb la **Sindicatura de Greuges de Barcelona i resta d'organismes** o institucions de **supervisió** creades legal o estatutàriament. (article 6)

- | Els **drets i les obligacions** de la persona que presenta la comunicació (article 8) i de la persona presumptament responsable de la conducta comunicada (art. 9).
- | Els **requisits**, la forma de presentació de les **comunicacions**, la seva **gestió, valor i efectes**, inclòs el tractament de les que resulten manifestament falses o faltes de fonament (articles 1 a 12). Detallant, entre d'altres, el **procés** de comprovació i **investigació** dels fets o el **deure de col·laboració** dels càrrecs electes i resta de servidors públics (art. 13 a 17 i 21).
- | El **règim de publicitat**, confidencialitat i **accés a la informació**, així com les condicions d'ús de l'aplicació de la bústia (art. 19 a 20 i 22 a 24).
- | El **règim jurídic de l'òrgan gestor** de la bústia. (article 25 i 26).
- | El **tractament específic** de les comunicacions sobre **vulneracions del Codi Ètic i de Conducta** (Disposició Addicional Primera). Introduint, una de les **baules** que uneix la **Bústia** (i per tant, a la DA) amb el **Comitè d'Ètica**.

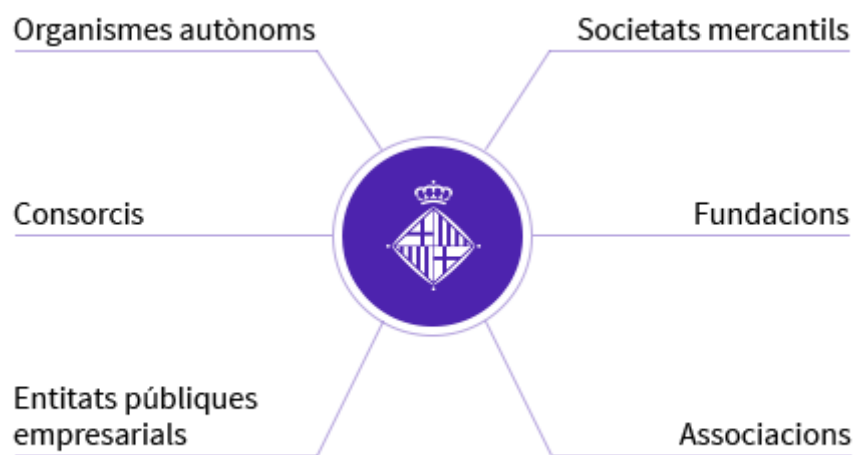
Per valorar el camp d'actuació de la Bústia, s'ha de ressaltar que el seu **àmbit objectiu** (art 4 NRBE) no es limita als òrgans administratius i unitats integrants de l'Ajuntament de Barcelona si no que **s'estén** al que s'ha vingut denominant com **Administració municipal**. Es a dir,:

1. Els **òrgans administratius i unitats integrants de l'Ajuntament** de Barcelona.
2. Les **entitats vinculades o dependents** de l'Ajuntament de Barcelona, com els organismes autònoms, les entitats públiques empresarials locals o les societats mercantils.
3. Les **fundacions i els consorcis**, quan consoliden les seves comptes amb l'Ajuntament de Barcelona o quan, de manera directa o indirecta, tinguin una representació municipal majoritària.
4. Les **societats i les entitats que contractin amb l'Ajuntament** de Barcelona, quan així ho disposi el contracte corresponent o ho aprovin els seus òrgans de govern (en les seves relacions amb l'Ajuntament de Barcelona i amb les persones),

en el marc de l'execució del contracte corresponent i, en especial, en la prestació de serveis públics municipals.

5. Les persones que **rebin subvencions municipals**, quan així ho disposi el conveni o les bases reguladores, en el marc de l'actuació subvencionada per l'Ajuntament de Barcelona o les seves entitats vinculades o dependents.

6. La **resta d'organismes, entitats i societats** on estigui **present l'Ajuntament** de Barcelona i que **s'adhereixin** voluntàriament al funcionament de la Bústia.



Resulten significatives, a l'hora d'evidenciar el **potencial abast del marc d'actuació** de la Bústia, les **següents xifres**: a) solament el número d'habitants de la ciutat de Barcelona al 2019 era de **1.650.358 habitants** (encara que s'ha de recordar que qualsevol ciutadà, sigui o no barceloní, pot fer ús de la mateixa); b) el volum de **personal** que servia o formava part de la citada Administració Municipal al 2018 sumava 14.683 persones, i a l'any **2019, va pujar a 15.149 treballadors municipals**; c) el volum de **contractació** de l'Ajuntament va girar a l'entorn dels **356.741.662,28€** durant l'any **2018 i dels 265.566.232,40€ al 2019**; d) el de **subvencions** durant l'any **2018** es va situar al voltant **dels 1.412.655.095 €⁴**.

⁴⁴ Dades extretes de les següents fonts: Institut Nacional d'Estadística, 2018 i 2019 i Web de Transparència Ajuntament de Barcelona, 2018 i 2019

També són significatives les **dades quantitatives que mostren les entrades a la web informativa de la Bústia**⁵, relativa a les persones que, al llarg d'aquets anys 2017, 2018 i 2019 han entrat a l'aplicació de la Bústia, tota vegada que **desvetllen que l'interès** per aquesta eina entre la ciutadania va **en alça** amb un més que notable nivell d'increment anual. Així:

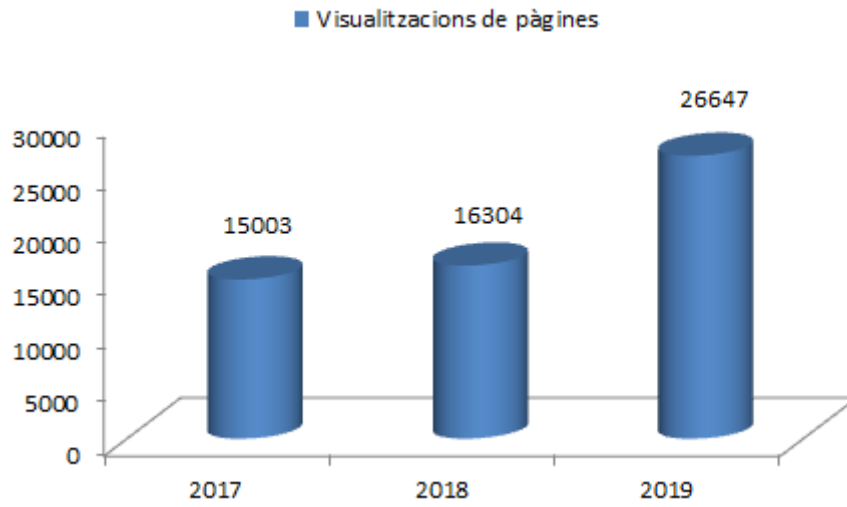
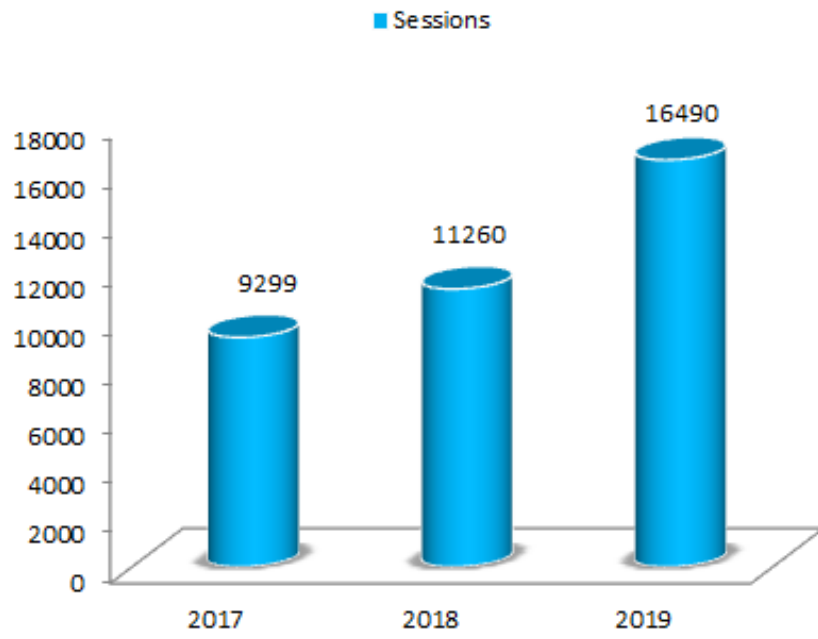
-2017: 9.299 sessions i 15.003 visualitzacions de pàgines

-2018: 11.260 sessions i 16.304 visualitzacions de pàgines

-2019: 16.490 sessions i 26.647 visualitzacions de pàgines

	Sessions	Visualitzacions de pàgines
2017	9299	15003
2018	11260	16304
2019	16490	26647
Total:	27750	42951

⁵ Font: Informe remès mensualment per Google Analytic



2.1. ACTUACIONS RELATIVES A LA TRAMITACIÓ DE LES COMUNICACIONS O ALERTES REBUDES PER LA DIRECCIÓ D'ANÀLISI DES DE L'1 DE GENER DE 2018 AL 31 DE DESEMBRE DE 2019

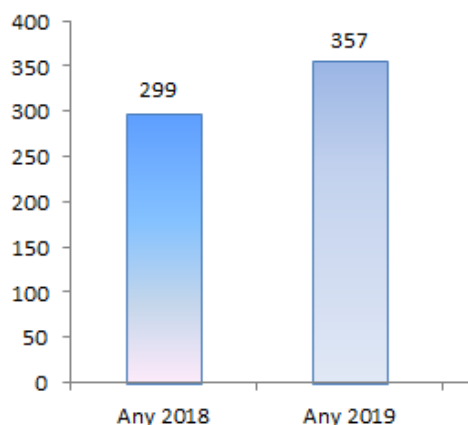
Descriurem, en aquest apartat, cada una de les actuacions portades a terme, per la Direcció d'Anàlisi, amb motiu de la tramitació d'una comunicació de fets presumptament irregulars. Des de que aquesta es repcepciona, fins que es notifica la Recomanació i es procedeix al seu seguiment.

Es detallarà: a) el número de comunicacions rebudes, b) la seva taxonomia, i c) les accions de investigació i de Recomanació. I dintre d'aquest últim epígraf ens detindrem: en els supòsits de inadmissió i d'admissió; en las fase de investigació, en la d'elaboració, notificació i seguiment de la Recomanació i en el tractament de les causes d'abstenció que afecten o poden afectar a la DA.

2.2. NÚMERO DE COMUNICACIONS REBUDES A LA DIRECCIÓ D'ANÀLISI DURANT ELS ANYS 2018 I 2019

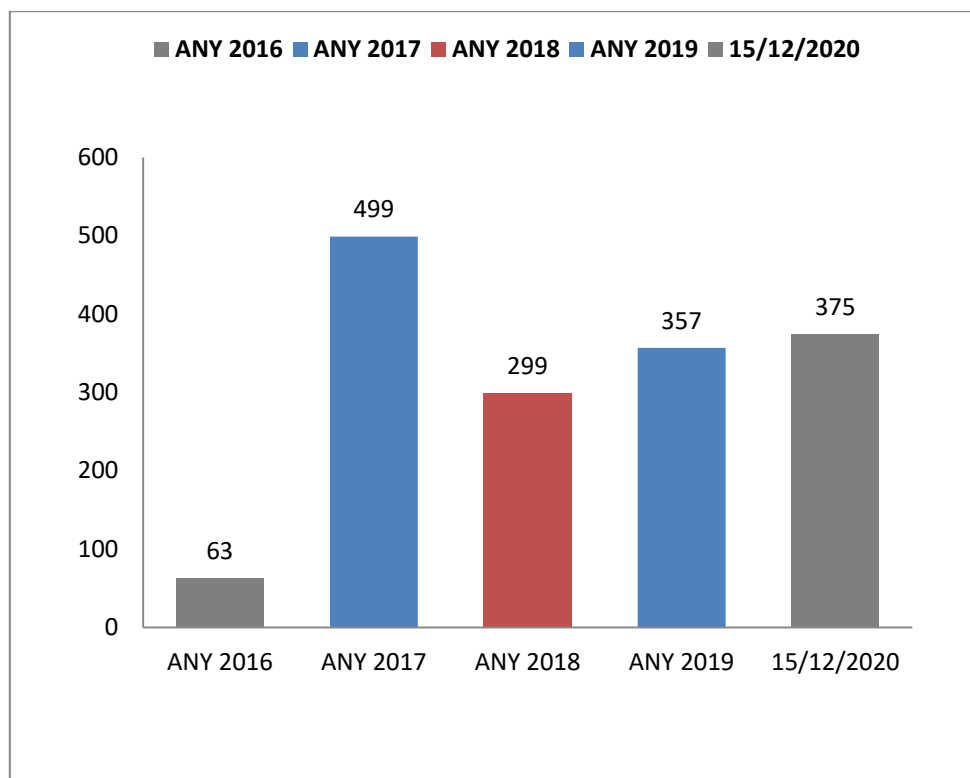
Com a pas previ, a entrar a tractar cada una de les actuacions relacionades amb la gestió de la Bústia Ètica, s'ha d'indicar que el volum de comunicacions que s'han rebut a la Direcció d'Anàlisi, en el període **2018-2019**, ha estat de **656 comunicacions**, corresponents a 299 i 357 comunicacions respectivament.

Comunicacions rebudes



Respecte a les referides dades, pot resultar interessant avançar que a data 15 de desembre d'aquest **any 2020** s'han recepcionat ja **375** comunicacions (**superant**, sense haver acabat l'any, el número corresponent al **2019**).

Xifres a les que si se'ls hi afegeixen les dels **anys anteriors 2016 i 2017** donen una idea del **volum total** de comunicacions que la DA ha **gestionat fins el 31 de desembre de 2019**: un total de **1.218 comunicacions**. I si a més, es sumen les que s'han rebut fins el 15 de desembre de **2020**, obtenim un reflexa de la **progressió** seguida, fins arribar al **total de 1.593 comunicacions**, en aquella data.



Dit això, passem, a continuació a detallar alguns dels trets d'aquestes comunicacions.

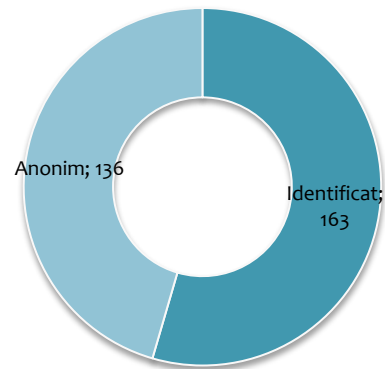
2.2.1. TAXONOMIA DE LES COMUNICACIONS REBUDES ALS ANYS 2018 I 2019

A continuació, procedirem a descriure els trets o característiques que s'observen en les comunicacions presentades durant els anys 2018 i 2019.

a) Any 2018

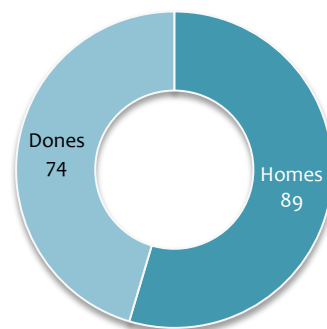
Pel que fa a la **tipologia** dels **comunicants** es constata que, de les 299 comunicacions del 2018: **136 són anònimes** i, en les 163 restants, la persona s'ha identificat.

Perfil del comunicant



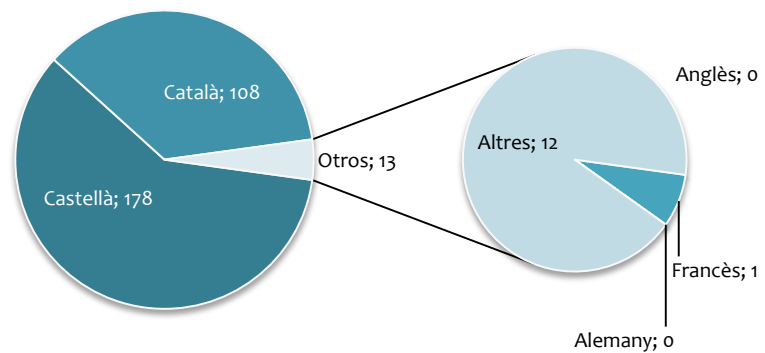
De les 163 comunicacions en les quals la persona s'ha identificat, 89 van ser formulades per homes i 74 per dones.

Comunicacions per gènere



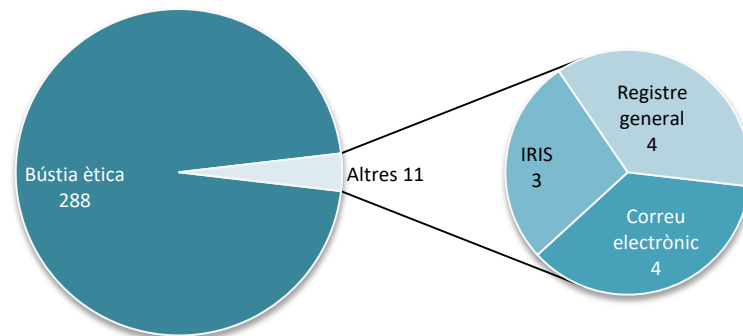
Respecte a la **llengua emprada** en la comunicació: 178 s'han escrit en castellà; 108 en català; 1 en francès i 12 en altres idiomes.

Comunicacions per llengua emprada



Les comunicacions es poden traslladar per diversos **canals**: bústia ètica, adreça de correu electrònic (que pot arribar des de l'Alcaldia, des de les gerències, districtes i resta d'entitats municipals o dels particulars), Registre general, IRIS i correu ordinari.

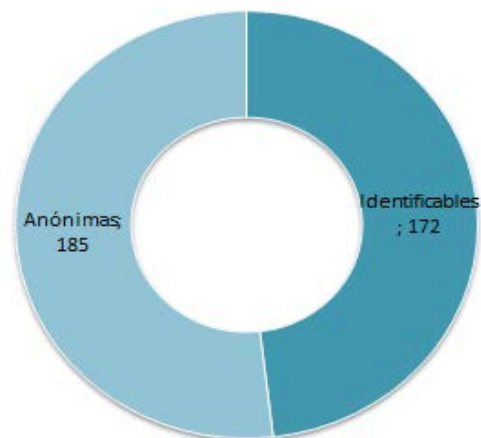
De les **299** comunicacions rebudes al **2018**: **288** ho han estat mitjançant la **Bústia**; , 3 van ser reenviades per Alcaldia; 1 a través del correu electrònic; 3 corresponen a l'IRIS i 4 van tenir entrada pel Registre general.



b) Any 2019

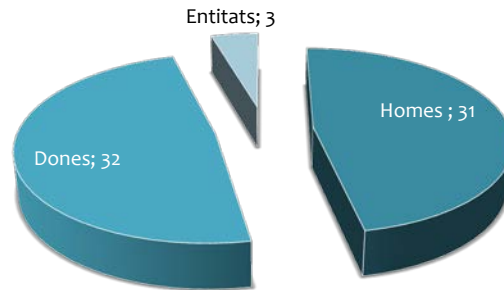
Pel que fa a la **tipologia** dels comunicants es constata que, de les 357 comunicacions, **185 són anònimes** i, en les 17 restants, la persona s'ha identificat.

Perfil del comunicant



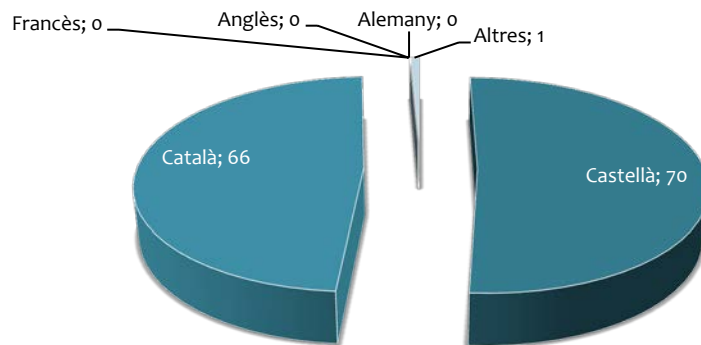
De les 66 comunicacions en les quals la persona s'ha identificat, 31 van ser formulades per homes, 32 per dones i 3 per entitats.

Comunicacions per gènere

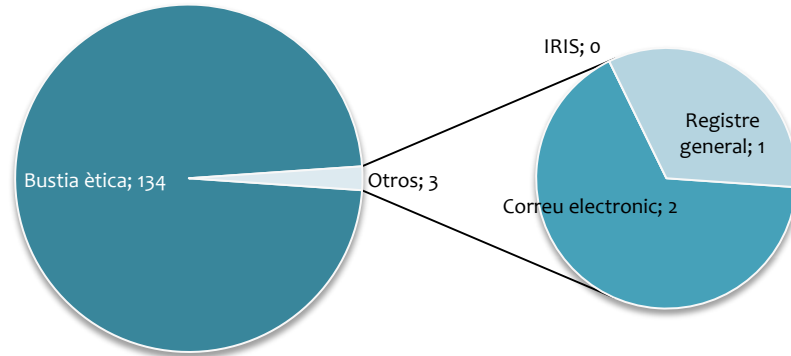


Respecte a la **llengua** emprada en la comunicació: 70 s'han escrit en castellà; 66 en català i 1 en altres.

Comunicacions per llengua emprada



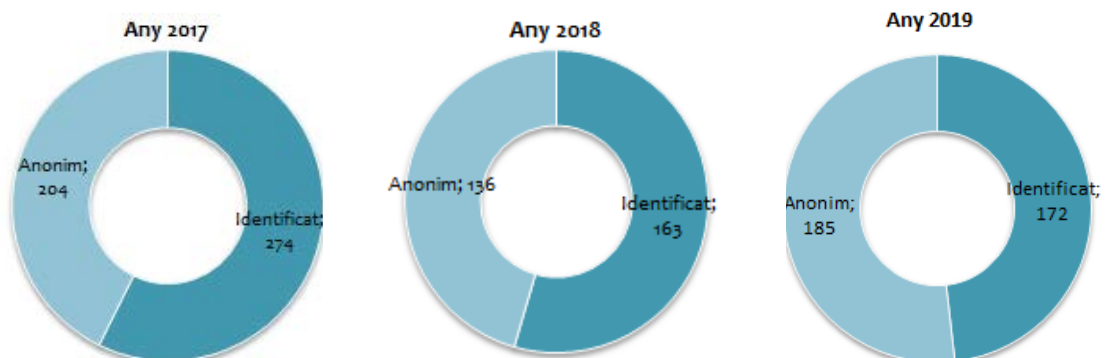
Respecte al **canal** emprat: de les 357 comunicacions rebudes: **134** ho han estat mitjançant la **Bústia**, 2 a través del correu electrònic i 1 va tenir entrada pel Registre general.



Comparativa de les comunicacions anònimes i confidencials rebudes durant aquests anys i dels canals de comunicacions emprats

Degut a la importància que a l'hora de formular alertes, comunicacions o denúncies mereix el tractament de l'anonimat plasmarem, a continuació, una **comparativa entre les comunicacions anònimes i les de comunicant identificat rebudes des de l'any 2017, així com la dels canals utilitzats a tal efecte**. Això, de cara a la importància que poden tenir aquestes dades i la seva evolució respecte a possibles **reflexions sobre l'anonimat com a eina fonamental de protecció dels alertadors**, denunciants i informants de infraccions (per exemple, en quan a la futura transposició de la Directiva europea de protecció de persones que denuncien infraccions del dret de la Unió).

Anonimat/confidencialitat

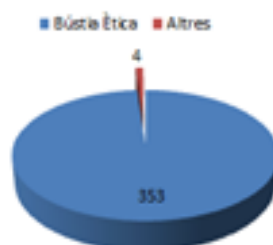


Canals d'entrada comunicacions

Canal entrada comunicacions 2018



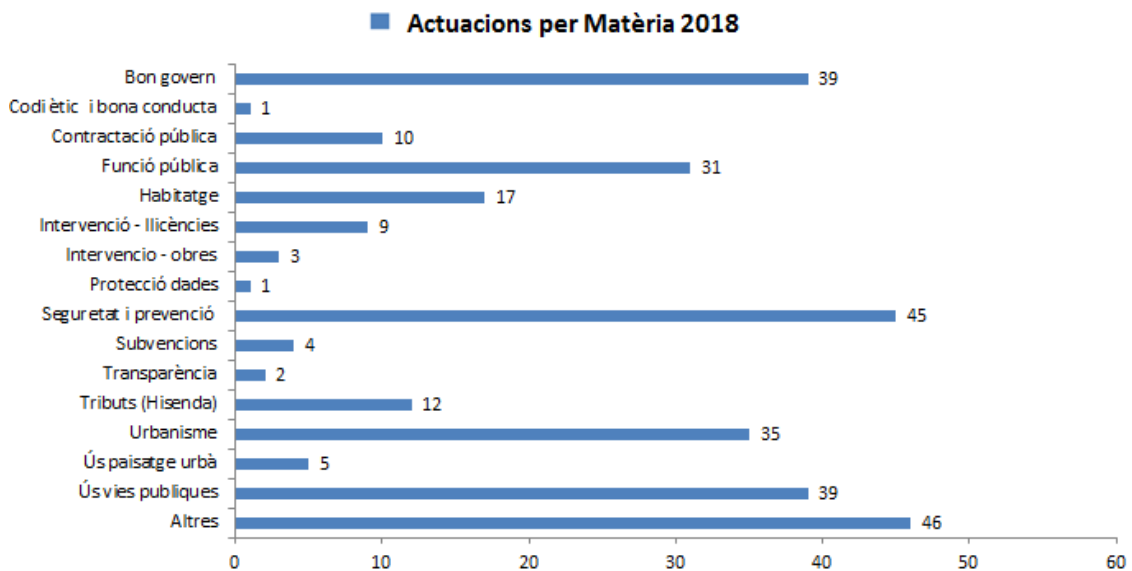
Canal entrada comunicacions 2019

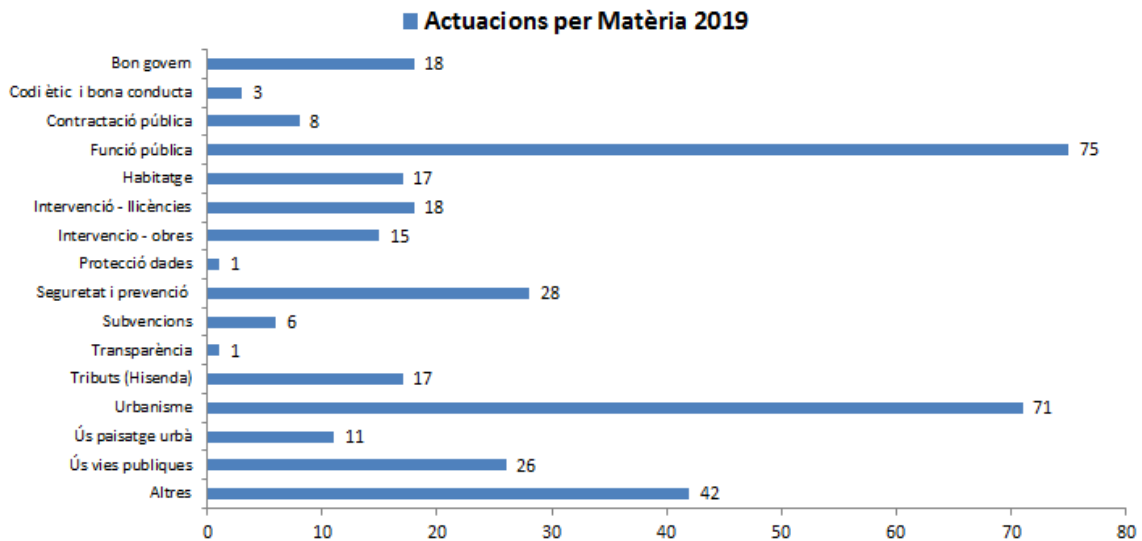


Canal entrada comunicacions fins 15/12/2020



Reproduïm, a continuació, el quadre de las matèries a les que s'han referit les comunicacions que han tingut entrada durant el 2018 i el 2019:





Dit això, passem, a continuació, a detallar cada una de les accions pròpiament relatives a la tramitació de les comunicacions.

2.2.2. ACCIONS DE INVESTIGACIÓ I RECOMANACIÓ⁶

Durant els anys **2018** i **2019** la DA ha gestionat les **comunicacions** que, respectivament, van tenir entrada durant cada un dels referits anys però **també** totes aquelles que **estaven en tràmit** dels anys anteriors, **2016** i **2017**.

Com ja s'ha indicat, una de les funcions encomanades a la Direcció d'Anàlisi és analitzar i **contrastar la informació** de cada **comunicació** rebuda. Feta aquesta tasca, cal **documentar els resultats** que es puguin obtenir i que justificaran la decisió que s'adopti: arxivament o recomanació per irregularitat, de no irregularitat o de no irregularitat amb proposta de millora, d'impuls, de trasllat al comitè.....

⁶ En relació amb l'explotació de les dades de la memòria corresponent al període comprès entre el 29 de maig de 2019 a 31 de desembre de 2020 no podem garantir amb total exactitud les xifres donades atès que, en el moment de la seva emissió, s'estava efectuant la migració i refinament de les dades al nou sistema d'informació (G-Bústia) dels expedients corresponent al període comprès entre l'any 2018 i 2019. Situació que ha implicat certa dificultat per l'explotació de dades.

Aquestes **labors d'anàlisi, comprovació i documentació integren l'actuació investigadora**, que busca **prioritzar la prevenció** per sobre de les conductes reactives, que és la finalitat que inspira tota la fase d'investigació.

La investigació es porta a terme **respectant els drets** del comunicant i de les persones a les quals s'atribueix la responsabilitat de la conducta comunicada (articles 8 i 9 de les normes reguladores), de manera que es **preserva la identitat** del comunicant així com la seva **integritat laboral** i la dels possibles testimonis. A més, en les tasques de comprovació dels fets es vetlla per la màxima reserva, alhora que s'informa a la persona a la que se li atribueix la conducta comunicada (llevat que, de manera motivada i d'acord amb el principi de proporcionalitat, calgui mantenir el secret en benefici de la comprovació dels fets).

Les tasques d'investigació es porten a terme d'acord amb els **principis de congruència, necessitat, proporcionalitat, celeritat, eficàcia, economia procedimental** (article 13 de les normes reguladores).

Un cop rebuda la comunicació s'envia, al comunicant, un **acusament de rebut** i, a partir d'aquest moment, s'obren **escenaris** diferents segons el contingut d'aquesta:

- 1. Redireccionament al canal IRIS:** D'acord amb l'article 12.3 de les normes reguladores de la bústia, quan el contingut de la mateixa faci referència i compleixi amb els requeriments i objectius del sistema multicanal **IRIS** (acrònim de l'aplicació informàtica d'incidències, reclamacions i suggeriments, creada per l'Ajuntament de Barcelona per gestionar aquest tipus de peticions de les persones així com per promoure la convivència ciutadana i les actituds cíviques) aquesta es remetrà a l'esmentat sistema. No obstant, tota vegada que es requereix *sine qua non* del sistema IRIS la identificació (dades personals) de l'usuari, la Direcció d'Anàlisi, per preservar les exigències de confidencialitat i protecció de l'informador a les

que està obligada, i abans de procedir a la remissió de la comunicació, demana al comunicant (que s'hagi identificat), el seu consentiment exprés en tal sentit.

Tot això, es fa sens perjudici que, segons el cas, la Direcció d'Anàlisi també pugui fer tasques de comprovació d'aquestes comunicacions per garantir millor els objectius de la bústia.

En aquests casos, s'informa al comunicant que, si aprecia una mala praxi o demora en la tramitació d'aquesta petició al sistema multicanal IRIS, restem a la seva disposició per intervindre en l'assumpte, atès que llavors sí que podríem estar davant d'una situació que presumptament pot vulnerar el bon govern i les bones pràctiques en la gestió pública.

També cal recordar que, si una comunicació presentada a través del sistema IRIS evidencia, d'una manera manifesta, una conducta contrària al dret, a les regles i als principis ètics o de bon govern podria ser objecte d'investigació per part de la Direcció d'Anàlisi, d'acord amb l'article 6 de les Normes Reguladores de la Bústia.

Quan la Direcció d'Anàlisi, com a òrgan gestor de la bústia, compleix amb aquest mandat i remet o redreça al canal IRIS una comunicació que arriba a la bústia, evita que aquesta s'hagi de dirigir novament a l'Ajuntament pel canal telemàtic que correspongui.

Ara bé, també es constata que complir aquest mandat és una càrrega de feina de gestió significativa per a la Direcció d'Anàlisi a causa de la manca d'idoneïtat dels instruments informàtics de gestió amb els quals compta i perquè, cada remissió, implica omplir una fitxa IRIS, amb la inevitable destinació dels seus limitats recursos humans per fer aquestes tasques, que certament no són pròpies de la Direcció.

A més, quan falta alguna dada de les que requereix l'IRIS, ha de ser l'òrgan gestor de la bústia ètica qui, mitjançant un xat, es posi en contacte amb el comunicant per intentar solucionar la carència (com a norma general si en

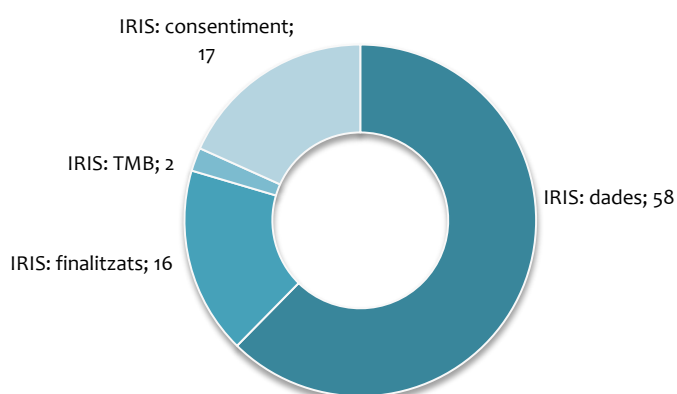
el termini de 6 mesos no s'ha contestat a aquest primer requeriment es fa un segon requeriment, amb advertiment d'arxiu si no es contesta durant els 2 mesos següents).

Quan la queixa o el suggeriment fa referència a incidències en el transport públic, el sistema multicanal IRIS requereix que el ciutadà s'identifiqui i autoritzi la cessió de les seves dades de caràcter personal a alguna de les empreses del grup TMB (Transports Metropolitans de Barcelona, SL). TMB és la denominació comuna, entre altres, de les empreses Ferrocarril Metropolità de Barcelona, SA i Transports de Barcelona, SA, que gestionen la xarxa de metro i autobús per compte de l'Àrea Metropolitana de Barcelona. Per tant, en aquests casos, la Direcció d'Anàlisi abans de la remissió a TMB sempre demana el consentiment exprés de cessió de dades al comunicant que s'hagi identificat.

La gestió de les comunicacions susceptibles de ser canalitzades a través del canal IRIS mostra les següents xifres:

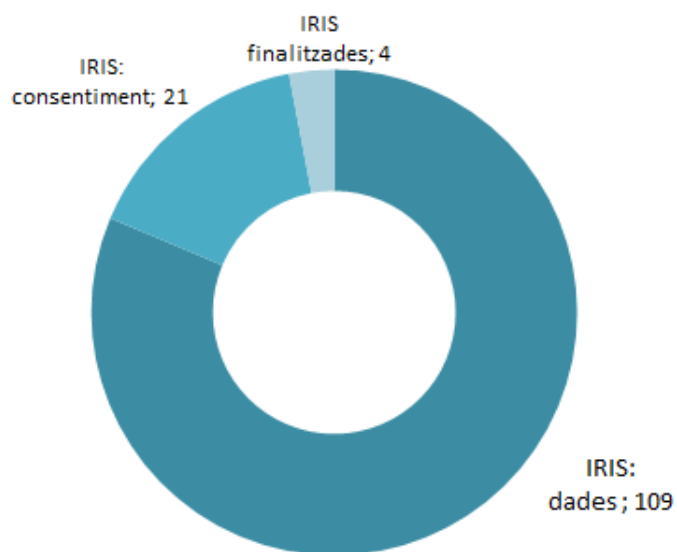
- a) De les 299 comunicacions que van tenir entrada durant la l'any 2018: 93 eren susceptibles de ser redirigides a l'IRIS. D'aquestes, a data 31 de desembre de 2018, es van redreçar al canal IRIS 16, 2 a TMB, mentre que les 75 restants estaven pendents de fer-ho, a l'espera de que fossin contestades pel comunicant les dades complementàries que se li havien demanat (58) o de donar el seu consentiment exprés (17)

Comunicacions susceptibles de ser traslladades a IRIS 2018



- b) De les 357 comunicacions que han tingut entrada de l'1 de gener al 31 de desembre de 2019: 134 eren susceptibles de ser redirigides a l'IRIS. D'aquestes, a data 27 de maig, es van redreçar 4 al canal IRIS, restant 130 pendents de fer-ho, a l'espera de que fossin contestades pel comunicant les dades complementàries que se li havien demanat (109) o de donar el seu consentiment exprés (21) .

Comunicacions susceptibles de ser traslladades a IRIS 2019



- c) De les comunicacions del 2017 susceptibles de ser remeses al canal IRIS que quedaven pendents de tramitar a 1 de gener de 2018, un total de 64, es van finalitzar a data 31 de desembre d'aquell any 53 fitxes IRIS (48 manca de dades i 5 TMB). De les 11 que quedaven pendents a 31 de desembre de 2018 consten tancades 10 fitxes a data 31 de desembre de 2019.
- d) De les 75 comunicacions de l'any 2018 susceptibles de ser redirigides al IRIS que quedaven pendents a data 1 de gener de 2019 (en primera i en segona comunicació), s'han tancat a data 31 de desembre de 2019, 45

comunicacions (9 pendents de consentiment, 1 TMB i 35 manca de dades).

2.- Inadmissió. D'acord amb l'**article 12** de les normes reguladores, no s'admetran les comunicacions que estiguin mancades de fonament o siguin notòriament falses o amb una descripció insuficient. Tampoc les que incompleixin la normativa reguladora de la bústia i aquí s'inclouen les que fan referència a fets o accions portades a terme per tercers aliens a l'estructura municipal encara que aquestes es duguin a terme a la ciutat de Barcelona. Tampoc s'admetran les relatives a altres administracions públiques, per falta de competència, ni aquelles en què el comunicant no ha proporcionat la informació requerida per l'òrgan gestor de la bústia necessària per a la comprovacions dels fets.

D'acord amb aquests paràmetres:

- a) De les 299 comunicacions que van tenir entrada durant l'any 2018: es van dictar 23 inadmissions en aquell mateix any (1 per manca de descripció suficient dels fets; 1 per no complir la normativa reguladora de la bústia, 20 per falta de competència i 1 per redireccionament al sistema Iris) i 10 al 2019.
- b) De les 357 comunicacions que van tenir entrada des de l'1 de gener fins el 31 de desembre de 2019 es van computar 34 inadmissions, totes per falta de competència.
- c) De les comunicacions que van tenir entrada l'any 2017 i que restaven pendents de tramitar, a 1 de gener de 2018 (un total de 330) es van inadmetre 10 durant els anys 2018 i 2019 (2 per no proporcionar documentació; 1 per manca de descripció suficient dels fets i 7 per falta de competència).

3.- Admissió. També d'acord amb l'**article 12** de les normes reguladores, com a regla general, s'admetran les comunicacions que continguin una descripció suficient per permeti identificar la conducta i que sigui versemblant, tot i que

es farà una ponderació prèvia, fonamentada degudament, entre el fet denunciat, la seva intensitat ofensiva respecte d'un bé jurídic determinat i en atenció al principi de proporcionalitat.

En aquest punt, cal posar de manifest que hi ha algunes comunicacions que, si bé no compleixen tots els requisits anteriors, sí que contenen indicis de versemblança suficients que no permeten inadmetre-les *ad limine*. En aquests supòsits s'acorden “**diligències d'investigació preliminar**s” i segons el seu resultat s'acabarà admetent o no la dita comunicació. És a dir, tècnicament, s'obre una fase prèvia a la d'admissió.

Una altra situació que podem trobar, **un cop admesa** la comunicació, és:

- | Que s'hagi de **suspendre** la tramitació quan s'evidenciï manifestament l'existència d'una infracció administrativa o un **il·lícit penal**.

- | Que, a la vista de les comprovacions portades a terme, les actuacions **s'arxivin** si no s'acredita una vulneració de l'ordenament jurídic, els principis o les regles ètiques i de bon govern, d'acord amb l'article 16 de les normes reguladores de la bústia.

D'acord amb aquest marc:

- a) Durant l'any 2018 es van admetre 62 comunicacions: 32 de l'any 2017 i 30 del 2018

- b) En el transcurs de l'any 2019 s'han admès 26 comunicacions: 5 de l'any 2018 i 21 del 2019 i s'està pendent de valorar la viabilitat de les que estaven en tràmit de Diligències Preliminars així com de les que es trobaven suspeses a l'espera de que el comunicant aportés la documentació que se li havia sol·licitat

4) **Investigació.** La fase d'investigació pròpiament dita s'inicia amb la diligència d'admissió, després de determinar la versemblança del contingut de la comunicació. Quan cal dur a terme actuacions preliminars prèvies a l'admissió, la fase d'investigació s'iniciarà tan bon punt aquestes s'hagin acordat, també amb la signatura de la corresponent diligència. En ambdós casos, les diligències (d'admissió o d'actuacions prèvies a l'admissió) es remetent al comunicant via xa⁷t quan utilitza el canal telemàtic de la bústia (i per tant, encara que sigui anònim).

Les NRBE disposen que les tasques d'investigació es faran en el **termini** més breu possible i, com a norma general, en un període que no ultrapassi els sis mesos des de la presentació de la comunicació. No obstant això, s'ha de dir que, a causa de la greu demora en la dotació de mitjans personals i materials que ha vingut patint la Direcció d'Anàlisi des de la seva creació, trobem situacions en les quals inevitablement aquest termini s'ha ampliat notablement. Si bé, aquests retards també, poden obeir a la complexitat de la investigació (que a vegades suposa la necessitat d'analitzar un gran volum d'expedients i d'altres documents o de practicar nombroses diligències de indagació i que s'agreuja per la falta de personal) o al temps que han trigat els òrgans requerits en facilitar a la DA la informació sol·licitada (recordem que l'article 14 de les NRBE estableix l'**obligació de col·laboració dels servidors públics, càrrecs electes** en les tasques de investigació) o el que triguen els propis comunicants en fer-ho.

El que és important, a **efectes reputacionals**, és intentar diluir qualsevol suspicàcia que, els possibles retards en la tramitació, investigació i resolució de les comunicacions, puguin suscitar-se en els comunicants. Suspiciàcies o "dubtes" com les relatives a una presumpta "connivència" de l'òrgan gestor de la Bústia amb l'òrgan o dependència municipal afectada per la comunicació per a no investigar o per deixar "prescriure" la possible irregularitat o infracció comunicada (situació, per

⁷ Sobre el " xat", que és una funcionalitat incorporada a la interfície de la Bústia, es parlarà després amb més detall donada la seva rellevància en la gestió diària de les comunicacions.

cert, amb les que l'òrgan gestor de la bústia ja s'ha trobat⁸). Per això, en aquests casos, la Direcció d'Anàlisi per intentar diluir qualsevol risc de sospita en tal sentit comunica els motius de les possibles dilacions que, a més, són totalment objectivables: a) en cada una de les seves Recomanacions, al ser notificades als respectius òrgans o departaments municipals afectats i b) i també es fa saber al comunicant, amb les disculpes corresponents.

Les referides mancances de mitjans ja es reflectien a la Memòria de l'any 2016-2017 i així consta reconegut en reiterades ocasions tant per responsables polítics com gerencials (es cita, per exemple, la Comissió de Presidència, Drets de Ciutadania, Participació i Seguretat i Prevenció, del 18 d'abril de 2018 i a la Comissió de Presidència, Drets de Ciutadania, Participació i Seguretat i Prevenció, del 16 de maig de 2018. Ens remetem, en tal sentit, a les actes aixecades a l'efecte). També el Comitè d'ètica s'ha pronunciat al respecte en diferents ocasions.

D'acord amb el catàleg de **tasques d'investigació** que es poden portar a terme, fins a la data, la Direcció d'Anàlisi ha practicat: requeriments informatius i documentals (tant als comunicants com als òrgans, ens i entitats que formen l'Administració municipal i que generalment consisteixen en la petició dels expedients administratius afectats pel seu anàlisi i estudi), **entrevistes personals** (amb les persones comunicants, amb possibles testimonis que puguin conèixer els fets, amb les persones i els responsables de les dependències afectades, etcètera), a més de les **consultes als registres públics, pàgines web i aplicacions informàtiques** de l'Ajuntament. Aquestes diligències es complementen amb **trucades telefòniques, xats** a la Bústia (als que més endavant ens referirem amb detall donada la seva

⁸ En aquest cas, l'òrgan gestor de la Bústia, davant de la imputació d'una presumpta "connivència" per deixar prescriure la infracció comunicada i per tal de que fos avaluada la seva actuació envers la tramitació de la comunicació va donar trasllat al Comitè d'Ètica. Per tal que aquest òrgan col·legiat, Independent i imparcial pogués analitzar i valorar objectivament la gestió duta a terme pels membres de la DA en aquest assumpte. El dit òrgan es va pronunciar, al respecte a la sessió de 1-7-2020 (i així consta a la certificació aixecada pel Senyor Secretari del Comitè el 24-7-2020), corroborant que "*...la demora adduïda per l'òrgan gestor de la Bústia Ètica és certa i compartida pel Comitè.*". Cal senyalar que, en tot cas, es van respectar els deures de secret i confidencialitat.

especificitat i rellevància), etcètera. Dit això, s'ha d'apuntar aquí la conveniència de **reforçar** les facultats i **competències de inspecció** tan importants de cara a la satisfacció dels objectius encomanats a la Bústia.

En aquests moments, no es poden oferir dades orientatives relatives al nombre de diligències d'investigació efectivament portades a terme durant l'any 2018 i l'any 2019, ates que la Direcció d'Anàlisi no té un gestor documental adequat. L'única eina amb la que es compta a tal efecte és un SAP (sistema informàtic integrat de gestió comptable) que no s'ajusta a les funcionalitats de la Bústia ni als requeriments de confidencialitat i secret necessaris per la gestió dels expedients que genera. Deficiència que obliga a encriptar tota la informació que s'emmagatzema en ell amb les dificultats i càrregues de feina que comporta qualsevol consulta de la mateixa, doncs, no permet el desplegament automàtic i complet de la informació continguda en els expedients, si no que s'han d'anar obrint, per cada expedient, finestra a finestra cada un dels elements que els conformen. Alentint greument la visualització sencera de la informació que contenen els expedients que es consulten. Expedients que, a més, com s'ha dit, es guarden xifrats, de manera que per fer qualsevol consulta s'han de desxifrar primer i tornar a xifrar-los més tard per tornar a guardar la informació. Altra de les múltiples carències que presenta el gestor documental emprat és la de no permetre fer una explotació acurada de dades i, entre elles, la del nombre ni la de la naturalesa de les dites diligències de investigació practicades. De fet, totes les dades que es referencien en aquest informe-memòria han estat extretes manualment (o com termes vulgars es coneix: "*palito a palito*") amb l'enorme i feixuga càrrega de treball que això comporta pel minso equip humà de la Direcció. Càrrega que s'afegeix a la derivada de la gestió diària. Situació que es veu agreujada per **l'enorme volum d'expedients** relatius a comunicacions que ja manega la DA. Recordem que aquell ascendia a un total **de 1.218 expedients fins 31 de desembre del 2019**, que s'anaven incrementant cada any al tenir un **efecte acumulatiu** (de fet, com s'ha dit, abans de finalitzar el 2020 ja s'havien superat el número de l'any anterior), amb un volum total que supera els **14.000 documents**. Procedir al seu acurat recompte manual (ni

tant sols d'una manera aproximada) amb les carències de mitjans que es pateixen podria suposar el col·lapse de la Direcció.

Però, per exemple i en termes orientatius, pot indicar-se que, respecte a una sola de les investigacions engegades (relativa a presumptes irregularitats en un procés selectiu) es van arribar a practicar 9 entrevistes (6 en una setmana i 2 a la setmana següent). Cal afegir que les mesures proposades per la DA arrel de les irregularitats evidenciades durant aquesta investigació van ser plenament acollides pel Tribunal qualificador i està coneixent ⁹de la causa el Ministeri públic.

5) Fase de Recomanació. Un cop acabada la comprovació dels fets i reunits els resultats obtinguts, es passa a la **fase de resolució-recomanació** durant la qual, es procedeix a l'**estudi tècnic-jurídic** de les dades obtingudes durant aquella fase de investigació, que culminarà amb la **redacció** de la **Recomanació** corresponent.

D'acord amb l'article 16 de les normes reguladores de la bústia, amb la **Recomanació**, la Direcció d'Anàlisi: a) indica si considera que **pot existir o no una conducta contrària** a dret, als principis o a les regles ètiques i de bon govern; b) **proposa les mesures de millora** en la gestió pública que cregui oportunes i c) **suggereix o indica la modificació, l'anul·lació o la incorporació de criteris** que puguin evitar disfuncions en el futur o millorar determinades pràctiques, dins els **supòsits i les àrees de risc** de conductes irregulars que es constatin com a conseqüència de les actuacions portades a terme.

Si escau, la Direcció d'Anàlisi també pot: a) **proposar** a l'òrgan gestor competent que **incoï un expedient administratiu** per: **restaurar la legalitat alterada** o adoptar mesures **sancionadores o disciplinàries**; b) **comunicar a la Fiscalia** les conductes que puguin ser constitutives d'un il·lícit penal (amb suspensió de les actuacions) i c), en qualsevol cas, com ja s'ha dit, a la vista de les comprovacions portades a terme, podrà acordar que **s'arxivin** les actuacions, si s'acredita la manca de vulneració de l'ordenament jurídic o dels principis o les regles ètiques i de bon govern.

⁹ Segons informació de l'òrgan municipal afectat

Les **recomanacions** són tràmits no qualificats, no susceptibles de recurs, ja que no declaren de manera definitiva l'existència de responsabilitat ni de vulneració de l'ordenament jurídic, si no que se centren en la millora de la gestió i en l'efectivitat del codi ètic i de les regles de conducta, i constitueixen, si escau, una denúncia d'una eventual responsabilitat disciplinària o penal. D'aquesta manera, les recomanacions, també assoleixen un **caràcter preventiu** de conductes contràries a la probitat, les pràctiques fraudulentes i les conductes que atemptin contra la integritat i la transparència en l'execució de les funcions públiques.

Cal anticipar aquí que, amb el nomenament dels membres del Comitè d'Ètica de l'Ajuntament de Barcelona, al juny de 2018 (tema que es desenvoluparà mes endavant) i la seva plena entrada en funcionament a finals del mateix any, la Direcció d'Anàlisi, en aquells supòsits en que es comunica una possible infracció del codi ètic dicta la corresponent "**recomanació-informe de remissió**" que s'adreçarà al citat òrgan col·legiat. En aquestes recomanacions, a més de recollir-se els resultats de les diligències de instrucció practicades, s'elabora el corresponent estudi normatiu, jurisprudencial i doctrinal dels casos pel seu posterior coneixement i decisió del Comitè d'Ètica que és el competent per a emetre la corresponent resposta, previ anàlisi i investigació de la Direcció d'Anàlisi (d'acord amb el Codi, las NRBE i el Reglament de funcionament intern del Comitè d'Ètica).

A tal efecte, s'ha articulat (a través dels serveis informàtics consistorials, l'Institut Municipal d'Informàtica), "**l'entorn i canal de comunicació segur**" entre la Bústia i els membres del Comitè. Per tal de que, en els casos de comunicacions que tinguin entrada a través d'ella i que alertin o informin sobre presumptes infraccions del Codi Ètic, puguin **interactuar** els membres de la **DA amb** els del **Comitè** assegurant la **confidencialitat i màxima reserva** a la que uns i altres estan obligats.

Igualment, s'ha de fer esment a les **recomanacions d'impuls** que es dicten, en exercici de les seves funcions de "**canal d'alertes**", en aquelles situacions en les

quals la comunicació, sense ser mereixedora d'admissió, posa de manifest, *ab initio* o després de practicada alguna diligència preliminar de investigació, disfuncions o circumstàncies en la tramitació administrativa que si be no són constitutives de infracció poden suposar (de mantenir-se en el temps) un **risc** en tal sentit i que, a més, moltes vegades l'òrgan, districte o departament municipal competent per la seva subsanació o correcció, ni tenia un coneixement previ de les mateixes ni tant sols les havia detectat.

Així com, a les **Recomanacions** que denominem “**abans normativa**” que s'elaboren arrel de comunicacions que refereixen situacions anteriors a l'entrada en vigor de les NRBE i que, si be no tenen una continuïtat amb posterioritat a aquella, sí evidencien possibles riscos que aconsellen la redacció de mesures de millora, encara que sense entrar a valorar la conducta o comportament comunicat, en aplicació del principi de irretroactivitat en els termes establerts en la Disposició Transitòria de les NRBE .

D'acord amb aquesta finalitat, podem trobar **7 tipus de recomanacions**:

- | **1.-Recomanació d'irregularitat** si, en acabar la investigació, es constaten irregularitats en el funcionament de l'Administració. En aquest cas, la resolució contindrà, d'una banda, la motivació o la justificació tècnica de les irregularitats detectades i, de l'altra, l'oferiment d'alternatives o bones pràctiques ajustades a dret i a les exigències del bon govern que permetin a l'òrgan o l'entitat afectada esmenar les irregularitats o, si això ja no és possible, tenir-les en compte en actuacions futures.
- | **2.-Recomanació d'irregularitat parcial**
- | **3.-Recomanació de no irregularitat** quan, un cop estudiat el cas, l'actuació municipal s'ajusta a la legalitat i als principis de bon govern.
- | **4.-Recomanació de no irregularitat amb proposta de millora**, que englobaria els supòsits en els quals, si bé no es confirma una mala praxis en

l'actuació municipal, sí que es creu recomanable adoptar mesures preventives o que millorin aquesta actuació per evitar riscos futurs.

- | **5.-Recomanació-informe de remissió al Comitè d'Ètica** de l'Ajuntament de Barcelona
- | **6.-Recomanació d'impuls**
- | **7.-Recomanacions "abans normativa"**

Una vegada elaborada la **Recomanació** aquestes són **notificades** per la Direcció d'Anàlisi (DA). La notificació es practica a l'òrgan, **departament o unitat municipal** al qual es referia la comunicació **origen de la** mateixa.

Però, **segons els resultats** de la investigació prèvia o de les propostes de millora o d'actuació que aquestes continguin **també** poden ser comunicades a **altres òrgans de supervisió o fiscalització municipals** en atenció a les competències i funcions que aquells tinguin normativament encomanades (Intervenció General, Secretaria General...) així com al **Comitè d'ètica**. Trasllet que també s'ha efectuat, **en casos concrets**, a l'**Oficina Antifrau de Catalunya** a l'empara del principi de col·laboració institucional i en el marc del conveni de col·laboració subscrit entre l'Ajuntament de Barcelona i la dita Oficina, el 17 de setembre de 2017. I, en una ocasió, a l'**Agència Catalana de la Competència**, per si la informació continguda en elles els hi pogués ser rellevant, en base a l'esmentat principi de col·laboració institucional i a l'empara del que disposa, a tal efecte, la Llei de la Competència 15/2007, de 3 de juliol, de Defensa de la Competència.

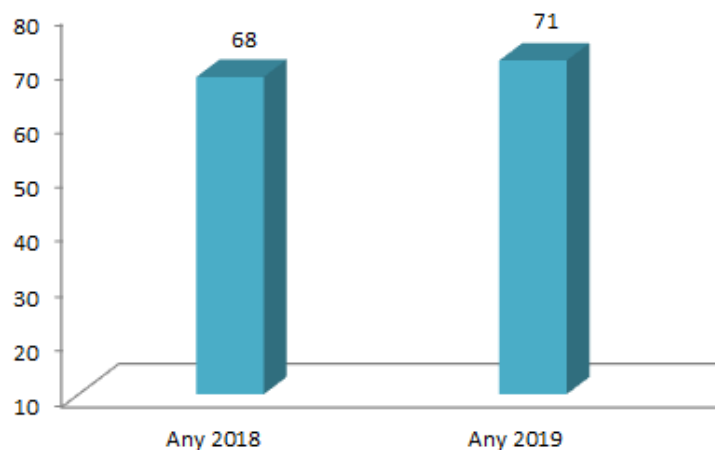
També s'informarà al **comunicant** la finalització de la tramitació i, si procedeix, el resultat de les actuacions.

D'acord amb aquestes referències, s'ofereixen les següents xifres:

- a) De l'1 de gener fins el 31 de desembre de **2018**: es van dictar **68 recomanacions**, de les quals: 16 contenen propostes de millora; 36 de no irregularitat, 4 abans normativa; 12 Recomanació-informe de remissió al Comitè d'Ètica i 8 recomanació d'impuls.

- b) De l'1 de gener fins el 31 de desembre de **2019**: s'han dictat **71 recomanacions**, de les quals 52 contenen propostes de millora

Recomanacions formulades



Respecte al **contingut** de les **139** recomanacions evacuades **des de l'1 de gener de 2018 fins el 31 de desembre de 2019 ens remetem a** l'apartat 6 de la memòria, relatiu a la "PREVENCIÓ", concretament al **seu punt "6.1.- RECOMANACIONS. EXTRACTE PER MATÈRIES DE LES ACTUACIONS I MESURES DE MILLORA PROPOSADES PER LA DIRECCIÓ D'ANÀLISI"**. I això, ates al component eminentment preventiu de les dites Recomanacions.

A continuació, s'exposa un quadre il·lustratiu que desgrana la funció investigadora i les actuacions inherents a aquesta:

Fases d'investigació i Anàlisi

FASES DE INVESTIGACIÓ		
PRINCIPIS		
Congruència	Necessitat	Proporcionalitat
Celeritat	Eficàcia procedimental	Màxima reserva

FASE D'INVESTIGACIÓ		
Inici	Resolució d'admissió	
	Resolució diligències preliminars prèvies a admissió	
Diligències de investigació	Tipus d'actuacions (obligació, col·laboració)	Requeriments informatius i documentals Entrevistes personals – Comunicació a afectats (garanties)
Anàlisi estudi jurídic		Inspecció Consultes a Registres Públics, webs i aplicatius informàtics de l'Ajuntament de Barcelona
A la vista del resultat de la investigació i de l'anàlisi jurídic	Recomanació	- de irregularitat que inclou Informe raonat sobre les irregularitats detectades i propostes de millora d'actuació - de irregularitat parcial amb proposta de millora - de no irregularitat - de no irregularitat amb proposta de millora - Recomanació-informe jurídic remissori Comitè d'Ètica - Recomanació d'impuls
	Comunicació	A l'òrgan competent per a iniciar expedient restauració legalitat alterada o de possibles responsabilitats disciplinàries, comptables o qualsevol altra responsabilitat administrativa A fiscalia presumptes responsabilitats penals (suspensió actuacions)
		<u>Inadmissió</u> / Arxiu si no hi ha irregularitats ni actuacions administratives susceptibles de millora
Notificació de la resolució a:	Comunicant	
	Òrgan gestor	
	Persona o dependència afectada	
Seguiment de la implantació de les mesures de millora proposades		

6) Tractament dels supòsits en que concorre o pot concórrer una causa d'abstenció o recusació respecte a la DA.

D'altra banda també és importantíssim fer referència als supòsits en que pugui concórrer una **causa d'abstenció** en els membres de la **Direcció d'Anàlisi**, respecte al contingut d'alguna de les comunicacions que tinguin entrada, ja sigui en relació als **fets** que aquesta contingui o a les **persones** a qui aquesta es pugui referir.

Tema cabdal per garantir el correcte funcionament de la Bústia enfront a possibles **situacions de conflicte d'interès** (inclosos els aparents) que es puguin plantejar i que es tornen, especialment, delicades si afecten a la pròpia Direcció.

D'acord amb **l'article 19 del Reglament Intern de Funcionament del Comitè d'Ètica** serà aquest òrgan col·legiat el **competent** per conèixer i resoldre si concorreix o no causa d'abstenció per part de la Direcció o membre de l'òrgan gestor de la Bústia Ètica. D'aquesta manera es garanteix, en aquests casos, el **manteniment del secret i reserva** de la **informació** continguda en les comunicacions, **a la vegada que** la confidencialitat de la **identitat dels comunicants** i, per tant, també de la seva **indemnitat. Garanties**, totes elles, que no podrien assegurar-se si les causes d'abstenció es plantegessin davant de qualsevol altre òrgan municipal en tant en quan no obligat ni lligat pel deure de secret que emana e imposa les NRBE respecte a la Direcció d'Anàlisi i el Codi Ètic respecte al Comitè d'Ètica. **Utilitzant-se**, a tal efecte, entre la Bústia i el Comitè **“l'entorn i canal de comunicació segur” que es va crear a l'efecte** i al que ens hem referit abans (i que, més tard, serà objecte de desenvolupament).

Sobre el tractament de les causes d'abstenció i recusació de la Direcció d'Anàlisi tornarem a parlar més específicament a l'apartat relatiu a les relacions amb el Comitè d'Ètica, si be, es pot avançar aquí, que el número de **causes d'abstenció** formulades per la Direcció d'Anàlisi durant el període comprès entre el 2018 y 2019 va ser de **6**.

7) XAT

Dintre de les **actuacions relatives a la tramitació** de les comunicacions rebudes a través de la Bústia es desenvolupa una activitat digna d'una menció específica, tant per l'elevat volum que representa, com per les seves particularitats. Aquesta **activitat** és la que genera el **“XAT”** que és una **funcionalitat** incorporada a la **interfície de la Bústia** i que, per tant, gaudeix de les **mateixes garanties de confidencialitat i reserva** que aquella.

La definició que el Diccionari dóna de la paraula “xat” es : “ **Intercanvi de missatges electrònics** a través d'internet que permet establir una **conversa** entre dues o més persones.”

S'ha de recordar que la **Bústia** és un **canal de comunicació bidireccional** que a més està “**viu**”, de manera que cada comunicant (inclús els que són anònims), una vegada cursada la seva comunicació, poden **interactuar amb l'òrgan gestor** de la **Bústia** en **qualsevol moment** durant el temps que duri la **tramitació** de la mateixa (ja sigui per donar més informació, per preguntar per l'estat del procés, o per formular qualsevol altre qüestió sobre la seva comunicació). Comunicació que es vehicula a **través de “xats”** que els membres de la Direcció d'anàlisi atenen amb una assiduitat gaire be diària. I **també**, mitjançant els xats, els membres de l'òrgan gestor de la Bústia s'adrecen al comunicant (encara que sigui anònim) per **demanar**-li més **informació** o altres dades i per **notificar**-li qualsevol tipus de resolució o diligència (admissió, arxiu, diligències preliminars,...).

Ara bé, aquest xat de la Bústia, planteja **complexitats** dignes de menció donada la necessitat de tractar el contingut de cada un dels que es generen arrel de la tramitació d'una comunicació amb el **màxim de rigor**, dons pot tenir conseqüències jurídiques que incideixin directament sobre la protecció tant del comunicant com del subjecte afectat per la conducta comunicada.

L'òrgan gestor de la Bústia, en cadascun dels xats amb el comunicant, ha de fer una **valoració estricta** en relació al seu contingut i de com aplicar les Normes reguladores de la Bústia ètica i de bon govern; sense oblidar el respecte a tot un seguit de normes com les relatives a la protecció de dades de caràcter personal; no transgredir cap dels drets de les persones intervinents en la gestió de les comunicacions i de les persones “afectades”. I, en ocasions, redirigir al comunicant a un determinant Departament de l'Ajuntament perquè la comunicació no tracta sobre cap acció o omissió que s'hagi produït en l'àmbit de l'Administració municipal, sinó sobre un incompliment de la normativa per part d'un tercer que es comunica

mitjançant aquest canal però respecte el qual, encara no ha intervingut l'administració municipal per no conèixer sobre aquest fet. En aquest tipus de comunicacions es quan, com s'ha dit, l'òrgan gestor de la Bústia actua com un **“canal d'alertes”** i valora si pot haver-hi una situació de risc per la salut pública, la seguretat o altres situacions on cal desplegar actuacions de protecció perquè poden comportar un dany o lesió a persones o edificis, de manera que trasllada el seu contingut, mitjançant un xat, com una alerta a l'òrgan gestor responsable, advertint-lo de la situació o circumstància, sense vulnerar la confidencialitat i màxima reserva del comunicant i de determinades dades que poguessin lesionar el seu dret a revelar la seva identitat.

L'òrgan gestor també utilitza el Xat per demanar el consentiment exprés del comunicant quan, per la naturalesa dels fets comunicats, al practicar qualsevol diligència de investigació (requeriments de informació....) pot existir risc que afecti a la reserva de la seva identitat. De igual manera que en aquells supòsits de comunicacions, en que les infraccions comunicades poden ser objecte de possibles reclamacions i/o interposicions de recursos davant l'Administració pública o de les autoritats judicials competents, l'òrgan gestor de la Bústia emprà el Xat per advertir al comunicant que la presentació de la mateixa no paralitza els terminis per l'exercici de les accions que, conforme a dret pogués correspondre'l.

Tanmateix, s'utilitza el Xat en referència a comunicacions on els fets que expliquen ja han estat coneguts per la Síndica o ho estan sent. Quan les comunicacions fan referència a conductes sobre les quals la Síndica de Greuges de Barcelona ja ha emès unes consideracions l'òrgan gestor de la Bústia ètica, d'acord amb el principi d'eficàcia i eficiència, no els torna a valorar. I així ho traslladarà al comunicant mitjançant un xat i informará a la Síndica de Greuges de Barcelona.

També s'utilitza el Xat en supòsits referents a les comunicacions sobre Dret d'accés. Quan les comunicacions contenen una sol·licitud d'informació pública l'òrgan gestor de la Bústia ètica informa al comunicant, mitjançant el Xat, que d'acord amb allò establert a la Llei 19/2014, de 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern pot exercir el seu dret d'accés a la informació

pública. I que aquestes sol·licituds de dret d'accés obren procediment administratiu atorgant al peticionant la qualitat d'interessat, garantint així a la persona sol·licitant el seu dret a interposar recurs si: - No rep resposta de l'Administració competent en el termini adequat; - Rep resposta , però considera que la resposta rebuda no és l'adequada. I informant, així mateix, al comunicant que l'article 26 de l'esmentada Llei 19/2014, de 29 de desembre, exigeix que el sol·licitant s'identifiqui mentre que la Bústia Ètica i de Bon Govern te reconegut normativament el deure de reserva i l'obligació de preservar la identitat del comunicant. Motius tots dos que impedeixen que, en el cas de que decideixi exercir el seu dret d'accés a la informació pública, es pugui redreçar des del canal de la Bústia la seva sol·licitud d'informació directament al Departament de Transparència que és qui trasllada les sol·licituds de dret d'accés a l'òrgan gestor que correspongui (que és la dependència municipal que disposa de la informació interessada i responsable de garantir una resposta adequada i dins del termini establert) perquè la tramiti.

Aquesta activitat d' "enviar" xats, o de "respondre" i "atendre" els xats enviats pels comunicants, com s'ha dit, suposa un número **rellevant de les actuacions de tramitació portades a terme**, per la DA, **durant els anys 2018 i 2019** però, al igual que succeïa amb les diligències de investigació, degut a la inexistència d'un gestor documental apropiat no es poden explotar de manera automàtica les dades relatives al seu volum total durant aquests període. També aquí, el seu còmput manual es **fa inviable** pels mateixos motius ja esgrimits al tractar la impossibilitat de **computar el número** de les diligències preliminars practicades (limitacions del gestor documental emprat i de la dotació de la Direcció). Per això, aquesta dada no podrà ser objecte de detall en aquest apartat d' "actuacions de gestió portades a terme des de l'1 de gener de 2018 al 31 de desembre de 2019".

2.2.3. DETALL DEL VOLUM DE TOTAL DE COMUNICACIONS EFECTIVAMENT TRAMITADES I GESTIONADES DES DE L'1 DE GENER DE 2018 AL 31 DE DESEMBRE DE 2019.

Es **visualitzarà aquí el volum de tramitació i gestió efectivament portat a terme per la DA** durant aquests dos anys **2018 i 2019**. Anys que ja eren tributaris de les carències de dotació i mitjans amb que va néixer la Direcció i que es van anant agreujat a mesura que passava el temps i es consolidava la Bústia i a més entrava en funcionament el Comitè d'Ètica del qual, com sabem, la DA és el seu òrgan tècnic i de suport.

Per tant s'ha de tenir en compte que durant aquest període de dos anys no solament s'han **tramitat les comunicacions** que van tenir entrada durant el mateix sinó **també** les dels **anys anteriors** que **encara** estaven **en tràmit** a 1 de gener de 2018.

A tal efecte abordarem a continuació el volum de tramitació i gestió de comunicacions, primer de l'any 2018 i després del 2019. Per la seva valoració s'ha de tenir present, de igual manera, la **complexitat** que entranya aquesta activitat tal i com s'ha evidenciat a l'apartat precedent (Investigació, valoració i estudi jurídic de les dades obtingudes, redacció de la Recomanació, i seguiment de la implementació de les mesures proposades amb totes les accions de comunicació notificació, requeriments de informació, arxiu i gestió de documentació, inexistència d'un gestor documental apropiat...) i el limitat nombre de servidors públics que integren la DA.

1) Any 2018:

Com s'ha dit, per entendre el nivell d'actuacions que es van portar a terme durant l'any 2018 s'ha de fer un breu i ràpid repàs als anys anteriors. Així:

a) Respecte al 2016:

La Direcció de Serveis d'Anàlisi va començar les seves tasques a partir del nomenament de la seva primera directora, tècnica superior en Dret i funcionària de carrera, l'1 de febrer de 2016.

Durant l'any 2016, **sense funcionar** l'aplicació informàtica de la **Bústia Ètica i de Bon Govern**, ni publicades oficialment les seves normes reguladores, a l'empara de les funcions assignades en l'organigrama municipal, la Direcció de Serveis d'Anàlisi **rep 63 sol·licituds** d'actuació, majoritàriament de caire intern o provinents de grups municipals i també de persones externes que les formulen directament a la Direcció, o a través de l'Alcaldia i de les gerències municipals.

Tal i com consta a la Memòria de 2016-2017, en relació amb les 63 sol·licituds instades, la Direcció d'Anàlisi va formular 25 recomanacions, **restant a data 1 de gener de 2018, en tramitació 38 comunicacions del 2016.**

b) Respecte al 2017:

El **17 de gener de 2017**, com s'ha explicat, es va **posar en marxa** l'aplicació informàtica de la **Bústia Ètica i de Bon Govern amb les possibilitats** de confidencialitat i **anonimat** que comportava. Fet que va determinar aquell any una **pujada exponencial** de les comunicacions rebudes, que van ascendir a **499**.

Per tant, el **volum** total de comunicacions en **tràmit** durant el **2017 va ser de 537** (resultat de sumar a les referides 499 les 38 que es mantenien en tràmit del 2016). A data 31 de **desembre de 2017 es van finalitzar 163** (de les quals 34 van ser per recomanacions) **restant "en tràmit", en aquella data, 374 comunicacions.**

Recordem que **fins a mitjans** d'aquell any **2017** no es va contar amb **cap auxili a nivell administratiu** ja que no va ser fins al maig que s'incorpora a la plantilla de la DA una suport administrativa. Fins aquell moment, la conformaven una **Directora i una Lletrada** que a **més** de realitzar les tasques tècniques pròpies de la seva

categoria havien de **portar a terme la gestió administrativa de l'oficina** (manteniment, arxiu, notificacions, requeriments de informació....) en detriment d'aquelles que els hi eren pròpies. No serà fins el mes de setembre que es contarà amb una Lletrada.

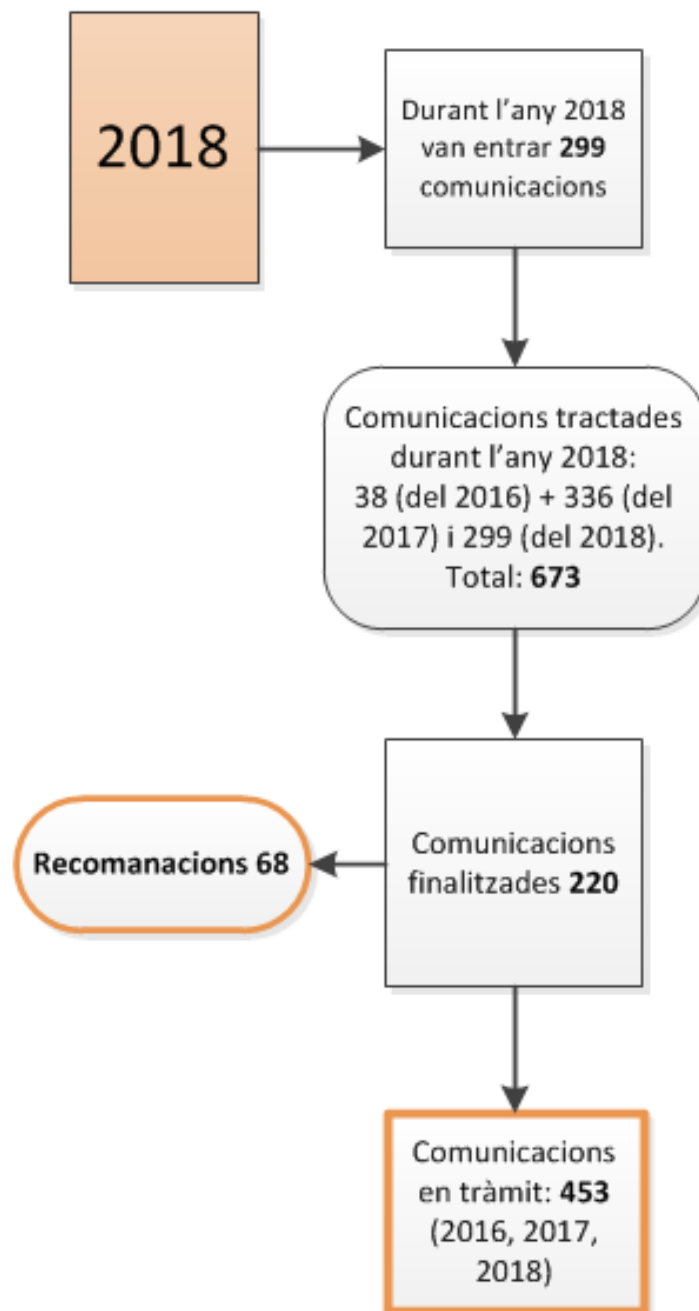
c) Respecte al 2018

Durant el 2018 van tenir **entrada** a la Direcció d'anàlisi **299 comunicacions**. El **volum efectiu** de comunicacions a tramitar **durant aquest any** va ascendir a un total de **673 comunicacions**. Resultat de sumar, a aquelles 299, les 374 dels 2016 i 2017 que a 1 de gener de 2018 restaven en tràmit (ja per la complexitat de la investigació, ja per estar a l'espera de que els diferents òrgans gestors o els propis comunicants complimentessin els diferents requeriments de informació que se'ls hi havien practicat o ja per la falta de dotació de la Direcció).

Dit això ens centrarem ara en les **673 comunicacions** objecte de tramitació **durant l'any 2018**.

A data **31 de desembre de 2018**, dels **673 expedients gestionats** durant aquell any es van **finalitzar 220** restant "**en tràmit**", en aquella data, **453 comunicacions**.

Les causes de finalització van ser: recomanacions; manca que el comunicant ens donés més informació; relacionades amb comunicacions susceptibles de ser enviades al sistema Iris; formalització d'una fitxa Iris; inadmissions: tercers amb comunicació informant al comunicant; per manifestacions ofensives (insults) i Recomanació-informe de remissió al Comitè d'Ètica de l'Ajuntament de Barcelona. Cal indicar que els expedients finalitzats corresponen a comunicacions dels anys 2016, 2017 i 2018.



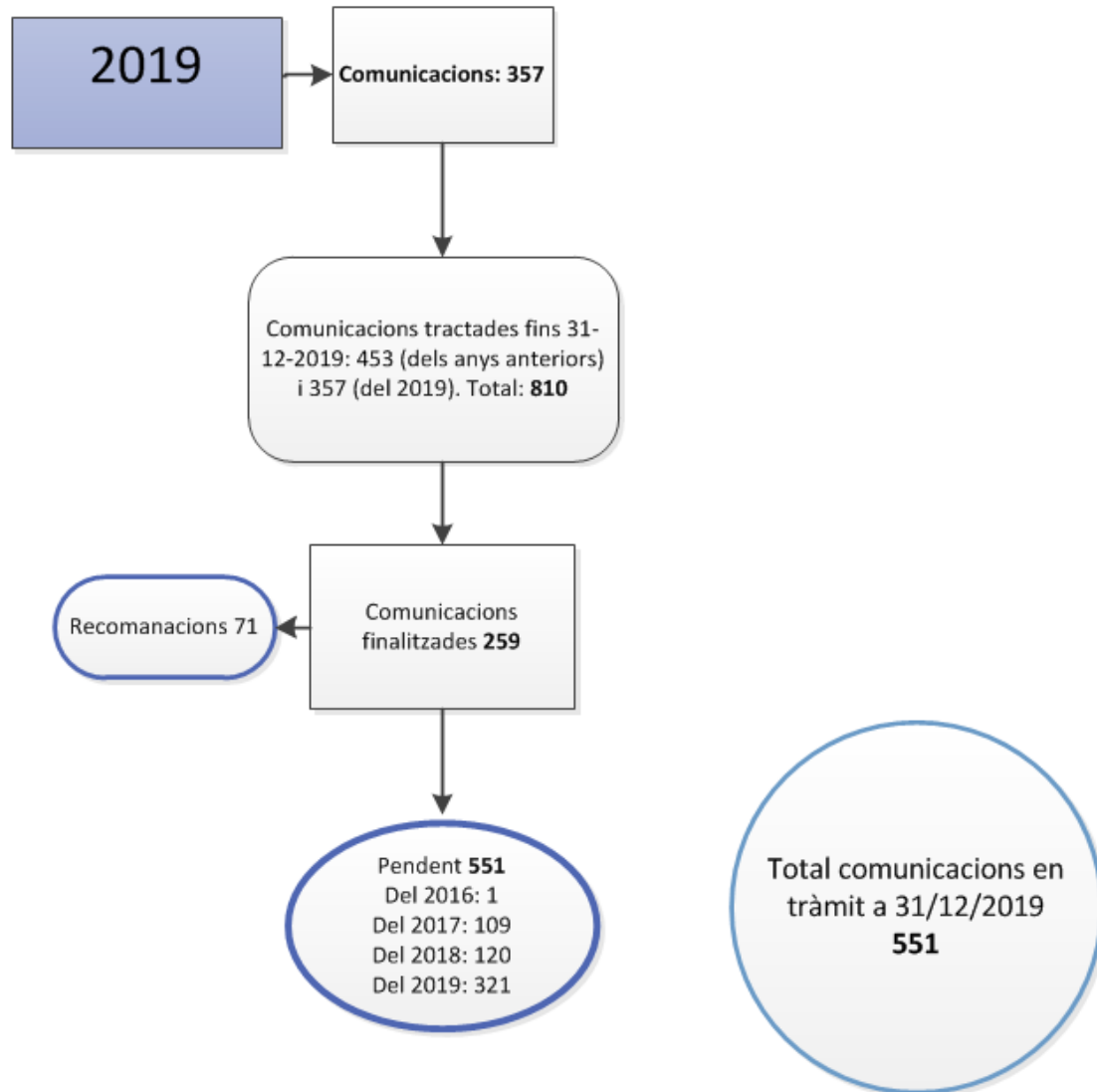
2) Respecte al 2019:

Per entendre el nivell d'actuacions que es van portar a terme durant l'any 2019 s'ha de tenir en compte que el volum **total** de comunicacions **pendents d'altres anys a 1 de gener de 2019** era de **453 comunicacions**.

Durant el 2019 tenen entrada **357 comunicacions**. Per tant la DA durant el 2019 va gestionar un **volum total de 810 comunicacions**. Resultat de sumar les que restaven pendents d'altres anys a 1 de gener de 2019 (453) les 357 que van entrar fins el 31 de desembre d'aquell any.

D'aquelles **810** comunicacions en tràmit **s'han finalitzat 259 a data 31 de desembre de 2019**. Les causes de finalització son: per recomanacions; per manca que el comunicador facilités més informació; relacionats amb comunicacions susceptibles de ser enviades al sistema Iris; que finalment es va traslladar al sistema Iris; per inadmissió; per tercers amb comunicació informant al comunicant; per Recomanació-informe de remissió al Comitè d'Ètica de l'Ajuntament de Barcelona; per falta d'impuls del comunicant; per arxiu perquè els fets comunicats es refereixen a l'execució d'una sentència judicial; per arxiu provisionalment per pendència de procediment judicial.

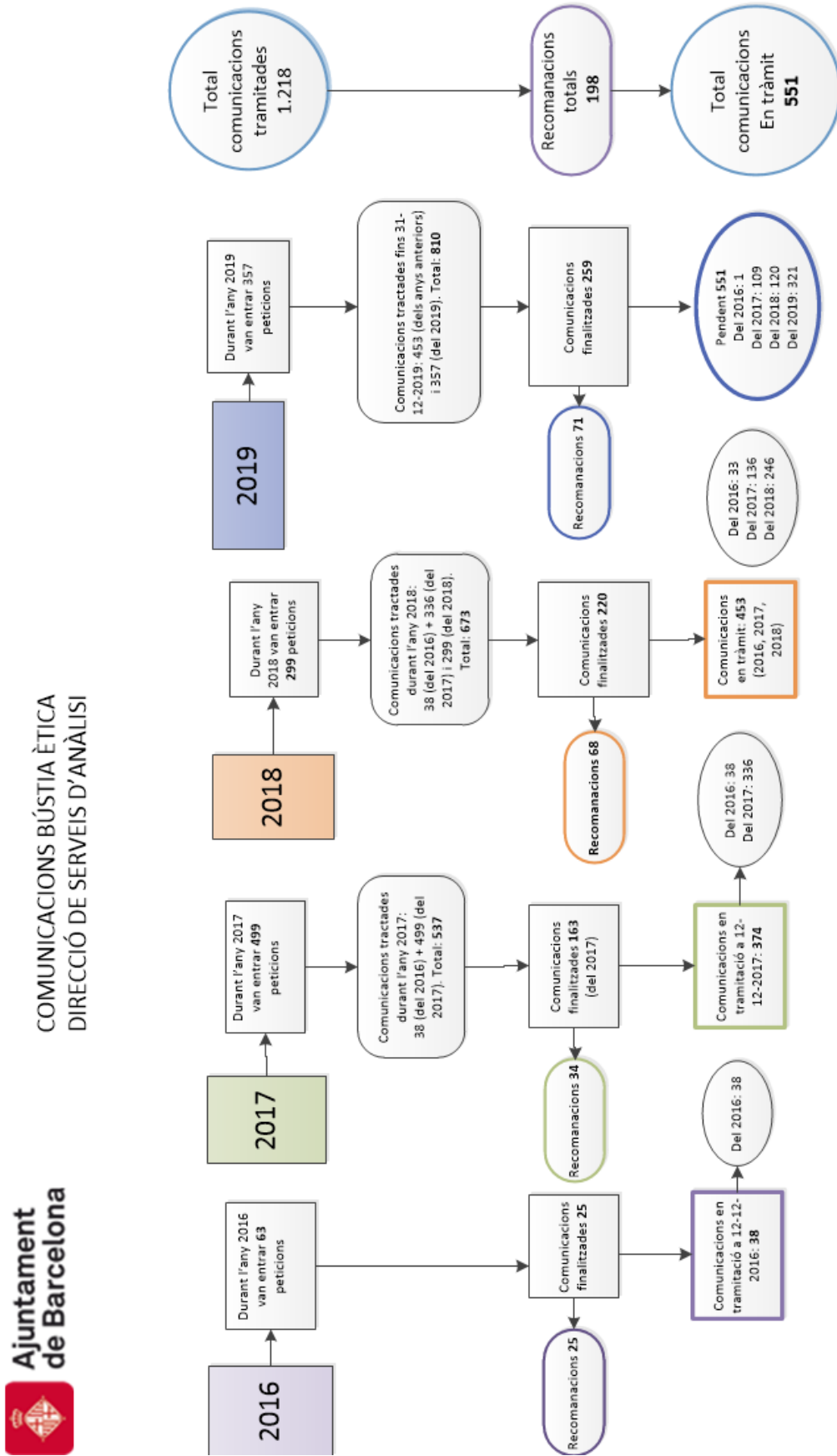
Finalitzades 259 comunicacions de les citades 810 tramitades durant el 2019 resten en **tràmit, a 31 de desembre de 2019, un total de 551 comunicacions**.



Aquest **volum de comunicacions tramitades** durant el 2019 que ascendeix a **810** comunicacions i el **nivell de pendència** d'assumptes en tràmit a desembre de **551** assumptes s'ha de posar en relació amb dos incidències de gravíssimes repercussions que va patir la DA durant aquell any: 1) va estar sense suport administratiu gaire be 4 mesos (3 mesos – d'agost a principis de novembre-fins que es va cobrir la plaça de l'anterior suport que va marxar per excedència i un mes més – tot el novembre- que ve ser el que es va trigar en posar en marxa al nou suport els aplicatius informàtics al nou suport i que eren imprescindibles per poder realitzar les seva feina i 2) la baixa mèdica de una de les dues úniques lletrades de la DA durant més de 2 mesos.

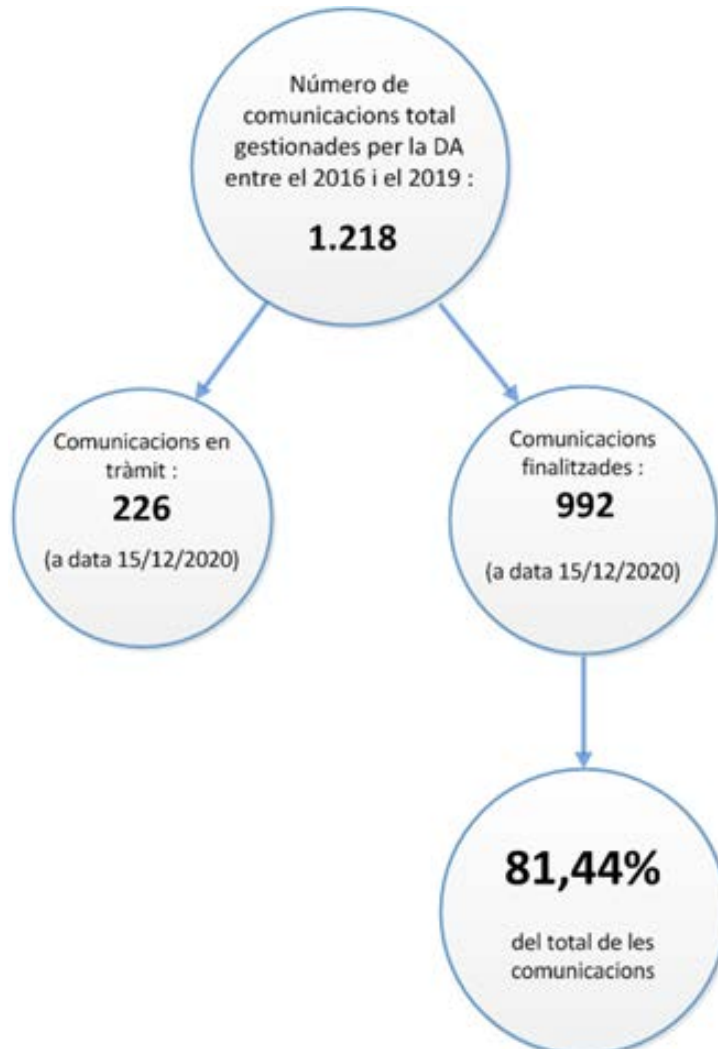
No obstant s'ha d'avançar que a **15 de desembre de 2020** aquesta pendència de 551 assumptes s'ha **reduït a 226 assumptes**. De manera que si es té en compte que la DA ha tramitat durant aquests anys un total de 1.218 comunicacions (63 mes 499 més 299, mes 357) la DA **ha finalitzat** 992 assumptes el que significa un percentatge del **81,44%**. I això malgrat que a aquestes 551 que estaven en tràmit a principis del 2020 s'han d'afegir les 375 que ja han tingut entrada a data de 15 de desembre.

Quadres comparatius de les dades corresponents als anys 2016 a 2019.



* Total plantilla: 4 persones (1 Directora, 2 lletrades, 1 suport)

Assumptes dels anys anteriors finalitzats a 15 de desembre de 2020



Aquests quadres posen de manifest, per una banda, l'elevat volum de comunicacions que la Direcció d'Anàlisi ha tractat durant aquests anys, un **total de 1.218** i, per l'altra l'elevat ritme de treball seguit pels seus membres en la gestió i resolució de les mateixes a la vista de la carència de mitjans. Evidenciant, en aquest sentit: a) el nivell de **contenció** de la **situació** malgrat l'elevadíssim número d'entrades de comunicacions; b) una progressió **ascendent** en la redacció de **recomanacions** i c) una **reducció** dels nivells de la pendència de expedients en tràmit.

Resultats, que s'han de posar en relleu ja en aquest moment (i sense perjudici del seu desenvolupament a l'apartat corresponent a "Plantilla") si es té en compte que:

- la plantilla de la Direcció d'Anàlisi està formada solament per quatre persones: una directora (que es va incorporar efectivament al desembre de 2017 al quedar vacant la plaça al juny d'aquell any), dos lletrades (incorporades una a l'octubre de 2016 i l'altra al setembre de 2017) i una suport (que ho va fer al maig de 2017)

- que **des del desembre de 2017 no** ha hagut cap altra **incorporació malgrat**: el **creixement d'assumptes** derivats de les comunicacions que van tenir entrada durant els anys següents; el **desenvolupament de les altres àrees d'actuació** que la DA ha anat desenvolupant en compliment de les funcions atribuïdes a partir del gener de 2017 arrel de l'aprovació de les NRBE (art 26) i la **posada en marxa al 2018 del Comitè d'ètica** del qual es l'òrgan de suport.

Situació que es va **agreujar al 2019**, com ja s'ha avançat, al causar **baixa mèdica una** de les **lletrades** durant **2 mesos i no tenir**, a efectes pràctics un **suport administratiu** durant **gairebé 4 mesos**. Doncs des d'agost fins a principis de novembre no va haver cap suport administratiu a la DA al quedar vacant la plaça per excedència de la seva titular i no tornar a ser ocupada pel nou administratiu fins aquella data, qui a més de no disposar de les eines informàtiques imprescindibles per la realització del seu treball fins a un mes més tard de la seva incorporació, va haver de necessitar un imprescindible període d'aprenentatge donades les complexes especificitats tècniques i de gestió que implica el funcionament de la Bústia i els requeriments de confidencialitat i secret que s'exigeixen a la Direcció d'Anàlisi. Aprenentatge que li va haver de impartir una de les lletrades de la Direcció amb el conseqüent impacte en la seva pròpia feina.

De manera que aquests resultats solament s'han pogut obtenir a costa del **gran compromís, dedicació i vocació** de l'equip i d'excedir en escriure les jornades màximes de treball establertes legalment, amb l'esgotament i la consegüent repercussió que, en matèria de drets laborals i de conciliació familiar,

inevitablement han comportat i que fan insostenible el manteniment d'aquesta situació. A tal efecte, cal **recordar** aquí que, **a més** a més de la gestió de la bústia ètica, la **Direcció d'Anàlisi** ha portat a terme **altres actuacions** tal i com s'ha avançat en apartats precedents i es detallarà a continuació.

En qualsevol cas, s'ha de dir que un dels objectius perseguit per aquest equip era finalitzar el 2019 amb una pendència zero de comunicacions en tràmit corresponents al 2016. Compromís que es va poder complir amb la única excepció d'una comunicació que, en qualsevol cas podrà ser finalitzada abans de que acabi aquest 2020.

2.2 Actuacions relatives a la gestió de la bústia ètica portades a terme de l'1 de gener de 2018 al 31 de desembre de 2019

S'especificaran aquí tres grups d'accions relacionades amb la **gestió de l Bústia**: a) les derivades de la **necessitat de implementar les noves actualitzacions** de GlobaLeaks 2.6.5.4 al programari base (sistema operatiu) de la bústia ètica; **b)** les derivades de la **necessitat d'adaptar** el contingut de l'aplicació de la Bústia ètica a les exigències de la **nova regulació en matèria de protecció de dades de caràcter personal**; i **c)** les derivades de la **necessitat** de comptar amb un **adequat Gestor Documental**. Projecte G-Bústia

Passarem, ara, a desgranar cada un d'ells.

2.2.1. Accions derivades de la necessitat de implementar les noves actualitzacions de GlobaLeaks 2.6.5.4 al programari base (sistema operatiu) de la bústia ètica.

La Direcció Estratègia i Nous Projectes de l'IMI va detectar al 2018 la **necessitat d'actualització del programari base** (Sistema operatiu) atès que hi havia versions més actuals a la Globaleaks 2.6.5.4. Aquesta actualització **alleujaria els problemes** detectats **d'usabilitat** per part de l'òrgan gestor (lentitud en el temps de resposta en la cerca de les comunicacions....) i que **complicava la gestió de la Bústia** restant eficiència i eficàcia a les labors de l'equip de la Direcció d'Anàlisi.

Es va concloure que la solució a aquests problemes tècnics era actualitzar el programari de base dels servidors i també de Globaleaks.

Els passos per l'actualització del Globaleaks van ser els següents:

- 1) Seleccionar versió adequada (crear un nou entorn temporal de proves; proves tecnològiques i funcionals i identificar dificultats de migració).
- 2) Actualitzar pre-producció (proves d'integració amb altres sistemes; proves de migració de dades existents; validació de petits canvis funcionals i definir procediment de migració).
- 3) Assaig actualització producció (validació i proves de migració de dades reals per part dels gestors de la Bústia; validació del procediment de migració amb tots els implicats i planificar migració real).
- 4) Actualitzar producció (executar procediment de canvi; validacions i documentació).

Finalment, es va haver de treballar amb l'assaig d'actualització a producció. De forma resumida les tasques que es van haver de fer des de la Direcció d'Anàlisi van ser les següents:

- 1) Validacions funcionals.
- 2) Validacions de les dades després d'actualitzar l'entorn.
- 3) Familiaritzar-se amb les proves a realitzar en l'entorn real.

Tot aquest procés, va generar nombroses reunions, entre l'òrgan gestor de la Bústia i l'IMI, per fer proves a l'entorn de pre-producció i producció de l'actualització de la nova versió GlobalLeaks.

Així, en data 5 de desembre de 2018, es van fer unes primeres proves de l'entorn de pre-producció. El 11 de desembre de 2018 es va fer l'assaig de la producció de la nova versió de GlobalLeaks. I, durant els dies 27, 28 i 29 de desembre de 2018, i 2, 3, 4, 7, 8 i 9 de gener de 2019, es va contrastar cadascuna de les comunicacions que hi havia a la Bústia a data 5 de desembre de 2018. Es a dir, un total de 775 comunicacions amb els seus respectius xats i tota la documentació que s'hagués pogut anar aportant així com la que s'havia anat generant al llarg de la seva tramitació (com resolucions, Annexes...). El 10 de gener de 2019 es va fer una darrera comprovació, ja en l'entorn de producció, per part dels Receptors de la Bústia Ètica a fi de verificar que tota la informació i les dades havien "migrat" correctament.

El **procés, iniciat al setembre de 2018, va culminar al gener de 2019** i va suposar la **migració de tot el contingut emmagatzemat** fins aquell moment a la nova versió amb plena garantia de la confidencialitat i reserva en les dades i el respecte a les exigències de la legislació en matèria de protecció de dades.

Aquest procés, a més de la complexitat jurídica i tècnica va comportar i suposar una farragosa i enorme carrega de feina a l'equip de la DA ja que van haver de fer les dites **comprovacions manualment** sense poder comptar amb l'ajuda dels informàtics (doncs solament el personal de la Direcció pot tenir accés a la bústia i conèixer el seu contingut). Procés de comprovació que, a més, es va veure agreujat per la precarietat del mitjans personals i tècniques que es sofria. Així a la falta de personal es va unir les deficiències i **limitacions del gestor "comptable"** (SAP) que s'utilitza, que com s'ha dit, no permet el desplegament automàtic i complert de la informació continguda en els expedients, si no que obliga a anar obrint, per cada expedient, finestra a finestra cada un dels elements que els conformen que, com també s'ha dit, es guarden xifrats de manera que s'ha de desxifrar per fer qualsevol consulta i tornar a xifrar-la després.

Causes per les quals, aquesta operació va suposar una **dedicació casi exclusiva** de l'òrgan gestor de la Bústia (és a dir, de la Direcció d'Anàlisi) **de 9 dies** (en concret,

el: 27, 28 i 29 de desembre de 2018, i 2, 3, 4, 7, 8 i 9 de gener de 2019) i va exigir que la bústia restes tancada de les 9:00h a les 14:00hores del dia 10 de gener de 2019 (data en que es va materialitzar efectivament la migració). El tancament de la bústia durant aquell període de temps va suposar així mateix contactes amb el servei de comunicació de l'Ajuntament per tal de que s'elaborés el consegüent *banol* informatiu pels usuaris.

Però s'ha de dir que, **fruit d'aquesta actualització**, es van obtenir **millores en la usabilitat** de la **interfície** del gestor de la Bústia com són: una major rapidesa en la resposta de la consulta de les comunicacions de manera que, a partir del 10 de gener de 2019, es va gaudir de més agilitat en la gestió de la comunicació amb la persona que comunica (abans de la dita actualització, el temps d'espera per passar d'una comunicació a una altra era excessivament alt). També va facilitar que, a partir d'aquell moment, es pogués comptar amb un llistat de comunicants sense paginació.

2.2.2. Accions derivades de la necessitat d'adaptar el contingut de l'aplicació de la Bústia ètica a les exigències de la nova regulació en matèria de protecció de dades de caràcter personal

L'**aplicació**, a partir del 25 de maig de 2018, del **Reglament** 2016/679 del Parlament Europeu i del Consejo de 27 de abril de 2016, relatiu a la **protecció** de les persones físiques en quant al tractament de **dades personals** i a la lliure circulació d'aquestes dades, així com l'entrada en vigor de la **Llei Orgànica 3/2018, de 5 de desembre, de Protecció de Dades** i Garantia dels Drets Digitals van comportar la **necessitat d'adaptar** el contingut de l'aplicació de la Bústia ètica a les **exigències de la nova regulació en matèria de protecció de dades** de caràcter **personal i el desplegament**, per part de l'equip de l'òrgan gestor de la Bústia Ètica de les **accions pertinents** a tal efecte.

2.2.3. Gestor Documental. Projecte G-Bústia

Des de la posada en marxa de la Bústia ètica i de bon govern, es va detectar la **necessitat** de disposar d'un **gestor documental propi, adaptat** a tots els **requeriment i exigències** necessàries per a poder explotar les dades de les comunicacions de la **Bústia ètica**, per poder dur una gestió i control de cada comunicació/expedient que es generes arrel d'aquestes, dels documents i de la resta de informació que els conformen i del seu estat de tramitació d'una manera que no fos la merament manual.

Intentant pal·liar de forma transitòria aquestes necessitats es va “habilitar” un **SAP** (sistema informàtic integrat de **gestió comptable**) al que es van introduir algunes adaptacions per tractar d'ajustar-lo a les especificitats i requeriments del procediment de gestió dels expedients de la Bústia ètica. Però, això, ha comportat una enorme **dificultat de gestió de la tramitació** dels expedients i de la documentació i informació atès que el SAP no és un veritable gestor “d'expedients” ni garanteix la **confidencialitat requerida** pels generats per la Bústia. **Motiu** pel qual, l'òrgan gestor de la Bústia ètica ha de xifrar i desxifrar tot el cas quan s'actualitzen les dades de l'estat de tramitació de cadascun dels assumptes o es necessita consultar el seu contingut, com ja s'ha explicat en anteriors apartats. No es pot obviar que **l'obligació de preservar la identitat** del comunicant i de **màxima reserva** durant tota la tramitació que imposen les NRBE **comporten** que les **interfícies i aplicatius informàtics** tinguin un **alt grau de complexitat tècnica** i que la Direcció d'Anàlisi hagi de vetllar pel compliment d'aquets requeriments amb màxima cura.

Aquest procés d'elaboració del gestor documental que es preveu que conclougui amb la seva posada en marxa a finals de 2020 o principis de 2021 abasta dos fases: a) Avant projecte i b) Projecte gestor documental G-Bústia. Fases que explicarem a continuació:

1. Fase Avant-projecte:

Durant el període comprés entre el **16 de gener al 16 de març de 2018** es va definir el disseny tècnic de l'avantprojecte del gestor documental de la Bústia ètica. L'òrgan gestor de la Bústia ètica conjuntament amb la Direcció de Nous Projectes de l'Institut Municipal d'Informàtica van avaluar la situació actual del procés de la gestió documental des de que és rep una comunicació o alerta mitjançant la interfície de la Bústia ètica (Globaleaks).

Actualment, l'òrgan gestor de la Bústia ètica gestiona les comunicacions mitjançant el següent procés:

- 1) El tramitador/a d'aquest òrgan abans de procedir a obrir la interfície de la Bústia ètica tanca tots els programes i pestanyes de navegador no relacionades.
- 2) S'accedeix a la comunicació mitjançant el web intern de gestió de la Bústia, ja sigui des de el correu de cadascú dels tramitadors (és rep un avís per cada informació nova) o directament a través de la web de la Bústia.
- 3) Cada nova comunicació té una numeració (codi Globaleaks). Es consulten les noves comunicacions que han arribat; nous comentaris o documents sobre comunicacions que ja s'havien presentat amb anterioritat pels tramitadors.
- 4) Es descarrega cada comunicació amb els seus corresponents documents (en el cas que s'hagin adjuntat) a l'ordinador dels tramitadors , localment, a d.\ (encriptat).
- 5) Es crea una carpeta per cada comunicació nova amb el codi proporcionat per Globaleaks i es mou encriptada tota la comunicació i la documentació a la carpeta corresponent a cadascuna de la comunicacions.
- 6) Per poder fer les tasques d'anàlisi e investigació necessàries i determinades per les Normes reguladores de la Bústia ètica i de bon govern(NRBEBG) es descomprimeixen i desxifren localment tot el contingut de la comunicació amb els seus documents.

- 7) S'obre l'expedient a SAP Bústia ètica i s'obté un número d'expedient d'aquest sistema d'informació que es renombre a la carpeta de treball amb local afegint el codi sap. Es a dir cadascuna de les comunicacions té una etiqueta (label) amb una numeració facilitada per la interfície de la Bústia ètica (Globaleaks) i una altra derivada del SAP Bústia ètica.
- 8) Es comprimeix i es xifra el directori de treball local i es guarda al SAP. Cal pujar sovint les actualitzacions a fi de disposar el backup de la informació local (proporcionada per la interfície de la Bústia i totes les documentacions que formen part de la tramitació de les corresponents actuacions que comporta cada comunicació) i es guarda a SAP. Tota la documentació que es puja a SAP ha d'estar xifrada.
- 9) S'esborra de manera segura la informació local, únicament es pot conservar la versió xifrada "gpg".
- 10) La interfície de la Bústia ètica disposa d'una funcionalitat consistent en d'un xat (al que ja ens hem referit anteriorment) que permet una comunicació bireccional entre el comunicant i l'òrgan gestor de la Bústia ètica i també permet aquesta interfície introduir les corresponents resolucions sobre les actuacions efectuades per aquest òrgan.

L'**objectiu** de l'avantprojecte és aconseguir proporcionar un sistema que **minimitzi les intervencions manuals** dels usuaris de la Bústia ètica **amb el compliment** dels requeriments de **seguretat i màxima confidencialitat** de les dades tractades. De manera que constituiria una eina documental que **facilitarà un major control de les comunicacions** i per tant, una major eficàcia i eficiència en la gestió de l'òrgan gestor de la Bústia ètica. Millora que comportarà, igualment, una optimització dels recursos, a la vegada que permetrà **satisfer les exigències de transparència i retiment de comptes** possibilitant, **l'explotació automàtica de dades** i limitant, per tant, els riscos d'errors inevitables en un còmput manual. A la vegada que es facilita la gestió i consulta dels expedients generats per la Bústia així com de tota la informació i documentació que els conformen.

S'ha d'afegir, que durant la tramitació d'aquest avantprojecte i el plantejament del detall de l'Arquitectura proposada es va comptar també amb l'assessorament, totalment desinteressat, de l'especialista en temes informàtics de la plataforma ciutadana X-Net per vetllar la seguretat del futur del sistema.

2) FASE: Inici del projecte G-Bústia ètica

En setembre de 2019, un dels membres de la Direcció de Serveis d'Anàlisi va assistir a un taller per conèixer la metodologia Scrum (és una metodologia àgil i flexible per gestionar el desenvolupament d'un projecte, en què el seu principal objectiu és maximitzar el retorn de la inversió per la seva empresa. Els beneficis d'aquesta metodologia són el compliment de les expectatives; flexibilitat als canvis; fer servir les funcionalitats més importants del projectes abans de finalitzar-lo per complert; s'obté una visió funcional després de cada iteració; major productivitat; reducció de riscos entre d'altres).

En aquest taller es van tractar les següents parts:

- Primera part: a) definir les principals tasques del PO (Product Owner) i del PPO (Proxy Product Owner) b) estratègia iterativa incremental de dissenyar productes i c) els horitzons de la planificació del producte i la introducció a la tècnica de User Story Mapping.
- Segona part: a) El viatge de l'usuari, b) Crear l'esquelet i c) Crear el roadmap de funcionalitats.
- Tercera part: a) Experiència en el projecte de la "Bústia ètica" i b) Bones pràctiques

L'objectiu va ser **establir les condicions necessàries** abans que l'equip pogues començar a treballar. L'equip scrum defineixen els rols; els recursos i les eines i la revisió de riscos i contingències.

El desenvolupament d'aquestes tasques han requerit, des de el setembre de 2019, una **dedicació de mes del 50% de la jornada laboral** establerta per conveni **d'una** de les dues úniques **Lletrades** de la Direcció amb les dificultats que això ha comportat

per poder mantenir i continuar amb la gestió diària del servei amb la mateixa dotació humana. Limitació que s'ha intentat suplir amb una dedicació extra, incrementant les hores de treball més enllà de la dita jornada .

2.3 ACTUACIONS TECNICOJURÍDIQUES PORTADES A TERME EN RELACIÓ AL PROCÉS PER LA IMPLEMENTACIÓ DE LA BÚSTIA ÈTICA I DE BON GOVERN A ALTRES ADMINISTRACIONS, INSTITUCIONS, AGÈNCIES I ENTITATS

S'engloben en aquest apartat l'elenc **d'actuacions de caràcter tècnic i jurídic** que es van portar a terme, des de la Direcció d'Anàlisi, per tal de **dissenyar el procés a seguir** quan alguna **institució, Administració**, agència, o entitat mostres el seu interès en **implementar** la **Bústia Ètica**.

L'**objectiu** perseguit va ser el de **reforçar i defensar** el paper i el **reconeixement** de l'**Ajuntament de Barcelona** com a **creador**, juntament amb Xnet, de l'**eina** però **sense perjudici** de que el seu **codi continues** sent **lliure, modificable i replicable** amb ple respecte als seus autors en el procés de implementació.

No es pot oblidar, en aquest sentit, que la Bústia és una eina pionera que es va avançar inclús a l'aprovació, a l'octubre de 2018, de la Directiva Europea de protecció a les persones que informen sobre infraccions del dret de la Unió.

De fet, la importància d'aquestes accions es posa en evidència si es té en compte **que, com s'ha dit, a finals de 2019 ja havien implementat** la Bústia, o estaven en vies de implementar-la, agències especialitzades en la prevenció i lluita contra el frau i la corrupció com: l'**Oficina Antifrau de Catalunya**, la de **València** i la de les **Illes Balears**. El Consello de Contas de Galícia la va implementar com a canal intern i en ella s'inspira el "Buzón de Colaboración" de la CNMC. I s'ha d'avançar que **durant el 2020** ho han fet la **pròpia Generalitat de Catalunya, l'Ajuntament de Lleida, l'Ajuntament de Terrassa, l'Àrea Metropolitana de Barcelona, l'Empresa pública Ferrocarrils de Catalunya** i altres mes s'estan interessant en ella.

Dintre d'aquest apartat cal referenciar les següents accions:

2.3.1. Accions derivades de l'actualització de les condicions d'ús per la implementació de la Bústia Ètica al repositori Github.

Aquestes accions van ser portades a terme amb la **col•laboració** de la Direcció de Canals digitals de l'IMI i de Xnet. Procés iniciat a **finals de 2018** i materialitzat, en la seva totalitat, a **primers de 2019**.

Fruit de les esmentades accions s'han inclòs al Github, les següents clàusules: *“El seu codi és lliure, modificable i replicable sempre que es reconegui i indiqui expressament: l'autoria en parts iguals de Xnet i l'Ajuntament de Barcelona: -signant el corresponent protocol de reconeixement, i indicant la següent frase textual a peu de pàgina (tant en la web de l'aplicatiu GlobalLeaks, com en el web informatiu que en descriu el funcionament i protocols sobre requisits, seguiment, àmbits d'actuació i objectius, definició de comunicació anònima, etc.): "Eina creada per Xnet i Ajuntament de Barcelona. Powered by GlobalLeaks”*.

2.3.2. Les actuacions jurídiques relatives al disseny i redactat del protocol marc de col•laboració entre l'Ajuntament de Barcelona i Xnet per difondre i enfortir la bústia ètica i precisar les condicions per replicar-la i implementar-la

Les **actuacions jurídiques** relatives al disseny i redactat del protocol marc de col•laboració entre l'Ajuntament de Barcelona i Xnet per tal d'establir una via de comunicació i col•laboració per a difondre i enfortir la bústia ètica com a paradigma de canal de comunicacions que garanteix la confidencialitat i l'anonimat dels alertadors. Protocol sense contingut econòmic.

Així mateix, **precisa** les **condicions per replicar i implementar la Bústia, mantenint** el seu caràcter de **codi lliure, replicable i modificable** però reforçant la postura de l'Ajuntament com a creador de la eina (juntament amb Xnet). A més, l'esmentat protocol suposa la **cooperació de l'Administració i la societat civil** en la lluita contra la corrupció i es formalitza amb l'objecte de coadjuvar a:

- **difondre i enfortir la Bústia Ètica** i de Bon Govern de l'Ajuntament de Barcelona com a paradigma de canal de comunicacions que garanteix als comunicants i alertadors la possibilitat d'escollir entre la confidencialitat i l'anonimat
- posar en comú i **compartir coneixement i experiències** pràctiques i tècniques que permetin **l'actualització continua de la Bústia** i la implementació de les novetats que en matèria de **protecció** de denunciants i **alertadors** es vagin generant en el panorama nacional i internacional. Això, amb la finalitat que la ciutadania pugui comunicar de manera confidencial i segura conductes de les administracions públiques que esdevinguin contràries a dret, o als principis o les regles ètiques i de bon govern i administració, determinats en l'ordenament jurídic vigent.
- **afavorir la implementació** i posada en marxa de les Bústies **en altres administracions** d'acord amb l'esperit amb el qual va ser creada amb codi lliure, modificable i replicable, sempre que **es reconegui i es mencioni expressament l'autoria, en parts iguals, de Xnet i de l'Ajuntament de Barcelona** mitjançant la signatura del corresponent protocol de reconeixement, indicant la següent frase a peu de pàgina de l'eina i dels protocols d'actuació relacionats: *"Eina creada per Xnet i Ajuntament de Barcelona. Powered by Globaleaks"*. Articulant, a tal fi, protocols específics de reconeixement i/o d'adhesió.

El protocol inclou **tres possibilitats d'adhesió**:

- A) **l'Annex I i II**, mes simple, que es limita a reconèixer l'autoria amb la indicació de establir-ho així en les seves bústies:

“El municipi o administració signant manifesta la seva intenció d’implementar la Bústia Ètica i de Bon Govern de l’Ajuntament de Barcelona i, de conformitat amb les condicions d’ús, indicarà expressament l’autoria en parts iguals de l’Ajuntament de Barcelona i Xnet, fixant la següent frase textual al peu de pàgina de l’eina i dels protocols d’actuació relacionats que també s’adoptin: "Eina creada per Xnet i Ajuntament de Barcelona. Powered by Globaleaks.

Igualment, al moment de la presentació i difusió que pugui fer de l’eina es deixarà constància expressat d’aquesta col·laboració indicant tots dos autors: Ajuntament de Barcelona i Xnet”.

B) l’Annex III que a més estableix la possible **adhesió a una xarxa de col·laboració** en el següents termes:

“Treballar en benefici de la xarxa de ciutats i administracions públiques que incorporin aquesta eina i promoure, així, a múltiples nivells, aquesta xarxa a **favor de la transparència i el bon govern.**

- Defensar la cultura de bon govern així com la transparència en la gestió pública i **protegir l’anonimat dels alertadors** de la corrupció i lluitar contra els abusos que perjudiquin l’interès general, tal com contempla la pròpia bústia”.

2.3.3. Reunions informatives i d’assessorament tècnic jurídic amb els representants de les Administracions, Agències o institucions i entitats que s’interessen o mostren el seu interès en implementar la Bústia Ètica

Les **reunions informatives i d’assessorament tècnic jurídic** que la Direcció d’Anàlisi, juntament amb un representants de la **Direcció de Canals Digitals** de l’IMI i de la plataforma **Xnet** manté amb els representants de les Administracions, Agències o institucions i entitats que s’interessen o mostren el seu interès en implementar la

Bústia Ètica en la seva organització (el detall de les quals obra a l'apartat "Reunions i visites Institucionals")

2.4. ACTUACIONS PORTADES A TERME EN EL MARC DE LA DIFUSIÓ I CONSOLIDACIÓ DE LA BÚSTIA ÈTICA I DE BON GOVERN

Les actuacions portades a terme per la Direcció d'Anàlisi, en el marc de la difusió i consolidació de la Bústia Ètica i de Bon Govern, es poden emmarcar en 3 grans grups: a) Signatura de convenis de col·laboració; b) reunions i visites institucionals; c) participació en jornades i seminaris.

2.4.1 Signatura de convenis de col·laboració (tots sense contingut econòmic)

Durant aquest període s'han pogut signar els següents convenis de col·laboració, tots sense contingut econòmic:

- I **Conveni marc entre l'Ajuntament de Barcelona i l'Agència de Prevenció i Lluita contra el Fraud i la Corrupció de la Comunitat Valenciana** per tal d'establir un canal permanent de comunicació i col·laboració per a millorar l'eficàcia en el compliment dels objectius d'interès comú. Formalitzat el 21 de setembre de 2018. I en tal sentit:

- Analitzar la necessitat d'un protocol ad hoc que permeti traslladar a l'Agència Valenciana Antifraud les comunicacions que es rebin a través de la Bústia Ètica de Bon Govern de l'Ajuntament de Barcelona que excedeixin del seu àmbit de competència i que corresponguin a l'àmbit competencial de l'Agència.
- Analitzar les necessitats específiques de formació en els àmbits de l'ètica i la integritat pública i el control de la corrupció
- Posar en comú el coneixement i les experiències pràctiques en matèria de prevenció de la corrupció, de foment de la integritat

institucional i de la transparència, entre d'altres aquelles que faciliten a la ciutadania la comunicació de manera confidencial i segura de conductes de les administracions públiques que esdevinguin contràries als principis o les regles ètiques i de bon govern i administració, determinats a l'ordenament jurídic vigent i en especial, les referides a les respectives bústies de denúncies i comunicacions.

- **Conveni marc entre l'Ajuntament de Barcelona i l'Oficina de Prevenció i Lluita contra el Fraud i la Corrupció de les Illes Balears** per tal d'establir un canal permanent de comunicació i col·laboració per a millorar l'eficàcia en el compliment dels objectius d'interès comú. Es va formalitzar el **28 de gener de 2019**, amb un objecte semblant al signat amb l'Agència Anticorrupció Valenciana.
- **Protocol marc de col·laboració entre l'Ajuntament de Barcelona i Xnet** per tal d'establir una via de comunicació i col·laboració per difondre i enfortir la Bústia Ètica i de Bon Govern de l'Ajuntament de Barcelona com a paradigma de canal de comunicacions que garanteix la confidencialitat i l'anonimat dels comunicants i alertadors i com a eina pionera en la lluita contra el fraud i la corrupció. Així mateix, precisa les condicions per replicar i implementar la Bústia, mantenint el seu caràcter de codi lliure, replicable i modificable però reforçant la postura de l'Ajuntament com a creador de la eina juntament amb Xnet. **Signat el 26 de març de 2019** i al que ja s'ha fet referència a l'apartat anterior.

2.4.2. Reunions i Visites Institucionals

- Reunió de treball de la Direcció d'Anàlisi amb representants de **l'Ajuntament d'Argentona** per conèixer la Bústia Ètica i de Bon Govern i el seu marc normatiu, 8 de maig de 2018 a l'Ajuntament de Barcelona.

- | Contactes telefònics i via e-mail amb representants del **Consello de Contas de Galicia** per conèixer la Bústia Ètica i de Bon Govern i el seu marc normatiu, al setembre-octubre de 2018 (finalment van implementar la Bústia com a canal intern).
- | Contactes amb representants de **l'Ajuntament de Sabadell** per conèixer la Bústia Ètica i de Bon Govern i el seu marc normatiu. Desembre del 2018.
- | Reunió de treball de la Direcció d'Anàlisi amb representants de **l'Ajuntament de Terrassa** per conèixer la Bústia Ètica i de Bon Govern i el seu marc normatiu, el 18 de desembre de 2018 a l'Ajuntament de Barcelona. Per videoconferència (Finalment es va signar el corresponent Protocol d'adhesió a la Bústia al juny de 2020).
- | Reunió de treball de la Direcció d'Anàlisi amb **representants de la Generalitat de Catalunya** per conèixer la Bústia Ètica i de Bon Govern i el seu marc normatiu, el 12 de desembre de 2018, a la seu de la Secretaria de Transparència i Govern Obert de la Generalitat de Catalunya. (Finalment es va signar el corresponent Protocol al març de 2020).
- | Reunió de treball de la Direcció d'Anàlisi amb representant de la **Comissió Nacional de Mercats i de de la Competència (CNMC)**, el 9 d'abril de 2019, a l'Ajuntament de Barcelona. (Finalment la Bústia inspira el seu "Buzón de Colaboración").
- | Entrevista de la Direcció d'Anàlisi i de la Cap del departament de Transparència **amb representants del Síndic de Greuges de Catalunya i del catedràtic de Dret Administratiu de la UOC** en el marc de l'estudi, anàlisi i l'obtenció de dades per a l'avaluació del compliment de la Llei 19/2014, de 29 de desembre pel que fa a l'accés a la informació i el govern obert que s'està portant a terme a instàncies del Síndic de Greuges de Catalunya. A l'objecte de poder conèixer les accions que s'han impulsat al 2018 en matèria de transparència i bon govern des de l'Ajuntament de Barcelona. Data: 30 d'abril de 2019, a l'Ajuntament de Barcelona

- | Reunió de treball de la Direcció d'Anàlisi amb la Adjunta de la **Síndica de Greuges de l'Ajuntament de Barcelona**. 15 de maig de 2019, a la seu de la Direcció d'Anàlisi.
- | Reunió amb els membres del Consell Assessor per a la Transparència en dos ocasions durant aquests anys. Una d'elles, el 25 de febrer de 2019, per presentar al Comitè d'ètica als seus membres.

2.4.3. Participació en jornades i seminaris

- | Participació en la **Jornada de Presentació de la Bústia de denúncies de l'Agència Antifrau de València**, que s'inspira en la Bústia Ètica i de Bon Govern de l'Ajuntament de Barcelona. Jornada organitzada per l'Agència Valenciana de Prevenció i Lluita contra el frau i la Corrupció de la Comunitat Valenciana, **el 24 de maig de 2018**.
- | Participació en la **Jornada sobre "Transparència y Contractació Pública"**, organitzada per **l'Ajuntament d'Oviedo** i celebrada el **8 d'Octubre de 2018**. Amb la ponència "CANALES DE DENUNCIA/COMUNICACIÓN: BUZÓN ÉTICO Y DE BUEN GOBIERNO".
- | Intervenció en les **telenotícies migdia de la cadena de televisió TV3** "Els ciutadans podran fer denúncies anònimes de casos de corrupció", en el que es presentava la Bústia Ètica i de Bon Govern de l'Ajuntament com una eina pionera i la primera institució pública en implementar un canal que permet les denúncies anònimes utilitzant la xarxa tor. **9 de novembre de 2018**
- | Participació al "**Seminario INTERCONECTA MONTEVIDEO, JORNADAS DE BENCHMARKING SOBRE GOBIERNO ABIERTO EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE**". Organitzades per **l'Institut Nacional d'Administració Pública – INAP-** (Ministeri de Política Territorial i Funció Pública, Govern d'Espanya) i celebrades a Montevideo del **12 al 16 de novembre de 2018**. En concret, en el " Taller sobre diverses practiques o projectes de govern obert a

Montevideo” amb la ponència “Canales de comunicación. El Buzón ético y de buen gobierno del Ayuntamiento de Barcelona” presentada per videoconferència el **14-11-2018**

- | Intervenció en el **“Seminari sobre els Alertadors de la Corrupció”** organitzat per la **universitat Oberta de Catalunya**, el **19 de desembre de 2018**, exposant l'experiència de la Bústia Ètica de l'Ajuntament de Barcelona.
- | Participació a la **"Jornada Alertadores, canales de denuncia y cultura de cumplimiento"**. **“Mesa redonda: "Experiencias en la implantación del canal ético/canal de denuncias"** Organitzada per la **Universitat Pompeu Fabra**, el **19 de març de 2019**
- | Participació en el **Seminari Internacional sobre “Corrupción y Buen Gobierno: Libertad de Expresión y aportaciones de la intel·ligència artificial”**, **“Mesa Redonda: Prevención de la Corrupción, el impulso de la integridad y la buena administración en la contratación pública”** Organitzada per la **Universitat de Barcelona** (Facultat de Dret) durant els **dies 12 i 13 de juny de 2019**
- | Participació en la jornada **“To Kill a Mockingbird”, “Taking care of the Whistleblowers (1): A matter of Integrity” (Matar a un ruiseñor . “Cuidando de los Whistleblowers (1). Un asunto de integridad”** organitzada per la **Comissió Nacional dels Mercats i de la Competència (CNMC)**, en Madrid, el **9 de octubre de 2019**. En aquesta jornada es va poder exposar l'experiència de la Direcció d'Anàlisi, com a òrgan gestor de la Bústia, en la matèria. També per part de la CNMC es va **presentar** la posada en funcionament de seu **“Buzón de Colaboración”** que **s'inspira en la Bústia Ètica** amb el conseqüent **reconeixement públic a l'Ajuntament de Barcelona**.
- | Participació en la segona **sessió** del **“Grup de Experts sobre Alertadores – GESA”** impulsat per l'organització internacional no governamental especialitzada en la protecció de denunciants, BLUEPRINT FOR FREE SPEECH i la fundació FIBGAR, celebrada, el **19 de setembre de 2019**, en el

Centre d'Estudis Polítics i Constitucionals, Madrid, en relació a **“la transposició en España de la Directiva de Protecció de Persones que reporten infraccions en el Dret de la Unió Europea y la protecció de los alertadores”**. Es va traslladar la experiència de la Bústia i en especial en allò relatiu a: Canals de reportes, Anonimat i encriptació. També van participar representants de la Agència Antifrau de València, Consell de Transparència i Bon Govern del Consejo Estatal, Comissió Nacional de Mercats i de la Competència (CNMC), la Càmera de Comptes d'Andalusia i del Tribunal de Comptes.

- I Participació en el **“CONGRESO DE COMPLIANCE DE BARCELONA y la FERIA EUROPEA DE LA TECNOLOGIA APLICADA AL COMPLIANCE”**, coorganitzat per l'Il·lustre Col·legi de l'Advocacia de Barcelona (ICAB) i l'Associació Espanyola de Compliance (ASCOM), jornada celebrada el dia **20 de setembre de 2019**, en las instal·lacions del ICAB i en la que també va participar l'Oficina Antifrau de Catalunya.
- I Participació en la **jornada anual de Suport Tercer Sector, “Compliance i Tercer Sector. Responsabilitat penal de les associacions i fundacions”, “L'experiència en la implantació del canal ètic/canal de denúncies”** centrada en la prevenció dels riscos penals en organitzacions no lucratives. Que es va celebrar el 11 de novembre de 2019 a Barcelona, impulsada per la Fundació Catalana de l'Esplai (Fundesplai, entitat sense ànim de lucre que te per objectiu, entre d'altres, enfortir el tercer sector i promoure la inclusió social), amb recolzament, entre d'altres, de l'Oficina Antifrau de Catalunya i el propi Ajuntament de Barcelona. Es va participar en la Taula d'Experiències Pràctiques.
- I Participació en el **Quart Seminari Internacional de Transparència, “Els guardians de la “integritat efectiva”: les relacions entre el sector públic i privat”** organitzada per l'Àrea Metropolitana de Barcelona i el Il·lustre Col·legi d'Advocats de Barcelona. Celebrat a la seu de l'Il·lustre Col·legi de l'Advocacia de Barcelona, els dies **10 i 11 d'octubre de 2019**. Es va

intervindre amb la ponència: **“Grupos de Interés, Compliance y Códigos Éticos”**.

- | Redacció de l'article: **“El Buzón Ético y de Buen Gobierno del Ayuntamiento de Barcelona”**, publicat a **“El Consultor de los Ayuntamientos”** núm. 6, Editorial Wolters Kluwer

**COL·LABORACIÓ INSTITUCIONAL
LLIGADA A LES FUNCIONS
ATRIBUÏDES A LA DIRECCIÓ
D'ANÀLISI PER LES NRBE (ART
26), EN ESPECIAL LES DE
PREVENCIÓ, GESTIÓ DEL CANAL
D'ALERTES (BÚSTIA ÈTICA),
INVESTIGACIÓ I PROTECCIÓ
D'ALERTADORS.**

3) COL·LABORACIÓ INSTITUCIONAL LLIGADA A LES FUNCIONS ATRIBUÏDES A LA DIRECCIÓ D'ANÀLISI PER LES NRBE (ART 26), EN ESPECIAL LES DE PREVENCIÓ, GESTIÓ DEL CANAL D'ALERTES (BÚSTIA ÈTICA), INVESTIGACIÓ I PROTECCIÓ D'ALERTADORS.

Aquest apartat posa de manifest l'interès que va assolint progressivament la Bústia Ètica no solament a Catalunya si no també en el panorama de l'estat espanyol. I en aquest sentit, resulta rellevant indicar els requeriments de informació que, en la nostra qualitat d'òrgan de prevenció i gestor de un canal de alertas o comunicacions, han practicat tant l'Oficina Independent de Revisió i Supervisió de la Contractació (OIRESCON) com el Servicio Nacional de Coordinación Antifraude (SNAC-òrgan estatal de col·laboració amb l'Oficina Europea de Lluita contra el Fraude), als quals ens referirem amb més detall, en tan en quan aquests transcendeixen a la Comissió Europea i a l'Oficina de Nacions Unides contra la Droga i el Delicte (UNODC) respectivament.

Dintre de les referides accions de col·laboració institucional lligada a les funcions atribuïdes a la Direcció d'Anàlisi per les NRBE (art 26), en especial les de **Prevenició, gestió del canal d'alertes** (Bústia Ètica), investigació i **protecció d'alertadors** es troben:

1.- Participació en la **Xarxa d'Oficines, Agències i entitats especialitzades en la Prevenció i Lluita contra el Fraude i la Corrupció** existents en Espanya (a nivell autonòmic i local) que es va **constituir** a Barcelona el **29 de juny de 2018**.

Es concep com un **espai estable** per **compartir experiències, aprofitar el coneixement** respectiu i fomentar una col·laboració estratègica. Els **objectius** de la Xarxa giren en torn a qüestions relatives a la **formació del personal**, a la **col·laboració** en activitats formatives en matèria de **integritat i ètica pública**, la posada en comú de coneixements i experiències pràctiques en matèria de

prevenció i anàlisi de riscos, lluita contra el frau i la corrupció, el foment de la integritat institucional així com les que tenen com a finalitat que la ciutadania pugui **comunicar de manera confidencial, anònima i segura** conductes de les administracions públiques que puguin ser contràries a dret o als principis i regles ètiques i de bon govern .

També formen part de la Xarxa: l'Oficina Antifrau de Catalunya, l'Oficina de Prevenció i Lluita contra la corrupció de València, l'Oficina de Prevenció i Lluita contra la corrupció de les Illes Balears, el Consello de Contas de Galícia; Oficina Municipal contra el Fraude i la Corrupció de l'Ajuntament de Madrid; Agència de Transparència de l'Àrea Metropolitana de Barcelona; el Servei Nacional de Coordinació Antifrau i l'Oficina Independent de Revisió i Coordinació de la Contractació Pública

La Xarxa es reuneix amb una periodicitat **semestral**. Les **reunions** de la Xarxa portades a terme durant els anys **2018 i 2019** van ser :

- **I Trobada de la Xarxa** es va fer el **29 de juny de 2018** a la ciutat de Barcelona, organitzada per l'Oficina Antifrau de Catalunya, va suposar el punt de partida de la Xarxa Espanyola d'Oficines, Agències i entitats especialitzades en la Prevenció i Lluita contra el Fraude i la Corrupció i va consistir en una ponència sobre les agències anticorrupció, una posada en comú i unes conclusions.

- **II Trobada de la Xarxa** que va tindre lloc el **14 de desembre de 2018**, al Palau de les Corts Valencianes. Es va tractar el tema "*Quotes de gènere i corrupció*" i es va realitzar una sessió de treball sobre l'ús de les noves tecnologies aplicades a la prevenció de la corrupció.

- **III Trobada de la Xarxa** que es va celebrar a l'Ajuntament de Madrid, els **dies 27 y 28 de juny de 2019**, Organitzada per l'Oficina Municipal contra el Fraude i la Corrupció de l'Ajuntament de Madrid. Es van organitzar dos sessions de treball. La primera sobre "el control de la execució dels contractes i la justificació de les subvencions" i la segona sobre "els límits en la introducció de condicions i exigències en els plecs i clàusules administratives."

- **IV Trobada de la Xarxa**, organitzada per l'Oficina de Prevenció i Lluita contra la corrupció de les Illes Balears i celebrada a Palma de Mallorca, **29 de novembre de 2019**. Durant la reunió es van presentar varies ponències (entre elles la relativa a la Autoritat Nacional Anticorrupció italiana (ANAC) i les seves experiències en la prevenció de la corrupció i protecció de les persones denunciants i es va realitzar una sessió de treball.

3) **Servicio Nacional de Coordinación Antifraude –SNCA-** (dependent de la Intervenció General de l'Estat, que és **l'òrgan estatal de col·laboració amb l'Oficina Europea de Lluita contra el Fraud (OLAF)**). Invitació al “Seminari sobre prevención y lucha contra el fraude” organitzat pel SNCA amb l'objectiu de **intercanviar experiències i expectatives** de cara a la **pròxima elaboració** de la **Estratègia Nacional Antifrau**. A tal efecte es va invitar, juntament amb altres agències, organismes i òrgans especialitzats en la prevenció, a la Direcció de Serveis d'Anàlisi com a òrgan gestor de la Bústia per compartir l'experiència obtinguda en relació a la configuració de les bústies ètiques o canals de denúncies de cara a analitzar la seva incidència en l'Estratègia Nacional Antifrau.

Resulta significatiu avançar (sense perjudici de ser tractat a la Memòria corresponent a 2020) que a principis de 2020 el Servicio Nacional de Coordinació Antifrau ens va sol·licitar que complementessin, en la nostra qualitat d'òrgan de prevenció, **la informació requerida per l'Oficina de Nacions Unides contra la Droga i el Delicte (UNDOC)** amb motiu de la celebració de la 11^a reunió del Grup de Treball sobre Prevenció de la Corrupció de la Convenció de Nacions Unides contra la Corrupció. Informació que va ser requerida en iguals termes a altres òrgans, oficines i agències amb competència en matèria de prevenció del frau com l'Oficina Antifrau de Catalunya, l'Agència de Prevenció i Lluita contra el Fraud de València i la de les Illes Balears, el Consello de Contas de Galícia, l'Audiència de Cuentas de Canarias i l'Oficina Municipal contra el Fraud i la Corrupció del Ajuntament de Madrid. Aquesta informació va ser **lliurada a la UNDOC a través del SNCA**.

4) **Oficina Independent de Regulació i Supervisió de la Contractació – OIRESCOM-** (adscrita organitzativament al Ministeri d'Hisenda). En data **4 de novembre de 2019**, l'**OIRESCOM**, a través de la seva Presidenta, **va requerir Informació**, sobre les actuacions portades a terme, en relació a les comunicacions i peticions rebudes a la Direcció, durant l'any 2018, amb incidència sobre “... *la detección y notificación de casos de fraude, corrupción, conflicto de interés y otras irregularidades relacionadas con la contratación pública*” així com les relacionades amb les de prevenció desenvolupades en aquella matèria. Requeriment que es va complir el **19 de novembre de 2019** i la **informació donada va ser inclosa a “l'INFORME ANUAL DE SUPERVISIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE ESPAÑA relativa a l'any 2018”** (concretament a l'apartat “VIII. PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA”) que va publicar l'OIRESCOM al Desembre de 2019.

Aquest requeriment de informació va ser interessat per l'autoritat independent estatal, **en el marc de l'informe anual de supervisió que**, d'acord amb l'article 332.9 de la Llei de Contractes del Sector Públic, ha **d'elaborar i remetre a la Comissió Europea** a final de cada any.

5) Inclusió en el “**Código de Lucha contra el Fraude y la Corrupción**”, publicat per Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado (B.O.E.), Edició actualitzada a 11 de desembre de 2019 (www.boe.es/biblioteca_juridica/), de la normativa relativa a l'Ajuntament de Barcelona dintre de la perspectiva preventiva: Normes Reguladores e la Bústia Ètica i de Bon Govern, del Codi Ètic i de Conducte i del seu Reglament de Funcionament intern del Comitè d'Ètica de l'Ajuntament de Barcelona. En concret: “ 5.2-MUNICIPIO DE BARCELONA: Acuerdo del Pleno del Consejo Municipal del Ayuntamiento de Barcelona, de 30 de junio de 2017, de Aprobación definitiva de Código ético y de conducta (enlace).”; “5.3.MUNICIPIO DE BARCELONA: Acuerdo de la Comisión de Presidencia, Derechos de Ciudadanía, Participación y Seguridad y Prevención del Ayuntamiento de Barcelona, de 13 de febrero de 2019, de Aprobación del Reglamento Interno de Funcionamiento del Comité de Ética del

Ayuntamiento de Barcelona. (enlace)” i “5.4. MUNICIPIO DE BARCELONA. Acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Barcelona, de 6 de octubre de 2019, de Aprobación definitiva de las Normas reguladoras del Buzón ético y de buen gobierno (enlace).” Si be en una primera versió no estava inclosa la normativa relativa a questa matèria d'àmbit municipal finalment es va incorporar la elaborada per l'Ajuntament de Barcelona i Madrid.

Inclusió que es reproduïx en l'edició actualitzada de 16 d'octubre de 2020 del “Código de Lucha contra el Fraude y la Corrupción”.

Cal assenyalar que el “Código de Lucha contra el Fraude y la Corrupción” es un **compendi** de les **principals normes** relatives a aquesta matèria, vigents de l'**ordenament jurídic espanyol** entre les que es troben normes d'àmbit **internacional i europeu** .

En aquesta línia de consolidació i reconeixement descrita cal avançar, per exemple (i sense perjudici de que sigui objecte de desenvolupament a la memòria corresponent), que en matèria de **protecció d'alertadors** i en relació a la pròxima **transposició de la Directiva europea** durant el 2020:

-la Direcció d'Anàlisi va comparèixer, com experta, a la Comissió d'Acció Exterior, Relacions Institucionals i Transparència del **Parlament de Catalunya** davant la ponència redactora de la Proposició de Llei de protecció integral dels alertadors en l'àmbit competencial de la Generalitat, per explicar la seva experiència sobre els mecanismes de protecció i anonimat dels alertadors per evitar que puguin patir represàlies.

- va ser convidada pel **Ministeri de Justícia**, en relació amb el procés legislatiu de transposició de la Directiva (UE) 2019/1937, del Parlament Europeu i del Consejo, de 23 d'octubre de 2019, relativa a la protecció de les persones que informin sobre infraccions del dret de la Unió, per reunir-se¹⁰ amb membres de la comissió especial que ha d'estudiar la dita Directiva i proposar un projecte de Llei que la transposi a l'ordenament jurídic espanyol. Reunió que es va celebrar, telemàticament, el 4 de novembre.

¹⁰ També van assistir els representants de les oficines antifrau que conformen la Xarxa d'Oficines i Agències Antifrau de l'Estat espanyol

**RELACIONADES AMB EL CODI ÈTIC
I DE CONDUCTA DE
L'AJUNTAMENT DE BARCELONA**

4) RELACIONADES AMB EL CODI ÈTIC I DE CONDUCTA DE L'AJUNTAMENT DE BARCELONA

El Codi Ètic i de Conducta (en endavant, el Codi) és una **peça clau del marc d'integritat institucional** de l'Ajuntament de Barcelona.

El Codi és una **disposició normativa general** que neix en compliment del que disposa **l'article 55 de la Llei 19/2014, de 29 de desembre**, de Transparència, Accés a la Informació Pública i Bon Govern, i **recull, com a principis rectors de l'activitat municipal**, els **principis ètics** i els **valors de governança** que han d'informar l'actuació municipal. Regula les **normes de conducta** que, necessàriament, han d'observar les persones a les quals és aplicable, especialment, les destinades a prevenir i gestionar **els conflictes d'interès**. També incorpora normes de conducta concretes en l'àmbit de la **gestió de personal, dels recursos públics i de la transparència**, i estipula pautes de conducta addicionals en **matèria de contractació pública i en l'activitat de foment**. Les **infraccions** de les normes de conducta del Codi es **tipifiquen com a infraccions greus** en matèria de bon govern, estan regulades per la Llei citada i **es sancionen** de conformitat amb les seves previsions. De manera que, el Codi Ètic i de Conducta de l'Ajuntament de Barcelona **no es un cos normatiu merament programàtic**.

El Codi s'aplica en **l'àmbit de l'Ajuntament i a les entitats vinculades o dependents de qualsevol nivell**. Són **persones destinatàries** del Codi les següents: membres electes, comissionats/ades, consellers/eres de districte, titulars o membres dels òrgans de govern de les entitats municipals vinculades o dependents, personal directiu d'ajuntament i equivalent d'aquestes entitats, personal d'alta direcció, titulars de la Secretaria, de la Intervenció General i de la Tresoreria, i el personal eventual.

El Codi **també** s'aplica a les persones que formen part de les **meses de contractació**, les **junes de valoració i els tribunals de selecció**, com a membres d'aquests òrgans i en l'exercici de les funcions que els hi són inherents.

El codi es va **aprovar definitivament** per **acord del Plenari del Consell Municipal**, en la sessió del **30 de juny de 2017**, es va publicar oficialment el 13 de setembre de 2017 i va entrar en vigor al cap de 20 dies.

Procedirem ara a descriure les accions que, en relació al Codi ètic ha desenvolupat la DA, en exercici de les funcions que te atribuïdes. Accions que s'agrupen en **2 blocs** diferents: a) **Formatives, de conscienciació i de difusió** i b) **Verificació de l'adaptació dels codis ètics** de les entitats municipals vinculades o dependents als principis, normes de conducta i sistema de garanties d'aquell.

4.1 Accions Formatives, de conscienciació en matèria de conflicte d'interès i de difusió del Codi

En relació al Codi Ètic i la prevenció en matèria de conflicte d'interès, la Direcció d'Anàlisi, en exercici de les seves funcions, ha portat a terme, durant **el 2018 i 2019**, les següents actuacions:

4.1.1. Es va contactar amb **l'Oficina Antifrau de Catalunya** interessant la seva col·laboració perquè impartís una sèrie **sessions formatives en relació a “la gestió dels conflictes d'interès a les organitzacions”**. Petició que va ser acceptada de manera que es va poder comptar amb la seva total disponibilitat i experiència en la matèria. Aprofitant aquestes sessions **també** es va donar a conèixer i **difondre el Codi Ètic**. Així, s'han portat a terme les accions formatives següents:

- **Adreçades a gerents i personal directiu, Intervenció General, Secretaria General i Tresoreria:**

a) **22-2-2018:** convocades Gerència Ecologia Urbana, IMU/IMPU/Fundació Mies van der Rohe/IMPUIj/BIMSA Convocada la Gerència d'Ecologia Urbana IMU/ IMPU/ IM Fundació Mies Van der Rohe / IMPIJ/BIMSA/BAGURSA .Assistents: 32

b) **14-3-2018** Convocada la Gerència de Presidència i economia / IMH/ Gerència Política econòmica i desenvolupament local / Secretari/ Interventor/ Tresoreria. Assistents: 23

c) **21-3-2018:** Convocades les Gerències de Districte Assistents: 35

d) **19 d'abril de 2018** Convocada la Gerència de Seguretat i prevenció Assistents: 10

e) **27-4-2018** Convocada la Gerència d'Empresa, Cultura i Innovació/ ICUB/ IMMB/ Gerència Drets Socials/ IMSSB/ IMPD/ IMHB/ IMEB/ Gerència Drets de Ciutadania, Participació i Transparència / IBE / Gerència Habitat Assistents: 28

- Sessions **adreçades** als membres de **l'equip de govern, comissionats i membres de l'oposició, als consellers de Districte i al personal eventual:**

a) **05-10-2018.** Membres de l'Equip govern. 11:00-13:30h. Saló de Cròniques. Van assistir 21 persones inclosa l'Alcaldeessa.

b) **18-10-2018.** Membres de l'Oposició. 10:00-13:30 h. Saló Cròniques (malgrat la seva convocatòria i organització a l'últim moment no es va portar a terme per falta d'assistència mínima)

c) **24-10-2018.** Consellers dels Districtes de Ciutat Vella, Sants, Les Corts i Gràcia. 09:30-13:30 h. Sala Barcelona (Av. Diagonal 240, 2a planta) (malgrat la seva convocatòria i organització, a l'últim moment no es va portar a terme per falta d'assistència mínima)

d) **30-10-2018.** Consellers dels Districtes de l'Eixample, Sarrià i Sant Martí. 09:00-13:30 h. Sala Barcelona (Av. Diagonal 240, 2a planta) (malgrat la seva convocatòria i organització, a l'últim moment no es va portar a terme per falta d'assistència mínima)

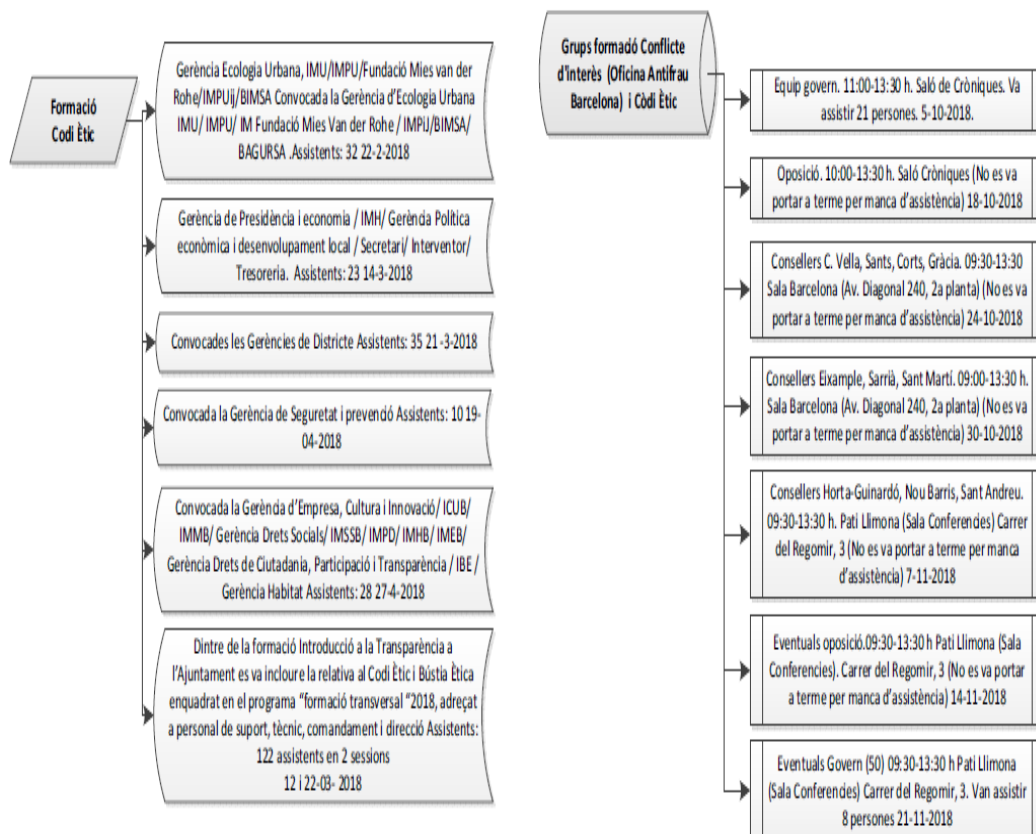
e) **07-11-2018.** Consellers Horta-Guinardó, Nou Barris, Sant Andreu. 09:30-13:30 h. Pati Llimona (Sala Conferències) Carrer del Regomir, 3 (malgrat la seva convocatòria i organització, a l'últim moment no es va portar a terme per falta d'assistència mínima)

f) **14-11-2018.** Eventuals oposició. (malgrat la seva convocatòria no es va portar a terme per falta d'assistència mínima)

g) **16-11-2018:** h Pati Llimona (Sala Conferències). Carrer del Regomir, 3 (malgrat la seva convocatòria i organització no es va portar a terme per falta d'assistència mínima)

h) **21-11-2018.** Eventuals Govern. 09:30-13:30 h Pati Llimona (Sala Conferències) Carrer del Regomir, 3. Van assistir 8 persones.09:30-13:30

Cal assenyalar, que degut al perfil dels destinataris: membres del govern, electes, eventuals, comissionats i consellers de districte no es va poder comptar amb el suport logístic del departament de formació de l'Ajuntament. Motiu pel qual, donat els limitats mitjans de la Direcció, la coordinació de les infraestructures i les convocatòries personals es va portar a terme amb el recolzament material de la Tercera Tinença de Drets de la Ciutadania, Participació i Transparència



4.1.2. Dintre de la formació: **“Introducció a la Transparència a l’Ajuntament”**, es va incloure la **relativa al Codi Ètic**, enquadrat en el programa **“Formació Transversal 2018”**, adreçat a personal de suport, tècnic, comandament i direcció de l’Ajuntament. Es van **celebrar dos sessions**, amb un total de 122 assistents. Les sessions formatives van tenir lloc:

- el 12 març de 2018

- el 22 de març 2018

4.1.3. **PROPOSTA DE FORMACIÓ CONFLICTE D’INTERÈS**. A finals de 2019 es van tornar a mantenir contactes amb l’Oficina Antifrau de Catalunya per poder organitzar unes noves sessions formatives en matèria de conflicte d’interès als membres de **l’equip de govern, comissionats i membres de l’oposició, als consellers de Districte i al personal eventual** degut als canvis operats arrel de les últimes eleccions de 26 de maig de 2019 (la situació sanitària derivada de la COVID-19 va impedir que aquestes jornades es poguessin celebrar durant el 2020).

4.1.4. **Proposta de formació en CODI ÈTIC al Comitè d’Ètica**: En la reunió de treball periòdica que es manté amb el Comitè d’Ètica, concretament en la del dia 15 d’octubre de 2019, es va proposar als seus membres, dintre del marc competencial que els hi és propi, la seva intervenció en les futures formacions que es recomanen pels membres electes, equip de govern i oposició, eventuais, consellers i comissionats, nous gerents i directius. Proposta que va ser plenament entomada per l’òrgan col·legiat. Cal assenyalar que dos dels seus membres són reputats catedràtics d’ètica. De fet, el Comitè va designar al Sr. Norbert Bilbeny, catedràtic d’ètica de la Universitat de Barcelona, com interlocutor a tal efecte. I es van formular propostes relatives al format al qual seria recomanable que aquestes sessions s’ajustessin.

L’objecte de la formació, a més de donar a conèixer el contingut del Codi als seus destinataris, ha de ser, sobre tot, la **consolidació de la cultura ètica i de**

integritat en l'organització i la sensibilització de tot el personal que la integra. El Comitè d'ètica s'ha mostrat plenament conforme amb aquest plantejament. Per això, i per que la experiència passada així ens ho demostra, cal **remarcar la necessitat** de que per aconseguir que les convocatòries tinguin èxit de participació és **fonamental** que totes les activitats formatives que s'organitzin tinguin **el ple recolzament polític** (al màxim nivell) i que així **s'exterioritzi** a tota l'estructura municipal. A més, precisament, perquè la **finalitat del Codi Ètic i de Conducta** de l'Ajuntament de Barcelona, es, com s'ha dit, **enfortir la cultura del compliment i de la integritat** en l'organització és necessari que les sessions informatives i de difusió incloguin a tot el personal municipal i de les entitats vinculades encara que no siguin destinataris directes del mateix.

D'altra banda es recomanable, per que les sessions resultin didàctiques, que siguin dinàmiques, amb exemples pràctics i que les imparteixin especialistes en la matèria (pedagogs, psicòlegs...), de manera que aquestes no siguin una simple explicació del tenor literal del codi, ni un simple tràmit formal que s'ha de passar perquè així ho estableix el Codi.

4.2. Verificació de l'adaptació dels codis ètics de les entitats municipals vinculades o dependents als principis, normes de conducta i sistema de garanties d'aquell.

La **Disposició Addicional Segona del Codi Ètic i de Conducta de l'Ajuntament de Barcelona disposa que** *“Els codis de conducta d'entitats municipals vinculades o dependents han de ser compatibles i conformes amb els principis, les normes de conducta i el sistema de garantia i avaluació que regulen aquest Codi i hauran de comptar amb l'informe favorable del Comitè Ètic”*

En compliment del que disposa la citada **Disposició Addicional Segona del Codi Ètic i de Conducta de l'Ajuntament de Barcelona**, des de la Direcció d'Anàlisi, **s'ha impulsat i articulat** els mecanismes per **verificar l'adaptació dels codis ètics de**

les entitats municipals vinculades o dependents als principis, normes de conducta i sistema de garanties d'aquell. Centrant-nos, en aquesta primera fase, en les societats mercantils de capital 100% municipal que tenien codi ètic propi. Així, la Direcció d'Anàlisi, en exercici de les competències que te reconegudes (en especial en matèria de prevenció), i amb el coneixement i conformitat del Comitè d'Ètica de l'Ajuntament de Barcelona, de qui és el seu òrgan de suport tècnic (en virtut del Reglament de Funcionament Intern del Comitè), va evacuar els corresponents informes previs al respecte que, en tots els casos, han estat ratificats íntegrament pel Comitè d'Ètica.

Al respecte i centrant-nos, com s'ha dit, en les societats mercantils de capital 100% municipal que tenien codi ètic propi, es va procedir:

4.2.1. A analitzar (des de la dita perspectiva) el projecte de Codi Ètic de BARCELONA D'INFRAESTRUCTURES MUNICIPALS S.A. (BIMSA), abans de la seva aprovació pel seu consell d'administració. Fruit d'aquest anàlisi, va evacuar informe previ en data 7-3-2019, advertint de certes incompatibilitats amb el Codi Ètic de l'Ajuntament de Barcelona i proposant mesures per solventar-les. Recomanacions que van ser acceptades i implementades per la mercantil i de les quals es va donar compte al Comitè d'Ètica qui, finalment, va lliurar el preceptiu informe favorable de conformitat amb el que disposa el Codi.

4.2.2. Respecte a la resta de mercantils analitzades que comptaven amb un codi ètic propi es va fer un primer anàlisi i es van evacuar els respectius informes previs sobre cada un d'ells. Informes previs que van ser lliurats al Comitè d'ètica, en la sessió del 27 de maig de 2019 i que va ratificar íntegrament. Els Codis Ètics analitzats són els de les mercantils: BARCELONA CICLE DE L'AIGUA (BCASA)¹¹; MERCADOS DE ABASTECIMIENTOS DE BARCELONA S.S. (MERCABARNA); BARCELONA SERVEIS MUNICIPALS SA (BSM); CEMENTIRIS DE BARCELONA S.A. En tots aquest codis ètics

¹¹ En el cas de BARCELONA CICLE DE L'AIGUA (BCASA) respecte al seu Codi Ètic es va evacuar el 30 de maig de 2019 una Addenda al referit informe previ de 27 de maig. Addenda igualment ratificada pel Comitè d'Ètica.

es van **detectat disfuncions** que **els feien no compatibles** amb el de l'**Ajuntament de Barcelona** **proposant-se mesures** per aconseguir la seva **compatibilitat**. **Cap dels codis ètics** de les referides mercantils **va obtenir l'informe favorable del Comitè d'Ètica respecte a la seva compatibilitat** amb el codi ètic de l'Ajuntament de Barcelona **exigit per la Disposició Addicional Segona del Codi Ètic i de Conducta de l'Ajuntament de Barcelona**.



ACTIVITATS PORTADES A TERME EN RELACIÓ AMB EL COMITÈ D'ÈTICA

5) ACTIVITATS PRACTICADES EN RELACIÓ AMB EL COMITÈ D'ÈTICA

El Codi Ètic regula la creació del Comitè d'Ètica per impulsar la seva efectiva aplicació i fer un seguiment i una avaluació del seu compliment. És un **òrgan de garantia**, encarregat d'orientar les consultes, queixes o reclamacions que puguin suscitar-se **en relació a la interpretació i aplicació del Codi ètic**. De naturalesa **col·legiada i consultiva** és de composició **paritària**, integrat per un màxim de **cinc persones** entre **professionals de reconegut prestigi en l'àmbit de la defensa de l'ètica, la integritat i la transparència públiques**, entre els quals hi ha d'haver dos juristes.

Els seus membres van ser **elegits** mitjançant un **acord** adoptat pel **Ple del Consell Municipal**, després d'haver estat sotmesos els **candidats** a una **sessió pública de "hearing"**, i **nomenats per Decret d'Alcaldia de 17 de maig 2018**, per a un mandat de **cinc anys**, que pot ser renovat per cinc anys més.

Els membres originaris del Comitè d'ètica van ser: Sr. Norbert Bilbeny García; Sra. Ma Dolors Feliu Torrent; Sr. Josep Joan Moreso Mateos; Sra. Teresa Freixas Sanjuán i Sr. Robert Rubió Ochoa. El Sr. Antoni Bosch Carrera fou nomenat com a membre del Comitè d'Ètica de l'Ajuntament de Barcelona, per Decret de l'Alcaldessa, de 7 de febrer de 2019, en substitució de la Sra. Teresa Freixas Sanjuán per renúncia d'aquesta última, formalitzada en data 31 de desembre de 2018.

El seu **Reglament Intern de Funcionament** ha estat **publicat**, al Butlletí Oficial de la Província de Barcelona, **el 25 de febrer de 2019**.

En relació al Comitè d'ètica, **la Direcció d'Anàlisi**, en exercici de les seves funcions, ha tingut un paper rellevant en el procés **seguit** des del **nomenament** dels seus membres fins a la seva efectiva **posada en marxa** i funcionament. Es detallen, continuació, totes les accions portades a terme al respecte (abordant tant els

aspectes jurídics com els de gestió i organització). Procés que es desgrana en les següents actuacions de naturalesa logística, informàtica i jurídica:

- | **Assistència** de la Direcció de Serveis d'Anàlisi a la **sessió de HEARING** celebrada per escollir els membres del primer Comitè d'Ètica.
- | Gestions relatives a la determinació i **reserva de l'espai** destinat a la celebració de les sessions de treball periòdiques del Comitè d'Ètica. Finalment la Sala de Treball del Comitè es va situar al Palau Foronda.
- | **Coordinació** amb el President de la Junta Arbitral i la Direcció de Serveis d'Anàlisi del **calendari de les sessions** a celebrar per part del Comitè d'Ètica, atès que la Sala del Palau Foronda és compartida.
- | Reunions diverses en la Direcció de Serveis d'Anàlisi amb Secretaria General per **adequar els models a emplenar per part dels membres del Comitè d'ètica sobre** la declaració d'incompatibilitats i declaració de béns patrimonials. Assessorament individual de les circumstàncies de cadascun dels membres integrants del Comitè d'Ètica. Recepció i comprovació corresponent dels diferents models i lliurament d'aquests a la Direcció de Serveis de Secretaria per la seva posterior remissió a la Secretaria General.
- | **Preparació, estudi i redacció de la clàusula de confidencialitat** que els membres del Comitè d'Ètica, havien de signar en el moment de presa de possessió del càrrec. Això: a) en compliment de l'article 16.2 del Codi ètic i de conducta de l'Ajuntament de Barcelona que imposa el deure de secret, reserva i confidencialitat de la informació a la que accedeixin en el exercici dels seus càrrecs i de les dades personals de les que tractin i b) per imposició dels deures de reserva, secret i confidencialitat de les dades i informació rebuda a través de la bústia Ètica i de Bon Govern d'acord amb les seves normes reguladores.

L'esmentada clàusula de confidencialitat **inclou sis compromisos a mes de la previsió relativa a les responsabilitats i rescabaments que es puguin derivar de danys i perjudicis per possibles incompliments sense**

perjudici de les sancions que legalment procedeixen. Després de la corresponent sessió informativa sobre el contingut i abast jurídic de la referida clàusula, aquestes van ser **signades per cada un dels membres del Comitè** com a mostra de la seva conformitat.

- I **Proposta d'esmena de l'error material** en la transcripció dels noms dels membres del Comitè d'Ètica que consten al Decret d'Alcaldia de 17 de maig de 2018 així como el nomenament per substitució d'un nou membre del Comitè d'Ètica davant de la renúncia d'un d'ells. **Seguiment i posterior notificació** a cadascun dels membres del Comitè.
- I Participació de la Direcció de Serveis d'Anàlisi, en col·laboració amb la Direcció d'Estratègia i Nous Projectes – IMI Seguretat, en el **disseny i elaboració d'un canal digital de comunicació "segur"** entre la **Bústia Ètica i els membres del Comitè**. Un canal digital que, **garantint els requisits de confidencialitat i secret exigits tant a la Direcció de Serveis d'anàlisi com als membres del Comitè permet la interacció d'ambdós òrgans amb la màxima reserva** en aquells **supòsits d'alertes o comunicacions** sobre presumptes **infraccions del Codi Ètic** en les que l'òrgan col·legiat és el competent per emetre la corresponent recomanació previ anàlisi i investigació de l'òrgan gestor de la Bústia ètica (d'acord amb el Codi ètic, les Normes reguladores de la Bústia ètica i de bon govern i el Reglament de funcionament intern del Comitè d'ètica). I en especial, en aquelles comunicacions que tenen entrada a través de la Bústia Ètica.

Fruït d'aquesta col·laboració es va crear **l'Entorn segur de la Bústia ètica i canal de comunicació amb el Comitè d'Ètica**. Aquest entorn segur és un **espai protegit d'intercanvi de fitxers entre els membres de la Direcció d'Anàlisi com a òrgan gestor de la Bústia ètica i els membres del Comitè**. Les seves característiques són: -Sense accés a correu; sense accés a internet; sense la funcionalitat de copy/paste entre estació física i estació virtual; sense possibilitat d'impressió; hi ha una estructura de carpetes on accedeixen a la informació que prèviament l'òrgan gestor de

la Bústia ètica ha desat; també hi ha una estructura de carpetes on el comitè podrà crear documents; traçabilitat de les lectures i escriptures, software: Kleopatra, Acrobat Reader (PDF) i Llibre Office; Login amb password d'un sol ús (OTP) i Encriptació de la unitat de treball D.

També, per tal d'assegurar que només l'usuari autoritzat utilitza l'estació virtual assignada, s'ha implementat un sistema de doble factor d'autenticació pel qual, un cop validat l'usuari i la contrasenya es demana la introducció d'un token (número de sis xifres) generat amb el programa Google Authenticator.



- I Es va **coordinar, en relació al “canal segur”** una **formació específica** per tots els **membres del Comitè** d'Ètica per explicar aquesta interfície, atès el grau de complexitat i de coneixements específics que comporta la seva utilització. Que va **impartir** membres de la **Direcció d'Estratègia i Nous Projectes – IMI Seguretat**.

Així mateix, durant les citades sessions formatives es van instruir als membres del Comitè en relació a les necessàries **recomanacions i prevencions** sobre **seguretat** en l'estació; correu electrònic; paraules de pas i navegació per Internet.

- I La Direcció de Serveis d'Anàlisi ha elaborat una **proposta de Reglament intern de funcionament del Comitè d'Ètica** que una vegada finalitzada va **sotmetre a la consideració del Comitè** sent objecte de debat

a les sessions celebrades el 19 de desembre de 2018 i 21 de gener de 2019. **Després** d'aquestes reunions amb els seus membres es van **valorar aspectes concrets** com: l'elecció de la/el secretari, la durada de l'exercici del càrrec i la rotació i la forma de repartiment dels assumptes. Una vegada **consensuat per tots els membres del Comitè** el seu contingut es **va donar trasllat a la Comissió de Presidència del Consell Municipal per la seva aprovació**, en compliment del que disposa l'últim paràgraf **de l'article 15.6 del Codi Ètic**. A tal efecte, es van elaborar, així mateix, **els informes corresponents i es va fer el seguiment de la tramitació administrativa**. El **Reglament va ser aprovat el 13 de febrer de 2019**, sent **publicat** al Butlletí de la Província, el 25 de febrer de 2019. Consta d'una part relativa a Disposicions Generals; una altre a Organització i la última a Funcionament.

Aquest **Reglament** es una **peça importantíssima** ja que **completa l'estatut jurídic i el procediment d'actuació del Comitè** perfeccionant el seu funcionament intern en la part no desenvolupada pel Codi ètic.

El **Reglament també** constitueix un **engranatge** més de la **corretja transmissora que l'uneix el Comitè amb la Direcció d'Anàlisi** i a més **va donar resposta a una situació que no s'havia previst jurídicament** fins aquell moment: els possibles supòsits de **conflicte d'interès (inclús els aparents)** en que la **Direcció d'anàlisi** es pogués trobar, especialment pel que fa a les **causes d'abstenció o recusació**, previstes als articles **23 i 24 de la Llei 40/2015, de 1 d'octubre**, de Règim Jurídic del Sector Públic **en relació: per un costat, a les exigències de confidencialitat i secret tant en la gestió de les comunicacions com de la identitat dels alertadors (de cara a garantir la seva indemnitat imposades per les NRBE)** i de les persones contra las que aquestes es dirigeixen i per l'altra, amb la garantia de **independència funcional** predicada al seu article 25.

Supòsits d'abstenció que, per exemple, es poden suscitar davant la possible amistat o relació preexistent tant amb la persona del

comunicant o de la persona a la que es refereix la comunicació i que solament es podrien elevar o posar en coneixement, per la seva valoració, desvetllant la identitats d'aquelles i la confidencialitat de les dades. Per això **el reglament estableix que serà el Comitè d'Ètica qui resoldrà** aquests supòsits al estar vinculats els seus membres pel deure de secret i confidencialitat i ser un òrgan independent i imparcial.

Així **l'article 19 del Reglament** estableix que *“El Comitè d'Ètica s'encarregarà de resoldre els supòsits d'abstenció i/o recusació de la/el titular de la Direcció d'Anàlisi atenent a l'obligació de confidencialitat i al principi de màxima reserva que li imposen en exclusiva la normativa reguladora de la Bústia ètica i de bon govern sobre les comunicacions que coneixerà aquesta Direcció. Motiu pel qual també s'encarregarà de resoldre les causes d'abstenció i/o recusació en aquells supòsits que afectin a tots els membres de la Direcció d'Anàlisi inclòs/inclosa el/la seu/seva titular. Seran causes d'abstenció i/o recusació les establertes en els articles 23.2 i 24 respectivament de la Llei 40/2015 de règim jurídic del sector públic, així com quan concorrin les causes que poden originar conflictes d'interessos (reals, potencials i aparents) per part del personal d'aquesta Direcció i que podria comportar una afectació a la imparcialitat i a l'objectivitat, requisits necessaris per resoldre les comunicacions d'acord amb la normativa reguladora de la Bústia ètica i de bon govern. En aquest supòsits s'encarregarà el Comitè d'efectuar la corresponent recomanació.”*

En aquest sentit, recordar, que el Comitè **ja s'ha pronunciat sobre sis supòsits d'abstenció** plantejats des de la **Direcció d'Anàlisi** que s'han confirmat en la seva total integritat.

Tanmateix, estableix el Reglament que **la Direcció de Serveis d'Anàlisi s'encarrega de donar suport i assistència al Comitè d'Ètica; així com de gestionar i vehicular els requeriment que efectuï el Comitè als diferents**

òrgans municipals i de verificar el seu seguiment (art 20) . Àdhuc d'elaborar les **propostes de informes sol·licitats al Comitè d'Ètica pels diferents òrgans de l'Administració Municipal** en relació als principis i els valors ètics així com a les normes de conducta, que han d'observar els destinataris del Codi en l'exercici de les funcions i competències que tinguin atribuïdes.

De igual manera, la Direcció de Serveis d'Anàlisi s'encarrega d'elaborar:

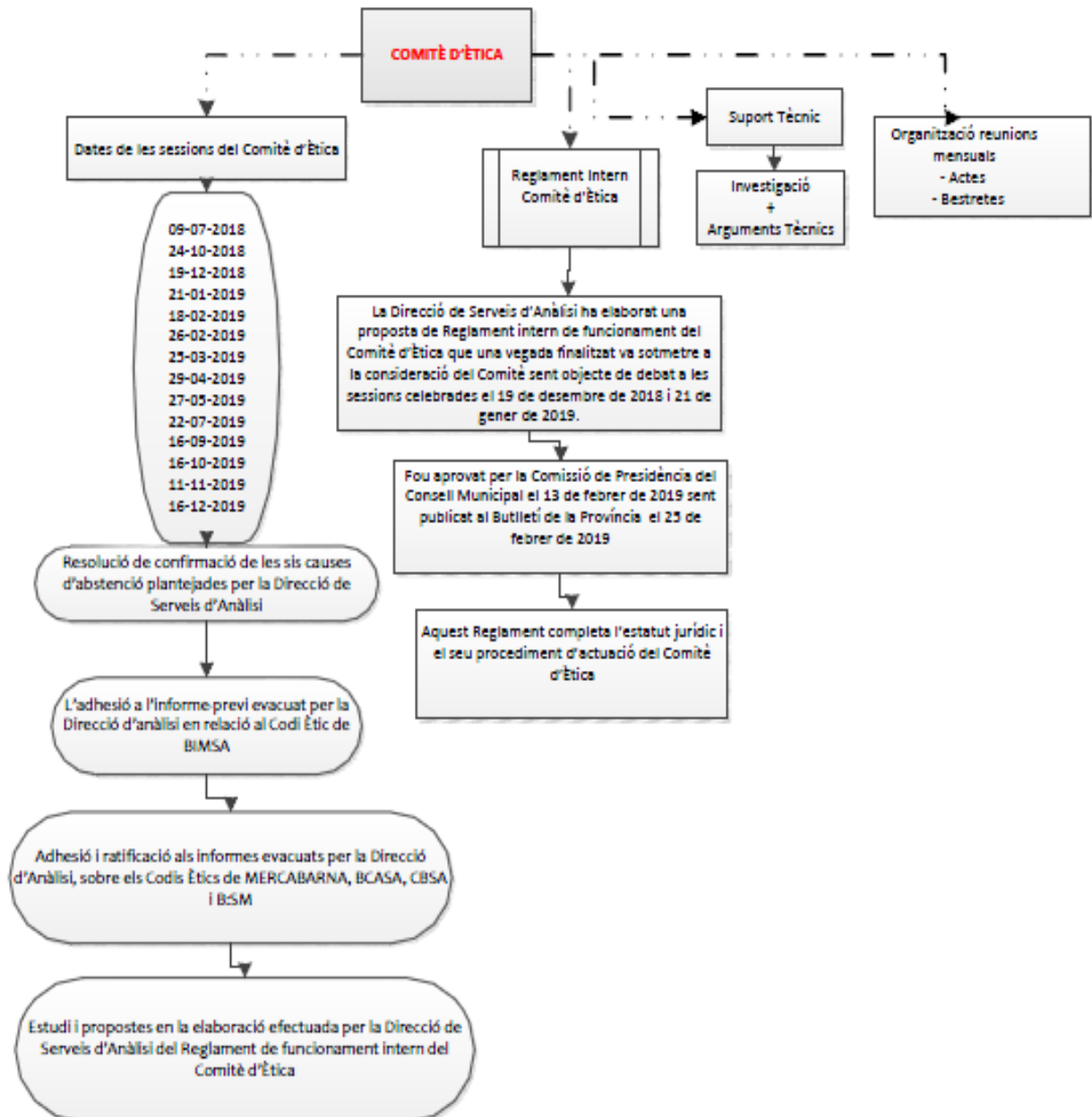
- a) **l'informe de valoració sobre l'admissibilitat o no de la comunicació,**
- b) la comprovació i/o investigació de les comunicacions de les que hagi de conèixer el comitè per raó de la matèria, així com l'anàlisi jurídic que procedeixi. A tal efecte elaborarà la corresponent **Recomanació-informe de remissió al Comitè d'Ètica** a fi que el Comitè formuli la corresponent recomanació.
- c) Formular **els requeriments adreçats al comunicants** per tal d'ampliar la **informació** dels fets descrits en les seves comunicació o bé perquè aportin indicis objectius de prova;
- d) El **trasllat** (mitjançant l'oportuna diligència) de la **comunicació o alerta al subjecte al que presumptament se li atribueix la conducta** reprovable als efectes de que en tinguin coneixement i si ho considera oportú presenti al •legacions al respectes;
- e) **redactar la Proposta d'ordre del dia** de les sessions de Treball periòdiques del Comitè;
- f) **Assistència a les sessions de treball del Comitè** per informar i **despatxar** els assumptes que s'han de tractar en les sessions corresponents
- g) **Gestió i manteniment de l'arxiu relatiu als expedients generats per l'activitat del Comitè i de la documentació que es vagi generant.** Instruint de l'estat de la tramitació de les comunicacions de la seva competència quan així es requereixi.

- h) **Tramitació de l'expedient comptable** per la tramitació de dietes del Comitè
- i) **Support tècnic jurídic i contacte continuu** als membres del Comitè en els termes de l'article 14 *in fine* del reglament a través de l'entorn informàtic segur.
- j) **Support per l'elaboració de la memòria anual** de l'activitat del Comitè per la seva remissió al Consell Municipal (art 16,h del Codi)
- k) **Elaborar els Informes previs sobre l'adaptació** o no als principis, les normes de conducta i el sistema de garantia del **Codi ètic i de conducta** de l'**Ajuntament de Barcelona** de cada un dels codis de conducta de les **entitats municipals vinculades o dependents** d'acord amb el que disposa la seva Disposició Addicional Segona. Informe previ del que es dona trasllat al Comitè als efectes del que disposa la referida Disposició Addicional.
- l) **Estudi i anàlisi de les necessitats de formació** a tota l'administració municipal i en especial, a les persones a les quals els hi és d'aplicació el Codi. De manera que el Comitè pugui complir les funcions formatives establertes a l'apartat c) de l'article 16 del Codi.

El **9 de juliol de 2018** va tenir lloc la **primera sessió de treball** del Comitè al Palau Foronda. Des d'aquella data **fins el 31 de desembre de 2019** s'han celebrat **14 sessions** més. En concret, els dies: 09-07-2018; 24-10-2018; 19-12-2018; 21-01-2019; 18-02-2019; 26-02-2019; 25-03-2019; 29-04-2019; 27-05-2019; 22-07-2019; 16-09-2019; 16-10-2019; 11-11-2019 i 16-12-2019. A les que també assisteixen dos membres de la DA. Durant la reunió del 26 de febrer de 2019 es va canalitzar el primer contacte i presentació dels membres del Comitè d'Ètica i els del Consell Assessor per a la Transparència.

Amb el impuls de la Direcció d'Anàlisi, **des d'aquella data fins el 31 de desembre de 2019** el **Comitè d'ètica**, entre d'altres accions, ja ha formulat **8 Recomanacions**. I, com ja s'ha dit, ha **ratificat els informes-previs** evacuat per

la Direcció d'anàlisi en relació al Codi Ètic de **BIMSA**, **Mercados de Abastecimientos de Barcelona, S.A (MERCABARNA)**; **Cicle de l'aigua de Barcelona, S.A (BCASA)**; **Cementiris de Barcelona, S.A (CBSA)** i **Barcelona Infraestructures Municipals (B:SM)** en sessió de 27 de maig de 2019



**ACTIVITATS DE PREVENCIÓ:
RECOMANACIONS I PROGRAMES
DE COMPLIMENT NORMATIU.
COMPLIANCE**

6) ACTIVITATS DE PREVENCIÓ: RECOMANACIONS I SISTEMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIU. COMPLIANCE

Dintre d'aquest apartat descriurem les accions portades per la DA a l'àmbit de la Prevenció, englobant-les en dos grups. En un es farà referència a les consideracions i mesures de millora proposades per la DA al llarg de les 139 Recomanacions que ha redactat durant aquest dos anys. I, a l'altra es detallaran las accions realitzades en relació als programes de compliment normatiu o compliance.

6.1.- RECOMANACIONS. EXTRACTE PER MATÈRIES DE LES ACTUACIONS I MESURES DE MILLORA PROPOSADES PER LA DIRECCIÓ D'ANÀLISI al llarg de les 139 RECOMANACIONS ELABORADES DURANT EL 2018 I 2019

Com ja s'ha anunciat, es passarà a continuació a presentar **un breu apunt sobre les actuacions i mesures de millora proposades** per la Direcció d'Anàlisi en les **139 recomanacions elaborades** durant el 2018 I 2019 i que vindran agrupades per **matèries**.

D'aquesta manera es pretén **recalcar** la important **finalitat preventiva** (mes que reactiva) de la **Bústia Ètica** al configurar-se com una autèntica **eina de detecció de riscos** de possibles **males pràctiques** o de comportaments corporatius (col·lectius o individuals) irregulars o contraris a dret o a principis ètics o de bon govern. A tal efecte, s'han **extractat les principals actuacions, propostes i mesures de millora** elaborades per la Direcció d'Anàlisi en relació a cada una de les **matèries** de les que ha conegut (contractació, funció pública, subvencions...) així com de les **argumentacions jurídiques** en que aquelles es sustenten. Extracte, que, degut a la seva extensió, es recull **a l'Annex 1** d'aquesta memòria, per tal de facilitar la seva lectura i al qual ens remeten.

D'aquesta manera, també es vol donar compliment de **l'article 19,1 de les NRBE** ("Publicitat i accés a la informació") en quan disposa la publicació al portal de transparència de l'Ajuntament de Barcelona de: la relació de les conductes

investigades, les propostes efectuades i, en especial, les mesures proposades per eliminar eventuais conductes contràries a l'ordenament jurídic i als principis o regles ètiques i de bon govern. Publicació que es realitzarà tan bon punt aquell estigui habilitat a tal efecte.

El Preàmbul de les Normes Reguladores de la Bústia ètica i de bon govern, senyalen que els valors i principis ètics, les regles de conducta que miren de tutelar l'ús correcte dels recursos públics, la resolució adequada dels conflictes d'interès, l'objectivitat i neutralitat de la gestió pública i el principi d'igualtat són valors molt rellevants en l'exercici de les competències municipals senyalant, en especial, els temes de: **contractació pública; funció pública; activitat de foment i ordenació urbanístiques**. I aquesta classificació serà la que s'observarà, afegint un cinquè apartat, mes genèric, que englobarà la **resta** de matèries tractades durant aquests anys (dret d'accès, bilingüisme, expedients d'inspecció, habitatge, tributs i Bon govern).

En cada una de les referides matèries es recullen les consideracions i les argumentacions jurídiques mes rellevants i finalment es ressenya la recomanació dictada o mesura de millora proposada però també s'afegeix un apartat corresponent al "**seguiment**" en el que es descriu el nivell de implementació d'aquella. Considerem que aquest últim apartat gaudeix, així mateix, d'una important significació per valorar l'impacte de les actuacions de la DA i el grau d'acceptació en l'organització.

Una visió ràpida de l'apartat "**Seguiment**¹²" mostra l'elevat **grau d'acceptació** de les recomanacions proposades. En aquest sentit, i sense perjudici de la lectura íntegra de l'Annex 1, a manera **d'exemple**, es poden **ressenyar alguns supòsits** com que arrel d'unes de les subvencions investigades per la DA, la Intervenció General de l'Ajuntament la ha inclòs dins del **control financer** i ha acordat la realització d'una **auditoria completa dels darrers anys de totes les subvencions concedides per**

¹² Segons informació remesa pels diferents òrgans i departaments municipal afectats.

l’Ajuntament de Barcelona, els seus Instituts i EPE’s a l’entitat subvencionada. Resultat de la qual podrà ser rellevant als efectes dels **possibles reintegraments** que, en favor de l’Ajuntament, es puguin derivar. També que respecte a tres **convocatòries per l’accés a la funció pública** els Tribunals qualificadors van “**assumir**” les recomanacions fetes per la DA en relació **al còmput de mèrits**. O que, en relació a un **procés selectiu per l’accés a la funció pública** en la que estaven convocades 300 places **també el Tribunal qualificador** arrel de la investigació portada a terme per la DA **va acceptar les propostes** fetes i es va donar trasllat al Ministeri Públic. Així mateix, en matèria de **contractació**, també arrel **d’una investigació** de la DA la **Intervenció General de l’Ajuntament** ha procedit a l’exercici 2019 a realitzar una **auditoria específica sobre la contractació de l’Institut Municipal afectat** (encara en tràmit) . També com ja s’ha dit ha hagut un **trasllat a l’Autoritat Catalana de la Competència** i altres a **l’oficina Antifrau de Catalunya**.

6.2. PROGRAMES DE COMPLIMENT NORMATIU. SISTEMES DE COMPLIANCE

En exercici de les funcions de prevenció que te encomanades la Direcció d’Anàlisi ha començar a abordar el tema dels models de compliment normatiu o programes de “compliance” en l’àmbit municipal. I, dintre d’aquesta iniciativa, ha engegat algunes mesures amb la intenció d’anar desenvolupant-les durant els pròxims anys.

Així, als efectes preventius:

a) Societats mercantils públiques

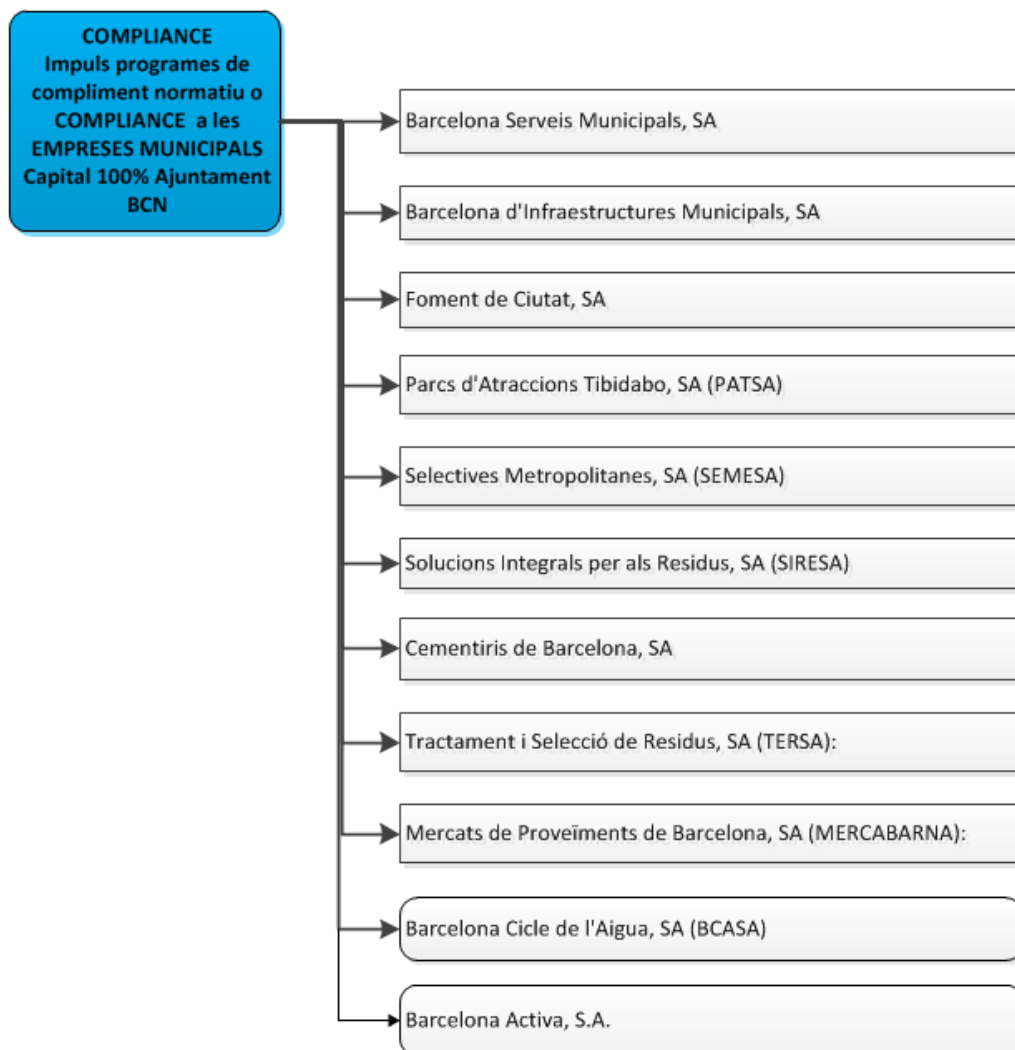
S’ha intentat blindar els **possibles riscos de incompliment normatiu** a la vista de l’extensió de la **responsabilitat penal** a les **societats mercantils públiques** que **l’article 31 quinquies del Codi Penal** (introduït per Llei Orgànica 1/2015 per la que es modifica la Llei Orgànica 10/1995, de 23 de novembre, del Codi Penal) **en relació al 31 bis** d’aquell cos normatiu ha introduït i amb **l’objecte de promoure una**

verdadera cultura ètica en l'organització (en els termes establerts en la Circular 1/2016 de la Fiscalia General de l'Estat sobre la responsabilitat penal de las persones jurídiques conforme a la reforma del Codi Penal, i la postura del Tribunal Suprem – per totes Sentencia del Tribunal Suprem de 154/2016 de 29 de febrer-). Per això, des de la Direcció d'Anàlisi, amb el recolzament de la Tercera Tinença, es va **impulsar i articular mecanismes** per **verificar l'estat de implementació** de programes de compliment normatiu o sistema de gestió de **compliance**, centrats en aquesta primera fase, en les **societats mercantils de capital íntegrament municipal o de participació majoritàriament municipal** (no es pot oblidar, en aquest sentit, que peces clau d'un sistema de compliment normatiu o compliance són tant els codis ètics com els canals de comunicació/informació).

Això, per tal de **fomentar les conductes preventives sobre les reactives**, garantir la satisfacció de l'interès general en la gestió pública, **impedint conductes contràries a dret**, i a la bona administració dels recursos públics, a la vegada que per **evitar o minimitzar els perjudicis de caràcter reputacional** (entre d'altres, com els econòmics) i l'impacte negatiu en la **confiança ciutadana** que per l'Ajuntament de Barcelona podria comportar la **possible imputació penal o condemna** d'algunes d'elles **per falta o per deficient implementació** d'aquest. Procés **iniciat a l'agost de 2018** i es perllonga durant el 2019.

En tal sentit, es **va recavar** de les citades empreses **informació** al respecte, en concret de: Barcelona Serveis Municipals, SA (**BSM**); Barcelona d'Infraestructures Municipals, SA (**BIMSA**); Foment de Ciutat, SA; Parcs d'Atraccions Tibidabo, SA (**PATSA**); Selectives Metropolitanas, SA (**SEMESA**); Solucions Integrals per als Residus, SA (**SIRESA**); Cementiris de Barcelona, SA: Tractament i Selecció de Residus, SA (**TERSA**); Mercats de Proveïments de Barcelona, SA (**MERCABARNA**), **Barcelona Activa S.A.** i Barcelona Cicle de l'Aigua S.A. (**BCASA**). I es va completar amb **l'estudi dels codis ètics** de les mercantils que s'havien dotat d'ell, extrem que ja s'especifica als dos apartats precedents.

A la vista de la informació rebuda es va **constatar** un **desenvolupament desigual** en la implementació del sistema de compliment normatiu, així, mentre **unes el tenien formalment implementat**, altres estaven **en vies de gestació i desenvolupament** i en altres mancaven de **qualsevol iniciativa al respecte**. En aquests moments està **en fase d'anàlisi la documentació rebuda i d'establir els canals de suport** que puguin ser necessaris pels objectius descrits. Resultats que alerten i **evidencien** una preocupant situació que s'ha de revertir no solament per evitar els greus **riscos** d'incompliment i de possibles repercussions de naturalesa penal per aquestes empreses i per l'Ajuntament sinó també per reforçar el paper **exemplificant** que han de tenir les Administracions públiques.



b) **Contractació**

També s'ha intentat abordar els sistemes de compliance en relació a la contractació pública, donat que la **Llei 9/2017**, de 8 de novembre, de **Contractes del Sector Públic** positivitza el **principi de integritat**, com un principi essencial de la contractació pública, en el seu **article 1.1.** , a la vegada que estableix a l'**art. 64.1 l'obligació dels òrgans de contractació** de “..tomar las **medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses..**”.

En aquesta línia i dintre de les competències reconegudes en l'àmbit de la prevenció, la Direcció d'Anàlisi també va **plantejar** a la Direcció de Coordinació de Contractació de l'Ajuntament la **possible inclusió** als plecs de contractació municipals de **clàusules** relatives a:

- | Que, en determinats tipus de contractes, les **empreses que contractin** amb l'Ajuntament estiguin dotades d'un sistema de compliment normatiu penal (**compliance**) en els termes establerts a l'article 31 bis del Codi Penal
- | Que les empreses que contractin amb l'Ajuntament facin, al menys, una declaració responsable conforme no estan o han estat condemnades per delictes que comporti prohibició de contractar. Iniciativa que ve motivada per la inexistència actual d'un **Registre d'antecedents penals de les persones jurídiques** i a que aquesta circumstància excedeix de l'abast de la declaració responsable genèrica de no estar incurs en les causes de prohibició de l'article 71 del citat cos normatiu.

Segons comunicació de la Direcció de Coordinació de Contractació de 18 de març de 2019, es va donar compte en el pla de contractació de 2019, i s'està col·laborant amb la dita Direcció per concretar aquesta iniciativa.

ASSESSORAMENT I INFORMES EVACUATS PER LA DIRECCIÓ D'ANÀLISI A REQUERIMENT D'ALTRES ÒRGANS

7) ASSESSORAMENT I INFORMES EVACUATS PER LA DIRECCIÓ D'ANÀLISI A REQUERIMENT D'ALTRES ÒRGANS EN MATÈRIES QUE LI SÓN PRÒPIES

En l'exercici de les seves funcions cal referenciar, així mateix, les actuacions **d'assessorament i redacció d'informes** evacuats per la Direcció d'Anàlisi a **requeriment d'altres òrgans municipals en matèries que li són pròpies**. En aquest sentit s'han incoat 27 trasllats mes. Entre d'altres, cal fer referència als següents informes:

- I Informe evacuat el 6 de juliol de 2018, en seu de l'expedient informatiu incoat en compliment del Decret d'Alcaldia de 2 de febrer de 2017 sobre fets relacionats amb la investigació judicial que va comportar l'actuació policial a l'empresa municipal "Barcelona Infraestructures Municipals, SA" (BIMSA), i en particular, als procediments de contractació tramitats per aquesta empresa, als efectes de determinar la normativa de contractació i proposar l'adopció de mesures correctives o de millora que de l'anàlisi es poguessin determinar. En aquest expedient va ser nomenada Instructora l'anterior Directora d'Anàlisi i secretària una lletrada de la Direcció d'Anàlisi. L'informe final va ser elaborat per la citada Lletrada de la Direcció d'Anàlisi en col·laboració amb la Interventora Delegada i la Directora de Gestió de Control i amb el recolzament de l'actual Directora d'Anàlisi.

- I "INFORME EN RELACIÓ A L'ACTA DE LIQUIDACIÓ PROVISIONAL EVACUADA EL 28 DE FEBRER DE 2018, EN SEU DE LES ACTUACIONS PRÈVIES NÚM. 112/17, DEL TRIBUNAL DE COMPTES, INCOADES ARREL DE LA DENUNCIA PRESENTADA PER BARCELONA REGIONAL AGENCIA DE DESENVOLUPAMENT URBÀ". Informe elaborat conjuntament amb la

Interventora Delegada i la Directora de Control de Gestió i lliurat, el 2 d'abril de 2018

- | Informe sobre els fets relacionats amb la constitució, per l'AMB, juntament amb la mercantil SOCIEDAD GENERAL DE AGUAS DE BARCELONA S.A. d'una societat mixta (SEM) per a la prestació del servei de gestió del cicle integral de l'aigua en l'àmbit de l'AMB. Lliurat a instàncies de la Gerència de Recursos

- | “Informe sobre el requisit de la independència com element vertebrador de les Oficines, òrgans o ens que tingui encomanada la funció de vetllar per la integritat, el bon govern, i la lluita davant conflictes d'interessos o qualsevol altra pràctica contrària al dret i a les bones pràctiques.” Evacuat el 1 de març de 2018.

- | “INFORME SOBRE LA NECESSITAT DE COMPROVAR L'EFECTIU COMPLIMENT DEL QUE ESTABLEIXEN LA Disposició Addicional Segona i la Disposició Transitòria primera del Codi Ètic de l'Ajuntament de Barcelona respecte a les societats mercantils de capital íntegrament municipal o de participació majoritàriament municipal així com la CONVENIÈNCIA de confirmar que aquestes compten amb un programa de compliment normatiu o sistema de gestió de COMPLIANCE per tal de fomentar les conductes preventives sobre les reactives i de garantir una bona gestió pública impedit les conductes contràries a Dret, a l'ètica i als valors com l'honestedat, el respecte, el predomini dels interessos generals i la bona administració dels recursos públics i d'evitar o minimitzar els perjudicis de caràcter reputacional (entre d'altres com els econòmics) i l'impacte negatiu en la confiança ciutadana que per l'Ajuntament de Barcelona podria comportar la possible imputació penal o condemna d'algunes d'elles per falta o deficient implementació d'aquest”. Elaborat el 24 d'agost 2018 i adreçat a la Tercera Tinença d'Alcaldia en aquella data.

- | “Informe sobre el requisit de la independència com element vertebrador de l'Oficina per a la Transparència i Bones Pràctiques de l'Ajuntament de Barcelona i dels òrgans gestors dels canals de comunicacions/denúncies en la mesura que tenen encomanades la funció de vetllar per la integritat, el bon govern i la lluita davant conflictes d'interessos o qualsevol altra pràctica contrària al dret i a les

bones pràctiques “. Evacuat a petició de la Tercera Tinença d’Alcaldia de Drets de Ciutadania, Cultura, Participació i Transparència i de la Gerència de Recursos el 24 de maig de 2019 i al que es va adherir el Comitè d’Ètica en sessió 27 de maig de 2019

- I “Informe evacuat en seu d’unes diligències informatives, en el marc d’un procés de selecció. Sol·licitud d’auxili de la Gerència de Recursos Humans acordada per Resolució del Gerent de Recursos Humans i Organització de data 25 de setembre de 2019. S’ha informat que arrel dels indicis detectats es va donar trasllat dels fets al Ministeri Fiscal.

PLANTILLA DE LA DIRECCIÓ D'ANÀLISI

8) PLANTILLA DE LA DIRECCIÓ D'ANÀLISI

La plantilla de la Direcció d'Anàlisi des de l'1 de gener de 2018 fins al 31 de desembre de 2019 la conformen tan sols **quatre llocs de treball** tots a ocupar per funcionaris de carrera¹³. Si bé, com es detallarà mes endavant, durant gaire bé **5 mesos del 2019** solament es va poder comptar amb els serveis efectius de **3 persones**. Aquestes places corresponen a:

- una Directora que es va incorporar (mitjançant un procés de selecció de lliure designació amb concurrència pública) efectivament al desembre de 2017 cobrint la plaça de l'anterior directora que va quedar vacant al juny d'aquell any.

- dos Lletrades: que es van incorporar, mitjançant concurs, una a l'octubre de 2016 i una altra al setembre de 2017.

- i una Suport que es va incorporar, mitjançant concurs, al maig de 2017 i va cessar per excedència a l'agost de 2019. La vacant va ser coberta el 4 de novembre d'aquell any.

Com és de veure, **malgrat** que la Bústia Ètica va entrar en **funcionament** el **17 de gener de 2017**, la Direcció d'Anàlisi **no** va comptar amb un **suport administratiu fins** el mes de **maig** (al respecte, i només centrant-nos en les seves funcions d'òrgan gestor de la bústia cal recordar que el número de **comunicacions** que van entrar i s'havien de gestionar, per aquell canal aquell any va ascendir a **478** a les que es van **sumar** les **21** que es van rebre per altres vies) i la plaça de la **segona lletrada** no es va cobrir **fins** a finals de **setembre** d'aquell any. Aquestes circumstàncies van tenir una greu **repercussió** en l'enorme **pendència** d'assumptes amb el que es va començar el

¹³ Al 2018, durant uns mesos, es va contar amb el suport d'un funcionari interí lligat a l'acumulació de feines derivada d'un dels encàrrecs que es va fer a la Direcció d'Anàlisi per part d'altre òrgan municipals.

2018 doncs la **única lletrada** de la Direcció, fins que va arribar el reforç administratiu, va haver **d'assumir també aquestes labors administratives** que havia de compaginar amb les que eren pròpies de la seva categoria i nivell.

Respecte a la necessitat d'un suport administratiu assenyalar que si aquest ja es fonamental en qualsevol departament que tingui un fluxe mínim d'activitat ho és mes quan aquest "fluxe d'activitat" genera un volum ingent de documentació e informació que s'ha de gestionar, conservar i actualitzar. I encara ho és més si s'ha de gestionar un instrument com la Bústia amb els requeriments de seguretat i confidencialitat que exigeix (encriptació de documents.¹⁴..) i no es compta amb un gestor documental apropiat com ja s'ha explicat amb detall en els anterios apartats.

Així les coses indicar que la Direcció d'Anàlisi **va tornar a estar sense aquest suport administratiu** durant gaire be **3 mesos al 2019**, concretament des del 9 d'agost (últim dia de treball efectiu de la primera suport administrativa) fins el 4 de Novembre, data en que es va incorporar (després de superar el preceptiu procés selectiu –concurs-) el nou suport, encara que els dispositius informàtics necessaris per poder realitzar la seva feina no van estar enllestit fins gairebé un mes més tard. A més aquesta última incorporació es va fer **sense** que existís un **procés de traspàs del coneixement** amb el trastorn que això implica quan es treballa amb un instrument tan singular i amb uns requeriments tècnics i de seguretat tan específics com és la Bústia i la gestió de tota la informació que arrel d'ella es conforma i gestiona. De manera que, en la pràctica les Lletrades i la directora van haver d'entomar, una altra vegada, les funcions administratives i de gestió en detriment del temps que hauria d'estar destinat al desenvolupament de les veritables tasques encomanades: el foment de la integritat i la prevenció i les bones pràctiques. A tal efecte s'ha de tenir en compte que **sense perjudici de les comunicacions d'altres anys** (453 comunicacions) que encara estaven **en tràmit** es van **afegir les 357 del 2019**, i a aquesta gestió, encara s'ha de **sumar l'ampli ventall d'actuacions** portades

¹⁴ Ens remetem aquí a l que s'ha explicat al respecte en apartats precedents

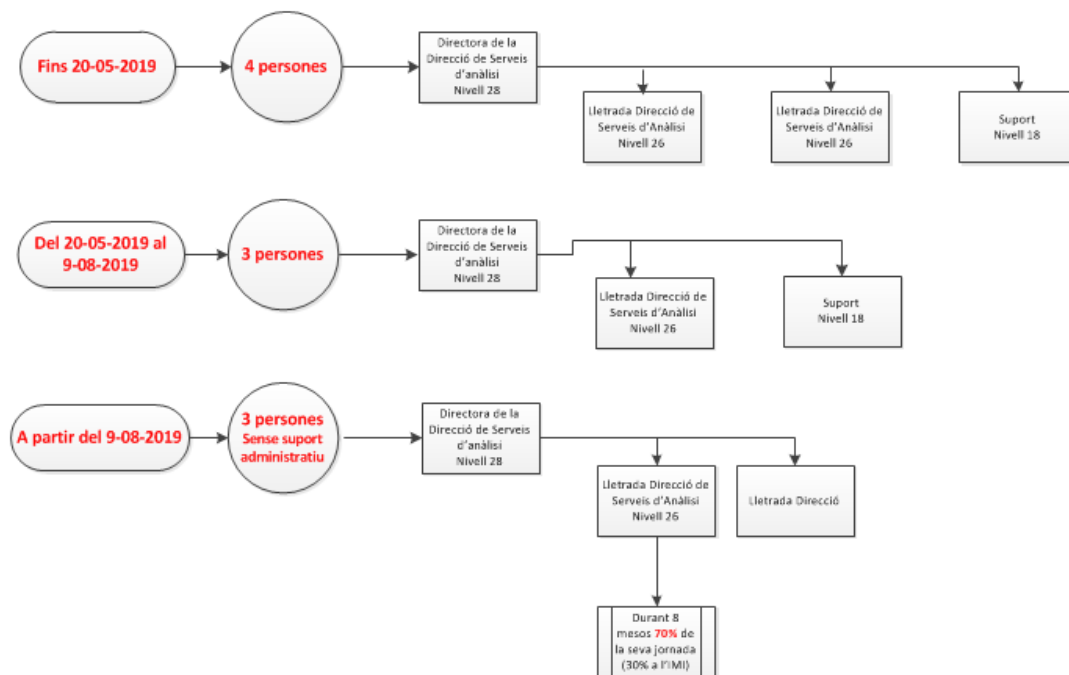
a terme per la DA en compliment de les funcions que te encomanades i que s'han detallat en aquesta memòria.

No obstant, és d'obligada referència dir que la carència d'aquest traspàs de coneixement es va veure una mica mitigada: a) per un costat, per la inapreciable col·laboració de la nostra anterior suport, qui, abans de marxar va deixar a disposició de la Direcció, un manual que va elaborar fora de la seva jornada de treball amb totes les possibles incidències de gestió administrativa i procediments de la Direcció (del que continuem, a finals del 2020, bevent) a la vegada que va oferir el seu ajut pels dubtes que es poguessin presentar i b) per l'altra per l'inestimable acompanyament i tutelatge que va prestar la Lletrada amb mes antiguitat en la Direcció i amb mes experiència en la gestió de l'eina (això sí, amb la conseqüent incidència en l'enorme càrrega de feina que ja suportava).

Però **a mes** d'aquests 3 mesos del 2019 sense cap suport administratiu la Direcció d'Anàlisi durant **mes de 2 mesos** (des de 20 de maig fins el 9 d'agost) **tampoc** va poder comptar amb **una** de les seves dues **Lletrades** al causar, aquesta, **baixa mèdica**.

Incidència a la que es va **sumar** el que, a partir del mes de setembre i a petició de L'institut Municipal d'Informàtica l'**altra de les Lletrades** de la Direcció va haver de **dedicar** gairebé el **50% de la seva jornada laboral al** nou projecte de **gestor documental** de la Bústia (ens remetem aquí al que ja s'ha dit al respecte més a dalt) assumint el rol de Product owner,¹⁵ (que es el rol que correspon una persona del equip com a responsable del software). Situació que s'allargarà durant tot el 2020.

¹⁵ Ens remetem aquí al que s'ha dit al respecte en l'apartat relatiu al Gestor Documental-Bústia Ètica



A partir de l'1-11-2019: 4 persones - Directora - 2 Lletrades - Suport

A la vista de la conjuntura descrita, cal recordar el que ja es va dir respecte a les **càrregues de feina** que suporta la plantilla a l'apartat 2.1 al qual ens remetem. Resultant, de igual manera significatiu: el fet que al **2018 la ratio d'assumptes (només de Bústia) per Lletrada** va ser de **336 comunicacions** (xifra resultant de dividir el total de comunicacions gestionades durant aquell any, es a dir 673 entre 2), a les que **s'han d'afegir les 357 comunicacions¹⁶** que van entrar al 2019 de manera que aquella ratio d'assumptes per lletrada del 2018 **ascendeix al 2019 a 405 per lletrada**. **Sobrecàrrega** a la que s'han **d'afegir**, de cara a la tramitació i gestió de les citades comunicacions, les **incidències de personal** d'aquell any que s'han descrit (**falta de suport administratiu durant 3 mesos i d'una de les dues lletrades durant 2 mesos**) i, a més tot el ventall d'actuacions que dintre del seu marc competencial ha te assignades i ha desenvolupat la Direcció de Serveis d'Anàlisi durant aquests anys tal i com queda recollit en els apartats precedents. Situació que inevitablement ha tensionat a la plantilla.

¹⁶ Número d'entrada de comunicacions que sense acabar el 2020 ja s'ha superat, al estar, a 15 de desembre en les 375)

Com s'ha dit les mancances de mitjans ja es reflectien a la Memòria de l'any 2016-2017 i així consta reconegut en reiterades ocasions tant per responsables polítics com gerencials (es cita, per exemple, la Comissió de Presidència, Drets de Ciutadania, Participació i Seguretat i Prevenció, del 18 d'abril de 2018 i a la Comissió de Presidència, Drets de Ciutadania, Participació i Seguretat i Prevenció, del 16 de maig de 2018. Ens remetem, en tal sentit, a les actes aixecades a l'efecte). També el Comitè d'ètica s'ha pronunciat al respecte en diferents ocasions.

Per això, s'ha **de posar en valor** novament la **vocació de servei i dedicació** de tots els **membres** que integren l'equip de la **Direcció d'Anàlisi** i **també** dels que la van integrar en el passat i **ja no hi són**. Doncs ha estat la seva compromesa concepció de servei públic la que ha possibilitat que la Direcció d'Anàlisi hagi pogut tirar endavant amb solvència dintre de l'organització municipal i prestar els serveis que te normativament encomanats i que respecte a la Bústia Ètica a finals de 2019 (malgrat totes les incidències descrites) la **pendència d'assumptes** en **tràmit** a 31 de desembre de **2019 fos, de 551** . Pendència que s'ha aconseguit **minorar durant el 2020 situant-nos en 226 assumptes** (malgrat que aquest any també s'han hagut de tramitar i gestionar les comunicacions recepcionades i que ja, a 15 de desembre, superen les de l'any anterior 357) amb un **81,44%** d'assumptes **finalitzats** dels anys anteriors a aquella data.

Però, aquesta vocació de servei i aquesta dedicació de l'equip que conforma i ha conformat la DA no pot suplir les obligacions i responsabilitats de l'Administració Municipal respecte a les **necessitats de dotació**¹⁷ d'un servei d'aquesta naturalesa. Un servei vinculat a la integritat i el bon govern que va tenir el valor de implementar dintre de la seva pròpia estructura. Anticipant-se no únicament a altres administracions sinó també a Europa en tant que la Directiva Europea, també coneguda, "de protecció a l'alertador", es va aprovar a l'octubre de 2019 (és a dir gairebé 3 anys després de que entrés en funcionament la bústia). Directiva que imposa la creació de canals d'alertes, comunicacions o denúncies a totes les entitats

¹⁷ Amb vistes al 2021 s'ha començat a activar el procés de dotació de la plantilla de la DA

del sector públic inclosos els municipis (a menys que, els Estats membres, en el moment de la seva transposició, estimin la exclusió d'aquells que tinguin menys de 10.000 habitants o 50 treballadors).

CONSIDERACIONS I PROPOSTES

9) CONSIDERACIONS I PROPOSTES

La informació recollida en aquesta memòria posa de manifest la **consolidació** de la Direcció d'Anàlisi en la organització municipal. Consolidació a la que ha **coadjuvat** tant **l'enfortiment de la Bústia Ètica** i de Bon Govern com la creació i posada en marxa del **Comitè d'Ètica** (del qual la DA és el seu òrgan de suport tècnic). Peces fonamentals, aquestes dues, del **marc d'integritat de l'Ajuntament de Barcelona**. Consolidació a la que, igualment, ha **contribuït** el desenvolupament de la **resta de funcions** que la DA te encomanades per aplicació de l'article 26 de les NRBE, entre d'altres, la de caràcter preventiu.

L'elevadíssim nombre de comunicacions rebudes a la bústia posa de manifest la **prevalença del seu ús** com a **canal principal** per formular les comunicacions de conductes irregulars, contaries a dret o als principis ètics i de Bona Governança, així com la **importància de l'anonimat** com a **eina essencial de protecció dels alertadors** o comunicants. La qual cosa també permet afirmar la **necessitat**, l'eficàcia i, sobretot la credibilitat i el **reconeixement** de l'eina.

Reconeixement que ha transcendit l'àmbit de l'Ajuntament, com posa de manifest **l'enorme interès** que la Bústia Ètica i de bon Govern de l'Ajuntament de Barcelona ha despertat **en altres administracions i Institucions Públiques** d'àmbit **autonòmic** i de l'estat **espanyol**. Des de la seva posada en marxa ha estat ja **replicada i implementada** per: **l'Oficina Antifrau de de Catalunya**, la **Agència de Prevenció i Lluita contra el Fraud i la Corrupció de València**, la **Generalitat de Catalunya**, **l'Ajuntament de Lleida**, **l'Ajuntament de Terrassa** i han signat el corresponent protocol a tal efecte: **l'Agència de Prevenció i Lluita contra el Fraud i la Corrupció de les Illes Balears**, **l'Àrea Metropolitana de Barcelona** y la empresa pública **Ferrocarriles de la Generalitat de Catalunya** (aquests últims al 2020). També el **Consello de Contas de Galicia** la ha incorporat a nivell intern i el **"Buzón de Colaboración"** de la **Comissió Nacional del Mercat i de la Competència -CNMC-**, se inspira en ella. A data d'avui altres institucions y municipis han mostrat el seu interès en utilitzar aquesta tecnologia.

En aquesta línia, també cal destacar l'**interès acadèmic i professional** que ha suscitat la **Bústia** com evidencien les invitacions a participar en seminaris i jornades organitzades a l'àmbit universitari i per associacions professional (especialment en l'àmbit del compliance) per explicar l'experiència de la Bústia i de tot el que suposa en el àmbit de la integritat, el bon govern i la prevenció de la corrupció, el frau o les conductes contràries a l'ordenament jurídic o als principis ètics i de bona governança així com en matèria de **protecció d'alertadors o "whistleblowers"**. I en aquest sentit, també s'ha de fer referència als **requeriments d'informació** que, com a òrgan de prevenció i gestor de un canal de alertas o comunicacions, han practicat organismes de l'estat espanyol com l'Oficina Independent de Revisió i Supervisió de la Contractació (OIRESCON) i el Servicio Nacional de Coordinació Antifrau (SNAC-òrgan estatal de col·laboració amb l'Oficina Europea de Lluita contra el Fraude), en la mesura en que aquests reporten els seus informes a la **Comissió Europea** i a l'**Oficina de Nacions Unides** contra la Droga i el Delicte (UNODC), respectivament.

I es que no pot oblidar-se, que la Bústia Ètica, és una **eina capdevantera** tant en matèria de prevenció com de protecció dels possibles informants o alertadors al facilitar les comunicacions anònimes a traves de la **xarxa tor**. Pionera no només a Catalunya sinó també a Espanya i a Europa. I va ser l'Ajuntament de Barcelona, en col·laboració amb la plataforma ciutadana Xnet, un dels seus creadors i la primera Administració Pública en implementar un mecanisme com aquest. Circumstància que reforça la **reputació** de la Institució.

Una altra fita que ha vingut a refermar la Bústia ha estat, indubtablement, la **Directiva** (UE) 2019/1937 del Parlament Europeu i del Consejo, de 23 d'octubre de 2019, relativa a la **protecció de les persones que informen sobre infraccions del Dret de la Unió**, publicada al 26 de novembre de 2019 el Diari Oficial de la Unió Europea i la seva imminent **transposició abans del 17 de desembre de 2021**. En la mesura en que en el seu article 8 es preveu la implementació de **canals d'alertes** a totes les entitats jurídiques del sector públic i entre elles els **municipis**.

D'altra banda i pel que respecta al **Comitè d'ètica** destacar que ha estat durant aquest període 2018-2019 que s'han **nomenat** els seus **membres** i s'ha desenvolupat el procés fins a la seva efectiva **posada en marxa** i funcionament en el qual, la DA ha exercit una paper significatiu com a òrgan de suport tècnic i de gestió. Procés de posada en marxa que **culmina** amb **l'aprovació del Reglament Intern de funcionament del Comitè, el 13 de febrer de 2019**. Doncs, és partir d'aquest moment que el Comitè, ja amb tots els instruments jurídics necessaris, va entrar en **ple funcionament** amb l'enorme transcendència que aquest fet suposa per l'afermament del marc d'integritat municipal.

Àdhuc s'han de considerar des del punt de vista de la prevenció i amb l'objectiu de consolidar la cultura ètica i de compliment dintre de l'organització les **accions formatives** portades a terme durant aquests anys en matèria de **Codi ètic i conflicte d'interès**. A les que s'ha d'afegir l'actuació desplegada en relació als programes de compliment normatiu (**compliance**) tant: a) respecte a la verificació d'aquests programes en les **mercantils amb capital municipal** el desenvolupament de les quals suposa un repte pels propers anys a fi d'aconseguir la efectiva regularització de la situació amb el compliment dels estàndards fixats a l'article 31 bis del Codi Penal en relació al 31 quinquies del dit cos normatiu; com b) en **matèria contractual**, a l'empara del que disposa l'article 64 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de Contractes del Sector Públic en relació al seu article 1 en la mesura en que recull expressament el principi d'integritat en la contractació pública.

Respecte a les **tasques relatives a l'obligació de vetllar per la indemnitat** dels possibles comunicants, cal dir que fins aquest moment **no s'ha detectat ni comunicat cap** cas que hagi requerit el seu desplegament. **L'anonimat** permès per la Bústia ha estat fonamental en aquest sentit (doncs, no hi ha millor instrument per la defensa dels comunicants o alertadors ara per ara que l'anonimat degut a les **limitacions** que en tal sentit mostra el **nostre ordenament jurídic i que esperem que siguin saldades amb la transposició de la Directiva 2019/1937**, del Parlament Europeu i del Consejo, de 23 d'octubre de 2019). Però, sí que es fa precís detallar els protocols d'actuació necessaris davant una possible situació de risc. Objectiu que

s'haurà d'entomar amb la màxima urgència i que degut a les càrregues de feina suportades encara no s'ha abordat. D'altra banda també es fa necessari determinar i concretar les facultats i els mitjans que s'atribueixen efectivament a la Direcció d'Anàlisi per poder complir amb aquesta delicada i fonamental obligació de protecció. En aquest àmbit cal senyalar el **paper actiu de la DA** durant aquest període que porta a que en el 2020 hagi comparegut davant la Comissió d'Acció Exterior, Relacions Institucionals i Transparència del **Parlament de Catalunya** davant la ponència redactora de la Proposició de Llei de protecció integral del alertadors en l'àmbit competencial de la Generalitat, i hagi estat convidada pel **Ministeri de Justícia**, en relació amb el procés legislatiu de transposició de la Directiva (UE) 2019/1937, del Parlament Europeu i del Consejo, de 23 d'octubre de 2019, relativa a la protecció de les persones que informin sobre infraccions del dret de la Unió per reunir-se¹⁸ amb membres de la comissió especial que ha d'estudiar l'esmentada Directiva i proposar un projecte de Llei que la transposi a l'ordenament jurídic espanyol.

Però pel degut desenvolupament de totes aquestes tasques la **DA precisa una dotació de mitjans tècnics i humans apropiada** de la que ha mancat des de la seva creació com posa de manifest, amb dades totalment objectives, el contingut de la Memòria. De fet i malgrat l'increment de funcions que va suposar l'aprovació de les NRBE la DA ha mantingut la seva plantilla originària. No pot oblidar-se que si el servei no es nodreix dels mitjans (humans i materials) suficients i especialitzats com per poder desenvolupar els objectius pels que va ser creat (entre d'altres, la d'emetre les recomanacions de bones pràctiques imprescindibles per prioritzar la prevenció i facilitar a l'organització municipal, a temps, les respostes a les consultes que planteja sobre bon govern i integritat així com la de fomentar la formació en una cultura del compliment i la prevenció) es pot córrer el risc de ferir les expectatives i la confiança ciutadana generada amb els costos reputacionals en que es podrien incórrer.

¹⁸ També van assistir els representants de les oficines antifrau que conformen la Xarxa d'Oficines i Agències Antifrau de l'Estat espanyol

Ens remetem aquí a les dades numèriques relatives a la gestió i tramitació de les comunicacions (un total de 1.030 ¹⁹comunicacions) d'aquest 2018 i 2019 a les que s'ha d'afegir la càrrega de feina derivada de la gestió i suport del Comitè d'ètica i l'exercici de la resta de funcions que la DA te atribuïdes.

No obstant això, és important remarcar que malgrat les dificultats tècniques i de gestió i de la minsa dotació humana de la Direcció d'Anàlisi **s'ha pogut realitzar la totalitat d'actuacions descrites en aquest informe** i, en concret, pel que respecta al específic exercici de les funcions relatives a la gestió de la bústia ètica s'han arribat als resultats detallats a l'apartat 2 de la Memòria. Resultats que posen de manifest, per una banda, l'elevat volum de comunicacions que la Direcció d'Anàlisi ha tractat durant aquests anys, i, per l'altra l'elevadíssim ritme de treball seguit pels seus membres en la gestió i resolució de les mateixes.

PROPOSTA DE PROPERS PASSOS PER IMPULSAR EL SISTEMA D'INTEGRITAT: RECURSOS, PROPOSTES D'ACCIONS,

Amb l'objectiu de impulsar el Sistema d'Integritat Municipal, esquemàticament es proposa culminar, amb els mitjans adequats, el camí iniciat:

-en relació al procés de dotació de la Direcció d'Anàlisi perquè aquesta pugui desenvolupar les seves funcions amb plenes garanties i respondre a les expectatives i confiança ciutadana evitant que es pugui posar en tela de judici la seva actuació i la càrrega reputacional que, en cas contrari, es podria derivar per a la institució.

- reforç de les actuacions de **formació, promoció i difusió de la Bústia Ètica i del Codi Ètic** amb el suport imprescindible de les dependències municipals que tenen aquestes funcions. Valorant-se positivament el fet d'haver introduït un tema relatiu a la Bústia Ètica i al Codi en els temaris d'oposicions de 2018.

-**culminar l'impuls** de la implementació de **programes de compliment normatiu "compliance"** en totes les mercantils de capital públic municipal.

¹⁹ 1.030 comunicacions resultat de sumar les que a data 1 de gener de 2018 van quedar en tramitació dels anys anteriors, (374) més les que van tenir entrada al 2018 (unes 299) i al 2019 (357).

- culminar el procés de anàlisi respecte a la possible inclusió en els plecs de determinats **contractes** de l'Ajuntament de clàusules relatives a que les empreses que contractin amb ell tinguin un sistema de compliance. Igual que les empreses que reben determinades subvencions.

- establir **mapes de riscos** de l'organització i programes per abordar-los.

- **Publicació** de les recomanacions formulades per la Direcció d'Anàlisi i pel Comitè d'Ètica en el portal de transparència com determina l'article 19 de les NRBE.

- **Fomentar la relació** amb la resta de departaments, unitats i districtes així com de les entitats vinculades. Consolidant la col•laboració que ja s'està materialitzant amb alguns d'ells a dia d'avui (Direcció de Coordinació de contractació, Síndicatura de Greuges i amb una especial menció a la Intervenció General ...).

- Consolidar la imatge exterior de **l'Ajuntament de Barcelona** com una **administració** pionera i **compromesa** en matèria de **integritat pública i en prevenció** així com en matèria de **protecció d' alertadors** o whistleblowers. Amb un paper destacat en la transposició de la directiva europea de protecció de persones que denunciïn infraccions del dret de la Unió.

Barcelona a 23 de desembre de 2020

Rosa M^a Sánchez Sánchez
Direcció de Serveis d'Anàlisi
Ajuntament de Barcelona

ANNEX I

RECOMANACIONS EN MATÈRIA DE CONTRACTACIÓ

RECOMANACIONS EN MATÈRIA DE CONTRACTACIÓ

I. PRINCIPIS RECTORS DE LA CONTRACTACIÓ PÚBLICA

PRINCIPI D'INTEGRITAT

L'article 1 de la LCSP regula els principis de la contractació pública, concretament en l'art. 1.1 estableix que *“Aquesta Llei té per objecte regular la contractació del sector públic, a fi de garantir que s'ajusti als principis de llibertat d'accés a les licitacions, publicitat i transparència dels procediments, i no-discriminació i igualtat de tracte entre els licitadors; i d'assegurar, en connexió amb l'objectiu d'estabilitat pressupostària i control de la despesa, i el principi d'integritat, una utilització eficient dels fons destinats a la realització d'obres, l'adquisició de béns i la contractació de serveis mitjançant l'exigència de la definició prèvia de les necessitats que s'han de satisfer, la salvaguarda de la lliure competència i la selecció de l'oferta econòmicament més avantatjosa”*.

A diferència de l'art. 1.1 del text refós de la Llei de contractes del sector públic aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, el vigent art. 1.1 incorpora com a nou principi d'aplicació la integritat. Aquest principi persegueix garantir la coherència i la rectitud de l'actuació dels càrrecs i empleats públics amb els valors, principis i normes que guien la seva activitat i la orientació a les finalitats públiques evitant qualsevol influència indeguda d'interessos personals en les decisions polítiques que posi una desviació de l'interès general.

Essencialment, la integritat recull les polítiques dirigides a prevenir les circumstàncies generadores de les situacions de risc, conflictes d'interessos, en l'actuació de l'administració pública, i una eina per evitar les pràctiques de corrupció.

La integritat es consolida, per tant, en la LCSP com un principi de contractació pública que ha d'inspirar en tot el procés, des de la seva fase inicial fins l'execució del contracte, mitjançant quatre pilars de conformitat amb la doctrina jurídica: la transparència, la bona gestió, la prevenció de males conductes i els conflictes d'interès; i el control i la rendició de comptes.

a) Transparència

La transparència és un dels eixos claus en aquest canvi de cultura que estableix noves maneres de relació entre l'Administració i la ciutadania.

D'acord amb l'art. 2.a) de la Llei 19/2014 de 29 de desembre de transparència, accés a la informació pública i bon govern (LTBG), la transparència es defineix com *“l'acció*

proactiva de l'Administració de donar a conèixer la informació relativa als seus àmbits d'actuació i les seves obligacions, amb caràcter permanent i actualitzat, de la manera que resulti més comprensible per a les persones i per mitjà dels instruments de difusió que els permetin un accés ampli i fàcil a les dades i els facilitin la participació en els assumptes públics.”

Aquesta regulació entén la transparència com una obligació a càrrec de l'Administració, que ha de facilitar de manera proactiva –és a dir, sense necessitat de demanda expressa– la informació sobre dades i continguts de diversa naturalesa que són referencials respecte de la seva organització, funcionament, presa de decisions més importants i la gestió dels recursos públics.

La gestió transparent de la contractació pública com a política horitzontal, permet explicar a la ciutadania la gestió de recursos públics i ben practicada es converteix en la principal eina per una gestió íntegra i més professionalitzada.

b) L'expressió bon govern o bona administració

És entesa com l'administració honesta i recta de la gestió pública, que ha obtingut el rang legislatiu amb l'entrada vigor de la LTBG, i es contempla com un conjunt de principis d'actuació que pretenen reforçar el comportament ètic de les autoritats públiques. L'art. 2. d) de la LTBG defineix el bon govern com *“els principis, les obligacions i les regles sobre la qualitat dels serveis i el funcionament de l'Administració, i els principis ètics i les bones pràctiques d'acord amb els quals han d'actuar els alts càrrecs de l'Administració, els càrrecs directius i la resta de personal al servei de l'Administració, amb l'objectiu que aquesta funcioni amb la màxima transparència, qualitat i equitat, i amb garantia de retiment de comptes.”*

Les mesures legals establertes en favor de la integritat i el bon govern busquen la garantia de les decisions públiques siguin acordades amb l'ordenament jurídic, directament dirigides a la preservació dels interessos generals i l'evitació d'un aprofitament fraudulent per els interessos privats en el context de les preses de decisions.

En la mesura en que la corrupció té una de les seves principals fonts en la mala administració relacionada amb la gestió dels recursos públics i en especial amb la contractació pública, establir mesures destinades a preveure o evitar les males pràctiques (l'opacitat, abús de les adjudicacions, la influència d'interessos privats, parcialitat, manca de motivació, plecs fets a mida per algun dels candidats) és una tasca essencial en l'administració pública.

c) Resolució de les situacions de conflicte d'interès

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

Es distingeixen tipus de conflicte d'interès: el conflicte d'interès real, el potencial i l'aparent. Recollint expressament la menció a aquest últim a l'art. 64 LCSP:

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

d) Responsabilitat de les autoritats i empleats públics

També és generalitzat mitjançant l'expressió *accountability*, centrada en la rendició de comptes i el control en relació amb les pràctiques derivades de la contractació pública i d'altres àmbits d'activitat administrativa. A diferència dels conflictes d'interès que operen fonamentalment com a mecanisme preventiu de la corrupció, i per tant, *ex ante*, la rendició de comptes seria a posteriori per controlar l'objectiu de la integritat.

PRINCIPI D'IGUALTAT DE TRACTE DELS LICITADORS I LLIURE COMPETÈNCIA

El principi d'igualtat, i lliure competència es troben regulats a l'art. 132 LCSP en el qual s'especifica que: *“Els òrgans de contractació han de donar als licitadors i candidats un tractament igualitari i no discriminatori i han d'ajustar la seva actuació als principis de transparència i proporcionalitat”*.

La LCSP exposa en l'art. 132.2 que *“La contractació no s'ha de concebre amb la intenció d'eludir els requisits de publicitat o els relatius al procediment d'adjudicació que correspongui, ni de restringir artificialment la competència, afavorint o perjudicant indegudament determinats empresaris”*.

Finalment s'exposa en l'art. 132.3 que *“Els òrgans de contractació han de vetllar en tot el procediment d'adjudicació per la salvaguarda de la lliure competència”*.

D'aquest articulat es desprèn que el principi d'igualtat de tracte implica, no només la fixació de condicions no discriminatòries per accedir a una licitació, sinó també que els òrgans de contractació han d'adoptar les mesures necessàries per garantir l'exercici d'aquesta activitat durant tot el procediment de contractació.

El principi d'igualtat de tracte dels licitadors té per objectiu afavorir el desenvolupament d'una competència sana i efectiva entre les empreses que participen en una contractació pública, imposa que tots els licitadors disposin de les mateixes oportunitats al formular els termes de les seves ofertes e implica, per tant, que aquests estan sotmeses a les mateixes condicions per tots els licitadors. És per això que el principi de transparència té essencialment per objecte limitar el risc de favoritisme i arbitrarietat per part de l'entitat adjudicatària, i evitar la pràctica de xarxes clientelars (STJUE de 16 de setembre de 2013).

D'altra banda l'obligació de salvaguardar la lliure competència es troba recollida en l'exposició de motius de LCS, legislació vigent en aquell moment, i que en la seva part dispositiva es regula a l'art. 1 i a l'art. 132 LCSP. Concretament, en l'apartat 2 d'aquest últim s'indica que *“la contratación no será concebida con la intención de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda, ni de restringir artificialmente la competencia, bien favoreciendo o perjudicando indebidamente a determinados empresarios”*.

En aquesta línia els poders adjudicadors estan obligats a observar i vetllar per l'observança dels principis competitiu tant en el disseny com en el desenvolupament dels seus procediments de contractació a fi que permeti que els operadors econòmics interessats en participar en el procediment de contractació accedeixin a les licitacions en condicions de plena competència. Raó per la qual el poder adjudicador haurà d'estar contínuament en vigilància davant de l'aparició d'indicis que puguin revelar la presència de pràctiques anticompetitives entre les empreses licitadores.

RECOMANA

Que es doti d'un instrument eficaç per poder analitzar l'actuació de les empreses licitadores respecte a la contractació pública municipal amb l'objectiu d'identificar possibles irregularitats o pràctiques susceptibles d'incórrer en competència deslleial d'aquestes empreses.

PRINCIPI DE TRANSPARENCIA

L'aplicació efectiva dels principis de transparència permet una gestió més eficient dels fons públics i d'una gestió transparent compatible amb el dret a una bona administració i a la cultura d'una bona governança.

En matèria de contractació pública, el principi de transparència ha estat regulat pel Tribunal de Justícia de la Unió Europea (STJUE de 16 de setembre de 2013) en relació a la seva vinculació al principi d'igualtat, resultant que el principi de transparència és considerat el corollari del principi d'igualtat.

La transparència es dona compliment amb la publicació en el perfil del contractant de la documentació necessària per presentar-se a una licitació, i així està establert en l'art. 63 de la LCSP, que és del següent tenor: “3. En el cas de la informació relativa als contractes, s'ha de publicar almenys la informació següent: a) La memòria justificativa del contracte, l'informe d'insuficiència de mitjans en el cas de contractes de serveis, la justificació del procediment utilitzat per a la seva adjudicació quan s'utilitzi un procediment diferent de l'obert o del restringit, el plec de clàusules administratives particulars i el de prescripcions tècniques que hagin de regir el contracte o documents equivalents, si s'escau, i el document d'aprovació de l'expedient.”

En un altre ordre de consideracions, d'acord amb l'Informe 3/2018 de la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat, amb l'objecte de reforçar la finalitat de la norma, va considerar convenient recomanar que es deixi constància en l'expedient de contractació de quines han sigut les persones i membres del seu personal (intern o extern) que han participat efectivament en la redacció dels plecs tècnics. Entenent que la participació engloba tant la intervenció efectiva en la confecció dels plecs i documentació tècnica, com la realització d'instruccions o observacions d'obligat compliment concret en els plecs.

RECOMANA

D'acord amb l'art. 63.3 citat que indica uns mínims respecte a la informació que s'hauria de publicar, és necessari que l'òrgan gestor de la contractació la publiqui a fi de reforçar la transparència i seguretat de la contractació pública i evitar els conflictes d'interessos en l'actuació dels membres de la mesa.

PROCÉS DECISORI EN MATÈRIA DE CONTRACTACIÓ PÚBLICA: ZONA DE RISC DE PRÀCTIQUES FRAUDULENTES

A l'àmbit de la contractació pública la normativa permet espais en els que la discrecionalitat administrativa és pertinent i necessària, i per tant es reconeix un marge d'apreciació que s'aconsegueix mitjançant un procés decisor, que tingui en consideració les especificitats de les funcions dels diferents òrgans, i mitjançant una aplicació efectiva de la normativa, permetrà obtenir la rendició de comptes.

RECOMANA

Recorda que el risc de possibles males pràctiques es pot trobar en aquest procés decisor, perquè és on es poden adoptar les decisions incorrectes, i per tant, produir els abusos de poder. Cal aprofundir en aquesta nova manera d'enfocar el procés decisor en l'expedient de contractació, i procedir a la seva reconfiguració.

SITUACIONS DE CONFLICTE D'INTERÈS

- A) Normativa d'aplicació dels fets objecte de la comunicació: Reial Decret Legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic (TRLCSP)²⁰

La Directiva 2014/24 en el seu art. 24 regula específicament els conflictes d'interès, referint-se a situacions de conflicte d'interès real, potencial o percebudes que afectin al personal del poder adjudicador o dels prestadores de serveis contractats que intervenen en el procediment i a membres de la direcció del poder adjudicador de contractació pública encara que no participi oficialment.

Els conflictes d'interès reals, possibles o percebuts tenen un elevat potencial per influir indegudament les decisions de contractació pública, i posar en perill el principi d'igualtat de tracte dels licitadors, “que tiene por objetivo favorecer el desarrollo de una competencia sana i efectiva entre las empresas que participan en un contrato público, y obliga a que los licitadores tengan las mismas oportunidades en la redacción de los términos de sus ofertas e implica, por lo tanto, que tales ofertas estén sujetas a los mismos requisitos para todos los licitadores (STJUE de 12 de març de 2015)”.

Al respecte remetem a l'apartat 114 i 115 de la Sentència del Tribunal General de 20 de març de 2013 en el qual s'especifica que:

“114: Según la jurisprudencia, la facultad de un licitador de influir en las condiciones de licitación en un sentido que le sea favorable, aunque sea involuntariamente, es

²⁰ Per ser la normativa vigent aplicable als fets comunicats

constitutiva de una situación de conflicto de intereses. A este respecto, el conflicto de intereses rompe la igualdad de trato entre los candidatos y la igualdad de oportunidades entre los licitadores (sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de marzo de 2005, Fabricom, [C-21/03 y C-34/03](#), [Rec. p. I-1559](#), apartados 29 y 30, y sentencia del Tribunal General de 17 de marzo de 2005, AFCon Management Consultants y otros/Comisión, [T-160/03](#), [Rec. p. II-981](#), apartado 74).”

“115 ... según la jurisprudencia, el concepto de conflicto de intereses tiene un carácter objetivo y se requiere, para caracterizarlo, hacer abstracción de las intenciones de los interesados, en particular, de su buena fe (sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 2001, Ismeri Europa/Tribunal de Cuentas, [C-315/99 P](#), [Rec. p. I-5281](#), apartados 44 a 48.”

En aquesta mateixa línia, la Sentència del TSJUE de 12 de març de 2015 taxa que:

“35. Un conflicto de intereses implica el riesgo de que el poder adjudicador público se deje guiar por consideraciones ajenas al contrato en cuestión y se de preferencia a un licitador por este mero hecho. Un conflicto de intereses de este tipo puede infringir el artículo 2 de la Directiva 2004/2018.”

Recordem que l’art. 2 de la Directiva 2004/2018 regula que “La adjudicación de contratos celebrados en los Estados miembros por cuenta de autoridades estatales, regionales o locales y otros organismos de derecho público está supeditada al acatamiento de los principios del Tratado y, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas llibertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia.”

En els termes establerts en la STJUE de 12 de març de 2015, front aquesta situació exposada de conflicte d’interès són instruments bàsics la transparència i actuació del poder adjudicador:

- L’obligació de transparència té essencialment com objectiu garantir que no existeix cap risc de favoritisme i d’arbitrarietat per part del poder adjudicador.
- L’obligació del poder adjudicador a comprovar l’existència d’eventuals conflictes d’interès i adoptar les mesures adequades per prevenir, dictar i resoldre’ls.

En aquesta línia s’expressa el Considerando 16 de la Directiva 2014/24/UE “Los poderes adjudicadores deben hacer uso de todos los medios que el Derecho nacional ponga a su disposición con el fin de evitar que los procedimientos de contratación pública se vean afectados por conflictos de intereses”.

RECOMANA

En futures contractacions públiques, seria procedent que:

- l'òrgan de contractació arbitrés els mecanismes adequats per resoldre o mitigar la situació de conflicte d'interès detectada
- l'òrgan de contractació incrementés la motivació precisa en el procés decisonal en els expedients de contractació a fi de minimitzar els riscos de incorrer en situacions de conflictes d'interès.
- un procés de capacitatíó per formar al personal municipal en resolució de situacions complexes de contractació pública i conscienciar de possibles riscos per la integritat.

- B) Normativa d'aplicació dels fets objecte de la comunicació: Llei 9/2017, de 8 de novembre, de Contractes del Sector Públic pel qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les Directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014²¹.

L'art. 64 de la LCSP amb el títol de Lluita contra la corrupció i prevenció dels conflictes d'interessos regula que:

“1. Els òrgans de contractació han de prendre les mesures adequades per lluitar contra el frau, el favoritisme i la corrupció, i prevenir, detectar i solucionar de manera efectiva els conflictes d'interessos que puguin sorgir en els procediments de licitació amb la finalitat d'evitar qualsevol distorsió de la competència i garantir la transparència en el procediment i la igualtat de tracte a tots els candidats i licitadors.

2. A aquests efectes, el concepte de conflicte d'interessos abraça, almenys, qualsevol situació en què el personal al servei de l'òrgan de contractació, que a més participi en el desenvolupament del procediment de licitació o pugui influir en el seu resultat, tingui directament o indirectament un interès financer, econòmic o personal que pugui semblar que compromet la seva imparcialitat i independència en el context del procediment de licitació. Les persones o entitats que tinguin coneixement d'un possible conflicte d'interès ho han de posar immediatament en coneixement de l'òrgan de contractació.”

S'ha de remarcar com la pròpia LCSP a través del mencionat precepte inclou precisament fins i tot el concepte de conflicte d'interès aparent.

La Organització per a la Cooperació i el Desenvolupament Econòmics (OCDE) defineix el conflicte d'interessos com: *“El conflicte d'interessos dels responsables públics és un conflicte entre obligacions públiques i interès privat que pot indegudament influir en el compliment de les seves obligacions i responsabilitats”.*

²¹ Per ser la normativa vigent aplicable als fets comunicats

En aquesta línia, l'Oficina d'Antifrau de Catalunya (en endavant OAC) defineix el conflicte d'interès com *“la situació de risc en què l'interès particular d'una persona podria interferir en l'exercici adient del seu discerniment professional en nom d'una altra, que, legítimament, confia en aquell judici”*.

Degut que el conflicte d'interès és aquella situació on concorre un interès particular que podria arribar a influir en la seva imparcialitat i objectivitat, i per tant, confronta el deure professional amb l'interès particular, ha de reunir els següents requisits:

- Ha d'exercir el seu judici o discerniment professional
- Per a –o en nom de- una altra persona que legítimament confia en el seu judici
- I té un interès particular (personal o professional), que podria interferir en l'exercici adequat de la seva responsabilitat professional

Procedeix també referenciar la definició de conflicte d'interès que regula **l'art. 8 del Codi ètic i de bona conducta de l'Ajuntament de Barcelona**: *“s'entén que existeix, o pot existir, conflicte d'interès quan concorren interessos públics i privats de tal manera que poden afectar negativament l'exercici de les funcions públiques de manera independent, objectiva, imparcial i honesta.*

El conflicte d'interès sorgeix quan les persones subjectes a aquest Codi adopten decisions vinculades a l'Ajuntament que afecten els seus interessos personals, de naturalesa econòmica o professional, per suposar un benefici o perjudici als mateixos.

Es consideren interessos personals:

- a) Els interessos propis
- b) Els 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
- c) Els de les persones amb qui tinguin una qüestió litigiosa pendent
- d) Els de les persones amb qui tinguin amistat íntima o enemistat manifesta
- e) Els de les persones jurídiques o entitats privades a les que les persones destinatàries del codi hagin estat vinculats per una relació laboral o professional en els dos anys anterior al nomenament
- f) Els de les persones jurídiques amb o sense ànim de lucre o entitats privades a les que els familiars de la lletra b) estiguin vinculats per una relació laboral o professional, sempre que aquesta impliqui exercici de funcions de direcció, assessorament o administració”

Respecte al cas concret, ens remetem a un possible conflicte d'interès del/la Sr/a. XXX, atenent que aquest/a és un membre de la mesa de contractació que ha signat i participat en la redacció de la documentació tècnica del contracte.

Concretament respecte a l'existència d'un interès particular o professional i atès la seva claredat ens remetem a la literalitat d'allò expressat en el document *“La gestió dels conflictes d'interès en el sector públic de Catalunya”* emès per el Parlament de Catalunya i l'Oficina d'Antifrau de Catalunya en l'any 2016:

6. Tots els interessos esmentats fins ara són externs al rol professional, però els interessos particulars també *es poden originar en l'àmbit professional*. L'any 2001, Andrew Stark¹³ va posar en relleu que els interessos intrínsecs al rol professional tendeixen a originar-se principalment per dues situacions:

a. El professional exerceix més d'una funció per a un mateix client, cap o *principal*, que requereix que faci alhora els rols de comprador i venedor (situació que Stark denomina *conflicte de diagnosi i provisió de servei*), o bé un rol imparcial i un altre de parcial en relació amb un mateix *principal* (situació que denomina *conflicte de judici i advocacia* o el fet de ser jutge i part en una mateixa qüestió). Es trobarien en aquest tipus de conflicte d'interès els membres d'una corporació pública que disposen de marge per decidir el seu nivell retributiu; o bé aquells servidors públics que proposen la necessitat de contractar o defineixen les condicions dels plecs i alhora participen en les deliberacions de la mesa de contractació.

RECOMANA

Que es doni trasllat al Comitè d'ètica per si els fets poguessin ser constitutius d'infracció del codi ètic en matèria de contractació pública i en especial pel que es refereix al conflicte d'interès.

PROFESSIONALITZACIÓ I FORMACIÓ AL PERSONAL MUNICIPAL QUE INTERVÉ EN ELS EXPEDIENTS DE CONTRACTACIÓ

La professionalització i/o formació del personal que dissenya, tramita i realitza el seguiment de l'execució dels expedients de contractació és imprescindible perquè la seva actuació es realitzi respectant els principis de la contractació pública establerts a l'art. 1 LCSP. En especial per aquest cas concret, han de tenir la suficient informació i formació per elaborar plecs de prescripcions tècniques que evitin clàusules que limiten la concurrència d'altres licitadors, i es procedeixi a la materialització del principi d'igualtat de tracte i l'obligació de transparència que comporta.

En aquest sentit, l'art. 145.5 LCSP precisa que "*Els criteris a què es refereix l'apartat 1 que han de servir de base per a l'adjudicació del contracte s'han d'establir en els plecs de clàusules administratives particulars o en el document descriptiu, i han de figurar en l'anunci que serveixi de convocatòria de la licitació, per la qual cosa han de complir els requisits següents:*

- a) *En tot cas han d'estar vinculats a l'objecte del contracte, en el sentit que expressa l'apartat següent d'aquest article.*
- b) *S'han de formular de manera objectiva, amb ple respecte als principis d'igualtat, no-discriminació, transparència i proporcionalitat, i no han de conferir a l'òrgan de contractació una llibertat de decisió il·limitada.*

c) Han de garantir la possibilitat que les ofertes siguin avaluades en condicions de competència efectiva i han d'anar acompanyats d'especificacions que permetin comprovar de manera efectiva la informació facilitada pels licitadors amb la finalitat d'avaluar la mesura en què les ofertes compleixen els criteris d'adjudicació. En cas de dubte, s'ha de comprovar de manera efectiva l'exactitud de la informació i les proves facilitades pels licitadors".

Una gestió més exhaustiva dels conflictes d'interès, atorga a la mesa de contractació de les suficients eines, no només en la detecció de la existència d'un veritable conflicte d'interès, sinó també en la seva avaluació i resolució eficaç del mateix.

RECOMANA

- Una major especialització i formació continuada del personal que intervé en els expedients de contractació.

- En matèria de conflicte d'interès es verifiquin amb caràcter previ, les oportunes consultes al comitè d'Ètica de l'Ajuntament de Barcelona, i en conseqüència es doni trasllat a l'esmentat òrgan col·legiat a efectes preventius i per si els fets poguessin ser contraris al que disposa el Codi Ètic i de Conducta.

CONTRACTACIÓ PÚBLICA RESPONSABLE: PERSONAL CONTRACTAT AMB DIFICULTATS PARTICULARS D'INSERCIÓ AL MERCAT LABORAL

El Decret d'Alcaldia de 20 de novembre de 2013 de Contractació pública responsable amb criteris socials i ambientals és d'aplicació als contractes del sector públic que subscriuguin l'Ajuntament de Barcelona, i les entitats dependents que tenen la condició de poder adjudicador.

A l'art. 5 del citat Decret es relacionen els perfils de les persones amb dificultats particulars d'inserció al mercat laboral i a l'art. 15 regula que als plecs de clàusules administratives particulars dels contractes s'han d'incloure condicions especials d'execució que comportin l'obligació de contractació de persones amb dificultats particulars d'inserció al mercat laboral, així mateix *"Aquestes condicions hauran de constar a l'anunci de licitació i configurar com obligacions essencials per a l'empresa adjudicatària i tindran el contingut mínim següent"*.

En el cas concret de la comunicació es va constatar que l'òrgan tècnic gestor de contractació havia realitzat un seguiment acurat en relació al compliment de les

clàusules socials. També de la documentació analitzada es va deduir que l'empresa adjudicatària des de l'inici del servei ha anat reiteradament incomplint les condicions especials d'execució del contracte, atès que els percentatges de la contractació social es situaven per sota dels inclosos a l'oferta presentada per l'empresa adjudicatària.

Durant aquest procés els tècnics de l'òrgan de contractació han comunicat i reclamat a l'empresa adjudicatària que havia aportat poca documentació sobre els treballadors. Aquesta situació dificultosa de la feina dels tècnics va ser plasmada en cadascuna de les actes de seguiments, així com els requeriments efectuats.

Constatat pels serveis tècnics de l'òrgan contractant l'incompliment de les clàusules socials, i la petició reiterada d'incoació de l'expedient sancionador corresponent a la Direcció XX de la Gerència de l'òrgan de contractació, procediria donar l'impuls corresponent per tal de fer efectius la petició d'incoació de expedient sancionador interessada pels òrgans tècnics, de conformitat amb la normativa reguladora, i amb l'objecte de garantir l'execució en els termes establerts en el propi contracte, i en conseqüència reforçar la confiança de la ciutadania (entre la que es troben tots/tes els/les treballadors/res de les empreses que finalment contracten amb l'Ajuntament) en la gestió pública.

RECOMANA

- **Especificar en el plec de clàusules administratives la indicació de l'existència de personal contractat amb dificultats particulars d'inserció al mercat laboral a subrogar.**
- **Aplicar els mecanismes legalment establerts davant dels possibles incompliments de les condicions d'execució per part de l'empresa contractista; amb l'objectiu d'exigir les responsabilitats necessàries per tal d'assegurar el compliment del contracte, i si s'escau iniciar la incoació del procediment administratiu sancionador corresponent, i la imposició de les sancions que procedeixin. En el cas de no actuar-se de conformitat amb la legalitat establerta en relació a l'efectiva incoació dels procediments sancionadors hauria de constar el pertinent informe justificatiu que motivés la decisió tant de la no incoació com de la seva dilació.**

SEGUIMENT DE L'ACTUACIÓ

Arrel de la recomanació, l'òrgan gestor de la contractació va informar a l'òrgan gestor de la Bústia Ètica que a la vista de les comprovacions efectuades per la Direcció de Serveis d'Anàlisi s'evidencia que cal reforçar el control sobre XXX i emprendre accions constrictives i punitives per tal de garantir l'adequada

supervisió del servei al mateix temps que es recolliran i implementaran les recomanacions fetes.

RECOMANA

Fer un seguiment acurat del manteniment de les condicions laborals durant la vigència del contracte del personal contractat o subrogat amb dificultats particulars d'inserció al mercat laboral.

CONTRACTACIÓ SOCIAL RESPONSABLE: CONDICIÓ ESPECIAL D'EXECUCIÓ DE SUBROGACIÓ LABORAL

I. La Guia de contractació pública social impulsa la contractació pública socialment responsable incorporant en la compra pública municipal objectius de justícia social, sostenibilitat ambiental i codi ètic. En ella es concreten mesures, entre d'altres, socials per executar els contractes públics amb un model de negoci basat en salaris dignes, contractació laboral estable amb protecció de la salut laboral, sostenibilitat ambiental i comportament ètic, a fi de promoure la participació democràtica dels agents productius i impulsar la innovació social.

Cal tenir en compte que en la preparació de cada contracte municipal s'han d'estudiar les mesures socials d'aplicació en funció de les característiques de l'objecte contractual. En la Guia de contractació pública social consta que *“L'aplicació de mesures socials ha de ser coherent i sistemàtica. El mercat ha de tenir seguretat jurídica i confiança en el comportament de l'Administració. En aquest sentit, contractes amb prestacions i característiques similars han de tenir uns requeriments socials similars. Els contractes de tracte successiu, que es liciten regularment perquè constitueixen necessitats administratives o públiques fixes, han de mantenir les prescripcions socials sense canvis injustificats”*.

Assentats aquests principis establerts en la guia de contractació pública social, com a Administració que ha imposat la condició especial d'execució de subrogació laboral en els plecs de clàusules administratives, caldria fer dues consideracions:

- En primer lloc, el cas concret, no consta en l'expedient de contractació ni a *“l'Informe justificatiu de la contractació dels serveis XXX amb mesures de contractació pública sostenible”* document referent *“al parer i les observacions dels sectors empresarials implicats atenent el seu caràcter imperatiu”*, atenent que el conveni col·lectiu d'aplicació al personal adscrit al contracte no ho recull com una obligació laboral.

En aquest sentit, d'acord amb l'art. 2 de la Directiva 2004/2018, els poders adjudicadors han de donar als operadors econòmics un tractament igualitari i no discriminatori, i obraran amb transparència (art. 2 de la Directiva 2004/2018).

Al respecte, cal portar a col·lació la Resolució nº 235/2016 del Tribunal Administratiu de Contractació pública de la Comunitat de Madrid que planteja els efectes de la imposició de la condició de subrogació laboral en els plecs per les petites i mitjanes empreses:

“A todo lo anterior hay que añadir que si bien teóricamente caben ambas interpretaciones, desde el punto de vista de la praxis, se aprecia que en muchas ocasiones las empresas realizan “política de personal” a través de la contratación pública, lo que puede colocar a las pequeñas y medianas empresas eventualmente ante la imposibilidad o incertidumbre de asumir una contratación con una importante carga de personal, salvo en el caso de imposición convencional o legal, ante la inseguridad de que la obligación pueda o no establecerse en los pliegos (circunstancia que se produce en cada licitación pero despliega efectos respecto de la siguiente). Además se aprecia por este Tribunal la dificultad de realizar una oferta cabal ante la necesidad de contar con el consentimiento de los trabajadores que dependería de la empresa que resultara adjudicataria, de forma que los costes de personal de los contratos serían inciertos en cuanto a la subrogación al menos hasta el momento de la adjudicación, lo que puede llevar a ofertas ineficientes ante la eventualidad de contar con un personal y en unas condiciones inciertas.

Por último no cabe desdeñar que a través de sucesivas subrogaciones de personal no pactadas convencionalmente, la Administración se coloca en la posición de empleador, pero sin embargo carece de capacidad de negociación al ser un tercero en las relaciones laborales entre empresa y trabajadores”

- En segon lloc, cal observar la indeterminació dels paràmetres objectius per a valorar si es manté o no la necessitat d'imposar en la nova contractació la condició especial d'execució de subrogació laboral, establert en el PCAP, atenent concretament la finalitat que persegueix la mesura d'estabilitat laboral, i amb les especificacions de la guia de contractació la qual considera que en els contractes que es lliciten regularment “s'han de mantenir les prescripcions socials sense canvis injustificats”.

Cal dir que la transformació en fixos de tots els contractes temporals d'obra i servei determinats i l'increment del sou de tota la plantilla destinada a l'execució del contracte, justament en dates prèvies a la licitació del nou contracte per part de l'empresa que venia prestant el servei i que tenia previst participar en aquesta

licitació (com així es va constatar posteriorment) a més de constituir un indicatiu d'un possible coneixement de les condicions del nou contracte abans de la seva publicació (pel que es refereix al coneixement de la introducció en els plecs de la condició d'execució especial de subrogació laboral) podria suposar una pràctica col·lusòria de la competència en la mesura que es torna un element dissuasori per la lliure competència, i contrari als principis de no-discriminació i igualtat de tracte entre els licitadors recollits en l'art. 1 del Text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic²², atenent a que s'incrementava el cost de la part social de les empreses que volien aspirar al nou contracte. Màxim quan la dita clàusula no assegura que en la futura convocatòria de licitació, una vegada finalitzada la duració del contracte licitat, es mantingui l'obligació de subrogació (ens remetem en aquest sentit a l'evidència ja apuntada anteriorment de que malgrat el contracte suposava una millora proporcional del pressupost màxim dels expedients anteriors només van concurre a la licitació, a més de la que venia prestant el servei, una sola empresa, quan en l'anterior licitació es van computar vuit).

En aquest sentit cal afegir, que tal com es desprèn de la pròpia gestió realitzada per xxx (segons consta en la seva declaració responsable transcrita) el cost econòmic que li suposava en aquell moment la conversió en indefinits dels contractes temporals de la plantilla no era significatiu, a la vista de les curtes antiguitats que tenien els treballadors/res, doncs, estaríem parlant d'una indemnització de 20 dies per any treballat en front a una de 33 dies per any treballat en el cas d'acomiadament d'un treballador indefinit. I per contra sí que l'oferia una gran avantatge competitiva de cara a la licitació del contracte respecte de les altres licitadores.

RECOMANA

L'òrgan gestor de la Bústia ètica recomana la revisió de l'expedient de contractació per:

- abordar la parquedat de la justificació que emparava la introducció de la mesura de subrogació laboral en els plecs i la predeterminació dels criteris que han d'avaluar la seva continuïtat (de ser el cas) en la futura contractació a l'objecte d'eliminar la vaguetat actual.

- aprofundir sobre la situació detectada en relació a possibles influències que podrien haver portat, presumptament, a incloure la mesura de subrogació laboral com a condició especial d'execució

²²Cos normatiu vigent en el moment dels fets analitzats

INDEXAR I FOLIAR ELS EXPEDIENTS DE CONTRACTACIÓ

RECOMANA

Insta i recorda que, d'acord amb les exigències legals vigents, els expedients de contractació han d'estar foliats i indexats, a fi d'evitar els riscos de possibles manipulacions que això pot comportar

II. FASE DE PREPARACIÓ DE L'EXPEDIENT DE CONTRACTACIÓ

REQUISITS DE SOLVÈNCIA: DELIMITACIÓ, CONCRECIÓ I MOTIVACIÓ

L'aplicació del principi d'igualtat de tracte, en la fase de solvència, és de gran importància pràctica, perquè les exigències de solvència es conformen com un requisit o condició “*sine qua nom*” en la licitació, atès que el seu incompliment justifica l'exclusió del licitador. Aquesta és l'arrel de la transcendència de la seva ajustada i motivada concreció, perquè en cas d'exigir uns requisits de solvència desproporcionats poden implicar restriccions indegudes de la competència i poden suposar un trencament del principi d'igualtat de tractament.

En aquesta línia, els requisits de solvència exigits per l'òrgan de contractació han d'estar justificats sobre les bases relacionades amb l'objecte del contracte, atès que uns requisits excessivament exigents poden elevar substancialment les barreres d'entrada de les empreses en la licitació, i provocar efectes discriminatoris entre els licitadors. Cal tenir en compte que l'exigència d'explicació i de justificació encara és més necessària quan el criteri de solvència professional comporta un criteri d'exclusió.

Respecte a la motivació de l'exigència de solvència, enquadrada dins de la discrecionalitat tècnica, ens remetem al literal de la Sentència del Tribunal Suprem de 24 de setembre de 2014, que requereix que perquè sigui vàlida el contingut de la motivació ha de complir com a mínim aquestes exigències:

“(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) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás.”

També al tenor d'allò establert en l'Acord 98/2015 de 13 de novembre de 2015 del Tribunal Administratiu de Contractes Públics d'Aragó cal assumir per l'organització que “La actividad discrecional de la Administración no ha de ser caprichosa, ni arbitraria, ni ser utilizada para producir una desviación de poder, sino, antes al contrario, ha de fundarse en una situación fáctica probada, valorada a través de los informes previos que la norma jurídica de aplicación determine, e interpretados y valorados dentro de la racionalidad del fin que aquélla persigue”.

RECOMANA

Recorda que un límit infranquejable a la discrecionalitat tècnica és que no es desvirtuin els principis d'igualtat de tracte i de transparència. En aquest sentit, la discrecionalitat tècnica no pot servir, emparar, ni ocultar, una contractació directa amb la clara vulneració dels principis de concurrència i eficiència en la gestió dels fons públics.

Assentada la transcendència de la motivació dels requisits exigits en la solvència, també es recorda que tot procediment de licitació ha de generar la concurrència entre les empreses.

Seguiment de l'actuació

Es va donar trasllat a la Intervenció General que arrel de la mateixa ha procedit a l'exercici 2019 a realitzar una auditoria específica sobre la contractació de l'Institut Municipal afectat, la qual li farem arribar pròximament.

ACREDITACIÓ DE LA SOLVÈNCIA ECONÒMICA I TÈCNICA

L'art. 62 del Reial Decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de Contractes del Sector públic aplicable en aquell moment, especificava que per subscriure contractes amb el sector públic les empreses han d'acreditar que compleixen amb les condicions mínimes de solvència econòmica i financera i professional o tècnica que es determinin per l'òrgan de contractació, substituint-se aquest requisit pel de la classificació que aquesta sigui exigible d'acord amb el que disposa el mateix TRLCSP.

Arrel de l'entrada en vigor de la Llei 14/2013 de 27 de setembre, relativa als emprenedors i a la seva internacionalització, es va introduir l'art. 146.4 consistent en

què l'òrgan si ho estimava convenient, podria establir en el plec de clàusules administratives particulars que l'aportació inicial de la documentació relativa al compliment dels requisits previs, es substituís per una declaració responsable del licitador, i que en aquest cas, el licitador a favor del qual recaigui la proposta d'adjudicació ha d'acreditar davant de l'òrgan de contractació, prèviament a l'adjudicació del contracte, la possessió i la validesa dels documents exigits.

Així mateix, l'art. 146.4 in fine especificava que l'òrgan de contractació en ordre a garantir el bon fi del procediment, podrà recavar, en qualsevol moment anterior a l'adopció de la proposta d'adjudicació, que els licitadors aportin documentació acreditativa del compliment de les condicions establertes per ser adjudicatari del contracte.

Posteriorment van néixer les Directives del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014, D 2014/23/UE relativa a l'adjudicació dels contractes de concessió i la D 2014/24/UE sobre contractació pública que van introduir mesures adreçades a incrementar la transparència, la simplificació i l'eficiència en els procediments de licitació.

Amb aquesta finalitat l'art. 59 de la Directiva 2014/24/UE del Parlament Europeu i del Consell de 26 de febrer, sobre contractació pública, estableix que els poders adjudicadors han d'acceptar el document europeu únic de contractació (DEUC), en el moment de la presentació de les sol·licituds de participació o les ofertes, com a prova preliminar que les empreses licitadores reuneixen les condicions per participar en el procediment de contractació, el qual consisteix en una declaració actualitzada de l'interessat que substitueix els certificats expedits per les autoritats públiques o per tercers.

Per part de la Generalitat, i dins de l'àmbit de les seves competències va procedir a dictar el Decret Llei 3/2016 de 31 de maig de mesures urgents en matèria de contractació pública, l'objecte del qual va ser establir mesures en relació amb l'aplicació de determinades disposicions de la Directiva 2014/23/UE, del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer, relativa a l'adjudicació de contractes de concessió, i de la Directiva 2014/24/UE.

Específicament l'article 4 del Decret Llei 3/2016, de 31 de maig regula que les empreses licitadores *“no estan obligades a acreditar documentalment, en el moment de la presentació d'ofertes, el compliment dels requisits de capacitat i solvència”*; i que els òrgans de contractació han d'admetre una declaració responsable que substitueixi l'acreditació documental o el formulari normalitzat de document europeu únic de contractació, i en relació als contractes subjectes a regulació harmonitzada només

es pot admetre, com a document substitutori, el formulari normalitzat de document europeu únic de contractació.

Amb l'entrada en vigor de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, l'art. 140 regula que les proposicions en el procediment obert han d'anar acompanyades d'una declaració responsable que s'ajustarà al formulari de document europeu únic de contractació.

També obre la possibilitat a que l'òrgan o mesa de contractació podrà demanar als candidats o licitadors que presentin la totalitat o una part dels documents justificatius, quan ho considerin que existeixen dubtes raonables sobre la vigència o fiabilitat de la declaració, quan resulti necessari per el bon desenvolupament del procediment i, en tot cas, abans d'adjudicar el contracte.

En aquesta línia l'apartat 10.4 de la Instrucció per a l'aplicació de la Llei 9/2017, de 8 de novembre de contractes del Sector Públic de l'Ajuntament de Barcelona aprovada per la Comissió de Govern en sessió de data 9 de març de 2018 especifica que el requeriment d'aportació documental acreditativa es farà quan hi hagi dubtes de la veracitat o vigència de la declaració.

RECOMANACIÓ

Que a fi d'identificar possibles situacions en les que l'òrgan de contractació ha de sol·licitar documentació complementària o justificativa a la declaració responsable o DUE, es recomana facilitar aquesta tasca mitjançant la corresponent circular, instrucció o informació als òrgans de contractació.

CRITERI DE SOLVENCIA PROFESSIONAL

Els articles 74 a 76 de la LCSP emmarquen els requisits que l'òrgan de contractació ha de concretar per poder acreditar la solvència econòmica i financera i professional o tècnica de la contractista. En aquest sentit l'art. 74 de la Llei 9/2017 regula que:

“1. Per subscriure contractes amb el sector públic els empresaris han d'acreditar que compleixen les condicions mínimes de solvència econòmica i financera, i professional o tècnica que determini l'òrgan de contractació. Aquest requisit s'ha de substituir pel de la classificació quan aquesta sigui exigible de conformitat amb el que disposa aquesta Llei.

2. Els requisits mínims de solvència que hagi de reunir l'empresari i la documentació requerida per acreditar-los s'han d'indicar en l'anunci de licitació i s'han d'especificar en el plec del 6contracte, han d'estar vinculats al seu objecte i han de ser proporcionals a aquest.”

De la lectura d'aquest precepte, es desprèn que la normativa d'aplicació dota a l'òrgan de contractació d'un ampli marge d'apreciació en relació a la determinació dels criteris de solvència en els plecs, respectant els límits establerts: la proporcionalitat i la vinculació amb l'objecte del contracte.

El límit de la proporcionalitat, segons la doctrina, és necessari per evitar que es vulneri el principi de no discriminació e igualtat de tracte entre els licitadors recollit en l'art. 1 de la LCSP, entès com el principi finalista que afavoreix el desenvolupament d'una competència sana i efectiva entre les empreses que participen en una licitació pública, exigint que totes elles gaudeixin de les mateixes oportunitats en la formulació de les seves ofertes. És considerat, per tant, com un principi vertebrador de tota la contractació pública, atès que genera concurrència empresarial i competència que reverteix en l'eficiència en la inversió dels recursos públics.

Atenent aquesta exposició, per poder determinar si la concreció dels requisits de solvència respecten els límits establerts en la normativa, cal acudir a la seva justificació en l'expedient, i comprovar si els criteris establerts, per l'especificitat i el contingut del contracte, fan exigible que aquests requisits resulten imprescindibles per la seva correcta execució.

En la mateixa línia l'apartat 116.4 de la LCSP estableix que a *"l'expedient s'ha de justificar adequadament"*, incloent en l'apartat *"c) Els criteris de solvència tècnica o professional, i econòmica i financera, i els criteris que s'han de tenir en consideració per adjudicar el contracte, així com les condicions especials de la seva execució"*.

Per tant, quant ni en l'informe justificatiu que inicia l'expedient ni en el Plec de prescripcions tècniques, consta cap motivació que justifiqui la necessitat dels requisits de la solvència amb la competència tècnica professional tant restrictiva, podria ser entès per la ciutadania i per les empreses del sector, com una arbitriietat en la decisió de l'òrgan gestor, al no constar cap motivació en l'expedient de contractació que recolzi el criteri tècnic establert per la solvència professional, i encara més en concret respecte a la solvència exigida al perfil professional de consultor especialista en contractació pública en el sector públic.

És més, aquesta omisió de motivació en la decisió de l'òrgan gestor respecte a l'establiment dels especificats criteris de solvència podria incórrer en possibles riscos d'impugnació de l'expedient de contractació

MOTIVACIÓ DE LA NECESSITAT DEL CONTRACTE I JUSTIFICACIÓ DE LA CONTRACTACIÓ EXTERNA

- A) Normativa d'aplicació dels fets objecte de la comunicació: Reial Decret Legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic (TRLCSP)²³

En tot contracte del sector públic en què s'hagi d'adjudicar a una entitat sigui o no administració pública, s'ha d'elaborar amb caràcter obligatori un informe justificatiu de la necessitat de la contractació (art. 22.1 TRLCSP), ja que està relacionat directament amb l'objectiu de la llei d'assegurar una eficient utilització dels fons públics destinats a la realització d'obres, adquisició de béns o contractació de serveis mitjançant l'exigència de la definició prèvia de les necessitats a satisfer (art. 1, primer paràgraf, TRLCSP).

Aquest informe, justificatiu de la necessitat de contractació té legalment uns requeriments competencials, de procediment i materials. Competencialment, per a les administracions públiques, l'informe justificatiu s'ha d'incorporar a l'inici de l'expedient de contractació i aquest l'ha d'aprovar l'òrgan de contractació (art. 109.1 TRLCSP). No obstant, per als poders adjudicadors no administracions públiques, aquesta disposició no és directament aplicable (art. 137 TRLCSP), i per tant s'ha d'estar supletòriament al dret privat (art. 20.2 TRLCSP) i en definitiva a les disposicions estatutàries o als actes d'apoderament que si s'escau s'hagin fet.

Procedimentalment, l'informe s'ha d'inserir en la documentació preparatòria i s'ha d'elaborar abans que s'iniciï el procediment encaminat a l'adjudicació del contracte (art. 22.1, segon incís, *in fine*, TRLCSP). Materialment, l'informe té com a objectiu determinar amb precisió la naturalesa i extensió de les necessitats que es pretenen cobrir mitjançant el contracte, així com la idoneïtat del seu objecte i el contingut per a satisfer-les (art. 22.1, segon incís, *in initio*, TRLCSP).

Aquesta obligació de motivació no és una mera exigència formal derivada de la normativa de procediment per a tots els actes administratius (article 54 de la Llei 30/1992; art 35 de la Llei 39/2015) sinó un requeriment substancial de l'expedient de contractació, creiem que determinant per a la seva validesa.

El Tribunal de Comptes, així com la majoria dels òrgans de control externs autònoms, han instat més d'un cop a complir amb aquesta obligació de "*justificar debidamente en los expedientes la necesidad de la contratación. seguidamente en los expedientes la necesidad de la contractación, lo que en último extremo garantiza una eficiente utilización de los fondos públicos*".

²³ Per ser la normativa vigent aplicable als fets comunicats

Per posar un exemple l'Informe de Fiscalització del Consejo de Cuentas de Castilla y León relatiu a la contractació celebrada per a l'Administració General e Institucional d'aquesta Comunitat Autònoma durant l'exercici 2011, de 23 de juliol de 2014 indica que *“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 del TRLCSP, en el expediente se debe justificar la necesidad de la contratación y la insuficiencia de medios personales y materiales, con particular detalle en aquellos supuestos en que se contraten funciones administrativas de competencia del órgano gestor.”*

El Tribunal Suprem ha apel·lat també a aquesta obligatorietat, en concret en la Sentència de 3 de novembre de 2011 (rec 2757/2009), que va declarar la nul·litat d'un contracte de serveis al no haver justificat l'Administració la necessitat de contractació externa, considerant que la justificació exigida legalment a l'Administració no és un requisit merament formal. Si bé, aquesta sentència invoca la normativa aplicable anterior, cal recordar que s'aplica en aquesta anàlisi és molt més exigent quan a la necessitat de la justificació de la contractació.

En el mateix sentit, el dictamen del Consejo Económico y Social (CES) al Anteproyecto Llei Contracte Servei Públic (ALCSP), de 25 de juny de 2015, indica el següent: *“... recomienda que se disponga de mayor información al inicio del proceso de licitación y, en concreto, que se manifiesta con carácter previo y de forma expresa la necesidad y las razones de la licitación...”*.

- B) Normativa d'aplicació dels fets objecte de la comunicació: Llei 9/2017, de 8 de novembre, de Contractes del Sector Públic pel qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les Directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014²⁴.

En relació a la motivació de la necessitat del contracte, l'art. 116.1 de LCSP regula que *“la subscripció de contractes per part de les administracions públiques requereix la tramitació prèvia de l'expedient corresponent, que ha d'iniciar l'òrgan de contractació motivant la necessitat del contracte en els termes que preveu l'article 28 d'aquesta Llei i que s'ha de publicar en el perfil de contractant.”*

Per altra banda, l'art. 28 de la LCSP regula la necessitat i idoneïtat del contracte i eficiència en la contractació que literalment especifica: *“Les entitats del sector públic no poden subscriure contractes que no siguin els necessaris per complir i dur a terme els seus fins institucionals. A aquest efecte, la naturalesa i extensió de les necessitats que es pretenen cobrir mitjançant el contracte projectat, així com la idoneïtat del seu objecte i contingut per satisfer-les, quan s'adjudiqui per un procediment obert, restringit o negociat sense publicitat,*

²⁴ Per ser la normativa vigent aplicable als fets comunicats

*s'han de **determinar amb precisió**, i se n'ha de deixar **constància en la documentació preparatòria**, abans d'iniciar el procediment encaminat a la seva adjudicació".*

Per tant és exigència legal que a la documentació preparatòria de l'expedient de contractació s'ha de justificar adequadament i amb precisió la seva necessitat i deixar constància tant de la naturalesa i extensió de les necessitats a cobrir pel contracte, així com de la idoneïtat del seu objecte amb el contingut del contracte.

En aquesta línia, l'expedient de contractació ha de començar amb una decisió administrativa de l'òrgan competent que ha de motivar les necessitats del contracte a satisfer, això suposa valorar diferents opcions, examinar diferents alternatives, analitzar els recursos disponibles, humans i financers, i la seva qualitat.

Aquesta és, per la seva naturalesa, la decisió de caràcter més discrecional, perquè emmarca i condiona tot el procés de la contractació, i és per la seva transcendència que s'exigeix per la normativa mencionada que estigui degudament raonada i justificada amb precisió.

Per l'altra banda, la Resolució de 25 de juliol de 2018 de la Intervenció General de l'Administració de l'Estat, pel qual es dona aplicació a la previsió dels articles 152 i 147 de la Llei General Pressupostària, estableix que en els expedients de contractació de serveis: *"d) Que se justifica en el expediente la carencia de medios suficientes para la prestación del servicio por la propia Administración por sus propios medios."*

ELECCIÓ DELS CRITERIS DE VALORACIÓ DE LES OFERTES I LA SEVA PONDERACIÓ: INCREMENTAR LA MOTIVACIÓ

La potestat de l'òrgan de contractació en l'elecció dels criteris de valoració de les ofertes i la seva ponderació no és absoluta atès que els criteris escollits han de permetre determinar quina és l'oferta econòmicament més avantatjosa.

Cal tenir en compte en relació als criteris de valoració de les ofertes que, l'Ajuntament, com a impulsor de la contractació pública socialment responsable, va aprovar el Decret d'Alcaldia S1/D/2017-1271 de 24 d'abril, de contractació pública sostenible de l'Ajuntament de Barcelona que inclou l'aprovació de la Guia de contractació pública social, que concretament en relació al contracte de serveis considera que l'eficiència en la realització de la prestació contractual depèn de la formació i motivació de les persones que executen el contracte, dels salaris que perceben, de les relacions entre les persones treballadores, o de la desigualtat de

gènere que provoca una *“intolerable injustícia social que perverteix la mateixa oferta econòmica que ofereixen les empreses en els concursos públics”*.

Així mateix, en relació a la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de Contractes del Sector Públic, per la qual es traslladen a l'ordenament jurídic espanyol les Directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014, que va entrar en vigor el 9 de març de 2018, l'art. 145 regula que l'adjudicació dels contractes es realitza utilitzant una pluralitat de criteris d'adjudicació en base a una millor relació qualitat-preu, i que s'avalua d'acord a criteris econòmics i qualitatius. Per tant, és també un criteri qualitatiu *“l'organització, qualificació, i experiència del personal adscrit al contracte que es vagi a executar, sempre i quan la qualitat d'aquest personal pugui afectar de manera significativa a la millor execució”*.

Cal afegir que en relació als contractes de serveis que tenen per objecte prestacions de caràcter intel·lectual, com els serveis d'enginyeria i arquitectura, s'incorpora un paràgraf en el qual s'especifica que *“si fomentan la integració social de personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato, promueven el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral o cuando se trate de los contratos de servicios sociales, sanitarios o educativos a que se refiere la Disposición adicional cuadragésima octava, o de servicios intensivos en mano de obra, el precio no podrá ser el único factor determinante de la adjudicación”*.

RECOMANA

Que atès la potestat de l'òrgan de contractació en l'elecció dels criteris de valoració de les ofertes i la seva ponderació, caldria fomentar a l'òrgan gestor que en els plecs de clàusules administratives s'inclogués una motivació suficient d'aquesta elecció en els termes: a) que establia l'article 117 del Reial Decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de Contractes del Sector públic (Llei en vigor en el moment de la comunicació) amb concordança amb els articles 22 i 150 de l'esmentat cos normatiu i b) dels vigents articles 28; 116; 145 i 156 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre de Contractes del Sector Públic.

CERTIFICACIÓ NEGATIVA DEL REGISTRE CENTRAL DE DELINCUEMETS SEXUALS

Recordem l'obligació establerta en l'art. 13.5 de la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor, introduïda per l'apartat vuit de l'article primer de la Llei 26/2015, de 28 de juliol, de modificació del sistema de protecció a la

infància i a l'adolescència, en el qual s'estableix que: *“Será requisito para el acceso y ejercicio a las profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con menores, el no haber sido condenado por sentencia firme por algún delito contra la libertad e indemnidad sexual, que incluye la agresión y abuso sexual, acoso sexual, exhibicionismo y provocación sexual, prostitución y explotación sexual y corrupción de menores, así como por trata de seres humanos. A tal efecto, quien pretenda el acceso a tales profesiones, oficios o actividades deberá acreditar esta circunstancia mediante la aportación de una **certificación negativa del Registro Central de delincuentes sexuales**”*.

RECOMANA

Que en contractes relatius a prestacions que impliquin contacte habitual amb menors, aquesta documentació hauria de constar com una obligació de l'empresa adjudicatària dins del clausulat dels plecs de la contractació, i aportar-la a l'inici del contracte al departament que gestiona el mateix.

III. FASE DE LICITACIÓ

CONFIGURACIÓ DE LES MESES DE CONTRACTACIÓ ATEOS ELS RISCOS DE CONFLICTE D'INTERÈS

La Llei de Contractes del Sector Públic (LCSP) regula la composició de les meses de contractació, concretament l'art. 326.5 estableix que: *“Tampoc pot formar part de les meses de contractació el personal que hagi participat en la redacció de la documentació tècnica del contracte de què es tracti, excepte en els supòsits a què es refereix la disposició addicional segona”*.

Recordem que la Disposició Addicional segona de la LCSP al·ludeix expressament a les competències en matèria de contractació en les entitats locals. Sobre aquesta matèria la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat s'ha pronunciat en el seu expedient 96/2018 en considerar que: *“La DA 2ª no menciona esta limitación en el caso de la mesa, aunque sí lo hace para el comité de expertos. Por tanto, cabe colegir que el legislador, consciente de la diferencia entre la regulación general y la aplicable específicamente a las entidades locales, ha manifestado ser esta su voluntad, de modo que la redacción de los pliegos técnicos no opera como una limitación a la composición de la mesa en el caso de los municipios. Por el contrario, sí existe una prohibición concreta en el caso del comité de expertos”*.

En qualsevol cas, i com així s'expressa en l'informe 3/2018 i 96/2018 de la Junta Consultiva de contractació pública de l'Estat en relació amb l'objectiu de l'art. 326 LCSP: *“(Del precepto) se deduce la voluntad inequívoca del legislador de restringir la*

participación en la mesa de contratación del personal que haya participado en la redacción de cualquier documentación técnica del contrato, con lo que se transmite la idea de que hay una parte de la documentación preparatoria, la que afecta a aspectos técnicos del contrato, representada normal pero no únicamente en el pliego de prescripciones técnicas, cuya elaboración impide a quienes han participado en ella la posibilidad de formar parte de en un órgano como la mesa de contratación, órgano que ostenta importantes funciones en el seno del procedimiento de selección del contratista. La finalidad de la norma claramente es favorecer la transparencia de la contratación pública y evitar los conflictos de intereses en la actuación de los miembros de la mesa”.

És unànime la doctrina en entendre que la norma, la LCSP, ha considerat que hi ha un conflicte d'interès en l'actuació dels membres de la mesa, quan participen en ella persones que han participat en la redacció de qualsevol documentació tècnica del contracte. I per fer front aquesta situació ha previst una mesura obligatòria per evitar aquesta situació de conflictes d'interès: la no participació en la Mesa d'aquestes persones. En aquest mateix sentit s'ha pronunciat l'Oficina d'Antifrau de Catalunya.

No obstant on sí hi ha discussió doctrinal és en la seva aplicació en les entitats locals, malgrat que la Junta Consultiva de contractació pública de l'Estat s'ha pronunciat sobre la mateixa, a tall d'exemple reproduïm un fragment del treball “Diez actuaciones esenciales que hemos de realizar los aplicadores de la LCSP antes de su entrada en vigor” del Doctor en dret José Manuel Martínez Fernández, publicat a l'Observatori de Contractació Pública:

“Esta previsión del párrafo tercero del artículo 326.5 es especialmente importante para garantizar la imparcialidad de la mesa. Supone terminar con una actuación nada infrecuente en las Entidades Locales (EELL), donde una misma persona (en ocasiones ni siquiera empleado público), redacta el pliego de prescripciones técnicas; interviene activamente (excediéndose de sus funciones no pocas veces) en el establecimiento de los criterios de valoración; hace el informe de valoración de las ofertas; y es el responsable del control de la ejecución (coloquialmente, «Juan Palomo»). Esta concentración de poder puede limitar la imparcialidad en la gestión de un contrato, y queda postergada expresamente también en las Juntas de Contratación (art. 323.4) y Comité de expertos que constituyan las EELL (DA 2ª.8). Por ello la remisión a las salvedades que se establezcan en la DA.2ª a que alude el artículo 326.4 se ha tener por no puesta, puesto que no solo es contraria al objetivo del precepto, sino que fue introducida por una enmienda que no incluyó ninguna salvedad expresa para las EELL, donde además expresamente se rechaza en órganos que han de emitir informes de manera colegiada.”

Altres autors justifiquen que no resulta d'aplicació l'art. 326.5 LCSL atès que “muy probablemente por la evidente limitación en plantilla de personal en estas

Administraciones, a lo que atiende el legislador”. Però aquesta limitació no pot operar en ajuntaments de gran població com el de Barcelona.

RECOMANA

Que atenent a l'esperit i l'objectiu que persegueix l'art. 326.5 de la LCSP, a la dimensió organitzativa d'un ajuntament com és el de Barcelona, i a l'existència d'un evident risc de conflicte d'interès, es recomana la limitació per ser membres de la mesa de contractació d'aquelles persones que han intervingut en la redacció de la documentació tècnica, recomanant novament que es deixi constància en l'expedient de contractació de quines han sigut els membres del seu personal (intern o extern) que han participat efectivament en la redacció dels plecs tècnics i qualsevol altra documentació tècnica, per garantir i enfortir la transparència i la seguretat jurídica en la contractació pública.

DELEGACIÓ DEL MEMBRE DE LA MESA D'ADJUDICACIÓ

La resolució del conseller delegat de la societat municipal nomena les persones membres de la mesa d'adjudicació del procediment obert per l'adjudicació del contracte d'obres. En concret, la resolució designa com a vocal al gerent adjunt XXX, *o persona en qui delegui*, sense identificar aquesta persona o càrrec.

El gerent adjunt XXX Barcelona, i vocal de la mesa, mitjançant escrit de data XXX delega l'exercici de les seves funcions en el Sr. XXX, Director General de la societat, i també president de la Mesa.

El fet que, en la perspectiva de la Llei de l'Obra Pública, l'Ajuntament de Barcelona gaudeixi de la condició de promotor de l'obra pública (art. 5.2.a) i que s'hi estableixi que el promotor de l'obra sempre hi ha de tenir representació si el gestor fa la contractació (art. 32.3.a), planteja si és admissible jurídicament la possibilitat que precisament aquest vocal pugui delegar la seva assistència en les sessions que desplegui la mesa de contractació, en particular pel risc que hi ha de trencament del principi de competència de l'òrgan de contractació.

A més el Gerent Adjunt XXX té una relació contractual amb l'Ajuntament de Barcelona i no amb la societat, fet que fa que qualsevol decisió de delegació de les seves funcions hagi de recaure en posicions amb competències que puguin ser assumides i que no es donarien en treballadors aliens a l'Ajuntament, ja que estarien subjectes a un règim jurídic diferent.

Segons l'informe jurídic emès hi ha arguments per considerar la possibilitat de la delegació: primerament, el tenor literal de la LOP fixa com a necessari que el

promotor tingui representació en la composició de la mesa, cosa que es produeix en l'acte de nomenament; segonament, la LOP no prohibeix la delegació, atès que aquesta institució precisament té una finalitat d'assegurar l'eficiència dels òrgans col·legiats; i tercerament, la pròpia resolució de nomenament dels membres permet que els vocals puguin delegar l'assistència i no en predetermina un o una suplent.

A part de l'anterior, segons l'informe jurídic hi ha un últim argument per justificar que en aquest cas no hi hagut infracció de la LOP, ja que el seu article 32.3.b prescriu que el que estableix la lletra a no és aplicable en el cas que l'òrgan de contractació sigui un òrgan col·legiat del qual formi part el promotor.

Es planteja finalment si hi ha algun element controvertible en el fet que en la reunió de la mesa de contractació, en la qual precisament s'articula la proposta d'adjudicació del contracte, hi assisteixi la persona designada com a vocal que és representant de l'Ajuntament de Barcelona. D'acord amb l'informe jurídic no s'observa cap motiu d'infracció en aquest cas, tot el contrari, ja que precisament el vocal el que fa és assistir a la reunió, complint amb el nomenament rebut, fent innecessària qualsevol delegació o suplència.

Però sense perjudici del criteri exposat a l'informe jurídic, vinculat al compliment de la literalitat del marc normatiu aplicable, creiem pertinent i necessari esmentar la doctrina en matèria de contractació pública sobre com articular la composició de les meses de contractació i les seves suplències.

En aquest sentit, l'Informe de 5/2001 de 2 de febrer de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, manifesta:

“(...) Es una práctica, relativamente frecuente, que los miembros designados para una Mesa de contratación no puedan asistir y deleguen personalmente o nombran sustitutos de facto. Sin embargo, dicha delegación o substitució quiebra el principio de competencia de quien, legalmente, debe designar a los miembros de la Mesa, es decir, el órgano de contratación, que es al que la norma le atribuye la competencia para su nombramiento.

De ahí que, en la Recomendación 3/2003, de 21 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, se entendiese que no es procedente en estos supuestos la utilización de la figura jurídica de la delegación. Si la persona designada como presidente de la Mesa de contratación, o miembro de la misma, no puede desempeñarse el ejercicio de esa función, el órgano de contratación debe realizar una nueva designación. El órgano de contratación, si lo considera procedente, para evitar recurrir a nuevas designaciones de carácter incidental, puede

nombrar suplentes, en previsión de que las funciones del presidente, o de los restantes miembros, no puedan ser ejercidas por los titulares designados.

Esta consideración trae causa de la aplicación supletoria de las normas de régimen jurídico de las Administraciones Públicas previsto en la LRJ- PAC , a tenor de lo previsto en la Disposición final octava LCSP. En este sentido la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 17/2000, de 6 de julio, tiene manifestado que “ los vocales designados podrán ser sustituidos en casos de ausencia, enfermedad, o en general cuando concurra causa justificada, por sus suplentes, si los hubiera, extremo este que en el ámbito de las competencias del órgano de contratación deben ser decididas por el órgano de contratación que ha de ejercer las competencias de designación.

Es decir, la Ley exige que la designación la realice el órgano de contratación sobre miembros que cumplan los requisitos de la norma, pudiendo designarse los correspondientes titulares y suplentes, no siendo válida la constitución de la Mesa, en función de suplencias o delegaciones por partes de los que fueron nombrados, al margen de la voluntad del órgano de contratación.

Parece oportuno, no obstante, diferenciar entre sustitución y suplencia , con el fin de evitar la confusión entre ambos conceptos. Confusión que deriva de la propia dicción del artículo 24 LRJ- PAC, que se traslada al artículo 27.3 del texto refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio, del Gobierno de Aragón.

La sustitución comprende los cambios en los sujetos miembros del órgano colegiado a consecuencia de la pérdida de tal condición, en cambio, la suplencia hace referencia a la variación concreta y determinada para alguna sesión del miembro que es titular por otro sujeto distinto. Es decir, la suplencia es una sustitución coyuntural del miembro titular. Y, como señala la STSJ de Madrid de 25 de octubre de 1996- en relación con un tribunal de selección de personal- resulta indiferente que las distintas sesiones de un órgano colegiado se celebren con la asistencia de los titulares o de los suplentes (en el mismo sentido la STSJ de Castilla León de 17 de octubre de 2008).

El dilema surge cuando no existe previsión específica en las normas que regulan el funcionamiento del órgano colegiado, en cuanto a la suplencia de sus miembros. De ahí, la necesidad, por parte del órgano de contratación, de nombrar titulares y suplentes a la hora de determinar la composición de las Mesas de contratación."

I en la conclusió tercera d'aquest informe s'indica que: “...La designación de los miembros de la Mesa de contratación tiene que llevarla a cabo el órgano de contratación sobre miembros que cumplan los requisitos de la norma, pudiendo designarse los correspondientes titulares y suplentes, no siendo válida la constitución

de la Mesa en función de suplencias o delegaciones por parte quienes fueron nombrados al margen de la voluntad del órgano de contratación....”

També, en l'informe 3/2008, de 7 de juliol, de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya. Assumpte: Composició i funcionament de les meses de contractació.

A la consideració jurídica segona manifesta el següent: “Ara bé, la mesa de contractació, amb la finalitat de poder seleccionar amb objectivitat i imparcialitat la millor oferta i motivar-ne la decisió, té una composició que respon a la d'un òrgan independent i integrat per una majoria de persones amb qualificació tècnica i que, a més, han de gaudir d'independència respecte de l'òrgan de contractació per tal de garantir aquella objectivitat i imparcialitat”.

La Junta Consultiva considera que la constitució de Meses de contractació per l'Entitat Pública, com a poder adjudicador, no Administració pública, es potestativa. No obstant això, una adequada garantia dels principis d'objectivitat i transparència en la selecció de l'oferta econòmica més avantatjosa, que l'article 1 LCSP exigeix salvaguardar en tota la contractació del sector públic, aconsella l'establiment, en els subjectes a regularització harmonitzada, d'un òrgan de valoració que s'encarregui de qualificar la documentació presentada, valorar les ofertes, i elevar una proposta d'adjudicació a l'òrgan de contractació, sent aconsellable que la seva composició s'inspiri, en la mesura de lo possible i amb les adaptacions que resultin necessàries, en el que disposa l'article 295.3 LCSP.

En aquesta línia, el mateix Tribunal Suprem ha manifestat que la configuració de la mesa de contractació com a òrgan de caràcter tècnic resulta tant de les funcions que se li encomanen com de la seva composició, en tant que la normativa de contractes estableix l'exigència que entre els vocals figuri un funcionari o funcionària que tingui atribuït l'assessorament jurídic de l'òrgan de contractació i un interventor o interventora. Més específicament, el Tribunal Suprem ha afirmat que “la intervenció de la Mesa de contractació en el procediment afecta de manera fonamental a la formació de la voluntat de l'òrgan de contractació, en tant que la proposta inclou la valoració de les proposicions dels licitadors i, tot i que no tingui caràcter vinculant, constitueix la motivació fonamental de la resolució d'adjudicació quan s'acomoda a la proposta i, en cas contrari, exigeix una motivació específica que justifiqui la raó de l'adjudicació no conforme amb la proposta (Sentència de 3 de novembre de 2004 (RJ 2004/7222)).

La doctrina ha analitzat diferents aspectes substantius i processals amb especial referència a les exigències derivades del dret de la Unió Europea i ha incidit en què:

“las mesas de contratación deberían estar formadas por miembros especializados e independientes, cualidades que no siempre se dan, y la necesidad de despolitizar dichas mesas de contratación, pues el informe de valoración de las ofertas es determinante en la adjudicación de los contratos y debe ser realizado por personas expertas en la materia que se pretende contratar, con unos conocimientos básicos de la legislación en materia de contratos que les permitan aplicar correctamente los criterios de adjudicación determinados en los pliegos y, sobre todo, que sean independientes, para evitar con todo ello que, precisamente, se pueda influenciar en la adjudicación de contratos públicos²⁵”.

RECOMANA

La possibilitat de que els plecs continguin els titulars i suplents de les Meses de contractació per una major transparència i seguretat jurídica atenent que la decisió de la Mesa de contractació afecta de forma concloent la motivació fonamental de la resolució d'adjudicació.

També es recomana la valoració de mantenir la presència de l'Ajuntament com a promotor a la mesa, amb un representant amb expertesa, que vetlli per garantir interessos de l'Ajuntament de Barcelona de l'adequació de l'execució de l'obra amb allò aprovat al projecte.

VALORACIÓ DELS CRITERIS QUE DEPENEN D'UN JUDICI DE VALOR

L'article 150.2, segon paràgraf, del TRLCSP prescriu que, quan en una licitació que se segueixi per un procediment obert s'atribueixi als criteris avaluable de forma automàtica per aplicació de fórmules una ponderació inferior a la corresponent als criteris la quantificació dels quals depengui d'un judici de valor (també anomenats *subjectius*), cal constituir un **comitè d'experts** no integrats en l'òrgan que proposi l'adjudicació del contracte i amb qualificació apropiada per fer aquesta avaluació o encomanar-la a un organisme tècnic especialitzat, degudament identificat en el plec.

En el cas que ens ocupa, la valoració del criteris que depenen d'un judici de valor no l'ha fet un comitè d'experts. En aquest punt, però, l'informe jurídic manifesta que s'ha d'imposar l'aplicació estricta del règim jurídic peculiar que tenen els contractes

²⁵ Teresa Moreo Marroig (Interventora delegada de la Intervención General de Baleares) y publicado en la colección de Cuadernos Digitales de Formación del Consejo General del Poder Judicial

subjectes a una regulació harmonitzada adjudicats per poders adjudicadors no administracions públiques: en efecte, l'article 190.1.a TRLCSP expressament estipula que en aquests contractes no és d'aplicació, entre altres, la norma continguda a l'article 150.2, segon paràgraf, relativa a la intervenció del comitè d'experts per avaluar els criteris subjectius.

Per tot això, el fet que, en el procediment d'adjudicació del contracte d'obres, l'avaluació dels criteris que depenen d'un judici de valor s'hagi fet no per un comitè d'experts aliens a la mesa de contractació, sinó per tècnics, un dels quals n'és precisament un dels membres, a parer de l'informe jurídic referenciat, no constitueix una infracció del TRLCSP.

Nogensmenys, considerem pertinent i oportú esmentar algunes de les asseveracions efectuades pel Dictamen del Consejo de Estado, quan va informar sobre l'avantprojecte de la Llei 13/1995 de 18 de maig de Contratos de las Administraciones Públicas, on expressava la necessitat de l'aplicació dels principis constitucionals que caracteritzen l'Administració Pública en l'actuació de les entitats públiques sotmeses en l'actuació al dret privat, establint la necessària vinculació d'aquestes entitats als principis de Dret públic. En concret, afirmava: *"...entre ellos se encuentran, por sólo nombrar algunos, el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art 9.3 in fine CE) y el principio de objetividad en el servicio de los intereses públicos (art.103 CE) con todos los corolarios que de ellos se derivan (mérito, capacidad, publicidad, transparencia), así como por supuesto, el principio mismo de legalidad y respecto a los derechos fundamentales. Continúa el Dictamen afirmando que estos principios no están limitados a la actuación de la administración pública en régimen de derecho público, sino que se extiende con idéntica fuerza vinculante al caso de sometimiento al Derecho privado"*.

En aquest sentit, el Tribunal Superior de Justícia de Valencia, a la sentència 4754, de 16 de juny de 2017, determina que l'article 150.2 del TRLCSP ha establert la prohibició de que aquelles persones que han de realitzar l'avaluació de les ofertes formin part de l'òrgan proponent del contracte, incompatibilitat que, per la seva finalitat, ha d'aplicar-se no només als membres del comitè, sinó a tots aquells que vagin a realitzar una avaluació d'ofertes, incloent-se els membres de la mesa de contractació, segons es desprèn de la incompatibilitat imposada pel citat article.

També reproduïm el criteri establert per l'Audiència Nacional i recollit a la sentència del Tribunal Superior de Justícia de la Comunitat Valenciana de 16 de juny de 2017 número 4754/27 que reproduïx el criteri de l'Audiència Nacional que estableix que encara que no procedeix la constitució d'un comitè d'avaluació, el tècnic informant/avaluador no pot formar part de la taula de contractació, malgrat que l'expedient objecte de contractació sigui d'un poder adjudicador no administració

pública: Criterio de la Audiencia Nacional: “Según el apartado 150.2.del Texto Refundido de la Ley de contratos del Sector Público establece: (...) Cuando en una licitación que se siga por un procedimiento abierto o restringido se atribuya a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, deberá constituirse un comité que cuente con un mínimo de tres miembros, formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación apropiada, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas conforme a estos últimos criterios, o encomendar esta evaluación a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos.”. “De esta norma es forzoso traer a colación la prohibición de que aquellas personas que deben realizar la evaluación de las ofertas formen parte del órgano proponente del contrato; incompatibilidad que, por su finalidad, debe aplicarse no solo a los miembros del comité, sino a todos aquellos que vayan a realizar una evaluación de las ofertas. Como quiera que en el presente caso el ingeniero municipal fue la persona que informó y evaluó técnicamente las propuestas de los licitadores, asimismo formó parte de la Mesa de contratación, se incurrió en la incompatibilidad contemplada en el transcrito precepto...”

En la línia dels principis que cita el Dictamen del Consell d'Estat, d'aplicació també als contractes adjudicats per poders adjudicadors no administracions públiques i atenent als arguments jurisprudencials citats que motiven la incompatibilitat, tot i la literalitat del marc normatiu que no obligaria, semblaria convenient, més en contractes de la complexitat tècnica que ens ocupa, mantenir la intervenció col·legiada del comitè d'experts, no membres de la mesa de contractació, per avaluar els criteris subjectius, quan tenen assignada una puntuació superior a la corresponent als criteris avaluable de forma automàtica.

Altrament, la vigent llei de la contractació del sector públic en l'article 326.5 LCSP estableix que no podrà formar part de les Meses de contractació el personal que hagi participat en la redacció de la documentació tècnica del contracte que es tracti, amb l'excepció de la Disposició Addicional 2 en el seu apartat 7 que si ho permet per aquest cas concret la doctrina majoritària entén que aquesta limitació opera en les Entitats Locals per l'evident limitació en la seva plantilla.

Entenem que no es el cas que ens ocupa, ja que la dimensió i la complexitat de les obres requereix un compliment molt curós per mantenir la competència real del mercat i perquè que sigui eficient la gestió dels recursos públics.

I aquesta línia d'argumentació queda reforçada per les previsions de la vigent Llei 9/2017, de 8 de novembre de Contractes de Sector Públic, al deduir-se dels seus preceptes la voluntat inequívoca del legislador de restringir la participació en la mesa de contractació, del personal que hagi participat en la redacció de qualsevol documentació tècnica del contracte, la que afecta a aspectes tècnics del contracte,

representada normalment però no únicament en el plec de prescripcions tècniques. Aquesta elaboració impedeix a qui ha participat en formar part d'un òrgan com la mesa de contractació, òrgan que ostenta importants funcions en el procediment de selecció del contractista.

Són totes aquestes previsions per afavorir la transparència de la contractació pública i evitar els conflictes d'interessos en l'actuació de membres de la mesa.

RECOMANA

Respecte a l'Informe tècnic dels criteris que depenen d'un judici de valor, emès per membres de la mesa, no aliens, la primera persona que signa l'anàlisi d'ofertes és alhora membre de la mesa de contractació. En la línia dels principis que cita el Consell d'Estat, i s'ha pronunciat jurisprudència i doctrina, d'aplicació també als contractes adjudicats per poders adjudicadors no administracions públiques, tot i la literalitat del marc normatiu que no obligaria, semblaria convenient, més en contractes de la complexitat tècnica que ens ocupa, mantenir la intervenció col·legiada del comitè d'experts, no membres de la mesa de contractació, per avaluar els criteris subjectius, quan tenen assignada una puntuació superior a la corresponent als criteris avaluable de forma automàtica.

FORMULES PER LA VALORACIO DEL PREU

El Tribunal de Cuentas en el seu informe de fiscalització de la contractació celebrada per les Entitats Locals de les Comunitats Autònomes sense OCEX propi, període 2013-2014, indica el següent: *“Ponderación de los criterios de adjudicación: las formulas. Los criterios de adjudicación deben estar definidos y ser conocidos por los licitadores, siendo necesario que, cuando se emplee una fórmula matemática, todos los elementos de la misma estén delimitados, de modo que no exista margen para la discrecionalidad técnica.*

El artículo 150 del TRLCSP distingue entre los criterios de adjudicación que pueden valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las formulas establecidas en el PCAP y aquellos cuya cuantificación depende de un juicio de valor. El conocimiento de la fórmula y de las reglas de distribución de puntuación de los criterios de adjudicación que es utilizada por el órgano de contratación al valorar las ofertas es un elemento decisivo que debe conocer el licitador en el momento de preparar la oferta, puesto que esta última puede variar en función del sistema de reparto previsto. La legislación de contratos del sector público, en consonancia con las Directivas europeas, exige que los criterios de valoración de las ofertas están debidamente definidos, tengan relación con el objeto del contrato, sean suficientemente conocidos por los licitadores y que se apliquen por igual a todos ellos. Esta exigencia se manifiesta en mayor medida en la evaluación que se realiza

mediante fórmula matemática, en la que todos los elementos deben estar perfectamente delimitados en la fórmula que se ha de aplicar, de modo que no exista el margen de discrecionalidad técnica que dispone el órgano de contratación en la evaluación sujeta a un juicio de valor. El desconocimiento de la fórmula matemática o de las reglas de distribución de puntuación de los criterios de adjudicación genera indefensión para los licitadores, en tanto en cuanto estos, a la vista de los pliegos, no pueden conocer de antemano los criterios que el órgano de contratación tendrá en cuenta para la valoración de sus ofertas.”

RECOMANA

Que la fórmula utilitzada per la societat municipal per a la valoració del preu i dels criteris automàtics desincentiva les baixes i incrementa l'àmbit de discrecionalitat de l'òrgan de contractació, tal i com s'ha pronunciat la Intervenció General.

RECOMANA

Que el criteri de “baixa sobre possibles modificacions” no pot ser un criteri a tenir en compte en les licitacions, ja que la modificació contractual és una facultat pròpia de l'òrgan de contractació, no disponible, a banda de la poca incidència que pot acabar tenint en l'execució del contracte, si aquest no acaba modificant-se.

RÈGIM I PROCEDIMENT DE JUSTIFICACIÓ DE LES BAIXES DESPROPORCIONALS O ANORMALS

El règim jurídic de les ofertes amb valors anormals o desproporcionats (antigament conegudes com *baixes temeràries*) en els contractes subjectes a una regulació harmonitzada adjudicats per poders adjudicadors no administracions públiques també es concreta a l'article 190.1.a TRLCSP, el qual expressament estipula que en aquests contractes no és d'aplicació, entre altres, les normes contingudes als apartats 1 i 2 de l'article 152. A *contrario sensu*, sí resulten d'aplicació els seus apartats 3 i 4.

És l'article 1 i 2 de l'art.152 TRLCSP el que converteix la fixació de paràmetres per determinar si l'oferta és anormal o desproporcionada és facultativa per a l'òrgan de contractació quan per a l'adjudicació s'hagi de considerar més d'un criteri de valoració, i no únicament el preu. Aquest criteri és seguit per la resolució nº 7/2015TCCSP (Tribunal Català de Contractes del Sector Públic), que estableix que és una potestat de l'òrgan de contractació la de perfilar en la contractació si hi hauran possibles preus anormals o no, i que pot optar per no establir cap paràmetre per

apreciar si una oferta pot ser considerada com anormal o desproporcionada: “no és, per tant, el legislador qui determina, amb caràcter general, quins són els criteris objectius d’acord amb els quals ha d’apreciar-se en una determinada licitació si una oferta s’ha de considerar “anormal o desproporcionada”, sinó que són els plecs que regeixen cada licitació, en particular, els que fixen (si l’òrgan de contractació així ho considera oportú) quins són, si escauen, aquests criteris”

En conseqüència, el plec ha de ser el que fixi, si es cau, els paràmetres objectius que determinin la anormalitat de les ofertes, i aquest pot establir fórmules que, considerant totes les ofertes, exclogui del càlcul aquelles que desvirtuen el llindar per la seva disparitat, tal com estableix l’informe nº11/2014 de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma d’Aragó. En aquest sentit, els paràmetres objectius que determinaran el caràcter desproporcionat de les ofertes poden establir-se pels òrgans de contractació tenint en compte variables estadístiques diferents de la mitjana aritmètica.

Es recomana però, tal com s’han pronunciat reiteradament el Tribunal de Justícia de la Unió Europea, el Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals, i la Comissió Nacional dels Mercats i la Competència, definir la desviació de baixa amb percentatges més elevats per incentivar les empreses a oferir condicions més avantatjoses.

Per cada tipus de contracte es pot aconsellar la formulació d’uns paràmetres objectius que comportin la qualificació d’ofertes anormalment baixes diferents, i exigirà, en cada cas concret, un adequat coneixement de la situació del mercat provisorï de la situació econòmica general en el moment de la licitació. No obstant, la superació d’aquests límits (presumpció de temeritat) no permet excloure de manera automàtica les proposicions, sinó que en aquests casos cal donar audiència al licitador a fi que aquest pugui justificar la seva proposició (Resolució nº149/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales TACRC, de 19 de febrer).

En aquesta línia l’apartat 3 de l’article 152 TRLCSP disposa que quan s’identifiqui una proposició que pugui ser considerada desproporcionada cal (1) atorgar una audiència a l’empresa licitadora corresponent perquè justifiqui la valoració de la seva oferta i en precisi les condicions i (2) sol·licitar-se l’assessorament tècnic del servei corresponent. Per contra, no s’estableix qui ha de conferir el tràmit d’audiència ni el seu termini. Tenint en compte que es tracta d’un acte de tràmit relacionat amb la valoració de les ofertes (art. 320.1 TRLCSP), cal concloure que la mesa de contractació és competent per fer el requeriment esmentat a les empreses que hagin presentat una oferta presumptament desproporcionada i, en representació seva, la persona que ocupa la secretaria.

Per tant si la justificació es considera insuficient, el TRLCSP no estableix que s'hagi de fer un nou requeriment, tot i que no sembla que estigui proscribida la possibilitat de sol·licitar algun aclariment concret de la justificació, amb coneixement de la resta de competidors, a petició de la mesa de contractació o eventualment de l'òrgan de contractació mateix. Però aquest fet depèn de la potestat de l'òrgan d'assistència (mesa) o del de contractació, ja que feta la justificació i a la vista de l'assessorament tècnic corresponent es pot entendre tot això com a suficient, com acomplert el tràmit, d'acord amb la llei, per elevar una proposta o per resoldre sobre l'adjudicació del contracte, respectivament

Al marge del compliment normatiu i d'aplicació del procediment contradictori per a dirimir si una oferta està incursa en baixa temerària, el principi de bona administració i bones pràctiques hagués requerit d'una major motivació en la decisió contractual. El TS lliga el dret a una bona administració amb l'obligació administrativa de motivar, així la STS de 15/10/2010 (JUR\2010\366859) assenyala:

“(...) El deber de motivación de los actos administrativos que establece el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que se enmarca en el deber de la Administración de servir con objetividad los intereses generales y de actuar con sumisión plena a la Ley y al derecho que impone el artículo 103 de la Constitución, se traduce en la exigencia que los actos administrativos contengan una referencia precisa y concreta de los hechos y de los fundamentos de derecho que para el órgano administrativo que dicta la resolución han sido relevantes, que permita conocer al administrado la razón fáctica y jurídica de la decisión administrativa, posibilitando el control judicial por la tribunales del contencioso-administrativo. El deber de la Administración de motivar sus decisiones es consecuencia de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de las arbitrariedad de los poderes públicos, que se garantizan en el artículo 9.3 de la Constitución; y puede considerarse como una exigencia constitucional que se deriva del artículo 103, al consagrar el principio de legalidad de la actuación administrativa, según se subraya en la sentencia de esta Sala de 30 de noviembre de 2004.

El deber de motivación de las administraciones públicas se conecta con el derecho de los ciudadanos a una buena Administración, que es consustancial a las tradiciones constitucionales comunes de los estados miembros de la Unión Europea, recogidas en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000, al enunciar que este derecho incluye en particular la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones.»

RECOMANA

En relació al règim i procediment de justificació de les baixes desproporcionades o anormals, que la regulació establerta per l'empresa municipal en l'anàlisi de les baixes temeràries ha estat reiteradament posat de manifest per la Intervenció General, en els controls financers efectuats a l'empresa municipal.

Es recomana tal com s'han pronunciat reiteradament el Tribunal de Justícia de la Unió Europea, el Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals, i la Comissió Nacional dels Mercats i la Competència, definir la desviació de baixa amb percentatges més elevats per incentivar les empreses a oferir condicions més avantatjoses.

APROVACIÓ DEL PROJECTE EXECUTIU AMB POSTERIORITAT A L'INICI DE LA TRAMITACIÓ DE L'EXPEDIENT D'EXECUCIÓ DE LES OBRES.

L'article 125 del RGLCAP estableix que els projectes han de referir-se a obres completes i susceptibles de ser entregades a l'ús general o al servei corresponent i han de comprendre tots i cadascun dels elements precisos per la utilització de l'obra. No obstant, quan es tracti d'obres que per la seva naturalesa o complexitat necessitin de l'elaboració de dos o més projectes específics o complementaris, la part de l'obra a que es refereixi cadascun d'ells serà susceptible de contractació independent, sempre que el conjunt dels contractes figuri en un pla de contractació plurianual.

RECOMANA

Que malgrat el que disposa l'art 125 del RGLCAP caldria avaluar la incidència que, en el cas concret que ens ocupa, ha pogut tenir en l'execució de l'obra la circumstància d'haver iniciat la contractació de l'execució abans de disposar de l'aprovació definitiva del projecte executiu.

ERROR EN LA LECTURA DE LES PROPOSTES EN L'OBERTURA DEL SOBRE DE L'OFERTA ECONÒMICA. RECTIFICACIÓ D'ERRORS.

En relació a l'expedient de contractació, consta un error en la lectura de les propostes en la obertura del sobre 2, es va emetre un aclariment per part del Departament de XXXX del Districte sobre l'acta de la sessió que la Mesa de Contractació va portar a terme el passat XXX de XXX de 2017.

L'acte d'apertura de l'oferta econòmica s'efectua en acte públic, aquest acte té dues finalitats:

- Garantir que es compleixi la regla bàsica del caràcter secret de les proposicions fins el moment de l'obertura dels sobres. Els licitadors poden comprovar la integritat dels sobres presentats fins el moment de la seva apertura, descartant així la possible sospita de "manipulació" dels mateixos per l'Administració contractant.
- Permet que els licitadors coneguin, de forma simultània, quina ha sigut l'oferta proposada per cadascuna d'elles.

La rectificació d'errors en els actes administratius està regulat en l'article 109 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del Procediment Administratiu Comú de les Administracions Públiques. L'Administració ha de rectificar els errors acreditats que continguin els seus actes. La rectificació podrà ser d'ofici o a instància dels interessats. Cal que siguin errors de fet i aritmètics i poden rectificar-se en qualsevol moment. La rectificació d'errors no pot implicar una revisió d'ofici o una revocació encoberta, per la qual cosa no pot versar sobre el supòsit d'errors en valoracions o qualificacions jurídiques, sinó en errors de fet o aritmètics.

Dit això, un cop detectat per la Mesa l'error de lectura que es va produir en el moment de la lectura de la proposició econòmica d'un dels licitadors, es va actuar amb la diligència deguda atès que es va notificar amb el trasllat de l'acta de la Mesa de contractació mitjançant correu electrònic, a fi de garantir que tots els membres de la Mesa com els licitadors ho rebien ja que no hi havia la seguretat que tothom estigués donat d'alta en el perfil del contractant i es va informar de la possibilitat de tenir vista de l'expedient a fi de poder comprovar la veracitat de l'error de la lectura de la proposició econòmica.

RECOMANA

Que no existeixen indicis que l'actuació de la Mesa no actués dins de la legalitat vigent i a les bones pràctiques. Així mateix, la decisió adoptada ha estat coherent amb la pràctica administrativa, al respectar les expectatives legítimes i raonables que podien tenir envers aquesta actuació, en concret, en oferir la seguretat jurídica requerida en tot procés de contractació administrativa.

Tampoc consta en les actuacions examinades que s'hagi interposat cap demanda judicial contra la desestimació dels recursos de reposició interposats contra la resolució de proposta d'adjudicació d'aquesta contractació i sobre el contingut

INEXISTÈNCIA DE REGISTRE D'ENTRADA I SORTIDA DE DOCUMENTS DELS EXPEDIENTS ADMINISTRATIUS DE CONTRACTACIÓ

La Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, regulava, en l'article 38 i en l'article 16 de la vigent Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques, la necessària existència d'un registre general d'entrada i sortides d'escrius, sol·licituds i comunicacions en els òrgans administratius.

En la documentació aportada per part de l'empresa en els expedients objecte d'aquest anàlisi no consta cap certificat de registre amb especificacions de la data i l'hora de l'entrada de les pliques i altra documentació per part dels licitadors. Cas de confirmar aquest extrem, l'incompliment d'aquest requisit podria comportar la possible nul·litat de les actuacions per manca de garanties procedimentals i de control i verificació.

En aquest sentit, la Resolució número 5/2018 de 31 de gener de 2018 del Tribunal Català del Sector Públic, en el fonament jurídic vuitè, indica que la disposició addicional setzena del TRLCSP, relativa a l'ús dels mitjans electrònics, informàtics i telemàtics en els procediments previstos per aquesta llei, estableix que la utilització d'aquests mitjans s'haurà d'ajustar a les normes que estableix. En especial, cal tenir en compte que aquesta disposició exigeix que les aplicacions que s'utilitzin per efectuar les comunicacions, notificacions i lliuraments documentals entre el licitador o contractista i l'òrgan de contractació han de poder acreditar la data, l'hora de l'emissió o recepció, la integritat del contingut i el remitent o destinatari d'aquestes.

“e) Las aplicaciones que se utilicen para efectuar las comunicaciones, notificaciones y envíos documentales entre el licitador o contratista y el órgano de contratación deben poder acreditar la fecha y hora de su misión o recepción, la integridad de su contenido y el remitente y destinatario de las mismas. En especial, estas aplicaciones deben garantizar que se deja constancia de la hora y la fecha exactas de la recepción de las proposiciones o de las solicitudes de participación y de cuanta documentación deba presentarse ante el órgano de contratación.”

La mateixa resolució en el seu fonament jurídic onzè diu: *“De resultes de l'anterior, la vulneració del PCAP, la defensa del principi de tutela efectiva, l'exigència de la necessària existència bona fe i confiança legítima que ha de presidir les comunicacions dels poders adjudicadors...”*.

L'apartat 1 de l'article 22 de la Directiva 2014/24/UE, del Parlament Europeu i del Consell de 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública, en referència als mitjans de comunicació electrònics, preveu: “1. Los Estados miembros garantizarán que todas las comunicaciones y todos los intercambios de información en virtud de la presente Directiva, y en particular la presentación electrónica de ofertas, se lleven a cabo utilizando medios de comunicación de conformidad con los requisitos establecidos en el presente artículo. Las herramientas y dispositivos que deban utilizarse para la comunicación por los medios electrónicos, así como sus características técnicas, serán no discriminatorios, estarán disponibles de forma general y serán compatibles con los productos informáticos de uso general y no restringirán el acceso de los operadores económicos al procedimiento de contratación”.

El paràgraf 2 d'aquest precepte preveu, com a excepció, la possibilitat de procedir a una comunicació oral, sempre que no es tracti de cap element essencial d'un procediment de licitació, i fa referència explícita a: plecs de contractació, sol·licituds de participació, confirmacions d'interès i ofertes. Al respecte s'exigeix que les comunicacions orals amb els licitadors que puguin incidir substancialment en el contingut i l'avaluació de les ofertes estaran documentades de manera suficient i a través dels mitjans adequats com els arxius o resums sonors dels principals elements de la comunicació.

Val a dir que les previsions de la Directiva han quedat recollides en la disposició addicional 15 “Normes relatives als mitjans de comunicació utilitzables en els procediments regulats en aquesta llei” de la nova Llei 9/2017, de 9 de novembre, de contractes del sector públic, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les Directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014.

RECOMANA

Que la falta reiterada del control d'entrada i sortida dels documents dels expedients de contractació analitzats, i en concret, de les pliques d'aquests procediments, comporta vicis d'actes dictats prescindint del procediment legalment establert o de les regles especials per la formació de la voluntat dels òrgans col·legiats que poden dur la nul·litat de ple dret de la seva tramitació, i implica fugir de la rigorositat necessària per no trencar el principi de legalitat i seguretat jurídica que ha de complir la contractació pública.

EXISTÈNCIA D'EMPRESES VINCULADES

En relació a la regulació d'empreses vinculades, l'art. 145.4 del Reial Decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre considera que per ser considerades empreses vinculades cal estar a allò previst en l'art. 42 del Codi Comerç:

- a) Disposar de la majoria dels drets de vot
- b) Tenir la facultat de nomenar o destituir a la majoria dels membres de l'òrgan d'administració
- c) Possibilitat de disposar, en virtut d'acords celebrats amb tercers, de la majoria dels drets de vot
- d) Designació amb els seus vots a la majoria dels membres de l'òrgan d'administració, que desenvolupen el seu càrrec en el moment en què hagin de formular les comptes consolidades i durant els dos exercicis immediatament anteriors.

En el cas d'empreses vinculades, pels contractes de concessió d'obra pública, la presentació de proposicions diferents per empreses vinculades suposa l'exclusió del procediment d'adjudicació, a tots els efectes, de les ofertes formulades. Per els altres contractes, produeix els efectes que es determinin reglamentàriament en relació amb l'aplicació del règim d'ofertes amb valors anormals o desproporcionats.

RECOMANA

Atès l'obligació establerta en l'art. 63 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, de publicar el nombre i la identitat dels licitadors participants en el procediment en el perfil del contractant, procedeix recomanar a l'Ajuntament que es doti d'un instrument eficaç per poder analitzar l'actuació de les empreses licitadores front la contractació pública municipal amb l'objectiu d'identificar possibles irregularitats o maniobres de competència deslleial de les empreses vinculades.

IV. FASE D'EXECUCIÓ DEL CONTRACTE

SEGUIMENT DE LA CORRECTA EXECUCIÓ DE LA CONTRACTACIÓ

Cada fase de l'iter procedimental de la contractació (preparació, adjudicació i execució) ha de ser regida pel principi de la transparència, entesa des de la seva

doble vessant: a) interna, com a principi bàsic de la contractació pública, implica els principis de publicitat, igualtat de tracte i objectivitat; i b) externa, com un sistema d'accés a la informació dels ciutadans mitjançant la publicació de les dades dels contractes.

Però en la contractació administrativa, cal emfatitzar que la fase de l'execució del contracte és la més rellevant del contracte, és on radica el compliment de les finalitats públiques que es pretenen satisfer, on es garanteix l'eficiència de la despesa pública, i on es permet controlar i avaluar adequadament la gestió de la contractació pública, així com la materialització dels principis que l'han d'inspirar, i moltes vegades les més oblidades de supervisió per part de l'Administració pública contractant.

És en aquesta fase on s'ha d'exigir el compliment material, rigorós i efectiu del contracte, mitjançant:

- Establiment i precisió en els plecs les condicions de l'execució així com els drets i obligacions de les parts durant l'execució i extinció del contracte, de compliment obligatori i vinculant per les dues parts.
- Establiment i precisió en els plecs de mecanismes efectius per reaccionar contra l'incompliment de l'adjudicatari, amb el seu correlatiu sistema de penalitzacions, tipificació concreta i procediment administratiu.
- Enfortir els sistemes de control periòdic i material del compliment de les obligacions establertes en els plecs per part de l'adjudicatari.
- En cas de detecció d'un incompliment de les obligacions establertes, activar els mecanismes establerts per exigir les responsabilitats necessàries, si s'escau aplicar les sancions que procedeixin per tal d'assegurar el compliment del contracte.

RECOMANA

L'òrgan gestor de la Bústia ètica ha recomanat en les diverses comunicacions respecte el seguiment de l'execució del contracte:

- **Cal incidir en que la finalitat de la contractació pública és la realització efectiva de les activitats i serveis que es demanden, per aquesta raó és essencial la seva correcta execució i el compliment de les clàusules dels plecs de condicions administratives i tècniques, i més en l'àmbit tant**

sensible com és l'existència de menors estrangers sense referents familiars.

- Es recomana que es reforcin les mesures necessàries per garantir un control real, operatiu i eficient de l'execució dels contractes, de la materialització del seu “*buen fin*” i de que la necessitat que es tracta d'atendre sigui efectiva tal i com s'ha plantejat i justificat en la preparació del contracte. Destacant en aquest punt l'evolució de figures com la del responsable del contracte la designació del qual pels òrgans de contractació ha passat de ser potestativa (article 52 del TRLCSP) a obligatòria a la vigent Llei 9/2017, de 8 de novembre de Contractes del Sector Públic (art 62 LCSP).

- S'emfatitza que en cas de detecció d'incompliment de les obligacions establertes en els plecs, s'han d'activar els mecanismes corresponents per exigir a les empreses adjudicatàries el compliment de les obligacions assumides, i a efectes de prevenir les possibles responsabilitats que podria incórrer l'Ajuntament per fets causats arrel d'infraccions

- Revisió efectiva la documentació preventiva i preceptiva que han de facilitar les empreses adjudicatàries per exigència de la normativa de prevenció de riscos laborals i dels plecs, exigint que aquesta sigui lliurada de forma complerta i íntegra.

- Per millorar l'agilitat de revisió de la documentació lliurada per les empreses adjudicatàries, establir un sistema d'ordenació de la documentació preventiva per cada treballador/a, amb l'existència d'una traçabilitat dels registres exigits per la normativa preventiva, entre d'altres: informació dels riscos, formació dels riscos, lliurament dels EPIS, acceptació o renúncia dels exàmens mèdics.

- Recomanar a les empreses adjudicatàries que, per garantir l'execució del contracte en les condicions d'excel·lència que exigeix la naturalesa del servei públic que esta cobrint, i el perfil dels usuaris d'aquell, que perfeccionin els seus protocols de comunicació de riscos o d'altres mecanismes que compleixen amb la mateixa funció, en cas que no es disposi.

RESPONSABILITAT SOLIDÀRIA O SUBSIDIÀRIA DE L'ADMINISTRACIÓ PER INCOMPLIMENTS DEL CONTRACTISTA EN MATÈRIA SOCIOLABORAL I DE PREVENCIÓ DE RISCOS LABORALS

A la clàusula del plec de prescripcions tècniques particulars que estableix que:
“L'adjudicatària és la responsable del compliment de totes les disposicions vigents en matèria

laboral, de Seguretat Social, seguretat i salut, i de prevenció de riscos laborals que siguin d'aplicació", cal advertir a l'òrgan de contractació que aquest clausulat no li descarrega del risc d'incórrer en responsabilitat solidària pels incompliments del contractista en matèria sociolaboral i de prevenció de riscos laborals.

En aquest sentit, cal remetre'ns a l'art. 42.2 del Reial Decret Legislatiu 2/2015, de 23 d'octubre, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de l'Estatut dels Treballadors que regula:

“2. El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante los tres años siguientes a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el periodo de vigencia de la contrata.

De las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores responderá solidariamente durante el año siguiente a la finalización del encargo.”.

La responsabilitat solidària del contractista principal també és recollida en l'art. 168.1 del Reial Decret legislatiu 8/2015, de 30 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei General de la Seguretat Social:

“1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores para las contratas y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario contratante, cuando un empresario haya sido declarado responsable, en todo o en parte, del pago de una prestación, a tenor de lo previsto en el artículo anterior, si la correspondiente obra o industria estuviera contratada, el propietario de esta responderá de las obligaciones del empresario si el mismo fuese declarado insolvente.”

La controvèrsia que podria existir seria si l'Ajuntament que adjudica un contracte reuneix o no la condició d'empresari principal als efectes establerts en la normativa d'aplicació. Al respecte, el Tribunal Suprem ha precisat l'abast del termini “empresari” a aquests efectes, incloent dins de la mateixa a l'Administració en cas de concessions i contractes administratius (STS de 23 de desembre de 1996, STS de 6 de juliol de 2005, STS de 13 de novembre de 2008, entre d'altres).

A tall d'exemple, es transcriu una part del paràgraf cinquè de la STS 2982/2016, de 27 de juny de 2016:

La expresión empresario, utilizada por el artículo 42, no ha de entenderse limitada a quien sea titular de una organización económica específica que manifieste la existencia de una empresa, en sentido económico o mercantil. El área prestacional y no económica en que es encuadrable el servicio encomendado por el Ayuntamiento recurrente a quien es empleadora directa, efectuado mediante contratación administrativa, no excluye, por la condición pública del titular de tal servicio, la aplicación del artículo 42, dado que dicha condición no es obstáculo para que tal entidad, de haber asumido directamente y por sí misma la gestión del referido servicio, con el cual se atiende a la consecución de fines enmarcados en el área de su competencia, habría actuado como empleador directo, siendo también tal en múltiples facetas de su actividad. Una interpretación teleológica del mencionado precepto fuerza a entender incluida a esta última en su disciplina, con relación al supuesto de gestión indirecta de servicios, mediante la que se encomiende a un tercero tal gestión, imponiéndole la aportación de su propia estructura organizativa y de sus elementos personales y materiales, para el desarrollo del encargo que asume. Entenderlo de manera distinta supondría una reducción del ámbito protector del citado artículo 42, que no respondería al espíritu y finalidad del precepto. Aun posibilitando cesiones indirectas para facilitar la parcelación y división especializada del trabajo, dicho precepto otorga a los trabajadores las garantías que resultan de la responsabilidad solidaria que atribuye al dueño de la obra o servicio. Por otra parte, las expresiones «Contratas o subcontratas», por su generalidad, no cabe entenderlas referidas, en exclusiva, a contratos de obra o de servicio de naturaleza privada, ya que abarcan negocios jurídicos que tuviesen tal objeto, aún correspondientes a la esfera pública, siempre que generasen las antedichas cesiones indirectas y cumpliesen los demás requisitos exigidos para la actuación del mencionado precepto. Esta doctrina es más conforme con el carácter protector que tiene lo dispuesto en el artículo 42 del Estatuto de Trabajadores, al que no es ajena la normativa que rige la contratación del sector público, pues

en ella no hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social constituye uno de los supuestos de prohibición para contratar (artículo 60.1.d) del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público).

En aquesta línia, la jurisprudència conclou que les Administracions Públiques són responsables solidàries de les obligacions amb la Seguretat Social concretes per contractistes i subcontractistes.

Per tant, les sentències condemnatòries a administracions i resta d'entitats públiques per impagament de les cotitzacions a la Seguretat Social dels seus treballadors per part de contractistes i subcontractistes són habituals (STSJ de Madrid de 13 de desembre de 2000, STSJ de Aragon de 17 de desembre de 2009, STSJ de Castilla i Lleó de 13 de juny de 2014, etc.)

Un altre supòsit de risc responsabilitat solidària d'una entitat contractant amb les obligacions d'una empresa contractada és l'abonament dels salaris dels treballadors quan l'adjudicatari no els abona (STS 15 de juliol de 1996 o STS de 5 de desembre de 2011).

També s'estableix la responsabilitat subsidiària de l'Administració en el cas d'impagaments pels contractistes de la retenció de l'IRPF dels seus treballadors en aplicació de l'art. 43.1 f) de la Llei 58/2003, de 17 de desembre, General Tributària:

“Serán responsables subsidiarios de la deuda tributaria las siguientes personas o entidades:

[...]

f) Las personas o entidades que contraten o subcontraten la ejecución de obras o la prestación de servicios correspondientes a su actividad económica principal, por las

obligaciones tributarias relativas a tributos que deban repercutirse o cantidades que deban retenerse a trabajadores, profesionales u otros empresarios, en la parte que corresponda a las obras o servicios objeto de la contratación o subcontratación.

La responsabilidad prevista en el párrafo anterior no será exigible cuando el contratista o subcontratista haya aportado al pagador un certificado específico de encontrarse al corriente de sus obligaciones tributarias emitido a estos efectos por la Administración tributaria durante los 12 meses anteriores al pago de cada factura correspondiente a la contratación o subcontratación.”

Respecte a les obligacions en matèria de prevenció de riscos laborals, l'art. 3 de la Llei 31/1995, de prevenció de riscos laborals (LPRL) inclou dins de l'àmbit de la seva aplicació “tanto en el ámbito de las relaciones laborales reguladas en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, como en el de las relaciones de carácter administrativo o estatutario del personal al servicio de las Administraciones Públicas”, i que “Cuando en la presente Ley se haga referencia a trabajadores y empresarios, se entenderán también comprendidos en estos términos, respectivamente, de una parte, el personal con relación de carácter administrativo o estatutario y la Administración pública para la que presta Servicios”.

Així mateix, l'art. 24.3 LPRL, desenvolupat pel Reial Decret 171/2014, de 30 de gener, regula que “Las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales.”

Cal advertir, que de conformitat amb l'art. 42 LPRL l'incompliment per part dels empresaris de les seves obligacions en matèria de prevenció de riscos laborals “dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento.”

En matèria de contractació, amb l'entrada en vigor de la Llei 9/2017 de 8 de novembre, de Contractes del Sector Públic, al seu art. 201 es concreten les obligacions en matèria mediambiental, social o laboral que tenen els òrgans de contractació:

“Los órganos de contratación tomarán las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia mediambiental, social o laboral establecidos en el derecho de la Unión Europa, el derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de derecho internacional mediambiental, social y laboral que vinculen al Estado y en particular las establecidas en el anexo V.

Lo indicado en el párrafo anterior se establece sin perjuicio de la potestad de los órganos de contratación de tomar las oportunas medidas para comprobar, durante el procedimiento de licitación, que los candidatos y licitadores cumplen las obligaciones a que se refiere el citado párrafo.

El incumplimiento de las obligaciones referidas en el primer párrafo y, en especial, los incumplimientos o los retrasos reiterados en el pago de los salarios o la aplicación de condiciones salariales inferiores a las derivadas de los convenios colectivos que sea grave y dolosa, dará lugar a la imposición de las penalidades a que se refiere el artículo 192 ”.

RECOMANA

Que si bé l'empresa adjudicatària és la responsable del compliment de les disposicions vigents en matèria laboral, de Seguretat social, i de prevenció de riscos laborals, l'Ajuntament pot incórrer en risc de responsabilitat solidària o subsidiària, en relació amb els impagaments per part de les contractistes o subcontractistes de les seves obligacions tributaries, salarials, i amb la Seguretat Social. Raó aquesta i la del risc reputacional en la que podria incórrer l'Ajuntament, que justificarien l'adopció de les cauteles de control i de penalització corresponents per part de l'administració contractant en la redacció dels plecs i durant l'execució del contracte per poder verificar el compliment de les seves obligacions per part de l'adjudicatari.

V. CONTRACTACIÓ MENOR

CONTRACTACIÓ MENORS DE SERVEIS AMB SOCIETATS COOPERATIVES DE FACTURACIÓ

Visualitzat el Portal de Transparència de l'Ajuntament de Barcelona es constata l'existència de contractació menor amb Societats Cooperatives d'impuls empresarial per part de diferents òrgans municipals. A tall d'exemple, en el tercer trimestre d'aquest any 2018, la Gerència del Districte de XX, Gerència de XXX, XXXX i la Gerència de XXXX van realitzar contractació menor amb la mateixa societat cooperativa de impuls empresarial.

Recordem que els contractes menors són aquells de valor estimat inferior a 40.000 euros, quan es tracta de contracte d'obres o a 15.000 euros, en cas de contractes de subministrament o de serveis, d'acord amb l'art. 118.1 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre de contractes del sector públic.

En l'art. 118.2 de la referida Llei de contractes del sector Públic es regula l'expedient de tramitació dels contractes menors que exigeix:

“En els contractes menors la tramitació de l'expedient exigeix l'informe de l'òrgan de contractació que motivi la necessitat del contracte. Així mateix, es requereix l'aprovació de la despesa i la incorporació a aquest de la factura corresponent, que ha de reunir els requisits que estableixin les normes de desplegament d'aquesta Llei.”

També caldrà:

“En l'expedient s'ha de justificar que no s'està alterant l'objecte del contracte per evitar l'aplicació de les regles generals de contractació, i que el contractista no ha subscrit més contractes menors que, individualment o conjuntament, superin la xifra que consta a l'apartat primer d'aquest article. L'òrgan de contractació ha de comprovar el compliment d'aquesta regla. En queden exclosos els supòsits enquadrats a l'article 168.a).²ⁿ Els contractes menors s'han de publicar en la forma que preveu l'article 63.4”.

La contractació menor és una possibilitat de simplificació i agilització procedimental de la contractació administrativa, que suposa una adjudicació directa de contractes de quantia inferior, l'aplicació de la qual suposa l'excepció dels principis de llibertat d'accés a les licitacions, el principi d'igualtat de tracte entre licitadores, la inaplicació del deure de salvaguarda de la lliure competència i de selecció de l'oferta econòmicament més avantatjosa recollida a l'art. 1 de la Llei 9/2017 de 8 de novembre de Contractes del Sector Públic.

Però en tot cas, als contractes menors li són d'aplicació les normes generals de la contractació. L'art. 65 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre regula que *“Només poden contractar amb el sector públic les persones naturals o jurídiques, espanyoles o estrangeres, que tinguin plena capacitat d'obrar, no estiguin incurses en cap prohibició de contractar i acreditin la seva solvència econòmica i financera i tècnica o professional o, en els casos en què ho exigeixi aquesta Llei, estiguin classificades degudament”.*

D'acord amb l'art. 84 de la Llei 9/2017 concreta que la capacitat d'obrar dels empresaris que siguin persones jurídiques s'acredita: *“mitjançant l'escriptura o el document de constitució, els estatuts o l'acta fundacional, en els quals constin les normes per les quals es regula la seva activitat, degudament inscrits, si s'escau, en el Registre públic que correspongui, segons el tipus de persona jurídica de què es tracti.”*

Finalment en l'art. 66.1 de la Llei 9/2017, *“les persones jurídiques només poden ser adjudicatàries de contractes les prestacions dels quals estiguin compreses dins dels fins,*

objecte o àmbit d'activitat que, segons els seus estatuts o regles fundacionals els siguin propis.”

De l'anàlisi dels tres articles, es conclou que les societats cooperatives de treball associat poden ser adjudicatàries de contractes de l'Ajuntament de Barcelona, però les prestacions dels serveis que realitzi ha d'estar compreses dins dels fins, objecte o àmbit d'activitat establert en els seus estatuts o regles fundacionals.

RECOMANA

Malgrat el reconeixement legal de les societats cooperatives de treball associat, i per tal de fomentar i millorar les bones pràctiques en la gestió pública, prioritzant la prevenció per sobre de les conductes reactives, i atenent al context descrit, i a fi d'evitar el risc reputacional que implicaria per l'Ajuntament de Barcelona no haver desenvolupat totes les eines al seu abast per evitar la contractació menor de cooperatives constituïdes en frau de llei, per ser contrària a l'interès general, i que puguin perjudicar tant a la Seguretat Social com a Hisenda, com les pròpies societats referides anteriorment, recomanem als òrgans gestors que:

- Prèviament a formalitzar algun tipus de contracte o abonament de factures a algunes d'aquestes societats cooperatives caldria comprovar que l'objecte social de la cooperativa de treball associat s'adeqüés a la prestació realitzada pel soci/a cooperatiu, d'acord amb l'art. 66.1 de la Llei 9/2017.
- En cas de dubte per part de l'òrgan gestor sobre la legalitat d'alguna Cooperativa de facturació, o per conèixer si la cooperativa, amb la qual té intenció de treballar, es troba incursa en un procés d'investigació, podria oficiar: si la societat té abast estatal al Ministerio de Empleo y Seguridad Social (mitjançant l'adreça electrònica Subdireccion.autonomos@meys.es motivant l'interès legítim de la consulta); b) si té abast autonòmic, a la Direcció General d'Economia cooperativa i creació d'empreses.

ANÀLISI DE LA PLURALITAT DE CONTRACTES MENORS VINCULATS AL CONTRACTE PRINCIPAL

Així mateix, l'art 86, del text refós de la llei de contractes del sector públic²⁶ no prohibeix el fraccionament del contracte en general, només es prohibeix quan es fa amb la finalitat de disminuir la quantia del mateix i al·ludir els requisits de publicitat o els relatius al procediment d'adjudicació que corresponguin.

²⁶ Normativa vigent i aplicable en el moment dels fets analitzats

La finalitat de la llei no és agrupar innecessàriament en un sol contracte diverses prestacions diferents o d'identica naturalesa sinó impedir el frau de llei que tendeix a evitar l'aplicació dels preceptes que regulen els procediments oberts o les exigències de publicitat en el diari DOUE, que s'exigeix depenent del valor estimat del contracte. Només quan existeixi una raó objectiva que permeti considerar que cada prestació en si mateixa considerada respongui a una única finalitat tècnica i econòmica, independent i separable de la resta, podrà l'òrgan de contractació optar per efectuar procediments separats per cadascuna d'elles, calculant també, de forma independent, el seu valor estimat a efectes de la determinació del regim jurídic que li correspongui.

D'acord amb l'apartat 3 de l'article 86 del TRLCSP és possible la contractació separada de prestacions diferenciades dirigides a integrar-se en una obra, tal i com aquesta és definida en l'article 6 del mateix text legal, quan aquestes prestacions gaudeixin d'una substantivitat pròpia que permeti una execució separada, per haver de ser realitzades per empreses que comptin amb una determinada habilitació.

L'opció que assisteix a l'òrgan de contractació dins dels límits de l'article 86.3 del TRLCSP entre la integració de les diverses prestacions en un sol contracte o la celebració de diferents contractes exigeix prendre en consideració diferents aspectes com són, entre altres: l'increment de l'eficàcia que suposa la integració de totes les prestacions en un únic contracte; la major eficiència i coordinació en l'execució de les prestacions resultants del tractament unitari del contracte; l'aprofitament de les economies d'escala que possibilita el fet que totes les prestacions s'integrin en un únic contracte sense divisió en lots; i l'optimització de l'execució global del contracte al ser el control del seu compliment més efectiu si el contracte s'adjudica a una sola empresa i no a diverses com podria succeir si s'establissin lots.

RECOMANA

Que a la documentació facilitada no consta cap document on s'informi sobre la necessitat o justificació de contractar aquestes prestacions de forma separada, ni que es faci mitjançant contractació menor. Considerem que la pertinència d'aquesta decisió, la seva adequació a l'ordenament jurídic, respecte a l'acreditació de la substantivitat pròpia i la incidència que contractar aquestes prestacions tal com s'ha fet hagi pogut tenir en l'execució de l'obra demanda d'una expertesa tècnica més enllà dels coneixements jurídics, per la qual cosa es proposa sotmetre aquestes qüestions a l'emissió d'informe per part de perit expert en la matèria.

VI. CONTRACTE DE NATURALESIA PRIVADA

XXX és una societat mercantil de la titularitat 100% de l'Ajuntament de Barcelona, i en funció de l'objecte social i de l'activitat mateixa de la societat es pot qualificar de societat que pertany al sector públic municipal, als efectes de l'article 3.1.d del TRLCSP i de poder adjudicador no administració pública als efectes de l'article 3.3 b del TRLCSP.

Aquest contracte té la condició de contracte del sector públic, en concret de contracte d'obres subjecte a una regulació harmonitzada, ja que el seu valor estimat és igual o superior a 5.186.000 euros, sense IVA, de conformitat amb l'article 14.1 del TRLCAP.

Atesa la condició de poder adjudicador no administració pública de la societat, aquest contracte és, a més, un contracte de naturalesa privada (art. 20.1 TRLCAP). Aquests elements conformen un règim jurídic peculiar i complex per aquest contracte, de conformitat amb l'article 20.1 TRLCAP.

Com a contracte privat, es regeix, pel que fa a la seva preparació i adjudicació, en defecte de normes específiques, pel TRLCSP i les disposicions que el despleguen, i se li apliquen de forma supletòria la resta de normes de dret administratiu o, si s'escau, les normes de dret privat, segons correspongui per raó del subjecte o entitat contractant.

En concret, en matèria de preparació, en estar subjecte a regulació harmonitzada, li és d'aplicació el títol II del llibre II, en particular l'article 137.1 TRLCSP, que prescriu que cal observar:

- Les regles establertes a l'article 117 per a la definició i l'establiment de prescripcions tècniques, així com les dels articles 118 (condicions especials d'execució del contracte), 119 (informació sobre les obligacions relatives a la fiscalitat, protecció del medi ambient, ocupació i condicions laborals) i 120 (informació sobre les condicions de subrogació en contractes de treball) tots del TRLCSP.

- Les regles establertes a l'article 112.b del TRLCSP sobre reducció de terminis en el supòsit que la celebració del contracte sigui necessària per atendre una necessitat inajornable o si resulta necessari accelerar l'adjudicació per raons d'interès públic, cosa que l'òrgan de contractació ha de motivar degudament en la documentació preparatòria. Aquesta previsió no és d'aplicació al cas que ens ocupa.

En matèria de selecció de l'empresa contractista i d'adjudicació del contracte, els contractes subjectes a regulació harmonitzada segueixen com a criteri general les prescripcions establertes al capítol I del títol I del llibre III (arts. 138-188) amb algunes adaptacions, segons estableix l'article 190.1 TRLCSP.

- No són d'aplicació les normes següents: segon paràgraf de l'apartat 2 de l'article 150 sobre intervenció del comitè d'experts per a la valoració de criteris subjectius; apartats 1 i 2 de l'article 152 sobre criteris per apreciar el caràcter anormal o desproporcionat de les ofertes; article 156 sobre formalització del contractes sense perjudici de l'observança del termini de l'apartat 5; article 160 sobre examen de les proposicions i proposta d'adjudicació i article 172 sobre supòsits en què es possible acudir a un procediment negociat en contractes de gestió de serveis públics, no aplicable al cas. (articles tots de TRLCSP)

- Tampoc no és necessari publicar les licitacions i adjudicacions en els diaris oficials nacionals a què es refereixen el paràgraf primer de l'apartat 1 de l'article 142 i el paràgraf primer de l'apartat 2 de l'article 154, ja que s'entén que se satisfà el principi de publicitat mitjançant la publicació en el «Diari Oficial de la Unió Europea» i la inserció de la informació corresponent en la plataforma de contractació a què es refereix l'article 334 o sistema equivalent, tot això sense perjudici de la utilització de mitjans addicionals amb caràcter voluntari. També els articles citats són de TRLCSP.

Cal advertir que les disposicions sobre les *meses de contractació* no es troben en el capítol I del títol I del llibre III TRLCSP, sinó en l'article 320.1 i ss. d'aquest cos normatiu, que expressament les considera òrgans d'assistència dels òrgans de contractació de les administracions públiques, específicament en matèria de valoració de les ofertes.

Per últim, com a contracte privat, es regeix, pel que fa als seus efectes i extinció, pel dret privat. No obstant això, en matèria de modificació, són d'aplicació les normes del títol V del llibre I del TRLCAP.

VII. CONSIDERACIONS DE LA CONDICIÓN DE MITJÀ PROPI I SERVEI TÈCNIC DE L'ENS INSTRUMENTAL

La condició de mitjà propi de l'ens instrumental ha de tenir un reconeixement en els estatuts o en la norma fundacional de l'ens instrumental. No obstant, s'ha de dir que sobre aquest requisit ha operat una certa matisació en relació als ens instrumentals constituïts abans de l'entrada en vigor de la LCSP, en el sentit ja

apuntat per la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma d'Aragó, informe 26/2008, de 3 de novembre, que considera que aquests requisit s'ha d'exigir a les entitats creades amb posterioritat a la LCSP, però per les entitats creades amb anterioritat a l'entrada en vigor de la LCSP, es pot entendre que es compleix aquest requisit quan es desprengui de les seves normes de creació, sense perjudici que aquestes entitats puguin optar per adaptar expressament els seus estatuts a la nova regulació.

Tanmateix, la Llei 3/2007, de 4 de juliol, de l'obra pública en els seu preàmbul exposa: "... Així mateix, cal assegurar que el model de contractació d'obra pública garanteix la lliure concurrència i *la utilització eficient dels fons públics...*"

Respecte al requisit que la condició de mitjà propi sigui idoni, la doctrina ja s'ha pronunciat sobre els encàrrecs de gestió en frau de llei i la falta del requisit d'idoneïtat del mitjà propi. En aquest sentit, és habitual que l'Administració encarregui a un ens instrumental que tingui la condició de mitjà propi i servei tècnic, la realització d'una prestació encara que no tingui els mitjans necessaris per realitzar-la. Es produeix, per tant, la circumstància que l'ens instrumental es limita a substituir a l'Administració en la posició d'entitat contractant i tramitar l'expedient de contractació corresponent del qual resultarà adjudicatari un empresari que serà el que realment executi la prestació.

Si l'ens instrumental sols substitueix a l'Administració en la posició de contractant, sense assumir l'execució efectiva de l'encàrrec, s'altera el règim jurídic aplicable a l'execució del contracte, i sovint s'incrementen els riscos de no actuar amb el precís rigor en la licitació i adjudicació del contracte, essent sens dubte més rígids el que la Llei preveu per a la contractació de les Administracions públiques.

El criteri d'idoneïtat consisteix en què el mitjà propi ha de ser suficientment apte per executar el contracte i per això ha de disposar dels mitjans, tant personals com materials, suficients e idonis per l'execució de l'encàrrec.

El TRLCSP no estableix el grau d'execució que el mitjà propi havia de disposar per sí mateix, és a dir, no indicava fins on podia, el mitjà propi, contractar amb tercers l'activitat que li havia estat encomanada per l'Administració. L'únic precepte que va fixar un límit per la subcontractació, va ser la Disposició Addicional 25ª.6 TRLCSP, dedicat al règim Jurídic de TRAGSA, en la que s'estableix que l'import de la part de la prestació que podia subcontractar-ne amb empresaris particulars, tenia que ser inferior al 50% de l'import total del projecte, subministrament o servei.

El Tribunal de Comptes va resoldre que, davant la manca de regulació en el TRLCSP, era convenient que s'establís en les resolucions dels encàrrecs i en els estatuts dels mitjans propis, unes limitacions a l'activitat que poguessin contractar amb tercers amb l'objectiu d'evitar que els encàrrecs es converteixin en un mitjà propi per evitar el procediment de contractació pública. Sobretot tenint en compte que en l'àmbit de les subvencions públiques hi ha un límit per la subcontractació de la prestació de l'activitat subvencionada (Llei 38/2003 de 17 de novembre, general de subvencions).

La Intervenció General de l'Administració de l'Estat (IGAE) en Circular 4/2015 de 20 de maig va concloure el següent: *"... que el medio propio no reunía el requisito de idoneidad y de aptitud necesarios para realizar la prestación si tenía que contractar con terceros más del 50% de la prestación."*

De fet, el Tribunal de Comptes, en data 22 de desembre de 2016 va elevar una Moció a les Corts Generals sobre la necessitat de desenvolupar un adequat marc legal per la utilització de les encomanes de gestió per les Administracions Públiques en l'exercici de la seva funció fiscalitzadora. Va afirmar que *"...esta nueva forma de gestión ha adquirido dimensión propia y trascendencia suficiente como para que nuestra legislación la aborde como una gestión de las AAPP con sustantividad propia, merecedora de una normativa reguladora que discipline el recurso a estas encomiendas o encargos a medios propios, de forma precisa, clara y garantista, siguiendo la pauta marcada por la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRSJP) en relación con la regulación de los convenios en el capítulo VI de su Título Preliminar.."*

Aquest mateix informe conté un apartat específic sobre la idoneïtat del mitjà propi, sota la rúbrica 2.2.5. *"... En relación con el control de la subcontratación de los trabajos encomendados a los medios propios, destacando:*

2.2.5.3 En definitiva, el riesgo derivado de esta situación consiste en que la administración o el poder adjudicador pueda realizar el encargo a un ente instrumental que carece de medios o de disponibilidad para llevarlo a cabo, a pesar de lo cual se encontraría obligado a realizarlo en virtud de la obligatoriedad del encargo que establece el artículo 24.6 del TRLCSP, estando por ello abocado a la subcontratación, sin aplicar en este caso, cuando el medio propio no tenga la consideración de poder adjudicador, la legislación reguladora de la contratación pública con la misma extensión y rigurosidad que la prevista para el caso de que los poderes adjudicadores hubieran actuado directamente como órganos de contratación, y a mayor abundamiento cuando el encomendante tiene la consideración de Administración Pública a los efectos del TRLCSP y la encomendaria es una entidad sujeta a Derecho privado, como sucede de manera habitual. La encomendaria actuaría en estos supuestos como una mera entidad intermediaria con cuyo concurso se habilitaría un cambio de régimen jurídico en materia de contratación pública, mucho más rápido y flexible en su tramitación, pero también con muchas menos garantías para el interés

público, al sustituir un eventual contrato administrativo (si lo hubiera celebrado directamente la administración) por uno privado (celebrado por un ente instrumental sujeto a derecho privado)”

RECOMANACIONS EN MATÈRIA DE SUBVENCIONS

RECOMANACIONS EN MATÈRIA DE SUBVENCIONS

I. NORMATIVA REGULADORA DE LES SUBVENCIONS PÚBLIQUES

La normativa d'aplicació a la regulació de les subvencions de l'Ajuntament de Barcelona és la següent:

- Llei 38/2003, de 17 de novembre, general de subvencions. (D'ara en endavant LGS)
- Reial Decret 887/2006, de 21 de juliol, pel que s'aprova el Reglament de la Llei 38/2003, de 17 de novembre, General de Subvencions. (D'ara en endavant RLGS)
- Llei 19/2014 de transparència, de 29 de desembre, d'accés a la informació pública i bon govern. (D'ara en endavant LTBG)
- Normativa General Reguladora de Subvencions de l'Ajuntament de Barcelona, aprovada pel Plenari del Consell Municipal en sessió de data 17 de desembre de 2010. (D'ara en endavant NGRS)
- Normativa relativa a l'atorgament de convenis administratius entre administracions públiques i Institucions, aprovada per Decret d'Alcaldia de 27/4/2011. (D'ara en endavant NCA)

II. PRINCIPIS RECTORS DE LES SUBVENCIONS PÚBLIQUES

L'art. 8 de la Llei General de Subvencions regula que la gestió de les subvencions es realitzarà conforme als següents principis:

- a) Publicitat, transparència, concurrència, objectivitat, igualtat i no discriminació.
- b) Eficàcia en el compliment dels objectius fixats per l'Administració atorgant.
- c) Eficiència en l'assignació i utilització dels recursos públics.

A. Principis de publicitat, transparència, concurrència, objectivitat, igualtat i no discriminació

El principi de publicitat permet que els ciutadans tinguin coneixement de la convocatòria de les subvencions i facilitar-ne l'accés a aquesta. Posteriorment també permet la realització d'un control del seguiment de les ajudes públiques.

El principi de concurrència i objectivitat implica que poden sol·licitar les ajudes les persones que reuneixen els requisits necessaris establerts en les bases reguladores, és a dir, les que es troben en igualtat de condicions. D'acord amb aquest principi qualsevol restricció sobre aquesta qüestió exigeix una justificació o motivació objectiva i raonable.

El principi d'igualtat i no discriminació implica traspasar el principi d'igualtat davant de la llei de l'art. 14 CE en l'àmbit de gestió de l'activitat subvencional. El Tribunal Constitucional (TC) ha definit el principi d'igualtat com la prohibició de tota diferència de tractament que no disposi d'una justificació objectiva i raonable. El TC ha establert també els criteris o elements que permeten distingir entre una diferència de tractament justificada i una altra discriminatòria, i per tant inadmissible: desigualtat dels supòsits de fet; finalitat constitucionalment legítima; congruència entre el tractament desigual, el supòsit de fet que el justifica i la finalitat que es persegueix; i proporcionalitat entre els elements anteriors (STC 68/1991, de 8 d'abril; 28/1992, de 9 de març; 3/1993, de 14 de gener; 147/1995, de 16 d'octubre; 46/1999, de 22 de març; 39/2002, de 14 de febrer i 87/2009 de 20 abril).

El sistema empleat de subvenció de concessió directa comporta una directa inaplicació del principi de concurrència d'altres beneficiaris i del principi de publicitat; però no comporta necessàriament un trencament del principi de no discriminació, a no ser que existeixi una manca de justificació objectiva i raonable, conforme allò exposat per la jurisprudència del Tribunal Constitucional.

En relació al principi de la transparència, aquest es configura com l'eix clau en la relació entre l'Administració i la ciutadania, que ajuda a recuperar i incrementar la confiança de la ciutadania envers la gestió pública, i facilitar i promoure el retiment de comptes. Cal emfatitzar que la transparència, com a valor pilar d'una actuació administrativa eficaç i eficient, ha d'incidir en aquells tràmits administratius que gaudeixen d'un major nivell de discrecionalitat, com és el cas de les subvencions directes, en el qual principis tan vitals per la confiança de la ciutadania com la concurrència pública d'altres beneficiaris i la publicitat s'exceptuen.

Per poder distingir entre la discrecionalitat i l'arbitrarietat es requereix la motivació, no només de la seva existència, sinó també del seu contingut i d'una fonamentació que permeti la fiscalització dels actes discrecionals.

Seguint aquesta premissa, l'anàlisi de la subvenció s'ha realitzat considerant el literal de l'art. 22.c), l'art. 28 de la Llei de Subvencions i l'art.67.3.a) del Reglament de Subvencions, amb la configuració de la modalitat de concessió directa de l'art. 22.c), de caràcter excepcional, desgranada en tres requisits que exigeixen la seva correlativa motivació diferenciada:

- 1.- Subvenció amb caràcter excepcional: acreditar el caràcter singular de la subvenció.
- 2.- Subvenció en que s'acrediten raons d'interès públic, social, econòmic o humanitari u altres degudament justificades: motivacions que acreditin aquest interès especificat.
- 3.- Subvenció que dificulti la seva convocatòria pública: justificació de la dificultat de la seva convocatòria pública.

Al respecte reproduïm el següent literal de la Sentència núm. 827/2012 de 6 de novembre del TSJ del País Vasc: *“El art. 22 de la Ley reconoce que puedan concederse directamente aquellas subvenciones en que se acrediten razones de interés público, social, económico o humanitario u debidamente justificadas que dificulten su convocatòria pública. La norma no puede ser más clara en el sentido de exigir que tales razones –interés social y dificultad de convocatòria pública- deben de estar acreditadas, es decir, en el expediente debe demostrarse la concurrència de estas circunstancias”*

B. Principis d'eficàcia en el compliment dels objectius fixats per l'Administració atorgant i d'eficiència en l'assignació i utilització dels recursos públics.

El principi d'eficàcia referencia el grau de compliment dels objectius fixats per l'Administració; i amb el principi d'eficiència es garanteix que la consecució dels objectius s'ha realitzat amb el menor cost possible.

L'art. 31 de la Llei General de Subvencions defineix les despeses subvencionables com *“aquellos que de manera indubitada responderan a la naturaleza de la actividad subvencionada, resulten estrictamente necesarios y se realicen en el plazo establecido por las diferentes bases reguladoras de las subvenciones”*.

L'art. 31 in fine afegeix que *“en ningun caso el coste de adquisición de gastos subvencionables podrá ser superior al valor de mercado”*.

II. PROCEDIMENTS DE CONCESSIÓ DE LES SUBVENCIONS

La legislació de subvencions regula dues possibles formes de concessió de la subvenció: ordinària (fonamentada en els principis de l'art. 8.3 de la LGS: publicitat, objectivitat, igualtat i no discriminació); i extraordinària (trencament dels principis de l'art. 8.3 LGS, raó per la qual només és admissible quan concorren causes legals i motivades):

- Concessió en regim de concurrència competitiva: procediment ordinari

D'acord amb l'art. 22 LGS s'entén per concurrència competitiva *“el procedimiento mediante el cual la concesión de las subvenciones se realiza mediante la comparación de las solicitudes presentadas, a fin de establecer una prelación entre las mismas de acuerdo con los criterios de valoración previamente fijados en las bases reguladoras y en la convocatoria, y adjudicar, con el límite fijado en la convocatoria dentro del Crédito disponible, aquellas que hayan obtenido mayor valoración en aplicación de los citados criterios”*.

El procediment de concurrència competitiva està determinat per: unes bases reguladores, una convocatòria pública, l'establiment previ de criteris de valoració, tramitació i avaluació de les sol·licituds presentades, propostes de resolució, tràmit d'audiència, reformulació, i finalment adjudicació de la subvenció segons l'ordre de prelación establert.

- Concessió directa: procediment extraordinari

La concessió directa es pot produir per norma amb rang legal o per norma reglamentària adaptant la forma de resolució unilateral o de conveni; i només pot produir-se en els supòsits establerts en l'art. 22.2 LGS:

- a) Subvencions nominatives: previstes en els Pressupostos Generals de l'Estat, de les CCAA o entitats locals.
- b) Subvencions imposades per norma de rang legal.

c) Subvencions, amb caràcter excepcional, en que s'acrediten raons d'interès públic, social, econòmic o humanitari u altres degudament justificades que dificultin la seva convocatòria pública.

L'art. 55 del Reial Decret 887/2006, de 21 de juliol, Reglament de la Llei de Subvencions especifica que el procediment ordinari de concessió de subvencions és el de concurrència competitiva, i que les subvencions només es podran concedir en forma directa en els casos previstos en l'art. 22.2 (procediment extraordinari).

Les subvencions de concessió directa tramitades en els expedients referenciats han estat atorgades per la tercera opció per ser "Subvenció, amb caràcter excepcional, en que s'acrediten raons d'interès públic, social, econòmic o humanitari u altres degudament justificades que dificultin la seva convocatòria pública", d'acord amb els informes tècnics corresponent.

Si entenem el literal del concepte d'"excepcional" com allò: "*que se aparta de lo normal o sucede rara vez*", hi ha evidències que aquesta repetició en el temps s'enfronta directament amb el caràcter únic i excepcional que gaudeix la subvenció directa, així com dels seus privilegis: l'exempció de la concurrència pública i de la subjecció als tràmits d'informació pública.

RECOMANA

- En relació a la utilització del procediment excepcional de concessió directa regulat a l'art. 22.2.c) de la LGS, i atenent l'art. 28 del mateix cos normatiu, que disposa el seu procediment legalment establert, considerem que d'acord amb la literalitat de la normativa d'aplicació ha de ser emprada per una subvenció concreta i única.

En ares de la transparència, i en contra del caràcter personalista i discrecional que implica el procediment de concessió directa, es recomana optar pel procediment ordinari de concessió de subvencions en règim de concurrència competitiva, o si bé procedir a la seva tramitació per la causa de l'art. 22.2 a) LGS per estar prevista nominativament en una partida pressupostària que ha de passar per tràmits d'informació pública amb possibilitat d'al·legacions, sempre i quan es motivi fefaentment la impossibilitat de recórrer a la concurrència competitiva.

- En relació als expedients de subvenció ja tramitats, a la vista de la documentació i informació rebuda per l'òrgan gestor de la subvenció, així com a la vista de la resta de diligències d'investigació practicades per aquesta Direcció, i sense prejutjar l'existència d'una mala praxis o comportament contrari a l'ordenament jurídic o les regles ètiques, considerem que existeixen indicis suficients per recomanar la pràctica d'una auditoria, per la revisió i anàlisi dels

expedients de subvenció als efectes de verificar:

a) si concorren en els expedients de subvenció les exigències establertes en l'art. 22.2 c) per poder justificar el caràcter excepcional de la concessió de la subvenció directa referent a:

- Acreditar el caràcter singular de la subvenció.
- Les raons d'interès públic, social, econòmic o humanitari u altres que acrediten aquest interès especificat.
- La justificació de la dificultat de la seva convocatòria pública.

b) si el beneficiari ha justificat front a l'òrgan municipal el compliment dels requisits i condicions; així com la realització de l'activitat i el compliment de la finalitat que va determina la concessió de la subvenció (art. 14.1, 29 i següents de la Llei 38/2003, de 17 de novembre, General de Subvencions), i en particular, caldrà verificar si l'activitat realitzada per l'empresa que ha rebut la subvenció és l'objecte de la subvenció;

c) l'impacte que podria suposar el recàlcul dels percentatges de l'import subvencionat per l'òrgan municipal concedent.

d) si aquests expedients s'ajusten a la normativa vigent tant en matèria financera, operativa, administrativa, laboral comptable i de legalitat. En tant quant que la disposició dinerària realitzada pels organismes municipals han de respondre a la naturalesa estricta de l'activitat subvencionada.

e) si a la vista de la revisió i comprovacions practicades per l'òrgan gestor de la subvenció, així com dels resultats de l'auditoria que es pugui portar a terme, s'haurà d'instar el procediment de reintegrament conforme allò disposat a l'art 36 i següents de la LGS amb especial cura pel que respecte a l'institut jurídic de la prescripció d'acord amb l'art. 39 LGS.

SEGUIMENT DE L'ACTUACIÓ

Es va donar també trasllat d'aquesta recomanació a la Intervenció General en l'exercici de l'àmbit de les seves competències.

RECOMANA

En relació a les subvencions, un dels principis que regeix la Llei General de Subvencions és la transparència, entesa com un instrument que afecta de manera directa en l'increment dels nivells d'eficiència i eficàcia en la gestió de la despesa pública subvencional. Des de la perspectiva administrativa, les subvencions són

una tècnica de foment de determinats comportaments considerats d'interès general. En aquesta línia la transparència redunda en l'eliminació de les distorsions i interferències que puguin afectar d'aquelles pràctiques que s'allunyen de la finalitat última de la subvenció, que és únicament l'interès general. Per tant en el cas analitzat l'afectació de la quantitat dinerària rebuda en concepte de subvenció ha d'anar dirigida a l'objecte del projecte subvencionat, i donar compliment a la normativa d'aplicació; en cas contrari estaríem front a un aprofitament particular dels diners públics.

Examinada la documentació i la informació facilitada, per tal de fomentar i millorar les bones pràctiques en la gestió pública, prioritzant la prevenció per sobre de les conductes reactives, l'òrgan gestor de la bústia ètica va emetre les següents recomanacions:

1. En relació a la utilització del procediment excepcional de concessió directa regulat en l'art. 22.2.c) considerem que d'acord amb la literalitat de la normativa d'aplicació ha de ser emprada per una subvenció concreta i única; la reiteració de la concessió de subvencions pel mateix projecte any rere any i la manca de motivació adequada i suficient en relació a la seva justificació provoquen que l'excepcionalitat perdi la seva naturalesa.

En ares de la transparència, i en contra del caràcter personalista i discrecional que implica el procediment de concessió directa, es recomana optar pel procediment ordinari de concessió de subvencions en règim de concurrència competitiva, o si bé procedir a la seva tramitació per la causa de l'art. 22.2 a) LGS per estar prevista nominativament en una partida pressupostària que ha de passar per tràmits d'informació pública amb possibilitat d'al·legacions, sempre i quan es motivi fefaentment la impossibilitat de recórrer a la concurrència competitiva.

Així mateix, en supòsits en els quals malgrat la seva excepcionalitat ens trobem amb una reiteració anual de la subvenció per evitar qualsevol risc de conflicte d'interès, es recomana l'adopció de les cauteles pertinents com per evitar l'exposició constant d'un únic i mateix servidor públic en les diferents fases del procediment de cada una de les subvencions analitzades.

2. En relació als expedients de subvenció ja tramitats, a la vista de l'anàlisi de la documentació i informació rebuda pels òrgans gestors de les subvencions així com a la vista de la resta de diligències de investigacions practicades per aquesta Direcció, sense perjudicar l'existència d'una mala praxis o comportament contrari a l'ordenament jurídic o les regles ètiques, s'han posat en evidència indicis suficients com per recomanar:

a) la revisió i anàlisi de la justificació dels expedients de subvenció als efectes de verifica si aquesta s'ajusta a la normativa vigent mitjançant fins i tot una escrupolosa i complerta auditoria en tant en quant que la disposició dinerària realitzada pels organismes municipals han de respondre a la

naturalesa estricta de l'activitat subvencionada (art. 31 LGS).

b) A la vista de la revisió i comprovacions practicades pels òrgans gestors de les diferents subvencions, així com dels resultats de l'auditoria que es pugui portar a terme, i si aquestes corroboressin els indicis que s'han obtingut durant aquesta investigació, i es constatessin: a) irregularitats en la justificació del projecte, caldrà procedir per l'òrgan competent a l'adopció de mesures de reintegrament parcial i/o imposició de les sancions pertinents, amb especial cura pel que respecte a l'institut jurídic de la prescripció d'acord amb l'art. 39 LGS: b) qualsevol altre tipus d'irregularitats comptables, fiscals, laborals o penals caldrà adoptar les mesures pertinents per part dels òrgans competents.

SEGUIMENT DE L'ACTUACIÓ

Es va donar trasllat d'aquesta recomanació a la Intervenció General, a la Secretaria General, a l'Oficina d'Antifrau de Catalunya, , i als òrgans municipals concedents en l'exercici de l'àmbit de les seves competències.

La Intervenció General, atès el trasllat conferit, i arrel de les comprovacions efectuades per la Direcció d'Anàlisi respecte a la subvenció origen de la investigació practicada ha inclòs les subvencions analitzades dins del control financer i ha acordat la realització d'un auditoria complerta dels darrers anys de totes les subvencions concedides per l'Ajuntament de Barcelona, els seus Instituts i EPE's a l'entitat subvencionada.

IV. IMPUTACIÓ DE DESPESES ANTERIORS A LA SIGNATURA DEL CONVENI CORRESPONENT

En compliment de l'art. 2.1.b) de la Llei 38/2003 de 17 de novembre, General de Subvencions, s'estableix com un requisit: *“Que la entrega esté sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación, debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formarles que se hubieran establecido”*.

RECOMANA

La normativa deixa oberta la possibilitat de subvencionar activitats ja realitzades en el moment de la seva concessió (un cas seria el d'atorgament de subvencions per pal·liar les conseqüències de catàstrofes naturals). Tanmateix, atenent als principis de seguretat jurídica, de transparència, d'eficiència dels recursos públics,



i d'igualtat és necessari, o al menys recomanable motivar suficientment l'acord particular d'atorgar a l'entitat amb caràcter retroactiu el finançament d'activitats ja realitzades, tal i com justifica la doctrina.

RECOMANACIONS EN MATÈRIA DE FUNCIÓ PÚBLICA

RECOMANACIONS EN MATÈRIA DE FUNCIO PÚBLICA

I. PRINCIPIS RECTORS DE LA FUNCIO PÚBLICA

PRINCIPI DE PUBLICITAT I TRANSPARÈNCIA. DRET D'ACCÈS

Amb caràcter general, la publicitat i la transparència són principis rectors que han de regir els procediments selectius, i aquests principis s'han de connectar amb els d'igualtat, mèrit i capacitat.

La Llei 19/2014 de 29 de desembre de transparència, accés a la informació pública i bon govern regula la transparència com una obligació a càrrec de l'Administració, que ha de facilitar de manera proactiva –és a dir, sense necessitat de demanda expressa– la informació sobre dades i continguts de diversa naturalesa que són referencials respecte de la seva organització, funcionament, presa de decisions més importants i la gestió dels recursos públics.

En aquest sentit, l'art. 2 de la Llei 19/2014 defineix la Transparència com *“l'acció proactiva de l'Administració de donar a conèixer la informació relativa als seus àmbits d'actuació i les seves obligacions, amb caràcter permanent i actualitzat, de la manera que resulti més comprensible per a les persones i per mitjà dels instruments de difusió que els permetin un accés ampli i fàcil a les dades i els facilitin la participació en els assumptes públics”*.

Respecte als processos selectius, l'art. 9 de la Llei 19/2014 especifica que la informació relativa a l'organització institucional i l'estructura administrativa que l'Administració ha de fer pública en aplicació del principi de transparència ha d'incloure: *“e) Les convocatòries i els resultats dels processos selectius de provisió i promoció del personal”*.

Per una altra banda, constitueix un eix bàsic de la Llei 19/2014, l'accés a la informació pública com un veritable dret subjectiu que tenen totes les persones d'accedir a la informació pública, entesa aquesta en sentit ampli, com tota aquella que ha estat elaborada per la mateixa Administració i també aquella que té en el seu poder com a conseqüència de la seva activitat o l'exercici de les seves funcions.

El dret d'accés és un dret que complementa la informació que el ciutadà pot obtenir per via de la transparència. Tanmateix, atesa la seva configuració com a dret subjectiu, la Llei regula les condicions del seu exercici, el qual es verifica mitjançant un procediment específic que intenta garantir al màxim possible la seva efectivitat. D'acord amb l'art. 2 de la Llei 19/2014 el dret d'accés a la informació pública és definit com “el dret subjectiu que es reconeix a les persones per a sol·licitar i obtenir la informació pública, en els termes i les condicions regulats per aquesta llei.”

També cal tenir en compte que quan la petició d'accés és realitzada per una persona interessada en un procediment en tràmit es regeix per la legislació de procediment administratiu (art. 53.1.a) de la Llei 39/2015 i art. 26 de la Llei 26/2010), tal com estableix la mateixa disposició addicional primera de la Llei 19/2014.

PLANIFICACIÓ DE RECURSOS HUMANS

Qualsevol administració que aspiri a prestar amb eficàcia i eficiència serveis de qualitat, precisa d'instruments d'ordenació i de gestió de recursos humans o d'altres similars; per la qual cosa, és necessari introduir i consolidar, com a mètode, la planificació de recursos humans.

RECOMANA

Recorda que la gestió del sistema de treball públic ha de ser proactiva, i no improvisada o reactiva, proposant mecanismes de programació per tal d'optimitzar el volum i la distribució del personal, així com l'adequació a les exigències del servei públic organitzat, en llocs de treball.

PRINCIPI D'IMPARCIALITAT

L'article 78 del RDL 5/2015, de 30 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de l'Estatut Bàsic de l'Empleat Públic exposa que:

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

L'article 79.1 del RDL 5/2015, relatiu al concurs de provisió dels llocs de treball del personal funcionari de carrera, regula que:

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

D'aquests dos articles es desprenen, en matèria de provisió de llocs de treball, dos sistemes principals: el concurs de mèrits (procediment normal de provisió de llocs de treball) i la lliure designació. D'altra banda, en el concurs de mèrits es reconeix la figura dels òrgans col·legiats com els encarregats de valorar els mèrits, capacitats i aptituds dels candidats, i que tant la seva composició com el seu funcionament han de respectar els següents principis:

- Principi de professionalitat i especialització
- Adequació al criteri de paritat entre home i dona
- Principi d'imparcialitat
- Principi d'objectivitat

El principi d'imparcialitat és una manifestació o concreció del principi d'objectivitat de l'activitat administrativa que proclama l'art. 103.1 de la Constitució espanyola: Art. 103.1 CE: *“La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”*.

En l'art. 103.3 de la Constitució espanyola especifica que la llei regularà, entre d'altres extrems, les garanties per la imparcialitat dels funcionaris públics en l'exercici de les seves funcions: Art. 103.3 CE: *“La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”*.

En el RDL 5/2015, de 30 d'octubre pel qual s'aprova el text refós de la Llei de l'Estatut Bàsic de l'Empleat Públic, recullen els principis d'actuació dels empleats públics en el desenvolupament de les seves tasques: Art. 52 RDL 5/2015: *“Los empleados públicos deberán desempeñar con diligencia las tareas que tengan asignadas y velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, y deberán actuar con arreglo a los siguientes principios: objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, **imparcialidad**, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres y*

hombres, que inspiran el Código de Conducta de los empleados públicos configurado por los principios éticos y de conducta regulados en los artículos siguientes.”

Així mateix en l'art. 53.2 del mateix cos legal es recull el principi de la imparcialitat com a principi ètic: **“Artículo 53. Principios éticos.** 1. Los empleados públicos respetarán la Constitución y el resto de normas que integran el ordenamiento jurídico. 2. Su actuación perseguirá la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos y se fundamentará en consideraciones objetivas orientadas hacia **la imparcialidad** y el interés común, al margen de cualquier otro factor que exprese posiciones personales, familiares, corporativas, clientelares o cualesquiera otras que puedan colisionar con este principio.”

En relació al capítol I relatiu a “Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio”, l'art. 55.2 de l'esmentat cos normatiu recull la imparcialitat i professionalitat dels membres dels òrgans de provisió com a principi rector en l'accés a l'ocupació pública: **“Article 55. 2** Les administracions públiques, entitats i organismes a què es refereix l'article 2 d'aquest Estatut han de seleccionar el seu personal funcionari i laboral mitjançant procediments en què es garanteixin els principis constitucionals abans expressats, així com els establerts a continuació:

- a) Publicitat de les convocatòries i de les seves bases.
- b) Transparència.
- c) **Imparcialitat** i professionalitat dels membres dels òrgans de provisió.
- d) Independència i discrecionalitat tècnica en l'actuació dels òrgans de provisió.
- e) Adequació entre el contingut dels processos selectius i les funcions o tasques que s'hagin d'exercir.
- f) Agilitat, sense perjudici de l'objectivitat, en els processos de provisió.”

En aquesta línia l'art. 60 del RDL 5/2015, de 30 d'octubre, relatiu als òrgans de provisió, expressa que: **“Article 60. Òrgans de provisió.** 1. Els òrgans de provisió han de ser col·legiats, la seva composició s'ha d'ajustar als **principis d'imparcialitat** i professionalitat dels seus membres, i, així mateix, s'ha de tendir a la paritat entre dona i home.”

Per garantir que els funcionaris públics en l'exercici de les seves funcions es regeixen pels principis d'objectivitat i imparcialitat dels funcionaris públics, el sistema jurídic, actualment vigent la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic (anterior Llei 30/1992, de 26 de novembre), es dota de les tècniques d'abstenció, i en el seu defecte la recusació, com un dret de la ciutadania. En tal sentit reproduïm un tall de la Sentència del Tribunal Constitucional 235/2000, de 5 d'octubre que es refereix: *“la imparcialidad en el ejercicio de la función pública viene garantizada “ad extra”, es decir, en las relaciones con los administrados, por una serie de cautelas legales, entre las que ocupa un lugar destacado la obligación de abstención y la posibilidad de recusación de los funcionarios cuando concurren determinadas circunstancias*

previstas legalmente que pueden poner en peligro objetivo la rectitud de su actuación (arts. 28 i 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)”

PRINCIPI D'IGUALTAT EN L'ACCÉS A FUNCIONS PÚBLIQUES

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

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

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

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

L'article 55 de l'EBEP recull aquests principis apuntats i altres que han de regir en els procediments de selecció dels empleats públics, precisament en garantia de la igualtat, del mèrit i capacitat, al respecte es pronuncia el Tribunal Constitucional en la STC Sala 1ª de 23 d'abril de 1986 (J1986/50): “... el art. 23 de la Constitución garantiza a todos los ciudadanos (y sólo a ellos) el derecho de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes. No nace de este precepto, como es obvio, derecho alguno a la ocupación de cargos públicos o al desempeño de funciones determinados, y ni siquiera derecho a proponerse como candidato para los unos o las otras. El derecho a tomar en el procedimiento (selectivo o electivo) que ha de llevar a la designación y a fortiori el derecho a esta misma, sólo nace de las normas legales o reglamentarias, en cada caso, el acceso al cargo o función en concreto. Lo que, como concreción del principio general de igualdad, otorga el art.23.2 a todos los españoles es un derecho de carácter puramente reaccional para impugnar ante la jurisdicción ordinaria y en último término ante este Tribunal, toda norma jurídica o toda aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad.”

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

Hem de destacar la doctrina del Tribunal Constitucional en relació a l'article 14 CE, sent eloqüent la STC 114/92 en la que s'afirma: “El principio de igualdad ante la ley

consagrado en el art. 14 CE consiste en que ante supuestos de hechos iguales, las consecuencias jurídicas que se extraigan deben ser asimismo iguales y han de considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la introducción en uno de ellos, de un elemento o factor que permita diferenciarlo del otro, se encuentre carente de fundamento racional, y sea, por tanto, arbitrario porque tal factor diferencial no resulte necesario para la protección de bienes y derechos buscada por el legislador”. Ulteriormente la STC 307/2006, precisa ... Que el juicio de igualdad del artículo 14 exige identidad de los supuestos fácticos que se pretende comparar, pues lo que se deriva del citado precepto es el derecho a supuestos de hecho sustancialmente iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas” (STC 212/93, 80/1994).

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

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

DRET FONAMENTAL DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Defensa la doctrina que el principi de transparència en els procediments selectius exigeix que apart del principi de publicitat dels procediments, en la seva formulació més genèrica, ha de lligar-se en altres mandats constitucionals com són el dret fonamental de tutela judicial efectiva de l'article 24 de la Constitució i el principi d'objectivitat al que ha de sotmetre's tota actuació de l'Administració Pública de conformitat amb l'article 103.1 de la citada Carta Magna. I això mateix comporta la necessitat que tota actuació administrativa sigui transparent en els fets, criteris i raons.

RECOMANA

Impulsar els mecanismes necessaris per la millora de la transparència en els

procediments de selecció de personal a fi de garantir la millora de la gestió pública en tots els seus àmbits.

RECOMANA

En el marc d'un procés selectiu va advertir a la Gerència afectada de l'evidència no ja d'un risc de lesió del dret a la igualtat d'oportunitats sinó una autèntica vulneració del mateix susceptible de materialitzar-se en un greu perjudici pels aspirants en el procés selectiu.

II. ACCÈS A LA FUNCIO PÚBLICA

MEMBRES DELS TRIBUNALS DE SELECCIÓ

La funció dels membres del tribunals de selecció designats és vetllar pel correcte desenvolupament del procés selectiu garantint els principis constitucionals d'igualtat, mèrit i capacitat dels aspirants; aplicar les normes i criteris establerts en les bases generals i específiques de la convocatòria; aportar els coneixements tècnics necessaris per a la preparació i la valoració de les proves i els mèrits que conformen el procés selectiu i *resoldre els conflictes que es puguin plantejar durant el desenvolupament del procés*, atesa la seva especial perícia en matèria de funció pública però, sobretot, per la seva especialitat. Funció que, per tant és igualment predicable respecte al Tribunal Qualificador del present procés selectiu.

En tal sentit, hi ha que fer esment a les bases d'aquesta convocatòria on regula la seva formació, les sessions, les causes d'abstenció dels seus membres, la possibilitat d'incorporar assessors/es entre d'altres.

RECOMANA

Que el Tribunal de selecció és qui ha de vetllar per garantir la igualtat dels aspirants i *resoldre tots els conflictes que es puguin plantejar durant el desenvolupament del procés corresponent*.

SEGUIMENT DE L'ACTUACIÓ

La Gerència va informar a l'òrgan gestor de la Bústia ètica, que arran de la

recomanació formulada, el Tribunal Qualificador va acordar les actuacions corresponents en seu del procediment selectiu.

CÒMPUT DE MÈRITS EN ELS PROCESSOS SELECTIUS

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

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

1. Experiència professional (màxim 25,00 punts)

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

- 1) En el barem de mèrits:

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

- b) només es podran comptabilitzar els serveis prestats en les categories corresponents a cada convocatòria els dels ajuntaments de municipis de més de 250.000 habitants, així com en els organismes públics i entitats de dret públic vinculats a aquests ajuntaments. També els serveis prestats en altres Administracions públiques, així com els organismes públics i entitats de dret públic vinculat a aquestes administracions públiques.

- 2) Solament es computarà els mesos de treball acreditats exclusivament en la categoria professional de la que es tracti en cada convocatòria (ja sigui (tècnic/a mitjà/ana treball social; tècnic/a mitjà/ana educació social i tècnic/a superior en psicologia respectivament) i només en aquella, i així ha de

constar expressament acreditat d'acord amb el que hem esmentat a punt 1 a).

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

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

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

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

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

d'origen o fins a l'entrada en vigor d'un altre conveni col·lectiu nou que resulti aplicable a l'entitat econòmica transmesa".

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

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

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

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

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

Aquests acords referit com a número 4.3 i 4.6 comporta el següent:

Ens trobem en un supòsit d'una reversió de la gestió directa d'un servei per la pròpia administració pública, que pot plantejar el següent: si els treballadors fixes de plantilla de la contractista o concessionària originària passen com a treballadors fixes de plantilla amb aquesta condició. En principi, es podria donar una resposta afirmativa d'acord amb el principi successori ex art. 44 del ET, això és, el manteniment de la condició de fixes. Ara bé, l'adquisició de la condició de personal fixe no pot entrar en cap cas en col·lisió amb les normes que exigeixen que l'accés al treball públic sigui d'acord amb el principis de mèrits i capacitat en condicions d'igualtat (art. 23 CE).

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

En l'informe abans citat ja feia al·lusió *"a què aquest tipus de relació laboral s'ha articulat mitjançant les construccions jurisprudencials de "personal subrogat " o de treballador "indefinit no fix", creada aquesta darrera inicialment per sancionar les irregularitats en la contractació temporal de les administracions públiques, però traslladada després també als casos de successió empresarial amb motiu de la reversió*

de serveis per part de les administracions”. Per la qual cosa, aquests treballadors revertits a l’administració municipal amb aquest supòsit estaran en una situació de provisionalitat, condicionada a la superació del procés selectiu a fi de donar compliment a les exigències en l’accés de l’ocupació pública, prèvia oferta pública, per accedir als llocs de la categoria funcional corresponent d’acord amb els principis de mèrit, capacitat e igualtat.

Alguna de la jurisprudència que s’ha pronunciat a l’efecte i que per ser representativa es cita la Sentència del Tribunal de Justícia de Castellà i Lleó de Valladolid, Sala Social, de 9 de novembre de 2011 (Rec.1693/2011) apel·la el sentit funcional de la successió d’empreses al·ludit anteriorment, cal considerar que: “... sense que a aquests efectes tingui cap rellevància que aquesta empresa sigui una Administració pública, i això independentment que els treballadors que hi hagin estat integrats així, com que no han passat per un procés selectiu destinat a garantir els principis d’igualtat, mèrit i capacitat en l’accés a l’ocupació pública, només puguin ser considerats al si d’aquesta com a “indefinitos no fijos”, amb les conseqüències que preveu la disposició addicional cinquena de l’Estatut dels treballadors, és a dir, això no és obstacle per a l’obligació de procedir a la cobertura dels llocs de treball de què es tracti a través dels procediments ordinaris, d’acord amb el que estableix la normativa aplicable, i el treballador indefinit no fix ha de continuar exercint el lloc que ocupava fins que es procedeixi a la seva cobertura pels procediments abans indicats, moment en què es produirà l’extinció de la relació laboral, llevat que el treballador esmentat accedeixi a ocupació pública, superant el corresponent procés selectiu...”

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

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

El professor Joan Mauri Majós²⁷, manifesta que la integració del personal en aquests processos ha de tenir en compte els aspectes següents: l’aplicació de l’article 44 ET

²⁷ Professor titular de Dret Administratiu de la Universitat de Barcelona en el seu article “Consecuencias de la remunicipalización en materia de personal”

determina la conservació de la relació laboral preexistent i manté una vinculació especial amb el seu tipus de contracte i lloc de treball, que pot figurar en un annex de la plantilla pressupostària i de la relació de llocs de treball; aquestes places i llocs de treball, que per les seves característiques especials no es poden integrar en els instruments d'ordenació de personal preexistents, han de continuar existint en la condició de “a extingir” fins que s'esdevingui la seva amortització en ocasió de vacant; a aquests tipus de personal no se li pot reconèixer aquells drets i expectatives laborals que estan subordinats a l'ingrés en el sector públic derivat d'un procés selectiu, i la conseqüència necessària d'això és que el seu horitzó de carrera, provisió de llocs i mobilitat ha de quedar circumscrit a l'àmbit estricte de la unitat transmesa i a l'estructura de llocs de treball en què es desenvolupaven les seves funcions en la situació anterior; el personal subrogat manté els drets i les obligacions laborals que s'hagin consolidat i adquirit, sense arribar a les meres expectatives legals o futures (STS de 6 d'octubre de 2015, ROJ:4840/2015); es conserven les condicions més beneficioses que s'hagin pogut adquirir, sense que amb una col·lisió entre aquestes i les normes reguladores de l'ocupació pública hi hagi prou per eliminar el joc de les institucions laborals que consagren el manteniment dels drets contractuals preexistents (STS de 3 de febrer de 2016, ROJ 907/2016)²⁸

En concordança amb el contingut de les citades sentències també trobem la “STJUE de 6 de abril de 2017 (C-336/15) Unionen ECLI:EU:C:2017:276 Estableix que no es pot limitar l'antiguitat:

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

En lo que respecta al artículo 3 de la Directiva 2001/23, el Tribunal de Justicia señaló que el objetivo de la mencionada Directiva es también el de garantizar un equilibrio justo entre los intereses de los trabajadores, por una parte, y los del cesionario, por otra. De ello se desprende, en particular, que el cesionario debe seguir pudiendo realizar los ajustes y adaptaciones necesarios para continuar su actividad (véase, en este sentido, la sentencia de 11

²⁸ La negreta i el subratllat del text és nostre.

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).”

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

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

El reconeixement de l'antiguitat configura un concepte retributiu lligat a la prestació de serveis, que comporta als efectes d'acumulació de serveis per determinar els triennis que s'han de reconèixer al treballador en qüestió. Aquesta afirmació comporta que en el supòsit analitzat aquest reconeixement de serveis té

cabuda per l'aplicació de l'article 44 de l'Estatut dels Treballadors, però no té paral·lelisme en un reconeixement d'aquesta antiguitat acumulada a efectes de mèrits o serveis prestats en l'administració ja que es tracta de serveis prestats empreses privades, encara que adjudicatàries per l'execució del serveis PIAD i SARA, la qual cosa comporta que la selecció d'aquest personal ha estat efectuat per altres mecanismes que el del personal al servei de les Administracions Públiques i en concret, pel cas que ens ocupa, de l'Ajuntament de Barcelona sotmesos al respecte dels principis de mèrit, capacitat i igualtat.

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

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

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

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

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

També la sentència núm. 178/2014, de 12 de març de 2014, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia (Sección 2ª), en la que, referint-se a una fundació, assenyala en el seu fonament tercer:

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

En igual sentit es pronuncia la sentència del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 29 d'octubre de 2012 (sentencia núm. 3.157/2012) en el seu fonament cinquè diu: *“Por otra parte, y por lo que hace al núcleo del litigio, manifiesta que no existe la desigualdad denunciada por no ser idénticos los términos de comparación, ni pretenderse en el Decreto el acceso de personal privado a la condición de empleo público de forma subrepticia, ya que en la propia Disposición Adicional exige, que para acceder a la situación de funcionario o laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía deben superar pruebas de acceso libre. No existe por tanto acceso a la condición de empleado público o funcionarización encubierta, sino mero cumplimiento de las normas de Derecho laboral por sucesión de empresas, y la subrogación de la Agencia que son aplicables al personal de la desaparecida Empresa Pública Desarrollo Agrario y pesquero SA.”*

El personal laboral indefinit no fix, en aquest cas, és un personal que ha accedit a l'exercici de funcions públiques sense provar el seu mèrit i la seva capacitat sinó per mecanismes selectius de l'àmbit privat (i per tant fora de les garanties i preceptius controls administratius). Per tant, seria contrari a la CE, a la jurisprudència i al ordenament jurídic, així com un greuge comparatiu per a la resta d'aspirants i contrari al principi d'igualtat, que a aquest “personal subrogat” se li reconeixen aquells drets i expectatives laborals que quedin estrictament vinculats a un inicial accés en condicions d'igualtat; mèrit; capacitat i, com bé destaca la jurisprudència, la publicitat.²⁹

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

RECOMANA

En conseqüència, vistes les consideracions efectuades anteriorment i les conclusions que se'n desprenen i atès les bases de la convocatòria pel que fa a les bases del concurs (la dels mèrits a valorar) que a la data en la que es formula aquesta recomanació encara no ha finalitzat el procés selectiu analitzats, ni tant sols s'ha iniciat la fase de valoració de mèrits però si que existeix una inquietud general que es reflecteix en el número de comunicacions que ha rebut l'òrgan gestor de la Bústia ètica, es recomana als efectes preventius atenent que aquests processos selectius entren en fase d'execució, el següent:

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

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

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

SEGUIMENT DE L'ACTUACIÓ

La Gerència afectada va informar a l'òrgan gestor de la Bústia ètica, que arran de les recomanacions formulades respecte al còmput de mèrits del personal laboral

subrogat adscrit a SARA (Servei d'Atenció, Recuperació i Acol·lida), i als PIAD (Punts d'informació i atenció a la Dona), en el marc dels processos selectius de concurs oposició endegats per la Gerència de Persones i Desenvolupament organitzatiu, les recomanacions van ser traslladades als tribunals qualificadors i *“que ha estat assumit per ells i aplicades les recomanacions en la valoració de mèrits”*

III. BORSA D'INTERINS

GRUP PROFESSIONAL

El grup professional és el que agrupa unitàriament les aptituds professionals, titulacions i contingut general de la prestació, i pot incloure diferents tasques, funcions, especialitats professionals o responsabilitats assignades al treballador.

Per acord entre el treballador i l'empresari, s'assigna a aquell a un grup professional, i s'estableix com a contingut de la prestació laboral objecte del contracte de treball, la realització de totes les funcions corresponents al grup professional assignat, o algunes d'elles.

En la negociació col·lectiva, regulada en els articles 17, 22 i 84.2, de l'Estatut del Treballador, resulta d'especial transcendència, en el desenvolupament del sistema de classificació professional, el següent:

- és el mitjà més eficaç per integrar les perspectives i interessos singulars dels diversos sectors, professions, processos productius i empreses.
- respon les necessitats d'adaptació a l'organització, transformació i producció.

L'estructura del sistema de classificació, dins de l'empresa, ha de respectar els principis d'igualtat i no discriminació. A més a més, és habitual que els convenis estableixin determinats requisits de titulació, a efectes d'enquadrament i promoció professional.

S'ha de precisar que la falta de titulació professional exigida impedeix, en principi, tant l'accés al grup professional, com l'abonament de les diferències salarials, doncs aquest requisit constitueix la garantia per l'ús correcte d'una professió.

Malgrat que els convenis no estableixin titulacions, com a pressupost habilitant per a l'exercici d'una activitat professional, si això no està previst en una norma amb rang de llei, sí poden exigir una determinada titulació acadèmica o professional per tal d'accedir a un grup professional concret, encara que es tracti d'una professió no titulada, a fi de mantenir el nivell cultural i tècnic que resulti més adequat per una activitat professional determinada, sempre que aquesta exigència no resulti arbitrària, ni discriminatòria, i guardi relació amb el contingut funcional de la categoria.

RECOMANA

En el cas concret de la comunicació, s'ha constatat que no s'ha produït cap tipus de diferència entre la titulació exigida en els tres procediments de selecció de personal de l'òrgan gestor, envers les titulacions exigides als diferents processos selectius esmentats. No s'ha observat cap anomalia, ni trencament de principis i regles de selecció, envers al mèrit i la capacitat, per accedir als llocs de treball oferts a les diferents contractacions.

ORDRE DE CRIDA A LA BORSA D'INTERINS

L'art. 27.4 de l'Acord de les condicions de treball estableix que *“quan es produeixi una necessitat d'incorporació en una categoria determinada es **cridarà al següent candidat/a** de la llista que en aquells moments no estigui prestant serveis”*; en aquest sentit l'Acord de la Comissió de Seguiment exposa que *“quan es produeixi una necessitat d'incorporació en una categoria determinada, es **cridarà a la o al següent candidat de la llista** que en aquells moments no estigui prestant serveis amb nomenament o contractació de la mateixa categoria”*. Finalment és un dret del/a candidat/a *“rebre qualsevol oferiment en funció de l'ordre de prelación establert”*.

La finalitat de les borses de treball és la incorporació de personal funcionari interí a l'organització municipal per atendre vacants i substitucions mitjançant la superació de processos selectius regits pels principis de publicitat, igualtat, mèrit i capacitat.

D'acord amb aquesta definició es configuren dos figures necessàries:

- a) l'Organització municipal, atenent als motius d'urgència i de manteniment de serveis essencials, es nodreix d'aquests/es candidats/es per continuar seguint prestant els serveis establerts;
- b) el/la candidat/a, que després de superar un procés selectiu, té l'expectativa d'ocupar un lloc de treball mentre la borsa de treball sigui vigent. Amb aquest objectiu, els aspirants revisen mensualment en quina situació es troben de la borsa de treball.

En aquest sentit, la fixació dels criteris per als nomenaments de la borsa de treball del funcionariat interí han de ser clars, fiables, contrastables, entesos, visibles, i per tant públics, regint-se pels principis de transparència, accés a la informació pública i bon govern de manera que permeti als possibles aspirants comprovar que la selecció del candidat s'ajusta a la legalitat (eliminant la possibilitat de qualsevol tipus d'error).

Per part de l'Ajuntament de Barcelona s'ha dotat d'un Acord de la Comissió de Seguiment sobre la constitució i funcionament de les borses de treball, en el qual especifica un únic criteri d'incorporació *“cridar al següent candidat de la llista”*.

Per tant, en el moment que el/a candidat/a comprova una sèrie d'alteracions en l'ordre de puntuació, tant evident com per exemple passar en un mes del l'ordre 45 al 22, deixant la resta dels candidats enrere; entra en una situació de confusió, atès que no es segueixen les regles establertes, tenint una percepció d'opacitat de l'actuació de l'administració en la gestió de les borses de treball que a més limita el seu dret a exercir les accions pertinents en defensa del seus drets tota vegada que desconeix els motius pels quals un altre candidat que ha obtingut pitjor puntuació que ell en el preceptiu procés selectiu li avança en posicions.

Tanmateix, pel cas concret, el Departament afectat exposa que han entrat diversos criteris en la selecció d'aquests candidats, a més de l'ordre en la borsa de treball, com: adequació de perfils dins d'una mateixa categoria (mitjançant CV i competències observades en el procés), planificació acordada i necessitats expressades per determinats departaments, però queda constatat que aquests criteris no es troben contemplats en la normativa d'aplicació.

Efectivament, podria ser raonable la introducció d'un criteri de preferència per el desenvolupament dels llocs de caràcter interí que constitueixen la borsa de treball, per exemple en els casos en els quals es requereixi per exemple un tècnic superior en dret de la llista de tècnics superiors de gestió i així es justificués, s'esculli el

candidat/a que disposi d'aquesta especialitat o titulació; i podria justificar alterar l'ordre de nomenament del número 50 al 20.

Aquest criteri de preferència és admès per la jurisprudència (STSJ nº 1092/2017, de 3 d'octubre de 2017) *“En primer lugar ha de decirse que el criterio de preferencia que se establece no impide la participación del resto de los integrantes de la bolsa de empleo, sino que establece una prioridad, que no requisito de acceso, para el desempeño de las plazas”*, però ha d'existir una *“justificación objetiva, en cuanto que el criterio de preferencia se hace coincidir con la exigencia de unos específicos conocimientos en concretas áreas de la actividad”*.

Però aquesta argumentació factible no es contempla a la normativa d'aplicació i tampoc és visible a la resta de candidats, raó per la qual en aquests supòsits caldria des de l'òrgan gestor realitzar un informe justificatiu, prèvia consulta preceptiva a la Comissió de Borses, i publicar aquest canvi de llistat, indicant l'especialitat necessitada.

Cal tenir en compte, en relació a la jurisprudència aplicable al cas concret, que *“Si el actor considera que en la cobertura de una concreta vacante por personal interino no se ha seguido el orden de llamamientos previsto en la Lista, ..., deberá impugnar el nombramiento de interino que considera ha perjudicado sus derechos al no respetarse el orden previsto”*. (STSJ 16/2018, Sala de lo Contencioso de Cáceres, de 25 de gener de 2018).

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

Des de la perspectiva de la prevenció (finalitat perseguida també per la Bústia Ètica en front de les conductes reactives) és palmari que la jurisprudència ressenyada a més permet albirar el risc de futures demandes judicials que entranya la pràctica observada en relació a la gestió de les borses.

RECOMANA

Raons aquestes (tant la derivada de les exigències dels principis ètics, de bon govern i administració com des de la vessant de la prevenció) per les quals, es recomana com a proposta de millora de la gestió de les borses de treball:

- Revisió en el si de la Comissió de Seguiment de l'Acord de Condicions de Treball de l'Acord de la Comissió de Seguiment sobre la constitució i funcionament de les borses de treball, a fi d'incloure:

- a) els altres criteris que es puguin utilitzar per la crida del candidat, diferents al de la puntuació obtinguda per aquest a la finalització del procés selectiu en la mesura que puguin alterar l'ordre de "llamamiento" inicialment establert arrel d'aquella puntuació;
- b) la necessitat en aquests casos del corresponent informe justificatiu, i
- c) la publicació d'aquesta actuació cada vegada que es produeixi.

Mentrestant caldrà gestionar aquests supòsits, mitjançant informe justificatiu, prèvia consulta preceptiva a la Comissió de Borses, i publicar aquests canvis en l'ordre del llistat, indicant l'especialitat necessitada o les habilitats requerides de manera que el postulant pugui comprovar si les té o no.

- Mantenir publicades totes les modificacions que es vagin produint a les llistes de les borses de treball amb l'objectiu que els candidats puguin comprovar amb continuïtat la seva posició en la borsa així com la seva evolució.

SEGUIMENT DE L'ACTUACIÓ

La Gerència afectada va emetre posteriorment un informe amb consideracions a la Recomanació emesa on s'informa d'una motivació concreta en relació a les diverses casuístiques d'alteració de l'ordre de crida, que no s'havia inclòs al respondre el primer requeriment emès per l'òrgan gestor de la Bústia ètica, malgrat que en ell es demanava informació al respecte.

IV. SISTEMA DE PROVISIÓ DE LLOCS DE TREBALL

LLIURE DESIGNACIÓ

L'art. 78 del TREBEP exposa que les Administracions Públiques han de proveir els llocs de treball mitjançant els procediments de concurs i de lliure designació amb convocatòria pública, regint-se pels principis d'igualtat, mèrit, capacitat i publicitat; principis derivats dels arts 23.2 i 103.3 de la CE, que operen no només en el moment

inicial d'accedir a la funció pública sinó també en un posterior moment del desenvolupament o promoció en la carrera administrativa, (on s'inclou la provisió de llocs de treball).

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

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

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

Per tant, atès que la característica essencial de la lliure designació és l'apreciació discrecional, que no es pot confondre amb el concepte de lliure arbitri o arbitrarietat, procedeix clarificar el contingut de la lliure designació i els seus límits (STS de 19 de maig de 2016):

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

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

Concretament la Sentència del Tribunal Suprem de 10 de maig de 2007 defineix la discrecionalitat tècnica com: *“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.”*

Però també expressa aquesta STS que cal diferenciar entre el nucli del judici tècnic sobre el que opera aquesta classe de discrecionalitat, i l'obligació d'explicar les raons d'aquest judici tècnic, quan hagi sigut demandades o quan s'hagi plantejat la revisió de la qualificació que exterioritzi aquest judici tècnic, que queden fora de l'àmbit propi del judici de discrecionalitat tècnica.

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

RECOMANA

En el cas concret dels processos selectius objecte de la comunicació, la motivació del judici tècnic va consistir en el següent literal:

“PROPOSAR EL NOMENAMENT... de XXX donat que la seva candidatura és la que més s'adequa al perfil professional i competencial requerit per aquest lloc de treball”.

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

- a) Expressar el material o fonts d'informació sobre les que va operar el judici tècnic.**
- b) Consignar els criteris de valoració qualitativa que s'han seguit per emetre el judici tècnic.**

c) Concretar les raons perquè l'aplicació d'aquests criteris condueix al resultat individualitzat que atorga la preferència a un candidat front a la resta.

S'aprecia, per tant, que la motivació dels nomenaments mencionats no reuneix el contingut mínim especificat jurisprudencialment. Aquest fet implica que no és possible discernir si el judici tècnic es va moure dins dels marges que resulten tolerables en l'apreciació discrecional, ni tampoc si el judici tècnic va ser o no igualitari entre els candidats. És més, d'acord amb la Sentència del TSJ del País Vasc de data 30 d'octubre *“en el procedimiento de provisión de puestos de trabajo, la motivación constituye el único elemento que permite referir la resolución a los principios de merito y capacidad, por lo que su ausencia compromete el derecho a la igualdad de los aspirantes”*, en aquest sentit SSTC 76/1990 *“Se infringe el principio de igualdad, en síntesis, si la diferencia de trato carece de una justificación objetiva y razonable a la luz de las condiciones de mérito y capacidad o, dicho en otros términos, cuando el elemento diferenciador sea arbitrario o carezca de fundamento racional”*.

Cal tenir en compte, per tant, que una motivació articulada sense reunir els elements necessaris, pot comportar un elevat risc de vulneració dels principis d'igualtat i capacitat en la selecció del personal directiu i en conseqüència desvirtuar el sistema de provisió per lliure designació, i en qualsevol cas, podria qüestionar l'objectivitat i imparcialitat que ha de guiar l'actuació de l'Administració pública, i danyar la confiança de la ciutadania i de la resta de servidors públics.

Cal portar a col·lació el tenor literal dels següents paràgrafs de la Sentència 4 de febrer de 2016 del Tribunal Suprem:

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

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

Decir que de los dieciseis solicitantes, todos los cuales reúnen los requisitos exigidos, ninguno reúne las condiciones de idoneidad y confianza necesarias, no es decir nada

si no se añaden unes mínimas explicacions que permetan descartar la utilització de esa fórmula al antojo de quién debe hacer la designación. Explicaciones que deben ofrecer una concreción, aún elemental, de cuál es la idoneidad de la que se habla y de por que ninguno de los solicitantes la posee ni es merecedor de confianza.”

...

Si ponemos en relación la falta de motivación ya apreciada con la secuencia de acontecimientos que se acaban de recordar, no es difícil concluir que se ha utilizado el procedimiento de libre designación, no para seleccionar a quien cumpliendo los requisitos mejor reúne las condiciones de idoneidad y confianza entre los solicitantes, sino para adjudicar el puesto de trabajo a una determinada persona.”

En conseqüència, a la vista de l'informe de provisió de lloc de treball de l'expedient xxx, i de conformitat amb la prèvia jurisprudència senyalada, així com les disposicions normatives d'aplicació, es troba a faltar una motivació suficient i adequada en la justificació de la proposta, d'acord amb els citats paràmetres i evitar una possible vulneració dels principis de mèrit i capacitat en la selecció i promoció de conformitat amb l'art. 103.3 de la Constitució Espanyola.

És més, el tenor literal de la proposta de nomenament i la de la posterior resolució reflecteixen una motivació exigua que dona lloc a que puguin concórrer riscos de vulneració dels principis d'igualtat, mèrit i capacitat, i de desfigurar el sistema de provisió de llocs de treball per lliure designació que debiliten la confiança dels ciutadans i dels propis servidors públics en la imparcialitat i objectivitat de l'Administració Pública en una matèria tan sensible com la de selecció de personal al seu servei.

En conseqüència l'òrgan gestor de la Bústia ètica, va proposar:

- Motivar el judici tècnic complint les exigències jurisprudencials

El tenor literal de la proposta de nomenament i la de la posterior resolució reflecteix una motivació exigua que dona lloc a que puguin concórrer riscos de vulneració dels principis d'igualtat, mèrit i capacitat, i de desfigurar el sistema de provisió de llocs de treball per lliure designació que debiliten la confiança dels ciutadans i dels propis servidors públics en la imparcialitat i objectivitat de l'Administració Pública en una matèria tan sensible com la de selecció de personal al seu servei.

La lliure designació és l'excepció de la provisió de llocs de treball, com tota excepció a la regla, ha de ser interpretada estrictament i l'administració, quan l'utilitzi ho haurà de justificar de forma específica, i caldrà una motivació del judici tècnic complint les exigències jurisprudencials referenciades.

També cal recordar que en relació a la lliure designació i la motivació, el principi d'igualtat, plasmat en l'art. 23.2 CE, representa el dret que tenen els ciutadans a accedir en condicions d'igualtat a les funcions i càrrecs públics, amb els requisits

determinats en les lleis postula que no hi hagi diferència de tractament que *“carezca de justificación razonable y objetiva a la luz de los principios de mérito y de capacidad y que el elemento diferenciador no sea arbitrario o carezca de racional fundamento.”*

Aquest dret té la condició de dret fonamental, que gaudeix d'una tutela judicial reforçada mitjançant un procediment basat en els principis de preferència i sumariat, oberta a la possibilitat de la interposició de recursos davant la jurisdicció ordinària i la jurisdicció constitucional.

SEGUIMENT DE L'ACTUACIÓ

La Gerència afectada va informar a l'òrgan gestor de la Bústia ètica de l'acceptació de les recomanacions emeses.

RECOMANA

En el procediment selectiu referenciat s'observa l'existència del compliment del deure de motivació, atenent per una banda el test de valoració de les competències professionals de cadascun dels candidats que consta en l'expedient i per una altra l'informe justificatiu on hi ha la constància d'una explicació o exteriorització de les raons per les quals es va arribar al judici tècnic corresponent, sense que sigui procedent entrar en fons de la motivació que en últim cas correspondria als Tribunals. I en tal sentit cal afegir que tampoc consta a l'expedient administratiu de la lliure designació referenciada que s'hagi presentat cap recurs contra la decisió del citat tribunal seleccionador ni contra el nomenament de la persona funcionaria.

COMISSIÓ DE SERVEIS

La provisió de llocs de treball, com a gestió de recursos humans, implica la cobertura dels llocs de treball que han quedat vacants, mitjançant els sistemes establerts reglamentàriament. Amb aquesta finalitat, en la provisió de llocs de treball s'ha de respectar els principis de legalitat, objectivitat, mèrit i capacitat dels aspirants, igualtat, publicitat, eficàcia i eficiència.

La comissió de serveis es configura com un sistema de provisió extraordinari, dins de l'àmbit de la potestat discrecional d'autoorganització (STSJ de Madrid de 7 de juny de 2004), amb caràcter temporal; on els funcionaris hauran de reunir els requisits i les condicions establertes a la relació de llocs de treball per al desenvolupament de les funcions o dels llocs que passin a ocupar.

Concretament l'art. 185 Decret 214/1990, de 30 de juliol, pel qual s'aprova el Reglament del personal al servei de les entitats locals, regula que: *“1. La comissió de*

serveis té caràcter temporal i no pot durar més de dos anys. Aquest supòsit es dona exclusivament per necessitats del servei, comporta la destinació a un lloc de treball diferent d'aquell que el funcionari ocupa i implica la reserva d'aquest lloc. 2. Si aquesta comissió de serveis és de caràcter forçós i implica el canvi de localitat de destinació, donarà lloc a les indemnitzacions que corresponguin". I en l'art. 188.1 es contempla el criteri general que "la comissió de serveis ha de ser realitzada voluntàriament, excepte en casos d'urgent i inajornable necessitat aprovada pel president de la corporació". En aplicació d'aquests dos articles es desprenen dues característiques genèriques de la comissió de serveis: la seva voluntarietat i el caràcter temporal, atès que aquesta no es pot estendre més de dos anys, excepte en la comissió de serveis forçosa, la qual "no pot tenir una durada superior als sis mesos"

En la comunicació rebuda a la Bústia ètica s'ha evidenciat per la Gerència afectada, que la comissió de serveis referida al Sr. XXX va més enllà de la limitació temporal de dos anys establerta per la normativa d'aplicació. És a dir, que ha vingut ocupant, en comissió de serveis el lloc de treball especificat sense solució de continuïtat des de l'any 2013, per tant excedint notòriament el termini màxim fixat per les comissions de serveis.

Sobre aquesta qüestió la jurisprudència s'ha pronunciat en reiterades ocasions; en tal sentit, cal portar a col·lació la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 754/2018, de 14 de desembre a l'afirmar en relació al límit temporal de la comissió de serveis en el seu fonament de dret que: "La cuestión que enfrenta a ambas partes en este incidente consiste en dilucidar cuál ha de ser el sentido del fallo. Es decir, si cabe que se extienda la comisión de Servicios más allá del plazo máximo legal (dos años, ex art. 104.1 del Decreto 123/1997 y 85.3 del Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre) o si debe limitarse a dicho plazo. En efecto, conforme a la normativa indicada las comisiones de servicios tendrán siempre carácter temporal y quedarán sin efecto si es necesario por razón de servicio, o porque se provea el puesto por el procedimiento ordinario o por el transcurso del tiempo para el que se concedió, que será un máximo de dos años."

En segon lloc, cal referenciar, al respecte, la sentència del Jutjat Contenciós Administratiu de Tarragona nº 285/2015 de data 3 de novembre de 2015 en la qual es conclou que: "Pasando ya a la cuestión de fondo que nos ocupa, el sindicato recurrente solicita la aplicación del art. 185 del Decreto 214/1990, según el cual las comisiones de servicio tienen una duración de un año, con un máximo de dos años mediante prórroga, y consiguientemente la nulidad del acto de nombramiento. Hay que destacar que esta conclusión viene amparada por la jurisprudencia; así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia 875/2012, Sección Segunda, de 16 de octubre. Sin negar la literalidad de la norma, el Ayuntamiento alegó tres motivos de oposición: el primero de ellos, que no se ha probado que sea una comisión de Servicios prorrogada; el segundo, que lo acordado entra dentro de la potestad de autoorganización de la Administración, y en tercer lugar que en el periodo en que se aprueba la comisión de Servicios existen restricciones para el nombramiento

de funcionarios. Ninguna de las tres razones ha de prosperar, debiendo estimarse, por ello, la demanda interpuesta...”.

Per una altra banda, cal incidir que la finalitat de la temporalitat imposada en la comissió de serveis implica la no permanència en aquest sistema de cobertura de lloc de treball, precisament, amb l'objectiu de no perllongar aquestes situacions provisionals i temporals. Atenent el seu caràcter de limitació temporal, quan transcorre el termini establert per la normativa, comporta que el funcionari no disposa del corresponent emparament legal per ocupar el lloc de treball, atenent que *“el simple transcurso del plazo es per se causa suficiente para la terminación de una comisión de Servicios”* (STA TSJ Valladolid nº 1424/2012 de 20 de juliol de 2012)

RECOMANA

En l'àmbit de l'exercici del compliment de la normativa d'aplicació i de les bones pràctiques va procedir recomanar:

a) Traslladar a les Gerències afectades la necessitat de reconduir la situació d'incertesa jurídica quan s'ha excedit el termini màxim de la comissió de serveis, i procedir a la cobertura del lloc de treball pels canals legalment establerts. En aquesta línia, la concessió de les comissions de serveis és una facultat que correspon a l'administració, d'acord amb la seva potestat d'autoorganització, que li garanteix un ampli marge d'actuació a l'hora de consolidar, modificar o completar les seves estructures i de concretar o configurar organitzativament l'estatus del personal al seu servei. Però l'exercici d'aquesta potestat s'ha de relacionar amb la possible desigualtat o discriminació que podria suposar respecte l'expectativa d'altres funcionaris interessats en accedir aquest lloc de treball, que aprecien que al no ser ofertada aquesta plaça continua sent coberta durant anys, sense solució de finalització, sota la figura extinta de la comissió de serveis, i per l'apreciació discrecional de l'administració. Cal prendre també en consideració la incertesa jurídica que representa i en la qual es situa el funcionari que es troba en comissió de serveis i ja ha excedit amb escreix el termini màxim de la mateixa.

b) Reforçament de la motivació en la utilització de la figura de la comissió de serveis, especialment en:

o La concurrència de la situació de “necessitats del servei”, atenent que aquest pressupòsit permet excepcionar els sistemes ordinaris de provisió de llocs de treball. S'incideix que la concurrència d'aquesta circumstància habilitant ha d'estar acreditada en el procediment administratiu corresponent i explicitada en la resolució del nomenament, *“permitiendo en cualquier caso cuestionar la legalidad de la decisión mediante el análisis*

de la realidad del presupuesto fáctico en el que se asienta” (STSJ Madrid nº 619/2006 de 24 d’abril).

o La procedència de la prorroga de la comissió de serveis a la mateixa persona funcionaria, de conformitat amb el que estableix la jurisprudència, citem per totes la Sentència del Tribunal Superior de Justícia en la Sala de lo contencioso-administrativo de Galicia de 16 de desembre de 2015 (rec. 445/2014), reproduïnt a continuació el seu fonament jurídic tercer: “TERCERO.- Hemos de subrayar que las comisiones de servicio son excepcionales en su adopción y limitadas temporalmente, circunstancia que dados los antecedentes del caso y la tutela de la sentencia a ejecutar, conducen a la carga de la Administración de robustecer las razones por las que se opta por la comisión de servicio ante tan inaudita prolongación de la misma a la luz del elocuente dato de que se vuelve con la misma figura de provisión temporal y respecto de la misma persona. ... Así, el carácter temporal de las comisiones de servicio es subrayado por toda la legislación del ramo. De ahí que la correcta ejecución de la sentencia se salvaguardaba con una imperiosa, convincente, razonada y detallada motivación de acudir a la comisión de servicios y a la misma persona, exigencias que no se han cumplido. En efecto, lleva cubierta en comisión de servicios desde el 16 de Julio de 2008 lo que plantea incluso las posibles responsabilidades disciplinarias y en su caso penales de quienes propician tan anómala situación mas allá de la duración máxima prorrogada de tal figura, y que encierra una prolongación ilegítima de funciones a sabiendas de su irregularidad.”

V. DEURES I CODI DE CONDUCTA DELS/DE LES EMPLEATS/DES PÚBLICS/QUES

ABSTENCIÓ I RECUSACIÓ

L’abstenció constitueix el deure i obligació dels empleats públics de no participar o intervenir en actes o procediments (en els que hauria d’informar o decidir en ells per raó del seu càrrec), quan concorren les causes establertes en la normativa d’aplicació per garantir la imparcialitat i objectivitat. És en l’art. 23 de la Llei 40/2015, d’1 d’octubre, de règim jurídic del Sector Públic on es recullen els supòsits de fet de les causes taxades³⁰ d’abstenció.

³⁰ Es recull a la Sentència del Tribunal Suprem de 9 de març de 2015 “el carácter taxativo de las causas de abstención y recusación que establece el citado artículo 28 de la Ley 30/1992, no permite su aplicación analógica”

D'altra banda, en l'apartat 5.g) del Codi ètic i de conducta de l'Ajuntament de Barcelona recull com a principi ètic i rector de l'activitat municipal la imparcialitat i la corresponent obligació d'abstenció en els següents termes:

“g) Imparcialitat: actuaran de forma legítima i adoptaran les decisions amb imparcialitat, amb garantia de les condicions necessàries per a una actuació independent per tal de representar a tota la ciutadania i no pas a determinats col·lectius o interessos polítics, i no condicionada per conflicte d'interès i sempre en benefici de l'interès públic.

L'exercici del càrrec ha de ser al servei exclusiu dels interessos generals i amb vocació de servei públic, sense incórrer en situació de conflicte d'interès, ja sigui real, potencial o aparent, i amb l'obligació d'abstenir-se de participar en aquells assumptes en què concorri algun supòsit legal d'abstenció o estigui en perill la imparcialitat, tal i com es desprèn dels imperatius legals.”

Cal recordar que d'acord amb la Disposició Addicional primera del Codi ètic les persones que formen part de les tribunals de provisió els és d'aplicació les disposicions d'aquest Codi en tant que membres d'aquest òrgan i en l'exercici de les funcions inherents a aquests.

La recusació opera quan, concorrent alguna o algunes de les circumstàncies previstes, no es produeix l'abstenció voluntària, l'interessat en el procediment posa de manifest el seu recel sobre la imparcialitat de l'empleat públic intervinent. Els interessats poden promoure la recusació en qualsevol moment de la tramitació del procediment (art. 24.1 de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del Sector Públic), i es plantejarà per escrit en el qual s'expressarà la causa o causes en les que es fonamenta (art. 24.2 de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre).

En relació aquest últim extrem, les causes de recusació no només cal ser invocades, sinó que han de ser provades, és a dir, segons la Sentència del Tribunal Constitucional núm. 162/1999, per apartar una autoritat o funcionari del coneixement d'un assumpte concret “... es siempre preciso que existan sospechas objetivamente justificadas, es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos, que permitan fundadamente afirmar que la autoridad u órgano no es ajeno a la causa o que permitan tener por cualquier relación con el caso concreto, que no utilizará como criterio de juicio el previsto por la Ley, sino otras consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico”.

RECOMANA

En el marc de l'abstenció i recusació del tribunal de selecció d'una borsa

d'interins, on s'exposa que "Los aspirantes que han sacado las máximas notas ya estaban ocupando dichos puestos temporalmente con anterioridad, y han sido corregidos y evaluados por sus superiores actuales y que lo fueron en tiempo de su anterior "interinaje", incurriendo en un supuesto de abstención/recusación por relación de servicio que no se ha respetado.

Atenent que no es menciona en la comunicació cap altra causa, caldria focalitzar si els fets de la comunicació són subsumibles en la causa de l'apartat e) "Tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar", sobre aquesta causa hi ha pronunciaments de la jurisprudència, que a tall d'exemple es reproduïxen els següents:

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

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

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

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

de data 11 de febrer de 2003).

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

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

L'òrgan gestor de la Bústia ètica va concloure que, amb la mera invocació de la causa e) de l'art. 23 de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del Sector Públic, no pot considerar-se que s'hagi incorregut en una causa de recusació, en primer lloc perquè en termes general, la jurisprudència s'ha pronunciat en els mateixos extrems, i en termes específics del cas concret no hi ha identificació de les persones aspirants en el procés, ni informació respecte al departament adscrit, ni la identificació dels superiors jeràrquics per poder realitzar actuacions d'investigació més acurades en relació a l'existència d'alguna actuació o intervenció d'algun o alguns membres del Tribunal que hagi pogut ser determinant o influir en la decisió de l'òrgan col·legiat.

Als efectes pertinents, l'art. 8.4.a) de les Normes Reguladores de la Bústia ètica estableixen com obligació de la persona que fa la comunicació a “descriure de la manera més detallada possible la conducta que comunica i a proporcionar tota la documentació disponible sobre la situació que comunica, o indicis objectius per obtenir les proves, sense poder endegar actuacions fonamentades tan sols en opinions”.

RECOMANA

En el marc d'abstenció d'actuacions de personal municipal, que en aquesta comunicació s'ha produït una vulneració dels deures i principis ètics al comprometre la neutralitat i imparcialitat de l'Ajuntament de Barcelona.

En aquest sentit, la regulació dels articles 52 a 54 el text refós de la Llei de l'Estatut bàsic de l'empleat públic (EBEP), aprovat pel Reial decret legislatiu 5/2015, de 30 d'octubre, estableixen un seguit de deures i principis ètics que han de presidir l'actuació de tots els empleats i empleades públiques dels qual interessa destacar els continguts als apartats 5, 7 i 11 de l'article 53, que estableixen que aquests s'han d'abstenir en els assumptes en què tinguin un interès personal, així com de tota activitat privada o interès que pugui

representar un risc de plantejar conflictes d'interessos amb el seu lloc públic; no han d'acceptar cap tracte de favor o situació que impliqui privilegi o avantatge injustificat, per part de persones físiques o entitats privades; i han d'exercir les seves atribucions segons el principi de dedicació al servei públic i abstenir-se no només de conductes contràries a aquest principi, sinó també de qualsevol altres que comprometin la neutralitat en l'exercici dels serveis públics.

SEGUIMENT DE L'ACTUACIÓ

L'òrgan municipal efectuat, a l'evacuar el requeriment efectuat per l'òrgan gestor de la Bústia ètica, va reconèixer que les actuacions realitzades no eren una bona pràctica, i que per això s'havien suspès'havien suspès.

RECOMANA

En aquesta comunicació relativa a un procés de provisió, l'òrgan gestor de la Bústia ètica conclou que no existeixen indicis suficients que avalin la possible concurrència d'una causa abstenció o recusació en els fets objecte d'aquesta comunicació consistents en que la persona aspirant havia treballat en la mateixa Direcció que un/a membre del Tribunal.

Però sí pot recomanar l'adopció de mesures que intentin qualsevol risc que pugui comprometre, encara que aparentment, la imatge d'imparcialitat i objectivitat del sector públic municipal de l'Ajuntament de Barcelona en matèria d'accés a la funció pública (també en la seva modalitat de promoció i ascens en la carrera professional) en la línia apuntada per part de la doctrina³¹ *“sería oportuna plantear ir más allá de las estrictas causas de abstención, y siguiendo el criterio de la nueva normativa sobre contratación pública, proscribir el conflicto de intereses, en el sentido de cualquier situación en la que el miembro del órgano tenga directa o indirectamente un interés que pudiera “parecer” que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de selección.*

SITUACIÓ D'UN CONFLICTE D'INTERES

“El conflicte d'interessos dels responsables públics es un conflicte entre obligacions públiques i interès privat que pot indegudament influir en el compliment de les seves obligacions i responsabilitats”.

³¹ Severiano Fernández Ramos “Acceso al empleo público: igualdad e integridad”, numero 46 de la Revista General de Derecho Administrativo” (Iustel, octubre 2017).

Sobre aquesta definició es pronuncia el catedràtic Manuel Villoria (Vd. “Incompatibilidades y conflictos de interés en la administración local”) i conclou que també inclou les situacions de conflicte potencial o aparent:

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

RECOMANA

Que en els fets exposats s'ha produït una vulneració dels deures i principis ètics al comprometre la neutralitat i imparcialitat de l'Ajuntament de Barcelona.

SEGUIMENT DE L'ACTUACIÓ

L'òrgan municipal efectuat va reconèixer que les actuacions realitzades no eren una bona pràctica.

RECOMANA

En l'àmbit de l'exercici del compliment de la normativa d'aplicació i de les bones pràctiques, va advertir de la possibilitat d'incórrer l'actuació del/de la empleat/da municipal en una situació de conflicte d'interessos al menys aparent, atès que l'objecte de l'empresa XXX en la qual col·labora es podria trobar vinculat a l'objecte de la Gerència en la qual està adscrit/a.

MANCA DE RESPOSTA DE LES INSTANCIES PRESENTADES PER LA PERSONA COMUNICANT EN RELACIÓ A UNA PROVISIÓ PER MOBILITAT VOLUNTÀRIA HORIZONTAL

En relació a la manca de resposta de les dues instàncies presentades per la persona comunicant, cal fer referència a l'article 21 -acceptació i devolució de documents- de la instrucció per al funcionament del Registre General de l'Ajuntament de Barcelona publicat a la Gasetta Municipal de Barcelona del 10 d'Octubre de 2009.

Aquest article estableix el següent:

“Totes les unitats administratives destinatàries de la documentació registrada tindran accés a l'aplicació del registre a través d'una safata on podran consultar tot el que se'ls envia i també, segons el cas, donar o no donar la seva conformitat. Aquesta conformitat equivaldrà a l'albarà de recepció de la documentació.

En cas de no donar la conformitat a la documentació registrada, i que figura a la safata de la unitat administrativa, podrà utilitzar l'opció “Redirecció” o bé l'opció “Rebuig”. Si qui ha rebut erròniament la documentació coneix l'òrgan gestor destinatari, podrà, prèvia comprovació de l'error, adreçar la documentació a aquell mitjançant l'opció “Redirecció”, i si no el coneix, podrà retornar-la a l'oficina del Registre que els l'ha enviada fent servir l'opció “Rebuig”. L'acceptació, la Redirecció i el Rebuig es faran en el termini màxim de deu dies hàbils, passats els quals es produirà l'acceptació automàtica, i en tot cas quan la documentació tramesa arribi a la unitat administrativa de destí.

Quan depenen d'una oficina del Registre alguna o algunes destinacions que, al seu torn, tenen altres destins aquella podrà efectuar la remissió a aquests.”

Si valorem les actuacions dutes a terme en el seu conjunt al haver-se produït l'acceptació automàtica de les dues instàncies presentades per la persona comunicant i no haver efectuat la resposta corresponent a la instància presentada es pot haver interferit en la garantia de l'efectivitat del dret de defensa i de tutela judicial efectiva d'aquesta al no haver contestat a la persona comunicant però en cap cas justifica aquesta inactivitat en informar-la. Cal destacar que els drets d'un interessat poden ser considerats drets de defensa, drets formals reconeguts a qui formen part d'un procediment administratiu. No es pot obviar, que en la tramitació dels procediments administratius s'ha de garantir el dret de defensa quedant vetada la indefensió dels interessats.

També, s'ha de fer especial referència a què l'Administració ha de donar resposta escrita a les qüestions que les persones li plantegin per escrit, tant en el marc d'un procediment administratiu, com quan formulin suggeriments, propostes, queixes o demandes d'informació, d'acord amb el Codi de Bones Pràctiques administratives aprovades el 2 de setembre de 2009 pel Síndic de Greuges de Catalunya el 2 de setembre de 2009.

No obstant això, el silenci administratiu permet a la persona interessada d'accedir a la tutela judicial, però no eximeix a l'Administració de l'obligació de donar resposta ni l'impedeix de resoldre en qualsevol sentit, ja que una resposta a temps pot concretar els elements necessaris per desplegar el dret que tingui l'aspirant/es.

No podem deixar de fer esment a què el Codi ètic i de conducta de l'Ajuntament de Barcelona en el seu article 12 i) – Normes de conducta relatives a la transparència i accés a la informació diu: “... *garantir la transparència en la selecció de personal...*”

També en el preàmbul del Codi ètic es recull com un dels principis i valors ètics que conté és el d'informar de totes les actuacions municipals a fi d'impulsar i respectar el deure d'informar i que la informació proporcionada sigui transparent.

Vistes les consideracions efectuades anteriorment, l'òrgan gestor de la Bústia ètica, en l'àmbit de l'exercici del compliment de la normativa d'aplicació i de les bones pràctiques procedeix recomanar:

RECOMANA

La necessitat de donar resposta a qualsevol petició que efectuï qualsevol aspirant/a de qualsevol procediment de selecció de personal a fi de que disposin dels mecanismes necessaris per desplegar els seus drets, i així garantir el seu dret a la defensa i a la tutela judicial efectiva que els hi pugui correspondre.

UTILITZACIÓ INDEGUDA DE DADES PERSONALS D'EXALUMNES D'UN CENTRE DE FORMACIÓ MUNICIPAL

RECOMANA

Que el Centre de Formació no ha actuat diligentment a l'enviar publicitat de l'entitat XXX al correu electrònic dels seus alumnes i exalumnes atès que no consta el seu consentiment exprés per a rebre-la ni per utilitzar les seves dades personals a tals efectes. Tampoc existeix cap conveni ni contracte que justifiqui la relació entre l'empresa de viatges i l'ens municipal, raó per la que podem concloure que s'han utilitzat indegudament les dades personals dels alumnes vulnerant la regulació del l'article 5.1 de la Llei Orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de Dades de Caràcter Personal (legislació aplicable en el moment de produir-se els fets), que exigeix que els interessats als quals se sol·licitin dades personals siguin prèviament informats de manera expressa, precisa i inequívoca:

- a. *“De l’existència d’un fitxer o un tractament de dades de caràcter personal, de la finalitat de la recollida de les dades i dels destinataris de la informació.*
- b. *Del caràcter obligatori o facultatiu de la resposta a les preguntes que els siguin plantejades.*
- c. *De les conseqüències de l’obtenció de les dades o de la negativa a subministrar-les.*
- d. *De la possibilitat d’exercir els drets d’accés, rectificació, cancel·lació i oposició.*
- e. *De la identitat i la direcció del responsable del tractament o, si s’escau, del seu representant.”*

SEGUIMENT DE LA RECOMANACIÓ

L’òrgan municipal efectuat va reconèixer que les actuacions realitzades no eren una bona pràctica.

VII. RÈGIM D’INCOMPATIBILITATS DEL PERSONAL AL SERVEI DE LES ADMINISTRACIONS PÚBLIQUES

I. Normativa d’aplicació en matèria de règim d’incompatibilitats al personal laboral

En relació a l’aplicabilitat de la normativa en matèria de règim d’incompatibilitats al personal laboral, cal incidir en què és de plena aplicació, en els mateixos termes i les mateixes condicions que al personal funcionari, atès que l’art. 1.2 de la Llei 21/1987, de 26 de novembre, d’incompatibilitats del personal al servei de l’Administració de la Generalitat exposa que és d’aplicació al personal al servei de les corporacions locals i dels ens, els organismes i les empreses que en depenen, sigui quina sigui llur relació jurídica de treball.

II. Activitat privada compatible

Respecte a què l’activitat privada desenvolupada en l’empresa sigui una activitat compatible, i per tant no calgui sol·licitar la declaració de compatibilitat, cal tenir en compte que la regla general en el règim d’incompatibilitats és que l’exercici d’un segon lloc de treball o activitat pública o privada requereix, en tots els casos, l’autorització expressa prèvia, excepte en les considerades no subjectes al règim d’incompatibilitats (art. 17 Llei 21/87, de 26 de novembre i art. 339 ROAS).

L’art. 2 Llei 21/87, de 26 de novembre i art. 322 ROAS identifica quines són les activitats que es consideren compatibles, i per tant, que no han de ser autoritzades:

- L'Administració del patrimoni personal o familiar, amb les excepcions previstes en l'art. 11 Llei 21/87 i 330 ROAS.
- La participació en seminaris, cursos o conferències en centres oficials destinats a la formació de funcionaris, si no tenen caràcter permanent o habitual i no superen les 75 hores anuals.
- La participació en tribunals o òrgans de selecció per a l'ingrés en les administracions públiques.
- La participació en exàmens, proves o avaluacions efectuades pel personal docent, si són diferents de les que li corresponen habitualment.
- L'exercici del càrrec de president, vocal o membre de les juntes rectores de mutualitats o patronals de funcionaris, sempre que no sigui retribuït.
- La producció i la creació literàries, artístiques, científiques o tècniques i la col·laboració en publicacions, sempre que no s'originin com a conseqüència d'una relació de treball o una prestació de serveis.
- La participació ocasional en col·loquis i programes en qualsevol mitjà de comunicació, i la col·laboració i l'assistència a congressos, seminaris i conferències, sempre que no s'originin com a conseqüència d'una relació de treball o una prestació de serveis.
- La realització de treballs científics, tècnics o artístics i el desenvolupament de cursos d'especialització.

III. Règim disciplinari

L'art. 23 de la Llei 21/1987 de 26 de novembre preveu que *“l'incompliment del que disposa aquesta llei ha d'ésser sancionat disciplinàriament, sens perjudici de l'executivitat de la incompatibilitat en què s'hagi incorregut”*. En aquests mateixos termes s'expressa l'art. 20 de la Llei 53/1984, de 26 de desembre.

Respecte al règim disciplinari, el Reial Decret Legislatiu 5/2015, de 30 d'octubre pel qual s'aprova el text refós de la Llei de l'Estatut Bàsic de l'Empleat Públic, regula en el seu art. 94.2 que la potestat disciplinària s'exercirà d'acord amb el principi de legalitat i tipicitat de les faltes i sancions, mitjançant la predeterminació normativa, o en el cas del personal laboral, dels convenis col·lectius.

En l'Annex I de Condicions específiques del personal laboral de l'Acord regulador de les condicions de treball dels empleats públics de l'Ajuntament de Barcelona, respecte al corresponent règim disciplinari, especifica:

- a) En l'art. 12.1.l) és considerat una falta greu *“L'exercici d'activitats professionals, públiques o privades, sense haver sol·licitat autorització de compatibilitat”*.
- b) En l'art. 12.1.n) és considerat una falta molt greu *“L'incompliment de les normes sobre incompatibilitats quan això doni lloc a una situació d'incompatibilitat”*.

En aquest sentit, cal tenir en compte la prescripció de les faltes establert en l'art. 15 de l'Annex I de l'Acord, que en el mateix sentit que l'art. 97 Reial Decret Legislatiu 5/2015, de 30 d'octubre, especifica que les infraccions molt greus prescriuen als tres anys, les greus als dos anys, i les lleus als sis mesos. Així com que el termini de prescripció comença a comptar des que la falta s'hagi comès i des del cessament de la seva comissió quan es tracti de faltes continuades, supòsit de falta d'aquest cas.

Finalment cal afegir que l'art. 24 de la Llei 21/1987 preveu que als òrgans als quals li pertoca la direcció, la inspecció o comandament dels diversos serveis, han de tenir cura, sota llur responsabilitat, de prevenir o corregir, si s'escau, les incompatibilitats en què pugui incórrer el personal.

IV. Aplicació del Codi ètic i de conducta

En data 3 d'octubre de 2017 va entrar en vigor el Codi ètic i de Conducta de l'Ajuntament de Barcelona, aprovat pel Plenari del Consell Municipal, en sessió del dia 30 de juny de 2017.

De conformitat amb l'art. 3.1, *“el Codi és aplicable en l'àmbit de l'Ajuntament de Barcelona i a les entitats municipals vinculades o dependents d'aquest a qualsevol nivell (organismes autònoms, entitats públiques empresarials, societats mercantils municipals o amb participació municipal majoritària, i consorcis, fundacions, i associacions dependents de l'Ajuntament de Barcelona)”*. Per tant, el Codi és aplicable a l'Institut Municipal XXX, com organisme autònom local de l'Ajuntament de Barcelona d'acord amb l'art. 1 del seus Estatuts aprovats definitivament pel Plenari del Consell Municipal de l'Ajuntament de Barcelona.

En relació a les persones destinatàries i subjectes a aquest Codi, l'art. 3.3 inclou el personal de direcció de serveis, concretant que *“Les direccions de serveis són els llocs de treball de nivells 28 i 30 de l'Ajuntament i de les entitats municipals vinculades o dependents d'aquests, d'acord amb el que estipula el catàleg de llocs de treball, els decrets d'estructures organitzatives i els decrets de dimensionament”* En atenció aquest article, la persona que desenvolupa les tasques de Direcció 2 està subjecte als preceptes del Codi ètic.

En aquest sentit, d'acord amb l'art. 7. f) del Codi ètic i de Conducta les persones subjectes a aquest Codi han *“d'exercir el càrrec amb dedicació plena i exclusiva”*.

Així mateix, i més concretament en l'art. 7. g) in fine incideix en que *“El personal eventual i el personal directiu ha d'exercir el càrrec amb dedicació plena i exclusiva, sense poder compatibilitzar llur activitat amb l'exercici de cap altre lloc de treball, càrrec, representació, professió o activitat mercantil, professional o industrial, de caràcter públic o privat, per compte propi o aliè llevat de:*

- 1.- les activitats excloses del règim d'incompatibilitats, sempre que no comprometin la imparcialitat i independència de la funció
- 2.- l'exercici de funcions docents universitàries retribuïdes, sempre que no sigui en detriment de la dedicació a l'exercici del càrrec públic, en règim de dedicació a temps parcial i amb una durada determinada.

Aquelles persones a qui, excepcionalment, se li atribueixi la dedicació ordinària o la parcial podrà comptabilitzar una segona activitat, d'acord amb el que estableix la legislació sobre compatibilitats.”

Finalment, en relació a l'incompliment de les normes sobre incompatibilitats o declaracions, l'art. 18 del Codi ètic i de Conducta regula que serà “sancionat d'acord amb el règim específic establert per la legislació aplicable en aquesta matèria”.

RECOMANA

Que s'hauria d'haver sol·licitat autorització expressa prèvia a l'òrgan competent per el seu desenvolupament atenent que dels fets de la comunicació es desprèn que l'activitat privada desenvolupada pel/per la Sr./Sra. XXX no es podria encabir en cap dels supòsits mencionats d'activitat compatible, per la qual cosa s'aprecia que les activitats descrites en el certificat del Registre Mercantil, com les relatades en la compareixença no serien una activitat privada compatible.

Així mateixa, el Consell Rector de l'òrgan afectat va adoptar l'acord de nomenar al Sr./Sra. XXX com a Director/a xxx amb Complement de Destinació de nivell XX, adscrit a la Direcció de XXX per haver superat la convocatòria de provisió mitjançant lliure designació núm. XXX.

A la vista del que s'ha actuat cal concloure que existeixen indicis suficients com per actuar de conformitat amb el que disposa l'art. 12.2 de les Normes regulades de la Bústia ètica i de Bon Govern.

En aquest sentit la Disposició Addicional de les Normes Reguladores de la Bústia ètica i de Bon Govern especifica que les comunicacions a la Bústia que tinguin per objecte vulneracions de normes de conducta previstes en el Codi de conducta de l'Ajuntament de Barcelona per part dels seus destinataris, s'investigaran d'acord amb allò que disposi el Codi.

En aquesta línia, l'art. 16 d) del Codi de Conducta i de Bon Govern, el Comitè d'ètica té entre les seves funcions formular recomanacions sobre els incompliments del Codi, sense perjudici de les funcions d'investigació de l'òrgan de control que correspongui, d'acord amb els principis de col·laboració i coordinació.

Per la qual cosa donem trasllat d'aquestes actuacions d'investigació al Comitè

d'ètica de l'Ajuntament de Barcelona per si aprecia en l'exercici de les seves competències si els fets descrits vulneren el que desprèn el Codi ètic. Així mateix sense perjudici d'aquesta actuació, i ad cautelam, es dona trasllat d'aquestes actuacions d'investigació a la Gerència afectada per si aprecieu a la vista de la present investigació que els fets descrits són susceptibles d'incoar un procediment disciplinari d'acord amb l'EBEP i la normativa relativa a les incompatibilitats, en exercici de la vostra competència. En aquest sentit, us suggerim que us poseu en contacte amb la Direcció XXX, per a l'articulació d'aquest procediment disciplinari, si escau.

SEGUIMENT DE L'ACTUACIÓ

El Comitè d'ètica va emetre una recomanació que conclou, en la línia apuntada per la Recomanació, que l'actuació de l'empleat/da públic/a no s'adequa al previst a les normes de conducta 5.g) i 7g) del Codi ètic i de conducta, i se li comunica el deure de cessar en les activitats professionals privades no compatibles.

Atenent la petició ad cautelam de la recomanació de l'òrgan gestor de la Bústia ètica, adreçada a la Gerència afectada, perquè valorés si els fets descrits podrien ser susceptibles d'incoar un procediment disciplinari, aquesta es va concretar en la incoació del corresponent expedient disciplinari que finalment va concloure que no hi havia cap prova de càrrec perquè el/la empleat/da públic va negar reiteradament la seva pròpia declaració signada davant de l'òrgan gestor de la bústia ètica, on manifestava que col·laborava professionalment amb l'empresa de la seva parella, i que no disposaven de cap altra prova indiciària que no estigués prescrita, entre d'altres extrems.

VIII. RÈGIM DISCIPLINARI DE L'EMPLEAT PÚBLIC

ESTUDI DE LES PROVES INDICIÀRIES

Respecte l'estudi de les proves indiciàries, el criteri jurisprudencial adoptat en relació als indicis determinats per les diligències i proves efectuades, es recull entre d'altres a la sentència de la Sala de Contenciós Administratiu, Secció Tercera, núm. 5244/2011, de 14 de novembre de 2011, en concret en el seu fonament tercer quan diu: *“El Tribunal Supremo viene admitiendo en materia sancionadora, que el juicio de reprochabilidad se base en pruebas de indicios, si bien (por ejemplo en la sentencia de 26 de abril de 2005), tales pruebas indiciarias deben estar sometidas a un estricto control para ponderar su validez, derivando tal rigor en la valoración de las pruebas indiciarias en el derecho a la presunción de inocencia. Añade la sentencia citada que la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o cohesión, de modo que será irrazonable si los indicios acreditados no llevan naturalmente al hecho que se hace desprender de ellos o lo descartan, como desde el canon de*

su suficiencia o calidad concluyente, no siendo pues razonable cuando la inferencia sea excesivamente abierta, débil o imprecisa.”

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

Para la válida utilización de la prueba de presunciones es necesario que concurren los siguientes requisitos: a) Que aparezcan acreditados los hechos constitutivos del indicio o hecho base; b) Que exista una relación lógica entre tales hechos y la consecuencia extraída; y c) Que esté presente el razonamiento deductivo que lleva al resultado de considerar probado o no el presupuesto fáctico contemplado en la norma para la aplicación de su consecuencia jurídica – como, por cierto, exige ahora de manera expresa el reiterado art. 386.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, párrafo segundo, al señalar que “en la sentencia en la que se aplique el párrafo anterior (las presunciones judiciales) deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción”. O, en otros términos, como señalan tanto la jurisprudencia de esta Sala como la doctrina del Tribunal Constitucional, en la prueba de presunciones hay un elemento o dato objetivo, que es el constituido por el hecho base que ha de estar suficientemente acreditado. De él parte la inferencia, la operación lógica que lleva al hecho consecuencia, que será tanto más rectamente entendida cuanto más coherente y razonable aparezca el camino de la inferencia. Se habla, en este sentido, de rechazo de incoherencia, de la irrazonabilidad y de la arbitrariedad como límite a la admisibilidad de la presunción como prueba (sentencia de 19 de mayo de 2001 [RJ 2001, 3784])».

Els criteris generals recollits per la jurisprudència del Tribunal Suprem (per totes, STS de 23 de maig de 2006, EDJ 253297 i STS de 31-1-07, EDJ 10546) en relació a les presumpcions són:

- Que apareguin acreditats els fets constitutius de l’indici o fet base;
- Que existeixi una relació lògica entre tals fets i la conseqüència extreta;
- Que estigui present el raonament deductiu que porta al resultat de considerar provat o no el pressupost fàctic contemplat en la norma per a l’aplicació de la seva conseqüència jurídica.

En la prova de presumpcions hi ha un element o dada objectiva, que és el constituït pel fet base que ha d’estar suficientment acreditat. D’aquest parteix la inferència, l’operació lògica que porta al fet conseqüència, que serà més extensa quan més

coherent i raonable aparegui el camí de la inferència. Això, comporta el refús a la incoherència, a la irracionalitat i de l'arbitrarietat com a límit a l'admissibilitat de la presumpció com a prova.

Respecte les consideracions generals sobre el règim dels vicis o defectes que poden afectar als actes administratius els podem agrupar en tres categories: nul·litat radical o de ple dret; anul·labilitat i defectes o irregularitats no invalidants. En matèria d'invalidació dels actes administratius (articles 49 a 51 Llei 39/2015 d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques) hi ha que tenir en consideració els principis generals de Dret administratiu derivats del principi bàsic "favor acti", segons els quals, els vicis d'invalidació que puguin afectar a les actuacions jurídiques de les Administracions públiques han de valorar-se restrictivament i des de la visió de la major efectivitat d'aquelles, però en el cas de produir-se una col·lisió d'aquest principis en altres, encara més si són de rang constitucional, ha d'aplicar-se el prevalent o un criteri de proporcionalitat, aplicant la nul·litat si s'escau. Dit això, en l'esfera administrativa ha de aplicar-se amb moderació la teoria jurídica de les nul·litats, advertint que, en l'apreciació dels supòsits de vicis de nul·litat, han de ponderar-se els següents factors:

- la importància que revesteixi el dret a què afecte;
- les derivacions que motivin;
- la situació i posició de l'interessat en l'expedient; i
- altres circumstàncies que concorren.

Analitzada la jurisprudència sobre les possibles causes de nul·litat del procediment selectiu referit es poden encabir en la denominada "**desviació de poder**". No es pot exigir una prova plena sobre la seva existència, i tampoc fundar-se en meres presumpcions o conjectures.

La Sentència del Tribunal Suprem de 21 octubre 1988 afirma que "*la desviació de poder no ha de fundar-se en meres presumpcions ni en suspicàcies i espaioses interpretacions de l'acte d'autoritat sinó en fets concrets i és menester una demostració clara i palmària que el exercici de les potestats administratives es van exercir torçadament*", però, segons la Sentència del Tribunal Suprem de 14 de març de 2003, també es permet, per la dificultat de provar la desviació de poder, que només s'aconsegueixi "*la convicció moral que les motivacions de l'acte o de la sentència, van ser alienes a l'interès públic concret que la potestat conferida per l'ordenament ha de servir, sense que n'hi hagi prou simples conjectures, meres presumpcions o errors en l'aplicació i interpretació de l'ordenament jurídic*". Cal acreditar fets o elements suficients per formar la convicció que l'Administració efectua la seva actuació amb una finalitat diferent de la pretesa per la norma aplicable.

Afegir que la dimensió substancial i procedimental del que ha de considerar-se desviació de poder, ho ha precisat el Tribunal Suprem, amb el recolzament de la jurisprudència comunitària.

La Sala Tercera del Tribunal Suprem ha flexibilitzat el rigor de l'acció, que requereix una prova complida i plena, exigint aquesta nova corrent jurisprudencial (Sentència de 18 de juliol de 1992 y 5 de desembre de 1994, entre d'altres) tant sols acreditar els fets o elements que permetin al Tribunal formar la convicció ateses les dificultats que sempre tenen la prova (provança) de motivacions internes, diu el següent: “*Esta Sala- así sentencias de 19 septiembre de 1992 y 20 de noviembre de 1998-, de desviación de poder: 1) Es necesario una acto aparentemente ajustado a la legalidad, pero que en el fondo persiga un fin distinto al interés público querido por el legislador; 2) Se presume que la Administración ejerce sus potestades conforme a Derecho; y 3) No puede exigirse, por razón de su propia naturaleza, una prueba plena sobre la existencia de la desviación de poder, que tampoco puede fundarse su apreciación en meras presunciones o conjeturas siendo necesario acreditar la concurrencia de hechos o elementos suficientes para formar en el Tribunal la convicción de que la Administración acomodó su actuación a la legalidad, pero con finalidad distinta de la pretendida por la norma aplicable*”. (STS de 22 de mayo de 2015, rec 2377/2013).

RECOMANA

Que arrel dels indicis detectats per l'òrgan gestor de la Bústia ètica i de bon govern en la investigació d'un procés selectiu, es va donar trasllat dels fets al Ministeri Fiscal.

IX. CONVENIS COL·LECTIUS EN L'ÀMBIT DE LES ADMINISTRACIONS PÚBLIQUES

REVERSIÓ DEL SERVEI PÚBLIC

Les Administracions Públiques actuen cap a l'exterior col·laborant amb empreses privades i privatitzant la gestió de serveis públics a través de les operacions d'externalització, com és el cas de les contractes i concessions d'activitats i serveis amb les vicissituds jurídiques, com per exemple els canvis d'adjudicatari; reversió del servei públic a l'Administració titular del mateix, cada cop més freqüent com reflexa d'una tendència a revaloritzar l'eficiència de la gestió directa dels serveis públics. És necessari garantir la suficiència de recursos públics pel desenvolupament eficient de les activitats o serveis recuperats (o revertits) a l'ens públic actuant, sense oblidar garantir eficaçment els drets dels treballadors adscrits als serveis

revertits o recuperats, quan no s'aplica l'article 44 del text refós de la llei de l'Estatut dels Treballadors (ara en endavant TRET) i els treballadors són acomiadats per causes empresarials (articles 51 o 52.c) del TRET), segons l'ombrall legalment exigint com delimitador de l'àmbit d'aplicació d'aquestes disposicions.

La Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrer de 2014 (marc jurídic de les concessions administratives –d'obres o de serveis) en el seu article 2 consagra el següent: *“La presente Directiva reconoce el principio de libertad de administración de las autoridades nacionales, regionales y locales, de conformidad con el Derecho nacional y de la Unión. Dichas autoridades tienen libertad para decidir la mejor forma de gestionar la ejecución de obras o la prestación de servicios, en particular garantizando un alto nivel de calidad, Seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios en los servicios públicos. Dichas autoridades podrán optar por realizar sus funciones de interés público con recursos propios o en colaboración con otras autoridades o confiarlas a operadores económicos.”*

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

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

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

En determinats sectors econòmics aquets elements es redueixen molt sovint a una mínima expressió i l'activitat descansa fonamentalment en la mà d'obra. Si un conjunt organitzat de treballadors estan destinats de forma duradora a una organització comú pot constituir una activitat econòmica quan no existeixen factors

de producció³² per la qual cosa no hi ha cap impediment que la plantilla sigui assumida per l'empresa adquirent en aquells sectors en el quals la unitat de producció és essencialment la ma d'obra.

La catedràtica de Dret del Treball i la Seguretat Social de la Universitat de Lleó, Sra. Susana Rodríguez, argumenta el següent sobre la successió empresarial a les administracions públiques i/o empreses del sector públic³³:

“... podría llegarse a concluir que “las actividades públicas gestionadas indirectamente constituirían per se un complejo orgánico- una unidad productiva en sentido funcional y técnico- encaminado a realizar una servicio público definido y delimitado, lo que supone que las vicisitudes que 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 majoritària entén que la idea de les regles sobre successió d'empreses s'apliquen també en els casos en els que aquesta es produeix a favor d'una entitat de caràcter públic com conseqüència del rescat de l'explotació anteriorment desenvolupada a favor d'una entitat privada, sent indiferent la causa per la qual opera aquesta substitució.

RECOMANA

Que és d'aplicació l'article 44 de TRET a l'establir que els sistemes de gestió d'aquests serveis siguin mitjançant gestió directa per part d'aquest Ajuntament, per la qual cosa la subrogació del personal laboral que prestava els serveis amb

³² SSTJCE 173/96 y 247/96, de 10 de diciembre de 1998, asuntos acumulados Sánchez Hidalgos i altres; 127/96, 229/96 i 74/97, de 10 de diciembre de 1998, asuntos acumulados Hernández Vidal y otros; 172/99, de 25 de enero de 2001, asunto Oy Liikenne Ab; 51/00, de 24 de enero de 2002, asunto Temco, 340/01, de 20 de noviembre de 2003, asunto Carlito Abler y otros y 232 y 233/04, de 15 de diciembre de 2005, asunto Güney-gorrs y Demir.

³³ Ponencia de 28 de noviembre de 2019 impartida en el Seminari sobre relacions col·lectives de la Federació de Municipis de Catalunya sobre Criterios sociales en la nueva Ley de contratos del Sector Público.

contracte laboral indefinit amb les empreses adjudicatàries i que es va incorporar a la plantilla de l'Ajuntament de Barcelona, subsistint els corresponents contractes laborals, però quedant limitada la seva incorporació a l'Ajuntament als llocs de treball dels serveis afectats no és incompatible al compliment de la normativa laboral.

PUBLICITAT DE LES ACTES DEL COMITÈ D'EMPRESA

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

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

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

No podem obviar, la jurisprudència consolidada que justifica els aspirants en un procés selectiu a que puguin recórrer contra els actes finals d'aquests, sense haver impugnat prèviament les bases de la convocatòries, sent un dels requisits per aquesta excepció jurisprudencial, quan es lesionin drets fonamentals, és a dir que lesionin els drets i llibertats susceptibles d'empara constitucional com podria ser en aquest cas la igualtat.

Així la Sentència de 22 de maig de 2009, recurs núm. 2586/2005 obra la possibilitat excepcional que eludeix la regla general del recurs previ a las bases i que resumeix aquesta doctrina citada del Tribunal Suprem que resol el següent: *“Admitiendo que existía una jurisprudencia que amparaba el principio de que no impugnada las bases no puede después impugnarse el resultado, 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 le proceso selectivo ha supuesto un verdadero perjuicio, ilegal, para quien no tiene la obligación de soportarlo, y finalmente en dos sentencias de esta Sala de 2 de marzo de 2009 se sostiene que: “una cosa es que, dentro del amplísimo margen de potestad discrecional que dispone la Administración para configurar las bases de un proceso selectivo, dentro por supuesto del absoluto respeto al ordenamiento jurídico , pueda disponer un contenido, que si se admite, no puede ser posteriormente cuestionado, y otra muy distinta que la falta de impugnación de las bases subsane las ilegalidades que aquellas puedan contener, pues ello supondría que el derecho sería disponible para la Administración y para las partes que lo consienten. Esto es el principio de que las bases son la ley del concurso, ha de entenderse, como ocurre ilegalmente en los contratos, que son la base de la relación contractual, en la medida en que sean conformes con el ordenamiento jurídico. En consecuencia, el consentimiento de las bases no puede convertirse en un obstáculo 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 ésta sea decisiva, puede no interesarle su aplicación”.*

En conseqüència:

“... aunque se admite que las Bases de un proceso selectivo no son un reglamento y en consecuencia no son susceptibles de ser impugnades 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”.

RECOMANA

Considerar la idoneïtat de la publicació de les actes del comitè d'empresa a fi de garantir la màxima transparència d'acord amb el que preveu la normativa aplicable i fer arribar els acord presos en aquest a fi de garantir la possibilitat de ser coneguts per tots els interessats, si s'escau, el dret a exercir els seus drets.

SUBROGACIÓ DELS/DE LES TREBALLADORS/RES DE L'EMPRESA ADJUDICATÀRIA

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

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

X. FUNCIONS I RESPONSABILITATS EN MATÈRIA DE SEGURETAT PÚBLICA

I. Marc competencial en la presa de decisió en relació als delictes de terrorisme.

Les persones comunicants en la descripció dels fets, qüestionen si els responsables de seguretat ciutadana i prevenció d'aquest Ajuntament exerceixen les seves funcions amb les garanties necessàries per la ciutadania.

Per la qual cosa, cal definir: a) el concepte de seguretat ciutadana i b) quines són les competències municipals dins d'aquesta matèria.

a) Concepte de seguretat ciutadana.

La seguretat ciutadana ve regulada com una missió de les Forces i Cossos de Seguretat, sota la dependència del Govern de l'Estat, conjuntament amb la de garantir el lliure exercici de drets i llibertats públiques. Si fem un anàlisi del context interpretatiu realitzat pel Tribunal constitucional, la institució de la seguretat ciutadana es conforma com un bé constitucionalment protegit. Els seus titulars són, d'una banda, el Govern de l'Estat, com subjecte actiu primari (qui porta la direcció política) i les Forces i Cossos de Seguretat, com subjecte actiu secundari (els agents operatius, que tenen al seu càrrec la prestació de seguretat); i d'altra banda, com subjectes passius, els ciutadans, en la seva qualitat de participants en la vida de la comunitat.

L'objecte o contingut de la seguretat ciutadana consisteix en les mesures de prevenció, protecció, garantia i reparació que s'hagin d'adoptar, perquè els ciutadans puguin intervenir lliurement i amb garanties en els diferents nivells i formes participatives, públiques i privades, íntimes, socials i polítiques i econòmiques que presenta la vida en comunitat.

Per tant, s'entén que la seguretat ciutadana es configura constitucionalment com una garantia de la vida ordinària, per a les situacions que puguin esdevenir-se en el dia a dia.

La doctrina constitucional la defineix com "l'activitat que té per objectiu la protecció de persones i béns, el que coneixem com seguretat en sentit estricte, i també d'assegurament de la tranquil·litat i ordre ciutadà" (STC 33/1992, de 8 de juliol). Com diu l'autor MORELL (1998) el manteniment de la "pau pública"³⁴

L'article 104 de la CE parla de seguretat ciutadana en establir que les forces i cossos de seguretat tenen per missió protegir el lliure exercici dels drets i les llibertats i garantir la seguretat ciutadana.

El text constitucional no defineix què és la seguretat pública i s'ha de buscar la seva definició en la doctrina jurisprudencial de l'alt tribunal, que la configura com una institució jurídica dirigida a fer front a amenaces col·lectives greus, alhora que ho enllaça amb la seguretat ciutadana.

³⁴ *Ressenya extreta del llibre "El gobierno local estudios en homenaje al profesor Lluís Morell Ocaña" - Obra colectiva coordinada por Alberto Ruiz Ojeda - Colección Estudios Doctrinales publicado en Mayo de 2010.*

La seguretat pública és, doncs, la matèria sobre la que s'han de delimitar les competències entre l'Estat i les CCAA; per la qual cosa, a més a més de l'article 149.1.29 de la CE, s'ha de contemplar el que diu l'Estatut d'Autonomia de Catalunya (EAC 2006) que disposa quines són les competències que té la Generalitat en aquesta matèria. L'article 164, en el seu apartat primer, assenyala: *“la planificació i regulació del sistema de seguretat pública de Catalunya i l'ordenació de les policies locals; la creació i l'organització de la Policia de la Generalitat (Mossos d'Esquadra)”*.

La matèria de seguretat pública i el concepte que s'hi atribueix ha anat evolucionant, atenent les sentències del Tribunal Constitucional, des de l'any 1982, donat que llavors s'entenia que era una competència exclusiva estatal i avui s'entén que no hi ha exclusivitat per a cap administració. Es tracta aleshores de competències compartides i es produeix, una lectura diferent de la lletra de l'article 149.1.29 de la CE.

Des d'una vessant competencial i, un cop establert que en matèria de seguretat pública es donen competències compartides, cal tenir en compte els criteris que ha establert el Tribunal Constitucional per delimitar-les.

En aquest sentit, el primer que s'ha de posar de manifest és el fet que en matèria de seguretat pública no es dona la distinció entre competències normatives estatals i d'execució autonòmiques. La distribució de competències es produeix, tal i com es desprèn de la jurisprudència constitucional, d'acord amb el criteri de l'interès a protegir. Dins de la matèria de seguretat pública, es troben incloses les submatèries següents: Seguretat ciutadana; seguretat privada; protecció civil i trànsit i seguretat viària.

En matèria de seguretat pública tenen competència l'Estat, les comunitats autònomes, l'estatut d'autonomia de les quals ho preveu i han exercit aquesta previsió, i les entitats locals; no es produeix una unificació de totes les competències en una sola entitat. A més no es dóna exclusivitat a favor de cap administració i això implica que cal actuar d'acord amb els principis de cooperació, col·laboració i informació recíproca.

Fem una breu referència a algun dels òrgans de coordinació:

- Coordinació entre la Generalitat i el Govern de l'Estat

a) Consell de Política de Seguretat. La seva finalitat és coordinar les polítiques de seguretat.

b) Junta de Seguretat de Catalunya. La seva finalitat és coordinar les forces i cossos de seguretat de l'Estat i la Policia de la Generalitat-Mossos d'Esquadra. També té entre les seves funcions coordinar les Forces i Cossos de Seguretat de la Generalitat

amb les policies locals a través de la coordinació que exerceix la Generalitat i l'emissió de directrius i instruccions per a la coordinació.

- Coordinació entre la Generalitat, el Govern de l'Estat i els ajuntaments.

Junta local de seguretat

La presideix l'alcalde/ssa del municipi i té una periodicitat ordinària trimestral. Cal recordar que la coordinació de les policies locals correspon a la Generalitat i que és a les juntes locals de seguretat on s'adopten convenis de coordinació i col·laboració de la Policia de la Generalitat-Mossos d'Esquadra amb les entitats locals. Aquests convenis assignen a la junta local de seguretat la missió de determinar las prioritats, les accions especials i les campanyes de prevenció al municipi, així com establir quan la policia local ha de col·laborar en tasques de seguretat ciutadana.

- Coordinació entre la Generalitat i els ajuntaments.

Comissió de Coordinació de Polícies Locals: És un òrgan consultiu que té com a funció fer informes dels projectes de coordinació que hagi d'aprovar el Govern de la Generalitat.

b) Competències municipals.

La Llei Orgànica 2/1986, de Forces i Cossos de Seguretat de l'Estat estableix en l'article 52 estableix el següent:

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

A l'article 53.1 d) del mateix cos normatiu:

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

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

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

El Reial Decret 1087/2010, de 3 de setembre, pel que s'aprova el Reglament que regula les Juntes Locals de Seguretat, està encabit amb el que disposa la LO 2/1986

de Forces i Cossos de Seguretat (ara en endavant la LOFCS) en el que s'afirma que el bé jurídic a protegir és la Seguretat Pública; i per tant es desprèn que aquesta atribució és competència exclusiva de l'Estat, amb la necessària participació de les CCAA i de les Corporacions Locals, d'acord amb el que estableixen els respectius Estatuts d'Autonomia i el que disposa la Llei 7/1985 de bases de règim local (ara en endavant LRBRL).

La LOFCS, per delimitar les funcions de les Corporacions Locals en matèria de Seguretat Ciutadana, remet a la LRBRL, més en concret, el que disposa el capítol III d'aquesta Llei, en que descriu l'àmbit funcional de les seves competències. L'article 25 de la LRBRL disposa que el Municipi exerceix les competències sobre la seguretat en llocs públics, l'ordenació del trànsit de vehicles i persones en vies urbanes, la protecció civil i la protecció del medi ambient.

La participació de les Entitats Locals en el manteniment de la seguretat pública, segons els paràmetres de la LRBRL, implica que es delimitin les competències en matèria de Seguretat i ordre públic, segons el que estableix la LOFCS en el seu article 53, el qual englobaria la vigilància dels espais públics i col·laboració amb les Forces i Cossos de Seguretat de l'Estat i la Policia de les CCAA. La protecció de les manifestacions i el manteniment de l'ordre en les grans concentracions humanes; practicant diligències de prevenció, i totes les accions dirigides a evitar la comissió d'actes delictius, en el marc de cooperació que estableixen les Juntes de Seguretat.

Aquestes atribucions en matèria pública tenen el seu reflexa en la Llei Orgànica de Protecció de la Seguretat Ciutadana, la que atribueix als Alcaldes (Autoritats Locals) competències en matèria de seguretat pública. Aquesta seguretat l'han de proporcionar les entitats locals en els "llocs públics". Dins d'aquests, s'inclouen aquells espais on existeix una afectació de demanda per la continuada utilització dels veïns i aquells en que s'ofereixen serveis públics d'interès local o municipal, per part de l'Administració Local o altres Administracions Públiques.

Les funcions derivades de la Llei 1/2006, de 13 de març, de Règim Especial del Municipi de Barcelona estableix en el seu article 128 que:

1. Correspon a l'Ajuntament de Barcelona:

- a) Col·laborar en la funció de policia de seguretat ciutadana, d'acord amb el que estableix la Junta Local de Seguretat.
- b) Sancionar en les ordenances municipals els actes contraris a l'ordre i la seguretat ciutadana en l'àmbit de les relacions de veïnatge, tot respectant els drets i les llibertats fonamentals.

c) Exercir les atribucions que en matèria d'espectacles estableix la legislació sectorial vigent.

2. Aquestes competències i funcions municipals en matèria de seguretat són desenvolupades per la Guàrdia Urbana de Barcelona, sens perjudici de les que correspongui a altres forces i cossos de seguretat.

II. Competència de les mesures de prevenció en matèria antiterrorista

Les mesures de prevenció en matèria antiterrorista recauen en l'Estat, en concret en el Ministeri de l'Interior, aquesta no és una competència municipal. Sense perjudici d'això, en el marc de descripció de competències en matèria de seguretat ciutadana de les diferents administracions públiques hi ha que analitzar l'àmbit d'actuació de la Junta Local de Seguretat de Barcelona per una millor comprensió de l'objecte d'aquesta comunicació.

La Junta Local de Seguretat, com hem esmentat en l'apartat anterior, és l'òrgan de coordinació de la seguretat pública a la ciutat i té per finalitat la presa de decisions en base a la informació i el coneixement que aporten els diferents membres, en relació a les seves funcions i responsabilitats. Té per objecte establir espais de debat que permeten la presa de decisions sobre les necessitats i prioritats en matèria de prevenció i seguretat a la ciutat, així com els mecanismes de coordinació en les intervencions, programes o accions.

III. La instal·lació dels bol·lards.

Per tal d'establir la necessitat i la idoneïtat o no de la instal·lació dels bol·lards en diferents espais de la Ciutat, i en concret a les Rambles, en primer lloc s'han d'analitzar les actuacions que s'han portat a terme per la Junta de Seguretat Local de Barcelona, i que per motius de confidencialitat i seguretat, l'òrgan gestor de la Bústia no ha pogut tenir-ne coneixement. Per tant, les valoracions següents s'han fet amb la informació de la que disposa aquest òrgan.

Insistim, en què no s'ha tingut accés a tota la informació relativa aquest assumpte, atès que aquesta no es facilita de manera detallada per exigències de seguretat i de confidencialitat, així com per ser necessària la coordinació amb les altres administracions intervinents en aquesta matèria.

En aquest sentit s'ha de fer una reflexió general sobre si les mesures que s'adopten per la prevenció d'atemptats terroristes són les més idònies en el moment en què es decideixen, en concret sobre els elements físics a instal·lar i en quins llocs de l'espai urbà.

En diversos fòrums s'han plantejat problemes similars sobre la manca de bol·lards o altres elements físics en espais urbans amb una alta densitat de població. El fet que no hi haguessin elements físics dissuasius no era una particularitat només de Barcelona, ja que altres ciutats de l'Estat espanyol es trobaven en circumstàncies semblants. Ara bé, això no vol dir que no s'hagin adoptat mesures de seguretat en funció de l'anàlisi de riscos elaborats de cara als diversos dispositius i situacions i de manera coordinada entre les diverses administracions. Mesures preventives similars als bol·lards han estat la col·locació d'obstacles en alguns dispositius de seguretat per partits de futbol, concerts o esdeveniments considerats de risc, entre d'altres. En aquest sentit, cal destacar que després dels atemptats de Niça el 14 de juliol de 2016 i de Berlin el 19 de desembre de 2016 es van adoptar sistemes de retenció en tots els punts de concurrència nadalenc.

A més a més, s'ha tingut coneixement pels mitjans de comunicació, que la Junta de Seguretat Local de Barcelona es va reunir sis dies després dels atemptats. Va prendre varies decisions: com més efectius patrullant els carrers, i un nou grup sectorial format per Guardia Urbana, Mossos d'Esquadra, Bombers, Policia, Guardia Civil, emergències i mobilitat, per analitzar els riscos i debilitats de seguretat de la ciutat i proposar possibles solucions.

També, els mitjans de comunicació van informar que en el mes de novembre de 2017, aquest subgrup va demanar a la Junta de Seguretat que s'incorporessin determinades mesures, la Junta de Seguretat les va adoptar de forma immediata. S'han instal·lat jardineres, cubs de formigó, pivots i bol·lards.

Investigadors i experts en el tema de seguretat han assenyalat que assegurar les ciutats amb aquestes barreres tradicionals (bol·lards entre d'altres) implica obstaculitzar algunes tendències actuals de la planificació urbana, això és, construir ciutats més sostenibles i accessibles. Així doncs, hi ha dues polítiques públiques que comencen a col·lisionar, amb dificultats per entendre's, ja que en la geografia urbana apareixen molts elements físics dissuasoris i la seguretat incorpora irremediament elements de planificació urbana. No obstant això, els bol·lards són un mètode dissuasiu concret i útil en casos puntuals, però lluny de ser una solució integral. És més, si l'atemptat que es va patir a les Rambles s'hagués materialitzat com semblà ser que estava planejat pels presumptes autors, amb la carrega d'explosius, la instal·lació de barreres permanents tampoc hagués estat protegida per aquest atac.

Recentment, en debats a nivell internacional, s'ha debatut sobre la estratègia per protegir els espais de concentració de masses davant del terrorisme. Hi ha propostes prou interessants, que ja estan sobre la taula des de fa anys, com barreres físiques, compartir informació entre agències, col·laboració pública-

privada, resiliència. En definitiva, la novetat estratègica que preveu és un esforç de sistematització de l'acció pública.

Ara bé, cal valorar que és del tot indispensable no oblidar altres estratègies preventives per evitar atacs terroristes, com les que s'han recollit en el Global Counter Terrorism Forum, (GCTF), un fòrum global contra el terrorisme, format per vint-i-nou països i la Unió Europea. És una entitat amb finalitat eminentment pràctica pel debat, l'anàlisi, l'intercanvi de recomanacions i bones pràctiques, la identificació de prioritats i la mobilització de recursos, per a la prestació d'assistències tècniques en matèria de lluita contra el terrorisme.

S'ha destacat que una estratègia preventiva i inclús proactiva sobre el terrorisme, pot basar-se en l'observança escrupolosa dels drets humans i, al mateix temps a fiançar l'estat de dret i la capacitat de protecció dels Estats (recull que consta en el marc del document de treball sobre assistència tècnica-subdivisió de prevenció del terrorisme de les Nacions Unides relatives a la lluita contra el terrorisme).

IV. Competències de l'Ajuntament de Barcelona en matèria de prevenció antiterrorista.

D'acord amb el marc competencial desenvolupat en l'apartat núm. 2,3 i 4 d'aquest document, l'Ajuntament no té competències en matèria de prevenció antiterrorista, però si ha adoptat les mesures de seguretat que han estat sol·licitades pels responsables de la lluita antiterroristes mitjançant la Junta Local de Seguretat , també consta aquesta consideració en la vostra resposta de 26 de setembre de 2017 al requeriment efectuat per aquest òrgan.

Les mesures adoptades a Barcelona abans i després de l'atemptat del mes d'Agost de l'any passat són coincidents amb les adoptades en altres ciutats europees, com barreres físiques (jardineres de gran volum, cubs de formigó), que no necessàriament han de ser bol·lards.

Atesa la complexitat de la presa de decisions en aquest àmbit d'actuació dels responsables en matèria de prevenció antiterrorista, volem ressaltar una reflexió d'un analista d'intel·ligència, que manifesta el següent:

“(...) Las decisiones son buenas si con el tiempo y en la situación futura, y sabiendo cuáles han sido las consecuencias de aquellas, hubiésemos tomado la misma decisión, pero esta

afirmación que parece tan sencilla y lógica en lo práctico rompe la norma conceptual básica de confundir resultado con decisión aunque uno sea fruto de la otra.”³⁵

V. Intercanvi de millors pràctiques per reforçar la protecció dels espais públics i minorar la radicalització dels grups extremistes

El 8 de març de 2018 es van reunir a Brussel·les alcaldes i representants de Barcelona, Manchester, Niça, Marsella, Berlín, Estocolm i altres ciutats europees per intercanviar millors pràctiques per reforçar la protecció dels espais públics i minorar la radicalització dels grups extremistes. També per demanar suport de les institucions europees. Per part de l’Ajuntament de Barcelona, hi va assistir el senyor Amadeu Recasens, comissionat de seguretat.

S’ha destacat en les conclusions que s’han adoptat en aquesta trobada la necessitat de treballar en dues línies:

- 1) La protecció dels espais públics per minimitzar les baixes en el cas que es produeixi un atac terrorista.
- 2) La integració social de les persones perquè no siguin atretes per la ideologia terrorista.

El comissari d’Interior de la Comissió Europea, senyor Avramopoulos, va explicar que han rebut 35 propostes de projectes per optar al paquet de 118,5 milions per ajudes que la Comissió va atorgar per reforçar la protecció física d’edificis i d’esdeveniments esportius i llocs concorreguts com els aeroports. A més a més, ha insistit en la necessitat d’ampliar l’ús de mètodes de detecció fiables, inclosos les tecnologies de vanguardia, però sense oblidar altres mètodes més tradicionals. Aviat es faran públics els resultats de la convocatòria dels projectes.

Altres participants han defès la necessitat de col·laborar en el sector privat en la protecció dels espais públics e infraestructures, moltes de les quals són gestionades per empreses privades, i el paper clau de les autoritats locals per prevenir i detectar senyals de radicalització de persones considerades de potencial vulnerables o “risc”³⁶.

El 8 de març de 2018 el Sr. Recasens, comissionat de Seguretat va participar a Brussel·les a la Conferència d’alcaldes de la Unió Europea on va explicar que

³⁵ Autor José Antonio Cruz Moro, primer cap de la secció d’atacs a xarxes terroristes e insurgents del Centro de Excelencia de la OTAN

³⁶ Nota de premsa de iustel-Diario del derecho municipal de 9 de març de 2018

L'Ajuntament de Barcelona va crear, després dels atacs a París el mes de novembre de 2015, dos grups de treball transversals:

- Gestió de grans crisis (amb múltiples víctimes): integra els caps dels diversos serveis d'emergència, salut, policia i seguretat civil de la ciutat i de Catalunya per harmonitzar els procediments de treball i enfortir la coordinació davant d'una gran crisi amb múltiples víctimes.
- Urbanisme i seguretat: amb responsables dels diferents àmbits relacionats amb el disseny urbà, l'espai públic i la seguretat, amb l'objectiu d'introduir els elements de seguretat en els projectes de planificació.

També, va informar que tot i que els governs locals no tenen la competència en matèria antiterrorista, que les ciutats poden contribuir en diversos nivells en coordinació amb altres administracions, com ara:

- En la detecció i prevenció de la polarització, la radicalització i l'extremisme violent de qualsevol tipus i arrel.
- Adoptant mesures per millorar la seguretat de concentracions i la protecció de determinats esdeveniments de risc.
- En la gestió de crisi, millorant la cooperació i la formació dels primers equips operatius que intervenen sobre el terreny.
- A la resiliència i retorn a la normalitat, treballant conjuntament amb la ciutadania.

Pel que fa a les mesures i els procediments per millorar la seguretat de l'espai públic, ha destacat, la importància de la coordinació entre les diferents administracions. A Barcelona s'ha creat un grup de treball específic entre les tres administracions, local, regional i estatal, per analitzar permanentment la naturalesa de l'amenaça terrorista i proposar mesures addicionals per fer-hi front:

- Augment dels obstacles, fixos i mòbils, en espais amb una elevada concentració de persones preservant el model obert de ciutat.
- S'està treballant en la construcció d'una nova i més moderna Sala Conjunta de Comandament, que reuneix tots els operadors de policia i d'emergència de la ciutat.
- S'ha augmentat la formació dels operadors municipals en l'àmbit de la prevenció de la radicalització, la gestió de la crisi, l'ús d'armes de foc i primers auxilis.

- Es modernitzarà el sistema de vídeo vigilància vigent a la ciutat.
- S'han reforçat les mesures de seguretat en àrees sensibles, i estacions Inter modals de transport.
- S'han forjat vincles de cooperació amb altres ciutats europees, abans i després de l'atac, per treballar juntes en la recerca d'un intercanvi d'experiències sobre aquests temes que permeti l'intercanvi de bones pràctiques i millorar els estàndards comuns europeus i internacionals per a procediments i mesures, i una resposta transversal.

RECOMANA

Vistes les consideracions efectuades anteriorment, l'òrgan gestor de la Bústia ètica, va suggerir que més enllà de les mesures de seguretat i prevenció, des de l'Ajuntament de Barcelona es podrien analitzar i posar en marxa, altres iniciatives com habilitar xarxes de connexió entre el sector públic i diferents àmbits de la societat civil, que condueixin a serveis d'intervenció culturalment apropiats per promoure la participació comunitària i fomentar la capacitat de resiliència, davant l'extremisme violent, per donar reforç a la planificació i la presa de decisions.

El propòsit d'aquestes xarxes hauria de ser millorar les estratègies de prevenció de radicalisme violent mitjançant l'intercanvi d'informació, l'aprenentatge mutu i la creació de pràctiques innovadores.

RECOMANACIONS EN MATÈRIA DE DRET D'ACCÈS

RECOMANACIONS EN MATÈRIA DE DRET D'ACCÈS

I. NORMATIVA D'APLICACIÓ

La normativa d'aplicació al cas concret és la Llei 19/2014, de 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern.

Concretament l'art. 2 c) defineix el dret d'accés a la informació pública com “Dret d'accés a la informació pública: el dret subjectiu que es reconeix a les persones per a sol·licitar i obtenir la informació pública, en els termes i les condicions regulats per aquesta llei.”

En l'apartat b) de l'article 2 es defineix com a informació pública “la informació elaborada per l'Administració i la que aquesta té en el seu poder com a conseqüència de la seva activitat o de l'exercici de les seves funcions, inclosa la que li subministren els altres subjectes obligats d'acord amb el que estableix aquesta llei”.

Per tant, la regulació que introdueix aquesta Llei modifica substancialment el règim vigent fins ara en matèria d'accés a la informació pública, fins al punt de convertir aquest accés en un veritable dret subjectiu que tenen totes les persones d'accedir a la informació pública, entesa aquesta en sentit ampli, com tota aquella que ha estat elaborada per la mateixa Administració i també aquella que té en el seu poder com a conseqüència de la seva activitat o l'exercici de les seves funcions.

En aquest sentit l'art. 18 de la Llei 19/2014, de 29 de desembre que regula que l'accés a la informació pública reitera la seva configuració com a dret: “Les persones tenen el dret d'accedir a la informació pública, a què fa referència l'article 2.b, a títol individual o en nom i representació de qualsevol persona jurídica legalment constituïda”.

II. EXPEDIENT ADMINISTRATIU

L'actual Llei 39/2015, d'1 d'Octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques (ara en endavant LPAC) en els seus articles 70 al 74, desenvolupa els principis informadors de les fases cronològiques del procediment (d'iniciació, d'instrucció i de terminació).

D'aquesta norma es pot determinar que s'entén per expedient administratiu el conjunt ordenat de documents i actuacions que serveixen d'antecedent i fonament a la resolució administrativa, així com les diligències encaminades a executar-la.

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

III. LEGITIMACIÓ PER ACCEDIR COM INTERESSAT/DA

La legitimació per poder accedir com interessat/da en un procediment es configura com una concurrència obligada en tot ciutadà, en dos requisits, el primer, estar en possessió de la capacitat jurídica i d'obrar adequada (requisit formal) i d'altra banda, que aquest ostenti un dret subjectiu o interès legítim directament connectat, amb l'objecte del procediment (STS, Sala Civil, de 30 de novembre de 1987). L'interès és independent dels drets subjectius i constitueix una especial relació amb l'objecte del procediment, és destacable que a hores d'ara, ja no s'exigeix que aquest sigui "*directa i personal*", només que sigui legítim o com assenyalava algun autor "*com a mínim compatible amb ell*".

Així, hem de recordar com el Tribunal Constitucional, en pronunciar-se sobre el dret a la tutela judicial efectiva (article 24 CE), va declarar que no eren exigibles els requisits sobre l'interès directe i personal (STC 60/1982 de 11 d'octubre, 62/1983 de 11 de juliol i 257/1989, de 22 de desembre).

IV. DRETS DELS/DE LES INTERESSATS/DES

Quan es plantegen qüestions relacionades amb drets dels interessats en el procediment, és necessari fer una interpretació integrada i conjunta de la legislació del procediment i de transparència.

Aquesta interpretació integrada ajuda també a evitar una interpretació restrictiva del dret d'accés a l'expedient que podria derivar-se dels canvis introduïts per la LPAC. L'art. 70.4 de la Llei 39/2015 del Procediment Administratiu Comú de les Administracions Públiques(ara en endavant la LPAC), quan restringeix l'objecte del dret d'accés dels interessats en excloure del propi expedient la informació auxiliar o de suport a què es refereix l'art.18.1.b) LT, ha de rebre la mateixa interpretació restrictiva que aquest. Això vol dir que no es poden excloure de l'expedient tots aquells documents que puguin ser rellevants per al dret de defensa dels interessats, com ha confirmat recentment el Tribunal Suprem en una Interlocutòria de 13 de juny de 2018.

D'altra banda, és raonable que l'art.70.4 LPAC afegixi la referència a la informació continguda en aplicacions, fitxers i bases de dades informàtiques, ja que aquesta no pot formar part de l'expedient, tot i que això no vol dir que aquesta informació no sigui accessible, per part dels propis interessats, a través del dret general d'accés.

Per altra banda, l'article 70.4 LPAC preveu que els informes facultatius han de formar part de l'expedient i són també, d'aquesta manera, accessibles a l'empara del dret general d'accés.

S'imposa, així, una interpretació integrada de la legislació del procediment i de transparència, que, en cas de llacuna, estengui al dret d'accés a l'expedient dels interessats totes aquelles previsions més favorables que pugui contenir la segona i que siguin compatibles amb la primera. Aquesta interpretació integrada ajuda també a evitar una interpretació restrictiva del dret d'accés a l'expedient que podria derivar-se dels canvis introduïts per la LPAC.

Si bé aquest article té almenys la virtut de deixar clar que els informes facultatius han de formar part de l'expedient i són també, d'aquesta manera, accessibles a l'empara del dret general d'accés.

L'art. 82.1 LPAC remet a les limitacions previstes per l'LT, només poden referir-se als límits dels art.14 i 15 LT, no a les causes de inadmissió de l'art. 18 LT, ja que aquestes causes pressuposen la presentació d'una sol·licitud per part de l'interessat, i l'art 82.1 es refereix a la consulta de l'expedient que té lloc a instància de la pròpia Administració, durant el tràmit formal d'audiència obert per aquesta.

L'art. 53.1 a) LPAC, que és el que permet l'accés de l'expedient a instància de l'interessat, no contempla ni remet a cap causa d'inadmissió de l'art. 18.1 LT tampoc no tindria sentit en el cas del dret d'accés a l'expedient, pel seu objecte. També, hi ha que indicar que LA LPCA, preveu dues vies diferents d'exercici del dret d'accés a l'expedient: a instància de l'Administració, quan l'accés té lloc durant el tràmit formal d'audiència (art.82.1 LPAC), i a petició de l'interessat, quan es produeixi fora d'aquell (art 53.1.a) LPAC).

La consulta de l'expedient durant el tràmit d'audiència és la més habitual i important, perquè té lloc al final del procediment, quan aquell ja conté pràcticament tots els documents que l'han d'integrar, i permet als interessats tenir una visió completa d'aquest en el moment en què han de preparar les seves al·legacions finals. Això no obstant, els interessats poden accedir a l'expedient, en virtut de l'art 53.1.a), quan no s'obri el tràmit d'audiència, o amb anterioritat a la seva obertura, per a formular les al·legacions prèvies que l'art.53.1.e) permet efectuar, o per preparar amb més antelació les que pensi presentar durant l'audiència, o fins i tot després del tràmit d'audiència, quan s'incorporin documents rellevants després de la seva realització (com l'informe jurídic i el dictamen del Consell d'Estat o òrgan consultiu autonòmic equivalent, que el paràgraf segon de l'art. 82.1 LPAC torna a situar després de l'audiència, com feia l'LPA de 1958).

V. CAUSES D'INADMISSIÓ DE LES SOL·LICITUDS D'ACCÉS

Les causes d'inadmissió de les sol·licituds d'accés estan recollides amb caràcter bàsic en l'article 18.1 de la Llei estatal 19/2013, de 9 de desembre, de Transparència, Acceso a la información pública y Buen Gobierno (ara en endavant LTBG) i les diferents lleis autonòmiques; en particular, en la Llei 19/2014, de 29 de desembre, de Transparència, Accés a la informació pública i bon govern de Catalunya (ara en endavant la LTAIBGC).

Les causes d'inadmissió de les sol·licituds d'accés estan recollides amb caràcter bàsic en l'article 18.1 de la LTBG, en concret la lletra a) Les que *“es refereixen a informació que estigui en curs d'elaboració...”*.

Les causes d'inadmissió, com estableix l'article 20.2 de la LTAIBGC, *“han d'interpretar-se sempre restrictivament en benefici d'aquests dret i no podem ampliar-se per analogia”*.

La Comissió de Garantia del Dret d'Accés a la informació Pública (ara en endavant GAIP)³⁷ com pot comprovar-se en la seva resolució núm. d'expedient 49/2017 de 15 de febrer. Aquestes causes només podran aplicar-se quan s'aprecii la seva existència d'una forma clara i fundada d'acord amb el que estableix l'article 29.3 de la LTAIBGC. No hi ha prou amb afirmar la seva concurrència; hi ha que argumentar amb dades i raonaments concrets vinculats al cas que concorreria efectivament la causa d'inadmissibilitat invocada. Trobem resolucions en aquest sentit de la GAIP, en concret les Resolucions 354/2017, de 20 de novembre, 119/2106, de 28 d'agost, 40/2017 de 8 de febrer, 49/2017, de 15 de febrer, 146/2017, 10 de maig o 102/2108, de 17 de maig.

Hem de destacar que les causes d'inadmissió han d'al·legar-se en el tràmit procedimental oportú, això és, en la resposta a la sol·licitud d'informació. Com diu la GAIP en la seva resolució 119/2016, de 28 de setembre que segueix el criteri establert en la 4/2016, manifesta que: "l'eventual concurrència de causes d'inadmissibilitat s'ha d'invocar en el moment de donar resposta a la sol·licitud presentada, ja que és més qüestionable la seva al·legació ex post, un cop finalitzada el procediment de sol·licitud d'informació i iniciat el de reclamació".

L'article 29.3 de la LTAIPBG requereix la motivació de les inadmissions, requisit que difícilment es pot complir si s'utilitza la causa d'inadmissibilitat merament per justificar la denegació d'accés en el procediment de reclamació quan aquest ha finalitzat. Confirmen aquestes resolucions 388/2017, de 20 de novembre y 68/2017, de 13 de juliol.

La primera causa d'inadmissió de les sol·licituds d'accés, article 18.1 de la LTGB, recullen dos supòsits diferents. D'una part, el referit a informació en procés d'elaboració; de l'altre, el relatiu a informació "en curs" de publicació general.

³⁷ La GAIP és un òrgan especialitzat i plenament independent, elegit pel Parlament de Catalunya, encarregat de vetllar pel compliment i les garanties del dret d'accés a la informació pública. Es crea per la Llei 19/2014, del 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, que la regula en els seus articles 39 a 44. La GAIP atén les reclamacions formulades pels ciutadans/es contra la desestimació de sol·licituds d'accés a la informació que prèviament hagi formulat. Es pot reclamar davant la GAIP contra qualsevol administració, entitat o empresa pública de Catalunya. També atén consultes que li formulen administracions o altres entitats públiques sobre la matèria.

La Resolució del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (ara en endavant CTGB)³⁸, el legislador declara el CTGB en la seva resolució territorial 310/2017, de 13 d'abril de 2018, intenta evitar que es doni accés “a informació que el seu contingut fos susceptible de variació per trobar-se en procés de redacció o confecció. Aquesta causa és concurrent en altres interpretacions en les que participen diferents autoritats autonòmiques en la matèria³⁹, en els supòsits en els que la informació “està inacabada” (Resolució 11/2015, de 11 de maig), “en procés o tràmit d’elaboració” i “per la qual cosa no pot pronunciar-se en el moment exacte en que la sol·licitud és presentada” (Resolució 419/2016, de 15 de febrer de 2017), encara que sí podria facilitar-la amb posterioritat.

La doctrina i les interpretacions de les diferents comissions territorials de transparència que les circumstàncies que estan descrites en l'article 18.1.a) de la LTGB “no estan determinades per prolongar-se en el temps” (Resolució 490/2016 de 14 de febrer de 2017), pel qual el subjecte competent per resoldre ha d’informar al sol·licitant del “termini temporal en el que està prevista la completa elaboració de la informació sol·licitada” (Resolucions 419/2016, de 15 de febrer de 2017 o 94/2018, de maig), així com en que “el que deu estar en fase d’elaboració amb expedient és la informació o la documentació que es sol·liciti, no el procediment dins el qual es trobi la mateixa” (Resolució 84/2017, de 23 de maig), doncs no hi ha que confondre informació en curs d’elaboració amb expedient en desenvolupament o tramitació. És a dir, pot ser que un expedient es trobi inacabat, però en el mateix s’hagi finalitzat informació o documents (Resolució 117/2018).

L'article 18.1 a) de la LTGB permet, la inadmissió de les sol·licituds d'accés en els supòsits en els que la informació es trobi “en curs... de publicació general”. La pròpia llei disposa en el seu article 22.3 que “quan la informació ja ha estat publicada, la resolució podrà limitar-se a indicar al sol·licitant com pot accedir a aquesta” (criteri interpretatiu del CTBG 9/2015, de 12 de novembre).

Aquesta causa recau sobre la informació, “que la seva publicació general està sent preparada en un termini concret i no dilatat en el temps” (Resolució 101/2017, de 30 de maig), que estigui “prevista i completada en un període de temps raonable de tal

³⁸ El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno és un organisme independent encarregat de promoure la transparència de l'activitat pública, vetllar pel compliment de les obligacions de publicitat i salvaguardar el dret d'accés a la informació pública i garantir l'observança de les disposició de bon govern. Es regeix pel que disposa la Llei 19/2013, de 9 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern i pel seu Estatut aprovat per Reial Decret 919/2014 de 31 d'octubre.

³⁹ Resolución 66/2016, de 30 de diciembre, de la Comisión de Transparencia de Castilla y León o en la resolución 69/2016, de 27 de julio, del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía.

forma que satisfaci el dret del ciutadà en el marc temporal més proper a la data de la sol·licitud” (Resolucions 73/2016, de 9 de maig i 484/2016, de 6 de febrer de 2017) i el accés no quedi suspès de “forma indefinida i carent de control” (Resolució 98/2017, de 30 de maig).

El sol·licitant ha de ser informat de la data en la que està prevista la publicació (Resolució 101/2017 de 30 de maig) *“en un mitjà que l’acces no estigui restringit i pugui ser conegut i utilitzat amb facilitat”*, com expressa la mateixa resolució citada.

Hi ha que indicar que la CGTB aquesta causa no està prevista per la inadmissió de sol·licituds d’informació objecte de publicitat activa, doncs el fet que l’Administració tingui el deure de publicar d’ofici determinada informació no exclou el dret d’acces sobre aquesta. Així ha estat resolt en el Criteri interpretatiu 9/2015, de 12 de novembre i ha estat aplicat en nombroses ocasions pel CTBG (entre d’altres resolucions territorials 221,257 y 357/2017 de 14 de març de 2018).

Hi ha autors que consideren que aquests motiu d’inadmissió només s’hauria d’acceptar en aquells casos d’informació pública que no sigui d’obligada publicació, ja que aquesta informació d’obligada publicitat activa seria un frau de llei que permetés que en aquests casos l’Administració incomplidora es beneficiés de la seva negligència al·legant la causa d’inadmissió.

Aquest no és el criteri de la LTAIBGC que en el seu article 29.1.c) es refereix específicament a aquestes hipòtesis al considerar que procedeix la causa d’inadmissió *“si la informació que sol·licita està en fase d’elaboració i s’ha de fer hi ha que fer-se pública d’acord amb les obligacions de transparència del títol II, dins del termini de tres mesos”*.

En concret, a Catalunya, l’administració pot denegar l’acces a un procediment en curs per part d’algú que no tingui la condició d’interessat quan concorri algun dels límits o causes d’inadmissió que preveuen l’LT i LTC. Alguns d’ells poden tenir una especial operativitat durant la tramitació de procediments administratius, ja que tracten de protegir específicament el procés de presa de decisions de l’Administració i la consecució de la fi del procediment, en garantia del principi constitucional d’eficàcia administrativa (art.103.1 de la Constitució). És el que succeeix, en particular, amb els límits de les lletres e),g) i k) de l’art. 14.1 LT (lletres b) i c) de l’art. 21.1 LTC), així com amb la causa d’inadmissió de la lletra b) de l’art 18.1 LT (lletra a) de l’art. 29.1 LTC).

Les consideracions efectuades anteriorment ho han estat des de la vessant del dret a l'accés a la informació pública, ara bé no podem obviar la condició d'interessada de la part comunicant. No obstant això, seguint amb la interpretació efectuada amb el marc normatiu de la Llei 19/2014 hi ha que valorar si el dret d'accés és diferent o no segons la condició d'interessat o no, supòsit objecte d'aquesta comunicació.

La doctrina fa una integració extensa de la normativa del procediment administratiu i la del dret d'accés per citar un exemple, trobem l'autor Sr. Oriol Mir Puigpelat que defensa que:

“La superació del criteri purament seqüencial de distinció entre el dret d'accés a l'expedient dels interessats i el dret d'accés de tota persona que manejava l'LRJPAC (en virtut del qual el primer s'exercia durant el procediment, i el segon, quan aquest finalitzava) i la possibilitat oberta per l'LT que tots dos s'exerceixin de forma simultània obliguen a precisar en relació existent entre l'un i l'altre.

L'un i l'altre dret es distingeixen per que fa als seus titulars, el seu objecte, el seu abast temporal i la seva finalitat. El primer correspon únicament als interessats en el procediment, per accedir a la documentació continguda en l'expedient, mentre dura el procediment, i amb la finalitat que puguin defensar, durant la seva tramitació, els seus drets i interessos legítims. Constitueix, així una garantia inherent al principi de l'Estat de dret, estretament vinculada al dret d'audiència.

El segon dret, en canvi, correspon a tota persona (interessats o no), per accedir a tot tipus d'informacions en poder de l'Administració (ja sigui l'expedient administratiu o qualsevol altra), en qualsevol moment abans, durant o després del procediment administratiu, o al marge de tot procediment) i per qualsevol finalitat, que no cal precisar. Se'l sol relacionar amb el principi d'Estat de Dret, en constituir un requisit imprescindible de la llibertat d'informació i un instrument bàsic de control democràtic de poder i de participació fonamentada dels ciutadans en els assumptes públics.

Però pot ser utilitzat per a qualsevol altre finalitat d'interès particular, també per a la mateixa finalitat de defensa jurídica dels drets i interessos propis que caracteritza el dret d'accés a l'expedient dels interessats. La realitat mostra, tant a Espanya, com la resta de països, que la immensa majoria de sol·licitud d'accés estan mogudes per fins particulars, sovint de tutela jurídica, per accedir a informacions que interessin únicament o principalment a qui les sol·licita i que no tenen cap impacte mediàtic. Això no s'ha de veure com un fet negatiu, i ve emprat en tot cas per l'LT/LTC i la jurisprudència espanyola.

Si es contemplen els elements estructurals apuntats (titulars, objecte, abast temporal, finalitat) por arribar-se a sostenir, per tant, que el primer dret constitueix, en realitat, en l'ordenament jurídic espanyol vigent, una espècie o subtipus dels segon, un dret específic d'accés en front del dret general d'accés que aquest últim encarnaria. Tant els titulars, com

l'objecte, l'abast temporal i la finalitat del dret d'accés a l'expedient queden subsumits dins el més ampli abast subjectiu, objectiu, temporal i teleològic del dret d'accés de l'LT/LTC. Existeix, així, una relació d'especialitat entre l'un i l'altre.

La relació que hi ha entre ells és també de complementarietat, ja que no s'exclouen mútuament, sinó que poden ser exercits de manera conjunta: els interessats, com qualsevol altra persona, poden utilitzar el dret general d'accés, durant la tramitació del procediment administratiu, per accedir a informacions que constin a l'expedient administratiu i que es trobin en poder de l'Administració que el tramita o d'una altra Administració, i que puguin servir per a la seva defensa.

El fet que la mateixa informació que consta en l'expedient administratiu d'un determinat procediment pugui ser sol·licitada, durant la seva tramitació, per un tercer(o pel propi interessat a través d'un tercer), a l'empara de la legislació de transparència obliga a considerar que les previsions més favorables que aquesta pugui contenir siguin també aplicables quan aquesta informació es sol·liciti per un interessat en exercici del dret d'accés a l'expedient que li reconeix la normativa de procediment. No té cap sentit que els interessats, que es veuen afectats en els seus drets i interessos pel procediment, i que durant dècades han estat els únics que han pogut consultar els expedients administratius durant la seva tramitació, rebin un tracte més desfavorable que els tercers que desitgin accedir-hi.”

RECOMANA

Que l'òrgan municipal ha donat resposta en el marc del procediment administratiu a la petició del comunicant de poder examinar la totalitat de l'expedient i ha complert amb el que preveu la normativa administrativa aplicable (Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les Administracions Públiques i la Llei 19/2014, de 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern).

VI. CAUSES D'INADMISSIÓ. RELLEVÀNCIA O INTERÈS PÚBLIC

L'art. 29.1 a) de la Llei 19/2014, del 29 de desembre, de transparència, accés a la informació regula que: “Són inadmeses a tràmit les sol·licituds d'accés a la informació pública en els supòsits següents: a) Si demanen notes, esborranys, resums, opinions o qualsevol document de treball intern sense rellevància o interès públic.”

En la Resolució nº 225/2018, de 9 d'agost de la Comissió de Garantia d'Accés a la Informació Pública (GAIP) diferencia els dos requisits establerts que: “Cal destacar que en els termes de l'article 29.1.a per a poder establir aquesta causa d'inadmissibilitat cal que es compleixin,

acumulativament, dos tipus de requisits: d'una banda, que la documentació sol·licitada tingui la textura de nota, esborrany, resum, opinió o document de treball intern, en general, i que, a més, que aquest document no tingui rellevància ni interès públic”.

En el cas concret, respecte als requisits establerts en la normativa de referència: *“Rellevància o Interès públic”.*

La rellevància o interès públic constitueixen conceptes indeterminats que precisen d'una concreció relacionada a les circumstàncies particulars de cada supòsit.

En el cas concret, el Pla d'Equipaments té per naturalesa ser una eina de planificació global que recull les necessitats i disponibilitats dels barris en matèria d'equipaments i proposa un pla d'inversions a curt, mitjà i llarg termini per adequar i optimitzar les dotacions existents i, si cal, crear-ne de noves.

Per la seva banda, l'equipament és definit com un conjunt d'espais o d'instal·lacions definides i diferenciades de la via pública per a unes activitats i usos específics i propis d'un servei dirigit a la ciutadania o a uns usuaris determinats.

Per tant, s'evidencia que es tracta d'un document intern amb rellevància i interès públic, atès que afecta de manera directa a la ciutadania. En aquest sentit, el Departament de Transparència de l'Ajuntament de Barcelona va informar al Districte que el Pla d'equipaments de Districte no entra en la consideració de ser un document “sense rellevància o interès públic”; o fins i tot en el propi Pla d'Equipaments que finalment es va publicar en el mes de juliol de 2018 s'especifica que *“El Pla d'Equipaments neix amb la voluntat de servir a la ciutadania amb criteris de proximitat i amb l'objectiu de garantir la millor atenció actual i futura en serveis de qualitat.”*

Per una altra banda, el Districte s'ha pronunciat en diverses ocasions en la seva negativa a donar accés al document Pla d'equipaments, per exemple, en la comunicació de data YYY o en la comunicació de dret d'accés DA XXX, desatenent la recomanació del Departament de Transparència.

RECOMANA

Analitzada la documentació referenciada i la normativa d'aplicació, i d'acord amb el criteri de la GAIP es pot mantenir que l'actuació del Districte s'allunya de l'esperit de la Llei 19/2014, de 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern i dels que en ella es disposa respecte al dret

d'accés atenent el retard i la falta de motivació en atendre la petició de dret d'accés del document Pla d'equipaments.

També cal fer menció especial a la insuficiència de motivació que presenta la comunicació de resposta al ciutadà realitzada pel Districte en la qual solament es feia constar que: *“El Pla d'equipaments és un document de treball que no es fa públic a la ciutadania”*, sense cap altra justificació jurídica per denegar el dret d'accés a aquell, atenent el dret de la ciutadania al seu accés d'acord amb la Llei 19/2014, de 29 de desembre.

Cal portar a col·lació que un dels objectius de la Llei 19/2014, de 29 de desembre és regular i garantir el dret d'accés de les persones a la informació i la documentació públiques (art. 1.b), i que el seu àmbit d'aplicació abasta als ens que integren l'Administració local a Catalunya (art. 3.1.a).

Així mateix, s'ha de recordar el que disposa al respecte el preàmbul de la citada llei: *“Les administracions públiques i les institucions i els organismes públics en general tenen funcions, activitats i serveis per a complir finalitats d'interès públic en benefici del conjunt dels ciutadans. En un context d'estat democràtic i de dret, tots els poders públics tenen la legitimitat que els dona la participació ciutadana en llur configuració (de manera directa o indirecta), la qual cosa obliga a donar compte a la ciutadania, d'acord amb el principi de responsabilitat, de la seva activitat i de la gestió dels recursos públics que s'han posat al seu abast.”*

D'altra banda pot resultar il·lustratiu el que la pròpia llei recomana com a objectius a assolir: *“La Llei es proposa assolir tres objectius, tots tres molt ambiciosos: en primer lloc, recuperar i incrementar la confiança dels ciutadans envers la gestió pública i la política. En segon lloc, facilitar i promoure el retiment de comptes. I, finalment, garantir l'ètica dels gestors públics i els governants.”*

RECOMANACIONS EN MATÈRIA DE BILINGÜISME

RECOMANACIONS EN MATÈRIA DE BILINGÜISME

I. ANÀLISI DE LA NORMATIVA I JURISPRUDÈNCIA D'APLICACIÓ EN RELACIÓ A L'ÚS DEL BILINGÜISME

II. Anàlisi de la normativa i la jurisprudència d'aplicació en relació a l'ús del català en l'Ajuntament de Barcelona

1.- Normativa de aplicació

L'ordenació del pluralisme lingüístic de Catalunya es configura en el art. 3 de la Constitució Espanyola i l'art. 6 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya. Aquestes disposicions van ser desenvolupades per la Llei 7/1983, de 18 abril de normalització lingüística; que a la seva vegada va ser substituïda per els preceptes de la Llei 1/1998 de 7 de gener de política lingüística.

A nivell municipal, l'article 4 de la Carta Municipal de Barcelona, aprovat per la Llei 22/1998, de 31 de desembre, preveu que el català, llengua pròpia de Catalunya, ho és també de l'Ajuntament de Barcelona, i estableix l'obligació de l'Ajuntament de normalitzar l'ús del català en les seves competències.

En data 5 de febrer de 2010, s'aprova per el Consell Municipal, el Reglament d'ús de la llengua catalana de l'Ajuntament de Barcelona, que estableix que l'ús de la llengua catalana per part de l'Ajuntament de Barcelona, els seus organismes i entitats que depenen d'aquest, es regeix pel que estableix l'Estatut d'Autonomia de Catalunya, la Carta Municipal de Barcelona, la Llei 1/1998, de 7 de gener, de política lingüística, el present Reglament i la resta de normativa aplicable.

2.- Concepte de llengua pròpia, llengua preferent, llengües oficials en Catalunya.

Prèviament procedeix diferenciar els següents conceptes: llengua pròpia, llengua preferent i llengua oficial.

a) Llengua pròpia: el català és la llengua pròpia de Catalunya, i com a tal, és la llengua de totes les institucions de Catalunya, incloent les Administracions locals, que implica un compromís especial de les institucions per a promocionar el coneixement i fomentar l'ús entre els ciutadans i ciutadanes.

b) Llengua preferent: En les sentències núm. 316/2012 i núm. 312/2015 de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia s'exposen que: *“no són acceptables els preceptes que desequilibren la paritat en la posició jurídica de ambdues llengües oficials; això és, els que configuren una posició de prevalença o preferència del català per el castellà”* En virtut d'aquets fonament, l'art. 2 del Reglament es va declarar inadmissible en la mesura que configurava el català com a llengua d'ús preferent (*revisar la referència en relació a l'EAC*).

c) Llengua oficial: el català i el castellà són les llengües oficials en Catalunya i poden ser utilitzades indistintament per els ciutadans i ciutadanes en totes les activitats públiques i privades sense discriminació (art. 3 de la Llei 1/1998, de 7 de gener de política lingüística).

3.- Llengua utilitzada en les publicacions i comunicacions generals.

L'art. 14 del Reglament d'ús de la llengua catalana de l'Ajuntament de Barcelona regula que *“els llibres, les revistes i en general, tots els cartells, opuscles i publicacions que editi l'Ajuntament de Barcelona, com també els missatges que s'emetin a través dels mitjans de comunicació i la publicitat institucional, s'han de fer normalment en català, llevat dels específicament destinats a la promoció exterior, als usos turístics, o quan altres circumstàncies ho aconsellin, que es poden fer en la llengua de les persones destinatàries.”*

En el cas concret, des del Districte, s'ha informat que els impresos són editats per les diferents associacions; cal tenir en compte que en el cas que aquestes associacions hagin sigut beneficiàries d'ajuts per part de l'Ajuntament, caldrà remetre'ns a l'art. 1.3 del Reglament mencionat en el qual s'exposa que *“Les empreses que han subscrit un concert o un conveni de col·laboració amb l'Ajuntament de Barcelona, o són beneficiàries d'ajuts o subvencions d'aquest, han d'utilitzar, almenys, el català en la retolació, en els avisos i en la documentació adreçats al públic, com a mínim quan estiguin vinculats a l'objecte de l'ajut o del conveni, i així s'haurà de preveure en els corresponents convenis o bases”*.

En relació a la possibilitat de que les comunicacions adreçades al públic general siguin comunicacions bilingües, la Sentència nº 316/2012 de 23 de maig i la Sentència 312/2015 fan la literal al·lusió:

“Certament l’ordenament jurídic no imposa la comunicació bilingüe. Aquesta és una opció organitzativa i és raonable que aquesta alternativa pugui mostrar reticències si la presència simultània de les dues llengües planteja problemes d’espai, d’intel·ligibilitat o simplement estètics, o bé quan la lateralitat de les dues llengües a absurda aquesta alternativa, per exemple quan la diferència es limita a una lletra o un accent. El Tribunal Suprem s’ha manifestat en el sentit que el bilingüisme no és exigible (STS de 26 de març de 1996, recurs núm. 1367/93)”

Concretament la Sentència del Tribunal Suprem de 26 de març de 1996 expressa que *“perquè una cosa és el dret del ciutadà a comunicar-se amb una Entitat Pública en l’idioma que esculli i una altra, molt distinta, exigir que les publicacions i comunicacions que aquesta Entitat Pública emeti amb caràcter general s’hagi de redactar en les dues llengües oficials, abast que no té la cooficialitat de les llengües”*.

4.- Llengua utilitzada en els procediments administratius, notificacions i comunicacions individualitzades.

L’art. 5.1 del Reglament d’ús de la llengua catalana a l’Ajuntament de Barcelona regula que en *“els procediments administratius tramitats per l’Ajuntament s’ha d’emprar el català, sens perjudici del dret dels ciutadans i ciutadanes a presentar documents, a fer manifestacions i, si ho sol·liciten, a rebre notificacions en castellà.”*

En relació a les comunicacions i notificacions dirigides a persones físiques i jurídiques, l’art. 5.3 del Reglament especifica que *“s’han de fer normalment en llengua catalana, sense perjudici del dret de les ciutadanes i ciutadans a rebre-les també en castellà, si ho demanen”*.

Les sentències núm. 312/2015, de 7 de maig i núm. 316/2012 de 23 de maig de la Sala Contenciosa del TSJ de Catalunya ha matisat aquests articles, en el sentit que *“es declaren la nul·litat dels preceptes 5.2 i 5.3 en allò que es refereix a la càrrega del ciutadà d’explicitar la seva opció lingüística mitjançant una petició formal i expressa”*.

RECOMANA

- Els fulletons de les festes tenen consideració de comunicació general, no de comunicació individualitzada. En relació a la possibilitat bilingüe de la comunicació, la jurisprudència mencionada no s’exigeix el bilingüisme en les publicacions i comunicacions que s’emeten amb caràcter general.
- Pels procediments administratius tramitats per l’Ajuntament, comunicacions i notificacions individualitzades s’ha d’utilitzar el català, sense perjudici del dret dels ciutadans i ciutadanes a presentar documents,

a fer manifestacions i, si ho sol·liciten, a rebre notificacions en castellà.

- Visualitzada la pàgina del Districte, es comprova que s'ofereix publicitat de les diferents festes organitzades en el Districte, amb la possibilitat dels ciutadans de canviar l'opció lingüístic.

RECOMANA

Garantir el dret dels ciutadans i les ciutadanes a rebre les notificacions i comunicacions individuals en qualsevol de les llengües que optin, sense exigir una petició formal expressa, d'acord amb les sentències núm. 312/2015 de 7 de maig i núm. 316/2012 de 23 de maig. En el cas concret de l'enviament d'un correu electrònic, el dret d'opció lingüística es pot presumir que s'ha exercit quan un ciutadà o una ciutadana envia una comunicació en una llengua concreta.

II. ÚS DE LES LLENGÜES OFICIALS EN ELS MITJANS ELECTRÒNICS

L'article 6.2 c) de la Llei estatal 11/2007, de 22 de juny, d'accés electrònic dels ciutadans als serveis públics, en la qual es regula que els ciutadans tinguin dret a la igualtat en l'accés electrònic als serveis de les administracions públiques.

Així mateix, en la Disposició Addicional segona s'exposa que en les seues electròniques en la que el seu titular tingui competència sobre territoris amb règim de cooficialitat lingüística possibilitaran l'accés als seus continguts i serveis en les llengües corresponents.

A nivell de l'ús de les llengües oficials en els mitjans electrònics procedeix la remissió a la Llei 29/2010 de 3 d'agost aplicable al sector públic català, entre el qual es troba integrat els ens locals, i on s'exposa que la incorporació dels mitjans electrònics en les actuacions del sector públic ha de ser informat, entre altres, per els principis de transparència, participació i accessibilitat.

En aquest sentit, i en relació a l'ús de les llengües oficials en els mitjans electrònics especifica en la seva Disposició addicional cinquena, primer apartat que: *“Les aplicacions que les entitats que integren el sector públic posen a disposició dels ciutadans han de permetre que la consulta, la participació i la tramitació es puguin fer en la llengua oficial*

escollida per la persona interessada i han de permetre de canviar l'opció lingüística en qualsevol moment.”

RECOMANA

Garantir que en el portal web del Districte de XXX es permeti l'opció de canvi lingüístic de les dues llengües oficials, i donar compliment als preceptes establerts en la Llei 29/2010 de 3 d'agost sobre l'ús de les llengües oficials en els mitjans electrònics, i amb la finalitat d'evitar un tractament diferenciat entre la ciutadania dels diferents districtes de l'Ajuntament.

SEGUIMENT DE LA RECOMANACIÓ

L'òrgan gestor de la Bústia ètica realitza el seguiment de la recomanació emesa, i comprova que el portal web del Districte ja permet l'opció de canvi lingüístic de les dues llengües oficials.

RECOMANA

Que es procedeixi a introduir el canvi d'opció lingüística en el seu portal web, en aplicació de la Llei catalana 29/2010, de 3 de agost sobre l'ús de les llengües oficials en els mitjans electrònics.

SEGUIMENT DE L'ACTUACIÓ

L'òrgan gestor de la Bústia ètica realitza el seguiment de la recomanació emesa, i comprova que el portal web del Districte ja permet l'opció de canvi lingüístic de les dues llengües oficials.

RECOMANACIONS EN MATÈRIA D'EXPEDIENTS D'INSPECCIÓ

RECOMANACIONS EN MATÈRIA D'EXPEDIENTS D'INSPECCIÓ

RECOMANA

- En relació a la comunicació d'arxiu per no anomalies de 20 de juliol de 2018, cal indicar que no incloua peu de recurs. L'art. 40 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre del procediment administratiu comú de les Administracions Públiques especifica que les notificacions hauran de contenir *“el text íntegre de la resolució, amb la indicació de si posa fi o no a la via administrativa, l'expressió dels recursos que corresponguin, si és el cas, en via administrativa i judicial; l'òrgan davant del qual han de presentar-se, i el termini per a interposar-los”*.

Al respecte es donarà trasllat a la Direcció de Serveis d'Inspecció i Llicències de l'Ajuntament de Barcelona per la seva inclusió en els models de l'aplicatiu informàtic corresponent.

- En segon lloc, malgrat que la persona comunicant ha rebut una resposta a la seva instància presentada, aquesta ha estat percebuda per aquesta com una manca de resposta a la seva petició de si es disposa llicència municipal per a l'activitat desenvolupada en XXX de l'edifici.

Encara que hi ha un pronunciament respecte a la manca d'infracció, d'acord amb el següent literal *“que els fets denunciats no infringeixen la normativa vigent i/o estan emparats per la corresponent llicència municipal”*, no ha sigut percebut per aquesta persona comunicant com a entenedor, ja que no hi ha informació sobre el contingut de la inspecció, en el resultat de la qual precisament es justifica la dita comunicació d'arxiu.

Al respecte, recomanem que es doni trasllat d'aquesta consideració a l'òrgan gestor de tramitació dels expedients d'inspecció del Districte per la conveniència d'introduir aspectes de millora en la redacció de les comunicacions d'arxiu futures, ja que la incidència detectada afecta al requisit de la motivació de les resolucions i actes administratius, i per tant, al dret de defensa del peticionari.

- El transcurs de quasi sis mesos des de la interposició del recurs de reposició i l'informe jurídic del Districte evidencia una dilació en el temps, provocada segurament pel tràmit informàtic de l'arxiu.

Al respecte, recomanem que s'arbitri un sistema de control en relació a la presentació d'escrius posteriors a l'arxiu dels expedients.

RECOMANA

I. Després de l'anàlisi de l'expedient d'inspecció es conclou que no existeixen indicis suficients de que l'endarreriment mencionat es degui a una mala praxis o incompliment de principis ètics per part dels tècnics municipals intervinents. En aquest sentit, s'ha pogut constatar que aquest suposat endarreriment o retràs s'ha degut a incidències pròpies de la tramitació de l'expedient produïdes per qüestions tècniques i alienes a la labor dels tècnics i tècniques municipals.

II. Respecte l'accès a l'expedient d'inspecció, s'informa a la persona comunicant que *“atès que es tracta d'un expedient obert, és a dir, en actiu, la Direcció d'Anàlisi no és l'òrgan competent per oferir-li informació concreta sobre la tramitació d'aquest expedient.*

En aquest sentit, d'acord amb l'art. 53 de la Llei 39/2015 d'1 d'octubre, del Procediment Administratiu Comú de les Administracions Públiques (Llei en vigor en el moment dels fets objecte de la recomanació) només els interessats tenen dret a conèixer, en qualsevol moment, l'estat de la tramitació dels procediments, dret a accedir i a obtenir còpia dels documents continguts en aquests procediments. Atès que el comunicador no ha acreditat aquesta condició d'interessada, li informem que pot acudir al Districte, i obtenir aquesta legitimació en el procediment administratiu en cas de:

- Promoure com a titulars de drets o interessos legítims individuals o col·lectius*
- Sense haver iniciat el procediment, tingui drets que puguin resultar afectats per la decisió que s'hi adopti.*
- Aquells, els interessos legítims dels quals, individuals o col·lectius puguin resultar afectats per a la resolució i es personin en el procediment fins que no s'hagi dictat una resolució definitiva.*

Tanmateix, podria sol·licitar aquesta informació mitjançant la sol·licitud del dret d'accés previst per l'art. 32 de la Llei 19/2014, del 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública, i bon govern (LTAIPBG), de conformitat amb el Dictamen 7/2016 de la Comissió de Garantia del dret d'accés a la informació pública (GAIP), adreçant-se directament al Departament de Transparència qui trasllada la sol·licitud a l'òrgan gestor (que és la dependència municipal que disposa de la informació interessada i el responsable de garantir una resposta adequada i dins del termini establert) per la seva tramitació.

Li informem que aquestes sol·licituds de dret d'accés obren un procediment administratiu, garantint així a la persona sol·licitant el seu dret a interposar el corresponent recurs: a) Sinó rep resposta de l'Administració competent en el termini

adequat; o b) Rep resposta, però considera que la resposta rebuda no és l'adequada.

*Podeu localitzar més informació sobre com tramitar aquesta sol·licitud a l'enllaç:
<http://ajuntament.barcelona.cat/transparencia/ca/presentacio-de-sollicituds-dacces-la-informacio-publica>*

Finalment li informem que com el dret d'accés suposa un dret subjectiu, l'òrgan gestor de la Bústia Ètica no pot redreçar la sol·licitud d'informació directament al Departament de Transparència, atès l'article 26 de l'esmentada Llei 19/2014, de 29 de desembre.

RECOMANA

I. Després de l'anàlisi de la documentació es conclou que es va iniciar un expedient d'inspecció, sense incoar, que s'arxiva perquè les obres de canvi de baixants de fibrociment disposen d'un assabentat.

De la revisió de l'expedient d'inspecció, l'òrgan gestor verifica la comissió d'un error en la tramitació de l'expedient, atenent que les obres de substitució de baixants no es legalitzen amb un assabentat, sinó amb un comunicat immediat segons la vigent ORPIMO (Ordenança Reguladora dels Procediments d'Intervenció Municipal en les obres), i s'inicia un nou expedient d'inspecció per la legalització de les obres indicades, reclamant a la Comunitat de Propietaris.

II. L'òrgan gestor de la Bústia ètica constata que aquest segon expedient d'inspecció així com la resta de resolucions va dirigida contra una persona física, i no contra la Comunitat de Propietaris.

Atenent el temps de l'íter administratiu d'aquest expedient d'inspecció, la gravetat de la situació detectada que incompleix els articles 11 i 12 del RD 396/2006, de 31 de març relatiu a la prevenció dels treballs amb risc d'exposició a l'amiant, i a la vista de les actuacions realitzades en aquest expedient, procedeix realitzar les següents recomanacions a la Gerència del Districte:

- Donar trasllat al Departament de Serveis Jurídics del Districte de la tramitació d'aquest expedient, pel seu anàlisi i revisió, amb la remissió a aquesta Direcció d'Anàlisi del corresponent informe sobre l'impuls de l'expedient així com del seu seguiment.

- Dotar-se d'un protocol d'actuació/circular/comunicació en el control del tràmit d'arxiu dels expedients d'inspecció, incloent una comprovació prèvia mitjançant la visualització de les dades administratives i/o inspecció tècnica, en relació a que les obres detectades estiguin realment emparades per l'assabentat o llicència presentada, prèvia al seu arxiu.

- Dotar-se d'un protocol d'actuació/circular/comunicació en la incoació de l'expedient administratiu, per identificar al responsable de la infracció en cas d'obres d'elements comuns de l'edifici ja que malgrat que aquest extrem pugui ser discutible des d'un punt de vista jurídic unificar el criteri d'actuació en aquests casos podria evitar (en la mesura del possible) dilacions innecessàries que puguin afectar o perjudicar al ciutadà.

SEGUIMENT DE L'ACTUACIÓ

En la tasca de seguiment que es realitza per part de l'òrgan gestor de la Bústia ètica, es va visualitzar que en l'expedient d'inspecció incoat s'observa una instància presentada que no havia obtingut resposta transcorregut quatre mesos, i s'informa al Districte per realitzar l'impuls necessari de l'expedient. El mateix dia, el Districte informa que seguint les indicacions es donarà resposta al recurs presentat.

RECOMANA

Atenent la presentació de la queixa per part del ciutadà, i a efectes de prevenció de possibles reclamacions, s'ha detectat que de l'escrit d'al·legacions presentat no s'ha emès el corresponent informe jurídic, raó per la qual es recomana, a efectes cautelars, donar l'impuls administratiu necessari a la tramitació de l'expedient d'inspecció XXX.

SEGUIMENT DE L'ACTUACIÓ

En la tasca de seguiment que es realitza per part de l'òrgan gestor de la Bústia ètica, es va visualitzar que en l'expedient d'inspecció incoat cinc dies després de l'enviament de la recomanació al Districte, aquest va donar resposta a l'escrit d'al·legacions corresponent.

RECOMANA

- Dotar-se d'un protocol d'actuació/circular/comunicació en relació a la identificació dels documents en introducció en l'aplicatiu informàtic que permeti donar eficiència i resposta als escrits presentats en el marc dels procediments oberts.
- A fi d'evitar efectes de descoordinació en el programa informàtic,

recomanem l'impuls dels tràmits corresponents en l'expedient d'inspecció XXX tenint en compte la data de resolució d'enderrocament del gerent del Districte.

SEGUIMENT DE L'ACTUACIÓ

L'òrgan gestor realitza una sèrie de consideracions a la recomanació emesa: L'Ajuntament no pot facilitar la realització d'unes obres si no estan emparades per l'oportuna llicència, ni justificar l'inici de les mateixes sense el títol que les habiliti, i per aquesta raó estan afectades per un expedient de suspensió d'obres; L'expedient d'obres es va dilatar considerablement per motius no atribuïbles a l'Administració; Reconeixen una certa dilació en la resposta de la persona comunicant, que aquesta no pot ser satisfactòria de la seva demanda perquè encara consta obert, i en tràmit l'expedient d'obres que l'afecta, i tampoc hem pogut comunicar-li la nostra resposta ni a l'adreça indicada per a la interessada a efectes de notificació, ni a les que resulten de les indagacions dels Serveis administratius del Districte; Fan esment que el concurs de procediments que es duen a terme en l'obra referenciada, junt a la tramitació d'una gran quantitat d'altres expedients, amb complexitats semblants o no, fa que els recursos materials i personals de que disposem siguin insuficients per donar resposta en els terminis requerits a totes les qüestions que se'ns plantegen, i per tant, que es veuen obligats a l'establiment de prioritats de resolució que no sempre satisfan per igual a tots els sol·licitants.

Posteriorment, l'òrgan gestor va informar que la llicència d'obres objecte del mateix ha estat concedida.

RECOMANACIONS EN MATÈRIA D'HABITATGE

RECOMANACIONS EN MATÈRIA D'HABITATGE

I. NORMATIVA D'APLICACIÓ EN L'HABITATGE

a) La Llei 18/2007, de 28 de desembre del Dret de l'Habitatge (en endavant Llei 18/2007) manifesta com a novetat en el seu preàmbul la consideració del proveïment d'habitatges destinats a polítiques socials com un servei d'interès general, en la línia del pronunciament del Parlament Europeu en matèria d'habitatge social.

En el seu article 2, regula les finalitats d'aquesta llei, una d'elles és fer efectiu el dret a un habitatge digne i adequat, establert per la Constitució i per l'Estatut, i la resta de drets constitucionals connexos, en concret assolir una oferta significativa d'habitatges destinats a polítiques socials, centrada especialment en les diferents modalitats d'habitatges amb protecció oficial, que sigui territorialment equilibrada, s'adapti a la diversitat de situacions personals i familiars, a la diversitat de capacitats funcionals i a la diversitat territorial, urbana i socioeconòmica que la justifiquen i presti una atenció especial als col·lectius que pateixen exclusió o risc d'exclusió, per raons estructurals o conjunturals, en l'accés al mercat d'habitatge.

b) L'article 85 de la Carta Municipal de Barcelona, estableix, en el seu apartat 5è, que el Consorci de l'Habitatge de Barcelona, mitjançant reglament, ha d'establir els criteris de selecció i accés a l'habitatge públic. Així mateix, la disposició addicional vint-i-dosena de la Llei 18/2007, estableix que correspon al Consorci de l'Habitatge de Barcelona regular mitjançant reglament el Registre.

c) En exercici d'aquesta atribució i en els termes previstos a la Llei 18/2007, el Reglament regula el Registre de Sol·licitants d'Habitatge amb Protecció Oficial de Barcelona, que es configura com un instrument per aconseguir un ús eficient dels recursos públics i una gestió adequada del parc d'habitatges amb protecció oficial al municipi de Barcelona mitjançant un control públic eficaç en la seva adjudicació i transmissió.

L'article 99 de la Llei 18/2007, especifica que les promocions d'iniciativa pública han d'establir una reserva total d'habitatges de les promocions per a destinar-los a contingents especials i dur accions positives respecte a les persones i els col·lectius

vulnerables amb risc especial d'exclusió social. Defineix els contingents especials de reserva, especificant les persones amb mobilitat reduïda (art. 99.1) persones i col·lectius vulnerables amb risc d'exclusió social (art. 99.2) i les dones víctimes de violència (art. 99.5).

L'article 100 de la citada Llei estableix que les persones que hagin manifestat interès per participar en l'adjudicació d'una promoció d'habitatges amb protecció oficial i que no siguin objecte d'atenció dins dels contingents especials de reserva a què fa referència l'article 99, formen el contingent general.

El Reglament vigent, preveu el sistema de selecció dels adjudicataris, que és el següent:

- a) Els habitatges inclosos en el contingent general han d'adjudicar-se mitjançant sorteig.
- b) Els habitatges inclosos en el contingents especials de reserva s'hauran d'adjudicar atenent les circumstàncies personals i de les unitats de convivència.

Els contingents especials es defineixen com a col·lectius amb dificultats d'emancipació o reinserció social, amb recursos limitats o que necessiten atencions especials per algun tipus de vulnerabilitat socioeconòmica que pot conduir a la vulnerabilitat socioeconòmica que pot conduir-los a l'exclusió social.

En totes les promocions es reservarà un mínim del 3% del nombre d'habitatges, que es destinaran a persones amb mobilitat reduïda. El percentatge de reserva per atendre necessitats específiques podrà ampliar-se fins a un mínim del 10% del total d'habitatges de la promoció d'iniciativa pública, per destinar-los a persones i col·lectius vulnerables amb risc d'exclusió social referits a l'apartat anterior. També hi ha una previsió normativa que el contingent especial de reserves podrà ser substituït per programes d'actuació específics, destinats a proveir d'habitatges als col·lectius beneficiaris.

El procediment per l'adjudicació d'habitatges de protecció oficial en règim de lloguer per a persones social i econòmicament vulnerables, com seria el seu cas, es durà a terme mitjançant el sistema de barem.

Aquest sistema consisteix en puntuar els participants d'acord amb les dades amb les que els sol·licitants figuren inscrits al Registre, seguint els criteris de barem establerts a les bases, en funció de les necessitats d'habitatges, els ingressos econòmics i de les circumstàncies personals i familiars.

II. PLA DEL DRET DE L'HABITATGE

a) Amb independència de la previsió legal esmentada, cal destacar el Pla pel Dret de l'Habitatge de Barcelona 2016-2025 de l'Ajuntament de Barcelona (ara en endavant el Pla) en exercici de les competències pròpies reconegudes per l'article 84 de l'Estatut d'Autonomia i l'article 25.2.a) Llei 7/1985, de Bases de règim local. Aquest Pla es va aprovar en el Consell Municipal de 27/1/2017.

L'objectiu del Pla és garantir la funció social de l'habitatge i avançar en la construcció d'un servei públic d'habitatge a l'alçada de les millors pràctiques.

El Pla preveu que hi ha diferents sistemes d'adjudicació dels recursos residencials en funció del col·lectiu al qual s'adrecen i del tipus de recurs. Fa palès que el Registre de Sol·licitants d'Habitatges de Protecció Oficial de Barcelona, a més de permetre assignar els habitatges de protecció oficial, també permet conèixer les característiques de les unitats de convivència demandats d'habitatge. Així doncs, caldrà aprofitar aquesta potencialitat.

En la elaboració del Pla s'ha detectat que en els darrers anys l'emergència habitacional ha portat a destinar bona part dels habitatges de protecció oficial de lloguer existent i els habitatges dotacionals previstos per a joves, a habitatges per a emergències adjudicats a través de la Mesa de Emergències.

Alhora s'han captat nous habitatges del mercat privat que també s'han adreçat a aquest col·lectiu.

Conclou que aquesta situació ha permès disposar d'habitatges per fer front a les emergències de manera ràpida a la vegada que ha limitat l'accés a un habitatge de protecció oficial de lloguer a altres col·lectius en situació de risc d'exclusió residencial com aquells inclosos entre els contingents especials accedissin a habitatge públic, per la qual cosa caldrà facilitar l'accés aquest col·lectiu.

Es reconeix expressament en el Pla que hi ha una situació de manca per aquests col·lectius com a conseqüència de la situació econòmica viscuda darrerament.

Es descriuen com objectius en aquest Pla donar una atenció majoritària als col·lectius amb ingressos inferiors que necessiten habitatges de lloguer social i

augmentar els destinats al lloguer assequible entre el primer quinquenni i el segon d'aplicació d'aquest Pla.

Aquest Pla ha diagnosticat les principals situacions d'exclusió residencial són:

- Persones sense llar (dormen al carrer)
- Persones residents en assentaments.
- Persones residents en habitatges sense títol habilitant.
- Persones que viuen en habitacions rellogades o que han de rellogar habitacions dels seus habitatges.
- Persones que resideixen en infrahabitatges i habitatges sobreocupats.

b) La informació obtinguda a través del Pla evidència les situacions de risc descrites amb la consideració primera d'aquesta recomanació, reafirma la problemàtica dels contingents especials agreujada per la situació de crisi econòmica que pot haver desplaçat previsions de programació d'adjudicacions d'habitatges per aquests contingents a altres destinataris de situacions d'emergència social.

No obstant això, hi ha una previsió d'adjudicació prevista per al primer quinquenni del Pla, que preveu el mateix percentatge entre el lloguer social d'emergències socials i el dels contingents especials, tant d'obra nova com d'altres adjudicacions.

III. OFICINES DE L'HABITATGE: TASQUES DE SUPORT ALS CIUTADANS EN AQUESTA MATÈRIA

En l'anàlisi efectuat per l'òrgan gestor de la Bústia, cal destacar el treball que efectuen les oficines de l'Habitatge en el suport que es dona als ciutadans en aquesta matèria.

Aquestes oficines han estat reforçades en els darrers mesos de l'any 2017 amb la figura d'un gestor d'administració i augment del personal d'assessorament jurídic. Aquest nou dimensionament de les oficines també podria servir per vehicular la proposta de millora de la gestió dels contingents especials mitjançant una normativa específica per a ells i sensibilitzar-los que no estan en una situació diferent als altres sol·licitants d'habitatges de protecció oficial. A més a més, s'hauria de valorar la conveniència des d'aquestes oficines d'informar de les

previsions de les convocatòries en les quals els inscrits en el Registre hi poden participar.

IV. PROVISIÓ D'HABITATGES PER LES PERSONES REGUGIADES

En relació a la provisió d'habitatges pels refugiats, l'Estat és qui té la competència exclusiva. És el responsable d'atendre i finançar l'atenció social dels refugiats. Ho fa a través de tres entitats, la Creu Roja, ACCEM i la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR). Per més que presentin la sol·licitud d'asil a Barcelona, els refugiats no poden triar destí i s'allotgen allà on la xarxa mixta estatal d'albergs i pisos té places disponibles.

L'Ajuntament dona suport des del 1989 als emigrants i als sol·licitants d'asil a través del servei d'Atenció a Immigrants, Emigrants i Refugiats (SAIER) i col·labora a través de subvencions amb les entitats de la ciutat que treballen en asil i en cooperació internacional i educació per al desenvolupament, ofegades aquests darrers anys per les polítiques de retallades estatals i catalanes. Des del 2009, disposa del Centre de Recursos Internacional per la Pau de Barcelona (CIRPB), que promou la cultura de pau a través del diàleg, la sensibilització i la formació en gestió de crisis i resolució de conflictes.

Davant la greu crisi humanitària actual, l'Ajuntament va posar en marxa el pla "Barcelona ciutat refugi", amb l'objectiu de preparar la ciutat per acollir, assistir, proveir els serveis necessaris i garantir els drets de les persones refugiades. El pla treballa també en accions exteriors i per donar suport en origen i en ruta.

El pla "Barcelona, ciutat refugi" es va posar en marxa el setembre del 2015 per donar-hi resposta i preparar la ciutat per acollir, assistir, proveir dels serveis necessaris i garantir els drets de les persones refugiades, i exigir als estats que compleixin les normes més elementals del dret humanitari.

El Pla "Barcelona, ciutat refugi" treballa en quatre eixos que involucren diversos serveis i departaments de l'Ajuntament. Aquest són: la estratègia d'acollida, l'atenció dels refugiats que ja són a Barcelona, la participació i la informació de la ciutadania, i l'acció social.

El SAIER dona servei des de 1989 i s'ha anat adaptant als canvis migratoris per donar resposta a les necessitats dels ciutadans.

És un servei municipal especialitzat en mobilitat internacional, que ofereix informació i assessorament sobre immigració, refugi i retorna voluntari a qualsevol ciutadà o ciutadana que visqui a Barcelona.

L'Ajuntament de Barcelona comparteix la gestió d'aquest servei públic, gratuït i especialitzat, amb diverses entitats.

La seva missió es acompanyar les persones usuàries en els seus projectes de mobilitat internacional (immigració, refugi, emigració, retorn voluntari) per afavorir la convivència en la diversitat, la igualtat i la cohesió social a la ciutat de Barcelona.

Al SAIER (Servei d'Atenció i Acol·lida a Immigrants i Refugiats) s'atenen a persones immigrants i refugiades en situació de vulnerabilitat i es proporciona allotjament temporal d'emergència amb càrrec al pressupost municipal als següents perfils:

- Persones estrangers extracomunitaris (immigrants) amb menys de 2 anys de residència a l'Estat, en situació de carrer i sense empadronament de proximitat.
- Sol·licitants d'asil que queden exclosos dels criteris d'allotjament del Sistema Nacional de Acogida e Integración (Programa de l'Estat, del Ministerio de Empleo y Seguridad Social) d'atenció a refugiats.

Des de juliol de 2017 s'observa un increment molt important de les necessitats d'allotjament d'emergència, en especial de persones sol·licitants d'asil degut a canvis unilaterals en els criteris dels sol·licitants d'asil en l'accés a l'allotjament que està obligat l'Estat a proveir.

Els canvis en els criteris del Programa estatal que han provocat aquesta situació des de juliol són:

- Queden fora de l'allotjament d'emergència aquelles persones que porten més de 6 mesos al territori espanyol.
- No poden entrar a rebre el suport del programa estatal d'acollida aquells que portin més de 2 anys al territori de la Unió Europea.
- Les persones tipificades com No vulnerables, no poden accedir a cap suport del programa estatal (fase 0) fins que la seva sol·licitud d'asil no ha estat acceptada a tràmit (això pot implicar 2 o 3 mesos d'espera). Una part

d'aquestes persones son allotjades per l'Ajuntament en pensions, altres son derivades als recursos com els Centres de Primera Acollida.

La dilació de les cites de subdelegació, i la demora en la resposta del ministeri per entrar al Programa Estatal d'Acollida, està provocant diferents situacions molt complexes, ja que hi pot haver una demora d'uns quants mesos per accedir al Programa Estatal d'Acollida.

El Consorci de l'Habitatge de Barcelona no té cap competència ni atribució per assignar pressupostària ni per assignar habitatges a refugiats.

RECOMANA

Vistes les consideracions efectuades anteriorment i les conclusions que se'n desprenen, l'òrgan gestor de la Bústia ètica va recomanar:

- 1. Aplicar l'article 18.3 del Reglament del Registre que preveu que el contingent especial de reserva podrà ser substituït per programes d'actuació específics.**
- 2. Establir un sistema de regulació similar al previst pel reglament per a l'adjudicació d'habitatges i altres recursos residencials per emergència social per pèrdua d'habitatge pels contingents especials.**

Aquest instrument podria ser vàlid per diagnosticar, gestionar i optimitzar les necessitat dels contingents especials i poder planificar i optimitzar els recursos detectant totes les variants i situacions d'aquests contingents ja que és del tot necessari donar-los cobertura.

Aquesta possibilitat faria més àgil per detectar casos concrets que no tenen cabuda en la definició de les situacions d'emergència social per pèrdua d'habitatge, de situacions que sovint i en part queden emmascarades dins del volum de tots els tipus de contingents previstos en el Reglament.

Aquesta proposta no té un altre objectiu que vetllar que no es produeixi en cap cas una situació de desigualtat produïda per situacions econòmiques i socials alienes a l'Administració pública.

A més a més, al estar definides e individualitzades les situacions particulars de cada sol·licitant mitjançant aquest possible instrument, facilitaria informar de forma més acurada sobre la calendarització dels procediments per l'adjudicació d'habitatges en règim de lloguer per aquests contingents de forma més específica per cada sol·licitant.

L'experiència acumulada en el funcionament de les taules d'emergència social, ha de servir per preveure mecanismes per adequar aquest instrument al possible augment de la demanda d'habitatge en règim de lloguer, produït per modificacions normatives o circumstàncies econòmiques, que agreugin l'accés a l'habitatge. Aquest mecanismes, haurien de vetllar per tal de facilitar una resposta àgil i clara sobre l'estat de la seva petició en qualsevol moment que el peticionari ho demani.

No hi ha que oblidar que el Codi de Bones Pràctiques Administratives, aprovat pel Síndic de Greuges el 2 de setembre de 2009, en un dels seus principis exposa el següent: *“L'Administració té l'obligació d'informar de manera clara, detallada i per escrit la persona que s'hi ha adreçat sobre la disponibilitat d'habitatges protegits existents i sobre les actuacions que pot dur a terme i els processos que ha de seguir per accedir a un habitatge.”*

3. Davant el perill que situacions particulars dels contingents especials s'agreguin, s'aprecia necessari millorar la dotació pressupostària per augmentar les promocions d'habitatges de protecció oficial dels contingents especials amb tot tipus de situacions particulars i personals a fi que s'equilibri la possibilitat de participació en processos d'adjudicació d'habitatge de tots els contingents especials previstos en el Reglament.

En aquesta millora de la dotació pressupostària proposada es podrien establir criteris taxats, per definir com establir la prioritització dels diferents contingents i les diferents situacions particulars, perquè quan es faci la previsió de les convocatòries no es pugui produir cap tipus de disfunció o desigualtat de les diferents situacions particulars de cadascun d'ells.

Totes aquestes mesures podrien ajudar a pal·liar situacions de risc que es poden agreujar en el transcurs del temps fins poder participar en un procés d'adjudicació d'un habitatge de protecció oficial de règim de lloguer i pot generar situacions que puguin ser objecte d'una vulneració del dret a un habitatge. A més a més, poden millorar els processos d'adjudicació establerts per garantir-ne la igualtat real i efectiva de tots ells d'acord amb el que recull la STS de 17 de gener de 19881.

RECOMANACIONS EN MATÈRIA D'URBANISME

RECOMANACIONS EN MATÈRIA D'URBANISME

I. PUBLICACIÓ DELS INSTRUMENTS DE PLANEJAMENT

D'acord amb la disposició addicional primera del Decret 305/2006, del 18 de juliol, pel qual s'aprova el Reglament de la Llei d'urbanisme, la constitució del Registre de planejament urbanístic de Catalunya ha de ser efectiu a partir de l'1 de juliol de 2007. L'article 18 d'aquest Reglament determina que aquest registre té per objecte garantir la publicitat dels instruments de planejament urbanístic **en vigor** i ha de permetre la consulta pública d'aquests instruments tant de forma presencial, com per mitjans telemàtics.

RECOMANA

A aquests efectes, s'estableix l'obligació d'incorporar al Registre un exemplar complet de tots els instruments de planejament vigents, inclosos els plans urbanístics derivats aprovats definitivament pels ajuntaments, per la qual cosa apreciem que el deure de publicar també es predica del planejament històric vigent, amb independència de la data d'aprovació.

II. ACCESSIBILITAT TELEMÀTICA DELS INSTRUMENTS DE GESTIÓ URBANÍSTICA

Respecte a la presumpte infracció de l'article 17 i la disposició addicional primera del Reglament de la Llei d'Urbanisme, ja que els instruments de gestió urbanística no són accessibles telemàticament.

És aquesta una informació que se'ns ha confirmat des del departament XXX, tot manifestant que els projectes de reparcel·lació són susceptibles de consulta, però no són accessibles telemàticament, adduint motivacions vinculades al potencial tractament agregat de la informació que hi contenen i a la necessària protecció de les dades de caràcter personal que incorporen aquests projectes.

En aquest sentit, i revisat el marc normatiu d'aplicació, considerem que l'Ajuntament de Barcelona compleix el marc normatiu en aquest punt, ja que

l'article 17.3 el Reglament de la Llei d'Urbanisme, determina que els ajuntaments de més de 10.000 habitants han de garantir la consulta per mitjans telemàtics, com a mínim, dels instruments de planejament municipal, general i derivat, vigents en llur àmbit territorial, sense fer esment concret als instruments de gestió urbanística.

Això no obstant, aquest article també determina que els instruments de planejament i de gestió urbanístics vigents són públics, que qualsevol persona pot consultar-los en tot moment i que els ajuntaments han de promoure la possibilitat de consultar els instruments de planejament i de gestió urbanístics per mitjans telemàtics, per la qual cosa caldria esbrinar la viabilitat, com a bona pràctica, de promoure aquesta consulta per mitjans telemàtics, també dels instruments de gestió urbanística, per l'indubtable interès públic d'aquesta informació.

Ara bé, aquesta consulta s'ha de poder efectuar de forma compatible i tenint en compte d'altres circumstàncies concurrents: no posar en perill la deguda protecció de dades de caràcter personal que hi contenen, si escau; analitzar possibles eines d'anonimització d'aquestes, si escau, que no desvirtuin totalment el sentit de la informació que en qualsevol cas ha de prevaldre per interès públic; o tenir en compte que la consulta telemàtica permet el tractament agregat de la informació que contenen aquests instruments de gestió urbanística.

En aquest sentit, som coneixedors que l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades de Catalunya, per resolució del procediment sancionador núm. PS 64/2015, ha declarat que l'Ajuntament de Barcelona ha comès una infracció greu prevista a l'article 44.3 c) en relació amb l'article 4.1 de la Llei Orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal, perquè aquest, més enllà del període d'informació pública atorgat a l'efecte, va mantenir a disposició de qualsevol persona un determinat projecte de reparcel·lació en tramitació, sense que hi hagi empara legal -en allò referent a les dades personals- a la publicació permanent i indefinida d'aquesta documentació en el seu moment sotmès a informació pública.

També hem pogut consultar els informes emesos per dita Autoritat (Ref. IAI 21/2016, en relació amb la reclamació 73/2016), a petició de la Comissió del Dret d'Accés a la Informació Pública, en compliment de l'article 42.8 de la Llei 19/2014, de 29 de desembre i en relació a reclamacions per denegació d'accés a documentació de projectes urbanístics (en algun cas projectes de reparcel·lació). En aquest cas l'Autoritat aprecia que l'accés a les dades personals ha de passar per una ponderació entre l'interès públic en la seva divulgació i el dret a la protecció de les persones afectades. Un cop feta dita ponderació, tot referint-se al marc normatiu

urbanístic, conclou en aquell cas concret que era possible accedir a la identitat (nom i cognoms).

RECOMANA

Que els supòsits de fet tractats en aquests dictàmens (informació pública de projectes en tràmit o sol·licituds d'accés a una determinada informació urbanística) no són assimilables al que ara ens ocupa (consulta telemàtica d'instruments de gestió urbanística vigents), però sí que són precedents a prendre en consideració, que aconsellen formular una consulta a aquests organismes de protecció de dades personals i de garantia de l'accés a la informació pública, per prevenir i conèixer el seu criteri en relació a la bona pràctica plantejada.

III. TERMINI D'ACCÉS A LA DOCUMENTACIÓ

En relació a si els terminis d'accés a la documentació són superiors a un mes, i per tant no es facilita l'accés "en tot moment" a la informació de la gestió urbanística, tal com determina el ja citat article 17 del Reglament de la Llei d'Urbanisme.

De la informació facilitada es desprèn que el temps mig d'espera per cita era d'un mes i que el nombre de cites sol·licitades havia augmentat per la millora de la situació econòmica. També se'ns va fer avinent que el període a què es refereix la persona comunicant va coincidir amb la jubilació de set persones del departament, la qual cosa podia haver propiciat aquest augment de la demora, sens perjudici de la previsió d'incorporar tres persones de la borsa de treball.

Posteriorment vam actualitzar la informació sobre el temps mig d'espera per obtenir cita i se'ns ha fet avinent que hores d'ara no és superior a 10 dies hàbils, la qual cosa traslladem a la persona comunicant.

RECOMANA

Que les sol·licituds d'accés s'han de tramitar, des del primer moment, d'acord amb el règim jurídic i els terminis previstos a la Llei 19/2014, de 29 de desembre, i seguint el procediment detallat a la instrucció relativa al dret d'accés a la informació pública de l'Ajuntament de Barcelona.

IV. CONSTANCIA DE LA VALIDACIÓ DEL PROJECTE I LA INDICACIÓ DE L'ÒRGAN D'APROVACIÓ

Respecte a si en el concret projecte de reparcel·lació consultat, no constava cap tipus de validació ni indicació de l'òrgan d'aprovació del qual es desprengués la seva oficialitat.

RECOMANA

L'òrgan gestor de la Bústia conclou que aquesta és una incidència que es va poder corroborar en la consulta realitzada als òrgans gestors, per la qual cosa recomanem en aquest concret aspecte, vetllar per la seguretat jurídica i, si escau, formular algun tipus d'instrucció o recordatori adreçat als òrgans responsables als efectes que aquests extrems constin als instruments urbanístics que correspongui.

V. CONSERVACIÓ DELS EXPEDIENTS DE GESTIÓ URBANÍSTICA

Respecte a l'incompliment del reglament del sistema municipal d'arxius perquè els expedients de gestió urbanística es conserven al mateix servei d'urbanisme, més enllà dels cinc anys preceptius, sense traslladar als arxius municipals corresponents.

D'acord amb la informació proporcionada pel Responsable d'Arxiu i Gestió Documental de la Gerència d'Ecologia Urbana, l'expedient XXX roman a la unitat administrativa sota custòdia i responsabilitat del cap de la dependència perquè encara està actiu, malgrat els catorze anys de tramitació, i és d'ús i consulta freqüents. El període tan llarg de tramitació és degut a la complexitat d'alguns expedients de gestió urbanística vinculats també a plans especials.

També se'ns ha fet avinent que cal tenir en compte que la transferència de documents a l'arxiu de referència, una vegada han complert el termini de vida activa, no està establert com una mesura obligatòria en el Reglament del Sistema Municipal d'Arxius, sinó com una recomanació de bones pràctiques de gestió documental i de transparència.

RECOMANACIONS EN MATÈRIA DE TRIBUTS

RECOMANACIONS EN MATÈRIA DE TRIBUTS

I. NOTIFICACIÓ DE LES INFRACCIONS I MULTES DE TRÀNSIT

NORMATIVA D'APLICACIÓ A LES NOTIFICACIONS DE LES INFRACCIONS DE TRÀNSIT

En relació a la normativa d'aplicació, en matèria de notificacions d'infraaccions de trànsit la regulació es troba en els articles 10 i 11 del Real Decreto 320/1994, de 25 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de procedimiento sancionador en materia de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial.

Concretament l'art. 11.2 del RD 320/94 especifica en el seu apartat 2 que *“Las notificaciones de las denuncias que no se entreguen en el acto y las demás notificaciones a que dé lugar el procedimiento sancionador, se cursarán al domicilio indicado en el anterior apartado de este artículo y se ajustarán el régimen y requisitos previstos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (...)”*.

La remissió a la Llei 30/1992 s'ha d'entendre avui dia feta als articles 42 i 44 de la *“Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”*, que disposen:

“Artículo 42. Práctica de las notificaciones en papel.

(...) 2. Cuando la notificación se practique en el domicilio del interesado, de no hallarse presente éste en el momento de entregarse la notificación, podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona mayor de catorce años que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad. Si nadie se hiciera cargo de la notificación, se hará constar esta circunstancia en el expediente, junto con el día y la hora en que se intentó la notificación, intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes. En caso de que el primer intento de notificación se haya realizado antes de las quince horas, el segundo intento deberá realizarse después de las quince horas y viceversa, dejando en todo caso al menos un margen de diferencia de tres horas entre ambos intentos de notificación. Si el segundo intento también resultara infructuoso, se procederá en la forma prevista en el artículo 44. (...).

Artículo 44. Notificación infructuosa.

Quando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o bien, intentada ésta, no se hubiese podido practicar, la notificación se hará por medio de un anuncio publicado en el «Boletín Oficial del Estado».”

Tanmateix, d'acord amb les instruccions internes de l'Institut Municipal afectat, s'informà a la persona comunicant que malgrat no hi ha obligació legal de deixar la

notificació en bústia, l'Ajuntament de Barcelona procedeix en aquest sentit amb l'objectiu de permetre pagar amb bonificació o presentar escrits.

GESTIÓ DE LES MULTES INTERPOSADES PELS VIGILANTS DE LES ÀREES D'ESTACIONAMENT REGULAT (ZONES BLAVES I ÀREA VERDA) TRÀNSIT

I. La gestió de les butlletes de sanció per PDA

Existeixen dos tipus de butlletes de sanció per PDA, depenent de si la denuncia s'entrega en mà al infractor o no, és a dir, si s'ha identificat l'infractor o no.

1. En el cas que no s'hagi pogut entregar en mà, es deixa en el vehicle la denuncia per presumpta infracció de trànsit. Aquesta butlleta informa que es pot pagar únicament mitjançant entitat bancària (amb el mètode de pagament que tingui concertat el ciutadà amb el seu banc) i durant un període de temps molt curt, especificat a la butlleta. Només es pot pagar per l'entitat bancària perquè les dades del conductor absent encara no estan carregades als sistemes informàtics de l'Ajuntament.

Atès, que la denuncia no ha estat notificada, posteriorment, el ciutadà rebrà la notificació de la denúncia amb la possibilitat de pagar mitjançant qualsevol canal possible: entitat bancària, 010 i internet.

2. En el segon cas, quan l'agent posa una denuncia, introdueix les dades que li facilita l'infractor. A l'infractor se li ofereix la possibilitat de signar la denuncia. El fet de no signar-la no limita la possibilitat de que no pagui.

Si l'infractor decideix pagar, té les següents opcions:

- a) Pot pagar al moment a l'agent amb targeta bancària.
- b) En caixers automàtics o a les webs de diferents entitats bancàries.
- c) Al portal de tràmits de l'Ajuntament i 010: es pot pagar transcorregudes 48 hores perquè des del sistema PDA no es poden fer arribar de forma directa les denúncies al sistema de recaptació.

Està previst que al final del primer trimestre de 2019 sigui possible el pagament immediat mitjançant aquests canals, un cop s'hagin implantat els canvis en curs del Pla de Sistemes d'Hisenda.

II. La gestió de les multes interposades pels vigilants de les àrees d'estacionament regulat (zones blaves i àrea verda)

L'òrgan gestor ha analitzat també el supòsit de les multes interposades pels vigilants de les àrees d'estacionament regulat (zones blaves i àrea verda).

Les multes interposades per la Guàrdia Urbana es poden pagar amb targeta bancària o amb càrrec a un compte corrent o llibreta, es pot fer ús d'aquest servei si està dins del termini voluntari de pagament com si aquest ja ha finalitzat, sempre que es disposi d'un document de pagament vigent.

a) Multes interposades per la Guàrdia Urbana:

Amb la butlleta groga es pot pagar dins les 48 hores següents a la denuncia a qualsevol Unitat Territorial de la Guàrdia Urbana (comptat de dilluns a divendres), on es lliurarà a l'interessat un document per pagar allà mateix directament, o en les diferents entitats col·laboradores.

Les multes imposades amb sistema PDA es poden pagar al moment a l'agent. Si l'avís porta codi de barres es disposa d'un termini de 20 dies per efectuar el pagament en qualsevol entitat col·laboradora.

Si l'avís no porta codi de barres, es pot recollir la notificació en les Unitats territorials de la Guàrdia Urbana, en qualsevol moment, i pagar-ho a les entitats col·laboradores, també en el termini de 20 dies.

b) Les multes interposades pels vigilants de les àrees d'estacionament regulat (zones blaves i àrea verda):

Si troba un avís de denuncia de l'àrea verda i zona blava, així com els avisos de denuncia de qualsevol estacionament (doble filera, càrrega i descàrrega, etc) i sempre en un termini no superior a 5 dies, pot adreçar-se als dipòsits municipals no finalistes: Sant Genís, Badajoz i Joan Miró.

Aquestes multes sempre es generen amb sistema PDA. Les butlletes, també de color groc, es diferencien de les de la Guàrdia Urbana per què només indiquen la data, la matrícula i el número d'avís.

Al dipòsit es notificarà i el rebut es podrà pagar en un termini de 20 dies a les entitats col·laboradores.

En els casos d'infraccions que comportin la possible retirada del carnet no es lliurarà rebut per pagar i es cobrarà en efectiu a la Guàrdia Urbana.

Si disposa de la notificació de la denúncia pot fer el pagament, amb descompte del 50%, en qualsevol de les entitats col·laboradores que s'esmenten a la mateixa notificació.

Amb la notificació de la sanció es pot efectuar el pagament, sense cap tipus de descompte, en qualsevol de les entitats que s'indiquen a la notificació.

Si no es disposa del document de pagament es pot consultar el tràmit “Còpia del document per efectuar el pagament de multes de trànsit de l'Ajuntament de Barcelona” en el portal de tràmits del web de l'ajuntament de Barcelona.

Per poder fer el pagament de la multa, cal disposar d'un dels documents següents: La butlleta groga de la denúncia o l'avís de denúncia (en els casos d'Àrea Verda i Zona Blava) o la notificació de la denúncia o la notificació de la sanció.

GESTIÓ DE LA NOTIFICACIÓ DE PROVISIÓ DE CONSTRENYIMENT D'UNA TAXA MUNICIPAL DE LA PERSONA COMUNICANT

La persona comunicant exposava que havia rebut al seu domicili una notificació de provisió de constrenyiment d'una taxa municipal sense rebre amb anterioritat la notificació de liquidació en període voluntari. Aquesta, per tal d'esbrinar els detalls del deute, es va posar en contacte amb l'ajuntament a través del 010 on li van informar que la notificació de la liquidació s'havia fet personalment al carrer XXX Barcelona (lloc on no hi viu des de fa més de 30 anys) i que a l'Ajuntament disposaven d'un “*justificant de recepció de notificació*” signat per ella.

Posteriorment, la persona comunicant també va constatar que la signatura que apareix al justificant de recepció no es correspon amb la seva i que el nom del titular, manuscrit al document, conté el mateix error tipogràfic que el que apareix en la notificació impresa, error que no hauria comès ningú en escriure el seu propi nom.

L'Institut Municipal afectat va informar que tenia coneixement d'aquesta possible irregularitat per la recepció de la sol·licitud d'informació formulada per l'oficina de la Síndica de Greuges de Barcelona, i que consultada l'empresa adjudicatària del servei de notificacions, se'ns indica que en data XXX s'havia procedit a la desvinculació d'un/a treballador/a que operava en la zona indicada per la persona comunicant. El motiu de la desvinculació va ser per irregularitats en les notificacions de l'Àrea Metropolitana, però no els constava irregularitats en el repartiment de documentació de l'Institut afectat.

Coneguda la situació l'Institut afectat va procedir, mitjançant la resolució corresponent, a anul·lar els efectes derivats de la notificació realitzada a l'adreça antiga de la recurrent i a iniciar el procediment a una nova notificació que oferirà un nou període de pagament voluntari.

En relació a altres possibles infraccions en la notificació, l'Institut afectat procediria a citar a la persona comunicant per esbrinar l'abast d'aquestes incidències i, si escau, posar-ho en coneixement de la fiscalia mitjançant els serveis jurídics municipals.

Pel que respecte al control del compliment per part de l'empresa de repartiment, a banda dels controls previstos al plec de prescripcions tècniques del servei de notificacions, que realitza l'empresa adjudicatària i que l'IM X verifica, aquest institut municipal realitza periòdicament controls específics per comprovar la qualitat de la informació continguda als avisos de recepció. Aquests controls es realitzen mitjançant l'anàlisi d'una mostra aleatòria segons la Norma Espanyola de Qualitat UNE-66-020-73. El resultat d'aquests controls ha estat sempre dins dels paràmetres de qualitat prèviament establerts.

RECOMANA

1. L'Institut municipal afectat ha actuat diligentment, sense que hores d'ara s'aprecia que els fets exposats determinin vulneració de l'ordenament jurídic o dels principis i regles ètiques i de bon govern, pel que respecta a l'Institut municipal XXX una altra cosa seria l'actuació presumptament comesa per la persona treballadora de l'empresa adjudicatària desvinculada de l'empresa per aquests fets. En aquest sentit també es valora positivament el fet que s'hagi establert l'entrevista personal amb la persona usuària que descriu per tal de constatar l'abast de la incidència per si fos mereixedora de ser posada en coneixement de la Fiscalia; i això atès que, un cop constatada la irregularitat de la notificació practicada a la persona comunicant, va procedir a anul·lar la liquidació efectuada i a generar-ne una de nova oferint un nou període de pagament voluntari.

2. També es considera positiu que l'Institut municipal afectat tingui establerts uns controls addicionals als fixats al plec de prescripcions tècniques del compliment per part de l'empresa adjudicatària del repartiment de les notificacions per tal de comprovar la qualitat del servei.

II. MODALITAT DE PAGAMENT DE LES SANCIONS DE TRÀNSIT

Les modalitats de pagament de les sancions de trànsit són:

Pagament amb targeta bancària: Per aquesta modalitat de pagament l'import del document de pagament pot ser de fins a 3.000 euros.

Càrrec en compte: Si es tria aquesta opció s'ha de fer servir un certificat digital o disposar de la MobileID de nivell acreditat i tenir un compte obert a alguna de les entitats financeres següents: Banc Sabadell, Banco Santander, BBVA, La Caixa (Caixa Bank), (Catalunya Banc).

Si no disposeu de signatura digital es pot pagar directament a les webs de les entitats financeres abans esmentades i també a la del Banco Popular, si sou clients de la seva banca electrònica (<http://ajuntamentbarcelona.cat/hisenda>).

Per telèfon, amb targeta bancària, trucant al 900 226 226 de 8 a 23 hores. (trucada gratuïta) o bé trucant al 010 (Telèfon d'Informació i Tràmits per efectuar els pagaments). L'operador del servei telefònic us demanarà les dades identificatives de la notificació, necessàries per al pagament del rebut. El pagament queda actualitzat, en el moment, a les base de dades de l'Ajuntament. En un termini màxim de 7 dies, l'Ajuntament farà arribar per correu postal al titular del rebut el justificant del pagament efectuat.

El pagament també es pot efectuar mitjançant el telèfon mòbil, i en els punts d'autoservei ubicats a diferents llocs de la ciutat i a les oficines d'atenció al ciutadà.

Per efectuar el pagament de qualsevol multa per qualsevol mitjà citat anteriorment no es podrà fer si l'import del document de pagament és superior a 3000 euros, no s'accepten targetes de compres, tampoc s'accepta la targeta de crèdit o dèbit Union Pay.

Aquestes diferents modalitats de pagament no permeten el pagament de multes i avisos escrits o impresos en document de color groc.

RECOMANA

Que les diferents modalitats de pagaments de les sancions de trànsit recullen un ventall ampli de formes de pagament. A més a més, quedarà complerta la forma

de pagament per internet o mitjançant el 010 de les sancions que s'efectuen per PDA, d'acord amb la informació facilitada per l'òrgan gestor, en el sentit que està previst que a finals del primer trimestre de l'any 2019, sigui possible el pagament immediat pels canals del portal de tràmits de l'Ajuntament i el 010 amb la implantació del Pla de Sistemes d'Hisenda quan es tracti de butlletes de sanció per PDA.

III. REGULACIÓ DEL PREU PÚBLIC DELS SERVEIS DE RECOLLIDA DE RESIDUS COMERCIALS I INDUSTRIALS

I. La regulació del preu públic dels serveis de recollida de residus comercials i industrials assimilables a municipals 2018, estableix l'objecte del preu públic i les diferents modalitats del servei de recollida.

En el seu article 3r regula els obligats al pagament que són els que resultin que les seves activitats siguin beneficiades per la prestació del servei municipal, per haver-ne sol·licitat la prestació per no haver obtingut la corresponent validació de l'Ajuntament per a la utilització del servei privat de recollida selectiva i/o sistema de logística inversa d'acord amb l'establert a l'article 14.

En l'article 10è d'aquesta regulació del preu públic citat en el seu número 5 específica que els obligats al pagament hauran de comunicar la baixa quan cessin en l'exercici d'una activitat, així com les variacions, en el termini d'un mes des de la data en que es produir el cessament de l'activitat o variació.

Els canvis dels domicilis d'activitats s'hauran de comunicar en el mateix termini, si bé, produiran efectes en l'exercici següent al de la seva comunicació.

La inclusió, exclusió o alteració de les dades contingudes al cens, resultants de les actuacions d'inspecció o de la formalització d'altres o declaracions de variacions o baixes, es consideraran actes administratius i significaran la modificació del cens esmentat.

II. L'òrgan gestor de la Bústia ètica ha consultat la base de dades dels dictàmens que emesos pel Consell Tributari de l'Ajuntament de Barcelona i en relació als fets comunicats, objecte d'aquesta recomanació s'ha plantejat el següent:

“Si és possible percebre el preu públic per una suposada activitat generadora de residus si el subjecte passiu, tot i demostrar que ja no exerceix cap activitat, segueix figurant en el padró d’activitats econòmiques de l’agència tributària estatal.

El Consell Tributari ha tingut ocasió d’estudiar actuacions anàlogues a la present i ha dictaminat (Exp. 158/14 de 23 de febrer de 2015) en el sentit que estan obligats al pagament d’aquest preu públic les persones físiques o jurídiques, públiques o privades, que realitzin activitats generadores de residus que resultin beneficiades per la prestació del servei municipal, bé per haver sol·licitat la prestació o per no haver acreditat la gestió per un gestor autoritzat. Aquests preus públics es gestionen a partir de la llista de cobrament que es formarà anualment i que estarà constituïda pel cens comprensiu dels obligats al pagament. Ara bé, si és cert que per a la confecció d’aquest cens, és a dir, per a la gestió d’aquest preu públic, es té en compte materialment la matrícula de l’impost sobre activitats econòmiques, aquest fet no ha de fer oblidar un principi essencial: que un preu públic no és un impost, sinó que remunera la prestació d’un servei i, per tant, si el servei no es presta perquè no hi ha objecte al qual referir-lo (l’activitat generadora de residus), llavors no es pot exigir cap remuneració al respecte. Això explica que el preu públic, s’hagi d’ajustar exactament al període del servei efectuat, i no li siguin aplicables tampoc per aquest ajust, les regles de prorrateig que estableix l’article 96.3 del TRLHL per a l’impost sobre activitats econòmiques.”

Aquesta fonamentació efectuada pel Consell Tributari pot aclarir el concepte del preu públic i els mecanismes que disposa el contribuent en cas d’error en la seva aplicació.

RECOMANA

- **Es segueixi impulsant la millora de control, supervisions i filtratges de dades que permetin tractar les omissions d’alta al preu públic de recollida de residus a fi d’evitar dobles imposicions o duplicitats a fi que els errors siguin mínims.**
- **L’Institut Municipal afectat publiqui dins de la seva memòria anual les millores i adaptacions previstes o iniciades en els seus sistemes d’informació sent un pas més en la transparència de la seva gestió a fi que la ciutadania tingui un millor coneixement de l’activitat efectuada de la gestió en l’àmbit de la Hisenda municipal.**

RECOMANACIONS EN MATÈRIA BON GOVERN

RECOMANACIONS EN MATÈRIA BON GOVERN

I. PRESUMPTES IRREGULARITATS EN LA GESTIÓ DEL CASAL XXX I SOBRE L'EXPLOTACIÓ DEL BAR-CAFETERIA DEL CASAL

I. CONVENI DE COL·LABORACIÓ ENTRE L'AJUNTAMENT DE BARCELONA I L'ASSOCIACIÓ DE VEÏNS

El conveni de col·laboració entre l'Ajuntament de Barcelona i l'Associació de veïns suposa l'atorgament d'una llicència d'ús prioritari de l'immoble de propietat municipal, que des de l'òptica patrimonial es tracta d'una llicència d'ús privatiu del domini públic regulada a l'article 57 del Reglament de Patrimoni del Ens Local.

L'aprovació d'aquest conveni consta a l'expedient administratiu núm. --- del Districte. La Direcció de Serveis d'Administració del Patrimoni va emetre un informe on va resoldre que les condicions reguladores de la llicència són, en general, ajustades a dret i que consta que *“Aquesta associació té un ús preferent de l'immoble i haurà de desenvolupar activitats de caràcter esportiu, cultural i recreatiu adreçades al públic en general, en el marc del pla d'usos del equipament cívic del XXX. Aquest ús serà compartit i compatible amb altres aprofitaments que disposi l'Ajuntament.”*

L'Ajuntament de Barcelona atribueix a l'Associació de Veïns el dret d'ús prioritari de la finca núm. XXX de titularitat municipal.

En aquest conveni s'estableix que l'Ajuntament tenia previst l'ús del immoble com a equipament cívic de titularitat municipal un cop haguessin finalitzar les obres de rehabilitació i renovació de l'esmentat equipament que es va iniciar l'any 2007.

Aquest conveni té la naturalesa jurídica pròpia d'una autorització del dret d'ús prioritari respecte d'un immoble de domini públic municipal, de conformitat amb els articles 53.2 i 57.2 del Reglament de Patrimoni dels Ens Locals de 17 d'octubre de 1988, a compartir amb altres activitats i funcions d'interès ciutadà gestionades directament o indirectament per l'Ajuntament. Això comporta que l'ús de l'equipament per part de l'Associació de veïns serà compartit i compatible amb els altres aprofitaments que disposi l'Ajuntament, a fi que l'Associació pugui dur a

terme les seves activitats i alhora pugui obtenir-ne el màxim rendiment social de l'equipament per al desenvolupament d'altres activitats i serveis d'interès ciutadà.

L'ús compartit de l'equipament i les seves instal·lacions, fa necessari establir el Pla d'Usos previst a la clàusula novena d'aquest Conveni que regula els termes concrets dels drets i obligacions dels usuaris en relació a tots els aspectes que comporti la casuística real de l'ús i aprofitament de l'equipament.

Per la qual cosa es pot concloure que l'objecte d'aquest conveni és instrumentar la col·laboració amb l'Associació de veïns en relació a l'ús de la finca citada; aquesta ús comporta compartir altres activitats i funcions d'interès ciutadà gestionades directament o indirectament per l'Ajuntament de Barcelona.

Aquests pactes s'ajusten a dret, acomodant-se a les normes legals i reglamentàries que li són d'aplicació, en especial els articles 199 i següents del Text Refós de la Llei Municipal i de Règim Local de Catalunya, aprovat pel Decret Legislatiu 2/2003, de 28 d'abril, i 53 i ss del reglament autonòmic esmentat.

Aquests acords són de competència municipal, i constitueixen una manifestació del principi de llibertat de pactes d'acord amb l'interès públic, l'ordenament jurídic i els principis de bona administració, emparat, entre d'altres, per l'article 273-1 del text legal indicat. L'interès municipal en aquest acord està en poder atribuir a l'immoble l'ús d'equipament cívic de titularitat pública.

Es tracta d'una autorització intransferible a tercers i d'una destinació específica no modificable, llevat que l'Ajuntament consentís, de forma prèvia i expressa, la transmissió o gravamen pel conveni i dels drets que se'n deriven.

El conveni quedarà sense efecte per alguna de les clàusules previstes a la normativa sobre patrimoni, especialment en la local, i en particular el termini assenyalat de durada que és de 20 anys i prorrogable a dos anys més i el mutu acord de les parts.

Les clàusules que formen aquest conveni respecte els criteris establerts en la jurisprudència del Tribunal Suprem. En concret, citem la sentència de 30 de juny de 1987 on expressa el següent: *"...el uso especial debe ser concedido mediante licencia o autorización, además revocable por razones de interés público y en general sin derecho a indemnización, pues en sentido estricto no es más que un acto unilateral de tolerancia por parte de la Administración, mientras el uso privativo debe ser objeto de concesión administrativa de la que nacen verdaderos derechos subjetivos para el concesionario, que en caso de revocación harán surgir el correspondiente derecho de resarcimiento de daños y perjuicios..."*

Per la qual cosa, són actes d'autorització, que són essencialment revocables. Les autoritzacions podran ser revocades unilateralment per l'Administració que l'ha concedit en qualsevol moment per raons d'interès públic, sense generar dret a indemnització, quan resultin incompatibles amb les condicions generals aprovades amb posterioritat que produeixin danys en el domini públic, que impedeixin la seva utilització per activitats de major interès públic o menyscaben l'ús general d'acord amb el que estableix l'article 94.2 de la Llei 33/2003 de 3 de novembre del Patrimoni de l'Administració Pública.

Es tracta d'una revocació pròpia d'aquests tipus d'actes, referida a les circumstàncies d'interès públic concurrent, més que una revocació de l'autorització, el que realment existeix -com assenyala la doctrina més autoritzada- és una actualització d'un poder d'apreciació i declaració unilateral del compliment de condició legal resolutòria inscrita en la pròpia autorització, raó per la qual no existeix contradicció amb la irrevocabilitat d'aquests actes administratius que resulta de l'article 109 de la Llei 39/2015 d'1 d'octubre, del Procediment Administratiu Comú de les Administracions Públiques.

Cal analitzar la vessant pràctica de l'execució d'aquest conveni en el seu dia a dia, i les possibles divergències d'interpretació del mateix amb relació amb el Pla d'Usos.

Atenent el llarg termini de durada pot haver provocat que les necessitats e inquietuds de les associacions i els usuaris hagin anat evolucionant, en el sentit de canvi de projectes que comporten altres paràmetres d'actuació, la gestió del seu espai, la comunicació amb la ciutadania, amb l'actuació de la gestió per part dels ciutadans/usuaris sobre la gestió entre altres aspectes.

Dit això, s'ha constatat que no hi ha voluntat per les parts de resoldre el Conveni esmentat mitjançant una resolució de mutu acord i l'Administració municipal no ha considerat la possible resolució unilateral del conveni, ja que s'ha considerat que s'ha mantingut l'interès general de seguir amb aquesta col·laboració al complir-se la finalitat prevista, que no és un altre que atribuir a l'immoble l'ús de l'equipament municipal.

El termini de vigència d'aquest conveni pot haver originat que s'hagi produït un desgast amb les altres associacions del barri i que això sumat a l'evolució de la participació ciutadana i la demanda social actual de més transparència, més proximitat i més implicació ciutadana puguin haver provocat certa falta de confiança amb la gestió en general de l'equipament.

En relació al Pla d'usos consta l'existència d'una comissió de seguiment que té caràcter consultiu, on s'escolta la veu dels representats de les entitats (associacions, fundacions, etc) i els usuaris del casal, aquests tenen veu però no vot, per la qual cosa aquest funcionament implica que la ciutadania, és a dir als seus usuaris, puguin implicar-se en el seguiment de l'execució de la gestió, això es pot arribar a interpretar com un element propi de participació directa que sens dubte s'ha de millorar amb el treball que s'ha efectuat en el procés per la elaboració del Pla d'usos de l'equipament.

En aquest annex consta també que la comissió gestora té encomanada dins de les seves funcions la de proposar, suggerir, orientar les línies de treball, la programació sociocultural, les activitats d'interès comú, entre d'altres i la composició hi ha representants de les entitats usuàries amb la qual cosa es reforça l'argumentació anterior en quan a la participació dels usuaris en el seguiment i propostes de les activitats de l'establiment.

La possibilitat que ofereix la participació amb aquestes dues comissions obre el ventall de comunicar les necessitats sobre l'execució del conveni esmentat i el pla d'usos com instrument per poder participar en traslladar les necessitats dels usuaris i incidir en la gestió del equipament.

II. L·LICÈNCIA MUNICIPAL D'ACTIVITATS I L·LICÈNCIA D'OCUPACIÓ DE LA VIA PÚBLICA DEL BAR DEL CASAL

Quan al fet descrit en algunes de les recomanacions sobre que el Bar del Casal no està subjecte a llicència municipal d'activitats ni a llicències d'ocupació de la via pública i això comporta un greuja comparatiu en altres establiments de pública concurrència hem analitzat i constatat l'expedient de contractació de l'explotació del bar cafeteria de l'equipament.

Consta el contracte per l'explotació del bar cafeteria de l'equipament la corresponent autorització tècnica de projecte atorgada per la gerència del Districte de l'Ajuntament de Barcelona. En virtut d'aquesta autorització en aquest equipament s'hi poden dur a terme, entre altres, l'activitat de bar amb restauració menor, en la que no s'hi inclou la terrassa.

L'activitat de bar amb restauració menor suposa:

Disposar de barra i, addicionalment, de servei de taules, per proporcionar al públic, mitjançant preu, begudes acompanyades o no de tapes, i d'entrepans freds o calents. No s'hi poden servir ni dinars ni sopars. Pot disposar d'aparells generadors de calor com cafeteres i forns microones amb la única finalitat d'escalfar tapes o

entrepans, sense que pugin elaborar aliments cuinats en el propi establiment; tanmateix, s'hi poden servir tapes cuinades procedents d'una empresa de càtering o cuina industrial degudament inscrita en el Registre Sanitari d'Indústries. Com únic instrument addicional de cocció i preparació d'aliments es pot disposar d'una planxa elèctrica de 3KW per a l'elaboració d'entrepans calents.

Amb aquesta autorització l'equipament del servei compleix amb els requisits contemplats per la legislació sectorial, pel que caldrà tramitar el corresponent expedient per donar compliment a les determinacions de la Llei 20/2009, de 4 de desembre, de prevenció i control mediambiental de les activitats, la Llei 11/2009, de 6 de juliol, de regulació administrativa dels espectacles públics i les activitats públiques, i el Reglament que la desenvolupa, el Decret 112/2010, de 31 d'agost, pel qual s'aprova el Reglament d'espectacles públics i activitats recreatives.

El XX de XX de 2017 el gerent del Districte va dictar resolució, en virtut de la qual es va aprovar la modificació no substancial de l'aprovació tècnica de projecte d'establiment per l'equipament municipal. En virtut d'aquesta autorització en aquest equipament ja s'hi poden portar a terme, entre altres, l'activitat de bar-restaurant, en la que s'hi inclou la terrassa.

Per la qual cosa el Bar-Cafeteria compleix amb la normativa vigent en matèria sectorial per poder dur a terme el servei en aquest equipament.

Quan a les obligacions tributaries i laborals del adjudicatari, el plec de clàusules administratives particulars estableix en la seva clàusula setena la documentació que haurà de presentar el licitador en el sobre 1 relatives aquestes obligacions i en la lletra c) documenta els licitadors han de complimentar una autorització a l'Ajuntament de Barcelona per sol·licitar de l'Agència Estatal d'Administració Tributària (AEAT) i a la Tresoreria General de la Seguretat Social (TGSS), les dades justificatives i/o els certificats resultar adjudicatari del procediment de licitació i durant tota la vigència del contracte amb la qual l'Administració municipal contractant verifica la situació tributària i laboral del licitador.

També, la clàusula 19 del plec de clàusules administratives articula les condicions especials d'execució i obligacions del contractista- en el punt número 3 lletra a) i g) que suposa un control en matèria laboral per part de l'òrgan gestor de la contractació.

En relació a la incorporació de criteris socials en el plec de clàusules administratives particulars ha d'aportat un avantatge específic en el mateix contracte públic i han

de ser proporcionades a les característiques del contracte. La causa del contracte públic pot integrar interessos generals que contribueixen a fer que sigui més eficient.

En el cas que ens ocupa les mesures socials es van aprovar el 24 d'abril de 2017 (Decret S1/d/2017-1271 de 24 d'abril de contractació pública sostenible de l'Ajuntament de Barcelona) i l'expedient de contractació per l'explotació del bar cafeteria es va iniciar la seva tramitació el 25 d'octubre de 2016 per la qual va ser anterior a l'aprovació d'aquest Decret.

L'òrgan gestor de la Bústia ètica ha efectuat un anàlisi comparatiu en altres contractacions per l'explotació dels serveis de bar cafeteria de casals de l'Ajuntament de Barcelona i els criteris de millores en les prestacions són similars al fixat amb el plec de clàusules administratives particulars del contracte que ens ocupa.

III. GESTIÓ CÍVICA DE L'EQUIPAMENT

En algunes comunicacions s'expressa l'interès d'un grup de veïns que considera que l'equipament s'hauria de gestionar mitjançant la gestió cívica atès que aquesta eina permet de forma més directa la participació en la gestió de l'espai públic per recuperar elements del barri i una millor gestió de l'equipament i que no contemplar aquesta possibilitat per part de l'Ajuntament comporta no respectar els principis de participació ciutadana en iniciatives d'interès públic.

Es necessari fer un petit enquadrament de l'evolució de la gestió dels espais i equipaments públics ja que acumula moltes fórmules i tipologies en la seva gestió.

El model tradicional de la gestió dels espais i equipaments públics ha estat el de la gestió pública, en la qual és l'Administració qui actua amb els seus propis mitjans i a través de la seva estructura funcional i organitzativa.

En aquest cas l'Administració no s'ha de posar d'acord amb altres agents, es a dir, s'identifica espai públic amb gestió pública. Amb aquest sistema el ciutadà és únicament usuari d'aquest espai públic.

Aquest model ha evolucionat al llarg del temps i ara aquests espais també ofereixen un àmbit de participació a les entitats, com l'ús dels espais comuns, la intervenció en la programació d'activitats o l'impuls d'iniciativa conjunta.

Una variant d'aquest model és el de la gestió externalitzada, és a dir, la concessió de la gestió de l'espai a una empresa de serveis, fundació o associació a través d'un concurs públic de manera temporal.

Sobre aquest model es poden originar riscos com que la ciutadania no se'l faci suficientment seu, que el consideri llunyà.

D'altra banda, pot comportar un cert risc de prioritzar l'eficiència econòmica en la gestió, la qual cosa pot condicionar el preu dels serveis pels ciutadans i usuaris, les condicions de treball del personal contractat o la qualitat dels serveis.

La Mesura de Govern – Pla de Suport a les Associacions (2015- 2017) Aprovat pel Plenari del CMAB (Consell Municipal d'Associacions) el 19 de gener del 2015 es defineix el model de la gestió d'espais de titularitat pública, com plans i accions de l'Ajuntament de Barcelona de rellevància en el món associatiu de la ciutat amb la definició de la gestió cívica com: *“... un instrument de participació ciutadana pel qual s'atribueix a una entitat sense ànim de lucre la gestió d'activitats, equipaments i serveis municipals, susceptibles de gestió indirecta, amb l'objectiu, entre d'altres, de fomentar la participació en interès públic. Les bases fixen les condicions d'atorgament de la gestió cívica d'aquests espais de titularitat municipal, en les quals també s'inclourà, si així es contempla, l'atorgament de subvencions...”*.

Qualsevol model de gestió col·laborativa es basa en un acord. Perquè tingui lloc aquesta, és imprescindible que l'Administració i una o més entitats es posin d'acord per dur a terme un projecte de gestió en un espai o equipament públic.

Amb la qual cosa es necessari un acord entre l'Administració i les entitats.

Malgrat les bonances de la gestió cívica com a instrument de participació ciutadana per gestionar l'espai d'un equipament públic hi ha que fer les següents matisacions:

- Cal que la gestió de la contractació de personal sigui curosa, ja que disposar de personal contractat contribueix a la professionalització i qualitat de la gestió de l'espai, però també significa una càrrega financera que cal valorar molt bé abans d'assumir-la atès que hi ha que fer-se càrrec de compromisos laborals.

- Cal fomentar la implicació de les persones usuàries de l'espai o equipament en el dia a dia de la seva gestió, des de el punt de vista en forma de voluntariat o fins i tot formant part dels òrgans directius del espai.

En la guia per la gestió col·laborativa d'espais i equipaments públics editada pel Departament de Governació i Relacions Institucionals de la Generalitat de Catalunya publicat en el mes de Març de 2015 per Xavier Sabaté Rotés, Ambientòleg, Espai Tres-Territori i Responsabilitat Social, presenta un decàleg de condicionants clau d'èxit d'un model de gestió col·laborativa.

Els condicionats són els següents:

1. Existència d'un espai de titularitat pública amb oportunitats de gestió.
2. Voluntat política i tècnica per obrir la gestió d'espais a la societat civil.
3. Existència d'una entitat ciutadana amb motivació i capacitat de gestió.
4. Disponibilitat de les parts per arribar a un acord.
5. Diagnosi, objectius i projecte compartit.
6. Establiment d'un acord amb gran seguretat jurídica.
7. Qualitat democràtica de la gestió.
8. Gestió adequada dels recursos humans.
9. Finançament sòlid de la gestió.
10. Seguiment continuo de la gestió.

Es clau perquè la gestió col·laborativa pugui prosperar adequadament en la capacitat de la societat civil d'estructurar-se i afrontar el repte de la gestió d'un espai o un equipament públic.

Aquestes entitats han de demostrar que volen assumir aquesta gestió i hi estan capacitades.

L'òrgan gestor de la Bústia ètica i de bon govern ha consultat publicacions d'experts en l'àmbit de la participació ciutadana, associacionisme, entitats i gestors d'espais públics que han col·laborat amb diverses guies de participació ciutadana i podem dir que afirmen que no existeixen un model de gestió que sigui millor que els altres, i de fet diferents models de gestió poden coexistir en un mateix espai, ja que cadascun pot fer aportacions positives al conjunt. A més la gestió d'un mateix espai pot evolucionar i sotmetre's a diferents models de gestió durant el temps.

La conveniència d'un altre o altre model de gestió pot venir determinada per les característiques de l'espai públic, de les necessitats detectades per a la gestió

d'aquest espai, i de les característiques i voluntat de l'entitat o entitats que poden assumir-ne la gestió.

La gestió cívica té en el seu encaix normatiu en els articles 34 de la Carta Municipal i en l'article 111 del Reglament de participació ciutadana aprovat per l'Acord del Consell Municipal de 22 de desembre de 2017 amb l'aprovació de les esmenes de millora tècnica.

Els principis reguladors de la gestió cívica i el règim jurídic aplicable, reproduïm les consideracions formulades al respecte en diversos informes de la Direcció dels Serveis Jurídics d'aquest Ajuntament:

- a) La gestió cívica es pot utilitzar per a les activitats i serveis susceptibles de gestió indirecta.
- b) Únicament les entitats sense ànim de lucre poden gestionar els serveis i equipaments objecte de gestió cívica.
- c) La gestió cívica ha de ser voluntària i no pot tenir caràcter lucratiu i, per aquest motiu, hi ha l'obligació de destinar al servei o a l'equipament la totalitat dels beneficis que es puguin obtenir.
- d) S'ha d'aplicar el principi de concurrència pública quan hagi diverses entitats o organitzacions amb característiques idèntiques o semblants, tot tenint preferència les associacions declarades d'interès quan igualin les proposicions més avantatjoses. Això no obstant, la gestió cívica es podrà adjudicar sense necessitat de concurs públic en aquells casos en els que, en atenció a les circumstàncies concurrents, només una entitat pugui dur a terme la gestió cívica i així s'acrediti en el corresponent informe aportat per l'òrgan gestor.
- e) La gestió cívica pot incloure la concertació amb el teixit associatiu per a la gestió de programes sectorials o equipaments, a través de la cogestió mitjançant l'establiment de convenis.

Així doncs, el règim jurídic de la gestió cívica estarà integrat pel marc normatiu que regula les formes de gestió indirecta dels serveis públics de caràcter local, la normativa reguladora de les subvencions, en la mesura que l'execució del projecte de gestió cívica implica l'atorgament d'una subvenció, i la normativa reguladora patrimonial, en la mesura que es fa ús d'un equipament municipal.

La forma de gestionar l'espai públic, o sigui la gestió d'un equipament municipal no implica una manca de transparència atès que tots els models tenen avantatges e inconvenients.

En el preàmbul del Reglament de participació ciutadana estableix que fer efectiu el dret a la participació ciutadana en tots els àmbits indicats cal una actitud proactiva per part de l'Ajuntament amb les tres accions que estableix per a tots els poders públics: *promoure, remoure i facilitar*.

De l'examen de les actuacions e informes elaborats per la Direcció de Serveis al Territori i a les Persones hi ha que remarcar el següent:

- Es va acordar impulsar un procés de revisió del Pla d'usos durant el primer semestre de l'any 2017 amb la intervenció d'una empresa externa que ajudés a articular el procés amb la intervenció de les entitats participants, o sigui un procés obert i amb màxima transparència i representativitat.
- S'han incorporat les demandes dels intervinents en el projecte de elaboració del pla d'usos d'acord amb els principis establertes en l'article 4 del reglament de participació ciutadana– en la forma d'elaborar el diagnòstic participatiu d'aquest equipament de proximitat.

Els Casals de Barri són equipaments municipals de proximitat que actuen com a promotors de la vida social i associativa d'una comunitat des d'una visió molt local i intergeneracional i, compleixen unes funcions que estan entre les pròpies d'una entitat veïnal i les dels equipaments municipals orientats a la promoció social.

L'estructura d'equipaments de l'Ajuntament de Barcelona disposa com equipaments municipals els Casals de Barri però no disposa de la figura d'Hotel d'Entitats, aquest és un equipament cívic que el seu objecte és facilitar a les entitats suport d'infraestructura, gestió i millora administrativa.

L'esborrany de proposta de Pla d'Usos de l'equipament presentat el XX de XXX de 2018 a la Comissió de Seguiment de l'equipament fixa el següent:

- Com objectiu general donar resposta a les necessitats dels diferents col·lectius, veïns i veïnes del barri de forma participativa i inclusiva, treballant en xarxa amb altres equipaments, entitats i col·lectius, oferint espais i activitats sociocultural on es fomenti l'intercanvi, la creació, el voluntariat i la participació entre el veïnatge.
- S'estableix com a model de gestió de l'equipament sigui mixta amb equip tècnic municipal amb la participació cívica dels col·lectius que formin part de l'Equip Gestor.
- L'equipament es dota de tres òrgans de participació propis: l'Assemblea del Casal, l'Equip Gestor i la Taula del Casal.

- La formació dels tres òrgans vetlla per la màxima transparència en l'elecció dels seus membres amb uns criteris amplis, en el sentit de donar cabuda a qualsevol col·lectiu vinculat a l'equipament, afegint el condicionant que els components de l'Equip gestor representaran a tots els col·lectius, no representant a l'entitat de la qual formen part.
- Usos dels espais i materials
- Procediments i criteris de cessions d'espais.
- Participació al casal.
- Suport als col·lectius.
- Persones usuàries del casal.

Aquesta proposta incorpora àmpliament a totes les entitats i col·lectius ja que poden incidir en la presa de decisions des dels òrgans de participació previstos en el projecte referit del Pla d'usos on es poden vehicular les seves propostes, poder tenir un coneixement del funcionament del Casal i poder participar activament en el dia a dia del Casal amb la corresponent exigència de compromís per part dels col·lectius vinculats al Casal.

També recull els valors dels casal de Barri segons el que preveu el Pla Estratègic 2015-2018 i també el regeix pel pla funcional dels casals de barri de Barcelona.

Si analitzem els temes recurrents que han sortit a partir de les línies de treball estratègiques per elaborar la modificació del Pla d'usos amb la participació de les entitats i associacions que van voler participar-hi han estat incorporades en l'esborrany proposat. Tot això, comporta que ha quedat incorporat en aquest esborrany de modificació del Pla d'usos els requeriments d'integració de les associacions.

Bàsicament s'ha recollit la proposta d'identificar projectes comuns, model de gestió mixta, màxima representació amb els òrgans de participació propis i sobre els usos dels espais i els procediments i criteris de cessions d'espai.

A més a més, el Plec de Prescripcions tècniques per al contracte de gestió i dinamització del Casal, en la clàusula cinquena – dins de les obligacions del adjudicatari estableix que: “En cas que s'aproves un pla d'usos, l'adjudicatari haurà de tenir en compte els acords que s'hagin incorporat en aquests.”

Per la qual cosa, de l'anàlisi d'aquestes actuacions de la part que correspon a l'àmbit d'actuació de la Bústia ètica no s'aprecien indicis que hagin pogut vulnerar l'ordenament jurídic.

RECOMANA

- Que es doni la instrucció corresponent d'impuls a la Direcció de Serveis competent per si procedeix l'expedient de contractació per l'explotació del Bar-Cafeteria de l'equipament a fi d'evitar dilacions que puguin generar situacions de manca de funcionament de serveis en l'equipament.
- En el cas que es qüestionï la viabilitat del manteniment de l'explotació del Bar-Cafeteria de l'equipament amb el mateix format que fins ara que s'elaborin noves propostes que puguin fer-lo viable i d'acord al projecte d'elaboració del Pla d'usos.
- Que s'instrueixin les oportunes diligències en el cas que es generin incompliments en la utilització dels espais o d'extralimitació del seu àmbit d'actuació mitjançant els serveis d'inspecció del Districte.
- Que es segueixi impulsant per part del Districte el funcionament de la comissió de seguiment de l'equipament per finalitzar el projecte d'elaboració del Pla d'usos de l'equipament,

Son aquestes unes consideracions que traslladem als comunicants, al Departament de Serveis Jurídics-Secretaria; a la Direcció de Serveis Generals i a la Direcció de Serveis a les Persones i Territori.

II. PRESUMPTE CONTAMINACIÓ ACÚSTICA EN ELS APARELLS D'AIRE CONDICIONAT EN LA SEU D'UN DISTRICTE

Arrel de la comunicació presentada, i la seva remissió al Districte, les actuacions de gestió realitzades pel Departament d'Obres i de Manteniment, en síntesi, van ser: l'estudi de la situació comunicada (anàlisi de la màquina de climatització, ubicació física, horari de funcionament, confirmant que el cap de setmana no està en funcionament), anàlisi de les propostes per millorar la insonorització de la maquinaria (contacte amb el fabricant de la maquinaria), contractació d'una empresa d'enginyeria acústica per analitzar el soroll que produïa la màquina de clima de l'edifici del Districte, que va emetre dos informes relatius als mesuraments realitzats:

- a) en el primer informe va realitzar una mesura per caracteritzar els nivells d'immissió sonora en ambient exterior, proposant les mesures correctores (Execució de panell AETEC 50 en les parets interiors del recinte on s'ubica la màquina per evitar la reverberació a l'interior de la sala i disminuir el nivell

sonor; i fabricació i col·locació de silenciadors d'entrada i de sortida d'aire a la coberta del recinte per disminuir el soroll que es genera a l'exterior), i

- b) un cop finalitzades les obres d'execució d'aquestes mesures, en el segon informe es va realitzar un segon mesurament, concloent, atenent els resultats obtinguts, que: *“actualment la màquina no contribueix al soroll ambiental de la zona amb les condicions de mesura donades”*.

L'empresa d'enginyeria acústica va tenir en compte en la realització dels mesuraments la normativa de l'Ordenança del Medi Ambient de Barcelona aprovada el 25 de febrer de 2011 i publicada al BOP de Barcelona del 2 de maig del 2011, i les modificacions dels annexos aprovades el 9 d'abril del 2014 en sessió de la Comissió de Govern i publicades al BOP de Barcelona el 28 d'abril de 2014.

RECOMANA

Que el Departament d'Obres i Manteniment del Districte ha adoptat les mesures necessàries per temperar els sorolls produïts pels aparells d'aire condicionat de manera que no hagi gairebé diferència entre el soroll de la màquina engegada i el soroll residual de la zona.

III. PRESUMPTES IRREGULARITATS EN LES DENÚNCIES VEÏNALS CONTRA PISOS TURÍSTICS IL·LEGALS

Atenent els objectius de la Bústia Ètica i de Bon Govern proclamats a l'article 2 de les seves Normes reguladores (entre els que es troba el de contribuir a fomentar i millorar el bon govern i les bones pràctiques en la gestió pública prioritant la prevenció per sobre de les conductes reactives), un cop examinada la documentació i la informació facilitada, l'òrgan gestor de la Bústia ètica va emetre les següents consideracions:

1. Pel que fa a la informació de tots els extrems previstos a l'article 5.1 LOPD, considerem que l'Ajuntament, malgrat haver estat sancionat per l'ACPD pel tractament deficient de les dades de caràcter personal dels denunciants d'habitatges d'us turístic il·legals, posteriorment ha actuat diligentment atès que ha implementat una sèrie de mesures, amb l'aprovació de l'ACPD, per tal de donar compliment a l'exigència de l'art. 5.1 de la LOPD de forma que els interessats als quals se sol·licitin dades personals siguin prèviament informats de manera expressa, precisa i inequívoca:

- a. De l'existència d'un fitxer o un tractament de dades de caràcter personal, de la finalitat de la recollida de les dades i dels destinataris de la informació.
 - b. Del caràcter obligatori o facultatiu de la resposta a les preguntes que els siguin plantejades.
 - c. De les conseqüències de l'obtenció de les dades o de la negativa a subministrar-les.
 - d. De la possibilitat d'exercir els drets d'accés, rectificació, cancel·lació i oposició.
 - e. De la identitat i la direcció del responsable del tractament o, si s'escau, del seu representant.
2. Pel que fa a la infracció greu relativa a la cessió de dades dels expedients a la resta d'interessats a l'expedient administratiu, també considerem una bona praxi la dissociació de la informació relativa al denunciador de l'expedient que, posteriorment, s'inicia d'ofici; i això sempre que no es disposi de la seva autorització expressa.

IV. PRESUMPTES IRREGULARITATS EN EL COBRAMENT DEL SERVEI BICING. MANCA DE RESPOSTA CONCRETA EN LES FITXES IRIS

1. L'usuari no va complir les condicions del servei relatives a la obligació de finalitzar aquest apropant la targeta al lector fins a rebre confirmació de la correcta devolució de la bicicleta. L'empresa municipal confirma que ha comprovat, a través de l'aplicatiu informàtic del servei, que no va passar la targeta pel lector al finalitzar el servei. També ens indica l'òrgan gestor del servei que, a conseqüència de la reclamació de l'usuari, va fer dos estudis de l'estació afectada que descartaven qualsevol mal funcionament dels ancoratges el dia que es va produir el fet. També hem comprovat que a la fitxa IRIS XXX l'usuari va manifestar que no recordava si va passar la targeta pel lector de l'estació.

Les condicions del servei del Bicing estableixen la obligatorietat d'apropar la targeta al lector del terminal de l'estació al finalitzar el servei per tal de comprovar la correcta devolució de la bicicleta (Condició Desena, lletra C, de les Condicions Generals Reguladores de l'accés i utilització del Servei). S'informa als usuaris d'aquesta obligació al web <https://www.bicing.cat/ca/informacio/com-funciona/bicicleta-mecanica> on s'explicita que la responsabilitat de l'usuari sobre la

bicicleta finalitza després de passar la targeta pel lector de l'estació després de cada ús per tal d'assegurar-se que la bicicleta ha estat retornada correctament. També s'informà d'aquesta obligació a totes les estacions del Bicing mitjançant una enganxina situada a la part superior de la pantalla del lector.

2. És conforme a la normativa aplicable el càrrec de 29,16 €, corresponent al retard de set hores en la devolució correcta de la bicicleta, ja que s'adequa a les tarifes vigents per a l'any 2017 aprovades per la Comissió de Govern el 17 de novembre de 2016 (BOPB del 28/11/2016):

- 1a mitja hora gratuïta.
- 3 fraccions de 30 minuts ($3 \times 0,74$) = 2,22 €.
- 6 hores o fraccions ($6 \times 4,49$) = 26,94 €.

TOTAL= 29,16 €

3. Per últim, tal i com ha reconegut la pròpia empresa, que la resposta a la segona queixa formulada a través del sistema informàtic per a la gestió de comunicacions dels ciutadans, d'incidències, reclamacions, queixes, suggeriments, peticions de servei, consultes web i agraïments no va tenir el grau de concreció exigible atès es tracta d'una resposta genèrica que no informava a l'usuari de forma transparent a més de no fer esment a les nombroses comunicacions creuades entre les parts fins aquella data, un total de 16; no obstant, es valora positivament el compromís de millora en les futures comunicacions amb els ciutadans que arrel d'aquest cas ha manifestat la societat municipal a l'òrgan gestor de la Bústia Ètica.

V. PRESUMPTES IRREGULARITATS EN EL TRÀMIT DE RENOVACIÓ DE LA TARGETA ROSA. PRESUMPTE FALSIFICACIÓ DE LA SIGNATURA

La notificació practicada en el domicili de la persona comunicant per l'empresa encarregada de l'acte de comunicació, això és, XXX, no compleix els requisit exigits per la legislació vigent atès que no s'identifica degudament a la receptora mitjançant la comprovació de la seva identitat amb exhibició del DNI o document identificatiu equivalent.

Sobre aquest particular, el paràgraf segon de l'Art. 22.4, de la Llei 43/2010, de 30 de desembre, "del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal", fa referencia a la forma en que han de practicar-se les notificacions pel operadors postals alternatius a Correus i estableix que: "(...) Las notificaciones

practicadas por los demás operadores postales surtirán efecto de acuerdo con las normas de derecho común y se practicarán de conformidad con lo previsto en el artículo 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.(...).

El precitat article 59 de la derogada Llei 30/1992 establia en relació a la pràctica de la notificació el següent:

“(...) 1. Las notificaciones se practicarán por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado. La acreditación de la notificación efectuada se incorporará al expediente.

2. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, la notificación se practicará en el lugar que éste haya señalado a tal efecto en la solicitud. Cuando ello no fuera posible, en cualquier lugar adecuado a tal fin, y por cualquier medio conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo.

Cuando la notificación se practique en el domicilio del interesado, de no hallarse presente éste en el momento de entregarse la notificación podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad. Si nadie pudiera hacerse cargo de la notificación, se hará constar esta circunstancia en el expediente, junto con el día y la hora en que se intentó la notificación, intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes (...).

La referència a la Llei 30/92 s'ha d'entendre feta a la vigent Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del Procediment Administratiu Comú de les Administracions Públiques, aquesta norma disposa en el seu article 42.2, en relació a la Pràctica de les notificacions en paper, que:

“(...) 2. Cuando la notificación se practique en el domicilio del interesado, de no hallarse presente éste en el momento de entregarse la notificación, podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona mayor de catorce años que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad. Si nadie se hiciera cargo de la notificación, se hará constar esta circunstancia en el expediente, junto con el día y la hora en que se intentó la notificación, intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes. En caso de que el primer intento de notificación se haya realizado antes de las quince horas, el segundo intento deberá realizarse después de las quince horas y viceversa, dejando en todo caso al menos un margen de diferencia de tres horas entre ambos intentos de notificación. Si el segundo intento también resultara infructuoso, se procederá en la forma prevista en el artículo 44 (...).

RECOMANA

- Que es requereixi a l'empresa adjudicatària del servei de notificacions per tal que

el personal encarregat de la pràctica dels actes de comunicació identifiqui degudament els seus destinataris mitjançant la comprovació de la seva identitat amb exhibició del DNI o document identificatiu equivalent.

- Atès que l'òrgan gestor de la Bústia Ètica ha estat informat d'altres supòsits de presumptes falsificacions de signatura de la persona interessada i que aquest fet podria constituir un il·lícit penal, també es recomana l'òrgan gestor que faci les comprovacions oportunes per tal de verificar si es va falsificar la diligència de lliurament i si s'han produït altres supòsits similars en el lliurament de documentació per part de l'empresa adjudicatària, a fi i efecte de, si escau, exercir les accions que corresponguin en defensa de la legalitat.

VI. PRESUMPTES IRREGULARITATS EN LES CONCESSIONS DE TARGETES ROSES GRATUITES A PERSONES AFILIADES A UN PARTIT POLÍTIC MAJORS DE SEIXANTA ANYS

I. Dades requerides en el formulari per sol·licitar l'obtenció de la Targeta Rosa

Els sol·licitants hauran de complimentar un formulari amb les seves dades personals i les dels membres de la unitat familiar, si s'escau, referents als seus ingressos econòmics per tots els conceptes, la seva situació de discapacitat i els altres requisits per poder ser beneficiari, en el moment de la sol·licitud. El formulari inclourà l'autorització expressa del sol·licitant i quan s'escaigui dels altres membres de la unitat familiar per efectuar, en relació a les dades del sol·licitant i dels membres de la unitat familiar, les consultes necessàries als següents organismes:

- Padró Municipal d'Habitants per a comprovar les dades d'empadronament en els municipis corresponents. (annex 1 d'aquesta Ordenança que inclou la ciutat de Barcelona).
- Direcció General de la Policia , per verificar i/o consultar les dades d'identitat.
- Departament de Benestar i Família – Institut Català de Serveis Socials (ICASS), per la comprovació de la Targeta acreditativa de la discapacitat.
- Agència Estatal d'Administració Tributària (AEAT), Institut Nacional de Seguretat Social (INSS), Servicio de Empleo Público Estatal (SEPE), Servei d'Ocupació de Catalunya (SOC), Tesoreria General de la Seguridad Social (TGSS), per comprovar els ingressos econòmics per qualsevol concepte del sol·licitant i dels membres de la seva unitat familiar, si s'escau.
- Registre Civil, per comprovar les dades de filiació, matrimoni i defunció del sol·licitant o dels membres de la unitat familiar, si s'escau.

Amb independència de les consultes necessàries que s'efectuï, l'òrgan gestor sempre podrà demanar documentació acreditativa de les dades declarades en aquells casos en que ho consideri oportú. És causa de pèrdua de la condició de beneficiari quan es comprovi que aquest no compleix les condicions requerides establertes.

Cal esmentar l'obligació dels beneficiaris de comunicar si els seus ingressos totals varien i superen els límits establerts respecte a l'indicador públic de renda a efectes múltiples (IPREM), que haurà de comunicar-ho a l'òrgan gestor i en el cas d'ometre aquesta obligació pot perdre la condició de beneficiaris quan es comprovi que no compleixen les condicions establertes en l'article 3r d'aquesta Ordenança.

II. Nou procediment de verificació de dades: fase de prova

En la resposta al requeriment efectuat, l'òrgan gestor va informar a l'òrgan gestor de la Bústia ètica que està en fase de proves un nou procediment on intervindrà el Consorci Administració Oberta de Catalunya (en endavant AOC) amb varis municipis del seu àmbit territorial. Cal destacar que la Llei 29/2010, de 3 d'agost, de l'ús dels mitjans electrònics al sector públic, determina que la missió de l'AOC es promoure la interoperabilitat dels sistemes d'informació catalans amb la resta d'administracions, és a dir, que amb els serveis de la col·laboració administrativa, s'aconsegueix potenciar l'intercanvi d'informació per mitjans telemàtics entre les administracions públiques, per millorar la seva eficiència i eficàcia.

També, s'ha incorporat el nou model de sol·licitud de la targeta rosa metropolitana que s'utilitzarà en la ciutat de Barcelona i on consta en el seu envers els organismes que es podran efectuar les comprovacions mitjançant el nou aplicatiu de l'OAC per coneixement del comunicant i que eliminarà pràcticament la possibilitat d'error i de frau en les sol·licituds presentades.

RECOMANA

Atenent les consideracions realitzades, i que els mecanismes de control i comprovació per part de l'AMB establerts en l'Ordenança en relació als requisits a complir per part dels beneficiaris de la tarificació social, una declaració expressa de les persones sol·licitants responen personalment de la veracitat de les dades manifestades i l'autorització expressa perquè l'òrgan gestor pugui efectuar les comprovacions pertinents amb els organismes citats anteriorment, l'òrgan gestor de la Bústia Ètica considera que els mecanismes de control i els procediments establerts són suficients per garantir un control sobre si els beneficiaris reuneixen els requeriments i requisits establerts en l'Ordenança vigent aplicable.

A més a més, s'ha adoptat com a mesura de millora en el control de la veracitat de la documentació aportada pels sol·licitants la implantació, encara en fase de

proves, d'un nou procediment conjuntament amb l'AOC per poder obtenir les dades de les diferents administracions de forma automatitzada i en temps reals, la qual cosa eliminarà pràcticament la possibilitat d'error i de frau en les sol·licituds presentades.

VI. PRESUMPTE ÚS FRAUDULENT DE LES TARGETES I RESERVES D'ESTACIONAMENT DE LES PERSONES AMB MOBILITAT REDUÏDA

I. Normativa d'aplicació

En relació a la normativa d'aplicació de les targetes i reserves d'aparcament per a persones amb discapacitat, el marc general es troba regulat en:

- Llei 13/2014, del 30 d'octubre, d'accessibilitat (art. 47 a 52).
- Decret 97/2002 de 5 de març, sobre la targeta d'aparcament per a persones amb disminució i altres mesures adreçades a facilitar el desplaçament de les persones amb mobilitat reduïda.
- Reial Decret 1056/2014 que regula les condicions bàsiques d'emissió, ús i modalitats de targeta d'aparcament per a persones amb diversitat funcional.
- Ordenança de circulació de vianants i de vehicles.

Tanmateix s'ha de tenir compte la recomanació 98/376/CE del Consell d'Europa de 4 de juny sobre la creació d'una targeta d'estacionament per a persones amb discapacitat, i la Recomanació 2008/205/CE del Consell de 3 de març.

A nivell municipal, resulta d'aplicació la Instrucció de 21 de maig de 2002 que regula les condicions d'atorgament de les targetes d'aparcament per a persones amb disminució; la Instrucció de 20 de novembre de 2002 que regula les condicions d'atorgament de la llicència d'ocupació de reserva d'estacionament dels vehicles de persones amb disminució i la Instrucció núm. 49/2017 d'estacionament de vehicles de persones amb diversitat funcional.

II.- respecte a la gestió de les targetes d'aparcament

L'Oficina de gestió de la targeta d'aparcament del 2003 al 2015 depenia del Departament de Mobilitat, i va passar a dependre de l'Institut municipalXXX; a partir de finals del 2015 per la targeta individual i a partir del 2016 per la targeta col·lectiva.

Aquest canvi va ser promogut per l'Institut municipalXXX, atès que el procediment per la concessió de la targeta d'aparcament fins al 2016 consistia en que el l'Institut municipalXXX recepcionava la documentació i la traspassava al Departament de Mobilitat, i la seva concessió era signada pel Gerent de Mobilitat. Aquest procés es podia perllongar fins a sis mesos de mitjana.

Amb l'objectiu d'agilitzar aquest tràmit l'Institut municipalXXX va oferir a Mobilitat un reforç de personal, però no va ser suficient per reduir la durada del tràmit. A iniciativa de la Gerència de l'Institut municipalXXX en l'any 2016, es va proposar a la de Mobilitat assumir la gestió de tota la tramitació de les targetes d'aparcament, aconseguint així reduir el termini de gestió fins a menys d'1 mes.

En aquest procés d'assumpció de la tramitació de les targetes d'estacionament, l'Institut municipalXXX ha engegat diferents actuacions i s'ha creat una Comissió interdepartamental de seguiment de les targetes d'aparcament format per l' l'Institut municipalXXX I, l'Institut municipal XXX, l'Institut municipal dXXXXX, XXXX,XXXX, i Direcció d'XXX (DAC), , pel tràmit on line.

2. Respecte a les targetes d'estacionament:

- s'ha impulsat la Campanya de renovació de targeta d'aparcament individual que va finalitzar en data 31 de desembre de 2017 (que de les 9731 pendent, s'han renovat 4812, detectant-se 247 duplicats). De gener a març de 2018 es té previst revisar les targetes que no han fet renovació, i realitzar un segon enviament certificat.
- s'ha modificat l'holograma de les targetes, i s'ha homogeneïtzat el dibuix de la targeta d'acord amb la normativa d'aplicació europea.
- s'ha identificat els titulars difunts mitjançant la sol·licitud a l'XXX d'un creuament de les dades dels titulars de les targetes amb la dels Padró. Aquesta operació va entrar en una gran complexitat i laboriositat degut a que es van haver de comprovar manualment una a una per no disposar d'un mecanisme electrònic que facilités aquesta feina. Fruit d'aquestes perquisicions es va comprovar que hi havia 5637 targetes els titulars dels quals constaven difunts, d'aquest resultat es donaria compte a la GUB pel seu coneixement.

- s'han editat uns díptics informatius detallant què es considera ús fraudulent, i les seves conseqüències.

3. En relació a les reserves d'estacionament individual de vehicles:

Es posa en evidència la necessitat de millorar el programa informàtic perquè actualment el seu control no està automatitzat i s'ha de realitzar mitjançant un creuament de dades de la inspecció del Districte i el padró, del que resulta un excel que també es comprova manualment, un a un.

A més aquest programa comú del Districte i de l'XXXX no inclou les matrícules dels vehicles, i no hi ha l'opció de consulta perquè les dades són modificables.

RECOMANA

L'art. 50.4 de la Llei 13/2014, de 30 d'octubre obliga a l'Ajuntament de Barcelona a vetllar, mitjançant les accions de seguiment i de vigilància que consideri pertinents, per l'ús correcte de les targetes d'aparcament per a persones amb discapacitat, a d'adoptar mesures necessàries per a evitar-ne un mal ús o un ús fraudulent i d'establir les sancions que escaiguin.

És en aquesta línia que l'Ajuntament de Barcelona té el compromís de garantir els drets socials de les persones amb diversitat funcional, entesa com el conjunt de formes de relacionar-se amb l'entorn variades i heterogènies, i, per tant, és l'espai i l'entorn que s'ha de configurar adequadament per tal d'incloure aquesta diversitat, i no al revés. És reconegut que en un entorn accessible i amb absència de barreres, les persones amb diversitat funcional milloren significativament les habilitats i l'autonomia i incrementen la participació i l'autogestió en la vida diària i social.

Tanmateix en relació a la capacitat de mobilitat abasta no solament la possibilitat física de moure's, sinó, precisament, la possibilitat de desplaçar-se de manera autònoma i segura per l'entorn.

Dins de l'Ajuntament de Barcelona, la missió de l'Institut municipalXXX és promoure activitats, impulsar programes i prestar serveis a les persones amb discapacitat i diversitat funcional de la ciutat per tal de millorar la seva qualitat de vida, l'autonomia personal i la vida independent, i en el cas que ens ocupa la seva capacitat de mobilitat.

Però per preservar el dret de les persones amb diversitat funcional de ser titulars de la targeta d'aparcament evitant qualsevol ús fraudulent, és necessari que l'organització municipal es doti dels suficients recursos normatius, tecnològics i

administratius, dintre dels quals es proposen:

I. Recursos normatius

La instrucció de data 21 de maig de 2002 regula les condicions d'atorgament de les targetes d'aparcament per a persones amb disminució sent palesa la necessitat de la seva actualització i adaptació a les exigències actuals entre d'altres en assumptes com: a) l'òrgan competent de la seva gestió i b) aspectes tècnics com la numeració de les targetes.

- a) Així en la instrucció mencionada es delega l'exercici de les funcions derivades d'aquesta instrucció al Regidor ponent de mobilitat, relegant a l'IMPD la comprovació de la concurrència dels requisits per l'atorgament de la targeta d'aparcament al sol·licitant. Però, en canvi, des de l'any 2016 la gestió de la tramitació de les targetes d'aparcament va ser assumida per l'IMPD per dotar d'eficiència i rapidesa en la seva tramitació.
- b) En relació a la numeració de les targetes, l'art. 8 de la instrucció establí que la numeració de la targeta d'aparcament constava de deu dígits que tenen la següent significació:
 - el primer i segon dígit: 00 si es tracta de targeta d'aparcament de transport col·lectiu; 01 a 10 si es tracta de la targeta d'aparcament individual, en funció del districte on resideixi el titular
 - del tercer al quart dígit: any d'expedició de la targeta
 - del cinquè al desè dígit: núm. ordre correlatiu

En el procediment operatiu núm. 49/17, apartat 2.3, s'especifica que el model actual de targeta d'aparcament per a persones amb diversitat funcional porta un segell nou a la part inferior esquerra i disposa d'una numeració de 10 dígits que hi ha al damunt del segell:

- el primer i segon dígit: correspon al districte del domicili de la persona titular
- el segon i tercer dígit: any d'expedició de la targeta
- el quart i cinquè dígit: 01 si és titular conductor; i 02 si és titular no conductor
- del sisè al desè dígit: és el número de targeta segons l'ordre establert per l'aplicatiu informàtic

Tanmateix d'acord amb la informació oferta per l'Institut municipalXXX s'ha eliminat de la numeració de les targetes la identificació del districte de residència del titular, i actualment segueix la numeració de la Generalitat consistent en:

- els cinc primers es refereixen al codi territorial de la localitat (08019)
- els quatre següents a l'any d'expedició
- els cinc següents al número d'ordre

- els cinc següents als 4 números finals i lletra DNI del titular

A la vista d'aquesta informació, caldria donar uniformitat a la numeració de les targetes per el seu posterior eficaç control.

Des de l'Institut municipalXXX se'ns ha informat que s'està treballant en l'actualització d'aquesta instrucció de maig de 2002, així com la Instrucció de 20 novembre de 2002 per la qual es regula les condicions d'atorgament de la llicència d'ocupació de la via pública.

II. Recursos tecnològics

Tal i com s'ha manifestat des de l'Institut municipalXXX , els programes actuals de gestió de les targetes d'aparcament es troben desfasats, exemple evident és que el creuament de dades amb els programes informàtics del Padró o d'Hisenda es realitza manualment, o que els actors intervinents en el seu control no tenen accés al programa informàtic corresponent i han d'anar amb llistes impreses de comprovació, o per exemple que el programa informàtic que relaciona el registre de les targetes no permet identificar l'edat del titular de la targeta.

En aquest sentit el nou Procediment operatiu núm. 49/17 estableix aspectes a tenir en compte per fer una valoració ocular de la targeta d'aparcament, però també obre la possibilitat d'error davant de la multiplicitat de targetes existents, tenint en compte que d'acord amb el procediment operatiu en cas de dubte no s'actuarà.

Aquestes casuístiques fonamenten la necessitat d'introduir Tecnologia d'informació i comunicació (TIC) per millorar el sistema de gestió i control de les targetes i reserves d'estacionament.

La utilització d'eines tecnològiques ha de proporcionar la implementació de mecanismes eficients de control en la gestió de la utilització dels espais públics per els usuaris autoritzats evitant els usos indeguts i fraudulents com els següents:

a) Defunció de l'usuari de la targeta i/o reserva

És un supòsit fraudulent quan, en situacions de defunció d'usuaris, el cotxe es transmet a un tercer sense que realitzi el canvi de titularitat del cotxe al Servei de Català de Trànsit, el que podria implicar un fort risc d'utilització indeguda de la targeta d'estacionament, la reserva i l'exempció de pagament de l'impost de circulació de vehicles.

Cal tenir en compte que l'art. 32.6 del RD 2822/1998 especifica que en cas de transmissió motivada per la defunció del titular del vehicle el que resulti adjudicatari definitiu del vehicle queda obligat a sol·licitar en el termini de 90 dies l'expedició al seu nom del nou permís o llicència de circulació. Per tant, obre la

possibilitat de risc d'ús fraudulent que en el termini de 90 dies es continuï utilitzant el vehicle, targeta i reserva, sense practicar el canvi de nom.

b) Control de les targetes de no conductors

En l'any 2017 es van concedir 813 targetes a conductors i 3020 targetes a no conductors, davant d'aquesta proporció cal dotar-se de mecanismes de seguretat per donar solució a la problemàtica de la utilització de la targeta i reserva d'estacionament en els supòsits on no s'estigui acompanyat per la persona amb diversitat funcional.

c) Control de les targetes renovades

Segons informació rebuda a aquest òrgan gestor, quan es procedeix a renovar la targeta per presumpta pèrdua o sostracció de la mateixa, no es disposa d'un sistema de seguiment de la targeta anterior. Per evitar l'ús fraudulent de la targeta anterior, caldria disposar d'un control en relació a les targetes renovades. En aquest sentit, seria recomanable que s'introduís aquesta casuística en el procediment operatiu núm. 49/17 de la GUB.

d) Control de les targetes d'aparcament expedides fora de Barcelona

Les targetes de tots els municipis de Catalunya han de tenir la targeta de format model europeu (targeta blava amb les 12 estrelles blanques disposades en cercle al lateral dret de la targeta), però es poden trobar diferents casuístiques depenent dels municipis: disposar o no d'holograma, color d'impressió de les dades, numeració de la targeta, tipus de lletra, etc.

Aquesta diversitat, no controlada, incrementa el risc de l'ús indegut de les targetes d'aparcament.

Actualment s'està desenvolupant la fase del disseny de l'eina informàtica amb una previsió de finalització en el mes de juliol de l'any 2019. Atenent el context de gestió costosa i feixuga de la gestió de les targetes d'aparcament, de les contínues queixes dels ciutadans així com la repercussió veïnal existent, es constata la conveniència de la implantació i execució d'aquesta eina informàtica.

III. Recursos administratius

a) Informació de drets i obligacions de la targeta i la reserva d'aparcament

Visualitzat el programa informàtic IRIS es comprova l'existència d'una multitud de queixes en relació a l'ús indegut de la targeta i de les reserves d'estacionament individual, així com el compromís de la ciutadania de denunciar aquestes irregularitats, causant problemàtiques veïnals, amb la seva conseqüent repercussió a l'interès general.

Atenent les instàncies presentades en relació al desconeixement dels drets i

obligacions dels usuaris, seria recomanable engegar una campanya generalitzada dirigida a donar informació d'aquests drets i deures que entranyen aquesta targeta i reserva d'estacionament, les conseqüències del seu mal ús o ús fraudulent, així com la promoció de la col·laboració ciutadana en la detecció d'aquestes situacions.

A més de la campanya, seria recomanable la introducció en la sol·licitud i renovació de la targeta i la reserva d'aparcament d'un apartat relatiu als drets i obligacions dels usuaris, fent constar que han llegit i entès aquests drets i obligacions, així com les conseqüències, responsabilitats i sancions en les que es pot incórrer en cas de mal ús o ús fraudulent apercebut així mateix dels possibles riscos penals.

b) Agilitzar les gestions de la baixa

Per realitzar la sol·licitud de la targeta d'estacionament hi ha tres vies: internet, telefònica o presencialment; però en canvi la tramitació de la seva baixa només pot realitzar-se per una única via: presencialment, mitjançant una instància a qualsevol l'Oficina d'Atenció Ciutadana (OAC) informant dels motius de la sol·licitud de la baixa o la renúncia i adjuntant l'original de la targeta de discapacitat. Per tant seria recomanable obrir altres vies o canals per facilitar el procés de gestió de la baixa amb totes les garanties.

c) Comprovació de l'empadronament en la sol·licitud i renovació de les reserves individuals d'aparcament

Atès l'existència de casos sobre persones empadronades en altres municipis que disposen de reserves individuals d'aparcament per motius d'habitatge, caldria en totes les sol·licituds i renovacions comprovar internament si la persona sol·licitant es troba empadronada en la ciutat de Barcelona, i incorporar-ho en l'expedient administratiu mitjançant un apartat o una nota/observació.

d) Dotació d'eines necessàries als serveis d'inspecció

A fi i efecte de preservar els drets de les persones usuàries, seria recomanable dotar als serveis d'inspecció (XXX) de les suficients eines de formació, accés (amb les cauteles exigides per la vigent normativa en protecció de dades de caràcter personal) als aplicatius corresponents (padró, expedients de targeta de discapacitats, via pública), així com les eines informàtiques per poder controlar el seu compliment.

Cal afegir, atès que aquestes propostes de millora excedeixen de l'àmbit de competència de l'Institut municipalXXX, i que tal com ha informat la seva gerència, s'ha creat i ja està en funcionament la Comissió interdepartamental de seguiment de les targetes d'aparcament, considerem que aquesta també seria un canal òptim per poder analitzar i coordinar aquestes i altres propostes que

poguessin sorgir per millorar l'eficiència en la gestió i en el control de les targetes i reserves d'aparcament. Motiu pel qual s'insta a la Gerència de l'Institut municipalXXX a la difusió de la present recomanació en la convocatòria de la pròxima reunió d'aquesta Comissió als referits efectes.

VII. PRESUMPTES IRREGULARITAT EN LA INFORMACIÓ EN MATÈRIA DE SALUT A LA WEB DE L'AJUNTAMENT DEDICADA A LA JOVENTUT

I. La versió en castellà del text no oferia una informació veraç ja que s'informava en primera instància que tots els serveis que presta l'Associació XXX són gratuïts i posteriorment –unes línies més endavant– s'especificava que només són gratuïts per als socis de l'entitat, la qual cosa provocava confusió.

II. En la mesura en que, tant en català com en castellà, s'informa en primer terme de l'alternativa de la sanitat pública, i en segon de la possibilitat d'acudir a l'Associació, considerem que s'ofereix una informació adequada. També es valora positivament que en les dues versions s'informa que els estudiants d'Educació Secundària Obligatòria poden consultar als professionals del Programa Salut i Escola qualsevol dubte que tinguin en aquesta matèria i que aquests professionals poden, en cas necessari, derivar el pacient a una ajuda especialitzada.

RECOMANA

Que l'òrgan responsable del contingut del web de Joventut de l'Ajuntament www.ajuntament.barcelona.cat/joves tingui especial cura de que la informació facilitada en les versions catalana i castellana tingui el mateix contingut.

VIII. COMUNICACIÓ RELATIVA A L'OBLIGACIÓ DE PERSONAR-SE A LES DEPENDÈNCIES MUNICIPALS PER EFECTUAR DETERMINATS TRÀMITS MUNICIPALS

I. El tràmit de confirmació de la inscripció en el Padró d'Habitants que han d'efectuar les persones estrangeres que siguin nacionals d'un país membre de la Unió Europea, Estats membres de l'Acord sobre l'Espai Econòmic Europeu, i aquells

que sense pertànyer a aquests països disposin de targeta de residència de Règim Comunitari (familiars comunitaris) així com els ciutadans amb permís de residència permanent, està regulat a l'article 7 de la Resolució de 30 de gener de 2015, en la que es dicten les instruccions tècniques als Ajuntaments sobre gestió del padró d'Habitants.

Els municipis han de confirmar la residència habitual dels estrangers en els següents casos:

*Quan no consten en el Registre Central d'Estrangers i la última inscripció padronal tingui més de dos anys (la seva obligatorietat està regulada en el RD 240/2007, de 16 de febrer sobre entrada, lliure circulació i residència en Espanya de ciutadans dels Estats membres de la Unió Europea i altres estats que formen part de l'Acord sobre l'Espai Econòmic Europeu).

*La targeta de residència estigui caducada o el certificat d'inscripció en el Registre Central d'Estrangers estigui emès fa més de 5 anys.

*Consten en el Registre Central de Estrangers i la última inscripció padronal té més de 5 anys.

Es considera que aquests casos puguin ser un indicatiu de que el ciutadà ha deixat de residir de manera habitual.

En el cas de no formalitzar la confirmació de residència, s'iniciarà expedient de baixa en el Padró d'habitants, d'acord amb les indicacions de l'Acord del Consell d'Empadronament de 27 de juny de 2008.

Per una altra banda, la Llei obliga als ciutadans extracomunitaris sense permís de residència permanent a renovar la seva inscripció en el Registre Consultar espanyol del seu nou país e residència, el que suposa la seva baixa automàtica en el Padró del municipi d'origen.

Aquestes obligacions no existeixen per la resta dels ciutadans no nacionals, amb el que els possibles canvis de residència en l'estranger poden ser desconeguts pels Ajuntaments on consta la inscripció padronal, que es converteix en incorrecta quan l'interessat emigra (és possible comunicar-lo de manera voluntària en l'Ajuntament que mecanitzarà la corresponent baixa)

Per aquest motiu, resulta necessari les comprovacions periòdiques de la veracitat de l'empadronament dels mencionats ciutadans.

L'Institut Nacional d'Estadística (INE) comunica als Ajuntaments els ciutadans que es troben en algun dels casos mencionats; els registres d'aquests ciutadans queden marcats en la base de dades del Padró, de manera que, transcorregut un temps sense que l'interessat hagi realitzat cap gestió padronal, s'envia un requeriment de confirmació de la seva residència en el municipi.

II. Les persones majors d'edat poden sol·licitar la seva confirmació i la de la seva unitat familiar (parella i fills en comú) si estan empadronats en el mateix domicili.

Les persones majors d'edat poden sol·licitar la confirmació requerida, amb autorització expressa per:

- Qualsevol altra persona major d'edat
- Una unitat familiar diferent a la seva
- La seva unitat familiar si no estan empadronades en el mateix domicili

També els representants legals de menors d'edat o persones incapacitades legalment.

La documentació necessària per les persones autoritzades per poder efectuar el tràmit és el següent:

- Autorització expressa, degudament signada original
- Document d'identificació personal de la persona autoritzada
- Fotocòpia del Document d'identificació personal de la persona autoritzant

La validesa de l'autorització o delegació és d'un mes a partir de la data que consti en el document. També és aconsellable dur la carta de l'Ajuntament.

La documentació d'identificació requerida s'accepta en català i en castellà. En cas contrari haurà d'aportar original i traducció realitzada pel Consolat o per un traductor jurat.

Pels menors d'edat o persones incapacitades legalment la documentació necessària és la següent:

- Original i fotocòpia del document d'identificació personal del menor.
- Original i fotocòpia del certificat d'inscripció en el Registre d'Estrangers, en cas de disposar.
- Llibre de família o literal de naixement del menor
- Original i fotocòpia del document d'identificació personal del pare, la mare o el representant legal.

- Sentència o resolució judicial atorgant la guarda i custòdia o la tutela, si és el cas
- Resolució del Departament de Benestar Social i Família de la Generalitat, si és el cas.

RECOMANA

Que no s'aprecia cap vulneració de l'ordenament jurídic pel fet d'haver de comparèixer davant de les dependències municipals per confirmar la seva residència habitual en compliment de que determina l'article 7 de la Resolució de 30 de gener de 2015, en la que es dicten les instruccions tècniques als Ajuntaments sobre la gestió del padró d'habitants, existint la possibilitat de delegar aquesta tramitació a una altra persona amb la corresponent autorització per efectuar aquest tràmit en compliment d'allò previst en l'article 5 de la Llei 39/2015 d'1 d'octubre, del Procediment administratiu comú de les Administracions Públiques.

SEGUIMENT DE L'ACTUACIÓ

L'òrgan gestor va emetre una ampliació de la informació a la recomanació relativa a que els ciutadans que s'han de donar d'alta de manera obligatòria en un Consolat són els espanyols (no poden sortir de la base de dades padronal estatal, per garantir els seus drets, entre d'altres el de vot); els extracomunitaris han de renovar cada dos anys la seva inscripció davant de l'Ajuntament i, en cas de no fer-ho, causen baixa padronal per caducitat (també poden declarar que emigren i es mecanitza la corresponent baixa).

Qualsevol ciutadà (espanyol, comunitari o extracomunitari) que es dona d'alta en un altre municipi de l'Estat causa baixa automàtica a Barcelona però el tema dels Consolats només és pels espanyols.