

**MEMORIA**  
**2020/2021/2022**  
**Dirección de Servicios de**  
**Análisis**  
**Órgano gestor del Buzón Ético y**  
**de Buen Gobierno**  
**y**  
**Órgano de soporte técnico-**  
**jurídico y de gestión del Comité de**  
**Ética**  
**Ayuntamiento de**  
**Barcelona**

[analisi\\_transparencia@bcn.cat](mailto:analisi_transparencia@bcn.cat)

bustiaetica.barcelona.cat



Barcelona a 17 de Abril de 2023

No se permite un uso comercial de la obra original ni la generación de obras derivadas.

Este documento está disponible en el siguiente sitio [web](#).

Este documento, en sus dos versiones catalana y castellana, ha sido elaborado exclusivamente por la Dirección de Servicios de Análisis sin ningún auxilio o soporte externo.

El artículo 26 de las Normas Regulatoras del Buzón Ético y de Buen Gobierno del Ayuntamiento de Barcelona recoge, entre las funciones de la Dirección de Servicios de Análisis, la de elaborar una Memoria Anual para su presentación al Consejo Municipal. Y es, en virtud de dicho mandato, que se ha elaborado la presente Memoria correspondiente a las actuaciones realizadas, por esta Dirección, durante los años 2020, 2021 y 2022, en el ejercicio de las funciones que normativamente tiene encomendadas. Carácter trienal que, al igual que en la precedente memoria (2018-2019) que lo fue bianual, viene justificado por la carencia de medios personales y materiales que ha continuado padeciendo esta Dirección durante estos tres últimos años<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Extremo que será detallado en el cuerpo del presente Informe

<b>1. PRESENTACIÓN</b>	<b>13</b>
<b>2. FUNCIONES, NATURALEZA Y ORGANIZACIÓN DE LA DIRECCIÓN DE SERVICIOS DE ANÁLISIS</b>	<b>16</b>
<b>2.1.- ACTUACIONES DE LA DIRECCIÓN DE ANÁLISIS RELACIONADAS CON EL BUZÓN ÉTICO</b>	<b>29</b>
2.1.1.- EL BUZÓN ÉTICO Y DE BUEN GOBIERNO DEL AYUNTAMIENTO DE BARCELONA. CARACTERÍSTICAS, FUNCIONAMIENTO, NORMATIVA, ALCANCE.	30
2.1.2. ACTUACIONES DE LA DA COMO ÓRGANO GESTOR DEL BUZÓN ÉTICO Y DE BUEN GOBIERNO. ACCIONES RELACIONADAS CON LAS COMUNICACIONES, ALERTAS O INFORMACIONES RECIBIDAS DURANTE 2020, 2021 Y 2022	36
2.1.2.1. COMUNICACIONES RECIBIDAS POR LA DIRECCIÓN DE ANÁLISIS DURANTE 2020-2021-2022. NÚMERO Y TAXONOMÍA. ANONIMATO. CANALES DE ENTRADA.	36
2.1.2.2.- TOTAL DE COMUNICACIONES RECIBIDAS DESDE 2016, FECHA DE CREACIÓN DE LA DA HASTA 2022. TRES COMPARATIVAS: A) NÚMERO DE COMUNICACIONES RECIBIDAS B) EVOLUCIÓN DEL ANONIMATO DESDE LA ENTRADA EN FUNCIONAMIENTO DEL BUZÓN EN 2017 Y C) BUZÓN ÉTICO Y RESTO DE CANALES DE ENTRADA UTILIZADOS	45
2.1.2.3. ACTUACIONES RELATIVAS A LA TRAMITACIÓN DE LAS COMUNICACIONES, INFORMACIONES O ALERTAS EFECTIVAMENTE GESTIONADAS, POR LA DIRECCIÓN DE ANÁLISIS, DESDE EL 1 DE ENERO DE 2020 AL 31 DE DICIEMBRE DE 2022	52
1. Inadmisión.	55
2. Redirección al canal IRIS	55
3. Admisión.	56
4. Diligencias de investigación preliminares.	56
5. Suspensión.	56
6. Archivo	56
7. Investigación.	56
8. Fase de Resolución-Recomendación.	64
9. Fase de Notificación y Seguimiento.	68
10. Chat	69
2.1.2.4. TRATAMIENTO DE LOS SUPUESTOS EN QUE CONCORRE UNA CAUSA DE ABSTENCIÓN O RECUSACIÓN RESPECTO A LA DA. SITUACIONES DE CONFLICTO DE INTERÉS	74
2.1.2.5. DETALLE DEL VOLUMEN TOTAL DE COMUNICACIONES EFECTIVAMENTE TRAMITADAS Y GESTIONADAS Y DE LOS NIVELES DE PENDENCIA DE 1 DE ENERO DE 2020 A 31 DE DICIEMBRE DE 2022	76
2.1.3. Actuaciones relativas a la gestión del propio Buzón Ético, como herramienta, llevadas a cabo del 1 de enero de 2020 al 31 de diciembre de 2022	84
2.1.3.1. ACCIONES DERIVADAS DE LA NECESIDAD DE IMPLEMENTAR LAS NUEVAS ACTUALIZACIONES DE GLOBALEAKS 4.0.32 AL SOFTWARE BASE (SISTEMA OPERATIVO) DEL BUZÓN ÉTICO.	84
2.1.3.2. ACCIONES DERIVADAS DEL CUMPLIMIENTO DE LA REGULACIÓN EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL	85
2.1.3.3. GESTOR DOCUMENTAL. PROYECTO G-BUZÓN (G-BÚSTIA)	86

2.1.3.4. Medidas de seguridad adoptadas introducidas a raíz de los cambios en la organización del trabajo operados a causa de la Pandemia de la COVID-19-----	89
2.1.4. ACTUACIONES RELATIVAS AL IMPULSO Y DIFUSIÓN DEL MODELO DEL BUZÓN, COMO HERRAMIENTA PIONERA, PARA EL REFUERZO DE LA INTEGRIDAD PÚBLICA Y EL BUEN GOBIERNO, LA PREVENCIÓN DEL FRAUDE, ASÍ COMO LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS ALERTADORAS O INFORMANTES (“WHISTLEBLOWER”)-----	90
2.1.4.1. Las actuaciones técnico-jurídicas relativas al diseño y redactado del “II PROTOCOLO MARCO DE COLABORACIÓN ENTRE EL AYUNTAMIENTO DE BARCELONA Y Xnet PARA DIFUNDIR Y FORTALECER EL BUZÓN ÉTICO Y DE BUEN GOBIERNO DEL AYUNTAMIENTO DE BARCELONA COMO PARADIGMA DE CANAL DE COMUNICACIONES QUE GARANTIZA LA CONFIDENCIALIDAD Y EL ANONIMATO DE LAS PERSONAS COMUNICANTES Y ALERTADORAS Y COMO HERRAMIENTA PIONERA EN LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE Y LA CORRUPCIÓN” -----	93
2.1.4.2. Visitas Institucionales y Reuniones de asesoramiento técnico jurídico e informativas con representantes de Administraciones, Agencias o instituciones y entidades que muestran interés bien, en implementar el modelo del Buzón Ético, bien en conocer la experiencia práctica derivada de su gestión durante estos últimos 6 años. -----	96
2.1.4.3. INTERVENCIÓN EN JORNADAS, SEMINARIOS Y GRUPOS DE TRABAJO -----	101
2.1.4.4. Firma de convenios de colaboración (todos sin contenido económico) para la implementación o replicación del Modelo del Buzón Ético y de Buen Gobierno del Ayuntamiento de Barcelona-----	107
<b>2.2.- ACTUACIONES DE LA DIRECCIÓN DE ANÁLISIS RELACIONADAS CON EL PLAN DE MEDIDAS ANTIFRAUDE PARA LA GESTIÓN DE PROYECTOS VINCULADOS CON EL PLAN DE RECUPERACIÓN, TRANSFORMACIÓN Y RESILIENCIA, FINANCIADOS CON FONDOS “NEXT GENERATION” APROBADO POR DECRETO DE LA COMISIÓN DE GOBIERNO 4/2022 DE 3 DE FEBRERO.-----</b>	<b>112</b>
2.2.1. FASE PREVIA A LA PUBLICACIÓN DEL PMA EN EL BOPB -----	112
2.2.2. Fase posterior a la Publicación del PMA en el BOPB -----	115
2.2.3. Fase de implementación y seguimiento del PMA -----	126
2.2.3.1. Ámbito contractual: “Cláusula 31. Canal de denuncias: Buzón Ético y de Buen Gobierno.” ----	126
2.2.3.2. Informe evacuado, el 29 de septiembre de 2022, en respuesta al traslado conferido, a la DA, por la Secretaría Técnica de los Fondos Europeos “Next Generation”, con relación al requerimiento de información instado por el Tribunal de Cuentas para la “FISCALIZACIÓN DE LOS PLANES ANTIFRAUDE APROBADOS POR LAS ENTIDADES LOCALES QUE PARTICIPEN EN LA EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS DEL PRTR/FISCALIZACIÓN DE LOS PLANES ANTIFRAUDE APROBADOS POR LAS ENTIDADES LOCALES QUE PARTICIPEN EN LA EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS DEL PRTR” -----	127
<b>2.3.- COLABORACIÓN INSTITUCIONAL VINCULADA A LAS FUNCIONES ATRIBUIDAS A LA DIRECCIÓN DE ANÁLISIS POR LAS NRBE (ART 26), EN ESPECIAL LAS DE PREVENCIÓN, GESTIÓN DEL CANAL DE ALERTAS (BUZÓN ÉTICO), INVESTIGACIÓN Y PROTECCIÓN DE ALERTADORES.</b>	<b>135</b>
2.3.1. Participación en la Red española de Oficinas, Agencias y órganos especializados en la Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción (a nivel estatal, autonómico y local). Constituida, en Barcelona, el 29 de junio de 2018, integra organismos estatales, autonómicos y locales.-----	136
2.3.2. Servicio Nacional de Coordinación Antifraude -SNCA- (dependiente de la Intervención General del Estado, Ministerio de Hacienda) es el órgano estatal de colaboración con la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude -OLAF-. -----	141

2.3.3. Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación -OIRESCON- (adscrita organizativamente al Ministerio de Hacienda).-----	142
2.3.4. Boletín oficial del Estado (BOE). Código de Lucha contra el Fraude y la Corrupción -----	143
2.3.5. Parlamento de Catalunya -----	144
2.3.6. Ministerio de Justicia (Subsecretaría del Ministerio de Justicia) -----	145
2.3.7. Instituto Andaluz de Políticas Públicas (Área de Evaluación de Políticas Públicas)-----	145
2.3.8. Audiencia Provincial de Barcelona-----	146
2.3.9. Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunidad Valenciana (AVAF) -----	146
2.3.10. Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de las Islas Baleares (OAIB)----	147
2.3.11. Oficina Antifraude de Cataluña (OAC) -----	149
2.3.12. Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción (OAAC)-----	151
<b>2.4. ACTIVIDADES RELACIONADAS CON LA FORMACIÓN EN MATERIA DE INTEGRIDAD Y CONSOLIDACIÓN DE LA ÉTICA Y DE LA CULTURA DEL CUMPLIMIENTO NORMATIVO -----</b>	<b>153</b>
<b>2.5. ACTIVIDADES REALIZADAS EN RELACIÓN CON EL COMITÉ DE ÉTICA -----</b>	<b>168</b>
<b>2.6.- ACTIVIDADES DE PREVENCIÓN. ESPECIAL REFERENCIA A LAS RECOMENDACIONES Y LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO. "COMPLIANCE". -----</b>	<b>177</b>
2.6.1. RECOMENDACIONES. EXTRACTO POR MATERIAS DE LAS ACTUACIONES Y MEDIDAS DE MEJORA PROPUESTAS POR LA DIRECCIÓN DE ANÁLISIS A LO LARGO DE LAS RECOMENDACIONES ELABORADAS DURANTE EL 2020, 2021 y 2022-----	177
2.6.2. PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO. SISTEMAS DE COMPLIANCE -----	185
2.6.3. ACTUACIONES PREVENTIVAS EN MATERIA DE REGALOS Y OFRECIMIENTOS IRREGULARES -----	199
2.6.4. Medidas Preventivas en materia de Subvenciones. Exigencias específicas sobre "Integridad, Código Ético, Buzón Ético y Conflicto de interés" y sobre control y prevención del fraude y la corrupción -----	202
2.6.5. Medidas Preventivas en materia de Contratación. Exigencias específicas sobre "Integridad, Código Ético, Buzón Ético y Conflicto de interés" y sobre control y prevención del fraude y la corrupción: -----	210
2.6.6. ACCIONES PREVENTIVAS LLEVADAS A CABO CON RELACIÓN A LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/1937 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 23 DE OCTUBRE DE 2019, RELATIVA A LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS QUE INFORMEN SOBRE INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA UNIÓN ("WHISTLEBLOWERS") EN MATERIA DE CANALES DE COMUNICACIONES, INFORMACIONES, ALERTAS O DENUNCIAS Y PROTECCIÓN DE ALERTADORES.-----	215
2.6.7. ACCIONES PREVENTIVAS CON RELACIÓN AL PROCESO PARTICIPATIVO ABIERTO A FIN DE "ENRIQUECER LA PROPUESTA DE CÓDIGO ÉTICO DEL SERVICIO PÚBLICO DE CATALUÑA MEDIANTE LA FORMULACIÓN DE ENMIENDAS Y/O NUEVAS APORTACIONES".-----	218
2.6.8. INFORMES DIRIGIDOS A FACILITAR EL MONITOREO Y SEGUIMIENTO DE TODAS LAS VULNERABILIDADES Y RIESGOS DETECTADOS-----	220
<b>2.7. DESARROLLO Y MANTENIMIENTO DE LA PÁGINA WEB DE LA DIRECCIÓN DE ANÁLISIS Y DEL COMITÉ DE ÉTICA. Acciones ligadas a la obligación de transparencia-----</b>	<b>222</b>
<b>2.8. ASESORAMIENTO E INFORMES EVACUADOS POR LA DIRECCIÓN DE ANÁLISIS A REQUERIMIENTO DE OTROS ÓRGANOS EN MATERIAS QUE LE SON PROPIAS-----</b>	<b>227</b>

<b>2.9. CANALIZACIÓN DE LOS OFICIOS Y REQUERIMIENTOS PRACTICADOS POR LA OFICINA ANTIFRAU DE CATALUNYA AL AYUNTAMIENTO DE BARCELONA PARA SU POSTERIOR REPARTO A LOS ÓRGANOS O DEPARTAMENTOS AFECTADOS -----</b>	<b>229</b>
<b>3. RECURSOS ECONÓMICOS Y HUMANOS DE LA DIRECCIÓN DE ANÁLISIS ---</b>	<b>230</b>
<b>3.1. RECURSOS ECONÓMICOS Y HUMANOS DE LA DIRECCIÓN DE ANÁLISIS -----</b>	<b>231</b>
3.1.1. RECURSOS ECONÓMICOS-----	231
3.1.2. PLANTILLA DE LA DIRECCIÓN DE SERVICIOS DE ANÁLISIS-----	232
<b>4. CONSIDERACIONES Y PROPUESTAS-----</b>	<b>244</b>
<b>5. GLOSARIO -----</b>	<b>253</b>
<b>ANEXO RECOMENDACIONES -----</b>	<b>256</b>
<b>RECOMENDACIONES DE CARÁCTER PREVENTIVO EN RELACIÓN CON ALERTAS DE IRREGULARIDADES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA -----</b>	<b>257</b>
<b>I. CONTRATACIÓN MENOR. ANÁLISIS DE LAS PRINCIPALES INCIDENCIAS COMUNICADAS: FRACCIONAMIENTO IRREGULAR, INFORME DE NECESIDAD E IDONEIDAD DEL CONTRATO, RIESGO DE PRÁCTICAS DE FAVORITISMO O TRATO DE FAVOR EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, RIESGO DE DELITO DE PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA Y RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES -----</b>	<b>258</b>
I.I. CONTRATACIÓN MENOR. FRACCIONAMIENTO IRREGULAR, DEL CONTRATO MENOR -----	261
I.II CONTRATACIÓN MENOR. INFORME DE NECESIDAD E IDONEIDAD DEL CONTRATO MENOR -----	273
I.III CONTRATACIÓN MENOR. RIESGO DE PRÁCTICAS DE FAVORITISMO O TRATO DE FAVOR-----	275
I.IV. CONTRATACIÓN MENOR. RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES -----	291
<b>II. CONTRATACIÓN MENOR. PERSONAL EVENTUAL. FALTA DE PUBLICIDAD DE LOS CURRÍCULUMS. RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES.-----</b>	<b>300</b>
<b>III. CONTRATACIÓN MENOR: PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA DE LA CONTRATACIÓN MENOR, CRITERIOS Y SUBCRITERIOS DE ADJUDICACIÓN, OBLIGACIÓN DE RESOLVER Y PRÁCTICAS COLUSORIAS.-----</b>	<b>312</b>
<b>IV. PROCEDIMIENTO NEGOCIADO EXIGENCIA DE AJUSTARSE A LOS REQUISITOS LEGALMENTE ESTABLECIDOS -----</b>	<b>334</b>
<b>V. CONTAMINACIÓN DE LA INFORMACIÓN CONTENIDA EN LOS SOBRES DE LAS LICITADORAS. EXIGENCIA DEL CONTROL DE LA RECEPCIÓN DE LAS PROPOSICIONES -----</b>	<b>344</b>
<b>VI. INCUMPLIMIENTOS DE CONTRATO DE SERVICIOS: MEDIDAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA SOSTENIBLE (MEJORA SALARIAL Y JORNADA LABORAL) NECESIDAD DE CONTROL DE LA</b>	

**EJECUCIÓN: CALIDAD DEL SERVICIO PRESTADO Y NORMATIVA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS  
LABORALES.----- 357**

**VII. INCUMPLIMIENTO DE LES CLÁUSULAS DEL PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS:  
NORMATIVA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES----- 371**

**VIII. INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO: PRESUNTA DISFUNCIÓN EN UNA DE LAS  
PRESTACIONES DEL SERVICIO. CONVENIENCIA DE ACCIONES FORMATIVAS AL PERSONAL DE  
LA EMPRESA ADJUDICATARIA ----- 374**

**IX. PRESUNTA IRREGULARIDAD EN UN CONTRATO DE SERVICIOS DE NATURALEZA PRIVADA:  
COMITÉ DE EXPERTOS Y RESOLUCIÓN DEL CONTRATO ANTICIPADAMENTE. ----- 376**

**X. PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LOS PLIEGOS DE CLAUSULAS ADMINISTRATIVAS  
PARTICULARES POR PARTE DEL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN PRINCIPIO DE IGUALDAD DE LAS  
EMPRESAS ADJUDICATARIAS. PUBLICIDAD DE LAS AGENDAS PÚBLICAS. ----- 394**

**XI. ESTADO DE LAS ACTUACIONES DERIVADAS DE LA RECOMENDACIÓN DE LA DIRECCIÓN DE  
ANÁLISIS EN RELACIÓN CON PRÁCTICAS IRREGULARES EN UN CONTRATO DE SERVICIOS:  
EXIGENCIA DESPROPORCIONADA DE LA SOLVENCIA TÉCNICA PARA FAVORECER LA  
CONTRATACIÓN DE UNA PERSONA CONCRETA, Y QUE ADEMÁS PARTICIPÓ EN LA  
ELABORACIÓN DE LOS PLIEGOS DEL MISMO CONTRATO. ----- 409**

**RECOMENDACIONES DE CARÁCTER PREVENTIVO EN RELACIÓN CON ALERTAS  
DE IRREGULARIDADES EN MATERIA DE FUNCIÓN PÚBLICA-----426**

**I.- ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA----- 427**

I.I. PROCESOS DE SELECCIÓN: PRESUNTA IRREGULARIDAD EN EL COMPUTO DEL TIEMPO TRABAJADO  
POR EL PERSONAL LABORAL SUBROGADO A LOS EFECTOS DE MÉRITO PARA EL ACCESO A LA FUNCIÓN  
PÚBLICA. ----- 427

I.II. PROCESOS DE SELECCIÓN: PRESUNTA IRREGULARIDAD EN EL CÓMPUTO DE MÉRITOS DEL  
PERSONAL LABORAL SUBROGADO A LOS EFECTOS DEL ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA.----- 443

I.III. SOCIEDADES PÚBLICAS: PRESUNTA IRREGULARIDAD EN LA CONTRATACIÓN DE CARGO DIRECTIVO  
POR SOCIEDAD MUNICIPAL Y POSTERIOR INCORPORACIÓN EN LA PLANTILLA MUNICIPAL MEDIANTE  
PROCESO DE REINTERNALIZACIÓN DE EL SERVICIO PÚBLICO----- 456

I.IV. DESARROLLO DE LAS PRUEBAS SELECTIVAS: PRESUNTA IRREGULARIDAD EN LA GESTIÓN DE  
INCIDENCIAS RELATIVAS A LA UTILIZACIÓN DE MÓVILES POR LOS ASPIRANTES DURANTE LAS PAUSAS  
DE LAS PRUEBAS SELECTIVAS. ----- 469

I.V. CONTRATACIÓN DE PERSONAL DE UNA BOLSA DE TRABAJO: PRESUNTA DISCRECIONALIDAD EN LA  
CONTRATACIÓN Y FALTA DE TITULACIÓN EXIGIDA PARA EL LUGAR DE TRABAJO----- 473

**II.- SISTEMA DE PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO----- 475**

II.I. SISTEMA DE PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO: ALERTAS SOBRE PLAZAS PRESUNTAMENTE  
ASIGNADAS A PERSONAS CONCRETAS ANTES DE INICIARSE LOS CORRESPONDIENTES PROCESOS  
SELECTIVOS DE MANERA QUE LA PERSONA ALERTADORA INFORMA AL BEBG DE LA IDENTIDAD DE LA  
PERSONA GANADORA DE LOS RESPECTIVOS PROCESOS ANTES, INCLUSO, DE QUE SEAN PUBLICADAS



LAS CONVOCATORIAS PARA LA PROVISIÓN DE LOS DIFERENTES PUESTOS DE TRABAJO. EL PORCENTAJE DE ACIERTO DE LA PERSONA COMUNICANTE ES DEL 100%-----	475
II.I.A LIBRE DESIGNACIÓN: PRESUNTA IRREGULARIDAD EN EL PROCESO DE PROVISIÓN. FALTA DE MOTIVACIÓN Y PREDETERMINACIÓN DE LA IDENTIDAD DE LA PERSONA GANADORA ANTES DE LA CONVOCATORIA DEL CORRESPONDIENTE PROCESO PARA LA PROVISIÓN DE LA PLAZA. -----	477
II.I.B CONCURSO DE MÉRITOS: PRESUNTA IRREGULARIDAD EN EL PROCESO DE PROVISIÓN. FALTA DE MOTIVACIÓN Y PREDETERMINACIÓN DE LA IDENTIDAD DE LA PERSONA-----	485
II.I.C RECOMENDACIÓN: ANÁLISIS CONJUNTO DE LAS COMUNICACIONES EN LAS QUE SE PRONOSTICA EL RESULTADO FINAL DE LOS PROCESOS DE PROVISIÓN CON UN 100 POR CIENTO DE ACIERTO -----	492
II.II. SISTEMA DE PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO: PRESUNTO CONFLICTO DE INTERESES. DETERMINACIÓN DEL CONCEPTO JURÍDICO DE AMISTAD ÍNTIMA.-----	495
II.III. SISTEMA DE PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO: PRESUNTO CONFLICTO DE INTERÉS. PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD. ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN.-----	498
II.IV. SISTEMA DE PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO: PRESUNTA IRREGULARIDAD EN LA UTILIZACIÓN DE LA FIGURA JURÍDICA DE ADSCRIPCIÓN PROVISIONAL -----	504
II.V. PROCESO DE PROVISIÓN: VALORACIÓN DE MÉRITOS RELATIVOS A LA EXPERIENCIA PROFESIONAL. -----	515

**III.- DERECHOS Y DEBERES DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS. DETECCIÓN Y PREVENCIÓN DE RIESGOS ----- 518**

III.I. RECOMENDACIONES RELACIONADAS CON LA PREVENCIÓN DE LOS RIESGOS DERIVADOS DEL MODELO DE FIRMA ELECTRÓNICA FACILITADA A LOS EMPLEADOS PÚBLICOS MUNICIPALES EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES.-----	518
III.II. RECOMENDACIONES RELACIONADAS CON LA PREVENCIÓN DE LOS RIESGOS DERIVADOS DE LAS IRREGULARIDADES Y DEBILIDADES DETECTADAS EN RELACIÓN A LA FALTA DE EVIDENCIAS Y TRAZABILIDAD DE LOS ACCESOS A LAS CARPETAS INFORMÁTICAS -----	530
III.III. PRESUNTA IRREGULARIDAD EN LA MANIPULACIÓN DE UN INFORME Y SU SUPRESIÓN DEL DIRECTORIO INFORMÁTICO.-----	532
III.IV. PRESUNTA IRREGULARIDAD EN LA TRAZABILIDAD DE LA DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA	538
III.V. PRESUNTA IRREGULARIDAD EN LAS OBLIGACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN EN RELACIÓN CON EL TELETRABAJO -----	541
III.VI. PRESUNTA IRREGULARIDAD EN LA ACTUACIÓN DE EMPLEADO/DA MUNICIPAL: CONFLICTO DE INTERÉS Y PREVALENCIA DE SU CONDICIÓN DE FUNCIONARIO/A EN EL ÁMBITO PRIVADO.-----	544

**IV. OTRAS ALERTAS----- 549**

IV.I. ALERTA EN RELACIÓN CON EL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DEL DECRETO DE ALCALDÍA, DE 14 DE MARZO DE 2020, DE ESTABLECIMIENTO DE MEDIDAS PREVENTIVAS, DE PROTECCIÓN Y ORGANIZATIVAS CON MOTIVO DEL VIRUS COVID-19 A LAS PERSONAS INTEGRANTES DE UNA BOLSA DE TRABAJO. -----	549
IV.II. ALERTA RELATIVA A LAS CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA PRESUNTA FALTA DE ACCESO POR PARTE DE DETERMINADOS EMPLEADOS MUNICIPALES PARA CONSULTAR EL PADRÓN MUNICIPAL O VOLANTE DE CONVIVENCIA PARA EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES-----	552

**RECOMENDACIONES DE CARÁCTER PREVENTIVO EN RELACIÓN CON ALERTAS DE IRREGULARIDADES EN ACTIVIDADES DE FOMENTO (SUBVENCIONES, ETC.) -----554**

**I. PRESUNTAS IRREGULARIDADES EN LA GESTIÓN CÍVICA DEL CASAL DE BARRIO MUNICIPAL "YY" SITUADO EN EL DISTRITO "XX": a) presunta infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales; b) Falta de disposición de un protocolo de acoso laboral; c) Falta de utilización de la imagen corporativa en las actividades y servicios llevados a cabo por el centro cívico; d) Otras irregularidades relacionadas con la justificación económica de las dotaciones recibidas.555**

**II. PRESUNTAS IRREGULARIDADES EN LA GESTIÓN CÍVICA DE UN CASAL DE BARRIO MUNICIPAL "ZZ" SITUADO EN UN DISTRITO: Obligaciones de seguimiento del Distrito respecto de la gestión del servicio bar-cafetería del casal de barrio. Falta de transparencia en el concurso de Gestión del Bar-cafetería del casal: Obligaciones de la entidad derivadas del principio de transparencia para ser beneficiaria de subvenciones municipales. ----- 577**

**III. RECOMENDACIÓN DE CARÁCTER PREVENTIVO EN RELACIÓN CON EL PROCEDIMIENTO EXTRAORDINARIO DE CONCESIÓN DIRECTA DE LA SUBVENCIÓN ----- 595**

**IV. ESTADO DE LAS ACTUACIONES DERIVADAS DE LAS ACCIONES ADOPTADAS EN LA RECOMENDACIÓN DE CARÁCTER PREVENTIVO EN RELACIÓN CON PRÁCTICAS IRREGULARES DE DOS ENTIDADES PERCEPTORAS DE SUBVENCIONES DIRECTAS ----- 599**

**RECOMENDACIONES DE CARÁCTER PREVENTIVO EN RELACIÓN CON ALERTAS DE IRREGULARIDADES EN MATERIA DE TRANSPARENCIA: PUBLICIDAD ACTIVA Y DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA -----602**

**I. TRANSPARENCIA. PUBLICIDAD ACTIVA ----- 603**

I.I. CONSIDERACIONES DERIVADAS DE LAS OBLIGACIONES DE TRANSPARENCIA. PUBLICACIÓN DE LOS CURRÍCULUMS DE LOS ALTOS CARGOS----- 604

I.II. CONSIDERACIONES DERIVADAS DE LAS OBLIGACIONES DE TRANSPARENCIA. PUBLICIDAD DE AGENDAS PÚBLICAS. REGISTRO GRUPO DE INTERÉS. ----- 606

I.III. CONSIDERACIONES DERIVADAS DE LAS OBLIGACIONES DE TRANSPARENCIA. ENTIDAD BENEFICIARIA DE SUBVENCIONES MUNICIPALES (GESTIÓN CÍVICA)----- 614

I.IV. CONSIDERACIONES DERIVADAS DE LA FALTA DE PUBLICIDAD DE LAS ACTAS DEL COMITÉ DE EMPRESA. ACUERDO RELATIVO A LA VALORACIÓN DE DETERMINADOS MÉRITOS EN PROCESO SELECTIVO----- 623

**II. TRANSPARENCIA. DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA ----- 625**

II.I. EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCESO EN RELACIÓN CON LA PETICIÓN DE INFORMACIÓN POR EL INTERESADO EN VIRTUD DEL ART. 53 DE LA LEY 39/2015, DE 1 DE OCTUBRE, DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN. CÓMPUTO DEL PLAZO----- 625

II.II. POSIBLE IRREGULARIDAD EN LA TRAMITACIÓN DE UNA SOLICITUD DE DERECHO DE ACCESO POR PARTE DE UNA EMPRESA CON PARTICIPACIÓN MAYORITARIA MUNICIPAL ----- 630

II.III. FALTA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA SOLICITADA SOBRE UN EXPEDIENTE DE INSPECCIÓN----- 632

**RECOMENDACIONES REALIZADAS EN PREVENCIÓN DE LOS RIESGOS DETECTADOS A RAÍZ DE INFRACCIONES DE LA NORMATIVA REGULADORA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO-----634**

**I. PRÁCTICA DE LA NOTIFICACIÓN ADMINISTRATIVA----- 635**

I.I. PROCEDIMIENTOS INICIADOS DE OFICIO ----- 635

I.II NOTIFICACIONES ADMINISTRATIVAS INFRUCTUOSAS----- 638

**II. DERECHO A NO APORTAR DOCUMENTOS QUE YA ESTÉN EN PODER DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS O QUE HAYAN SIDO ELABORADOS POR ESTAS ----- 642**

**III. OBLIGACIÓN DE DAR RESPUESTA A LAS PETICIONES QUE SE LE FORMULEN ----- 643**

**IV. DISFUNCIONES EN LA ACTUACIÓN DE UN ÓRGANO MUNICIPAL SOBRE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD ADOPTADAS EN UNAS OBRAS DE CONSTRUCCIÓN CON POSIBLE RIESGO PARA LAS PERSONAS ----- 645**

**V. DISFUNCIONES EN LOS PROTOCOLOS ESTABLECIDOS PARA LA TRAMITACIÓN DE LAS QUEJAS ----- 646**

**VI. DETECCIÓN DE FALTA DE AJUSTE A LAS PLANTILLAS QUE CONSTAN EN EL APLICATIVO INFORMÁTICO DE TRAMITACIÓN DE LOS EXPEDIENTES DE INSPECCIÓN A LOS REQUISITOS LEGALES ESTABLECIDOS EN LA NORMATIVA DE APLICACIÓN, CON POSIBLE AFECTACIÓN EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE DEFENSA ----- 649**

**VII. PRESUNTA IRREGULARIDAD EN LA GESTIÓN CÍVICA DE UN EQUIPAMIENTO MUNICIPAL ----- 654**

**VIII. PRESUNTA IRREGULARIDAD EN RELACIÓN CON UN CONVENIO DE COLABORACIÓN: INCUMPLIMIENTO DEL PLAZO DEL CONVENIO Y RETRASO EN SU PUBLICACIÓN EN LA GACETA MUNICIPAL ----- 656**

**RECOMENDACIONES DE CARÁCTER PREVENTIVO EN RELACIÓN CON ALERTAS SOBRE PRESUNTAS DISFUNCIONES EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS-----667**

**I. RECOMENDACIÓN EVACUADA A RAÍZ DE UNA ALERTA SOBRE UN PRESUNTO DERROCHE DE DINERO PÚBLICO POR LA RENOVACIÓN DE LOS APARATOS DE JUEGOS Y ENTRETENIMIENTO EN UNA PLAZA----- 668**

**II. RECOMENDACIÓN EMITIDA A RAÍZ DE UNA ALERTA SOBRE EL ESTABLECIMIENTO DEL SISTEMA DE CITA PREVIA PARA ACCEDER A LOS SERVICIOS TÉCNICOS MUNICIPALES----- 672**

**III. RECOMENDACIÓN A RAÍZ DE UNA ALERTA SOBRE LA GESTIÓN DE LAS AYUDAS PARA EL PAGO DE LOS ALQUILERES DE VIVIENDA ----- 673**

**IV. RECOMENDACIÓN EVACUADA A RAÍZ DE UNA ALERTA SOBRE PRESUNTAS DISFUNCIONES EN EL COBRO DEL IMPORTE CORRESPONDIENTE AL ALQUILER DE UNA PISTA EN UN COMPLEJO DEPORTIVO MUNICIPAL----- 674**

**V. RECOMENDACIÓN EVACUADA A RAÍZ DE LAS ALERTAS RECIBIDAS SOBRE DISFUNCIONES EN DIFERENTES INSTRUMENTOS MUNICIPALES RELATIVAS A LA FALTA DE OPCIÓN LINGÜÍSTICA ----- 677**

V.I. FALTA DE OPCIÓN LINGÜÍSTICA EN UN SERVICIO TELEFÓNICO DE INFORMACIÓN. ----- 679

V.II. COMUNICACIÓN POR PRESUNTA IRREGULARIDAD POR LA FALTA DE OPCIÓN LINGÜÍSTICA EN UNA COMUNICACIÓN GENERAL----- 681

**VI. RECOMENDACIÓN EMITIDA A RAÍZ DE UNA ALERTA SOBRE PRESUNTAS DISFUNCIONES EN EL SERVICIO DE INCIDENCIAS Y RECLAMACIONES DEL AYUNTAMIENTO DE BARCELONA ---- 684**

# 1. PRESENTACIÓN

## 1. PRESENTACIÓN

Una vez más, **la Dirección de Servicios de Análisis procede, a través de su Memoria de Actividades a cumplir con el deber de rendir cuentas ante el Consejo Municipal**, que le impone el **artículo 26 de las Normas Regulatoras del Buzón Ético y de Buen Gobierno** del Ayuntamiento de Barcelona. Para ello, se irán **desgranando**, a lo largo de este texto, las **actuaciones llevadas a cabo**, durante los ejercicios **2020, 2021 i 2022**. Periodo, este, en el que tuvo **gran influencia** la **aprobación de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019**, conocida como Directiva "Whistleblower", cuya **transposición**, al ordenamiento jurídico interno, se ha materializado a través de **Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción**.

El preámbulo de las **Normas Regulatoras del Buzón Ético y de Buen Gobierno** empieza afirmando que la recuperación y consolidación de **la confianza ciudadana** en las instituciones públicas "*... exige que las administraciones públicas se doten de un **sistema o marco de integridad institucional** que coadyuve a garantizar una gestión pública de acuerdo con los principios y reglas éticas y de buen gobierno evitando, o cuando menos reduciendo, las conductas contrarias a Derecho, a la ética y a los valores como la honestidad, el respeto, el predominio de los intereses generales, la buena administración de los recursos públicos, etcétera.*"

Por su parte, **la Ley 19/2014, de 29 de diciembre**, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en el apartado d) de su artículo 2, define **el Buen gobierno** como "*los principios, obligaciones y reglas sobre la calidad de los servicios y el funcionamiento de la Administración y los principios éticos y buenas prácticas de acuerdo con los que deben actuar los altos cargos de la Administración, los cargos directivos y demás personal al servicio de la Administración, con el objetivo de que esta funcione con la máxima transparencia, calidad y equidad, y con **garantía de rendición de cuentas**.*"

En igual sentido, la **Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003**, ratificada por España en 2006, en su Prefacio, **reitera** la importancia de valores fundamentales como la honestidad, el respeto al estado de derecho, la **obligación de rendir cuentas** y la transparencia para fomentar el desarrollo y hacer que nuestro mundo sea un lugar mejor para todos.

También **el Objetivo 16 de la Agenda 2030** apela a construir, a todos los niveles, instituciones eficaces, inclusivas, transparentes y abiertas **que rindan cuentas**.

En esta línea, **las Normas Regulatoras del Buzón Ético** (NRBE) disponen, en su artículo 26.i), que la **Dirección de Servicios de Análisis** debe elaborar una **memoria anual** y elevarla a la Tenencia de Alcaldía competente para su **presentación al Consejo Municipal**.

Al amparo del referido precepto, se ha **elaborado** esta **Memoria de Actividad** correspondiente a los **años 2020, 2021 y 2022** como **instrumento** fundamental para dar cumplimiento al **deber de rendir cuentas**. Siendo necesario precisar, en ese sentido, que el **carácter trienal** de la misma, al igual que el bienal de la precedente, viene motivada (como se explicita en el cuerpo de la misma) en la carencia de medios (económicos y humanos) con los que, para el desarrollo habitual y diario de sus funciones, ha contado la DA quien además asume, como no podía ser de otra manera, en su calidad de órgano de soporte técnico-jurídico y de gestión del Comité de Ética, la elaboración de la Memoria de Actividad de dicho órgano colegiado cuyos miembros, recordemos, son todos externos a la organización municipal.

Añadir ya por último, que la presente Memoria guarda una similitud, en su estructura, con la precedente. Está **compuesta** por una **primera parte** que constituye el **cuerpo** de la misma **y un Anexo**. En la **primera**, de poco más de 200 páginas y con **contenido gráfico** para dar más apoyo visual al texto, se **describen** las **acciones** llevadas a cabo por la DA, durante estos tres años, en ejercicio de las funciones que normativamente tiene asignadas **y finaliza** con un apartado relativo a **Consideraciones y propuestas**. **En el Anexo** se recoge un **extracto** de las **Recomendaciones más significativas** emitidas así como las **propuestas de mejora** en ellas contenidas.

Si bien se precisa una lectura completa de la Memoria para poder tener una visión global de todo el trabajo llevado a cabo por la DA durante este tiempo, se ha posibilitado que puedan **consultar** de forma **independiente** cualquiera de los **apartados**, mediante las remisiones introducidas a través de los enlaces incorporados en el formato electrónico y las reiteraciones de aquellos aspectos que son más relevantes.

## **2. FUNCIONES, NATURALEZA Y ORGANIZACIÓN DE LA DIRECCIÓN DE SERVICIOS DE ANÁLISIS**



## 2. FUNCIONES, NATURALEZA Y ORGANIZACIÓN DE LA DIRECCIÓN DE SERVICIOS DE ANÁLISIS

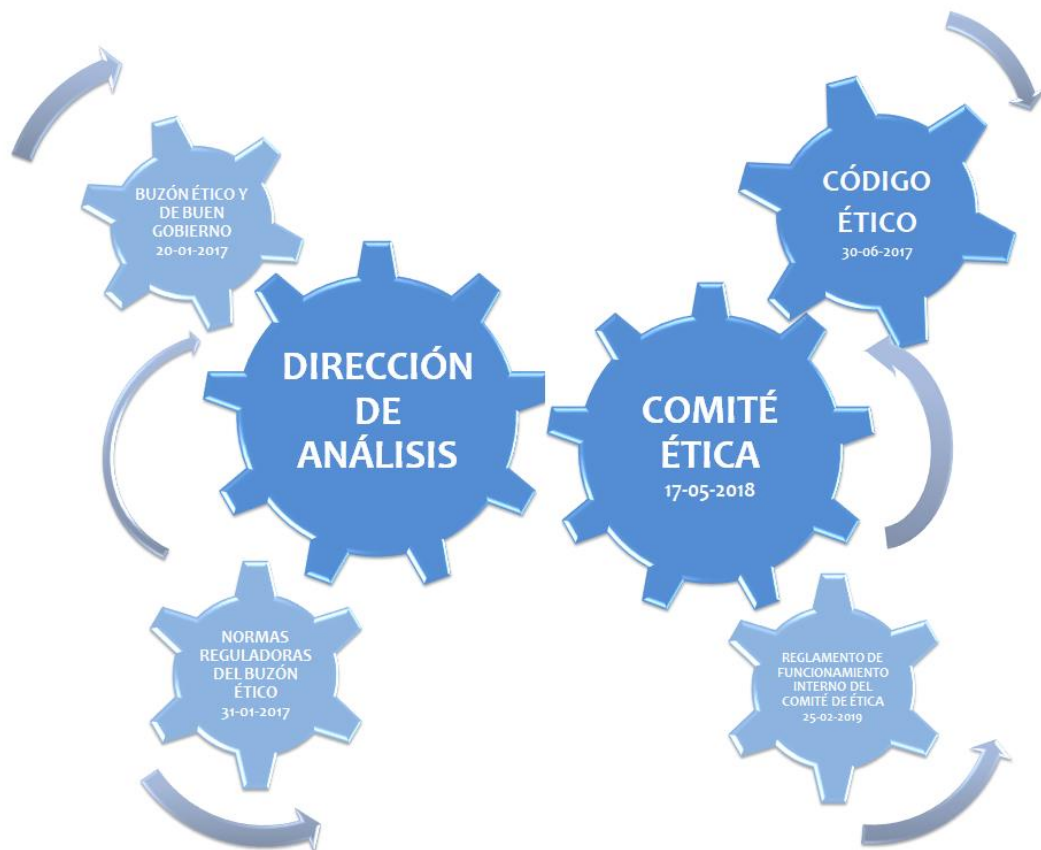
El Buzón Ético y de Buen Gobierno y la Dirección de Servicios de Análisis<sup>2</sup> (como su órgano gestor) conforman dos de las piezas del Marco de Integridad que se ha ido tejiendo en el Ayuntamiento de Barcelona desde 2015. Marco de Integridad, del que, también, son elementos clave tanto el Código Ético y de Conducta como el Comité de Ética.

### Marco de integridad del Ayuntamiento Barcelona



<sup>2</sup> A lo largo de la presente Memoria nos referiremos a la Dirección de Servicios de Análisis indistintamente como Dirección de Análisis o con las siglas DA.

De hecho, la **Dirección de Servicios de Análisis** (en adelante la DA o Dirección de Análisis), en el ejercicio de sus funciones, **pivota, como se verá, a modo de enlace**, entre dichas piezas (pilares fundamentales para la **integridad pública municipal**): a) el **Buzón Ético y de Buen Gobierno** (en adelante "el Buzón"), del cual **es su órgano gestor**. El Buzón es el canal de alertas o información de conductas, realizadas en el ámbito municipal, contrarias al ordenamiento jurídico así como a los valores y principios éticos y de buen gobierno, b) las **Normas Regulatoras del Buzón Ético y de Buen Gobierno** que además de establecer, entre otros, el proceso de investigación y seguimiento de las comunicaciones o informaciones, los derechos y deberes de las personas comunicantes, pero también de aquellas contra las que se dirige la comunicación, **regula las garantías y deberes de la DA y establece el catálogo de sus funciones así como su relación con el Código ético y de conducta**; c) el **Código Ético y de Conducta**, que debe de orientar la gestión municipal así como el comportamiento de los cargos electos y demás servidores públicos destinatarios del mismo; d) **el Comité de Ética**, órgano externo y colegiado que es el último intérprete del Código Ético y del cual, la DA, es el **órgano de soporte técnico-jurídico y de gestión**; e) **El Reglamento de Funcionamiento Interno del Comité de Ética** completa el estatuto jurídico de dicho órgano a la vez que **consolida sus vínculos** con la Dirección de Servicios de Análisis.



El ámbito de actuación de la Dirección de Servicios de Análisis viene **señalado normativamente**, en especial, por las **Normas Regulatoras del Buzón Ético<sup>3</sup> y de Buen Gobierno** (en adelante, NRBE<sup>4</sup>); **el Reglamento Interno de Funcionamiento del Comité de Ética** del Ayuntamiento de Barcelona (en relación con lo dispuesto en el Código Ético); la **Directiva (UE) 2019/1937** del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, **relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del derecho de la Unión** (en adelante, Directiva "Whistleblower", como se la conoce popularmente) y, por la **Ley 2/2023, de 20 de febrero, Reguladora de la Protección de las Personas que Informen sobre Infracciones Normativas y de Lucha contra la Corrupción** (en adelante Ley de transposición) que entró en vigor el 13 de Marzo de 2023.

Así, el **artículo 26 de las NRBE** establece que son **funciones** de la Dirección de **Análisis**:

- I Hacer las **tareas de comprobación** que sean procedentes, **gestionar** las **comunicaciones** y **formular la Recomendación** que pone fin a la comprobación de los hechos.
- I Asumir la **gestión operativa del fichero de datos<sup>5</sup>** de carácter personal creado al efecto.
- I Promover la **consolidación** y la **mejora** de la **gestión ética** por parte de la Administración municipal.
- I **Velar** para que las personas y los servidores públicos de la Corporación puedan **poner, en conocimiento** del Ayuntamiento, las eventuales **conductas contrarias a derecho y a los principios de buena administración o buen gobierno**, de manera confidencial y **sin** que puedan derivarse **perjuicios** para quien formula la comunicación de buena fe.
- I Otorgar la **debida protección** a los cargos y al resto de servidores públicos de la Corporación, en el proceso de comprobación de los hechos.

---

<sup>3</sup> Antes de su aprobación definitiva, el 6 de octubre de 2016, las **NRBE** fueron sometidas al **trámite de información pública**, durante un mes. Enriqueciéndose así de las aportaciones de diferentes operadores como: la Oficina Antifraude de Cataluña, la Comisión de Garantías del Derecho de Acceso a la Información Pública (GAIP), el Grupo Municipal del Partido Popular, el Grupo Municipal del Partido Socialista de Cataluña y el Grupo Municipal de "Convergència i Unió", la Sindicatura de "Greuges" de Barcelona o el Consejo Asesor para la Transparencia. Finalmente fueron publicadas, en el BOP, el 16-1-2017.

<sup>4</sup> Recordemos que, a lo largo de la presente Memoria, nos referiremos a las Normas Regulatoras del Buzón Ético y de Buen Gobierno, también con las siglas: NRBE.

<sup>5</sup> La utilización del término "fichero de datos" responde a que las Normas Regulatoras del Buzón Ético y de Buen Gobierno son anteriores al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales.

- | Formular **recomendaciones y proponer mejoras**, en la gestión ética y la aplicación de los principios de buen gobierno o buena administración.
- | Impulsar medidas de **formación y de prevención** de actuaciones contrarias a los valores éticos y las reglas de conducta y de buen gobierno.
- | **Resolver las dudas interpretativas** que puedan existir con relación a las conductas contrarias a derecho, a las reglas y los valores mencionados.
- | Elaborar una **memoria anual** y elevarla a la Tenencia de Alcaldía competente para su presentación al **Consejo Municipal**.

Así mismo, la DA, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Funcionamiento Interno del Comité de Ética (en relación con el artº 17 del Código Ético y de Conducta), también es el **órgano de soporte técnico-jurídico y de gestión del Comité de Ética**.

Como consecuencia de la naturaleza del elenco de funciones atribuidas a la Dirección de Análisis, **el artículo 25** de las **NRBE**, para dotarla de **credibilidad y garantizar** tanto su **solvencia** como la del **funcionamiento del Buzón**, le reconoce, **independencia funcional** en el ejercicio de sus funciones, a la vez que la obliga al **deber de secreto**. Así, dispone el referido precepto que la DA:

- | actúa con **independencia funcional**, **sin** que pueda ser sometida a **órdenes jerárquicas** que condicionen su actuación, especialmente con respecto al mantenimiento de la confidencialidad de los datos personales que se trate
- | **no** puede ser una **causa** que justifique el **cese** del desempeño de su labor
- | debe cumplir el **deber de secreto**, que se mantiene una vez haya cesado en estas funciones. La vulneración del deber de secreto es constitutiva de **infracción disciplinaria**.

De manera que, con su **artículo 25**, las NRBE se alinean con las disposiciones<sup>6</sup> **normativas y recomendaciones doctrinales nacionales e internacionales** que recalcan e insisten

---

<sup>6</sup> En este sentido, nos remitimos, entre otras, a: la Resolución 58/4 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 31 de octubre de 2003, por la que se aprueba la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (artículos 6,2 y 36); el Informe de la Comisión Europea al Consejo y al Parlamento Europeo, de 3 de febrero de 2014, sobre la lucha contra la corrupción en la Unión Europea y el Consejo de Europa; la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informan sobre infracciones del Derecho de la Unión; la Ley Reguladora de la Protección de las Personas que Informen sobre Infracciones Normativas y de Lucha contra la Corrupción (art. 8.4) y los estándares internacionales y nacionales establecidos en la UNE-ISO 37.301, Sistemas de gestión del compliance. Requisitos con orientación para su uso. Compliance management Systems, de mayo de 2021, y UNE-ISO 37002 relativa a los sistemas de gestión de denuncias de irregularidades, de Octubre de 2021.

en la **independencia y autonomía** como la **garantía sine qua non** para que cualquier órgano o ente que gestione los canales de alertas, comunicaciones, denuncias o informaciones, que tenga encomendada la función de velar por la integridad, el buen gobierno, y la lucha contra los conflictos de intereses o cualquier otra práctica contraria al derecho y a las buenas prácticas pueda llevar a cabo su tarea con **imparcialidad, objetividad, eficacia y eficiencia** y sin **ninguna injerencia** externa. Garantías contempladas igualmente tanto por la Directiva "Whistleblower" como por la Ley de Transposición.

A tal efecto, **también** son **avales** fundamentales, a la hora de reforzar la **credibilidad** del órgano gestor del Buzón Ético:

- a) la **rendición de cuentas** que, para la Dirección de Servicios de Análisis, se prevé, ante el **Consejo Municipal**, mediante la correspondiente Memoria anual de Actuación, en los términos establecidos en el citado artículo 26 de las NRBE.
- b) la **exigencia** impuesta por las NRBE (art 25.4) de que, tanto la Dirección de Servicios de Análisis, como las personas a ella adscritas tengan la condición de **funcionario/a de carrera**. En tal sentido, avanzamos que todos/as los/as miembros de la Dirección lo son y fueron nombrados tras superar un proceso **selectivo con concurrencia pública**.
- c) la **natural e inherente vinculación** existente entre la Dirección de Servicios de Análisis y el **Comité de Ética**<sup>7</sup>.
- d) **todos** los **miembros** de la **DA firman** una **cláusula de confidencialidad** una vez toman posesión de su cargo que les obliga incluso más allá de su cese en el puesto.

Mas, sin perjuicio de este abanico de garantías, no podemos obviar que, es doctrina pacífica, que estos órganos, para ser completamente efectivos y, para poder ejercer sus funciones con responsabilidad y eficacia, también requieren una **dotación suficiente y especializada de medios y recursos (materiales, tecnológicos y humanos) y un presupuesto adecuado** para el desarrollo de sus competencias. Elementos de los que, la **Dirección de Análisis**, ha sido extremadamente **deficitaria** desde su creación, como se ha puesto de **manifiesto públicamente** en **reiteradas ocasiones** y no sólo **por** ella, sino **también** por el propio **Comité de Ética** e, incluso por el **Síndico de "Greuges" de**

---

<sup>7</sup> cuyos miembros son elegidos por el Pleno del Consejo Municipal, entre profesionales de reconocido prestigio en el ámbito de la defensa de la ética, la integridad y la transparencia públicas (art. 15.1 Código Ético y de Conducta) y actúan, también, con plena autonomía, independencia, objetividad e imparcialidad (art. 15.3 Código Ético y de Conducta).

**Barcelona.** Carencias que serán tratadas con detalle en el **apartado 3** correspondiente "[Plantilla y Presupuestos](#)" al que **nos remitimos**.

Al respecto, nos hacemos eco aquí, de lo establecido en el artículo 6,2 de la referida Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción de 2003, respecto a que a los órganos de prevención se les deberá dotar no sólo de: "... *la independencia necesaria, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, para que puedan desempeñar sus funciones de manera eficaz y sin ninguna influencia indebida...*", sino también: "... **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.**"

Igualmente, en este punto, es de obligada referencia la, ya aludida **Directiva Europea**, conocida popularmente también como "**de protección de los alertadores**" al prever el **establecimiento de canales y procedimientos internos de comunicaciones/denuncias** y de tratamiento de denuncias en las entidades jurídicas del sector público, dentro de las que quedan incluidos los **municipios**. **Exigiendo** que, el personal responsable de los mismos y de la tramitación de dichas comunicaciones o denuncias, tenga garantizada su independencia, mediante el establecimiento de las "*salvaguardas adecuadas para garantizar el respeto de los requisitos de independencia y autonomía establecido en la Directiva...*" (Considerando 66 de la citada Directiva, al que se añade el Considerando 57 y 78) así como su "... **dotaciones de medios suficientes ...**" (art 11). Postura que ha seguido, como no podía ser de otra manera, la **Ley 2/2023, de 20 de febrero Reguladora de la Protección de las Personas que Informen sobre Infracciones Normativas y de Lucha contra la Corrupción** (art 8.4).

En cualquier caso, y pese a la cronificación de la falta de medios padecida por la DA, hay que **poner en valor**, que **el Ayuntamiento de Barcelona**, con su Buzón Ético y de Buen Gobierno, **se anticipó, en casi 3 años, a dicha Directiva y, en más de 6 años, a su ley de transposición**, siendo una **Administración pionera** y no únicamente por instaurar un canal de alertas confidenciales, sino **también por permitir, ya en enero de 2017**, que, ese canal, admitiera no solo la confidencialidad sino también **el anonimato** de las comunicaciones o alertas, **facilitando**, incluso, la utilización de la **Red TOR** ya en aquel entonces y que además no tuviese ninguna limitación ni en cuanto a su ámbito subjetivo (en la medida que también la ciudadanía podía hacer uso del mismo) ni en cuanto a su ámbito material.

Reconocida la **independencia funcional** de la Dirección de Análisis (DA), procede aclarar que **orgánicamente** está adscrita a la Tercera Tenencia de la Agenda 2030, Transición Digital, Deportes y Coordinación Territorial y Metropolitana<sup>8</sup> y a la Gerencia del Área.

Llegados a este punto, abordaremos, en los siguientes apartados, las **concretas actuaciones** en que el descrito abanico de funciones atribuidas, normativamente, a la **Dirección de Servicios de Análisis se ha ido materializado** durante los **años 2020, 2021 y 2022** (sin perjuicio de que, inevitablemente, se incluyan datos relativos al 2023, en la medida en que éstos pudieran resultar significativos).

Algunas de estas actuaciones ya se venían realizando desde el año 2017, otras se iniciaron en 2018 y 2019 y se continuaron desarrollando durante estos tres últimos años junto con otras nuevas, como por ejemplo, las derivadas del **Plan de Medidas Antifraude** para los proyectos financiados a través de **Fondos Europeos Next Generation** (aprobado el 3 de febrero de 2022).

De manera que distinguiremos aquí entre:

2.1. Las **actuaciones** de la Dirección de Análisis **relacionadas** con el **Buzón Ético**, apartado que a su vez se **subdividirá** en los siguientes epígrafes:

2.1.1.- “El Buzón Ético y de Buen Gobierno del Ayuntamiento de Barcelona. Características, Funcionamiento, Normativa, Alcance” en el que, como su título indica, se hará una **breve introducción** sobre el **Buzón**.

2.1.2.- **Actuaciones** de la DA **como órgano gestor del Buzón Ético** y de Buen Gobierno. Acciones **relacionadas** con las **comunicaciones, alertas o informaciones**<sup>9</sup> recibidas durante **2020-2021 y 2022**, donde se **tratarán** los siguientes aspectos:

---

<sup>8</sup> En un principio, la Dirección de Análisis había pendido orgánicamente (que no funcionalmente) de la Dirección para la Transparencia y Buenas Prácticas que, a su vez, pendía orgánica y funcionalmente de una Tenencia y de una gerencia. Es significativo señalar, a los efectos que nos ocupan, que: 1) mientras la Dirección de Análisis tenía reconocida la independencia funcional (art. 25 NRBE) la Dirección para la Transparencia y Buenas Prácticas carecía de dicha independencia de manera que dependió orgánica y funcionalmente, primero, de la Tenencia de Derechos de la Ciudadanía, Participación y Transparencia y bajo la Gerencia de Recursos y, a partir del 26 de mayo de 2019 (tras el cambio de gobierno operado raíz de las elecciones municipales de ese año), de la Tercera Tenencia de la Agenda 2030, Transición Digital, Deportes y Coordinación Territorial y Metropolitana y a la Gerencia del Área y 2) que la plaza de la Dirección para la Transparencia y las Buenas Prácticas permaneció vacante más de 4 años pues, creada en Diciembre de 2015 y amortizada con efectos de 6 de noviembre de 2020 (por Acuerdo del Consejo Municipal (415/2020), de 30 de octubre de 2020), sólo estuvo cubierta apenas un año (de mayo de 2017 a mayo de 2018).

<sup>9</sup> Utilizaremos indistintamente los términos: comunicaciones (que es el que aparece en las NRBE), denuncias, alertas e informaciones (siendo, este último, el escogido por la Ley de transposición de la Directiva (UE)

#### 2.1.2.1. **Comunicaciones recibidas** durante 2020-2021-2022. **Número y taxonomía. Anonimato. Canales de entrada.**

2.1.2.2. El total de comunicaciones recibidas desde 2016, fecha de creación de la DA hasta 2022. Tres **comparativas**: a) **número** de comunicaciones recibidas b) **evolución del anonimato** desde la entrada en funcionamiento del buzón en 2017 y c) Buzón Ético y resto de **canales de entrada** utilizados.

2.1.2.3. Actuaciones relativas a la **tramitación de las comunicaciones**, informaciones o alertas efectivamente gestionadas desde el 1 de enero de 2020 al 31 de diciembre de 2022, **profundizando** en cada una de las diferentes **fases de investigación y Recomendación**.

2.1.2.4. **Tratamiento** de los supuestos en que concurre una **causa de abstención o recusación** respecto al/la responsable de la DA.

2.1.2.5. El detalle del **volumen total** de comunicaciones **efectivamente tramitadas<sup>10</sup> y gestionadas** y de los niveles de pendencia del 1 de enero de 2020 al 31 de diciembre de 2022.

2.1.3. **Actuaciones** relativas a la gestión del propio **Buzón Ético, como herramienta**, llevadas a cabo del 1 de enero de 2020 al 31 de diciembre de 2022 Entre las que hallaremos las derivadas de:

2.1.3.1. Las necesidades de implementar las **nuevas actualizaciones** de GlobaLeaks software base -sistema operativo- del Buzón Ético.

2.1.3.2. De mantener **adaptado** el contenido de la aplicación del Buzón Ético a las exigencias de confidencialidad y secreto así como a las derivadas de la regulación en **materia de protección de datos de carácter personal**.

---

2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informan sobre infracciones del Derecho de la Unión, esto es, por la Ley Reguladora de la Protección de las Personas que Informen sobre Infracciones Normativas y de Lucha contra la Corrupción.

<sup>10</sup> Ello por cuanto, para visualizar el número total de comunicaciones efectivamente tramitadas y gestionadas, por la DA, durante el periodo objeto de esta Memoria, deben sumarse, a las que tuvieron entrada durante 2020; 2021 y 2022, aquellas que lo hicieron en años anteriores pero que a 1 de enero de 2020 aún estaban en trámite por los motivos que se detallarán en el apartado correspondiente.



2.1.3.3. De contar con un **Gestor Documental** apropiado a los requerimientos y especificidades del Buzón - **G-Buzón**-).

2.1.3.4. De **adoptar medidas de seguridad** a raíz de los cambios en la organización del trabajo operados a causa de la **Pandemia** de la COVID-19.

2.1.4. **Actuaciones** relativas al **impulso y la difusión del modelo del buzón**, como herramienta pionera, **para el refuerzo de la integridad** pública y el buen gobierno, la **prevención del fraude** así como la **protección de los alertadores** o informantes (“whistleblower”), entre las que se encuentran las de carácter técnico – jurídico, las visitas institucionales y reuniones de asesoramiento técnico jurídico e informativo con representantes de otras Administraciones, entidades y organizaciones, las relativas a los convenios de colaboración firmados para la colaboración y la replicación del modelo del Buzón así como las intervenciones en grupos de trabajo, y seminarios.

2.2. Las actuaciones **relacionadas** con el **PLAN DE MEDIDAS ANTIFRAUDE** para la **gestión** de proyectos vinculados con el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, financiados con fondos **FONDOS EUROPEOS “NEXT GENERATION”**.

2.3. La **colaboración institucional** ligada a las funciones atribuidas a la Dirección de Análisis por las NRBE (art 26), en especial las de **prevención**, gestión del **canal de alertas** (Buzón Ético), **investigación y protección de alertadores**.

2.4. Las actividades relacionadas con la **formación en materia de integridad y la consolidación de la ética y la cultura del cumplimiento normativo**.

2.5. Las **relacionadas** con el **Comité de Ética** del Ayuntamiento de Barcelona.

2.6. Las relativas a la **Prevención**. En este apartado se englobarán todas aquellas actuaciones ligadas, directa o indirectamente, a la prevención de riesgos de posibles actuaciones fraudulentas, contrarias al ordenamiento jurídico, a los principios éticos y de buen gobierno. Así se recogerá:

2.6.1. Un **extracto, por materias**, de las actuaciones y medidas de mejora más relevantes propuestas a lo largo de las actuaciones y Recomendaciones formuladas, en este periodo, con los razonamientos jurídicos que las sustentan.

2.6.2. Una referencia a las acciones llevadas a cabo para el **impulso** de los programas de **cumplimiento normativo** o sistemas **de compliance**, tanto en relación con las sociedades mercantiles municipales como con las personas y entidades que contratan con el Ayuntamiento.

2.6.3. Las medidas preventivas propuestas en **materia de regalos y ofrecimientos irregulares**.

2.6.4. Las propuestas en materia de **subvenciones**.

2.6.5. Las propuestas en materia de **contratación**.

2.6.6. Las llevadas a cabo en **relación a los procesos legislativos** relativos a la **transposición de la Directiva "Whistleblower"**

2.6.7. El proceso participativo a fin de enriquecer la propuesta de **Código ético del servicio público de Cataluña**.

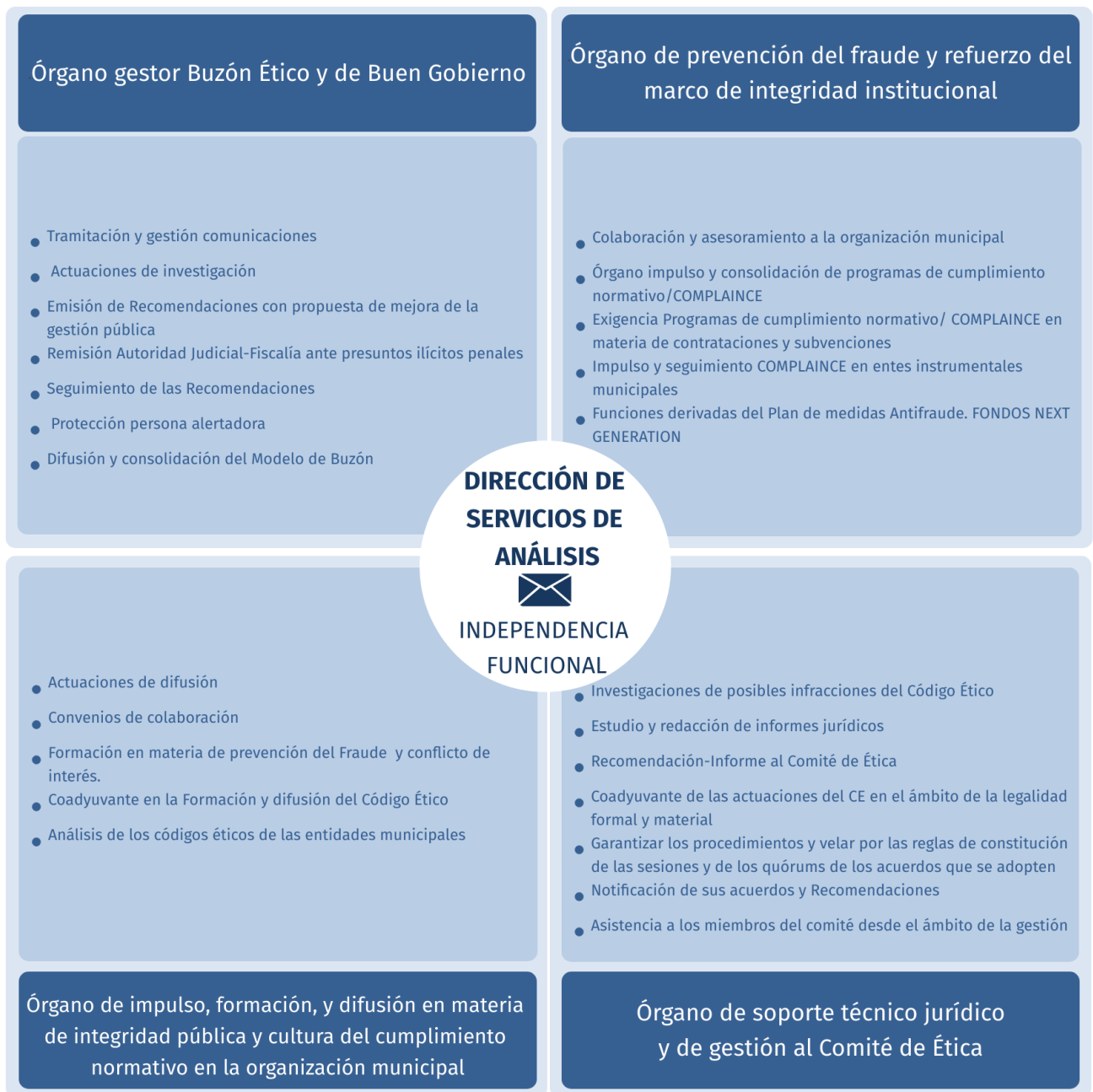
2.6.8. Redacción de **Informes** dirigidos a facilitar el **monitoreo y seguimiento de todas las vulnerabilidades y riesgos** detectados a través de las alertas e informaciones gestionadas por la DA y que pudieran tener mayor impacto para la organización municipal, en cada una de sus áreas de actuación, englobando además, a los efectos pertinentes, las medidas de mitigación de los mismos y las propuestas de mejoras formuladas en cada caso.

**2.7. Las requeridas para el desarrollo y mantenimiento de la página web de la Dirección de Análisis y del Comité de Ética.**

2.8. Las que implican **asesoramiento y redacción de informes**, a requerimiento de **otros órganos municipales**, en las materias que le son propias.

2.9. Las relativas a la **canalización** de los **oficios y requerimientos** practicados por la **Oficina Antifraude de Catalunya** al Ayuntamiento de Barcelona para su posterior reparto a los órganos o departamentos afectados.

La siguiente gráfica intenta ofrecer, con imágenes, una rápida y sintética visión del amplio catálogo de funciones asignadas a la DA y las acciones en que se materializan:



# **2.1. ACTUACIONES DE LA DIRECCIÓN DE ANÁLISIS RELACIONADAS CON EL BUZÓN ÉTICO**

---

## **2.1.- ACTUACIONES DE LA DIRECCIÓN DE ANÁLISIS RELACIONADAS CON EL BUZÓN ÉTICO**

---

Como ya se avanzó en el apartado correspondiente a Presentación, también, en este apartado se mantendrá la estructura y parte del contenido de su homólogo comprendido en la Memoria precedente (2018-2019), actualizándolo con base a los datos y novedades operadas en el trienio 2020-2022. Se ha optado por mantener la misma estructura para facilitar, tal y como ya se dijo, la posibilidad de realizar comparativas entre los distintos ejercicios. Pero, también, porque además de resaltar el carácter pionero de la herramienta y del Servicio, su contenido se mantiene vigente y de actualidad pudiendo ofrecer información y datos de gran utilidad ante el nuevo panorama de impulso y consolidación, que para los canales internos de denuncia/ información/ alertas/ comunicaciones se abrió con la aprobación, a finales de 2019 (23 de octubre), de la Directiva “whistleblower” y que ha culminado, con la entrada en vigor, el 13 de marzo de 2023, de su ley de transposición al ordenamiento jurídico español.

Se describirán aquí todas las acciones desarrolladas por la DA con relación al Buzón Ético y de Buen Gobierno del Ayuntamiento de Barcelona como canal de alertas, denuncias, informaciones o comunicaciones<sup>11</sup>:

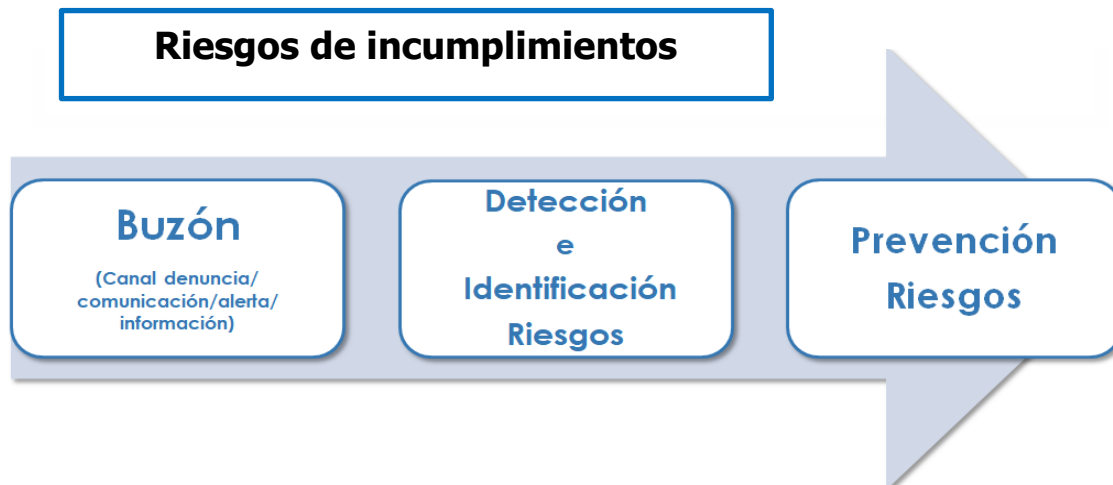
Pero, antes de centrarnos en dichas acciones, se hace preciso, referirnos, aunque someramente, al Buzón, pues, el conocimiento de sus características, origen y funcionamiento, es básico para poder valorar, evaluar y sopesar aquellas. Y, porque así lo reclama de igual forma tanto su carácter innovador y pionero a nivel catalán, español y europeo como su rabiosa actualidad (que se ha mantenido, a lo largo de todo este tiempo) en el panorama que, para los canales internos y externos de denuncia o informaciones (el sector público y privado. Convirtiéndose, por todo ello, en un auténtico referente en este ámbito).

---

<sup>11</sup> A lo largo del presente Trabajo se utilizarán, como se dijo, indistintamente estos conceptos en la medida que se descarga del contenido peyorativo que el termino denuncia tiene en nuestra sociedad, a la vez que se adecua a la terminología usada en las NRBE (comunicación) y a la de la Ley de transposición de la Directiva Whistleblower (informaciones)

### **2.1.1.- EL BUZÓN ÉTICO Y DE BUEN GOBIERNO DEL AYUNTAMIENTO DE BARCELONA. CARACTERÍSTICAS, FUNCIONAMIENTO, NORMATIVA, ALCANCE.**

La aplicación del Buzón Ético y de Buen Gobierno se puso **en marcha** el **17 de enero de 2017**. Y es, como se ha dicho, uno de los engranajes que conforman el marco de integridad institucional del Ayuntamiento de Barcelona, al configurarse como una **herramienta para fortalecer la integridad** del **sector público** municipal, a la vez que un **instrumento esencial de prevención** contra la mala gestión, el fraude o la corrupción.

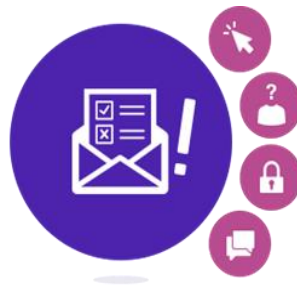


El Buzón es un **canal electrónico** de participación **bidireccional** que permite, tanto a la ciudadanía como a los servidores públicos y a quién se relaciona con la administración municipal (proveedores, licitadores, aspirantes a un puesto de trabajo...), **poner en conocimiento** de aquella "... **conductas** desarrolladas en los órganos de los que depende la gestión municipal que puedan ser **contrarias al derecho, a los principios y valores éticos y a las reglas de conducta** que se encargan de **tutelar el uso correcto de los recursos públicos, la resolución adecuada de los conflictos de intereses, la objetividad y neutralidad de la gestión pública, ... en el ejercicio de las competencias municipales en general y, en especial, en los temas de contratación pública, función pública, actividad de fomento, ordenación urbanística, etcétera**<sup>12</sup>...", garantizando la **confidencialidad, el anonimato** del comunicante (si así lo prefiere este, ofreciendo, a mayor abundamiento, en este caso, la posibilidad de acogerse a un **anonimato**

<sup>12</sup> Preámbulo de las Normas Regulatoras del Buzón Ético y de Buen Gobierno

“**reforzado**” al facilitar el uso la red de anonimización **Tor**) y su **indemnidad**<sup>13</sup> ante cualquier tipo de castigo o represalia. Todo ello, con el **objetivo** de que la gestión municipal se desarrolle con un respeto total a los valores de calidad democrática y de buena administración, en un contexto de **mejora continua** en la calidad de los **servicios públicos**.

El Buzón es una **herramienta pionera**. Barcelona es la primera ciudad de Cataluña, de España y de Europa que ha creado un dispositivo digital como el Buzón, utilizando un **software libre que permite el uso de la red Tor** (que mejora la privacidad y la seguridad en internet). Permitiendo así mismo: por un lado, **establecer y mantener una conversación** constante **durante toda la investigación, entre los investigadores y la persona comunicante** aunque **esta sea anónima y**, por otro, **adjuntar todo tipo de documentos, vídeos, fotografías... y enviar documentos oficiales (resoluciones...)**.



Presentada la comunicación, los usuarios obtienen un **código alfanumérico** que será **la única "clave"** que permitirá volver a acceder al canal, acentuando así la verdadera naturaleza del Buzón, **no de simple contenedor de información sino** como un **auténtico canal** donde esta fluye de manera constante y de forma **bidireccional**. Posibilitando así, como se ha dicho, una **colaboración permanente** entre el comunicante y el órgano gestor del buzón tanto para la comprobación de los hechos, como para **conocer el estado de tramitación** de la comunicación en todo momento.



El Buzón fue **fruto** de las **sinergias** establecidas **entre la Administración municipal** y las **entidades ciudadanas** que llevaban años luchando contra la corrupción, entre ellas **Xnet**. En concreto, fue el resultado de la colaboración con esta plataforma ciudadana, cuyos miembros prestaron **asesoramiento** de forma **totalmente desinteresada**.

---

<sup>13</sup> Extendiendo la protección más allá de los supuestos en que el alertador o informante tiene conocimiento de la conducta irregular comunicada fuera del contexto laboral.

El Buzón ha sido creado mediante la interfaz GlobaLeaks, un proyecto de software libre del Hermes Center for Transparency and Digital Human Rights, que el Ayuntamiento ha desarrollado y adaptado para **hacerlo compatible con las exigencias y especificidades del sector público**. Motivo por el cual, se incorporaron **funcionalidades específicas** de carácter operativo y de seguridad con el inestimable apoyo del Departamento de Canales Digitales del Instituto Municipal de Informática.

Desde un punto de vista técnico, hay que decir que la aplicación del Buzón está alojada en la nube privada del Ayuntamiento, en un segmento especial y aislado de la red corporativa. **Los servidores** se han **protegido** para evitar ataques. Las personas que gestionan el Buzón sólo tienen acceso desde la red corporativa (cortado en internet).

Las **comunicaciones** de datos son **cifradas** y la información entregada por el comunicador siempre **se almacena cifrada**. Se han **empleado claves de cifrado de mecanismos de clave pública / clave privada**, que permiten mantener la privacidad entre el comunicador y el receptor. El receptor (órgano gestor del Buzón) tiene su clave privada. El Ayuntamiento también ofrece protección del puesto de trabajo corporativo (incluye antivirus y encriptación).

El código del Buzón es **libre, modificable y replicable**, siempre que se **reconozca** y se indique expresamente la **autoría**, en partes iguales, de Xnet y del Ayuntamiento de Barcelona.

Desde su puesta en marcha ha sido ya **replicado, implementado o se ha firmado el correspondiente protocolo para ello, por: la Oficina Antifraude de Cataluña; la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de Valencia; la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de las Islas Baleares; la Generalitat de Cataluña; los Ayuntamientos de Lleida, Manresa, Terrassa, Granollers, Mollet del Vallés y Tiana; el Área Metropolitana de Barcelona, y la empresa pública Ferrocarriles de la Generalitat de Cataluña, la Universidad Pompeu Fabra y la Universidad de Barcelona**. También **el Consello de Contas de Galicia** lo ha incorporado a nivel interno y el "Buzón de Colaboración" de la **Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia -CNMC-**, **se inspira** en él. A fecha de hoy otras instituciones, municipios y entidades (algunas del tercer sector y también del ámbito privado) han mostrado su interés en utilizar esta tecnología como más adelante se perfilará. En este sentido, el **consorcio "Administració Oberta de Catalunya"** trabaja en la reutilización del modelo del Buzón del Ayuntamiento para su **implementación en todo el mundo local catalán**.

Mención expresa merecen las **Normas Reguladoras del Buzón Ético (NRBE)** **publicadas**, en el Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona (**BOPB**), el 16 de enero de 2017, en la medida que constituyen **su marco normativo específico**, garantizando el



principio de **seguridad jurídica**. De modo que **ordenan** su **funcionamiento** y **regulan** los siguientes aspectos:

- | Los **objetivos** del Buzón y los principios generales (Artículos 1, 2 y 7).
- | **Su ámbito de aplicación:** a) **objetivo:** órganos administrativos integrantes del Ayuntamiento de Barcelona y sus entidades municipales y b) **subjectivo:** ciudadanía y personal al servicio de la Administración municipal (artículos 4 y 5 respectivamente).
- | Las **relaciones** con otros sistemas de quejas, consultas, o reclamaciones que el Ayuntamiento pone al servicio de la ciudadanía. Su **compatibilidad** con la **Sindicatura de "Greuges" de Barcelona y el resto de organismos** o instituciones de **supervisión** creadas legal o estatutariamente (artículo 6). Los **derechos y las obligaciones** de la **persona que presenta** la comunicación (artículo 8) **y** de la **persona presuntamente responsable** de la conducta comunicada (art. 9).
- | Los **requisitos**, la forma de presentación de las **comunicaciones**, su **gestión, valor y efectos**, incluido el tratamiento de las que resulten manifiestamente falsas o faltas de fundamento (artículos 1 a 12). Detallando, entre otros, el **proceso** de comprobación e **investigación** de los hechos o el **deber** de **colaboración** de los cargos electos y demás servidores públicos (art. 13 a 17 y 21).
- | El **régimen de publicidad**, confidencialidad y **acceso a la información**, así como las condiciones de uso de la aplicación del buzón (art. 19 a 20, 22 a 24).
- | El **régimen jurídico del órgano gestor del Buzón**. (artículo 25 y 26).
- | **El tratamiento específico** de las comunicaciones sobre **vulneraciones del Código Ético y de Conducta** (Disposición Adicional Primera). Introduciendo, uno de los **eslabones** que une el **Buzón** (y por tanto, a la DA) con **el Comité de Ética**.
- | Es importante **resaltar**, en este punto, que el **Buzón Ético** y de Buen Gobierno del Ayuntamiento de Barcelona y su normativa reguladora (**NRBE**) se **ajustan**, en esencia a los **requerimientos exigidos**, para los canales de denuncia en el sector público, por la **Directiva "whistleblower"** (a cuya aprobación se anticipó en casi 3 años) **así como** a los establecidos en su ley de transposición a nuestro ordenamiento jurídico, esto es, la **Ley 2/2023 de 20 de febrero Reguladora de la Protección de las Personas que Informen sobre Infracciones Normativas y de Lucha contra la Corrupción**. Extremo que cobra gran **relevancia** si se tiene en cuenta que la **Disposición Transitoria Segunda** de la citada Ley de Transposición **obliga a establecer** a los Ayuntamientos (entre otras Administraciones y entidades del sector público y privado) un **Sistema interno de**

**información** en el **plazo máximo** de **tres meses** a partir de su entrada en vigor. Entendiendo por Sistema interno de información, **tanto** el **buzón** o cauce para recepción de la información, como el **responsable** del Sistema y el **procedimiento**.

En cuanto al **ámbito de actuación** del Buzón, debe resaltarse que su **ámbito objetivo** (art 4 NRBE) no se limita a los órganos administrativos y unidades integrantes del Ayuntamiento de Barcelona, si no que **se extiende** a la que se ha venido denominando como **Administración municipal**. Es decir:

1. Los **órganos administrativos y unidades integrantes del Ayuntamiento** de Barcelona.
2. Las **entidades vinculadas o dependientes** del Ayuntamiento de Barcelona, como los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales locales o las sociedades mercantiles.
3. Las **fundaciones y los consorcios**.
4. Las **sociedades y las entidades que contraten con el Ayuntamiento** de Barcelona.
5. Las personas que **reciban subvenciones municipales**.
6. El **resto de organismos, entidades y sociedades** donde esté **presente el Ayuntamiento** de Barcelona y que **se adhieran** voluntariamente al funcionamiento del Buzón.

De manera que funciona como canal interno pero también como canal "externo" de doble garantía, respecto de ese magma que conforma la citada "Administración Municipal".



Resultan significativas, a la hora de evidenciar **el potencial alcance del marco de actuación** del Buzón, las **siguientes cifras**: a) sólo el número de **habitantes** de la ciudad de Barcelona, en 2022, era de: **1.636.193** personas (aunque hay que recordar que **cualquier persona física o jurídica, resida o no** en Barcelona, **puede hacer** uso del mismo); b) el **volumen de personal** que servía o formaba parte de la citada Administración Municipal sumaba: **14.908** en 2020; **14.837** en 2021 y **14.221** en 2022; c) el volumen **de contratación** giró en torno a los **180.694.341€** durante **2020**, a los **2.729.803.946 €** en **2021** y **225.159.630€** en **2022 y d)** el de **subvenciones** durante el año **2020** se situaba en torno a los **19.420.953,89€<sup>14</sup>** y durante el **2021** alrededor de los **19.953.405,77€**.

También, son significativos **los datos cuantitativos que muestran las entradas en la web informativa del Buzón<sup>15</sup>** relativa a las personas que, a lo largo de estos años, 2020, 2021 y 2022, han entrado en la aplicación del Buzón, al **desvelar que se mantiene el interés** despertado por esta herramienta entre la ciudadanía, con un más que notable nivel de incremento en algunos años. Así, se constataron:

Año	Visitas	Visualizaciones de páginas
2020	8.655	12.718
2021	10.667	20.106
2022	8.159	13.258

El origen del tráfico es, principalmente, de forma directa, con un 55,9% en 2020; un 53,5% en 2021 y un 53,2% en 2022, frente a buscadores, redes sociales o campañas.

El principal navegador utilizado es "Chrome". Y el idioma mayoritario usado para la navegación ha sido el castellano en un 51.8% en 2020; un 60% en 2021 y un 54,1% en 2022.

<sup>14</sup> Datos extraídos de las siguientes fuentes: Instituto Nacional de Estadística, 2020; 2021 y 2022, y Web de Transparencia Ayuntamiento de Barcelona, 2020, 2021 y 2022, y de IDESCAT.

<sup>15</sup> Fuente: Informe remitido mensualmente por Google Analytic

---

## **2.1.2. ACTUACIONES DE LA DA COMO ÓRGANO GESTOR DEL BUZÓN ÉTICO Y DE BUEN GOBIERNO. ACCIONES RELACIONADAS CON LAS COMUNICACIONES, ALERTAS O INFORMACIONES RECIBIDAS DURANTE 2020, 2021 Y 2022**

---

Se abordarán aquí todas las actuaciones realizadas por la DA con relación a la tramitación y gestión de las comunicaciones recibidas como órgano gestor del Buzón.

### **2.1.2.1. COMUNICACIONES RECIBIDAS POR LA DIRECCIÓN DE ANÁLISIS DURANTE 2020-2021-2022. NÚMERO Y TAXONOMÍA. ANONIMATO. CANALES DE ENTRADA.**

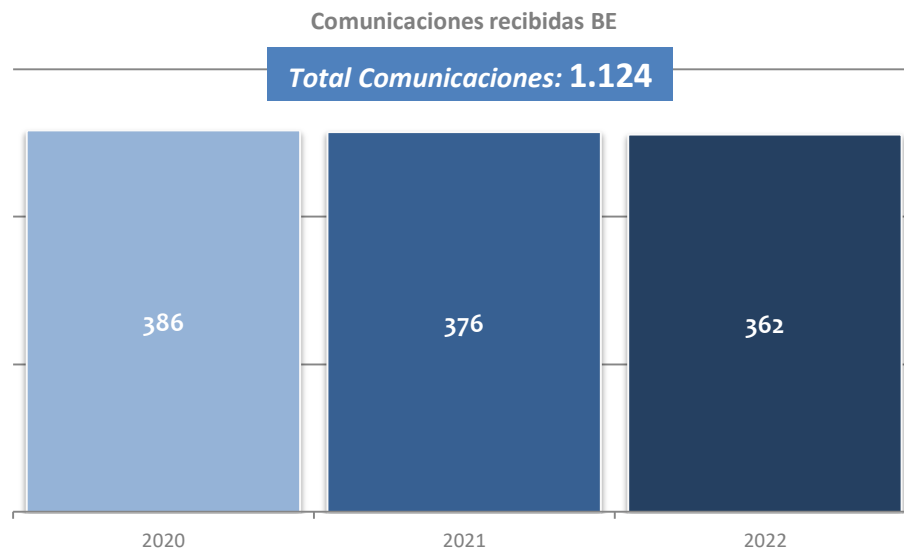
Se detallará, aquí: a) el **número** de comunicaciones recibidas, b) su **taxonomía** y c) el **canal de entrada**. **Incluyendo comparativas**, respecto a los años anteriores, que permitirán **sopesar** la **relevancia** de la garantía de confidencialidad y, sobre todo, del **anonimato**, a la hora de **incentivar** la presentación de **alertas** e informaciones de irregularidades y de la **preeminencia** de los Buzones así diseñados **sobre el resto de las otras posibles vías de entrada** que, de las mismas, pudieran establecerse.

#### **A) NÚMERO DE COMUNICACIONES RECIBIDAS EN LA DIRECCIÓN DE ANÁLISIS DURANTE LOS AÑOS 202; 2021 y 2022**

El **volumen total** de las comunicaciones **recibidas**<sup>16</sup>, en el periodo objeto de análisis, ha sido de **1.124, correspondientes** a la **suma de las 386** que tuvieron entrada en **2020**, más las **376** que lo hicieron en **2021** y las **362** de **2022**.

---

<sup>16</sup> Puede resultar útil, avanzar, que mientras que el número de comunicaciones **que tuvieron entrada** en la DA desde 1 de Enero de 2020 a 31 de diciembre de 2022, fue de un **total de 1.124**, el número de las **efectivamente gestionadas o tramitadas** durante dicho periodo, ascendió a **1.676** comunicaciones (resultado de sumar a aquellas, las 551 correspondientes a años anteriores que, a fecha 1 de enero de 2020, aún estaban en trámite).



Dicho esto, procederemos a detallar algunos de los rasgos que presentan las comunicaciones recibidas entre 2020 y 2022.

## B) TAXONOMÍA DE LAS COMUNICACIONES RECIBIDAS EN LOS AÑOS 2020, 2021 y 2022

Señalaremos aquí el **perfil** de la **persona comunicante** (si es **anónima/identificada**, el **género**, el **idioma** usado); pero también la **vía de entrada** de las mismas.

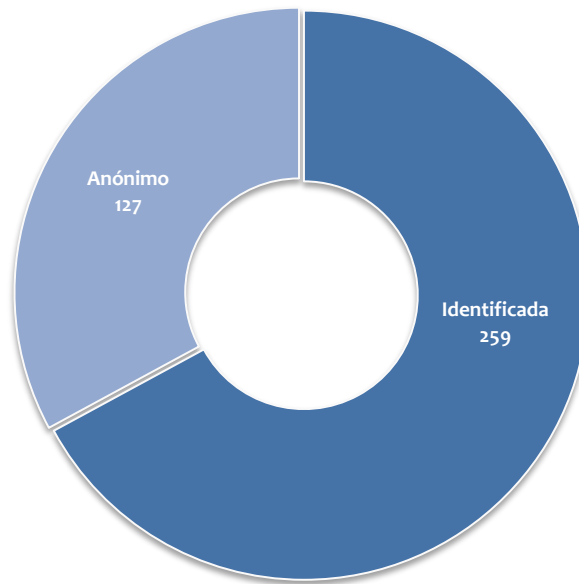
Respecto a este último rasgo, el relativo a la vía de entrada de las comunicaciones, hay que tener en cuenta que estas pueden cursarse por **diferentes vías: Buzón Ético** y de Buen Gobierno; dirección de **correo electrónico; Registro General; IRIS** y **correo ordinario**. También, la **Oficina Antifraude de Cataluña**, a raíz del Convenio de Colaboración firmado el 18 de septiembre de 2017, ha redirigido hacia la Dirección de Análisis alguna de las comunicaciones recibidas a través de su Buzón de denuncias (que recordemos, sigue el modelo del Buzón Ético y de Buen Gobierno de este Ayuntamiento), en concreto 3 (una por cada uno de estos años)

Así:

### **Año 2020**

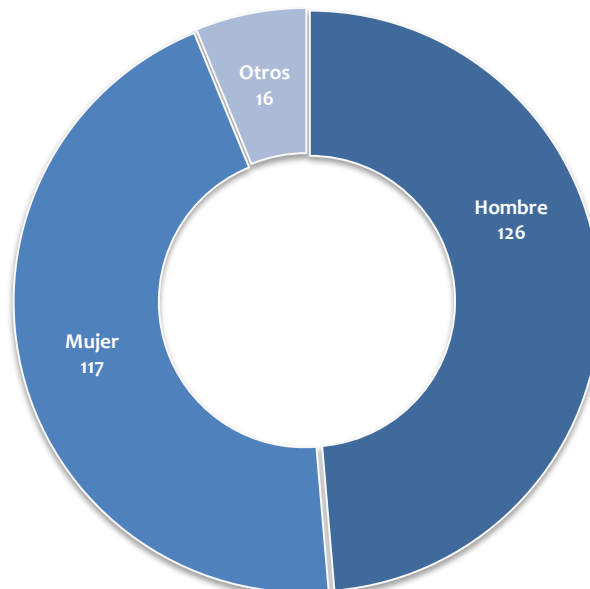
#### **Perfil de la persona comunicante**

En cuanto a la **tipología** de las personas **comunicantes** se constata que, de las **386** comunicaciones de **2020**: **127** son **anónimas** mientras que en las **259** restantes la persona se ha **identificado**.



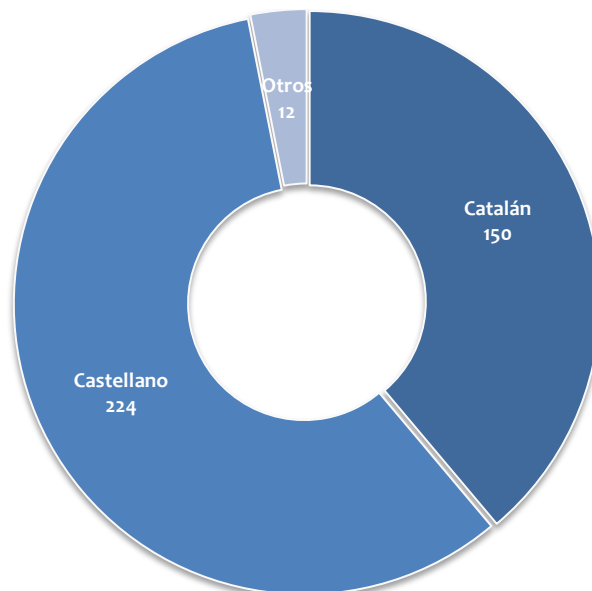
### Comunicaciones por género

De las **259** comunicaciones no anónimas, **126** se identificaron como **hombres**, **117** como **mujeres** y **16** se identificaron como **otros**.



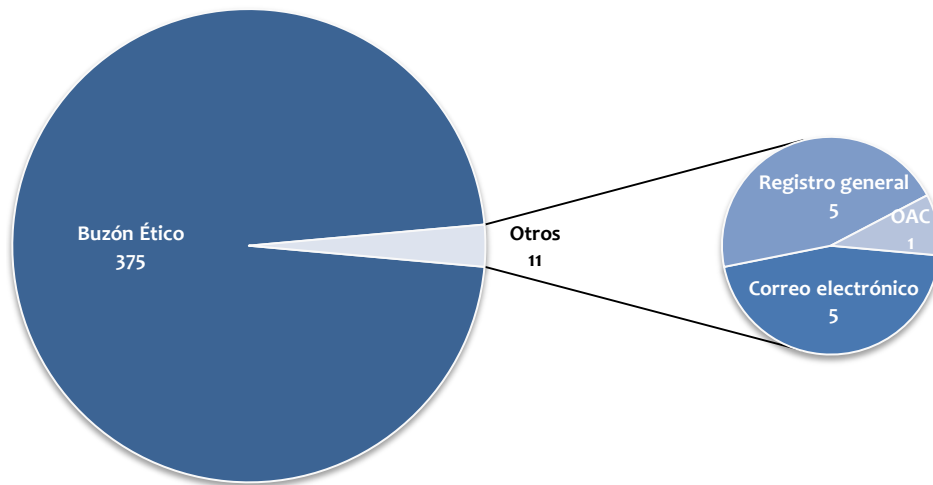
### Comunicaciones por idioma empleado

Respecto al **idioma** utilizado en la comunicación: **224** se han escrito en **castellano**, **150** en **catalán** y **12** en **otros** idiomas.



### Origen de la comunicación

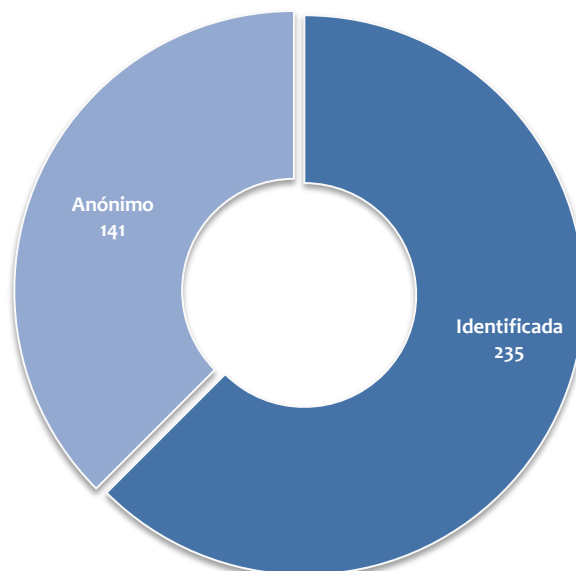
De las **386** comunicaciones recibidas en **2020**: **375** lo fueron a través **del Buzón Ético**; **5** a través del **correo electrónico**, **5** por el **Registro General** y **1** vino derivada por la **Oficina Antifraude de Cataluña** (OAC).



## **Año 2021**

### **Perfil de la persona comunicante**

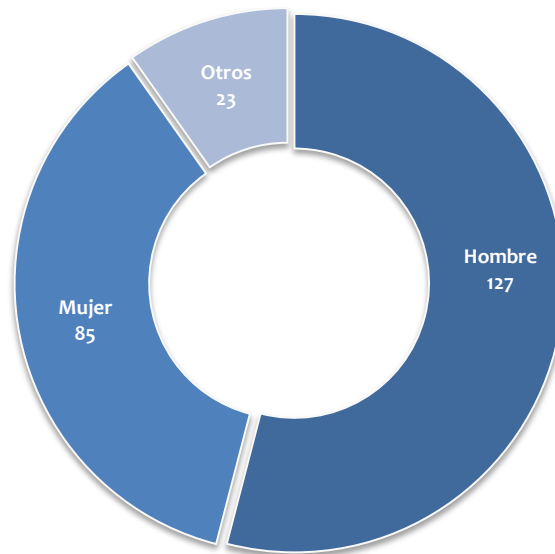
En cuanto a la **tipología** de las **personas** comunicantes se constata que, de las **376 comunicaciones** cursadas, **141 son anónimas**, estando, en las **235** restantes, **identificada** la persona comunicante.



### **Comunicaciones por género**

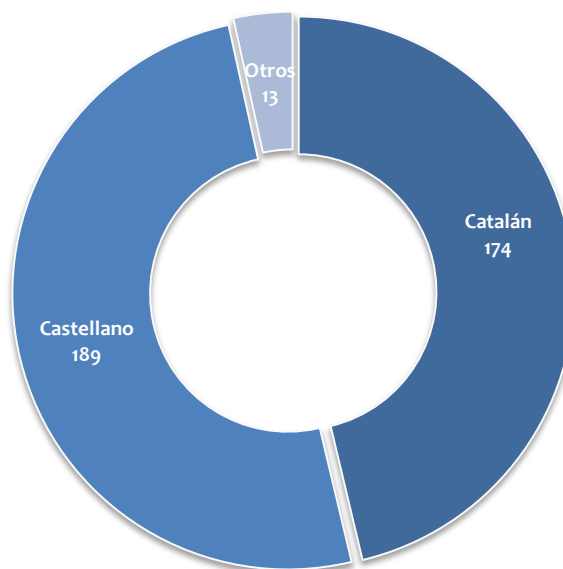


De las **235 comunicaciones no anónimas**, **127** se identificaron como **hombres**, **85** como **mujeres** y **23** se identificaron como **otros**.



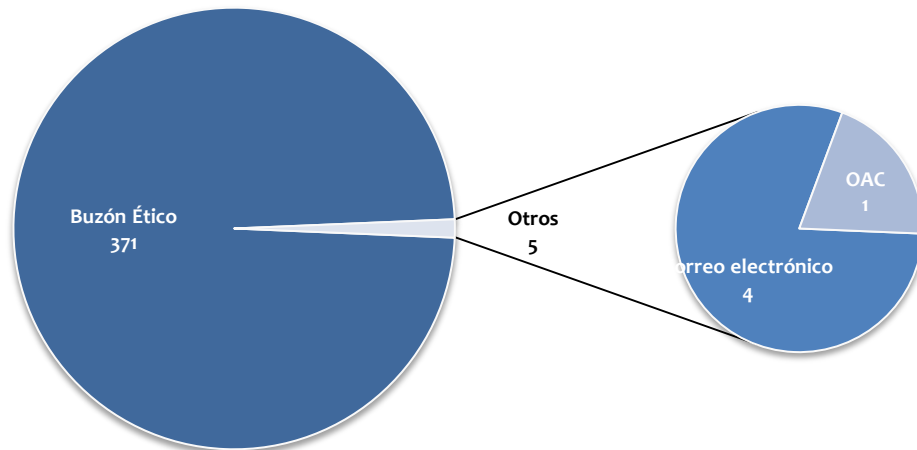
### Comunicaciones por idioma empleado

Respecto al **idioma** utilizado en la comunicación: **189** se han escrito en **castellano**, **174** en **atalán** y **13** en **otros** idiomas.



### Origen de la comunicación

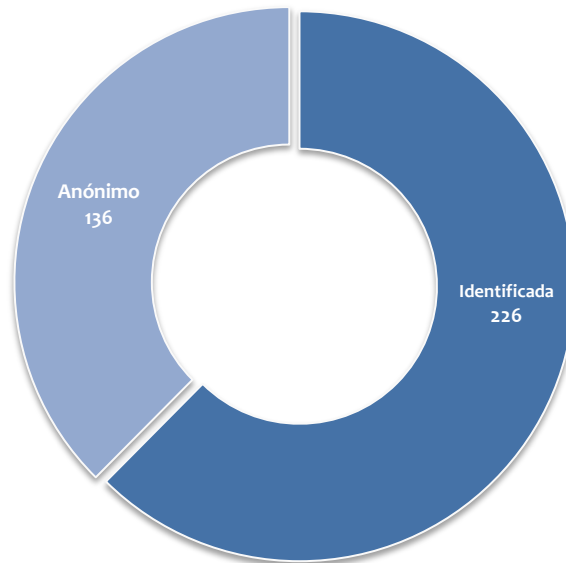
Respecto al **canal** empleado: de las **376** comunicaciones recibidas **371** lo han sido mediante el **Buzón**, **4** a través del **correo electrónico** y **1** derivada de la **Oficina Antifraude de Cataluña**.



## Año 2022

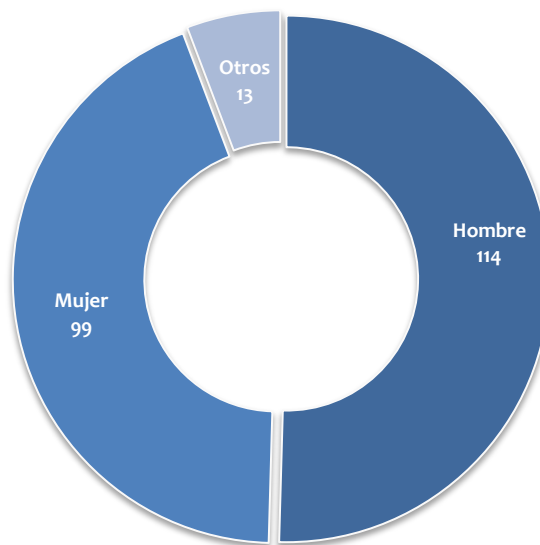
### Perfil del comunicante

En cuanto a la **tipología** de las personas **comunicantes** se constata que, de las **362** comunicaciones  **cursadas**, **136 son anónimas** estando, en las restantes **226, identificada** la persona.



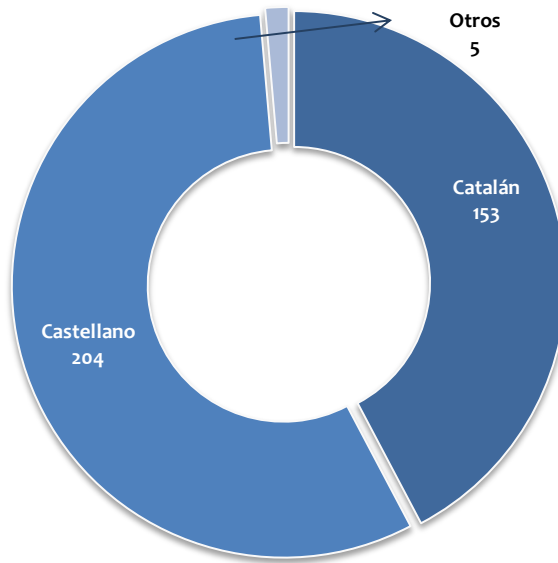
### Comunicaciones por género

De las 226 comunicaciones no anónimas, en **114** los informantes se identificaron como **hombres** y en **99** lo hicieron como **mujeres**, mientras que **13** se identificaron como otros.



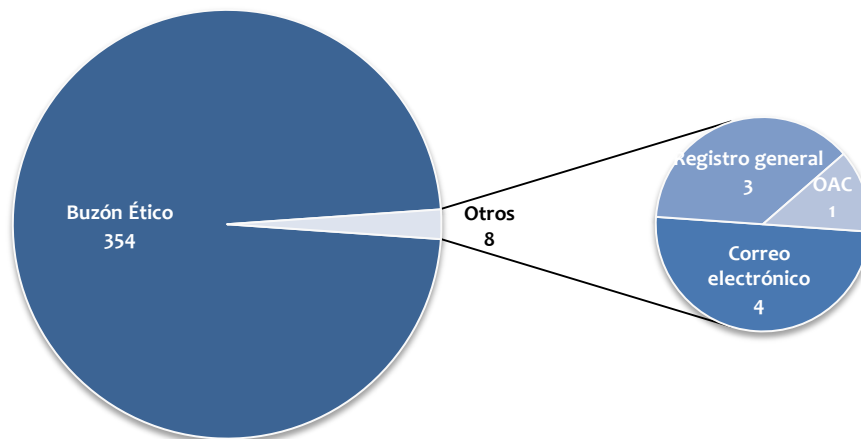
### Comunicaciones por idioma empleado

Respecto al **idioma** utilizado en la comunicación: **204** se han escrito en **castellano**, **153** en **catalán** y **5** en **otros** idiomas.



### Origen de la comunicación

Respecto al **canal** empleado: de las **362** comunicaciones recibidas: **354** lo han sido mediante el **Buzón**, **4** a través del **correo electrónico**, **3** por **Registro general** y **1** derivada de la Oficina Antifraude de Cataluña (**OAC**).



### **2.1.2.2.- TOTAL DE COMUNICACIONES RECIBIDAS DESDE 2016, FECHA DE CREACIÓN DE LA DA HASTA 2022. TRES COMPARATIVAS: A) NÚMERO DE COMUNICACIONES RECIBIDAS B) EVOLUCIÓN DEL ANONIMATO DESDE LA ENTRADA EN FUNCIONAMIENTO DEL BUZÓN EN 2017 Y C) BUZÓN ÉTICO Y RESTO DE CANALES DE ENTRADA UTILIZADOS**

Dada la importancia del impulso que, para el establecimiento de canales internos de denuncia o "informaciones"<sup>17</sup> tanto en el sector público como privado, supuso, a finales de 2019, la aprobación de la Directiva "whistleblower" y, actualmente, la ley de Transposición (el 20 de febrero de 2023), así como la relevancia que, a la hora de formular alertas, comunicaciones o denuncias, merece el tratamiento del anonimato se ha considerado de **interés** recoger, en este apartado, el **total de comunicaciones** recibidas en la DA **desde** su creación en **2016** a fin de resaltar la incidencia que tuvo la puesta en marcha del Buzón. **Y**, en esa misma línea se han confeccionado **dos comparativas** entre las comunicaciones recibidas **desde la puesta en funcionamiento del Buzón Ético (en enero de 2017)**, en base a dichos indicadores (**anonimato/canal de entrada**). Comparativas, que permiten analizar su evolución y extraer una información que podría resultar interesante de cara a futuras **reflexiones** sobre el **anonimato** como **herramienta** fundamental de **protección de los/las alertadores/as**, denunciantes e informantes de infracciones y, por ende, de estímulo para la presentación de alertas o informaciones (máxime, en este momento en que se inicia el despliegue de la Ley Reguladora de la Protección de las Personas que Informen sobre Infracciones Normativas y de Lucha contra la Corrupción en la medida que se ha decantado por reconocer y admitir la denuncia o "información" anónima, que la citada Directiva dejaba al criterio de cada estado miembro).

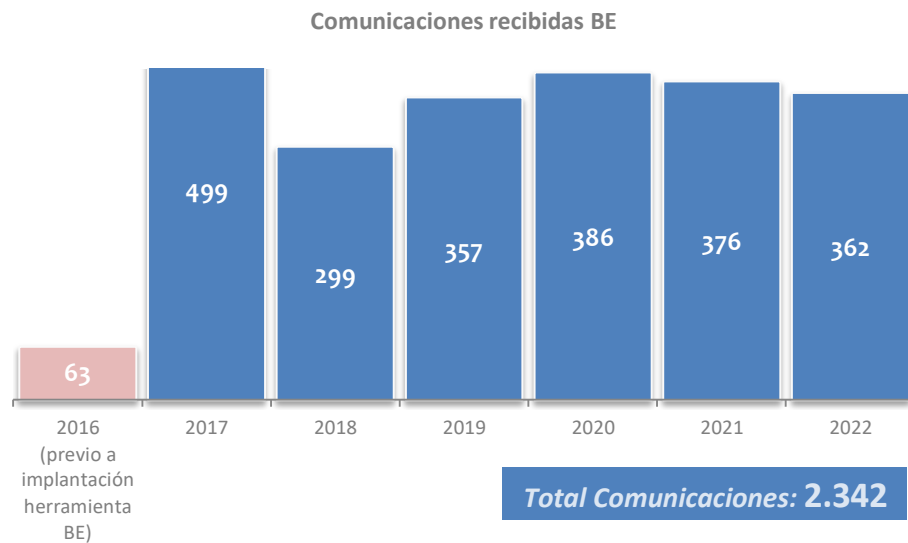
#### **A) NÚMERO DE COMUNICACIONES RECIBIDAS DESDE 2016 A 2022**

En la línea de lo apuntado, un dato que puede resultar de interés es el del **volumen** total de comunicaciones **gestionadas** por la DA **desde su creación**, en 2016, cifrado en **2.342**<sup>18</sup>. En el siguiente cuadro puede apreciarse la cantidad de alertas recibidas, por años, hasta 31 de diciembre de 2022:

---

<sup>17</sup> En términos de la Ley de transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva whistleblower

<sup>18</sup> Respecto a los referidos datos, puede resultar interesante avanzar que, a fecha 17 de abril de 2023, fecha de la firma de esta Memoria, se han recepcionado ya 183 comunicaciones (lo que hace prever, si el promedio de entradas se mantiene durante el resto del año, cerrar este superando, incluso, el número de comunicaciones de estos últimos años).



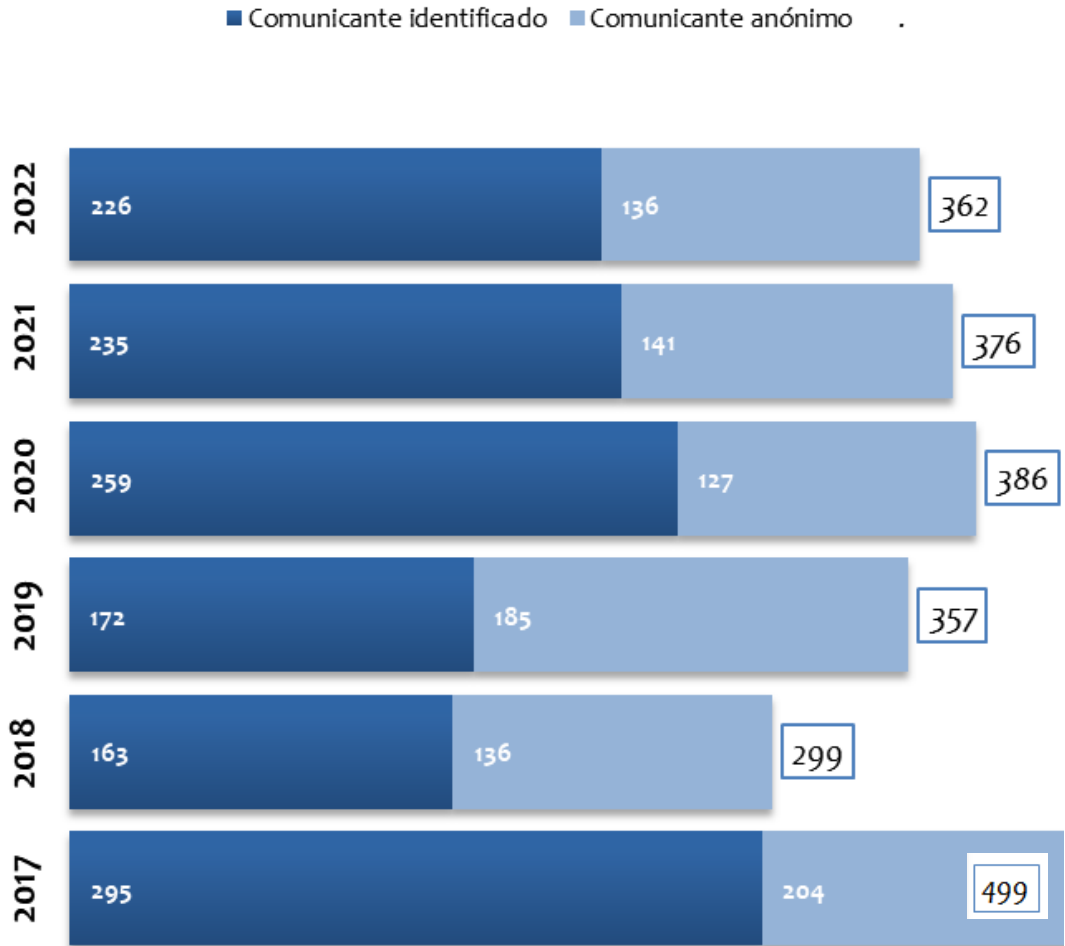
A la vista de los datos expuestos, resulta **remarcable** el **salto cuantitativo** que **supuso la puesta en marcha del Buzón**, al enero de 2017, en la medida en que el **número de comunicaciones** recibidas **se incrementó** exponencialmente respecto al 2016 (cuando este aún no funcionaba). Así, se **pasó de 63 a 499** comunicaciones, **manteniéndose**, durante los siguientes años, con algunas fluctuaciones, un **elevadísimo ritmo de entrada**<sup>19</sup>, pudiéndose fijar **una media de 375** <sup>20</sup>comunicaciones por año durante este **último trienio**.

<sup>19</sup> A tal efecto sirva recordar que este incremento del número de comunicaciones o alertas cursadas también lo experimentaron, por ejemplo, la Oficina Antifraude de Cataluña y la Agencia Valenciana Antifraude a partir de la implementación de su canal anónimo que replica el modelo del Buzón del Ayuntamiento de Barcelona.

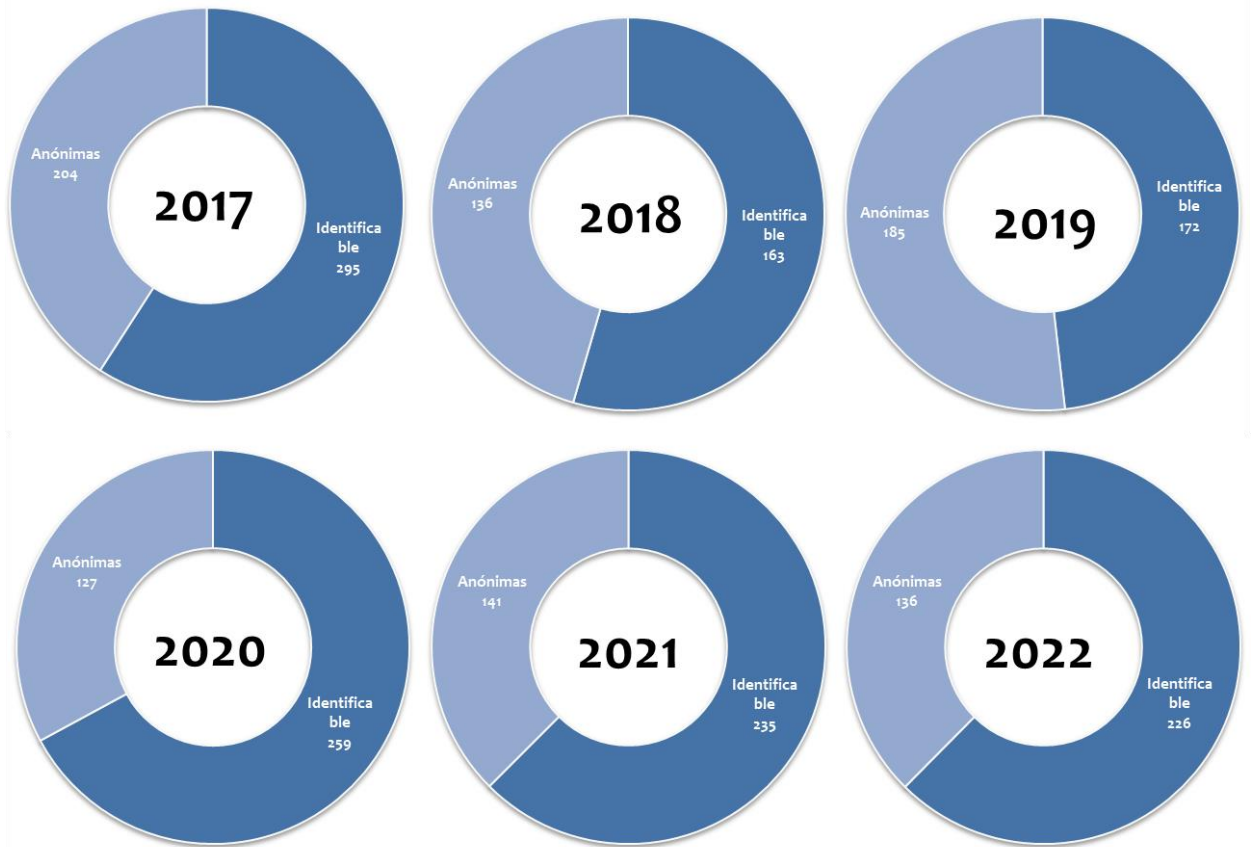
<sup>20</sup> Cifras cercanas a las recibidas por las Oficina Antifraude de Cataluña y por la Agencia Valenciana Antifraude, según consta en sus respectivas Memorias de Actividades

B) COMPARATIVA EVOLUCIÓN ANONIMATO DESDE LA ENTRADA EN  
FUNCIONAMIENTO DEL BUZÓN EN 2017 A 2022:

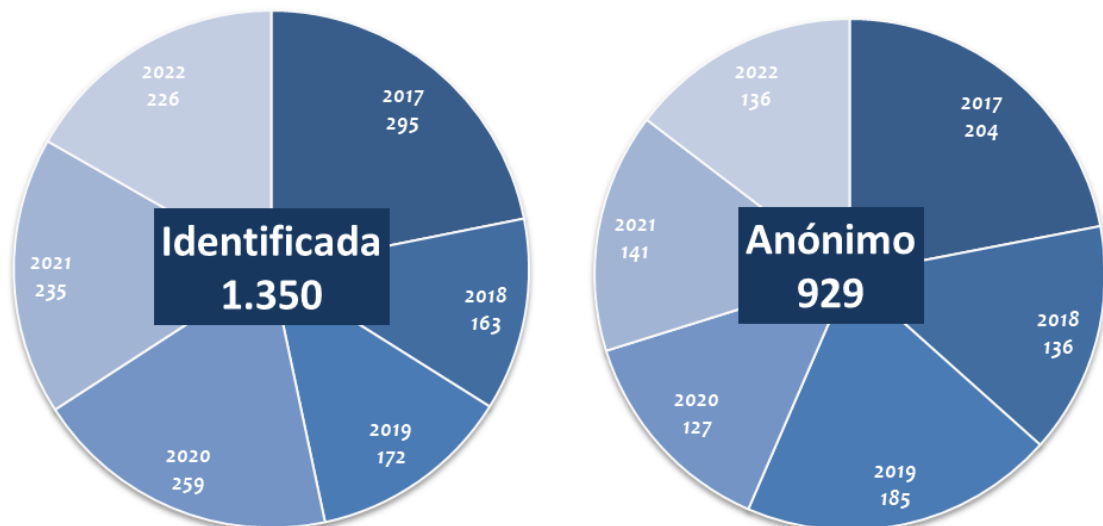
**Evolución anonimato**



- Por años, 2017-2022:



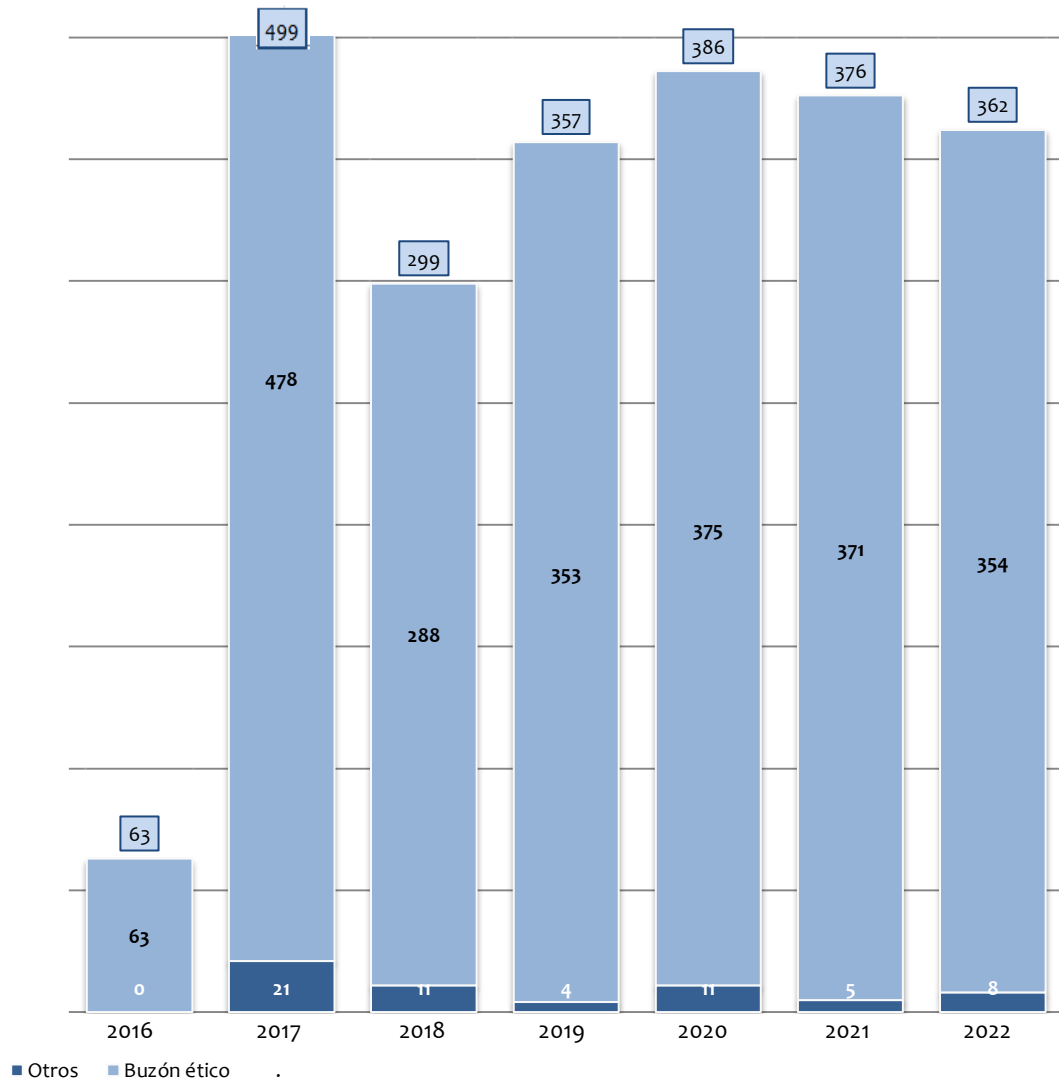
- Sobre el total de comunicaciones recibidas 2017-2022



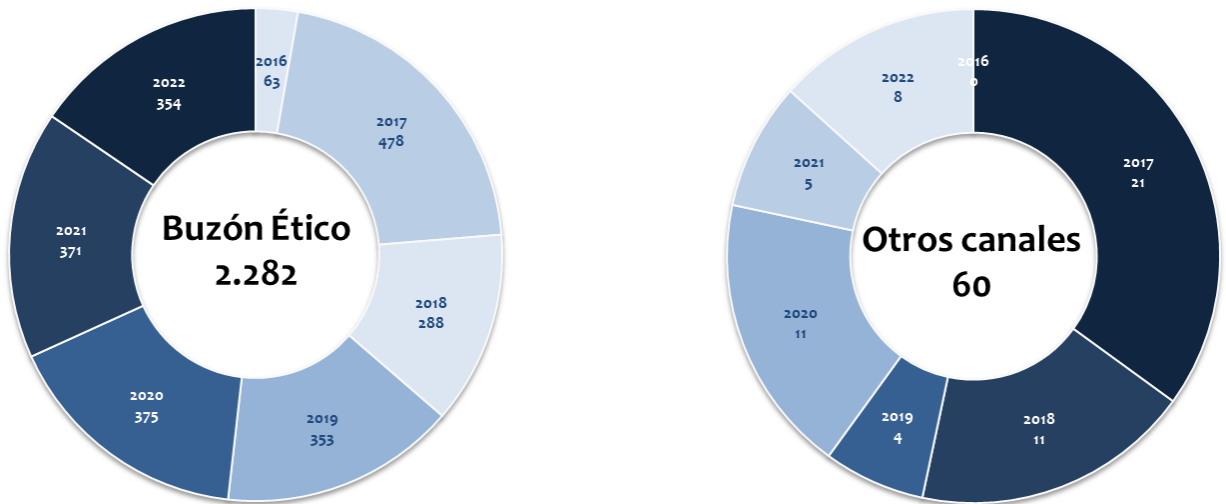


**C) COMPARATIVA EVOLUCIÓN DEL BUZÓN COMO CANAL DE ENTRADA PREFERENTE DE COMUNICACIONES 2017-2022**

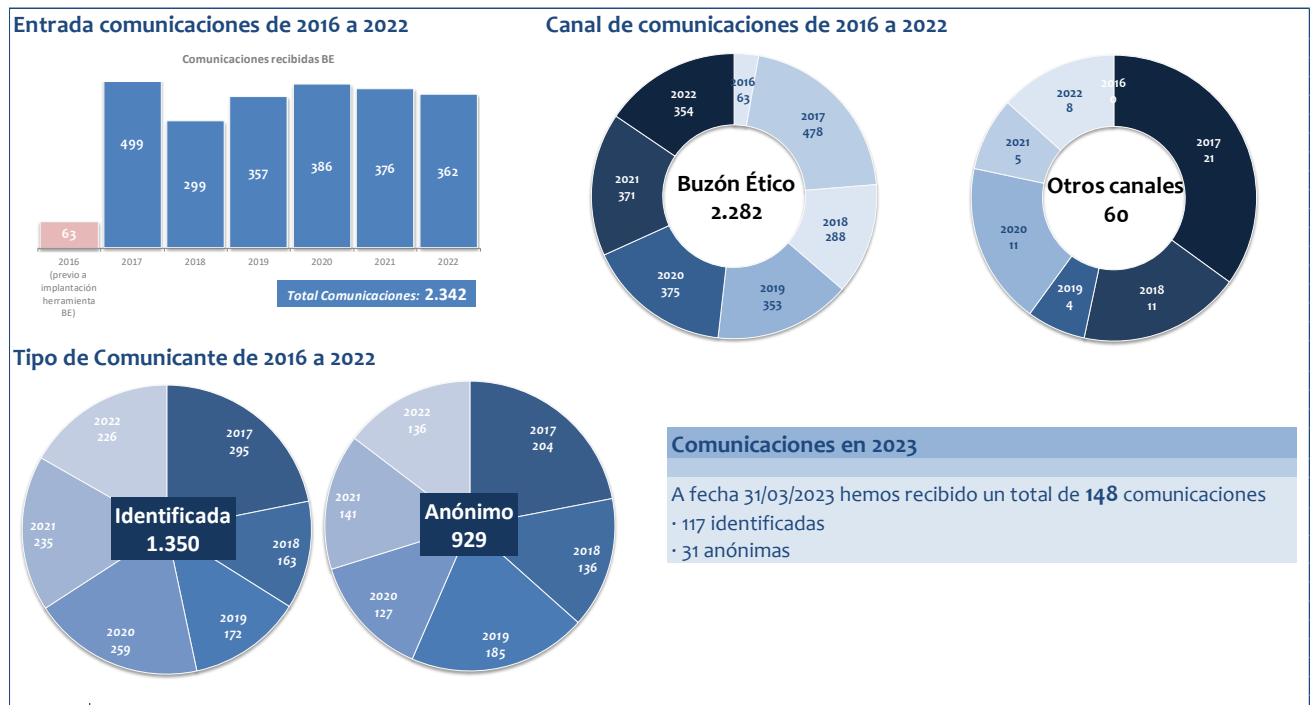
Por años 2017-2022:



**Sobre el total de comunicaciones recibidas 2017-2022**



Se recoge en la siguiente **imagen** la **visión conjunta** de los **datos** ofrecidos hasta ahora (tanto respecto al anonimato como a los canales de entrada) calculada **sobre el número total** de **comunicaciones** recibidas desde la entrada en funcionamiento del Buzón, en enero de 2017. Imagen en la que si bien se reiteran algunas de las gráficas anteriores se ha considerado oportuno introducirla por la perspectiva de conjunto que ofrece:



Pasaremos, a continuación, a detallar **cada una de las acciones practicadas** por la DA **para la tramitación** de las **comunicaciones efectivamente gestionadas** desde el **1 de enero de 2020 al 31 de diciembre de 2022**.

### **2.1.2.3. ACTUACIONES RELATIVAS A LA TRAMITACIÓN DE LAS COMUNICACIONES, INFORMACIONES O ALERTAS EFECTIVAMENTE GESTIONADAS, POR LA DIRECCIÓN DE ANÁLISIS, DESDE EL 1 DE ENERO DE 2020 AL 31 DE DICIEMBRE DE 2022**

Entre **2020, 2021 y 2022** la DA ha **gestionado** efectivamente un total de **1.675 comunicaciones**, resultado de sumar las 1.124 que tuvieron entrada durante esos años (esto es, 386 más 376 más 362, respectivamente) a las 551<sup>21</sup> correspondientes a los años anteriores todavía en trámite a 1 de enero de 2020 (dato sobre el que se volverá más adelante).



La **tramitación** de cada una de las comunicaciones recibidas y gestionadas **engloban** un **conjunto de acciones** que se **inician desde** que estas **tienen entrada**, cursándose el correspondiente **acuse de recibo**, **hasta** que se **notifica** el correspondiente informe

---

<sup>21</sup> Estas 551 comunicaciones correspondían a años anteriores que todavía estaban en trámite a 1 de enero de 2020. Vid. [Memoria 2018-2019](#), donde, además, se explicitan detalladamente las causas que motivaron tal pendencia.

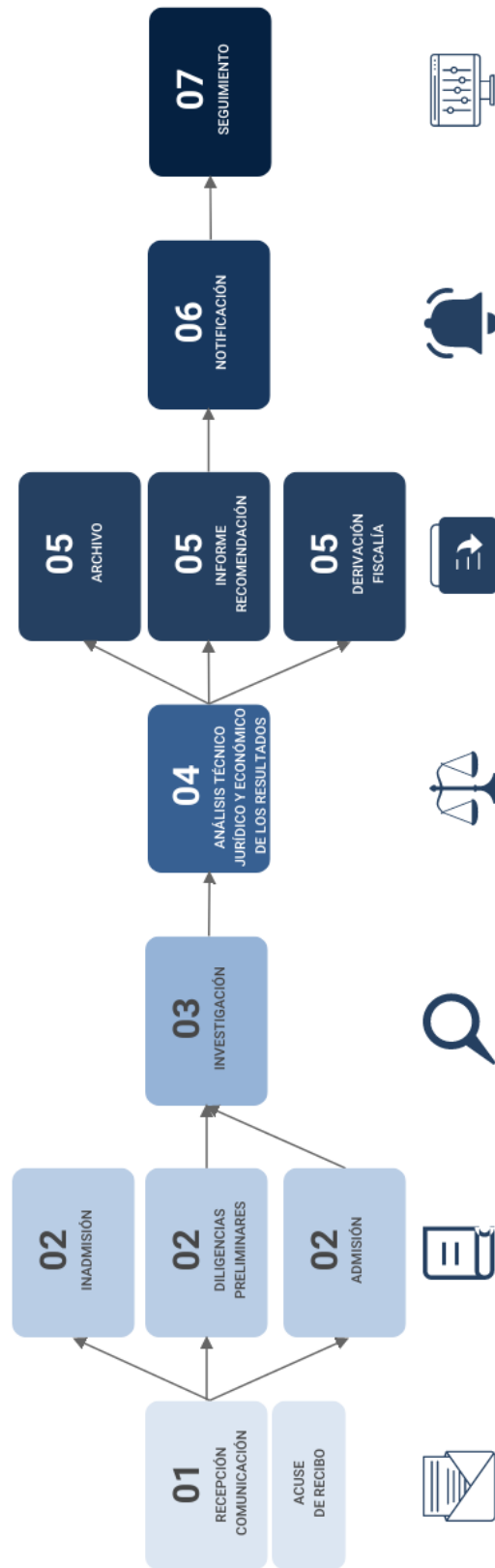
**Recomendación**<sup>22</sup> y se procede al **seguimiento** de la implementación de las medidas o propuestas de mejora de la gestión pública que en ella se formulen.

Se detallarán, aquí las acciones de **investigación** y de **valoración técnico-jurídica** de los indicios o pruebas obtenidas. Deteniéndonos, además: a) en los supuestos de **inadmisión, archivo y admisión** de las comunicaciones; b) en la fase de investigación; c) en las de elaboración, notificación y **seguimiento** de las Recomendaciones y d) en el tratamiento de las **causas de abstención** que afectan o pueden afectar a la DA.

Sirva la presente gráfica para ofrecer una visión panorámica de las diferentes fases de dicho procedimiento:

---

<sup>22</sup> Con el término "Recomendación", en mayúsculas, nos referimos a la denominación que recibe el informe en el que la DA refiere los hechos comunicados, las diligencias de investigación practicada, la valoración técnica y jurídica de los indicios o elementos probatorios obtenidos a raíz de las mismas y las medidas propuestas para subsanar o minimizar los riesgos, vulnerabilidades o, en su caso, infracciones detectadas así como las propuestas de mejora para la gestión pública que se estimen procedentes. Con el término "recomendación", en minúsculas, se hace mención a las concretas recomendaciones (valga la redundancia) propuestas en cada "Recomendación".



## TRAMITACIÓN. FASES. ACCIONES DE INVESTIGACIÓN Y RECOMENDACIÓN<sup>23</sup>

Una vez recibida la comunicación se envía, a la persona comunicante, un **acuse de recibo con la clave alfanumérica** que sólo ella conocerá y que le permitirá volver a su comunicación cada vez que lo desee, **abriéndose**, a partir de ese momento, diferentes **escenarios** según el contenido de la misma:

**1. Inadmisión.** De acuerdo con el **artículo 12** de las NRBE, no se admitirán las comunicaciones que resulten **faltas de fundamento**, sean **notoriamente falsas** o cuenten con una **descripción insuficiente**. **Tampoco**, las que **incumplan la normativa** reguladora del **Buzón**, incluyéndose aquí las que hacen referencia a omisiones o acciones llevadas a cabo por terceros ajenos a la estructura municipal, aunque estas se lleven a cabo en la ciudad de Barcelona, ni las relativas a otras administraciones públicas, por **falta de competencia**, ni aquellas en las que el/la comunicante **no** haya **proporcionado la información requerida**, por el órgano gestor del Buzón, **necesaria** para la comprobación de los hechos.

De acuerdo con estos parámetros, de las comunicaciones recibidas en los años comprendidos entre 2020 y 2022 se realizaron un total 96 inadmisiones y 50 inadmisiones parciales.

**2. Redirección al canal IRIS<sup>24</sup>.** IRIS es el acrónimo de la aplicación informática (sistema multicanal) creada, por el Ayuntamiento de Barcelona, para gestionar las peticiones de la ciudadanía relativas a: **incidencias, reclamaciones, quejas, sugerencias, peticiones de servicio, consultas web o agradecimientos** y para poder promover la convivencia ciudadana así como las actitudes cívicas. De manera que, en el supuesto de que el contenido de una comunicación sea compatible con la temática del IRIS se informará en tal sentido a la persona comunicante.

Todo ello, sin perjuicio de que, según el caso y, de acuerdo con el artículo 12.3 de las NRBE, la Dirección de Análisis, también pueda hacer tareas de comprobación, con relación a dichas comunicaciones, para garantizar mejor los objetivos del Buzón. Y, en cualquier caso, también se informa al comunicante que, si aprecia una mala praxis en la tramitación de su petición, a través del sistema multicanal IRIS, quedamos a su disposición para intervenir en

---

<sup>23</sup> En relación con la explotación de los datos de la memoria podrían existir ciertos desajustes (si bien leves) en las cifras dadas toda vez que, durante 2020 a 2022, se estaba efectuando la migración o el refinamiento (según la fecha), al nuevo sistema de información (G-Buzón), situación que ha implicado cierta dificultad para la obtención y explotación de datos.

<sup>24</sup> El canal IRIS está regulado por el Decreto de Alcaldía S1/D/2017-2348, publicado en la Gaceta Municipal de 17 de julio de 2018.

el asunto, dado que entonces sí podríamos estar ante una situación que, presuntamente, podría ser contraria al buen gobierno y a las buenas prácticas en la gestión pública.

Igualmente, hay que recordar que, si una comunicación presentada a través del sistema IRIS evidencia, de una manera manifiesta, una conducta contraria al derecho, a las reglas y los principios éticos o de buen gobierno, esta podría ser objeto de investigación por parte de la Dirección de Análisis, de acuerdo con el artículo 6 de las NRBE.

Así, las comunicaciones susceptibles de ser gestionadas a través del sistema IRIS fueron: 152 en 2020 y en 2021, y 163 en 2022.

**3. Admisión.** Como regla general, se **admitirán** las comunicaciones que contengan una **descripción suficiente** que permita identificar la conducta y que resulte **verosímil**, aunque se hará una **ponderación previa y fundamentada**, entre el hecho denunciado y su intensidad ofensiva respecto de un determinado bien jurídico, en atención al principio de **proporcionalidad** (art. 12 de las NRBE).

**4. Diligencias de investigación preliminares.** En este punto, se debe poner de manifiesto que hay algunas comunicaciones que, si bien no cumplen todos los requisitos anteriormente señalados para su admisión, sí contienen **indicios de verosimilitud** suficientes que **no permiten inadmitirlas ad limine**. En estos supuestos se acuerdan "diligencias de investigación preliminares"<sup>25</sup> y, según su resultado, se acabará admitiendo o no dicha comunicación. Es decir, técnicamente, se abre una **fase previa** a la de admisión.

**5. Suspensión.** Se suspenderá la tramitación de la comunicación, una vez admitida, cuando se **evidencie**, manifiestamente, la **existencia** de un **procedimiento judicial** sobre los mismos hechos o la concurrencia de **indicios** suficientes de poder estar ante un **ilícito penal** (art 12.2 NRBE).

**6. Archivo.** Admitida la comunicación, se procederá al archivo de las actuaciones si, a vista de las comprobaciones llevadas a cabo, no se acredita una vulneración del ordenamiento jurídico, de los principios o de las reglas éticas y de buen gobierno (art. 16 NRBE).

**7. Investigación.** Como ya se ha indicado, una de las funciones encomendadas a la Dirección de Análisis es **analizar** y **contrastar la información** contenida en cada una de las **comunicaciones** recibidas. Hecha esta tarea, se deben **documentar** los **resultados** obtenidos pues, estos junto con el consiguiente **análisis técnico jurídico** de los mismos, habrán de **justificar la decisión final** que se adopte, ya sea la **admisión/inadmisión**; la incoación de **diligencias previas** de investigación; el **archivo** de actuaciones o la consiguiente **Recomendación** final que se dicte.

---

<sup>25</sup> También llamadas "diligencias preliminares".



Estas **labores de análisis, comprobación y documentación integran la actuación investigadora**, que busca **priorizar la prevención** por encima de las conductas reactivas, toda vez que es esta la finalidad que inspira dicha fase.

La investigación se lleva a cabo **respetando los derechos** del comunicante y de las personas a quienes se atribuye la **responsabilidad** de la **conducta** comunicada (artículos 8 y 9 de las NRBE), **preservando**, tanto **la identidad** del comunicante como su **integridad laboral** y la de los posibles **testigos**. Velándose, durante las tareas de comprobación, por la máxima reserva, al tiempo que **se informa** de los hechos a la **persona** a la que se le **atribuyen (a menos** que, de forma **motivada** y de acuerdo con el principio de proporcionalidad, se **deba** mantener el **secreto** en beneficio de la verificación de los mismos y **siempre**, insistimos, de manera que **no** pueda, ni siquiera, **vislumbrarse** la **identidad** de la persona **alertadora**).

Las tareas de investigación se llevan a cabo de acuerdo con los **principios de congruencia, necesidad, proporcionalidad, celeridad, eficacia, y economía procedimental** (artículo 13 NRBE).

La fase de investigación, propiamente dicha, **se inicia** con la **diligencia de admisión**, tras determinar la verosimilitud del contenido de la comunicación. No obstante y, **excepcionalmente**, también podremos hablar de fase de investigación previa cuando se hayan acordado la práctica de **diligencias preliminares**. En ambos casos, **se informa** de la decisión al comunicante **vía chat**<sup>26</sup> (en los supuestos en se haya utilizado el canal telemático del Buzón, por tanto, aunque este sea anónimo).

#### *7.a. Diligencias de Investigación:*

Dentro del catálogo de **tareas de investigación** que la Dirección de Análisis ha practicado, hasta la fecha, encontramos: **requerimientos informativos y documentales** (tanto a las personas comunicantes como a los órganos, entes y entidades que conforman la Administración municipal y que, generalmente, consisten en la petición de la copia compulsada e íntegra de los expedientes administrativos afectados para su análisis y estudio), **entrevistas personales** (con los/las comunicantes, con posibles testigos que puedan conocer los hechos, con las personas y los responsables de las dependencias afectadas ... y en cuya práctica deben **salvaguardarse todos los derechos** que asisten a las personas afectadas por la comunicación en la medida en que su inobservancia **podría acarrear la nulidad** de la diligencia, con las **graves consecuencias** que ello comportaría, en caso de que se procediese, **posteriormente**, por ejemplo, a la incoación de un **proceso disciplinario** por el órgano competente, o, en su caso, de un procedimiento judicial de

---

<sup>26</sup> Sobre el "Chat", que es una funcionalidad incorporada en la interfaz del Buzón, se hablará después con más detalle dada su especificidad y su relevancia en la gestión diaria de las comunicaciones.

carácter **penal** – doctrina del fruto del árbol envenenado-), **consultas a los registros públicos, páginas web y aplicaciones informáticas** del Ayuntamiento, así como a las diferentes **redes sociales**. Estas diligencias se complementan con **llamadas telefónicas, chats** al Buzón, etc. En cuanto a las facultades y **competencias de inspección**, tan importantes para a la satisfacción de los objetivos encomendados al Buzón, se hace preciso **incidir** aquí, en lo que ya se apuntó en la Memoria precedente (2018-2019), respecto a la conveniencia de su **refuerzo**.

Es innegable, que las **tareas de investigación** gozan de una **gran relevancia**, pues los resultados que se obtengan de ellas serán **fundamentales** para determinar el sentido de la tramitación de las comunicaciones. Así, **sobre el acervo probatorio y la información recabada** a raíz de la práctica de dichas diligencias de investigación, se **procede** a su **análisis técnico, jurídico**, y económico-financiero con la **finalidad** de emitir la correspondiente **Recomendación**. Es, por ello, que, las diligencias de investigación y comprobación, deben ser lo más precisas y exhaustivas posibles y su práctica debe ajustarse a la legalidad vigente.

El **elevadísimo volumen** de expedientes tramitados durante este trienio, por la DA, en el ejercicio de sus funciones de órgano gestor del canal de informaciones, comunicaciones o alertas<sup>27</sup>, un total, como ya se dijo, de **1.675**<sup>28</sup>, **la falta de personal y la ausencia de un gestor documental adaptado** a las **necesidades** requeridas para la **gestión documental** de los expedientes conformados a raíz de las comunicaciones, **no** han permitido ofrecer **datos orientativos** al respecto. Limitación igualmente puesta de manifiesto en la Memoria precedente con relación a los años 2018-2019.

Es un **reto** que, a partir de 2023, con el nuevo gestor documental (G-Buzón) funcionando a pleno rendimiento, pueda realizarse una explotación de datos relativa al volumen total de cada una de las clases de diligencias de investigación que se lleven a cabo anualmente por la DA (incluidas las derivadas de las diligencias preliminares).

El **diseño** del **nuevo gestor** documental, **G-Buzón** finalizó en diciembre de 2020 pero, fue siendo perfilado durante 2021, y refinado durante el 2022, de manera que no ha sido **hasta principios de 2023** que ha podido **desplegar** plenamente sus **funcionalidades**. Sin perjuicio de su desarrollo en el apartado correspondiente, se hace preciso avanzar aquí que el **largo período de implementación y puesta en marcha** del nuevo gestor documental G-Buzón, **hasta** alcanzar su **pleno rendimiento** a principios de **2023**, estuvo **motivado**,

---

<sup>27</sup> Volumen al que debe sumarse, para computar la carga total de trabajo de la DA, el resto de expedientes incoados y tramitados, por ella, en el ejercicio de las demás funciones normativamente atribuidas y que obran sucintamente recogidas en la presente Memoria.

<sup>28</sup> Tal y como se desarrollará más adelante, esa cifra de 1.675 comunicaciones, es fruto de añadir a las 1.124 que tuvieron entrada durante esos años (esto es, 386 más 376 más 362 respectivamente) las 551 correspondientes a años anteriores que a 1 de enero de 2020 continuaban en trámite y, por tanto, no habían finalizado.

entre otras causas: a) por las **dificultades** operadas a raíz del impacto que, **en la organización del trabajo**, tuvo la **pandemia** de la COVID-19 (a las que se aludirán a lo largo de este Informe); b) porque (dadas las limitaciones de personal de la DA) **sólo una persona** de la Dirección pudo ser **destinada** a este **complejísimo** proyecto (una de las dos únicas letradas), c) por las **complejidades técnicas** derivadas de su **"sincronización"** con el software del Buzón, a las que, **además**, se unieron las derivadas de los **estrictos requerimientos de secreto y confidencialidad** exigidos por las NRBE, en la medida en que **impedían** que los **técnicos informáticos** pudieran **conocer** directamente los **archivos y visualizar su estructura**. De hecho, **la migración de todos los expedientes "almacenados" en el SAP y derivados de las comunicaciones** recibidas desde **2016 hasta diciembre de 2020** (fecha en la que se **inicia** el **despliegue** de G-Buzón), esto es, un total de **1.604 expedientes** (con cada uno de los **documentos e información** que los conformaban), **no pudo comprobarse por medios mecánicos y tuvo que hacerse manualmente** por el escaso personal de la DA. Proceso de refinamiento que se alargó **hasta finales de 2022** obligando, hasta ese momento, a **trabajar simultáneamente con dos sistemas** a la vez (**el SAP y el G-Buzón**) a fin de **evitar cualquier posible pérdida** involuntaria de la información o documentos ya existentes y de aquellos que se iban generando a raíz de las nuevas comunicaciones.

**Hasta ese momento**, como ya se expuso en la Memoria 2018-2019, la **única herramienta** con la que contaba la Dirección de Análisis para intentar **gestionar la documentación** generada con la tramitación de las comunicaciones era un **SAP** (sistema informático integrado de gestión contable) que **no se ajustaba a las funcionalidades del Buzón ni** a los **requerimientos de confidencialidad y secreto** necesarios para la gestión de los expedientes que se generaban. Deficiencia que **obligaba a encriptar toda la información** que se almacenaba en él, con las dificultades y cargas de trabajo que conllevaba cualquier consulta de la misma, pues, **no permitía el despliegue automático y completo de la información** contenida en los **expedientes**, si no que se debían ir abriendo, por cada expediente, ventana a ventana, cada uno de los elementos o documentos que los conformaban. **Ralentizando** gravemente la obtención de la visualización completa de la información contenida en los expedientes que se **consultaban**. Expedientes que, además, **se guardaban cifrados**, de manera que, para hacer cualquier consulta, debía descifrarse primero y volver a cifrarlos más tarde para volver a guardar la información. Otra de las múltiples carencias que presentaba el gestor documental empleado era la de **no posibilitar hacer explotaciones exhaustivas de datos** como, por ejemplo, la del número o naturaleza de las dichas diligencias de investigación practicadas. De hecho, dado que durante el 2020 se siguió trabajando con el SAP y durante 2021 y 2022 se convivió con los dos sistemas (SAP y G-Buzón) **todos los datos** que se referencian en **este informe-memoria** han sido **extraídos o comprobados** (según el período al que se refieren) **manualmente** (o, como términos vulgares se conoce, *"palito a palito"*) con la enorme y ardua carga de trabajo que ello conlleva para el exiguo equipo humano de la

Dirección. Carga que se **añade** a la derivada de la **gestión diaria**. Situación que se vio **agravada** por el **enorme volumen de expedientes** que ya manejaba la DA.

No obstante lo anterior y, **pese a no poder cuantificarse** (por los motivos expuestos) el **número total** de las diferentes **diligencias de investigación practicadas** durante el periodo objeto de análisis, sirva, como **referencia**, algunos **ejemplos** de investigaciones llevadas a cabo, por la DA, en ese tiempo que pueden aportar una **orientación** sobre tal extremo:

- El supuesto iniciado a causa de una **alerta sobre un posible fraccionamiento irregular de contratos menores** adjudicados a una misma persona física (según el/la comunicante) durante 4 años y cometido, presuntamente, en un determinado servicio municipal. En ese caso, fue **preciso solicitar**, al órgano municipal contratante, **todos los expedientes de contratación** adjudicados a dicha persona física (y, por tanto, **no solo los de esos 4 años denunciados**) que resultaron ser **32 contratos menores**. Así mismo, cada uno de esos 32 expedientes de contratación menor precisaron de un **doble análisis** de los mismos: a) uno global/conjunto de todos ellos, a fin de poder evidenciar si existió el fraccionamiento del contrato menor; y b) y otro pormenorizado de cada uno de los mismos para poder comprobar, entre otros extremos, la motivación, la coincidencia del objeto de la contratación con el objeto de la factura, así como la documentación justificativa de su ejecución.

Pero, además de solicitar los expedientes de contratación menor de dicha persona física al órgano gestor de la contratación, **también** se solicitó **información** al respecto **a la Intervención General** para averiguar si la adjudicataria había suscrito algún otro contrato menor más con el resto de los órganos municipales.

- En **otro caso**, relativo a **posibles irregularidades** en la adjudicación directa, con similar objeto de contratación, de **cinco contratos menores** a una **asociación** y posteriormente **cinco contratos menores** más adjudicados a la **persona** que era **socio/a** fundador/a de la misma y que, **además** ostentaba el **cargo de Secretario/a** (y que, más tarde acabaría siendo nombrado personal eventual) obligó a **solicitar** los **expedientes** relativos a **toda esa contratación** y a su **estudio**, constatándose, a mayor abundamiento, **desajustes** en la denominación numérica, y en el texto exacto de los contratos, con lo cual los listados entre el órgano gestor de la contratación y de la Intervención General no eran coincidentes. Desajustes que **dificultaron** la labor de **investigación**.
- Otro supuesto, con motivo de una comunicación relativa a **presuntas irregularidades** en una **concreta subvención** concedida a una **entidad gestora** de un **centro cívico**, la DA **no** se limitó a **analizar solamente dicha subvención**, sino que se hizo un **estudio global** de **todas** las subvenciones que recibía dicha entidad, apreciándose, a lo

largo de esos años, un aumento significativo en las cuantías y la posible concurrencia o solapamiento en el objeto de las mismas.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que, **en muchas ocasiones, a raíz** de la **investigación** iniciada **por** los hechos objeto de **una concreta comunicación**, se han llegado a **constatar otras debilidades diferentes** a las comunicadas, **ampliándose así el marco de la investigación inicialmente previsto**, en la medida en que estos nuevos hallazgos también han sido objeto de exhaustiva comprobación. Baste citar, como botón de muestra, en tal sentido, los siguientes **ejemplos**:

- la comunicación, recibida en el Buzón Ético, se **ceñía a la falta de transparencia** en un **concreto concurso de gestión del Bar Cafetería de un Casal**<sup>29</sup> de Barrio, promovido por la entidad gestora del mismo. Pero, las diligencias de **investigación** efectuadas respecto a dicho concurso **arrojaron**, además, **otros indicios** que **también** fueron **objeto** de **comprobación**. Evidenciándose así, **además**, de irregularidades en el citado concurso **otras debilidades** como: a) debilidades en las **obligaciones de seguimiento** del Distrito respecto a la gestión del servicio bar-cafetería; b) graves debilidades en el **cumplimiento** de las obligaciones derivadas del principio de **transparencia** de la entidad gestora por ser beneficiaria de subvenciones municipales; c) debilidades en el cumplimiento de la **normativa municipal** sobre **comunicación** de las actividades por parte de la entidad gestora. Y **respecto a todas** esas debilidades (que, recordemos, no habían sido objeto de la comunicación) se **emitieron** las correspondientes **propuestas de mejora** recogidas en la Recomendación final evacuada.
- Un segundo ejemplo de este último supuesto, sería el de las diligencias de investigación practicadas como consecuencia de una comunicación relativa a una **presunta irregularidad en el cumplimiento de las cláusulas administrativas particulares** respecto a la concesión para el otorgamiento de autorizaciones de ocupación temporal en el espacio público. **Resultado** de las mismas, **se constataron, además, debilidades en las agendas públicas de los miembros electos** en su **relación con los grupos de interés**, concretamente, se detectó la falta de publicación, en las agendas públicas, de los contactos con los grupos de interés, **así como** la falta de publicación de las agendas públicas de **todos los altos cargos municipales, recomendando**, por ello, entre otros: la **modificación** de la **actual Guía** para publicar agendas del gobierno municipal del Ayuntamiento de Barcelona; la programación de **sesiones informativas** a las personas encargadas de la introducción de las reuniones en las agendas, así como "recordar" a la organización municipal que la **obligación de publicar las agendas públicas** debe **extenderse** a todos los altos cargos municipales.

---

<sup>29</sup> Un casal es una entidad de carácter popular con finalidades culturales, recreativas, políticas o religiosas.

### 7.b. Plazos

Dicho esto, nos centraremos, ahora, en otro aspecto a tener en cuenta, el relativo a los **plazos**. Las NRBE disponen que las tareas de investigación se hagan en el **plazo** más breve posible y, como norma general, en un período que no exceda de seis meses<sup>30</sup> desde la presentación de la comunicación.

Sin embargo, muchas veces **la complejidad** de la **investigación** y del posterior estudio jurídico del acervo probatorio recabado (que, a veces, implica como se ha visto, analizar un gran volumen de expedientes y de otros documentos o de practicar numerosas diligencias de indagación) provoca **retrasos** indeseados a los que también contribuyen, muchas veces, el **tiempo** que tardan los **órganos** requeridos en **facilitar**, a la DA, la **información** solicitada (recordemos que el artículo 14 de las NRBE establece la **obligación de colaboración** de los servidores públicos, cargos electos en las tareas de investigación) o el que emplean en hacerlo **los propios comunicantes**. **Demora** que inevitablemente se **agrava** por la **escasez** que en la **dotación** de medios personales y materiales ha venido sufriendo la Dirección de Análisis **desde su creación**.

Lo que es importante, **a efectos reputacionales**, es **intentar diluir** cualquier **susplicia** que pueda suscitarse, en los/las comunicantes, en relación con que los posibles **retrasos en la tramitación**, investigación y resolución de las comunicaciones pueda **obedecer** a una **presunta "connivencia"** entre el órgano gestor del **Buzón** y el órgano o **dependencia** municipal **afectada** por la comunicación **para no investigar o para dejar "prescribir"** la posible irregularidad o infracción comunicada.

En estos casos, ante **cualquier cuestionamiento o recelo** (por leve que sea) de que **la actuación de la DA se aparta de los deberes y obligaciones** a que, por imperativo normativo y ético, están sometidos sus miembros, **se procede** (a fin de **intentar minimizar** cualquier **riesgo** de **sospecha** en tal sentido y **reforzar la confianza ciudadana y de la propia organización** municipal en la solidez del compromiso de integridad o probidad de los servidores públicos que la integran) **a**:

- a) **someter a verificación** o "auditoria" su **actuación**, en un **ejercicio de transparencia y refuerzo** del deber de **rendición de cuentas**. Verificación o comprobación que, debido a las características y naturaleza de la DA, se encarga al **Comité de Ética**. Ello, por cuanto, dicho órgano colegiado, además de ser el responsable de velar por el cumplimiento del Código Ético y de Conducta del

---

<sup>30</sup> Extremo que tendrá incidencia con relación a los plazos establecidos en la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción

Ayuntamiento de Barcelona y su máximo intérprete, goza, de igual manera, de la garantía de Independencia en su funcionamiento (sus miembros son elegidos, por el pleno, entre profesionales de reputado prestigio en el ámbito de la ética, todos/as externos/as a la organización municipal) y está obligado, también, por los deberes de confidencialidad y secreto.

Actuación que **ya se llevó a cabo por la DA**, en 2020, ante la **imputación** formulada por una **persona alertadora** de una **supuesta "connivencia" para "no investigar"** el hecho denunciado **y dejar así prescribir** la infracción comunicada. En este caso, la DA dio **traslado al Comité de Ética** a fin de que **fuera evaluada su actuación** en la tramitación de referida comunicación. De esta manera, **este órgano colegiado**, independiente e imparcial podría analizar y valorar objetivamente la gestión llevada a cabo por los miembros de la DA en este asunto. Dicho órgano **se pronunció** al respecto en la **sesión de 1-7-2020** (y así consta en la certificación evacuada por el Señor Secretario del Comité el 24-7-2020), **confirmando** que la "posible demora" en la tramitación se **debía exclusivamente** a la falta de medios personales y materiales que padecía la DA, en los siguientes términos **"... la demora aducida por el órgano gestor del Buzón Ético es cierta y compartida por el Comité."** Debe **remarcarse** que, en todo caso, **se respetaron los deberes de secreto y confidencialidad** dado que dichos deberes también vinculan a los miembros del Comité de Ética.

b) Se **comunican los motivos** de las posibles dilaciones (que, además, son totalmente objetivables), y se hace en cada una de las Recomendaciones, al ser notificadas a los respectivos órganos o **departamentos municipales** afectados. Pero **también**, a las personas **comunicantes** cada vez que se **interesan** por el **estado** de sus **comunicaciones** así como **en el momento** en que **se les informa de la finalización** de la **tramitación**.

Respecto a las referidas **carencias de medios**, sin perjuicio de que más adelante será objeto de un tratamiento pormenorizado, sirva adelantar aquí que estas **ya se ponían de manifiesto**, tanto en la **Memoria** del año **2016-2017**, como en la correspondiente a los años **2018-2019** y, también consta reconocido, en reiteradas ocasiones, desde la creación de la DA, por: **responsables políticos y gerenciales** (se citan, por ejemplo, las Comisiones de Presidencia, Derechos de Ciudadanía, Participación y Seguridad y Prevención, de 18 de abril y 16 de mayo, ambas, de 2018 –nos remitimos, en tal sentido, a las Actas de dichas sesiones), como por el **Comité de Ética** (nos remitimos aquí a: la Moción de 13 de junio de 2019; al Acuerdo de 1 de julio de 2020 -según certificación del Sr. Secretario de 24 de julio de 2020- e Informe de 8 de Abril de 2022, presentado ante la Comisión de Presidencia, de 20 de abril de 2022 y que se acompaña a la presente Memoria como Anexo). **También la Sindicatura de "Greuges"** del Ayuntamiento de Barcelona, en su Resolución de 28 de diciembre de 2021, constata dicho déficit de medios y se pronuncia al efecto (así

consta en su Memoria de Actividades correspondiente al año 2021 que fue llevada ante el **Consejo Municipal**).

**8. Fase de Resolución-Recomendación.** Una vez terminada la comprobación de los hechos y reunidos los resultados obtenidos, se pasa a la **fase de Resolución-Recomendación**. Fase, durante la cual, se procede a la **valoración y el estudio técnico-jurídico** de los datos obtenidos durante la fase de investigación y que culminará con la **redacción** de la **Recomendación** correspondiente.

Esta **Recomendación es el informe final** que, recogiendo los hechos comunicados, las diligencias de investigación practicadas y el análisis técnico-jurídico de sus resultados, finaliza con la **concreción** de las **irregularidades comprobadas** (de ser ese el caso), de los **riesgos** de incumplimiento **detectados** y con la propuesta de las concretas medidas correctoras, preventivas y de mejora de la gestión pública que se creen oportunas en cada caso (**propuestas**, a las que nos referimos con el término "**recomendaciones**", **en minúsculas**, para diferenciarlo del que designa este Informe final, esto es, "**Recomendación**", **en mayúsculas**, dentro del que se encuadran<sup>31</sup>).

De acuerdo con el artículo 16 NRBE, con la **Recomendación**, la Dirección de Análisis: a) indica si considera que puede existir o no una **conducta contraria** a derecho, a los principios o a las reglas éticas y de buen gobierno; b) **propone las medidas de mejora** en la gestión pública que se consideren oportunas y c) **sugiere o indica la modificación, la anulación o la incorporación de criterios** que puedan evitar disfunciones en el futuro o mejorar determinadas prácticas, dentro de **los supuestos y las áreas de riesgo** de conductas irregulares que se constaten como consecuencia de las actuaciones llevadas a cabo.

Si procede, la Dirección de Análisis, también puede: a) **proponer** al órgano gestor competente que **incoe un expediente administrativo** para **restaurar la legalidad alterada** o adoptar medidas **sancionadoras o disciplinarias**; b) **comunicar a la Fiscalía** las conductas que puedan ser constitutivas de un ilícito penal (con suspensión de las actuaciones) y c), en cualquier caso, como ya se ha dicho, a la vista de las comprobaciones llevadas a cabo, podrá acordar el **archivo** de las actuaciones.

Según dicha finalidad, podemos encontrar **7 tipos de Recomendaciones**:

- I **1.-Recomendación de irregularidad** si, al terminar la investigación, se constatan irregularidades en el funcionamiento de la Administración. En este caso, la resolución contendrá, por un lado, la motivación o la justificación técnica de las irregularidades detectadas y, por otro, el ofrecimiento de alternativas o buenas prácticas ajustadas a derecho y a las exigencias del buen gobierno que permitan, al órgano o la entidad

---

<sup>31</sup> Vid. Nota a pie de página 18



afectada, subsanar dichas irregularidades o, si esto ya no es posible, tenerlas en cuenta en futuras actuaciones.

- I **2.-Recomendación de irregularidad parcial** cuando de todas las presuntas irregularidades comunicadas por la DA solo alguna de ellas ha sido constatada después de la investigación practicada al efecto
- I **3.-Recomendación de no irregularidad** cuando, una vez estudiado el caso, la actuación municipal se ajusta a la legalidad y a los principios de buen gobierno.
- I **4.-Recomendación de no irregularidad con propuesta de mejora**, que englobaría los supuestos en los que, si bien no se confirma una mala praxis en la actuación municipal, sí se cree recomendable adoptar medidas preventivas o que mejoren esta actuación para evitar riesgos futuros.
- I **5.-Recomendación-Informe de Remisión al Comité de Ética.** Con el nombramiento de los miembros del Comité de Ética del Ayuntamiento de Barcelona, en junio de 2018 (tema que se desarrollará más adelante) y su plena entrada en funcionamiento, a finales del mismo año, la Dirección de Análisis, en aquellos supuestos en que se alerta sobre una **posible infracción del Código Ético y de Conducta** da traslado de la comunicación al referido órgano colegiado para su conocimiento.

En **estos supuestos, la DA actúa** (de conformidad con lo dispuesto en el Código Ético y de Conducta, en las NRBE y en el Reglamento Interno de funcionamiento del Comité de Ética) **como órgano de soporte técnico jurídico del Comité, practicando las diligencias de instrucción que se indiquen o se crean necesarias.** El **resultado** de dichas **comprobaciones junto** con el **estudio normativo, jurisprudencial y doctrinal** pertinente **se recogen** en la correspondiente **"Recomendación-informe de remisión al Comité de Ética"** que se dirigirá al citado órgano para su posterior decisión.

- I **6.-Recomendación-Actuación de impulso.** Esta modalidad de Recomendación o Actuación se dicta, siempre preservando los deberes de confidencialidad y secreto, en ejercicio de las funciones de **"canal de alertas" o "avisos"**, en aquellas situaciones en las que la comunicación, **sin ser merecedora (*stricto sensu*)** y de conformidad con los requisitos del art. 12 de las NRBE) **de admisión, pone de manifiesto, *ab initio*** o después de practicada alguna diligencia preliminar de investigación, por ejemplo,: a) la existencia de disfunciones o circunstancias en la tramitación administrativa que, si bien no son constitutivas de infracción, pueden suponer (de mantenerse en el tiempo) un riesgo en tal sentido y que, además, en la mayoría de las ocasiones, el órgano, distrito o departamento municipal competente

para su subsanación o corrección, ni tenía conocimiento previo de las mismas ni tan solo las había detectado o b) situaciones que pudieran comportar un riesgo para la salud pública, la seguridad o integridad de las personas o cualquier otro supuesto que **aconsejen**, por parte del órgano municipal competente, el **despliegue de medidas** de protección para evitar los posibles daños o lesiones a personas o bienes que pudieren causarse de no atenderse la "alerta" cursada de manera **más o menos inmediata**.

- I **7.-Recomendaciones "antes normativa"**. Son las que se elaboran a raíz de comunicaciones que refieren situaciones anteriores a la entrada en vigor de las NRBE y que, si bien no tienen una continuidad con posterioridad a aquella, sí evidencian posibles riesgos que aconsejan propuesta de medidas de mejora, aunque sin entrar a valorar la conducta o comportamiento comunicado, en aplicación del principio de irretroactividad en los términos establecidos en la Disposición Transitoria de las NRBE.



De acuerdo con esta clasificación, **entre 2020 y 2022** se dictaron un total de **201** actuaciones de impulso y **Recomendaciones**, correspondientes a 49 en 2020, 80 en 2021 y 72 en 2022.

A la vista de la **diferencia cuantitativa** de Recomendaciones evacuadas en **2020 respecto a 2021 y 2022** se hace necesario **recordar** que **ese fue el año** en que, a partir de principios de marzo **irrumpió la COVID-19** con el **grave impacto** que la crisis provocada por dicha **pandemia** supuso para las vidas y la salud de todas las personas y también para la **organización del trabajo** tal y como hasta entonces se conocía. Entró en juego la **declaración del estado de alarma** y, con él, tanto la **suspensión de los términos y plazos<sup>32</sup> procesales y administrativos** como los **confinamientos** y cuarentena. Circunstancias ambas **que incidieron directamente en la gestión de las comunicaciones**: la primera, por cuanto **afectaba a los plazos de tramitación** de las comunicaciones (extremo del que se informó en la web mediante la publicación, del siguiente "aviso": "*A partir del día 16 de marzo, debido a la situación derivada del Covid-19 y hasta nuevo aviso, si bien el Buzón Ético y de Buen Gobierno continuará funcionando como canal de entrada de comunicaciones con normalidad estas no podrán ser atendidas ni respondidas dentro de los términos habituales. Disculpen las molestias*") y la segunda, en la medida que supuso **la restricción** de la **libertad deambulatoria** y de **desplazamiento** de la población, comportó la **necesidad de adaptar la gestión del buzón, con todos sus estrictos requerimientos de seguridad, al trabajo a distancia**. Adaptación que **requirió** un sobre **esfuerzo técnico-informático así como la inevitable ralentización** de las **actuaciones** de investigación (a la que también contribuyeron las disfunciones que, así mismo, estaban sufriendo también el resto de dependencias, órganos y organismos municipales). Circunstancias a las que también se unió la **destinación de una de las dos únicas Letradas** de la DA al **proyecto G-Búzon**.

Los ámbitos de la actuación municipal objeto de las citadas Recomendaciones han sido, de conformidad con lo dispuesto en las NRBE, los relativos, entre otros, a:

- Recomendaciones de carácter preventivo en relación con alertas de irregularidades en materia de **contratación pública**.

---

<sup>32</sup> El Real Decreto 463/2020, modificado por el Real Decreto 465/2020, estableció medidas relativas a los términos y plazos procesales y administrativos, a las que sumaron las establecidas mediante el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, así como las acordadas de oficio por algunos órganos constitucionales.

- Recomendaciones de carácter preventivo en relación con alertas de irregularidades en materia de **función pública**.
- Recomendaciones de carácter preventivo en relación con alertas de irregularidades en **actividad de fomento (Subvenciones, etc)**.
- Recomendaciones de carácter preventivo en relación con alertas de irregularidades en **materia de transparencia: Publicidad activa y derecho de acceso a la información pública**.
- Recomendaciones evacuadas en prevención de los riesgos detectados a raíz de infracciones de la normativa reguladora del **procedimiento administrativo**.
- Recomendaciones de carácter preventivo en relación con alertas sobre presuntas disfunciones en la **prestación de servicios públicos**.

En cuanto al **contenido** de las 201 Recomendaciones evacuadas desde el 1 de enero de 2020 hasta el 31 de diciembre de 2022 y en atención a su elevado **componente preventivo**, este será objeto de **desarrollo** en el **apartado 2.6 de la Memoria, relativo a la "PREVENCIÓN", concretamente en su punto "2.6.1.- RECOMENDACIONES. EXTRACTO POR MATERIAS DE LAS ACTUACIONES Y MEDIDAS DE MEJORA PROPUESTAS POR LA DIRECCIÓN DE ANÁLISIS"**.

**9. Fase de Notificación y Seguimiento.** Una vez finalizada la fase de Resolución-Recomendación con el dictado de la correspondiente Recomendación esta es **notificada**, por la Dirección de Análisis (DA), a la **persona, órgano, departamento o unidad municipal** al que se refería la comunicación **origen** de la misma.

Pero, **según los resultados** de la investigación previa o de las propuestas de mejora o de actuación que estas contengan, **también** se comunican a **Alcaldía** y a la **Gerencia Municipal** y a **otros órganos de supervisión o fiscalización municipales**, en atención a las competencias y funciones que aquellos tengan normativamente encomendadas (**Intervención General, Secretaría General ...**) así como al **Comité de Ética (en aquellos casos en que además del incumplimiento normativo constatado por la**

**DA, esta ha podido apreciar un presunto incumplimiento del Código Ético y de Conducta<sup>33</sup>).**

Traslado que también se ha efectuado, **en casos concretos, a la Oficina Antifraude de Cataluña** al amparo del principio de colaboración institucional y en el marco del convenio de colaboración suscrito el 17 de septiembre de 2017. Y, en una ocasión, a la **Agencia Catalana de la Competencia**, por si la información recabada le pudiera ser relevante, en base a dicho principio de colaboración institucional y al amparo de lo dispuesto, a tal efecto, en la Ley de la Competencia 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

**También** se informará al **comunicante** la finalización de la tramitación y, si procede, el resultado de las actuaciones, en los términos establecidos en las NRBE.

Una vez notificada la Recomendación, se abre la fase de **Seguimiento** que tiene por objeto **verificar el grado de implementación** de las medidas de corrección, mejora y prevención propuestas. A esta fase también se aludirá en el citado punto "2.6.1.- RECOMENDACIONES. EXTRACTO POR MATERIAS DE LAS ACTUACIONES Y MEDIDAS DE MEJORA PROPUESTAS POR LA DIRECCIÓN DE ANÁLISIS".

## **10. Chat**

Llegados a este punto y también dentro de las **actuaciones relativas a la tramitación** de las comunicaciones recibidas a través del Buzón, hallamos otra digna de especial mención, tanto por el elevado volumen que representa como por sus particularidades.

Esta actividad es la que genera el "**Chat**", que es una **funcionalidad** más, incorporada en la **interfaz del Buzón** y que, por ello, goza de las **mismas garantías de confidencialidad y reserva** que aquella.

Según el Diccionario de la Real Academia Española la palabra "chat" significa: "**Intercambio de mensajes electrónicos** a través de internet que permite establecer una **conversación** entre dos o más personas."

---

<sup>33</sup> Este supuesto es **diferente al de la "Recomendación-informe de Remisión al Comité de Ética"** pues, en esta última, la DA actúa como órgano de soporte técnico-jurídico del Comité de Ética y se refiere a casos en los que, desde un principio, se ha alertado de una acción susceptible de constituir una infracción del Código Ético y de Conducta. Mientras que las que se tratan en este apartado son las Recomendaciones dictadas, a partir de comunicaciones que informan de conductas presuntamente contrarias al Ordenamiento Jurídico, de cuyo conocimiento es competente, la DA, en aplicación de las NRBE, siendo que a raíz de las investigaciones por ella realizadas y de las conclusiones a las que ha llegado en dicha Recomendación que entiende que además de las infracciones, disfunciones o irregularidades normativas detectadas pudiera existir una presunta infracción del Código siendo que la remisión o traslado al Comité de Ética lo es a ese solo efecto.

Recordemos que el **Buzón** es un **canal de comunicación bidireccional** que además está **"vivo"**, por lo que cada comunicante (**incluso**, los que son **anónimos**), una vez cursada su comunicación, **pueden interactuar con el órgano gestor de Buzón en cualquier momento** durante el tiempo que dure la **tramitación** de la misma (ya sea para dar más información y para preguntar por el estado del proceso, o para formular cualquier otra cuestión sobre ella). Comunicación que se vehicula **a través de "chats"** que los miembros de la Dirección de Análisis atienden con una asiduidad casi diaria.

Igualmente, mediante los chats, los miembros del órgano gestor del Buzón **se dirigen al comunicante (aunque sea anónimo)** para **solicitarle** más **información** u otros datos y para **notificarle** cualquier tipo de resolución o diligencia (admisión, archivo, diligencias preliminares,...).

Ahora bien, este chat del Buzón, plantea **complejidades** dignas de mención, dada la necesidad de tratar el contenido de cada uno de los que se generan a raíz de la tramitación de una comunicación con el **máximo de rigor** puesto que puede tener consecuencias jurídicas que incidan directamente sobre la protección tanto del comunicante como del sujeto afectado por la conducta comunicada.

El órgano gestor del Buzón, en cada uno de los chats con el comunicante, debe hacer una **valoración estricta** con relación a su contenido y a cómo aplicar las Normas Regulatoras del Buzón Ético y de Buen Gobierno; sin olvidar la incidencia y el respeto a un amplio magma normativo (como el equilibrio entre las relativas a la protección de datos de carácter personal y a la Transparencia) y sin transgredir ninguno de los derechos.

El órgano gestor **también** utiliza el **Chat**:

- Para pedir el consentimiento expreso del comunicante cuando, por la naturaleza de los hechos comunicados, al practicar cualquier diligencia de investigación (requerimientos de información ...) puede existir algún riesgo, por mínimo que fuese, que pudiera afectar a la reserva de su identidad.
- Para recordar al comunicante que la presentación de la comunicación no paraliza los plazos para el posible ejercicio de las acciones que, conforme a derecho, pudieran asistirle en aquellas comunicaciones, en que las infracciones comunicadas pueden ser recurribles u objeto de posibles reclamaciones ante la Administración pública o las autoridades judiciales competentes, el órgano gestor del Buzón recuerda al comunicante, mediante el chat, que la presentación de la comunicación no paraliza los plazos para el posible ejercicio de las acciones que, conforme a derecho, pudieran asistirle.

- En referencia a comunicaciones en las cuales, los hechos que se describen ya han sido conocidos previamente por la Sindicatura de "Greuges" del Ayuntamiento de Barcelona o lo están siendo, o cuando las comunicaciones se refieren a conductas sobre las que este órgano ya ha emitido unas consideraciones, el órgano gestor del Buzón Ético, por regla general, de acuerdo con el principio de eficacia y eficiencia, no los vuelve a valorar. Y así lo trasladará al comunicante mediante un chat e informará, en tal sentido, a la Sindicatura previo consentimiento de aquel.
- En supuestos referentes a las comunicaciones sobre Derecho de acceso: cuando las comunicaciones contienen una solicitud de información pública el órgano gestor del Buzón Ético informa al comunicante, mediante el Chat, que: a) de acuerdo con lo establecido en la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno puede ejercer su derecho de acceso a la información pública; b) que estas solicitudes de derecho de acceso dan inicio a un procedimiento administrativo otorgando al solicitante la calidad de interesado a la vez que le garantiza su derecho a interponer recurso si: - No recibe respuesta de la Administración competente en el plazo adecuado; - Recibe respuesta, pero considera que la respuesta recibida no es la adecuada; c) que el artículo 26 de la citada Ley 19/2014, de 29 de diciembre, exige que el solicitante se identifique; mientras que el Buzón Ético y de Buen Gobierno tiene reconocido normativamente el deber de reserva y la obligación de preservar la identidad del comunicante. Motivos, todos ellos, que, en el caso de que la persona solicitante, decida ejercer su derecho de acceso a la información pública, impiden que, se pueda redirigir, desde el canal del Buzón, su solicitud de información directamente al Departamento de Transparencia, que es quién traslada las solicitudes de derecho de acceso al órgano gestor que corresponda (que es la dependencia municipal que dispone de la información interesada y responsable de garantizar una respuesta adecuada y dentro del plazo establecido) para su tramitación.

Esta **actividad de "enviar", chats o de "responder" y "atender" los chats** enviados por los comunicantes, como se ha dicho, supone un número **relevante de las actuaciones de tramitación llevadas a cabo**, por la DA, **durante los años 2020 a 2022**, pero al igual que sucedía con las diligencias de investigación, debido a no haberse contado, hasta bien entrado el año 2022, con un gestor documental apropiado, no se puede explotar de manera automática esos datos. También aquí, **su cómputo manual se hace inviable**, por los mismos motivos ya esgrimidos al tratar la imposibilidad de **computar el número** de las diligencias de investigación practicadas (en esencia, limitaciones del gestor documental empleado y de la dotación de la Dirección).

Se expone, seguidamente, un diagrama de proceso que desgrana las diferentes fases de la tramitación de las comunicaciones/alertas/informaciones recibidas:

TRAMITACIÓN Y GESTIÓN		
PRINCIPIOS		
Congruencia	Necesidad	Proporcionalidad
Celeridad	Eficacia procedimental	Máxima reserva
FASE DE TRAMITACIÓN		
<b>I. Inicio</b> <b>Acuse de recibo</b>	Resolución de Inadmisión	
	Diligencias preliminares previas a admisión	
	Resolución de admisión	
<b>II. Investigación</b>	Tipo de diligencias	Requerimientos informativos y documentales
	(Deber colaboración)	Entrevistas personales <input type="checkbox"/>
		Inspección
		Consultas en Registros Públicos
		Webs y aplicativos informáticos del Ayuntamiento de Barcelona
		Redes sociales
<b>III. Análisis técnico-jurídico</b>	Normativa local, autonómica, estatal, europea.	
	Documentación técnica: procedimientos, protocolos, circulares, informativas, ...	
<b>IV. A la vista del resultado de la investigación y del análisis jurídico</b>	<b>IV.1. Archivo</b>	
	<b>IV.2. Recomendación</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- de irregularidad que incluye Informe razonado sobre las irregularidades detectadas y propuestas de mejora de actuación</li> <li>- de irregularidad parcial con propuesta de mejora</li> <li>- de no irregularidad</li> <li>- de no irregularidad con propuesta de mejora</li> <li>- Recomendación-informe jurídico remitido Comité de Ética</li> </ul> Recomendación y actuación de impulso
<b>V. Notificación</b>	<b>Notificación al órgano competente para iniciar expediente restauración legalidad alterada o de posibles responsabilidades disciplinarias, contables o cualquier otra responsabilidad administrativa</b>	
	<b>Notificación a la persona o dependencia afectada</b>	
	<b>Notificación / Comunicación Alcaldía, Gerencia Municipal, Secretaría General, Intervención y otros órganos de control o supervisión</b>	
	<b>Información a la persona comunicante</b>	
	<b>Traslado a fiscalía</b> presuntas responsabilidades penales (suspensión actuaciones)	
<b>VI. Seguimiento de la implantación de las medidas de mejora propuestas</b>		



**Visualizada la multiplicidad de acciones que comporta la gestión y tramitación de una comunicación puede resultar de utilidad, a efectos valorativos, recordar que el número de comunicaciones gestionadas y tramitadas, por la DA, durante 2020 a 2022 ha sido de 1.675 comunicaciones.**

#### **2.1.2.4. TRATAMIENTO DE LOS SUPUESTOS EN QUE CONCURRE UNA CAUSA DE ABSTENCIÓN O RECUSACIÓN RESPECTO A LA DA. SITUACIONES DE CONFLICTO DE INTERÉS**

Tema de vital importancia para **asegurar la robustez del sistema** es el tratamiento y gestión de las **causas de abstención** que puedan afectar a los miembros de la **Dirección de Análisis**, en cuanto al contenido de alguna de las comunicaciones que tengan entrada, ya sea con relación a los **hechos** que esta contenga o a las **personas** a las que esta pueda referirse. Especialmente, en cuanto a las **causas de abstención o recusación**, previstas en los artículos **23 y 24 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre**, de Régimen Jurídico del Sector Público, **en relación: por un lado, a las exigencias de confidencialidad y secreto tanto en la gestión de las comunicaciones como en la identidad de los alertadores (de cara a garantizar su indemnidad tal y como imponen las NRBE) y de las personas contra las que estas se dirigen y por el otro, con la garantía de independencia funcional** predicada en el artículo 25 de las NRBE.

Supuestos de abstención que, por ejemplo, se pueden suscitar ante la posible amistad o relación preexistente tanto con la persona comunicante como con la persona a la que se refiere la comunicación y que solamente se podrían elevar o poner en conocimiento, para su valoración, desvelando la identidad de aquellas y obviando la confidencialidad de los datos.

**Posibles situaciones de conflicto de interés** (incluidos los aparentes) que puedan plantearse y que se tornan, especialmente delicadas, si afectan a la propia Dirección.

Por eso, de acuerdo con el **artículo 19<sup>34</sup> del Reglamento Interno de Funcionamiento del Comité de Ética**, será este órgano colegiado el **competente** para conocer y **resolver** si **concorre o no causa de abstención o inhibición/recusación** en la **persona responsable** de la gestión del **Buzón Ético**. De esta manera se **garantiza**, en estos casos, la **independencia funcional de la Dirección de Análisis** a la vez que se **mantiene el**

---

<sup>34</sup> Artículo 19 Reglamento Interno de Funcionamiento del Comité de Ética: *"El Comité de Ética se encargará de resolver los supuestos de abstención y/o recusación de la/el titular de la Dirección de Análisis atendiendo a la obligación de confidencialidad y al principio de máxima reserva que le imponen en exclusiva la normativa reguladora del Buzón ético y de buen gobierno sobre las comunicaciones que conocerá esta Dirección. Por lo que también se encargará de resolver las causas de abstención y/o recusación en aquellos supuestos que afecten a todos los miembros de la Dirección de Análisis, incluido/a su titular. Serán causas de abstención y/o recusación las establecidas en los artículos 23.2 y 24, respectivamente, de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público, así como cuando concurren las causas que pueden originar conflictos de intereses (reales, potenciales y aparentes) por parte del personal de esta Dirección y que podría comportar una afectación a la imparcialidad y la objetividad, requisitos necesarios para resolver las comunicaciones de acuerdo con la normativa reguladora del Buzón ético. En este supuesto, se encargará el Comité de efectuar la correspondiente recomendación".*

**respeto al secreto y reserva** de la **información** contenida en las comunicaciones, **así como la confidencialidad de la identidad de los comunicantes** y, por tanto, también de su **indemnidad. Garantías**, todas ellas, que **no podrían asegurarse** si las causas de abstención se plantearan ante cualquier **otro órgano municipal** en tanto que no estaría obligado ni ligado por el deber de secreto que emana e impone las NRBE respecto a la Dirección de Análisis y el Código Ético respecto al Comité de Ética.

Sobre el tratamiento de las causas de abstención y recusación de la Dirección de Análisis volveremos a hablar, más específicamente, en el apartado relativo a las "Relaciones con el Comité de Ética", si bien, procede adelantar aquí, que el número de **causas de abstención planteadas** por la **Dirección de Análisis**, durante el periodo comprendido entre **2020 y 2022**, fue **1** y, el Comité de Ética **confirmó** las causas de abstención alegadas.

### **2.1.2.5. DETALLE DEL VOLUMEN TOTAL DE COMUNICACIONES EFECTIVAMENTE TRAMITADAS Y GESTIONADAS Y DE LOS NIVELES DE PENDENCIA DE 1 DE ENERO DE 2020 A 31 DE DICIEMBRE DE 2022**

Una vez evidenciada la **complejidad** que entraña la tramitación y gestión de las comunicaciones y de los expedientes a que, estas, dan lugar (en la medida en que comporta el despliegue de un amplio abanico de actuaciones, arriba señalado: Investigación, valoración y estudio jurídico de los datos obtenidos, redacción de la Recomendación y seguimiento de la implementación de las medidas propuestas con todas las acciones de comunicación, xat, notificación, requerimientos de información, archivo y gestión de documentación, inexistencia de un gestor documental apropiado ...) y el limitado número de "gestores" o "tramitadores" con competencia en estos temas (únicamente 2 letradas y un soporte administrativo) pasaremos, a continuación, a detallar las **causas** de que **durante el 2020-2022 el volumen** de comunicaciones a **tramitar** ascendiese a **1.675**, fruto de **sumar** a las que tuvieron entrada esos años (386 más 376 más 362 respectivamente), esto es, **1.124** a las **551** correspondientes a otros años que a 1 de enero de 2020 estaban aún en trámite.

**Partiremos**, para el desarrollo de este apartado, del número de **comunicaciones** que **a 1 de enero de 2020** se **"arrastraban"** de los años anteriores, por estar aún en trámite en aquella fecha. Un total de **551** comunicaciones.

El **detalle y los motivos** de dicho nivel de pendencia obra **explicitado** en el [apartado 2.2.3 de la Memoria](#) correspondiente al periodo **2018-2019** (Memoria 2018-2019) y a ellos nos remitiremos, si bien, **introduciendo** aquí una **breve retrospectiva** al respecto, en la medida en que esta **facilitará** una mejor **comprensión** del **estado** de tramitación en el período del cual se rinde cuentas (2020-2022) y de su evolución.

Remontémonos al **2018** y recordemos, que, ese año, fue **heredero** de la **avalancha** de comunicaciones que supuso la entrada en funcionamiento del Buzón, en enero de **2017**.

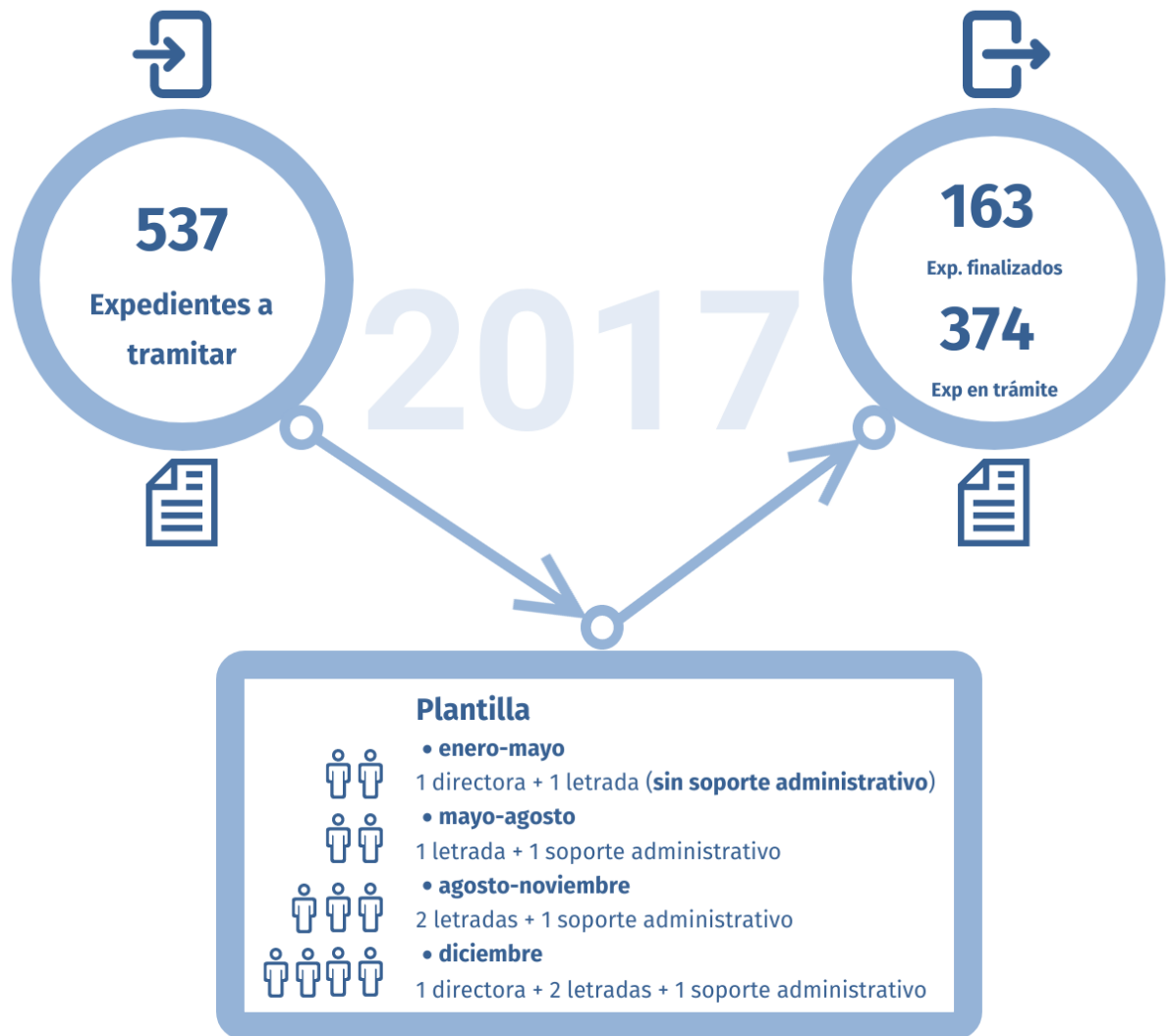
#### **2017**

Efectivamente, dicho alud se cifró en una entrada de **499 comunicaciones** en ese año **2017**, a las que debían **añadirse**, las **38** que, aún estaban **en tramitación**, de las 63 que se recibieron (por otros canales) en **2016 arrojando un total de 537 comunicaciones**.

Sin embargo, **frente** a ese total de **537 comunicaciones** (499+38) a **tramitar** durante **2017**, la **plantilla** de la DA hasta mediados de año, se componía, **exclusivamente**, de **2 personas**: una **directora** y una **letrada sin soporte administrativo** alguno. No fue, aproximadamente, **hasta** el mes de **junio** que se **incorporó una soporte administrativa** y en **agosto** una **letrada**. **Pero** desde **mayo** a **finales de noviembre** la **plaza** de

**Director/directora** quedó **vacante**. Esta situación **contribuyó, poderosamente**, para que **empezase el 1 de enero de 2018** con una **acumulación de 374 expedientes** en trámite.

Año 2017:



## 2018

Así las cosas, **en 2018** tuvieron que ser efectivamente **gestionados un total de 673 expedientes**, correspondientes a las **374** comunicaciones que a 31 de diciembre de 2017 estaban en trámite **más** los derivados de las **299** que se recibieron a lo largo del año. **De esos 673 expedientes, a 31 de diciembre de 2018, se habían finalizado 220** y estaban **en trámite 453**.

## 2019

Por tanto, durante **2019** se **tramitaron** un total de **810 expedientes**, resultado de **sumar** los **453 que estaban en trámite**, a 31 de diciembre de **2018**, **más** los incoados a raíz de las **357** comunicaciones **que** tuvieron **entrada ese año**. **Frente a los 810 expedientes** a tramitar **durante 2019**, la DA contaba, a 1 de enero de 2019, con una **plantilla**, de tan **solo 4 personas** (una directora, dos letradas y un soporte administrativo) que, **además**, se vio **tensionada** por **tres incidencias** que acontecieron a lo largo de ese año, de **gravísimas** repercusiones para el funcionamiento de la Dirección:

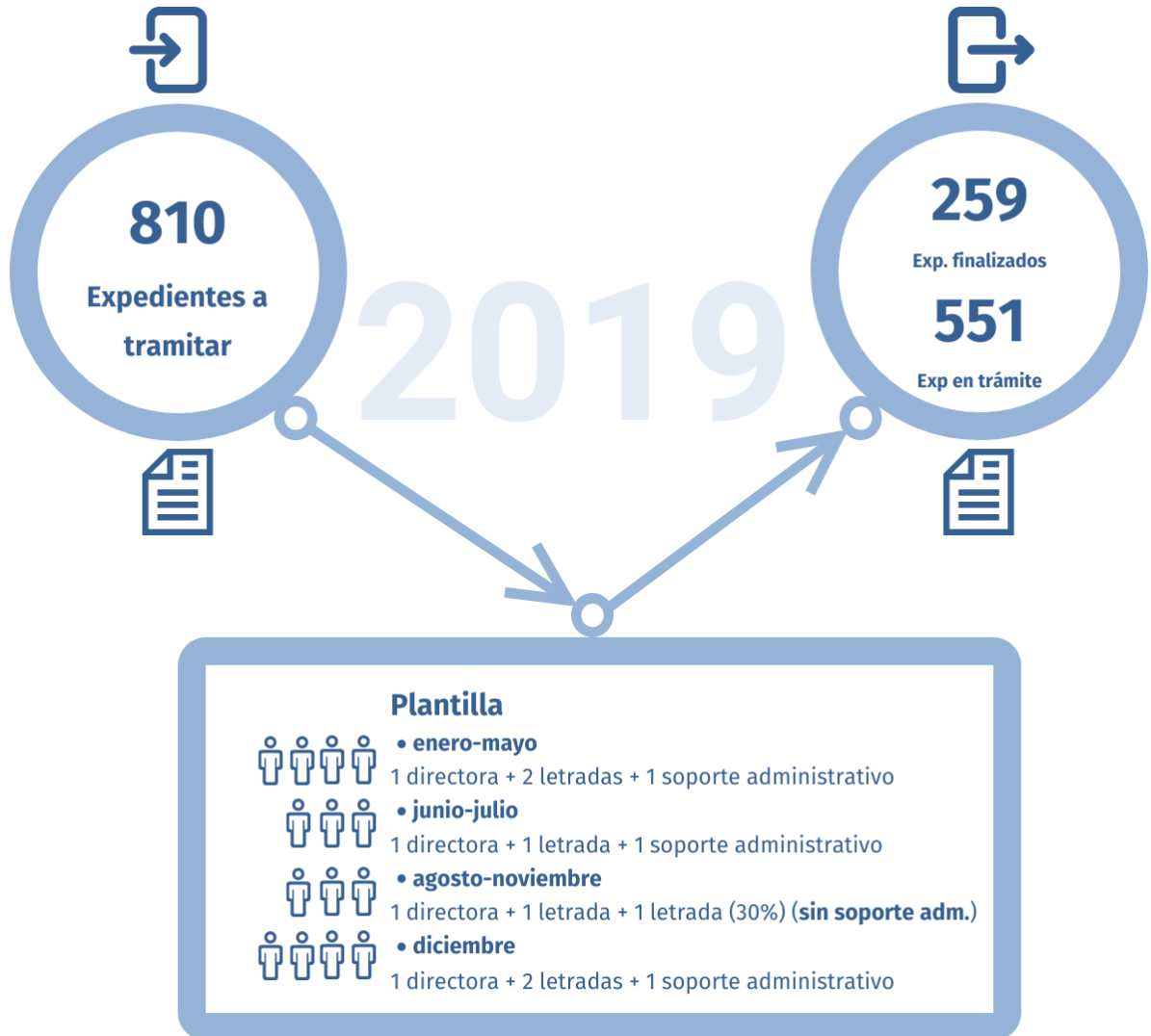
- 1. inexistencia de apoyo administrativo** aproximadamente **4 meses** (desde que, en agosto, causó baja, por excedencia, la anterior soporte administrativa hasta finales de noviembre cuando se dotó, al nuevo soporte administrativo, de los aplicativos informáticos imprescindibles para que pudiese realizar su trabajo -proceso que se alargó durante todo un mes-)
- 2. la baja médica**, de **una** de las dos únicas **letradas** de la DA, alrededor de 2 meses
- 3. desde septiembre** la **dedicación** de la **otra letrada** sólo pudo ser del **30 %** pues fue necesario (a petición del IMI) que alrededor del **70% de su jornada** tuviese que ser **destinada** al nuevo **proyecto** de gestor documental del Buzón (**G-Buzón**) asumiendo el rol de *Product owner* (que es el rol que corresponde a una persona del equipo como responsable del software). Situación que **se alargará durante** todo el **2020** y con menor intensidad durante **2021 y 2022**. **Gestor** que, como se explicó, resultaba **imprescindible para la DA**.

Circunstancias a las que **se unió**:

- 4. por un lado**, el hecho de que en 2019 **ya operaba** el **Comité de Ética**, que también debía ser atendido por la **DA**, al ser esta su **órgano de soporte técnico jurídico y de gestión**
- 5. por otro**, que la DA debía **seguir realizando** el **resto de las funciones** que tenía normativamente atribuidas.

**Consecuencia** del panorama descrito, a **31 de diciembre de 2019**, de aquellos **810 expedientes** a tramitar, se habían **finalizado 259**, quedando en trámite **551** (aquellos a los que nos referíamos al inicio del apartado). 551 expedientes que son, precisamente, los que tuvieron que **continuar siendo tramitados durante el 2020 junto a** los derivados de las **386** comunicaciones cursadas **durante ese año**. Resultando un **total** de comunicaciones a **gestionar en 2020** de **937 comunicaciones**.

Año 2019



**2020-2022**

Llegados a este punto **y justificada la existencia de los 551 expedientes** que estaban **en trámite a 1 de enero de 2020** procede ya centrarnos en el **nivel de gestión y pendencia** del trienio objeto de análisis (**2020-2021-2022**).

551 expedientes que son, precisamente, los que tuvieron que **continuar siendo tramitados durante el 2020 junto a** los derivados de las **386** comunicaciones cursadas

**durante ese año.** Resultando un **total** de comunicaciones **a gestionar en 2020** de **937 comunicaciones.**

Pero **pese:**

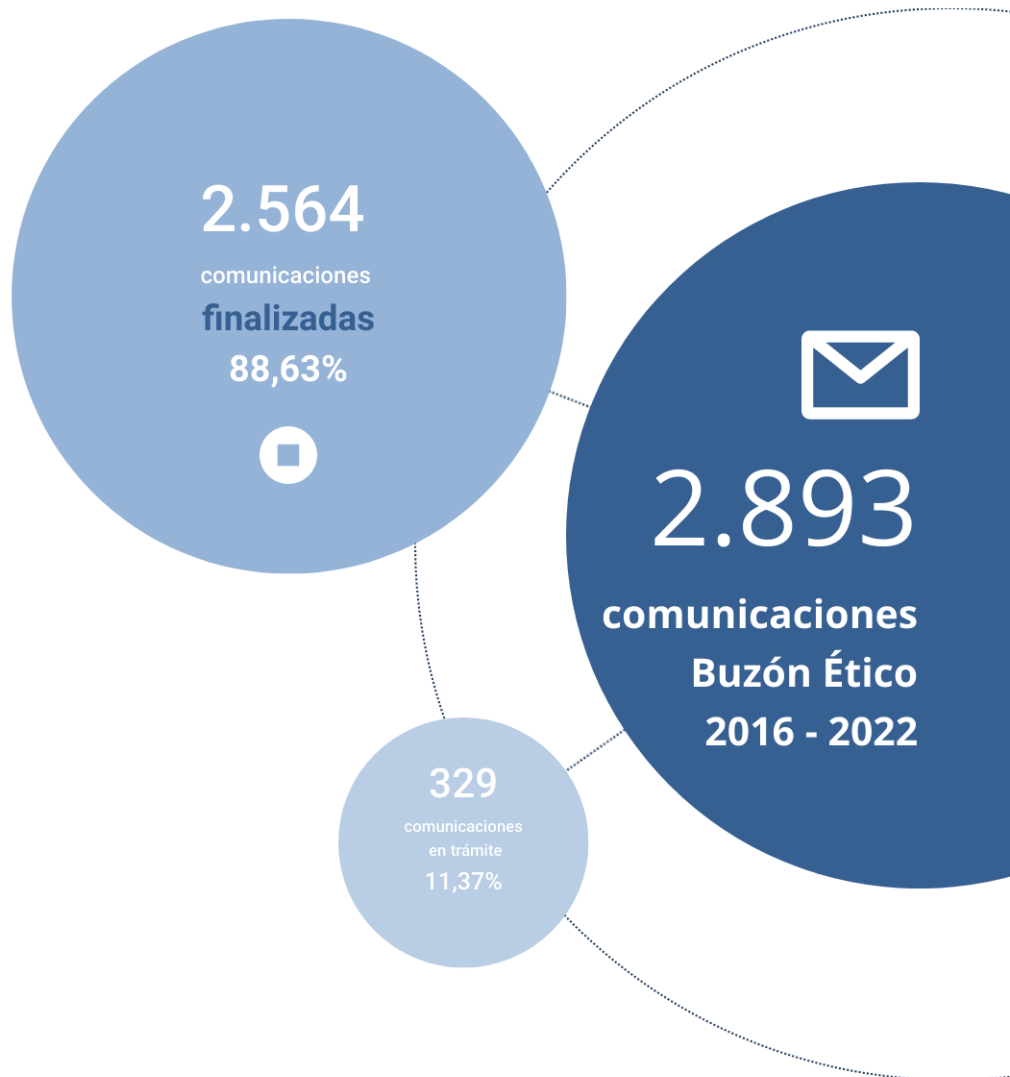
- a ese **elevadísimo número** de comunicaciones **a gestionar,**
- a las **perniciosas incidencias** que en la organización del trabajo tuvo la **Pandemia** de la Covid-19,
- a que se contaba con la **misma raquíta dotación** de personal (que se mantuvo en 4 personas, esto es, 1 directora, 2 letradas y 1 soporte administrativo-)
- a que se mantuvieron las dificultades de gestión derivadas de la **inexistencia de un gestor documental** adaptado a las exigencias derivadas de las NRBE (como se dijo, el nuevo Gestor documental G-Buzón no estará plenamente operativo hasta 2023)
- del a las que además se sumó el **traslado a otro edificio** de las dependencias de la DA (con el consiguiente trastorno derivado del mismo), puede decirse que, **en 2020, se logró una importante reducción** de la **pendencia** señalada.

Y, dicho esto, volvamos a retomar la cifra relativa al **volumen de expedientes** tramitados de **2020 a 2022**, cifrada en **1.676** (551+386+376+862) para señalar que el ritmo de reducción de pendencia observado a finales de 2020 continuó durante los dos años siguientes de manera que **a 31 de diciembre de 2022**, se ha conseguido **finalizar 1.346** expedientes, quedando en **trámite sólo 329**. Lo que supone haber alcanzado un **porcentaje de finalización** del **80,36%** y una **pendencia del 19,64%**.





De manera que, **en términos absolutos**, calculados **sobre el total de las comunicaciones tramitadas desde la creación de la DA, de las 2.893 comunicaciones** recepcionadas **entre 2016 a 2022** se han **finalizado**, a 31 de diciembre de 2022, un total de **2.564 expedientes**, quedando **en trámite únicamente 329**. Lo que representa un porcentaje, respectivamente, del **88,63% de finalización** sobre un **11,37% de pendencia**. Porcentaje, este último, que también **incluye** los **supuestos** en que el **expediente** sigue **en trámite** a la espera de que, por el órgano municipal o por la propia persona comunicante, **se aporte la información** o documentación **requerida** por la DA para poder proceder con las tareas investigadoras así como los supuestos de suspensión por **litispendencia** judicial.



Resultando realmente significativo si se tiene en cuenta que durante este último periodo se enquistó la **carencia en la dotación y medios** de la que ya eran tributarios los años anteriores desde la propia creación de la Dirección<sup>35</sup>. Carencia que fue **agravándose** según iba **pasando el tiempo** pues, pese a que se iba **consolidando**, no sólo, el **Buzón** (con el

<sup>35</sup> Extremo que será objeto de desarrollo en el apartado correspondiente a la dotación y medios de la DA. Incidiendo, en este sentido, en lo dicho, en apartados precedentes, en cuanto a que la falta de medios era un dato objetivable y notorio que ya había sido advertido y puesto de manifiesto no solo en las Memorias anteriores sino también en distintas Comisiones así como por el Comité de Ética y por el Síndico de Greuges de Barcelona.

consiguiente incremento de comunicaciones a tramitar) sino, también, el **resto de funciones** que tiene encomendadas normativamente la **DA** (con la consecuente ampliación del número y naturaleza del abanico de acciones en que estas se materializaron) y, además, se iba **incrementando la actividad del Comité de Ética** (de quien, como se ha expuesto, esta Dirección es órgano de soporte técnico-jurídico y de gestión) la plantilla se mantuvo **en similares niveles de raquitismo** que sufría desde 2017.

Extremo, este, que aunque será tratado con detalle en el apartado 3, correspondiente a RECURSOS ECONÓMICOS Y HUMANOS DE LA DIRECCIÓN DE ANÁLISIS debe ser, cuanto menos, apuntado aquí pues, si no se tienen en cuenta estos datos, **lo goloso o atractivo del resultado** mostrado (valga la reiteración, con un **porcentaje** de finalización del **88,63%** y una **pendencia del 11,37%** sobre un volumen total de **2.893 comunicaciones**) pudiera provocar el **riesgo** de que: 1) resulten **veladas de futuro las** descritas **carencias** de la DA y la **necesidad de una dotación adecuada y, 2) obviado**, por tanto, el **enorme esfuerzo** que alcanzar dichas cifras ha supuesto para el equipo de la DA (con el enorme coste que, en términos de conciliación familiar y de horas de trabajo, ha comportado a sus miembros y el insostenible nivel de agotamiento alcanzado).

A la vista de tales resultados, **merece** la pena **traer a colación**, en este momento, lo que ya se señaló en la **Memoria 2018-2019**, y es que solo la **gran dedicación y vocación de servicio del equipo** que conforma la **DA** pudo **conseguir** (excediendo con creces sus jornadas de trabajo legalmente establecidas) que el **servicio y los niveles de tramitación** se **mantuviesen** en unos **niveles de contención** más que **razonables**, a la **vista** de la **asimetría** existente entre la **exigua plantilla** y el desproporcionado **ritmo** observado en el nivel de **entradas** de comunicaciones.

---

### ***2.1.3. Actuaciones relativas a la gestión del propio Buzón Ético, como herramienta, llevadas a cabo del 1 de enero de 2020 al 31 de diciembre de 2022***

---

Se especificarán aquí cuatro grupos de acciones relacionadas con la gestión del propio Buzón, como herramienta: a) las **derivadas de la necesidad de implementar las nuevas actualizaciones de GlobaLeaks 4.0.32** al software base (sistema operativo) del Buzón Ético; **b)** las derivadas del cumplimiento de la regulación en **materia de protección de datos de carácter personal**; **c)** las derivadas de la necesidad de contar con un adecuado Gestor Documental. **Proyecto G-Buzón y d)** las relativas a las medidas de **seguridad** exigidas a raíz de los cambios operados en la organización y prestación del trabajo a consecuencia de la **Pandemia**.

Acciones, cada una de ellas, que, seguidamente, serán desglosadas:

#### ***2.1.3.1. ACCIONES DERIVADAS DE LA NECESIDAD DE IMPLEMENTAR LAS NUEVAS ACTUALIZACIONES DE GLOBALEAKS 4.0.32 AL SOFTWARE BASE (SISTEMA OPERATIVO) DEL BUZÓN ÉTICO.***

La Dirección de Estrategia y Nuevos Proyectos del IMI detectó en el **2020 la necesidad de actualización del software base** (Sistema operativo) dado que había versiones más actuales en la Globaleaks 4.0.32. Esta actualización **aliviaría los problemas** detectados de **usabilidad** por parte del órgano gestor (lentitud en el tiempo de respuesta en la búsqueda de las comunicaciones...) y que **complicaban la gestión del Buzón** restando eficiencia y eficacia a las labores del equipo de la Dirección de Análisis, que se efectuó el 14 de diciembre de 2020.

Se concluyó que la solución a estos problemas técnicos era actualizar el software de base de los servidores y también de Globaleaks.

Los pasos, para la actualización del Globaleaks, como ya se hizo en 2018, fueron los siguientes:

- 1.- Seleccionar la versión adecuada (crear un nuevo entorno temporal de pruebas; pruebas tecnológicas y funcionales e identificar dificultades de migración).
- 2.- Actualizar pre-producción (pruebas de integración con otros sistemas; pruebas de migración de datos existentes; validación de pequeños cambios funcionales y definición del procedimiento de migración).

3.- Ensayo de la actualización de producción (validación y pruebas de migración de datos reales por parte de los gestores del Buzón; validación del procedimiento de migración con todos los implicados y planificación de la migración real).

4.- Actualizar la producción (ejecutar el procedimiento de cambio; validaciones y documentación).

Finalmente, se tuvo que trabajar con el Ensayo de la actualización en producción. Resumidamente, las tareas que se tuvieron que llevar a cabo desde la Dirección de Análisis fueron las siguientes:

- 1) Validaciones funcionales.
- 2) Validaciones de los datos después de actualizar el entorno.
- 3) Familiarizarse con las pruebas a realizar en el entorno real.

Todo este proceso, requirió de numerosas reuniones entre el órgano gestor del Buzón y el IMI para ejecutar las pruebas en el entorno de pre-producción y producción de la actualización de la nueva versión GlobalLeaks.

Después de extensivas pruebas a pre-producción, que involucró la creación y prueba de más de 300 casos, y la verificación por parte del equipo de análisis de la correcta migración de un millar de casos del entorno productivo, en diciembre de 2020 se puso en marcha la versión 4.0.32, liberándola a su vez al GITHUB. La migración fue un éxito, y se resolvieron los problemas de rendimiento, manteniéndose la integridad de toda la información.

### ***2.1.3.2. ACCIONES DERIVADAS DEL CUMPLIMIENTO DE LA REGULACIÓN EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL***

Se han **llevado a cabo todas las acciones requeridas** en tal sentido, en colaboración con la Oficina del Delegado de protección de Datos y el Instituto Municipal de Informática (IMI).

Señalar que las **Conclusiones Preliminares de la Auditoría de Cumplimiento Normativo en Protección de Datos**, elaborada en enero de 2023, por la Oficina del Delegado de Protección de Datos del Ayuntamiento, **califican** al Buzón como "**una Buena Práctica de Seguridad**". **Concluyendo en su Informe de cumplimiento Normativo en Protección de datos relativo a tratamiento: Gestión del Buzón Ético y de Buen Gobierno**, evacuado en marzo de 2023, que este **cumple con la normativa en protección de datos** y que las medidas recomendables en función de los riesgos potenciales, están implementadas.

### 2.1.3.3. GESTOR DOCUMENTAL. PROYECTO G-BUZÓN (G-BÚSTIA)

Tal y como se ha apuntado en párrafos precedentes, desde la puesta en marcha del Buzón ético y de buen gobierno, se detectó la **necesidad** de disponer de un **gestor documental propio, adaptado** a todos los **requerimientos y exigencias** inherentes al mismo, de manera que permitiese explotar los datos correspondientes a las comunicaciones recibidas, llevar su gestión y control así como la de los expedientes generados a raíz de aquéllas, la de los documentos y resto de información que los conforman y conocer su estado de tramitación de una manera que no fuera la meramente manual.

Intentando paliar de forma transitoria estas necesidades se "habilitó" un **SAP** (sistema informático integrado de **gestión contable**) al que se introdujeron algunas adaptaciones para tratar de ajustarlo a las especificidades y requerimientos del procedimiento de gestión de los expedientes del Buzón Ético. Pero ello, supuso una enorme **dificultad de gestión en la tramitación** de los expedientes y de la documentación e información dado que el SAP no es un verdadero gestor "de expedientes" ni garantiza la **confidencialidad requerida** para los generados por el Buzón. **Motivo** por el cual, los integrantes del órgano gestor del Buzón ético debe cifrar y descifrar todo el caso cuando se necesita consultar su contenido o se actualizan los datos relativos a su estado de tramitación, mecánica que se repite para cada uno de los asuntos tratados, como ya se ha explicado en apartados precedentes. No se puede obviar, que la **obligación de preservar la identidad** del comunicante y de **máxima reserva** durante toda la tramitación que imponen las NRBE comporta que las **interfaces y aplicativos informáticos** tengan un **alto grado de complejidad técnica** y que la Dirección de Análisis deba velar por el cumplimiento de estos requerimientos con la máxima diligencia.

**El objetivo** del nuevo gestor G-buzón es conseguir proporcionar un sistema **que minimice las intervenciones manuales** de las personas usuarias del Buzón ético permitiendo **el cumplimiento** de los requerimientos de **seguridad** y máxima **confidencialidad** de los datos tratados. De manera que, se convierta en una herramienta documental que **facilitará una mayor** eficacia y eficiencia **en la gestión y el tratamiento de las comunicaciones**. Mejora que conllevará, igualmente, una optimización de los recursos, a la vez que permitirá **satisfacer las exigencias de transparencia** y **rendición de cuentas** posibilitando, **la explotación automática de datos** y limitando, por tanto, los riesgos de errores inevitables en un cómputo manual. Facilitando, asimismo la gestión y consulta tanto de los expedientes generados por el Buzón como de toda la información y documentación que los conforman.

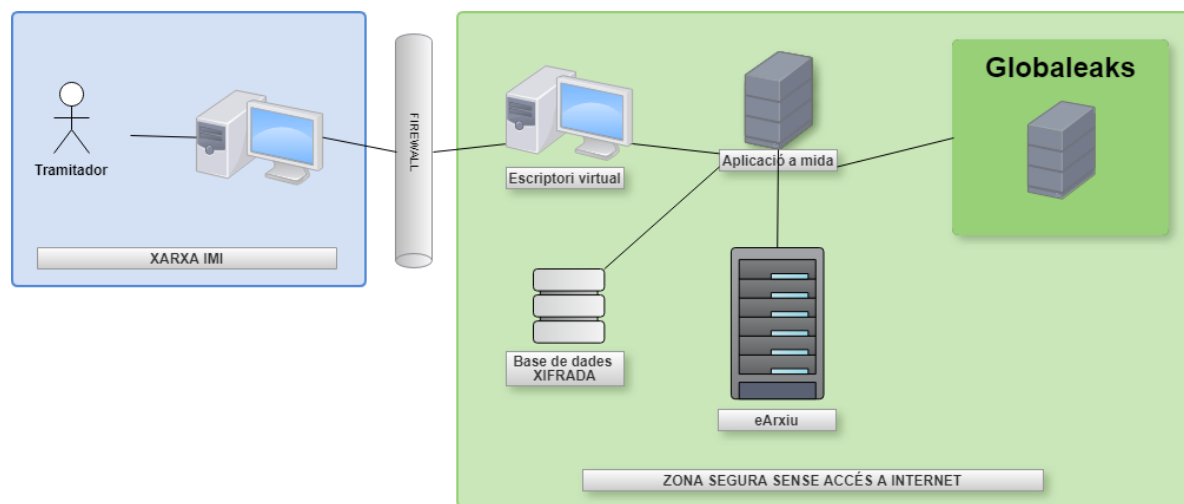
Como continuación del proceso recogido en la Memoria correspondiente a los años 2018 y 2019 (apartado 2.2.3 del Gestor Documental. Proyecto G-Bústia) y, especialmente de la fase de inicio del proyecto de G-Buzón ético se han elaborado unos requerimientos funcionales a fin de satisfacer las necesidades o expectativas del usuario del sistema de información con las características que se detectaron como necesarias, así como las que deben funcionar internamente en el sistema, por citar, algún ejemplo, el rendimiento del sistema, la seguridad, entre otros.

En el desarrollo del proyecto y como requerimiento no funcional se resolvió la ubicación y el acceso a la aplicación como necesidad prioritaria para velar por el principio de máxima reserva y confidencialidad que se trata en el Buzón ético y de buen gobierno.

El usuario de G-Bústia accederá a la aplicación mediante un icono en el escritorio de su PC corporativo.

Se toman medidas de seguridad (a nivel de directorio activo del Ayuntamiento y a nivel de configuración de red) con el objetivo de garantizar que únicamente los usuarios autorizados puedan tener acceso a la aplicación de Gestión de expedientes de buzón ético, que se integra con la aplicación Globaleaks.

La arquitectura presentada permitirá la conexión automática y segura entre los servicios de Globaleaks y el Sistema de Gestión de expedientes de buzón ético.



Dentro del proyecto de G-Buzón ético también se ha trabajado conjuntamente con la **Dirección del Sistema Municipal de Archivos** en relación a la tipología de expedientes que se tratan en G-Buzón ético.

Una vez finalizado el proyecto de G-Buzón ético se tuvo que definir el proceso de migración para traspasar la información ya existente en los sistemas de información que gestionaba el órgano gestor del Buzón ético, SAP Buzón ético, Globaleaks y Documentum.

Este **proceso de migración** que se inició el 20 de **julio** de **2020** finalizó a finales de **noviembre** de ese mismo año si bien tuvo que ser **objeto de diferentes acciones** de **"refinamiento"** que se han alargado hasta el día de hoy. **En la fase inicial** se llegaron a **"migrar"**, desde los anteriores sistemas de información hasta entonces utilizados por el Buzón Ético, **47.000 documentos** que tuvieron que ser **identificados e indexados manualmente documento a documento** para su posterior importación al nuevo gestor documental. Proceso que **comportó** a la Dirección de Análisis, durante este primer periodo, una **dedicación casi exclusiva** de **una de las dos únicas letradas** de la Dirección **y del único soporte administrativo**. Operación que sólo pudo desarrollarse, como se ha dicho, manualmente por miembros de la DA habida cuenta que los sistemas de información empleados sostenían los datos de las comunicaciones y por tanto eran confidenciales y secretos circunstancia que impidió cualquier intervención externa por parte de los técnicos informáticos.

Los sistemas de información anteriores al nuevo gestor documental eran:

### SAP BUZÓN ÉTICO

Antes de la implementación del sistema de información G-Buzón donde se recogían los datos relativos a los expedientes, generados por las comunicaciones dirigidas a este órgano gestor, así como de los distintos trámites que se generan. La introducción de los datos se realiza manualmente en función de la información procedente de diferentes orígenes (Buzón Ético ( Globaleaks ), Presencial (Registro), Correo Postal, Correo electrónico). Esta información incluye los datos explicitados de los Expedientes, datos básicos de los trámites y referencias y descripciones de los Documentos anexados. Toda la documentación almacenada en SAP se guarda cifrada

### BUZÓN ÉTICO ( Globaleaks )

Sistema en el que se recogen las comunicaciones creadas por los comunicantes y por otro lado la información que añaden los tramitadores del órgano gestor del Buzón ético mediante mensajes de chat y documentos (fruto del carácter bidireccional de la herramienta). Estos documentos tendrán que estar anexados también a los trámites de SAP Buzón Ético y por tanto se guardarán cifrados. De este sistema de información se recogerán los datos relativos a las comunicaciones.

### DOCUMENTUM BUZÓN ÉTICO

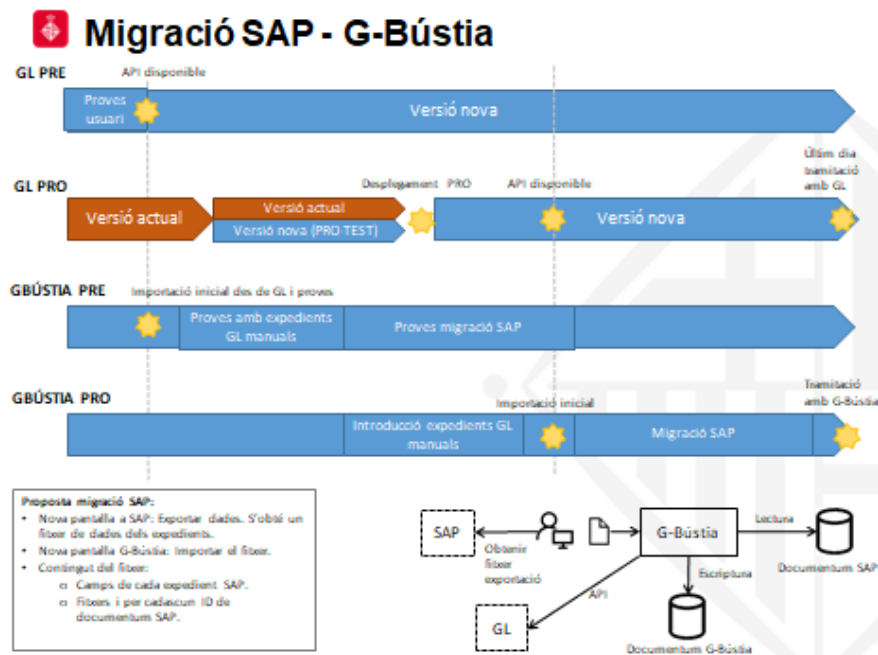


Se trata de un sistema de información de gestión documental. Es el almacén de Documentos generados en la actividad de tramitación de las comunicaciones generadas en Globaleaks . Estos Documentos se envían automáticamente a través de las llamadas a la API publicadas por el propio Sistema al ser anexados a los diferentes trámites de SAP Buzón Ético, y es éste quien dispone de las referencias, y son depositados en el almacén Buzón ético según su especificidad en los metadatos de los Documentos empleados en la propia llamada a la API.

**DATOS MAESTROS Y EQUIVALENCIAS**

No se trata de un sistema de información como tal, sino de datos que se derivan de la propia información existente en los diferentes ámbitos del sistema de información de origen e identificados en el proceso de desarrollo del nuevo sistema de información de G-Buzón ético.

En el siguiente cuadro se visualiza el esquema de la migración con los diferentes sistemas de información en el destino final el nuevo aplicativo (gestor documental) G-Buzón:



**2.1.3.4. Medidas de seguridad adoptadas introducidas a raíz de los cambios en la organización del trabajo operados a causa de la Pandemia de la COVID-19**

La Dirección de Servicios de Análisis, a consecuencia de la situación producida por la pandemia, tuvo de adaptarse a las nuevas necesidades que esta comportó para seguir atendiendo el Buzón Ético y de buen gobierno durante los periodos de confinamiento y restricción de desplazamientos. De manera que para seguir prestando el servicio a través del teletrabajo pero, con todas las garantías de confidencialidad y secreto se instó al IMI para adoptar mecanismos que salvaguardaran la seguridad requerida para tratar la información contenida en el Buzón Ético y en todas sus actuaciones.

Ante los posibles riesgos de Seguridad se incorporó, entre otros, un sistema de doble autenticación para realizar el acceso a las aplicaciones corporativas a través de las estaciones remotas (povis) con la finalidad de reforzar la seguridad y evitar cualquier riesgo en tal sentido. Este sistema consiste en añadir una segunda credencial para iniciar una sesión en la aplicación protegida y así evitar vulnerabilidades de los sistemas. Previo al uso del Servicio de autenticación adaptativa, hay que disponer de una aplicación instalada en el terminal móvil que permita el uso del Servicio siguiendo unas directrices de configuración iniciales.

---

#### ***2.1.4. ACTUACIONES RELATIVAS AL IMPULSO Y DIFUSIÓN DEL MODELO DEL BUZÓN, COMO HERRAMIENTA PIONERA, PARA EL REFUERZO DE LA INTEGRIDAD PÚBLICA Y EL BUEN GOBIERNO, LA PREVENCIÓN DEL FRAUDE, ASÍ COMO LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS ALERTADORAS O INFORMANTES ("WHISTLEBLOWER")***

---

Se especificarán, en este apartado, el conjunto de **actuaciones** dirigidas al **impulso y la difusión del modelo del Buzón**, como **herramienta pionera**, para el **refuerzo** de la **integridad pública y el buen gobierno**, la **prevención del fraude**, así como la **protección** de los alertadores o **informantes ("whistleblower")**. Actividad de la DA que entronca con el arraigado **compromiso** mantenido en esta importantísima materia, por el **Ayuntamiento** de Barcelona, como Administración Pública que **vela** por la tutela del **interés general**.

**Compromiso**, del cual el **Buzón** representa un claro **exponente** habida cuenta:

- a) su **naturaleza**: plataforma digital **bidireccional** que facilita las alertas o informaciones y está en **código abierto**
- b) su **origen**: fruto de la **colaboración** de la Administración Pública con la **ciudadanía**
- c) sus **funcionalidades**: a) **anonimato reforzado** -con posibilidad de mantener "conversaciones" aún en estos supuestos de comunicante desconocido- b) respeto al

**principio de seguridad jurídica** en su funcionamiento y, c) exigencia férrea de la confidencialidad y la obligación de **secreto**, entre otras).

No puede olvidarse, que el Ayuntamiento de Barcelona fue pionero en implementar un canal con las características del Buzón. Recordemos (volvemos a insistir), que este fue **implementado** en **2017**, esto es, **3 años antes** de la aprobación de la **Directiva** "whistleblower" y, nada menos, que **6 años antes** desde la entrada en vigor de su **ley de transposición** al ordenamiento jurídico español. **Ley, esta última**, que **consagra definitivamente**, la **obligatoriedad** de establecer **canales** de información en todas las entidades del **sector público** (incluidos los Ayuntamientos de menos de 10.000 habitantes o 50 trabajadores) y del **privado**, zanjando definitivamente cualquier cuestionamiento sobre la viabilidad del **anonimato**.

Y es, **en este contexto**, que se sitúan las **actuaciones** llevadas a cabo, por la **DA**, en este ámbito. Actuaciones, **a través de las cuales**:

- Se **facilita la transmisión de la experiencia práctica** en la **gestión** de un **canal** anónimo y bidireccional de informaciones/alertas/comunicaciones o denuncias **en el sector público, acumulada**, por el Ayuntamiento, durante estos más **6 años de funcionamiento**, a otras **Administraciones** (con especial incidencia en el ámbito local), entidades e **instituciones** que lo puedan precisar. Información que ha resultado ser muy **apreciada**, como evidencia el **elevado número de peticiones** recibidas en tal sentido, y que, todavía, puede serlo más si cabe, si se tienen en cuenta: su perfecta adecuación a los requerimientos exigidos tanto por la Directiva como por su ley de transposición, la falta de fuentes de las que beber en este campo (por su carácter novedoso en el ámbito público) y que, en junio de 2023, expira el plazo para la implementar estos instrumentos de alerta o información.
- Se **contribuye a la divulgación, difusión e impulso de los canales** de alerta/información/comunicaciones o denuncias **como instrumentos** básicos de **prevención del fraude** y **refuerzo de la integridad pública, evidenciando la necesidad de su implementación. Defendiendo el modelo del Buzón del Ayuntamiento como paradigma de buena práctica** y **garantía máxima de protección** de las personas **alertadoras** (a través del anonimato reforzado) y **facilitando su replicación**, pues con tal fin se creó en código abierto, a la vez que se **garantizan sus derechos de coautoría**.
- Se **evidencia el compromiso del Ayuntamiento de Barcelona contra el fraude** y la **corrupción** y su **postura activa** al respecto. Con el **positivo impacto reputacional** y de **refuerzo de confianza ciudadana** en las **instituciones públicas municipales** que ello conlleva.

Acciones entre las cuales **distinguiremos**:

I.- Aquellas **de carácter técnico-jurídico** relativas al diseño y redactado del "**II Protocolo** marco de **colaboración** entre el Ayuntamiento de Barcelona y Xnet para **difundir y fortalecer el Buzón Ético y de buen gobierno** del Ayuntamiento de Barcelona **como paradigma de canal de comunicaciones** que **garantiza** la **confidencialidad** y el **anonimato** de las personas comunicantes y alertadoras y como herramienta **pionera** en la lucha contra el fraude y la corrupción". En la medida que a través de él se articula el **protocolo a seguir** por las instituciones que desean **implementar y replicar el Buzón** preservando, a la vez, la esencia del "código abierto" con el que nació y el respeto a la coautoría del Ayuntamiento.

II.- **Visitas Institucionales y Reuniones de asesoramiento técnico jurídico e informativas** con los representantes de las **Administraciones, Agencias o instituciones y entidades que muestran su interés** bien, en **implementar el Buzón Ético**, bien en **conocer la experiencia práctica** derivada de su **gestión** durante estos últimos **6 años**.

III.- Intervenciones en **jornadas, seminarios y grupos de trabajo**.

IV.- **Firma de convenios de colaboración** (todos **sin** contenido **económico**) y **para la implementación o replicación del Modelo del Buzón Ético** y de Buen Gobierno del Ayuntamiento de Barcelona.

**Reflejo**, de la **relevancia** de estas acciones, es, por ejemplo, la **amplia lista de instituciones y Administraciones** que **ya han implementado el modelo del Buzón del Ayuntamiento** (la propia **Generalitat de Cataluña**, Oficinas y **Agencias Antifraude autonómicas, Ayuntamientos, Universidades, empresas públicas** ...) y de las que actualmente se están interesando en él.

A continuación, se desarrollará cada una de las referidas acciones.

**2.1.4.1. Las actuaciones técnico-jurídicas relativas al diseño y redactado del "II PROTOCOLO MARCO DE COLABORACIÓN ENTRE EL AYUNTAMIENTO DE BARCELONA Y Xnet PARA DIFUNDIR Y FORTALECER EL BUZÓN ÉTICO Y DE BUEN GOBIERNO DEL AYUNTAMIENTO DE BARCELONA COMO PARADIGMA DE CANAL DE COMUNICACIONES QUE GARANTIZA LA CONFIDENCIALIDAD Y EL ANONIMATO DE LAS PERSONAS COMUNICANTES Y ALERTADORAS Y COMO HERRAMIENTA PIONERA EN LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE Y LA CORRUPCIÓN"**

El "II PROTOCOLO MARCO DE COLABORACIÓN ENTRE EL AYUNTAMIENTO DE BARCELONA Y Xnet PARA DIFUNDIR Y FORTALECER EL BUZÓN ÉTICO Y DE BUEN GOBIERNO DEL AYUNTAMIENTO DE BARCELONA COMO PARADIGMA DE CANAL DE COMUNICACIONES QUE GARANTIZA LA CONFIDENCIALIDAD Y EL ANONIMATO DE LAS PERSONAS COMUNICANTES Y ALERTADORAS Y COMO HERRAMIENTA PIONERA EN LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE Y LA CORRUPCIÓN" (el adelante, el II Protocolo), al igual que su predecesor, constituye el instrumento jurídico a través del cual: a) se **canaliza la colaboración** entre el Ayuntamiento de Barcelona y la plataforma ciudadana Xnet, **coautora** del Buzón, **para difundir y fortalecer el modelo del Buzón** del Ayuntamiento de Barcelona **como paradigma de canal** de comunicaciones/alertas/informaciones que garantiza la confidencialidad y el anonimato de los comunicantes y como **herramienta pionera en la lucha contra el fraude y la corrupción** y, b) **precisa las condiciones para replicar e implementar el Buzón garantizando, simultáneamente, tanto la esencia del código abierto con el que se creó como los derechos de autor de sus coautores (Ayuntamiento de Barcelona y Xnet)**. Se recogen en este apartado todas las actuaciones relativas a su diseño y contenido técnico.

El II Protocolo **se firmó** a la vista de los **notables frutos** resultantes del **precedente** Protocolo de colaboración firmado en marzo del 2019 y cuya vigencia se extendió hasta mediados de 2022.

Este **II Protocolo** de Colaboración se acabó firmando en enero de este año y, al igual que el precedente, **no tiene contenido económico** alguno y **constituye un ejemplo de cooperación** entre la **Administración** municipal y la **sociedad civil** en la **prevención** de la corrupción y el **fomento** de la **integridad** en la gestión pública **a través** de la **participación** ciudadana.

Se formaliza con el **objeto** de **coadyuvar** a:

- **Difundir y fortalecer el Buzón Ético** y de Buen Gobierno del **Ayuntamiento** de Barcelona como **paradigma** de **canal** de comunicaciones, **en el sector público**, que garantiza a las personas comunicantes y alertadoras la posibilidad de escoger

entre la confidencialidad y el anonimato (**incluyendo** la posibilidad de acudir a la red de anonimización **Tor**).

- Poner en común y **compartir conocimientos**, así como **experiencias prácticas y técnicas** que permitan **la actualización continua del Buzón** y la activación de las novedades que, en materia de **protección** de personas denunciantes y **alertadoras**, que se vayan generando en el panorama nacional e internacional. Esto, con la **finalidad** de que la **ciudadanía** y el resto de servidores públicos **puedan comunicar** de manera **segura conductas de las administraciones públicas contrarias a derecho**, a los **principios o reglas éticas** y de buen gobierno, establecidos en el **ordenamiento jurídico** vigente.
- **Favorecer la implementación** y puesta en marcha de los **Buzones en otras administraciones** y, si procede, en entidades del sector privado, de acuerdo con el espíritu con el que fue creado con código libre, modificable y replicable, siempre que **se reconozca y se mencione expresamente la autoría, en partes iguales, de Xnet y del Ayuntamiento de Barcelona** mediante la firma del correspondiente **protocolo** de reconocimiento.

Para ello, el protocolo incluye **tres posibilidades de adhesión**:

- a) **Anexos I y II**: contienen una fórmula más simple, que se limita a reconocer la autoría con la indicación de establecerlo así en sus buzones:

*"El municipio o administración firmante manifiesta su intención de implementar el Buzón Ético y de Buen Gobierno del Ayuntamiento de Barcelona y, de conformidad con las condiciones de uso, indicará expresamente la autoría en partes iguales del Ayuntamiento de Barcelona y Xnet, fijando la siguiente frase textual al pie de página de la herramienta y de los protocolos de actuación relacionados que también adopten: "Herramienta creada por Xnet y Ayuntamiento de Barcelona. Powered by Globaleaks."*

*Igualmente, en el momento de la presentación y difusión que pueda hacerse de la herramienta se dejará constancia expresa de esta colaboración indicando ambos autores: Ayuntamiento de Barcelona y Xnet".<sup>36</sup>*

---

<sup>36</sup> Contenido que replica las condiciones de la licencia incluidas en el Github: "Su código es libre, modificable y replicable siempre que se reconozca e indique expresamente: la autoría en partes iguales de Xnet y el Ayuntamiento de Barcelona: firmando el correspondiente protocolo de reconocimiento, e indicando la siguiente frase textual al pie de página (tanto en la web del aplicativo GlobaLeaks, como en la web informativa que describa el funcionamiento y protocolos sobre requisitos, seguimiento, ámbitos de actuación y objetivos, definición de comunicación anónima, etc.): "Herramienta creada por Xnet y Ayuntamiento de Barcelona. Powered by GlobaLeaks".

**b) Anexo III** que **además**, establece la posible **adhesión a una red de colaboración** en los siguientes términos:

*"- Trabajar en beneficio de la red de ciudades y administraciones públicas que incorporen esta herramienta y promover, así, a múltiples niveles, esta red **a favor de la transparencia y el buen gobierno**.*

*- Defender la cultura de buen gobierno así como la transparencia en la gestión pública y **proteger el anonimato de los alertadores** de la corrupción y luchar contra los abusos que perjudiquen el interés general, tal como contempla el propio Buzón."*

Siendo, precisamente, por ello que **esta última modalidad aporta una significación especial** al **contribuir**, ya **desde el 2019** (fecha del I Protocolo), a la **formación de tejidos colaborativos en el sector público** para el **intercambio de conocimientos y el fomento** de sinergias en la **prevención de la corrupción a través** de los **canales internos** de comunicaciones/alertas e informaciones o denuncias **y**, por ende, a través de la **protección de las personas alertadoras** cuya **inestimable colaboración** se torna imprescindible para la **eficacia** de cualquier modelo o sistema de profilaxis del fraude.

**2.1.4.2. Visitas Institucionales y Reuniones de asesoramiento técnico jurídico e informativas con representantes de Administraciones, Agencias o instituciones y entidades que muestran interés bien, en implementar el modelo del Buzón Ético, bien en conocer la experiencia práctica derivada de su gestión durante estos últimos 6 años.**

Se referirán, en este apartado, las numerosas **reuniones<sup>37</sup> informativas y de asesoramiento técnico jurídico** que se han mantenido, durante este último trienio, con representantes de las Administraciones, Agencias o Instituciones y entidades que mostraron interés, bien, en implementar el modelo de la Buzón Ética en su organización, bien, en conocer la experiencia práctica acumulada durante estos más de 6 años de gestión.

Del listado de dichas reuniones se desprende que, el Buzón y su funcionamiento, han **despertado** la **atención** no sólo de Entidades o **Administraciones catalanas** sino también del resto de **España** e, incluso en trabajos de investigación llevados a cabo por Universidades **extranjeras**. Debiendo señalarse que, fruto de las mismas se **incrementó** el **número** de **adhesiones** al Protocolo para la replicación del modelo del Buzón del Ayuntamiento de Barcelona.

Ello, pese a que **la irrupción** de la crisis de la **COVID-19** incidió **negativamente** en el despliegue de esta actividad **al reducirse** significativamente, a partir del mes de marzo de 2020, el **ritmo seguido** hasta entonces. Ritmo que, afortunadamente, **se reanudó**, con intensidad similar a la de los años anteriores, a medida que se estabilizaba la situación sanitaria e iban superándose, progresivamente, las restricciones que, aquella, comportó.

Un ejemplo de dicho impacto negativo fue, por ejemplo, la suspensión motivada en la declaración del estado de alarma, del **"Taller de Usabilidad del Buzón"** previsto para el 12 de marzo de 2020, con la asistencia confirmadas de muchas de aquellas entidades.

Si bien, a medida que se estabilizaba la situación sanitaria e iban superándose, progresivamente, las restricciones que, aquella comportó, se fue reanudando, con intensidad similar a la de los años anteriores, el número de este tipo reuniones y asesoramientos. Se muestra, a continuación, el detalle de, alguna de ellas.

Así:

- a) en el ámbito de **Cataluña** se mantuvieron contactos a tales efectos, con:

---

<sup>37</sup> Reuniones en las que, normalmente, se cuenta también con el apoyo técnico de un miembro de la Dirección de Canales Digitales del IMI.



- | **Generalitat de Cataluña.** Después de unas primeras reuniones de trabajo con representantes de la Generalitat de Cataluña para conocer el Buzón Ético y de Buen Gobierno y su marco normativo, el 12 de diciembre de 2018, en la sede de la Secretaría de Transparencia y Gobierno Abierto de la Generalitat de Cataluña. Se vuelven a retomar los contactos durante **2019 y 2020 (enero y febrero)** dado el interés de la Generalitat en implementar el modelo del Buzón (Finalmente se **firmó** el **correspondiente Protocolo** para su implementación, en **marzo de 2020**).
- | **Ayuntamiento de Argenton.** Después de una primera Reunión de trabajo mantenida, el 8 de mayo de 2018, en el Ayuntamiento de Barcelona, con representantes de aquel Ayuntamiento para conocer el Buzón Ético y de Buen Gobierno y su marco normativo, se vuelve a retomar el tema, esta vez, mediante consulta telefónica y por correo electrónico, durante el mes de **octubre de 2020**.
- | **Ayuntamiento de Terrasa.** Después de una Reunión de trabajo con representantes de ese Ayuntamiento (que tuvo lugar en el Ayuntamiento de Barcelona) para conocer el Buzón Ético y de Buen Gobierno y su marco normativo, el 18 de diciembre de 2018, se vuelve a retomar el contacto durante los meses de **enero y febrero de 2020**, por videoconferencia, dado el interés del Consistorio en implementar el modelo del Buzón (Finalmente se **firmó** el correspondiente **Protocolo** para la implementación del Buzón **en mayo de 2020**).
- | **Ayuntamiento de Lleida.** Se mantienen **contactos telefónicos** y vía **correo electrónico**, entre **febrero y marzo de 2020**, que culminan con la **adhesión al protocolo para la implementación** del modelo del **Buzón Ético** y de Buen gobierno del Ayuntamiento de Barcelona **en marzo de 2020**.
- | **Ayuntamiento de Manresa.** Se mantienen **diferentes** contactos entre **febrero y noviembre de 2021** que culminan con la **adhesión al Protocolo para la replicación** del modelo del **Buzón del Ayuntamiento** de Barcelona **en noviembre de 2021**.
- | **Ayuntamiento de Granollers.** Se mantienen **diferentes** contactos vía correo electrónico y telefónico durante 2021 que acabaron culminando con la **adhesión al Protocolo** para la **implementación** del modelo del **Buzón** en **septiembre de 2022**.
- | **Ayuntamiento de Mollet del Vallés.** Se **inician contactos** en **febrero de 2020** que se paralizan a causa de la pandemia y que vuelven a **reanudarse a principios de 2021** culminando con la **firma del protocolo** de adhesión para la replicación del modelo del Buzón en **abril de 2021**.

- | **Área Metropolitana de Barcelona (AMB).** Se mantienen diferentes **reuniones** de trabajo con la **Agencia de Transparencia** del Área Metropolitana de **asesoramiento sobre el funcionamiento del Buzón, durante los años 2020-2021**, de cara a su implementación en la organización (**en marzo de 2020 se firmó** el correspondiente **protocolo para la implementación del Buzón**).
- | **Ayuntamiento de Tiana.** Se mantiene **contacto telefónico y por correo electrónico** durante los meses de **septiembre y octubre de 2022**. Finalmente, se **firma protocolo** para la **implementación del Buzón en octubre de 2022**.
- | **Ayuntamiento del Prat de Llobregat** se mantiene contacto vía correo electrónico durante el mes **de junio de 2020**.
- | **Ayuntamiento de Vilanova i la Geltrú** se mantienen contacto vía correo electrónico y telefónicos para la posible implementación del modelo del Buzón (**agosto a octubre 2021**).
- | **Ayuntamiento de Mataró** se mantiene contactos para la posible implementación del modelo del Buzón (**septiembre-octubre 2020**).
- | **Diputación de Tarragona.** Se mantienen **contactos** para informar sobre la experiencia del Buzón **vía telefónica** así como por **correo electrónico** y se mantiene una **reunión telemática el 24-2-2021**.
- | **Agencia Tributaria de Cataluña.** Se mantienen contactos vía correo electrónico durante los meses de **junio a noviembre de 2022**, manteniéndose una **reunión presencial el 25 de julio de 2022**.
- | **Universidad Pompeu Fabra.** Se mantienen contactos **telefónicos**, vía correo electrónico y **reuniones telemáticas desde febrero de 2020 hasta julio de 2021**. Contactos que **culminan** con la **adhesión, en julio de 2022, al protocolo para la implementación** del modelo del **Buzón** en la UPF que se convertiría en la primera universidad en replicarlo

- I **Universidad de Barcelona:** Se mantienen **contactos vía telefónica y por correo electrónico**, además de una **reunión presencial** durante los **meses de noviembre 2021 a febrero 2022**, culminando los mismos con la **firma**, ese mismo mes de febrero, del protocolo para la **implementación del modelo del Buzón** en la UB.
  
- I **Universidad Politécnica de Cataluña:** Se mantienen **contactos vía telefónica y por correo electrónico** durante los meses **de julio de 2022**, además de una **reunión presencial**, el 22 de **septiembre de 2022**, de carácter informativa para dar a conocer la experiencia en la gestión del Buzón.
  
- I **Consortio "Administració Oberta de Catalunya"<sup>38</sup>.** Especial mención merece **los contactos establecidos con el** Consortio "Administració Oberta de Catalunya" (AOC) pues estos estuvieron centrados en **canalizar su iniciativa de facilitar, desde el punto de vista informático, una solución técnica para replicar el modelo del Buzón del Ayuntamiento de Barcelona al resto de Ayuntamientos de Cataluña y al mundo local catalán**, sobre todo atendiendo, a la morfología de la mayoría de los municipios catalanes, de manera que también la AOC les pudiese ofrecer apoyo técnico-informático para el mantenimiento del sistema. A tal fin se mantuvieron **durante los meses de julio, septiembre, octubre y diciembre de 2021, febrero y marzo de 2023** diferentes **reuniones tanto presenciales como telemáticas** así como **contactos telefónicos y vía correo electrónico**. Finalmente se ha **desplegado, por dicho consorcio en colaboración con la Red de Gobiernos Transparentes de Cataluña (Xarxa de Governants Transparents), una solución tecnológica** para dar soporte técnico a los Ayuntamientos en la implantación y mantenimiento de catalanes de alerta o información y con **vocación** para su **extensión a todo el mundo local catalán**. Solución tecnológica que **parte del modelo de Buzón del Ayuntamiento de Barcelona y Xnet**.
  
- I **Consortio de 'Universitats Catalanes'<sup>39</sup>**, también se mantuvieron contactos con el Consortio de Universidades Catalanas para la implementación de una solución parecida a la que apuntaba el Consorcio "Administració Oberta de Catalunya" pero **para las Universidades que formaban parte del mismo** (Universidad de Barcelona (UB), Autónoma de Barcelona (UAB), Politécnica de Cataluña (UPC),

---

<sup>38</sup> Su traducción al castellano correspondería a "Consortio Administración Abierta de Cataluña"

<sup>39</sup> Su traducción al castellano se correspondería con "Consortio de Universidades Catalanas"

Pompeu Fabra (UPF), Universidad de Lleida (UdL), Universidad de Girona (UdG), Rovira i Virgili (URV) y de Vic – Universidad Central de Cataluña (UVic-UCC), Universidad “Oberta” de Cataluña y Universidad Ramon Llull). A tal fin, se llevaron a **cabo contactos telefónicos**, por **correo electrónico** y mediante **reuniones telemáticas** durante los **meses de marzo, abril, junio, agosto y octubre de 2022** y se intentó buscar una solución jurídica al efecto.

- | **Empresa Pública Ferrocarriles de la Generalitat de Cataluña (FGC)**, se mantienen diversos **contactos vía telefónica y correo electrónico** que **culminan** en la **adhesión al Protocolo para la implementación del Buzón en mayo de 2020**.
  - | **Sindicato Comisiones Obreras de Cataluña** se mantiene un contacto telefónico en el mes de marzo de 2022 y una reunión presencial para conocer el funcionamiento del Buzón, en abril de ese año.
  - | **Fundació Catalana de l'Esplai**<sup>40</sup>, entidades del Tercer Sector, con la que se mantienen contactos telefónicos y vía correo electrónico que se inician en **diciembre de 2022** y se han mantenido hasta principios de 2023.
- b) En cuanto al **resto de España**, durante 2020 y 2023, se mantuvieron contactos, para conocer el Buzón y la experiencia de su gestión, **con**:
- | **Oficina Municipal contra el Fraude del Ayuntamiento de Madrid**, se mantienen **contacto** vía correo electrónico y telefónico, **en octubre 2021**, para conocer la experiencia del Buzón.
  - | **Ayuntamiento de Gandía**, se mantiene contacto vía correo electrónico en **marzo 2022**.
  - | **Diputación de Cáceres** se mantiene contacto **telefónico** y vía **correo electrónico**, también se celebra una **reunión telemática el 20-6-2022**.
  - | **Ayuntamiento de Murcia**, contactos que se inician vía correo electrónico en **diciembre de 2022** a los que siguió una **reunión presencial en febrero de 2022**.

---

<sup>40</sup> Su traducción al castellano se correspondería con “Fundación Catalana para el Esparcimiento”

- | **Consejo Transparencia de la Región de Murcia**, se mantiene un contacto vía correo electrónico, en **diciembre 2021**)
  
- c) En cuanto a las entrevistas mantenidas con relación a trabajos de investigación de **Universidades extranjeras** señalar:
  - | Solicitud de entrevista, de **doctorante** de la **SCUOLA NORMALE, de Florencia** para el **proyecto de doctorado "Movimientos sociales anticorrupción – Proyecto comparativo entre "España y Italia"** Se mantuvo **reunión presencial**, en las dependencias de la DA, el **7 de julio de 2021**.
  
  - | Solicitud de entrevista para el **proyecto de investigación**, llevado a cabo por la **Universidad de Sídney: "Public-Led Smart Cities Infrastructure"**, se mantienen **contactos por correo electrónico** y una **entrevista telemática el 14 de noviembre de 2022**.

#### **2.1.4.3. INTERVENCIÓN EN JORNADAS, SEMINARIOS Y GRUPOS DE TRABAJO**

Se referirán, en este apartado, las diferentes jornadas, seminarios y grupos de trabajo en que ha intervenido, como invitada, la DA y en las que se ha podido compartir la experiencia del Ayuntamiento de Barcelona con relación al Buzón y el marco de integridad institucional.

Se reproduce seguidamente el listado de las mismas:

- | Participación como ponente en la XI jornada del Aula de Transparencia sobre **"Buzón Ético: herramientas de refuerzo de la integridad público-privada"**, organizada por la Agencia de Transparencia del Área Metropolitana de Barcelona, el **19 de febrero de 2020**.
  
- | Participación como ponente en la **sesión "Los Buzones Éticos, canales seguros de alerta de malas praxis en la Administración"**, celebrada el **9 de diciembre de 2020**, en la que se expuso la experiencia del Ayuntamiento de Barcelona en la implementación y gestión de su Buzón. **Ponencia "Buzón Ético y de Buen Gobierno Ayuntamiento de Barcelona"**. Esta sesión formaba parte de las **"Jornadas sobre protección de las personas alertadoras de corrupción"**, **organizadas** por la Secretaría de Transparencia y Gobierno Abierto de la **Generalitat de Cataluña**, celebradas, en formato virtual, los días **2 y 9 de diciembre de 2020**.

- | Intervención como ponente, en el **IV Congreso de Compliance en el Sector Público**, sobre el tema **"Canal de Denuncias y Protección de las Personas Informantes: Retos y Desafíos Más Allá de los Fondos NGEU"**, concretamente, en el **panel "Configuración de los Canales de Denuncia: Características y Aspectos Tecnológicos"**. Organizado por la WORLD COMPLIANCE ASSOCIATION y el Ayuntamiento de Mollet del Vallés y celebrado, el **1 de diciembre de 2022**.
- | Intervención en la **encuesta** elaborada por la **Oficina Antifraude de Cataluña** para su estudio sobre **"Los canales de denuncia en algunos Ayuntamientos de Cataluña"**. **Agosto-Septiembre 2021**.
- | Intervención en la **Jornada sobre "Implantación de Canals de Denuncia en los Ayuntamientos"**, organizada por la **Oficina Antifraude de Cataluña** el día **21 de octubre de 2021**.
- | Intervención en la **Jornada** sobre **"Colaboración y Cooperación en el ámbito de los Comités de Ética"** organizada por la **Red de Comités de Ética de la Administración de la Generalitat** de Cataluña y de las Entidades de su Sector Público, con la ponencia **"Código Ético y Comité de Ética: Piezas Fundamentales de un Marco de Integridad Institucional. La Experiencia del Ayuntamiento de Barcelona"**, **7 de julio de 2021**.
- | Intervención en la **Jornada** sobre las **"Herramientas para Luchar contra la Corrupción desde las Entidades Locales"**, organizada por la Organización Access Info Europe, el **9 de marzo de 2021**.
- | Intervención en el **Seminario "Buzón de Denuncia y Transposición de la Directiva "whistleblower"**, organizado por la **Agencia Valenciana Antifraude**, por la Oficina de **Prevención y Lucha contra la Corrupción de las Islas Baleares** y por la **Oficina Antifraude de Cataluña** el **10 de junio de 2021**.
- | Intervención en el webinar **"Qué pasará el 17 de diciembre? Canales de denuncia y Directiva de Protección de personas alertadoras"** organizado por la **Agencia Valenciana Antifraude (AVAF)**, la **Oficina Antifraude de Cataluña (OAC)** y la **Agencia Antifraude de las Islas Baleares**. El **10 de junio de 2021**. En el webinar la DA intervino como ponente junto a los Directores de las 3 agencias y oficina antifraude autonómicas existentes en ese momento.

- | Intervención en la Jornada sobre **RIESGOS TRIBUTARIOS Y SECRETO PROFESIONAL**, organizada por el **Colegio de Censores Jurados de Cuentas de Cataluña** junto con la **Asociación Catalana de Compliance COMPCAT**, con el patrocinio de Wolters Kluwer. **Sesión "El Canal Ético y el control del fraude fiscal y otras incidencias de la administración de las organizaciones. El secreto profesional y la denuncia anónima en la Oficina Antifraude de Cataluña, en la Agencia Tributaria de Cataluña y en el Ayuntamiento de Barcelona". 8 de Abril de 2021.**
- | Intervención en el **Seminario** sobre la Directiva Europea 1937/2019 de protección de personas denunciando de corrupción – "Whistleblowers", con el tema **"La Directiva "Whistleblower" y su transposición al ordenamiento jurídico español. El papel de las agencias y oficinas antifraude"**. Seminario celebrado en el marco del **VI Congreso Internacional de Transparencia** organizado por la **Universidad de Alicante**. Entre otros temas se pudo **exponer el modelo del Buzón del Ayuntamiento**. En el mismo también intervinieron los Directores de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunidad Autónoma Valenciana (AVAF) y de la Oficina de Prevención y lucha contra la Corrupción de las Islas Baleares. **28 de septiembre de 2021.**
- | Intervención en la **jornada** sobre **"Buzones Anónimos"** organizada por la **Red de Gobiernos Transparentes de Cataluña**. Ponencia **"Buzones Anónimos. Buzón Ético y de Buen Gobierno del Ayuntamiento de Barcelona. Directiva "Whistleblower"**. **19 Enero 2022.**
- | Intervención en el **III Living Lab de Buen Gobierno y Regulación de la Universidad de Barcelona** sobre **"La Regulación de los Denunciantes de Irregularidades en los Sectores Privado y Público"**. **19 de octubre de 2021.**
- | Intervención en programa de radio: **"El Papel de los Denunciantes Clave en la Lucha contra la Corrupción"**, Radio Universidad Española a Distancia (UNED), Radio 3 (RNE). **18 de febrero 2021.**
- | Intervención en el **X Seminario "Ramon Massaguer de Actualización Jurídica y Derecho Local"**, sesión **"Marco de Integridad Institucional y Buzones Éticos"**. Organizado por la **Diputación de Girona**. Ponencia **"BÚSTIA ÈTICA I DE BON GOVERN AJUNTAMENT DE BARCELONA"**, **21 octubre de 2022.**
- | **Invitación** de la Comisión Europea para asistir al **taller (workshop) "Estrategias antifraude y las regiones. El importante papel que pueden desempeñar las regiones en la lucha contra el fraude y la corrupción, en particular en contextos de crisis"** que organiza, la Oficina Europea de Lucha contra Fraude

(**OLAF**), en el marco de la Semana Europea de las Regiones y Ciudades de 2020. **Celebrado**, telemáticamente, el **13 de octubre de 2020**.

- I **Participación** de la Dirección de Servicios de Análisis en **las sesiones de trabajo para la elaboración de diagnóstico sobre riesgos de fraude, irregularidades y corrupción en la contratación pública**, organizadas por la **Oficina Antifraude de Cataluña** con carácter previo al diseño su Guía para la integridad en la contratación pública, de 25 de mayo de 2020, diseñada por la Oficina Antifraude. En concreto, las dos letradas de la DA, participaron en las **reuniones de trabajo sobre la incidencia de los factores personales en los entes públicos en el ámbito de la contratación pública celebradas en fechas 29 y 31 de enero de 2022**.
  
- I **Participación** de la Dirección de Servicios de Análisis en el **Grupo de trabajo** de Buen Gobierno de la **Red de Gobiernos Abiertos de Cataluña**. El **objetivo** del grupo de trabajo es:
  - o **Promover la implementación de los planes de integridad** en los entes locales como hoja de ruta de los poderes públicos municipales hacia una cultura administrativa de integridad, en línea con la transparencia y buen gobierno.
  
  - o **Velar** para que **todas las entidades jurídicas del sector público dispongan de un canal de denuncia** como paso imprescindible para la constitución de un sistema de integridad y en cumplimiento de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019, de protección de alertadores.
  
  - o **Institucionalizar el Código Ético del servicio público de Cataluña** en el conjunto de administraciones públicas e instituciones de Cataluña.
  
  - o **Actualizar el Código de conducta de los altos cargos de los entes locales**.

Se planifican diferentes **sesiones de trabajo** que se inician **el 25 de julio de 2022** (fecha de la primera de ellas) y se alargarán **hasta el tercer trimestre de 2023**.

Dentro del "**Objetivo Operativo: Canal de denuncia**" juega un papel muy importante "la solución tecnológica" en la medida que **parte de la experiencia del Ayuntamiento de Barcelona**, que además, "heredando" su nombre también se denominará "Buzón Ético".



- I **Participación** de la Dirección de Servicios de Análisis en el **Grupo de discusión sobre comités éticos**. 21 de febrero y 28 de Septiembre de 2022. Actividad **realizada** en el **marco del proceso de institucionalización del Código ético del servicio público de Cataluña** y, concretamente, dentro de un **proyecto de investigación colaborativa "Diseño y desarrollo de un órgano de impulso, vigilancia y control en materia de integridad pública: instrumento clave del sistema de gobernanza del Código ético del servicio público de Cataluña"**, impulsado por la **Secretaría de Administración y Función Pública, la Red de Gobiernos Transparentes de Cataluña, financiado** por la **Escuela de Administración Pública** y **desarrollada por la Universidad de Barcelona**.

La investigación tenía como **objetos** principales:

- 1) Identificar las características principales que debería tener, en su configuración como órgano de la administración, un órgano de impulso, supervisión y control del código ético,
- 2) Identificar y desarrollar las funciones que debería ejercer este órgano en atención a la maximización de su impacto en el fomento de la ética pública y el cumplimiento del código. Identificando y desarrollando, también, les herramientas de acompañamiento que habrían de adoptarse en el despliegue del código ético.

En dicha sesión además **se pudo compartir la experiencia** sobre el **marco de integridad del Ayuntamiento de Barcelona** y especialmente de su Código Ético y de Conducta así como de su Comité de Ética.

## PUBLICACIONES

- I Artículo **"Sistemas de compliance y canales de denuncias en la administración pública. Una referencia al Ayuntamiento de Barcelona y su Buzón Ético y de Buen Gobierno"** publicado en la Revista "LA LEY Compliance Penal", núm 2, editorial Wolters Kluwer. Tercer trimestre de **2020**.
- I Artículo **"EL BUZÓN ÉTICO Y DE BUEN GOBIERNO DEL AYUNTAMIENTO DE BARCELONA"** publicado en el **"ANUARIO DEL BUEN GOBIERNO Y DE LA CALIDAD DE LA REGULACIÓN (ABGCR/2020)"** sobre **"La regulación de los denunciantes o alertadores ("whistleblowers") 2020"**. **Fundación Democracia y Gobierno Local**. Publicado en **junio de 2021**. En el Anuario se abordan temas como *"la calidad de la regulación, la protección de los denunciantes o alertadores ("whistleblowers"), el impacto de las ciencias conductuales en la gestión pública, los conflictos de intereses, los códigos éticos o de conducta, la inteligencia artificial, la prevención de la corrupción, la evaluación de las políticas públicas o el*

*papel de los lobbies, entre otros. Estos temas son tratados desde una perspectiva académica y de gestión práctica, con análisis de documentos relevantes nacionales e internacionales y elaboración de modelos de instrumentos de gestión que puedan ser útiles, con especial atención al ámbito local"*

- I Artículo. **"El reto de los canales de denuncias o alertas en el sector público. Solidez o cosmética"** publicado en la revista "El Consultor de los Ayuntamientos", Nº I, Sección Tribuna, Abril 2022, editorial Wolters Kluwer. En dicho artículo se refiere el Buzón del Ayuntamiento, así como sus NRBE y su órgano gestor.

#### **2.1.4.4. Firma de convenios de colaboración (todos sin contenido económico) para la implementación o replicación del Modelo del Buzón Ético y de Buen Gobierno del Ayuntamiento de Barcelona**

Se relacionarán, a continuación, las **nuevas Administraciones y Entidades** que, durante los años **2020 a 2022, suscribieron el protocolo para la replicación** e implementación del **modelo del Buzón Ético** y de Buen Gobierno del Ayuntamiento de Barcelona en sus respectivas organizaciones. Todos, como se dijo, **sin contenido económico**:

- | Convenio entre el Ayuntamiento de Barcelona **y la Generalitat de Catalunya** para establecer un canal permanente de comunicación y colaboración para mejorar la eficacia en el cumplimiento de los objetivos de interés común. Asimismo, precisa las condiciones para replicar e implementar el buzón. **Firmado el 10 de marzo de 2020.**
- | Convenio entre el Ayuntamiento de Barcelona **y el Ayuntamiento de Lleida** para establecer un canal permanente de comunicación y colaboración para mejorar su eficacia en el cumplimiento de los objetivos de interés común. Asimismo, precisa las condiciones para replicar e implementar el buzón. **Firmado el 12 de marzo de 2020.**
- | Convenio entre el Ayuntamiento de Barcelona **y el Ayuntamiento de Mollet del Vallès** para establecer un canal permanente de comunicación y colaboración para mejorar la eficacia en el cumplimiento de los objetivos de interés común. Asimismo, precisa las condiciones para replicar e implementar el buzón. **Firmado el 20 de abril de 2021.**
- | Convenio entre el Ayuntamiento de Barcelona **y el Ayuntamiento de Terrassa** para establecer un canal permanente de comunicación y colaboración para mejorar la eficacia en el cumplimiento de los objetivos de interés común. Asimismo, precisa las condiciones para replicar e implementar el buzón. Anexo I. **Firmado el 12 de marzo de 2020.**
- | Adhesión del **Ayuntamiento de Granollers** al Protocolo para la replicación e implementación del Buzón Ético y de Buen Gobierno del Ayuntamiento de Barcelona. **Septiembre de 2022.**
- | Adhesión del **Ayuntamiento de Manresa** al Protocolo para la replicación e implementación del Buzón Ético y de Buen Gobierno del Ayuntamiento de Barcelona. **5 de noviembre de 2021.**

- | Adhesión del **Ayuntamiento de Tiana** al Protocolo para la implementación del Buzón Ético y de Buen Gobierno del Ayuntamiento de Barcelona. **13 de octubre de 2022.**
- | Convenio entre el Ayuntamiento de Barcelona y **la Universidad Pompeu Fabra (UPF)** para establecer un canal permanente de comunicación y colaboración para mejorar la eficacia en el cumplimiento de los objetivos de interés común. Asimismo, precisa las condiciones para replicar e implementar el buzón. **Firmado el 28 de septiembre de 2021.**
- | Convenio entre el Ayuntamiento de Barcelona y la **Universidad de Barcelona (UB)** para establecer un canal permanente de comunicación y colaboración para mejorar la eficacia en el cumplimiento de los objetivos de interés común. Asimismo, precisa las condiciones para replicar e implementar el buzón. **Firmado el 22 de febrero de 2022.**
- | Convenio entre el Ayuntamiento de Barcelona y la empresa pública **Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya (FGC)** para establecer un canal permanente de comunicación y colaboración para mejorar la eficacia en el cumplimiento de los objetivos de interés común. Asimismo, precisa las condiciones para **replicar e implementar el buzón. Firmado el 11 de marzo de 2020.**
- | Adhesión del **Área Metropolitana de Barcelona (AMB)** al Protocolo para la implementación del Buzón Ético y de Buen Gobierno del Ayuntamiento de Barcelona. **Firmado el 26 de febrero de 2020.**
- | **II PROTOCOLO MARCO DE COLABORACIÓN ENTRE EL AYUNTAMIENTO DE BARCELONA Y Xnet** mediante el cual se consolida la vía de comunicación y colaboración, iniciada en marzo de 2019 (a raíz de la firma del Protocolo precedente) para difundir y fortalecer el Buzón Ético y de buen gobierno como paradigma de canal de comunicaciones que garantiza la confidencialidad y el anonimato de las personas comunicantes y alertadoras y como herramienta pionera en la lucha contra el fraude y la corrupción. Asimismo, precisa las condiciones para replicar e implementar el Buzón, **manteniendo** su carácter de **código libre**, replicable y modificable con respeto de los **derechos de autoría** (tanto del **Ayuntamiento** de Barcelona como de Xnet como creadores de la herramienta). La tramitación de dicho instrumento jurídico se produjo a lo largo del **último trimestre de 2022** culminando con su **firma** el **6 de febrero de 2023.**
- | **Consortio "Administració Oberta de Catalunya" (AOC).**- Especial reseña merece, por su **trascendencia**, que la **solución tecnológica** que **el Consorcio**

“Administració Oberta de Catalunya” (AOC) aporta para dar **soporte técnico** a los **Ayuntamientos catalanes** en la implantación y mantenimiento de canales de alerta o información y con **vocación** para su **extensión** a todo el **mundo local catalán parte del modelo de Buzón del Ayuntamiento de Barcelona y Xnet** que **hereda**, incluso **su nombre “Buzón Ético”** tal y como **se indica al pie de página** de la **herramienta**<sup>41</sup>.

Servei prestat pel **Consorci AOC** en col·laboració amb la **Xarxa de Governos Transparents**. Eina impulsada per l'**Ajuntament de Barcelona i Xnet**.

42

Los contactos mantenidos con el Consorcio AOC a tal efecto se iniciaron en julio de 2021 prolongándose hasta principios de 2023<sup>43</sup>.

Indicar que, según información del propio Consorcio AOC (a marzo de 2023), son **más de 90 las solicitudes** recibidas para la implementación de la herramienta.

Llegados a este punto, debe **recordarse** que, **además** de estas Administraciones, Entidades o Instituciones, **antes de 2020**:

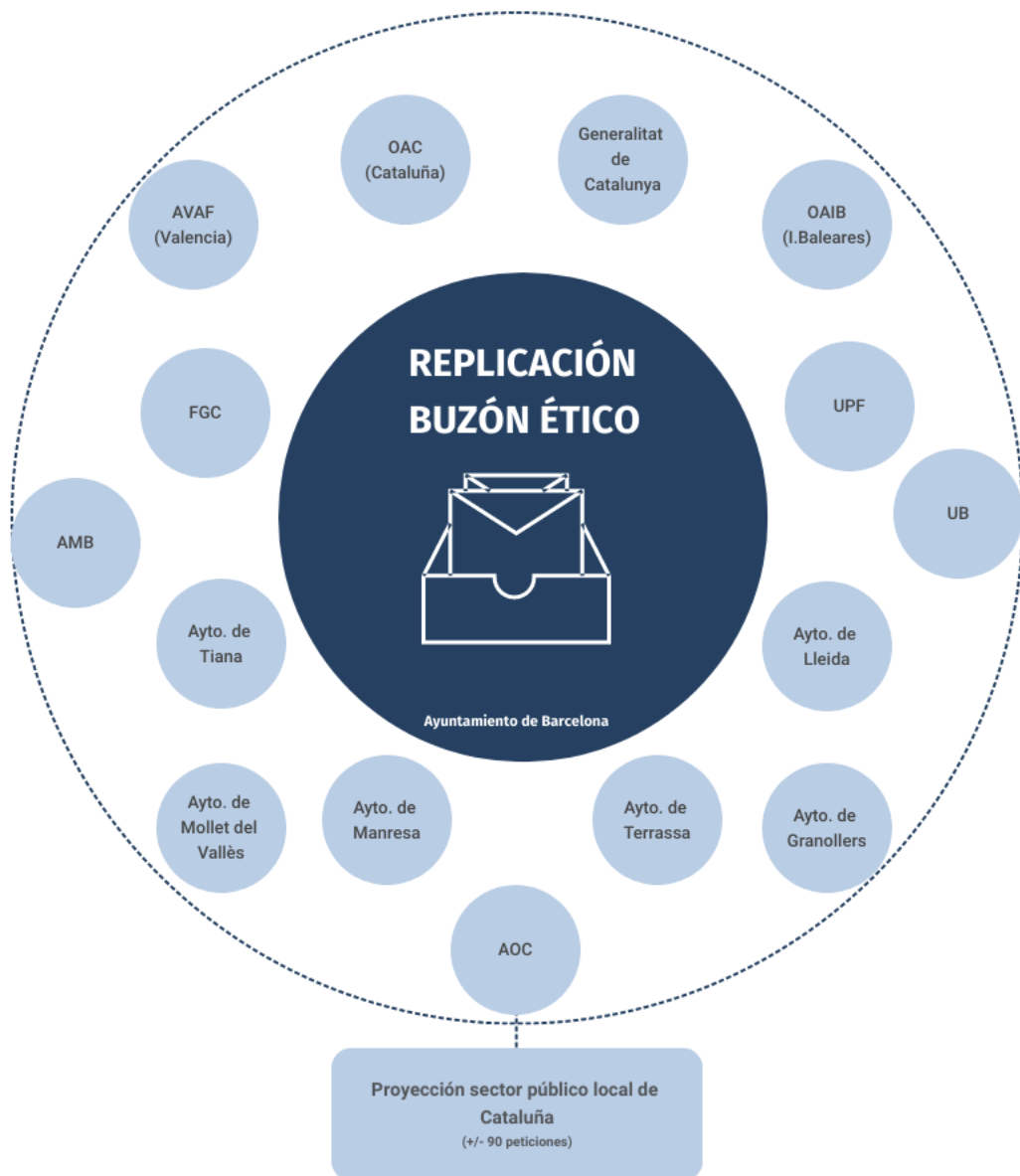
- ya habían replicado el modelo del Buzón o se habían adherido al protocolo para ello: La Oficina Antifraude de Cataluña (OAC), la Agencia Valenciana contra el Fraude y la Corrupción (AVAF), y la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción de las Islas Baleares (OAIB).
- que también lo replicó el **Consello de Contas de Galicia** (como canal interno)
- que el “**Buzón de Colaboración**” de la **Comisión Nacional del Mercado y la Competencia** (CNMC) se **inspira** en el modelo del Buzón Ético y de Buen Gobierno del Ayuntamiento de Barcelona.

---

<sup>41</sup> Información extraída a 21 de marzo de 2023 de la página web del Consorcio Administració Oberta de Catalunya.

<sup>42</sup> La traducción castellana de la referida frase se correspondería con: “Servicio Prestado por el Consorcio AOC en colaboración con la Red de Gobiernos Transparents. Herramienta impulsada por el Ayuntamiento de Barcelona y Xnet”.

<sup>43</sup> El detalle de los mismos se encuentra en el apartado correspondiente a “II.- Visitas Institucionales y Reuniones de asesoramiento técnico jurídico e informativas con representantes de Administraciones, Agencias o instituciones y entidades que muestran interés bien, en implementar el modelo del Buzón Ético, bien en conocer la experiencia práctica derivada de su gestión durante estos últimos 6 años.”



## **2.2.- ACTUACIONES DE LA DIRECCIÓN DE ANÁLISIS RELACIONADAS CON EL PLAN DE MEDIDAS ANTIFRAUDE PARA LA GESTIÓN DE PROYECTOS VINCULADOS CON EL PLAN DE RECUPERACIÓN, TRANSFORMACIÓN Y RESILIENCIA, FINANCIADOS CON FONDOS "NEXT GENERATION"**

---

## **2.2.- ACTUACIONES DE LA DIRECCIÓN DE ANÁLISIS RELACIONADAS CON EL PLAN DE MEDIDAS ANTIFRAUDE PARA LA GESTIÓN DE PROYECTOS VINCULADOS CON EL PLAN DE RECUPERACIÓN, TRANSFORMACIÓN Y RESILIENCIA, FINANCIADOS CON FONDOS "NEXT GENERATION" APROBADO POR DECRETO DE LA COMISIÓN DE GOBIERNO 4/2022 DE 3 DE FEBRERO.**

---

Se reflejarán en este apartado las **actuaciones** llevadas a cabo, por la **Dirección de Servicios de Análisis**, en **relación** con el **Plan de Medidas Antifraude** (en adelante **PMA**) para la Gestión de Proyectos vinculados con el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, financiados con **fondos "Next Generation"**, **aprobado** por **Decreto** de la **Comisión de Gobierno 4/2022** de **3 de Febrero** (de conformidad con lo previsto en el art. 6 de la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre) y **publicado** en la **Gaceta Municipal de Barcelona** y en el **BOPB** de **18 de febrero de 2022**.

En tal sentido, **distinguiremos** una **primera fase**, relacionada con las acciones llevadas a cabo en la etapa de **elaboración** del **PMA previa** a su **publicación** en el BOPB; una **segunda fase** que se inicia con **posterioridad** a dicha **publicación** y una **tercera** fase relativa a su **implementación y seguimiento**. Nos referiremos, a continuación, a cada una de ellas:

---

### **2.2.1. FASE PREVIA A LA PUBLICACIÓN DEL PMA EN EL BOPB**

---

En esta primera fase la **intervención de la DA** consistió en:

2.2.1.1. En fecha **2 de diciembre de 2021**, a instancia de la **empresa Consultora contratada** por el Ayuntamiento **para el diseño del PMA** (en adelante "**la Consultora**"), se mantuvo una **reunión** con la misma cuyo **objeto** fue tratar la vinculación del **Buzón Ético y de Buen Gobierno**.

2.2.1.2. En fecha **3 de diciembre de 2021**, "**la Consultora**" remitió a la **DA**, el **Acta** de la **reunión** celebrada al día anterior, **para su validación**.

2.2.1.3. En **fecha 23 de diciembre de 2021**, la **DA trasladó**, a la "**Consultora**", una serie de **puntualizaciones** a la **versión** del **Acta** que le había **enviado** relativa a la



reunión de 3-12-2021. **Puntualizaciones** realmente **relevantes pues** afectaban a **puntos esenciales** tales como<sup>44</sup>:

- **Respecto a la competencia de gestión del Buzón Ético**, la Dirección de Análisis realizó la siguiente apreciación: "*La Dirección de Análisis como órgano competente de gestionar el Buzón Ético y de Buen Gobierno*", "*que tiene reconocida independencia funcional (art. 25 de las Normas Reguladoras del Buzón Ético y de Buen Gobierno*", y "*que solamente depende orgánicamente de la Gerencia del Área de Agenda 2030, Transición Digital, Coordinación Territorial i Deportes*".
- **Respecto a la competencia de las recomendaciones**, la Dirección de Análisis propuso una modificación de la redacción ya que: "*... el Comité de Ética solo tiene decisión y hace recomendaciones cuando la conducta comunicada supone una infracción del código ético pero no cuando es subsumible en una infracción del Ordenamiento jurídico. En este caso, el órgano competente es la propia Dirección de Servicios de Análisis mediante su recomendación*".
- **Respecto al procedimiento que se sigue cuando se recibe una comunicación**, la Dirección de Análisis realizó las siguientes apreciaciones que insertadas en el texto originario enviado por la consultora y que se señalaron en azul<sup>45</sup> para su mejor identificación:
  - "*Se hace un cribado sobre si es o no del ámbito competencial del Buzón Ético, dictándose la correspondiente resolución en caso de inadmisión por falta de competencia que también será comunicada a la persona comunicante.*"
  - "*En caso de que la comunicación esté dentro del ámbito competencial del Buzón, se hace un juicio de verosimilitud de la comunicación y se notifica, según corresponda, su admisión, o se pide información adicional con carácter previo a la admisión (diligencias preliminares) si es necesario.*
  - "*En el caso de que la comunicación sea admitida, se realiza la correspondiente investigación y el análisis jurídico del resultado de las*

---

<sup>44</sup> El texto de las "puntualizaciones" que se recogen aquí corresponde a la traducción en castellano de la versión catalana originaria.

<sup>45</sup> Aunque en la versión original el color era el rojo, a la hora de reproducirlas en la Memoria se ha cambiado este por el azul para lograr una mayor uniformidad de color con el resto de su texto.

~~diligencias de investigación practicadas del caso que concluye con la evacuación del correspondiente informe jurídico y Recomendación, y si se cree que hay una vulneración del Código Ético se traslada al Comité Ético, que es quién tiene las competencias para tomar una decisión~~<sup>46</sup>. De acuerdo con el artículo 16 de las normas reguladoras del buzón, con la Recomendación, la Dirección de Análisis: a) indica si considera que puede existir o no una conducta contraria a derecho, a los principios o a las reglas éticas de buen gobierno; b) propone las medidas de mejora en la gestión pública que crea oportunas y e) sugiere o indica la modificación, anulación o incorporación de criterios que puedan evitar disfunciones en el futuro o mejorar determinadas prácticas, dentro de los supuestos y áreas riesgo de conductas irregulares que se constaten como consecuencia de las actuaciones llevadas a cabo. En su caso, la Dirección de Análisis también podrá proponer al órgano gestor competente que incoe un expediente administrativo para: restaurar la legalidad alterada o adoptar medidas sancionadoras o disciplinarias. También puede comunicar a la Fiscalía las conductas que puedan ser constitutivas de un ilícito penal. Y, en cualquier caso, a la vista de las comprobaciones llevadas a cabo podrá acordar que se archiven las actuaciones si se acredita la falta de vulneración del ordenamiento jurídico o de los principios o las reglas éticas y de buen gobierno.

- Según la gravedad y alcance de la infracción detectada y motivada, la Dirección de Análisis da traslado de la correspondiente Recomendación además de al órgano afectado, a la Intervención General, Gerencia Municipal, Dirección General, Secretaría General, Alcaldía para su conocimiento y actuación en el ejercicio de sus competencias. Y también, al Comité de Ética si se detecta que la referida infracción además de una vulneración del ordenamiento jurídico puede ser constitutiva de una lesión del Código Ético por parte de las personas obligadas.
- El Comité de Ética conoce exclusivamente de aquellas comunicaciones que informan de una infracción del código ético por parte de las personas obligadas e incluidas en su ámbito de actuación, en cuyo caso el Comité elabora la correspondiente

---

<sup>46</sup> Las palabras que aparecen tachadas son aquellas que la DA propuso suprimir de la redacción originaria elaborada por la "Consultora"

*recomendación y decisión, previa investigación de la Dirección de Análisis.*

- *~~Finalmente concluye en una recomendación (que se envía a Intervención General, Gerencia Municipal, Dirección General, Secretaría General, Alcaldía u órgano afectado) y, en su caso, con la apertura de un procedimiento lega~~<sup>47</sup>*
- *Cuando se ha pedido información a los Órganos del Ayuntamiento en un proceso de análisis de una comunicación del Buzón Ético **casi siempre** la organización del Ayuntamiento colabora compartiendo la documentación e información necesaria.*
- *El artículo 14 de las NRBE imponen a los cargos electos, los servidores públicos de la Corporación y al resto de personas que forman parte de las entidades incluidas en el ámbito de aplicación la obligación de prestar su colaboración en las tareas de comprobación y facilitar el acceso a la información y la documentación que solicite el órgano gestor del Buzón Ético y de Buen Gobierno”.*

2.2.1.4. A **finales** de **Diciembre** de **2021**, la **Dirección de Coordinación de Contratación** remitió el documento **“Plan de Medidas Antifraude del Ayuntamiento de Barcelona versión 4”**<sup>48</sup> (que **no** iba acompañado de **Anexo** alguno) a la **DA** para sus **observaciones**. La DA, **envió** en **enero de 2022**, **las observaciones que formuló a la totalidad** del **documento** recibido (que, como se ha dicho, no incluía Anexo alguno).

---

## ***2.2.2. Fase posterior a la Publicación del PMA en el BOPB***

---

La Comisión de Gobierno del **Ayuntamiento de Barcelona aprobó, por Decreto 4/2022 de 3 de febrero**, el **Plan de Medidas Antifraude** para la gestión de proyectos vinculados al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, financiados con **fondos** europeos llamados **Next Generation**, de conformidad con lo previsto en el art. 6 de la orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre. PMA que se **publicó** en la **Gaceta Municipal y en el BOP el 18 de febrero de 2022**.

---

<sup>47</sup> El párrafo que aparece tachado es aquel que la DA propuso suprimir de la redacción originaria elaborado por la “Consultora”

<sup>48</sup> Traducción literal al castellano de su versión originaria catalana “Pla de Mesures Antifrau de l’Ajuntament de Barcelona versió 4”

La **DA no tuvo conocimiento de ninguna versión completa del PMA** (ya que la única versión de la que se le dio traslado fue la del documento: "Plan de Medidas Antifraude del Ayuntamiento de Barcelona versión 4"<sup>49</sup> que, además, como se dijo, no iba acompañado de Anexo alguno) **ni de su redacción definitiva previa a su publicación** en la Gaceta Municipal ni en el BOPB. De hecho, según se desprende de dichos Boletines, la que aparece publicada es la "*versión 12 del Plan de Medidas Antifraude*" como consta a pie de página.

Motivo por el cual, **no fue hasta haberse publicado el PMA** que la **DA** pudo:

- Por un lado, **detectar la existencia** de algunas **inexactitudes y erratas** en su redactado. **Razón** por la cual, la **DA evacuó, el 25 de abril de 2022, el Informe "OBSERVACIONES A LA VERSIÓN DEL PLAN DE MEDIDAS ANTIFRAUDE DEL AYUNTAMIENTO DE BARCELONA PUBLICADO EL 18-2-2022 EN EL BOPB DESDE LA PERSPECTIVA DEL BUZÓN ÉTICO Y DE BUEN GOBIERNO Y DEL CÓDIGO ÉTICO"** en base al cual se **RECOMENDABA la REVISIÓN Y SUBSANACIÓN**, en tal sentido, **DEL TEXTO DEL PLAN DE MEDIDAS ANTIFRAUDE DEL AYUNTAMIENTO DE BARCELONA QUE CONSTABA PUBLICADO EN EL BOPB DE 18 DE FEBRERO DE 2022.**
- Y, por otro, **conocer la atribución, a la DA** de una serie de **actuaciones con** los consiguientes **plazos** para su **ejecución**. A tal efecto la **DA evacuó, el 26 de abril de 2022, el correspondiente INFORME**, en virtud del cual, se **elevaba CONSULTA** sobre "*LA DOTACIÓN PREVISTA Y EFECTIVA EN MATERIA DE RECURSOS HUMANOS, TÉCNICOS Y ECONÓMICOS QUE DISPONDRÁ LA DIRECCIÓN DE ANÁLISIS A LOS EFECTOS DE DAR CUMPLIMIENTO A LAS ACCIONES ENCOMENDADAS DE ACUERDO CON LOS PRINCIPIOS DE EFICACIA, EFICIENCIA Y SOLVENCIA EN LOS TÉRMINOS INDICADOS EN EL PLAN MEDIDAS ANTIFRAUDE DEL AYUNTAMIENTO DE BARCELONA*".

Informes a los que nos referiremos, con más detalle, seguidamente:

1. Informe, de 25 de abril de 2022, "**OBSERVACIONES A LA VERSIÓN DEL PLAN DE MEDIDAS ANTIFRAUDE DEL AYUNTAMIENTO DE BARCELONA PUBLICADO EL 18-2-2022 EN EL BOPB DESDE LA PERSPECTIVA DEL BUZÓN ÉTICO Y DE BUEN GOBIERNO Y DEL CÓDIGO ÉTICO**" en base al cual se **RECOMENDABA LA REVISIÓN Y SUBSANACIÓN**, en tal sentido, **DEL TEXTO DEL PLAN DE MEDIDAS ANTIFRAUDE DEL AYUNTAMIENTO DE BARCELONA QUE CONSTABA PUBLICADO EN EL BOPB DE 18 DE FEBRERO DE 2022, así como, su POSTERIOR DIVULGACIÓN POR LOS MISMOS CANALES DE PUBLICACIÓN.**

---

<sup>49</sup> Traducción literal al castellano de su versión originaria catalana "Pla de Mesures Antifrau de l'Ajuntament de Barcelona versió 4"

En dicho Informe se **identificaban** las **inexactitudes y erratas** constatadas (desde la perspectiva del Buzón Ético y de Buen Gobierno y del Código Ético) en el **texto del PMA publicado** tanto en la **Gaceta Municipal** como en el **BOPB recomendándose su revisión y subsanación** en los términos señalados, **así como su posterior divulgación por los mismos canales de publicación.**

Entre las **inexactitudes y erratas** constatadas se encuentran las **siguientes** (se extractan aquí partes sustanciales del referido informe<sup>50</sup>):

- a) **SE RECOMIENDA UNA MAYOR PRECISIÓN A LA HORA DE TRATAR LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS NORMAS REGULADORAS DEL BUZÓN ÉTICO Y DEL PROCESO DE GESTIÓN Y TRAMITACIÓN DE LAS DENUNCIAS O COMUNICACIONES RECIBIDAS ASÍ COMO DE LAS GARANTÍAS Y DERECHOS RECONOCIDOS A LAS PERSONAS ALERTADORAS Y AL RESTO DE AFECTADOS/AS**

En el punto 4 del Plan, relativo a la "Necesidad del Plan de Medidas antifraude en el marco de la gestión de los fondos del PRTR: principales pilares del sistema", concretamente en su párrafo 6, cuando se habla de:

*"Existencia de un canal de denuncias anónimo, de un protocolo de actuación sobre las denuncias recibidas y de un organismo independiente con poder de decisión en cuanto a la resolución de las mismas."*

*Se recomienda sustituir la palabra "protocolo de actuación" por "... de una norma reguladora del proceso de gestión y tramitación de las denuncias o comunicaciones recibidas y de las garantías y derechos reconocidos a las personas alertadoras y al resto de afectados/adas..."*

ENMIENDA: De modo que se propone la siguiente redacción:

*"Existencia de un canal de denuncias anónimo, de una norma reguladora del proceso de gestión y tramitación de las denuncias o comunicaciones recibidas así como de las garantías y derechos reconocidos a las personas alertadoras y al resto de afectados/as y de un organismo independiente con poder de decisión en cuanto a la resolución de las mismas."*

Técnicamente, **es importante esta precisión** puesto que **refuerza la robustez del canal** del Ayuntamiento y el **respeto al principio de seguridad jurídica** exigido en cualquier actuación de la Administración pública y más en el ámbito que nos ocupa. Esto, ya que **las Normas Regulatoras del Buzón Ético no son un simple "protocolo"** sino que **gozan de las garantías derivadas del proceso normativo inherente a la autonomía local**, son normas que fueron **sometidas al trámite de información pública** previo a la

---

<sup>50</sup> En su traducción al castellano de la versión originaria en catalán

su aprobación definitiva y están **publicadas**, no sólo en la gaceta municipal, sino también en el **Diario Oficial de la Provincia de Barcelona**.

**b) SE RECOMIENDA PRECISIÓN EN EL PUNTO "5.6.2 Depuración de responsabilidades y procedimiento disciplinario" del Plan**

El **régimen sancionador previsto en el Código ético y de Conducta del Ayuntamiento de Barcelona** por los **incumplimientos** de sus preceptos, no puede imponerse a toda la plantilla municipal, sino **únicamente a sus destinatarios** que son los sujetos relacionados: a) en el apartado 3.3 de su artículo 3 y b) en su disposición adicional primera. El apartado *"5.6.2 Depuración de responsabilidades y procedimiento disciplinario del Plan de Medidas Antifraude"* no incluye esta precisión de forma que puede dar lugar a una grave (dado el ámbito en el que nos situamos) confusión sobre el alcance del régimen sancionador previsto en el Código ético y de Conducta por sus incumplimientos. Se podría minimizar la confusión añadiendo a su redactado: "a sus destinatarios", de modo que el texto podría quedar: *"De acuerdo con lo estipulado en el Código ético y de conducta, el régimen disciplinario aplicable a sus destinatarios por los incumplimientos del mismo..."*

**c) SE RECOMIENDA MODIFICAR LA RESPUESTA A LA PREGUNTA "5 ¿Se difunde un código ético y se informa sobre la política de obsequios?" del Anexo III: Test de conflicto de interés, prevención del fraude y la corrupción"**

En la línea de lo que se ha dicho en el apartado anterior habría que precisar la respuesta dada a esta pregunta y, sobre todo en lo que se refiere al apartado "Comentarios y evidencias". En especial, cuando se dice que: *"... El Código recoge... y regula las normas de conducta que necesariamente deben seguir los funcionarios y trabajadores que pertenecen o tienen relación con el Ayuntamiento de Barcelona, ..."* Ya que, cabe insistir, son destinatarios del referido cuerpo normativo únicamente las personas relacionadas en el apartado 3.3 de su artículo 3 y en su disposición adicional primera y no toda la plantilla municipal.

**d) SE RECOMIENDA REVISAR EL PAPEL ASIGNADO AL ÓRGANO GESTOR DEL BUZÓN ÉTICO PARA AJUSTARLO A SUS NORMAS REGULADORAS Y RESTO DE NORMATIVA APLICABLE**

Así:

1) En el apartado 5.4.1 del PMA relativo a "El Buzón Ético y de buen gobierno", se especifica que: *"Este canal de denuncias dispone igual de un órgano responsable (Dirección de servicios de Análisis, entidad independiente). El artículo 25 de las NRBE reconoce a la*

*Dirección de Servicios de Análisis independencia funcional sin que pueda recibir órdenes jerárquicas que puedan condicionar su actuación ni pueda ser removida de su cargo por este motivo."*

2) En cambio al responder a la pregunta 11 del "Anexo III: Test de conflicto de interés, prevención del fraude y la corrupción" relativa a: "**11. Hay algún cauce para que cualquier interesado pueda presentar denuncias?**" del PMA se dice: "*... Las áreas responsables de gestionar el Buzón Ético que se publican son la Dirección de Servicios de Análisis y el Comité de Ética que las analizan y escalan a los organismos competentes, en su caso ....*"

Por tanto, dado los preceptos referenciados en el cuerpo del Plan (apartado 5.4.1), puesto que la pregunta 11 es relativa a si "*¿existe algún cauce para que cualquier interesado pueda presentar denuncias?*" y que la pregunta 12 da respuesta al procedimiento que se sigue cuando se recibe una comunicación, **se PROPONE, de acuerdo con los artículos 25 y 26 de las Normas reguladoras del Buzón Ético, ajustar la respuesta dada a la pregunta 11** suprimiendo las palabras "*Comité de Ética*" y la expresión "*que las analizan y escalan a los organismos competentes, en su caso*", de forma que quede el siguiente redactado: "**El área responsable de gestionar el Buzón Ético es la Dirección de Servicios de Análisis**".

3) Asimismo, y en lo que respecta **a la propia pregunta 11** del "Anexo III: Test de conflicto de interés, prevención del fraude y la corrupción **del PMA ¿Existe algún cauce para que cualquier interesado pueda presentar denuncias?** se fija como "Nivel/grado de cumplimiento", la **puntuación de 1** y **se responde que "No, no hay canal abierto y formal para que cualquier interesado pueda presentar denuncias"**. Cuando, en realidad, y tal y como se desprende del contenido del cuerpo del propio Plan **sí que existe este canal: el Buzón Ético y de Buen Gobierno**, que **es accesible tanto** para los **servidores públicos**, como para las **personas que se relacionan con la Administración Municipal** y para la **ciudadanía en general**. **Es más**, el modelo del Buzón Ético del Ayuntamiento de Barcelona, como canal de denuncias o alertas, **ha sido replicado** por otras muchas administraciones e instituciones estatales y autonómicas, como por ejemplo la propia Generalitat de Catalunya y las Oficinas y Agencias antifraude catalana, valenciana y de las Islas Baleares..., el propio buzón de colaboración de la Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia se inspira en ella.

Por tanto, **se PROPONE la modificación** de la respuesta a este punto de la pregunta: "**11 ¿Existe algún cauce para que cualquier interesado pueda presentar denuncias?**" **en los siguientes términos: "Nivel/grado de cumplimiento", 4: "Sí, sí hay canal abierto y formal para que cualquier interesado pueda presentar denuncias"**.

**e) SE PROPONE AJUSTAR LA RESPUESTA DADA A LA PREGUNTA 12 DEL ANEXO III DEL PMA EN LA MEDIDA QUE OBVIA LA COMPETENCIA DE LA DIRECCIÓN DE ANÁLISIS EN LA FORMULACIÓN DE RECOMENDACIONES**

- 1) Así, mientras que en el apartado 5.4.1 del PMA relativo a "El Buzón Ético y de Buen gobierno", se especifica que:

*"Entre sus funciones, recogida en el artículo 26 de este cuerpo normativo, está, además de la prevención, la protección de los alertadores durante el proceso de investigación. Entre las funciones de la Dirección de Servicios de Análisis (art. 26 NRBE) se encuentran, las de:*

*a) Llevar a cabo las tareas de comprobación, gestionar las comunicaciones y formular la recomendación que ponga fin a la comprobación de los hechos.*

*b) ...".*

- 2) A la respuesta de la pregunta 12 "el Anexo III: Test de conflicto de interés, prevención del fraude y la corrupción" del PMA relativa a "12. ¿Existe alguna unidad encargada de examinar las denuncias y proponer medidas?", consta que:

*"La unidad especialista encargada de examinar las comunicaciones es la Dirección de Servicios de Análisis. El procedimiento que se sigue cuando se recibe una comunicación es el siguiente:*

*- Se realiza un cribado sobre si es o no del ámbito competencial del Buzón Ético.*

*- Realizado un juicio de verosimilitud de la comunicación, se solicita información adicional si es necesario.*

*- Se realiza un estudio del caso, y si se cree que existe una vulneración del Código Ético, se traslada al Comité Ético.*

*- El Comité Ético es quién tiene la estructura y las competencias para tomar una decisión, que concluye en una recomendación, (que se envía a ...)"*

*De manera que, en este apartado sólo se reconoce al Comité de Ética la competencia "para tomar una decisión que concluye en una recomendación".*

Extremo que se **contradice con el precedente apartado 5.4.1 del propio PMA y con lo que disponen los artículos 13 y 16 de las Normas reguladoras del Buzón Ético,**



según las cuales: presentada la comunicación, la Dirección de Análisis, en caso de que resulte verosímil, comprueba los hechos objeto de la comunicación mediante las tareas de investigación que sean procedentes. Y una vez realizadas estas, formula, en su caso, la Recomendación correspondiente en la que se informa si considera que puede existir o no una conducta contraria a derecho, a los principios o reglas éticas y de buen gobierno, y propone, en su caso, las medidas de mejora en la gestión pública que considere adecuadas, trasladando la recomendación a los organismos competentes.

**Así mismo**, como se ha dicho, **el art. 26 de las NBRE** recoge como función de la Dirección de Servicios de Análisis en la gestión del Buzón Ético y de Buen Gobierno *"Formular la recomendación que pone fin a la comprobación de los hechos"*.

**En atención a las apreciaciones realizadas, y a los artículos 13, 16 y 26 de las Normas Regulatoras del Buzón Ético se PROPONE la enmienda de la respuesta dada a la citada pregunta 12 en los mismos términos que ya se plantearon por esta Dirección de Servicios de Análisis, en fecha 23 de diciembre de 2021** (al formular objeciones al acta que la empresa "Consultora" elaboró de la reunión mantenida en fecha 22 de diciembre de 2021) que se vuelve a reproducir a fin de facilitar una más fácil comprensión:

- *"Se hace un cribado sobre si es o no del ámbito competencial del Buzón Ético, dictándose la correspondiente resolución en caso de inadmisión por falta de competencia que también será comunicada a la persona comunicante."*
- *En caso de que la comunicación esté dentro del ámbito competencial del Buzón, se hace un juicio de verosimilitud de la comunicación y se notifica, según corresponda, su admisión, o se pide información adicional con carácter previo a la admisión (diligencias preliminares) si es necesario.*
- *En el caso de que la comunicación sea admitida, se realiza la correspondiente investigación y el análisis jurídico del resultado de las diligencias de investigación practicadas que concluye con la evacuación del correspondiente informe jurídico y Recomendación. De acuerdo con el artículo 16 de las normas reguladoras del buzón, con la Recomendación, la Dirección de Análisis: a) indica si considera que puede existir o no una conducta contraria a derecho, a los principios o*

*a las reglas éticas de buen gobierno; b) propone las medidas de mejora en la gestión pública que crea oportunas, y e) sugiere o indica la modificación, anulación o incorporación de criterios que puedan evitar disfunciones en el futuro o mejorar determinadas prácticas, dentro de los supuestos y áreas riesgo de conductas irregulares que se constaten como consecuencia de las actuaciones llevadas a cabo. En su caso, la Dirección de Análisis también podrá proponer al órgano gestor competente que incoe un expediente administrativo para: restaurar la legalidad alterada o adoptar medidas sancionadoras o disciplinarias. También puede comunicar a la Fiscalía las conductas que puedan ser constitutivas de un ilícito penal. En cualquier caso, a la vista de las comprobaciones llevadas a cabo, en cualquier caso, podrá acordar que se archiven las actuaciones si se acredita la falta de vulneración del ordenamiento jurídico o de los principios o las reglas éticas y de buen gobierno.*

- Según la gravedad y alcance de la infracción detectada y motivada, la Dirección de Análisis da traslado de la correspondiente Recomendación además de al órgano afectado, a la Intervención General, Gerencia Municipal, Dirección General, Secretaría General, Alcaldía para su conocimiento y actuación en el ejercicio de sus competencias. Y también, al Comité de Ética si se detecta que la referida infracción además de una vulneración del ordenamiento jurídico puede ser constitutiva de una lesión del Código Ético por parte de las personas obligadas.*
- El Comité de Ética conoce exclusivamente de aquellas comunicaciones que informan de una infracción del código ético por parte de las personas obligadas e incluidas en su ámbito de actuación, en cuyo caso el Comité elabora la correspondiente recomendación y decisión, previa investigación de la Dirección de Análisis.*

**f) SE RECOMIENDA LA REVISIÓN DE LA RESPUESTA A LA PREGUNTA “9 ¿Se han definido indicadores de fraude o señales de alerta (banderas rojas) y han sido comunicadas al personal en posición de detectarlos?” y en la pregunta 13, ambas del Anexo III: “Test de conflicto de interés, prevención del fraude y la corrupción” del PMA.**

Consta como "Comentarios y evidencias" en la referida pregunta que "No, no se constata ningún indicador relacionado con fraude que esté estandarizado. Sí existen recomendaciones recogidas en el Informe de seguimiento que realiza anualmente Auditoría Interna, pero no son específicas en el ámbito de fraude ni enfocadas a los fondos europeos NGEN. Intervención ejerce el control económico y financiero interno del Ayuntamiento de Barcelona pero tampoco define ningún indicador o señal de alerta".

Habría que **tener en cuenta, y se propone hacer referencia** aquí también, a las **Recomendaciones** vertidas por la **Dirección de Servicios de Análisis** desde la puesta en marcha del Buzón Ético y de Buen Gobierno en la medida en que se **recogen los riesgos de fraude detectados (en materia de contratación, de fomento, de función pública ...)** a raíz de las comunicaciones o denuncias de las que ha conocido **y se proponen las medidas de prevención oportunas para paliarlos o minimizarlos. Dando cuenta** de las mismas **a todos los órganos municipales con competencia para abordarlas e implementarlas.** Estas recomendaciones están **publicadas** además (extractadamente) en la **Memoria de Actividades.** Y, **en igual sentido,** habría que decir de las **Recomendaciones** dictadas **por el Comité de Ética** en el **ámbito** de sus **competencias** (relativas a **incumplimientos del Código ético y de Conducta**).

A la vista de lo expuesto, creemos **conveniente,** asimismo, **valorar la revisión** de la **respuesta dada a la pregunta 13 del anexo III** en los términos expresados.

**g) SE RECOMIENDA LA REVISIÓN DE LA RESPUESTA A LA PREGUNTA "16. ¿Se denuncian los hechos punibles a las autoridades públicas nacionales o de la Unión Europea o frente a la fiscalía y los tribunales competentes?"**

En el Plan de Medidas Antifraude consta como respuesta a la referida pregunta 16 la siguiente:

*"Se denuncian los hechos a las autoridades públicas... de acuerdo con el siguiente procedimiento descrito en la pregunta anterior: La Intervención General del Ayuntamiento de Barcelona identifica las objeciones y se elevan a la comisión de gobierno o al pleno y en su caso al Tribunal de Cuentas o a la Intervención General del Estado (que comunica en los casos oportunos los hechos punibles a las autoridades nacionales o europeas competentes). Adicionalmente se informa como deferencia a la unidad ejecutora sobre la comunicación que se realizará."*

Pero en esta respuesta **se olvida que las Normas Regulatoras del Buzón Ético y de Buen Gobierno facultan al órgano gestor del Buzón Ético**, a la vista de los resultados de las tareas de investigación llevadas a cabo, **a comunicar a otras autoridades y a la fiscalía** las conductas que puedan ser constitutivas de ilícito penal.

A fecha de la elaboración de esta Memoria, revisada la redacción del PMA que aparece publicado en la Gaceta Municipal y en el BOPB se constata que es la de 18 de febrero de 2022 sin que consten introducidas ninguna de las anteriores precisiones formuladas por la DA.

**2.II.- INFORME, del 26 de Abril de 2022, en virtud del cual, se elevaba CONSULTA sobre "LA DOTACIÓN PREVISTA Y EFECTIVA EN MATERIA DE RECURSOS HUMANOS, TÉCNICOS Y ECONÓMICOS QUE DISPONDRÁ LA DIRECCIÓN DE ANÁLISIS A LOS EFECTOS DE DAR CUMPLIMIENTO A LAS ACCIONES ENCOMENDADAS DE ACUERDO CON LOS PRINCIPIOS DE EFICACIA, EFICIENCIA Y SOLVENCIA EN LOS TÉRMINOS INDICADOS EN EL PLAN MEDIDAS ANTIFRAUDE DEL AYUNTAMIENTO DE BARCELONA"**

**En el Anexo V del Plan de Medidas Antifraude, relativo a la "Plantilla de reparto de roles y responsabilidades, y plazos de implantación", figura la Dirección de Servicios de Análisis como responsable del abanico de acciones allí detalladas, así como los plazos para su implementación y para su actualización. Acciones y plazos que se extractan en este cuadro:**

Núm.	Referencia Riesgo	Control/acción desarrollar	Persona responsable implantación	Plazo implementación
6	OM2	Adoptar la Política de tratamiento y resolución de situaciones donde se ha detectado la existencia de conflictos de interés	Dirección de Servicios de Análisis	Menos de 6 meses
7	OM2, CE1, CE2, CE3, CE4, CE5, EG1, EG2	Realización del plan anual de formación en materia de fraude	Responsable Dirección de Servicios de Análisis	6 meses

8	OM2, CE1, CE2, CE3, CE4, CE5, EG1, EG2	Realización de la formación anual en materia de fraude	Responsable Dirección de Servicios de Análisis	12 meses
9	OM2	Realización del plan de publicidad/comunicación sobre el Código ético y de conducta y el Buzón Ético (internamente y externa)	Responsable Dirección de Servicios de Análisis	6 meses
10	OM2	Realización de publicidad/comunicación sobre el Código ético y de conducta y el Buzón Ético (internamente y externa)	Responsable Dirección de Servicios de Análisis	12 meses
11	OM2	Elaborar campaña comunicativa del Código Ético para recordar los canales de reportar incumplimientos	Responsable Dirección de Servicios de Análisis	6 meses
34		Definir procedimiento de corrección (suspensión procedimiento, notificación, evaluar fraude como sistémico o puntual, revisión otros proyectos, revisión procedimientos, etc.)	Responsable Dirección de Servicios de Análisis, Secretaria, Intervención	12 meses
35		Definir procedimiento de persecución (comunicación a la entidad decisor, a la fiscalía, etc.)	Responsable Dirección de Servicios de Análisis, Secretaria, Intervención, SSJJ	12 meses
36		Elaboración del Plan de comunicación y difusión del Pla de medidas antifraude	Responsable Dirección de Servicios de Análisis, Recursos Humanos, DCCA y Subvenciones	6 meses

El artículo **2.7 de la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre**, recoge que “Los **responsables y gestoras** de las **medidas** tendrán que **asumir el desarrollo de las tareas** necesarias para la consecución de los objetivos, **en el marco de recursos y costes estimados ...**”; por ello: **atendiendo a los plazos de implementación y realización** de las **acciones encomendadas** en el Plan de Medidas, que además requieren una **actualización** de las mismas **anualmente**; **dado el dimensionamiento jurídico de la plantilla** de la Dirección de Análisis **y el del presupuesto económico** que tiene asignado (limitado a satisfacer las dietas del Comité de Ética) se **emitió el 26 de abril de 2022**, el Informe referenciado, en cuya virtud **se formulaba CONSULTA sobre la dotación prevista y efectiva** en materia de **recursos humanos, técnicos y económicos** que **dispondrá la Dirección de Análisis** a los efectos de **dar cumplimiento a las acciones encomendadas** de acuerdo con los principios de eficacia, eficiencia y solvencia **en los términos indicados en el Plan de Medidas Antifraude** del Ayuntamiento de Barcelona.

Se está **a la espera** de recibir respuesta a la referida Consulta.

---

### ***2.2.3. Fase de implementación y seguimiento del PMA***

---

Dentro de esta tercera fase de Implementación y seguimiento del PMA podemos **destacar** las siguientes actuaciones:

#### ***2.2.3.1. Ámbito contractual: "Cláusula 31. Canal de denuncias: Buzón Ético y de Buen Gobierno."***

En **junio de 2022** la DA **participó**, con sus **aportaciones**, en la **redacción final** del **texto** de la “**Cláusula 31. Canal de denuncias: Buzón Ético y de Buen Gobierno**” para su **inclusión** en el **Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares** de los **contratos** suscritos por el Ayuntamiento de Barcelona y sus entes dependientes y **financiados** con **Fondos Next Generation**.

**2.2.3.2. Informe evacuado, el 29 de septiembre de 2022, en respuesta al traslado conferido, a la DA, por la Secretaría Técnica de los Fondos Europeos "Next Generation", con relación al requerimiento de información instado por el Tribunal de Cuentas para la "FISCALIZACIÓN DE LOS PLANES ANTIFRAUDE APROBADOS POR LAS ENTIDADES LOCALES QUE PARTICIPEN EN LA EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS DEL PRTR/FISCALIZACIÓN DE LOS PLANES ANTIFRAUDE APROBADOS POR LAS ENTIDADES LOCALES QUE PARTICIPEN EN LA EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS DEL PRTR"**

El Tribunal de Cuentas, en el marco de la **"FISCALIZACIÓN DE LOS PLANES ANTIFRAUDE APROBADOS POR LAS ENTIDADES LOCALES QUE PARTICIPEN EN LA EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS DEL PRTR/FISCALIZACIÓN DE LOS PLANES ANTIFRAUDE APROBADOS POR LAS ENTIDADES LOCALES QUE PARTICIPEN EN LA EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS DEL PRTR"** requirió de información al **Ayuntamiento de Barcelona**. En dicho contexto, la **Secretaría Técnica de los Fondos Europeos Next Generation (NGEU)** **solicitó a la DA** la **información** relativa a su ámbito de actuación, de acuerdo con las funciones reconocidas en el artículo 26 de las NRBE y en base a las **responsabilidades y actuaciones** asignadas y recogidas **en el Anexo V del PMA** aprobado por el Ayuntamiento de Barcelona el 3 de febrero de 2022.

A dicho requerimiento **se respondió**, dentro del plazo conferido, el **29 de septiembre de 2022**, mediante el **correspondiente Informe** y oficio remisorio de esa misma fecha. **Informe** que **daba respuesta** a las **preguntas** obrantes en el **cuestionario** del **Tribunal de Cuentas** y que fueron **trasladadas, a la DA, por la Secretaría Técnica** de los Fondos NGEU. Preguntas que se reproducen a continuación, a los efectos pertinentes:

**"... S1 - INFORMACIÓN GENERAL: MEDIDAS ANTIFRAUDE (II)**

**MEDIDAS ANTIFRAUDE**

3.- ¿La entidad dispone de algún otro plan de lucha contra el fraude o sistema de integridad?: > En caso afirmativo:

3.1 .- Indique el/los plan/es de los que dispone:

3.2 .- Adjunte el/los plan/es:

**S2 - INFORMACIÓN GENERAL: MEDIDAS ANTIFRAUDE (III)**

**OTRAS MEDIDAS ANTIFRAUDE**

6.- Disposición de un canal de denuncias:

6.1.- En caso afirmativo, adjuntar la URL:

7.- Actuaciones formativas en materia de fraude y/o conflicto de intereses:

8.- Otras actuaciones realizadas diferentes de las descritas anteriormente:

## **F2 – EXTERNALIZACIÓN DE SERVICIOS:**

### **S1 - CUESTIONES INICIALES**

¿Se ha externalizado, total o parcialmente, alguna de las siguientes tareas relacionadas con el cumplimiento de la Orden HFP/1030/2021?

1.3.- Elaboración de un código ético y/o de conducta:

1.5.- Elaboración de procedimientos para abordar el conflicto de intereses:

1.6.- Implantación de un canal de denuncias:

1.7.- Desarrollo de actuaciones formativas:

1.8.- Desarrollo de herramientas de detección de fraude, corrupción, conflicto de intereses y doble financiación:

1.9.- Otras tareas:

1.9.1.- En caso de seleccionar "SI" en "Otras tareas", especificar en cuál/es::

2.- Adjunte una relación de los contratos o instrumentos jurídicos formalizados:

3.- Adjunte los contratos o instrumentos jurídicos formalizados:

4.- Adjunte las facturas y la documentación contable justificativa:

### **S4 - Elaboración de un código ético y/o de conducta**

En relación con la elaboración de un código ético y/o de conducta:

1.- Identifique el contrato tal y como está denominado en la relación aportada en la sección anterior:

2.- Fecha de formalización:



3.- Importe (sin IVA):

4.- IVA:

5.- Denominación del adjudicatario:

6.- CIF/NIF del adjudicatario: ¿Cómo se ha externalizado?

7.1.- Contrato público:

7.1.1.- En caso de haberse externalizado mediante contrato público, indicar el tipo de contrato:

7.2.- Encomienda de gestión a medio propio:

7.3.- Otro: 7.3.1.- En caso de "Otro", especifique cuál:

### **S7 - Implantación de un canal de denuncias**

En relación con la externalización de la implantación de un canal de denuncias:

1.- Identifique el contrato tal y como está denominado en la relación aportada en la sección anterior:

2.- Fecha de formalización:

3.- Importe (sin IVA):

4.- IVA:

5.- Denominación del adjudicatario:

6.- CIF/NIF del adjudicatario: ¿Cómo se ha externalizado?

7.1.- Contrato público:

7.1.1.- En caso de haberse externalizado mediante contrato público, indicar el tipo de contrato:

7.2.- Encomienda de gestión a medio propio:

7.3.- Otro:

7.3.1.- En caso de "Otro", especifique cuál:

### **S8 - Desarrollo de actuaciones formativas**

En relación con la externalización del desarrollo de actuaciones formativas:

1.- Identifique el contrato tal y como está denominado en la relación aportada en la sección anterior:

2.- Fecha de formalización:

3.- Importe (sin IVA):

4.- IVA:

5.- Denominación del adjudicatario:

6.- CIF/NIF del adjudicatario: ¿Cómo se ha externalizado?

7.1.- Contrato público:

7.1.1.- En caso de haberse externalizado mediante contrato público, indicar el tipo de contrato:

7.2.- Encomienda de gestión a medio propio:

7.3.- Otro:

7.3.1.- En caso de "Otro", especifique cuál:

## **S5 - CÓDIGO ÉTICO**

En relación con el código ético:

1.- ¿Se incluye en el plan de medidas antifraude?:

1.1.- En caso negativo, adjúntelo:

2.- ¿Incluye referencias a la normativa estatal, autonómica y local que resulte de aplicación?: 3.- ¿Identifica la obligación de confidencialidad que incumbe a los empleados públicos?:

4.- ¿Informa sobre la política de regalos, servicios y hospitalidades?:

4.1.- ¿Se han establecido normas específicas distintas del principio general previsto en el artículo 54.6 de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP)?

> En caso afirmativo:

4.1.1.- Aporte el documento:

- 4.2.- ¿Se admiten determinados tipos o valores de regalos u hospitalidades?:
- 4.3.- ¿Se cuantifican exactamente sus valores?:
- 4.4.- ¿Se dirige la política a todos los que trabajan para la entidad (representantes, agentes, comisionistas, etc)?:
- 5.- Órgano de aprobación:
- 6.- Fecha de aprobación:
- 7.- ¿Se ha dado difusión entre el personal?:
- > En caso afirmativo, indique los canales de difusión:
- 7.1.- Intranet:
- 7.2.- Correo electrónico:
- 7.3.- Otra:
- 7.3.1.- En caso de "Otra", especifique cuál:

## **S7 - FORMACIÓN**

En relación con la formación en materia antifraude y/o conflicto de interés del personal de la entidad:

- 1.- ¿Se prevé que la formación alcance a todos los niveles jerárquicos de la entidad?:
- 1.1.- En caso de no haber alcanzado a todos los niveles jerárquicos, ¿a quiénes está destinada la formación en esta materia?:
- 2.- ¿La formación en esta materia es obligatoria para el personal de la entidad?:
- 3.- ¿Se ha impartido formación en esta materia desde el 1 de enero de 2021?:
- 3.1.- > En caso afirmativo, adjuntar un documento con la siguiente información: denominación de las actividades o referencia al contenido básico, fecha de celebración, duración, tipo de participantes y número empleados que la recibieron:
- 4.- ¿De qué tipología son las acciones formativas?
- 4.1.- Cursos:
- 4.2.- Charlas:

4.3.- Seminarios:

4.4.- Reuniones o grupos de trabajo:

4.5.- Boletines.

4.6.- Otros:

4.6.1.- En caso de "Otra", especifique cuál:

### **S3 - CANAL DE DENUNCIAS**

En relación con el canal establecido para la interposición de denuncias o alertas:

1.- ¿El personal de la entidad ha sido informado de la existencia de dicho canal de denuncias?: >En caso afirmativo, ¿cuáles han sido las vías de difusión entre el personal de la entidad?

1.1.- Intranet:

1.2.- Correo electrónico:

1.3.- Otra:

1.3.1.- En caso de "Otra", describa la vía utilizada.

2.- ¿Quiénes pueden hacer uso del canal de denuncias?:

3.- ¿Se puede acceder al canal desde la página web de la entidad o Sede electrónica?:

3.1.- En caso afirmativo, adjuntar URL:

4.- ¿Se han establecido medidas para detectar denuncias falsas y un procedimiento a seguir, en su caso?:

4.1.- En caso afirmativo, indique las medidas y el procedimiento:

5.- ¿Se han establecido medidas tendentes a garantizar la confidencialidad del denunciante?:

5.1.- En caso afirmativo, indique cuáles:

6.- ¿Se han establecido medidas tendentes a garantizar la confidencialidad del denunciado?:

6.1.- En caso afirmativo, indique cuáles:

7.- ¿La entidad dispone de alguna unidad encargada de examinar las denuncias y proponer medidas?:

7.1.- En caso afirmativo, detalle su composición (cargo, nivel jerárquico u otro requisito exigido para pertenecer a esta unidad y nº de hombres y/o mujeres que la componen):

8.- ¿Se prevé expresamente la obligación de denunciar cuando se tenga conocimiento de indicios de actos de fraude, corrupción o conflicto de intereses?:

8.1.- En caso afirmativo, adjunte el documento que recoge dicha previsión:

9.- ¿Se han recibido denuncias a través del canal desde 1 de enero 2021?:

9.1.- En caso de haberse recibido denuncias , adjunte un documento identificando el número de denuncias recibidas desde 1 de enero de 2021, descripción de la tramitación realizada y situación actual del procedimiento, con identificación expresa de aquellas referidas a la ejecución del PRTR:..."

## **2.3. COLABORACIÓN INSTITUCIONAL VINCULADA A LAS FUNCIONES ATRIBUIDAS A LA DIRECCIÓN DE ANÁLISIS POR LAS NRBE (ART 26), EN ESPECIAL LAS DE PREVENCIÓN, GESTIÓN DEL CANAL DE ALERTAS/INFORMACIONES (BUZÓN ÉTICO), INVESTIGACIÓN Y PROTECCIÓN DE ALERTADORES**

---

### **2.3.- COLABORACIÓN INSTITUCIONAL VINCULADA A LAS FUNCIONES ATRIBUIDAS A LA DIRECCIÓN DE ANÁLISIS POR LAS NRBE (ART 26), EN ESPECIAL LAS DE PREVENCIÓN, GESTIÓN DEL CANAL DE ALERTAS (BUZÓN ÉTICO), INVESTIGACIÓN Y PROTECCIÓN DE ALERTADORES.**

---

Este apartado pone de manifiesto la **consolidación** del **Buzón Ético** del Ayuntamiento de Barcelona y de su órgano gestor en el ámbito de **Cataluña** y en el resto del **panorama español** sin olvidar que, **desde 2019**, su actividad **también** es reportada a **la Unión Europea y a Naciones Unidas**.

En este sentido, y sin perjuicio de ser objeto de desarrollo más adelante, resulta relevante adelantar los **requerimientos de información** que, periódicamente, la **Oficina Independiente de Revisión y Supervisión de la Contratación (OIRESCON)** y el **Servicio Nacional de Coordinación Antifraude para intereses financieros de la Unión Europea** de la **Intervención General de la Administración General del Estado (SNAC-órgano estatal de colaboración con la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude)** solicitan, a la **Dirección de Análisis (DA)** sobre su actividad y en su calidad de **órgano de prevención y gestor de un canal** de alertas, informaciones, denuncias o comunicaciones.

**Requerimientos de información sobre la actividad desarrollada por DA** que revisten mayor alcance, si cabe, si se tiene en cuenta que los informes que ambos Organismos elaboran a raíz de los datos ofrecidos **transcenden, respectivamente**, a la **Comisión Europea y a la Oficina de Naciones Unidas** contra la Droga y el Delito (**UNODC**).

Extremo este, en el que seguidamente se ahondará junto con el resto de **actividades desarrolladas** por la DA en base al **principio de colaboración institucional** y en **ejercicio** del resto de las **funciones** que le encomienda el **artículo 26 de las NRBE** y, por ende, las que se derivan de la ejecución del Plan de Medidas Antifraude para los proyectos financiados a través de Fondos Europeos Next Generation (desde su aprobación).

Resaltar también en este punto los convenios suscritos por el Ayuntamiento de Barcelona **con todas las Oficinas y Agencias Antifraude autonómicas actualmente en marcha**

en España (Cataluña, Valencia, Islas Baleares y Andalucía), **a fin de establecer, a través de la DA, canales permanentes de comunicación y colaboración para mejorar la eficacia en el cumplimiento de los objetivos de interés común en materia de prevención y lucha contra el fraude y la corrupción.** Convenios todos **sin contenido económico.** E, igualmente elocuentes, en tal sentido, se torna (sin perjuicio de las del resto que se referirán a continuación) la **participación del Ayuntamiento de Barcelona, a través de la DA, en la Red Española de Agencias, Oficinas y órganos antifraude así como las acciones** llevadas a cabo en pos del **impulso para la efectiva transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva "whistleblower".**

Así, dentro de las referidas **acciones de colaboración institucional** ligadas, en especial, a las funciones de **Prevención, gestión del canal de alertas** (Buzón Ético), **investigación y protección de alertadores** se encuentran:

---

***2.3.1. Participación en la Red española de Oficinas, Agencias y órganos especializados en la Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción (a nivel estatal, autonómico y local). Constituida, en Barcelona, el 29 de junio de 2018, integra organismos estatales, autonómicos y locales.***

---

Se concibe como un **espacio estable para compartir experiencias, aprovechar el conocimiento** respectivo y fomentar una colaboración estratégica. Los **objetivos** de la Red giran en torno a cuestiones relativas: a la **formación del personal**; a la **colaboración** en actividades formativas en materia de **integridad y ética pública**; a la puesta en común de conocimientos y experiencias prácticas en materia de **prevención y análisis de riesgos**; a lucha contra el **fraude y la corrupción**;, al **fomento** de la **integridad** institucional así como las que tienen como finalidad que la ciudadanía pueda **comunicar de manera confidencial, anónima y segura** conductas de las administraciones públicas que puedan ser contrarias a derecho o a los principios y reglas éticas y de buen gobierno.

**También intervienen en la Red:** la Oficina Antifraude de Cataluña (**OAC**), la Oficina de Prevención y Lucha contra la corrupción de Valencia (**AVAF**), la Oficina de Prevención y Lucha contra la corrupción de las Islas Baleares (**OAIB**), el **Consello de Contas de Galicia** (Sección de Prevención de la Corrupción, la Audiencia de Cuentas de Canarias **Oficina Municipal** contra el Fraude y la Corrupción del Ayuntamiento de **Madrid**; Agencia de



Transparencia del Área Metropolitana de Barcelona (**AMB**); el Servicio Nacional de Coordinación Servicio de Coordinación Antifraude para intereses financieros de la Unión Europea (de la Intervención General de la Administración General del Estado) (**SNCA**) y la Oficina Independiente de Revisión y Coordinación de la Contratación Pública (**OIRESCON**), la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**CNMC**), la **Audiencia de Cuentas de Canarias**.

La Red se **reúne** con una periodicidad **semestral**. Las **reuniones** de la Red celebradas durante los **años 2020 a 2022** fueron:

- **V Encuentro de la Red**, se realizó, el **18 de junio del 2020**, vía telemática (debido a las incidencias de la pandemia), **organizado** por la Agencia de Transparencia del Área Metropolitana de Barcelona (**AMB**) y la **DA** del Ayuntamiento Barcelona. En la reunión se pusieron en común las **experiencias e iniciativas en materia de contratación y buen gobierno en el marco de la crisis** generada por la **COVID-19** y se trató el **estado del proceso de transposición** al ordenamiento jurídico español de la **Directiva** Europea de protección de las personas que informan sobre infracciones del Derecho de la Unión. **Resaltando la necesidad** de las **políticas de integridad y de los canales de denuncias o alertas confidenciales y anónimas**, como instrumentos de prevención del fraude, en las instituciones públicas.

También participaron en la reunión representantes de asociaciones cívicas especializadas en la lucha contra la corrupción y la defensa de la transparencia y un catedrático de derecho penal de reputado prestigio en este ámbito.

- **VI Encuentro de la Red**, tuvo lugar, el **27 de Noviembre de 2020**, en formato virtual (a causa de la pandemia), **organizada** por la **Oficina Antifraude de Cataluña**, se profundizó en el **seguimiento del proceso de transposición**, al ordenamiento jurídico español, de la **Directiva "whistleblowers"**. Así como, **de la reunión** que la Red mantuvo con el **Ministerio de Justicia**, el 4 de noviembre de ese año, designándose a cuatro de sus miembros a través de los cuales realizar el enlace y representación de la Red con el Ministerio de Justicia y el Congreso, en relación con la transposición de la Directiva 2019/1937, al objeto de conocer, por un lado, el calendario y contenido de sus trabajos, y por otro trasladar las líneas básicas y posición común de la Red sobre esta transposición.

Durante la reunión también: a) se pusieron **en común los conocimientos** de cada institución **sobre el conflicto entre transparencia y confidencialidad**; b) se presentaron, por parte de la OIRESCON, **información** y conclusiones de **los informes especiales de supervisión** de la **tramitación de emergencia**

relacionada con la COVID-19, c) un **miembro** de la Unidad de Estrategia y análisis anticorrupción y antifraude de la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (**OLAF**) **informó** de las posibles **repercusiones** de la crisis de la **COVID-19** y del **gasto de emergencia** en los **Fondos Estructurales y de Inversión Europeos**.

- **VII Encuentro de la Red**, tuvo lugar el **28 de Mayo de 2021**, en formato virtual (a causa de la pandemia), **organizado** por el **SNCA**, durante el mismo se **compartieron** diferentes puntos de vista con relación al primer **proceso de consulta sobre la iniciativa** del **estado** acerca de la **regulación de los conflictos de interés** y relación de **grupos de interés**.

Se contó con la **presencia** de la **fiscal de la Fiscalía Europea en representación de España** quien habló sobre la regulación, ámbito de competencias, organización, entrada en funcionamiento y otros aspectos relevantes de la Fiscalía Europea.

Se presentó, por parte de la OIRESCON, su **Guía Básica del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia**, de 1 de junio de 2021.

La reunión siguió con un debate sobre el estado de tramitación de la Directiva 2019/1937 y una ponencia del SNCA explicativa de sus actuaciones en el contexto del Mecanismo para la Recuperación y Resiliencia (MRR) y del Plan Nacional.

- **VIII Encuentro de la Red**, tuvo lugar, el **27 y 28 de Septiembre de 2021**, **organizado por la AVAF**, celebrándose en el marco del VI Congreso Internacional de Transparencia<sup>51</sup>.

Durante el Encuentro **se urgió a la trasposición de la Directiva** 2019/1937, relativa a la protección de las personas que informan sobre infracciones del Derecho de la Unión, habida cuenta que el plazo para realizarla finalizaba en fecha 17 de diciembre, así como **a fomentar la cultura de la denuncia; promocionar los canales de alerta; reconocer la ejemplaridad** de los que denuncian; **garantizar la confidencialidad; proteger** a las personas **alertadoras**; promover e implementar **acciones correctoras; facilitar** a las personas denunciantes y alertadoras **medidas de apoyo**, así como desplegar **acciones de difusión, formación y sensibilización**.

---

<sup>51</sup> VI Congreso Internacional de Transparencia fue organizado por la Universidad de Alicante, ACREDITRA, el Grupo de Investigación Regulación Jurídica y Participación del Ciudadano Digital. Universidad Complutense de Madrid. Y la Plataforma en Defensa de la Libertad de Información (PDLI).

**También** se trataron los siguientes puntos: a) **Informe sobre el GRECO**, Grupo de Estados Contra la Corrupción (expuesto por **el delegado de España en el GRECO**), b) **Creación de un grupo de trabajo** orientado a determinar aspectos de **la Directiva que sean de aplicación directa** según los criterios del Tribunal de Justicia de la UE, c) **Exposición del proyecto** para la confección de una **estrategia estatal contra la corrupción**, d) **Estado de trasposición** de la **Directiva** y el alcance de su **aplicabilidad directa** y c) de **institucionalización** de la **Red** de Oficinas, Agencias y órganos Antifraude del Estado español.

- **IX Encuentro de la Red**, celebrado el **12 Noviembre de 2021**, monográfico sobre **el catálogo de derechos de la persona alertadora y Aplicación directa de la Directiva (UE) 2019/1937**. Trajo causa del **acuerdo** adoptado durante el Encuentro anterior (el VII) relativo a la **creación de un grupo de trabajo** orientado a determinar aspectos de la Directiva que fuese de aplicación directa, según los criterios del Tribunal de Justicia de la UE. De manera que tuvo como **puntos del orden del día**:

1. Presentación del documento elaborado previamente por el grupo de trabajo: **"Estudio Red Oficinas y órganos antifraude sobre aplicabilidad directa de la directiva europea de protección de personas que alertan sobre infracciones del derecho de la unión"**
2. **Puesta en común, aportaciones, conclusiones**

Fruto de este encuentro fue el **"CATÁLOGO DE DERECHOS DE LAS PERSONAS ALERTADORES Y DENUNCIANTES DE CORRUPCIÓN"** elaborado por la Red, en base al *"efecto directo de los preceptos de la Directiva que determinen de forma clara, incondicional y precisa derechos para las personas alertadoras o denunciantes desde la finalización del plazo de transposición al ordenamiento interno sin que esta se hubiese producido"*. De manera que en el referido Catálogo se recoge el compendio de derechos que a partir del 18 de diciembre de 2021, podrían ser invocados frente a los poderes públicos.

- **X Encuentro de la Red**, celebrado el **31 Mayo de 2022**, organizado por la **Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción del Ayuntamiento de Madrid**. Durante este encuentro:

- 1) se **trató** el **estado** en que se encontraba la **tramitación del Anteproyecto de transposición de la Directiva UE 2019/1937**
- 2) se **presentó** a la **Red GlobE** por parte de la responsable del SNCA.
- 3) se **reflexionó** en torno a los **Planes de Medidas Antifraude** para la gestión de los fondos europeos Next Generation.

4) se **mostraron** las **herramientas** elaboradas por la **OAIB para la realización del Test de autoevaluación y riesgo** que se recoge en la **Orden HFP 1030/2021**, así como para la confección y análisis de la matriz de riesgos en los que puedan incurrir las administraciones Públicas.

- **XI Encuentro de la Red**, celebrado el **29 y 30 de septiembre de 2022**, organizado por la **AVAF**. En estas jornadas, en las que **participó** por primera vez la **Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra**, se **discutió** sobre la **situación** en la que se encontraba la tramitación de la **transposición** de la **Directiva** Europea 2019/1937, conviniendo que, pese a los avances que supone el citado Proyecto de Ley, este no ofrecía una completa cobertura de las expectativas creadas de manera que se recomendaba que este proyecto de ley reconociese las demandas y propuestas de las autoridades y órganos, autonómicos y locales, que vienen realizando funciones de prevención y lucha contra el fraude y la corrupción y el fomento de buenas prácticas.

También **se presentó un estudio**, de la **Universidad de Barcelona**, sobre sobre la transparencia y el acceso a la información en relación con la protección de las personas denunciantes de corrupción.

---

### ***2.3.2. Servicio Nacional de Coordinación Antifraude -SNCA- (dependiente de la Intervención General del Estado, Ministerio de Hacienda) es el órgano estatal de colaboración con la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude -OLAF-).***

---

**El 17 de febrero de 2020**, el Servicio Nacional de Coordinación Antifraude (Intervención General de la Administración del Estado, Ministerio de Hacienda) **solicitó, a la DA**, que cumplimentase, **en su calidad de órgano de prevención**, los formularios de **información requerida por la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNDOC)**, referidos a “Información sobre órganos prevención fraude en España” y con motivo de la celebración de la 11ª reunión del Grupo de Trabajo sobre Prevención de la Corrupción de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción. Información que también fue requerida a otros órganos, oficinas y agencias con competencia en materia de prevención del fraude como la Oficina Antifraude de Cataluña, la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude de Valencia y la de las Islas Baleares, el Consello de Contas de Galicia, la Audiencia de Cuentas de Canarias y la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción del Ayuntamiento de Madrid.

**La DA verificó**, en el plazo conferido, dicha **solicitud de información** que fue **incluida** en el **informe**, elaborado por el **SNCA, el 19-2-2020**, relativo a “**RELACIÓN DE ÓRGANOS Y ENTIDADES CON COMPETENCIAS EN MATERIA DE PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN**” para su **remisión** a la **Oficina de las Naciones Unidas (UNDOC)**. Reseñar que el SNCA trasladó, a todos los órganos requeridos, el **agradecimiento de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito** por las contribuciones a dicho informe y la **invitación para participar como panelistas** en la **reunión del Grupo de Trabajo de Prevención de la Corrupción** que prevista para el 9 de junio de 2020.

---

### **2.3.3. Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación -OIRESCON- (adscrita organizativamente al Ministerio de Hacienda).**

---

Desde 2019, la OIRESCON (a través de su Presidencia), **requiere, anualmente, a la DA, información, sobre las actuaciones llevadas a cabo, en relación a las comunicaciones y alertas recibidas, con incidencia en "... la detección y notificación de casos de fraude, corrupción, conflicto de interés y otras Irregularidades relacionadas con la contratación pública"** (número de alertas o comunicaciones recibidas, vías de entrada de las mismas, fases del proceso de contratación más afectadas por dichas denuncias ...) **así como** las relacionadas **con las de prevención** desarrolladas en aquella materia. Ese primer requerimiento lo fue en relación a la actividad **desarrollada** en dichos campos por la DA durante **2018**.

Requerimiento que es **cumplimentado cada año**, dentro del plazo conferido.

La **información ofrecida por la DA es incluida en el "INFORME ANUAL DE SUPERVISION DE LA CONTRACTACIÓN PÚBLICA DE ESPAÑA" (IAS)** que este organismo **elabora y publica** cada año, concretamente en su **apartado "VIII. PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA"**. Apartado en el cual se recoge la actividad preventiva en dicha materia realizada por la DA junto a la llevada a cabo por la Oficina Antifraude de Cataluña, la Agencia Valenciana Antifraude, la Oficina Antifraude de las Islas Baleares y la Oficina Municipal Antifraude del Ayuntamiento de Madrid.

Este **requerimiento de información es interesado por la autoridad independiente estatal**, en el marco del informe anual de supervisión (IAS) que ésta, de acuerdo con el **artículo 332.9 de la Ley de Contratos del Sector Público**, debe **elaborar y remitir a la Comisión Europea** a finales de cada año.

Así las cosas, **durante este último trienio** la OIRESCON ha realizado los **siguientes requerimientos** de información:

- I **Requerimiento de información** formulado el **20 de mayo de 2020**, con relación a la **actividad de la DA**, sobre dicha materia, desarrollada **durante** el año **2019**. Este requerimiento de información fue **cumplimentado** en plazo y los datos **recogidos y publicados** en el **IAS de 2020 para su remisión a la Comisión Europea** (nos remitimos a su apartado "*VIII. PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA*")
  
- I **Requerimiento de información**, formulado el **6 de abril de 2021**, con relación a la **actividad de la DA**, sobre dicha materia, desarrollada **durante** el año **2020**. Este requerimiento de información fue **cumplimentado** en plazo y los datos **recogidos y publicados** en el **IAS de 2021 para su remisión a la Comisión Europea**. (nos remitimos a su apartado "*VI. PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA*")
  
- I **Requerimiento de información**, formulado el **11 de marzo de 2022**, con relación a la actividad de la DA, sobre dicha materia, desarrollada **durante** el año **2021**. Este requerimiento de información fue **cumplimentado** en plazo y los datos **recogidos y publicados** en el **IAS de 2022 para su remisión a la Comisión Europea** (nos remitimos a su apartado "*PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA*")

---

#### ***2.3.4. Boletín oficial del Estado (BOE). Código de Lucha contra el Fraude y la Corrupción***

---

**Desde 2019**, se **incluyen** en el "**Código de Lucha contra el Fraude y la Corrupción**", la **normativa** relativa al **Ayuntamiento de Barcelona** dentro de la perspectiva preventiva: **Normas Regulatoras del Buzón Ético y de Buen Gobierno, del Código Ético y de Conducta y de su Reglamento de Funcionamiento interno del Comité de Ética del Ayuntamiento de Barcelona**. En concreto, en su apartado: "*5.2-MUNICIPIO DE BARCELONA: Acuerdo del Pleno del Consejo Municipal del Ayuntamiento de Barcelona, de 30 de junio del 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)"* y "*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)"*."

Cabe señalar que el "Código de Lucha contra el Fraude y la Corrupción" es un **compendio** de las **principales normas** sobre dicha materia, vigentes del **ordenamiento jurídico español**, entre las que se encuentran normas de ámbito **internacional y europeo** y si bien, en una primera edición no estaba incluida la normativa relativa a esta materia de ámbito municipal finalmente se incorporó la elaborada por el Ayuntamiento de Barcelona y Madrid.

**Código de Lucha contra el Fraude y la Corrupción** es publicado por **Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado (BOE)** y se actualiza **anualmente**. **A través del siguiente link se puede acceder a la Edición actualizada a 3 de marzo de 2023** ([www.boe.es/biblioteca\\_juridica/](http://www.boe.es/biblioteca_juridica/)).

---

### **2.3.5. Parlamento de Catalunya**

---

En esta línea de **consolidación y reconocimiento** descrita, la **DA** fue llamada **para comparecer**, como experta, **ante** la Comisión de Acción Exterior, Relaciones Institucionales y Transparencia del **Parlamento de Cataluña** ante la **ponencia redactora de la Proposición de ley de protección integral de alertadores en el ámbito competencial de la Generalitat de Cataluña**<sup>52</sup>, al objeto de **exponer**, desde una **perspectiva**, exclusivamente **técnica**, su **valoración** de la referida proposición de ley así como sus **recomendaciones y sugerencias** al respecto y de **responder las preguntas** que, en tal sentido, le formularan los **grupos parlamentarios** integrantes de la citada ponencia.

La Comparecencia se celebró el **8 de junio de 2020** y, en ella, la DA también pudo **compartir** la experiencia extraída de los 4 años de gestión del **Buzón Ético** y de Buen Gobierno del **Ayuntamiento** de Barcelona.

---

<sup>52</sup> La Proposición de ley de protección integral de los alertadores en el ámbito competencial de la Generalitat, es una iniciativa legislativa para regular el estatuto y protección de las personas que alerten sobre irregularidades, corruptelas y malas prácticas en el sector público dentro del ámbito competencial de la Generalitat de Catalunya y de los entes locales, así como en el sector privado. Esta Proposición de Ley fue registrada ante el Parlamento de Cataluña por la plataforma ciudadana Xnet el 25/6/2018.



---

### **2.3.6. Ministerio de Justicia (Subsecretaría del Ministerio de Justicia)**

---

Con relación al Ministerio de Justicia:

1.- La **DA**, junto con el resto de **miembros** de la **Red Española de Oficinas, Agencias y órganos Antifraude**, fue **invitada** por el **Ministerio de Justicia**, en **relación con el proceso legislativo de transposición de la Directiva (UE) 2019/1937, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre del 2019**, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del derecho de la Unión (Directiva “Whistleblower”), para **reunirse**<sup>53</sup> con **miembros de la comisión especial que debía estudiar dicha Directiva y proponer un proyecto de ley** que la transpusiese al ordenamiento jurídico español.

Reunión, estrictamente técnica, en la que se abordaron puntos clave para la transposición de la Directiva. Se celebró, telemáticamente, el **4 de noviembre de 2020**.

2.- **Ministerio de Justicia** (representantes de la **Subsecretaría, Secretaría General Técnica y de la Subdirección de Política legislativa**). Reunión mantenida con representantes de la **Subsecretaría del Ministerio de Justicia junto al resto de miembros Red Española de Oficinas, Agencias y órganos Antifraude**, en la que, **a la vista de la publicación del Anteproyecto de Ley reguladora** de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, por la que se **transpone la Directiva (UE) 2019/1937**, se **transmiten los problemas relevantes detectados** y se relacionan importantes **aspectos susceptibles de mejora**.

Reunión **celebrada**, en formato telemático, el **23 de marzo de 2022**.

---

### **2.3.7. Instituto Andaluz de Políticas Públicas (Área de Evaluación de Políticas Públicas)**

---

---

<sup>53</sup> También asistieron los representantes de las oficinas Antifraude que conforman la Red de Oficinas y Agencias Antifraude del Estado español

En el marco de las actuaciones iniciadas por la **Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción** (OAAF) relativas a: a) **Identificación de buenas prácticas implementadas por organismos** tanto **nacionales** como **internacionales** en las áreas de **lucha** contra el **fraude** y la **corrupción** y **defensa** de las personas **denunciantes** y b) **definición de necesidades formativas y competencias** necesarias **para el personal** de la **Junta de Andalucía** que aseguren la **prevención** del **fraude** y la **corrupción**, se **invita a la DA** para mantener una **entrevista con el Instituto Andaluz de Políticas Públicas** a fin de coadyuvar, en tal sentido, **trasladando la experiencia** obtenida a través, tanto de la **gestión de un canal** de comunicaciones/informaciones con las característica del **Buzón del Ayuntamiento** de Barcelona, **como en** materia de **prevención** y **respondiendo las dudas y preguntas** que **se formularsen** al respecto por las técnicos andaluces. La **reunión** se celebró, en formato telemático, el **15 de julio de 2022**.

---

### ***2.3.8. Audiencia Provincial de Barcelona***

---

**Comparecencia** de la Directora de la DA en juicio ante la **Audiencia Provincial de Barcelona** (Sección 10), en calidad de **perito judicial** en **causa penal por corrupción** (delitos de **prevaricación, cohecho** y **falsedad documental**) cometida en un **distrito** de Barcelona.

El juicio oral se abrió contra 23 acusados, la sentencia finalizó con la condena de 18 acusados. Pericial judicial prestada en **abril 2022**.

---

### ***2.3.9. Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunidad Valenciana (AVAF)***

---

El **20 de septiembre de 2022** se firma la **Prórroga del "Convenio a fin de establecer un canal permanente de comunicación y colaboración para mejorar la eficacia en el cumplimiento de los objetivos de interés común en materia de prevención y lucha contra el fraude y la corrupción"**, suscrito, el 27 de septiembre de 2018, **entre la AVAF y el Ayuntamiento de Barcelona, a través de la DA**.

Esta Prórroga, **sin contenido económico** (como el convenio del que deriva), **consolida la fructífera colaboración** mantenida, durante **estos 4 años**, entre el Ayuntamiento de Barcelona, a través de la DA, y la AVAF, **en materia de prevención de fraude y fortalecimiento de la integridad pública, protección de las personas alertadoras, impulso de los canales de información, alertas o denuncias**. Y se presenta **especialmente, oportuna**, tanto en el momento de su firma, cuando aún no se había

transpuesto la Directiva Directiva (UE) 2019/1937 “whistleblower” (ni había previsión de fecha para ello) como en el momento actual, en el que ya se ha publicado y entrado en vigor la **ley de transposición** a nuestro ordenamiento jurídico estableciendo la **obligatoriedad** de implementar **canales** de alerta, denuncias o informaciones tanto en el **sector público** (y con ello, a en todos los Ayuntamientos con independencia del número de habitantes o de trabajadores que tenga) como en el privado. Esto, sin olvidar el **marcado papel** que, como instrumentos de prevención y detección de riesgos de fraude, cobran los **canales** de denuncia **en relación** con la gestión de los **Fondos Next Generation**.

Con esta Prórroga se renuevan los acuerdos relativos a:

- El **traslado** a la AVAF de las **comunicaciones** que se reciban a través del Buzón Ético y de Buen Gobierno del Ayuntamiento de Barcelona que excedan de su ámbito de competencia y que **correspondan** al **ámbito** competencial de la **Agencia**.
- Analizar las necesidades específicas de **formación** en los ámbitos de la **ética y la integridad pública y el control de la corrupción**.
- Poner en **común el conocimiento y las experiencias** prácticas en materia de **prevención de la corrupción**, de **fomento de la integridad institucional** y de aquellas que **faciliten** a la ciudadanía la **comunicación**, de manera **confidencial y segura**, de **conductas** de las administraciones públicas que sean **contrarias a** derecho, a los principios o a las reglas éticas y de buen gobierno y administración, y en especial, las experiencias referidas a los respectivos **buzones** de denuncias y comunicaciones.

---

### ***2.3.10. Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de las Islas Baleares (OAIB)***

---

Tras los contactos establecidos, entre ambas instituciones, durante el **último trimestre de 2022**, finalmente, el **27 de enero de 2023**, se firma la **PRÓRROGA DEL “CONVENIO A FIN DE ESTABLECER UN CANAL PERMANENTE DE COMUNICACIÓN Y COLABORACIÓN PARA MEJORAR LA EFICACIA EN EL CUMPLIMIENTO DE LOS OBJETIVOS DE INTERÉS COMÚN EN MATERIA DE PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA EL FRAUDE Y LA CORRUPCIÓN”**, suscrito, el 28 de enero 2019, entre la **OAIB** y el **Ayuntamiento de Barcelona**, a través de su **DA**.

La Prórroga, **sin contenido económico** (como el convenio del que deriva), **consolida la fructífera colaboración** mantenida, durante **estos 4 años**, entre el Ayuntamiento de Barcelona, a través de la DA, y la OAIB, **en materia de prevención de fraude** y que se presenta **especialmente, oportuna**, en el momento actual, atendida la **aprobación de la ley de transposición** a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva (UE) 2019/1937 "whistleblower" y la **obligatoriedad** de implementar **canales** de alerta, denuncias o informaciones tanto en el **sector público** como el privado. Esto, sin olvidar el marcado papel que, como instrumentos de prevención y detección de riesgos de fraude, cobran los canales de denuncia en relación con la gestión de los **Fondos Next Generation**.

Con la prórroga se renuevan los acuerdos relativos a:

- El **traslado** a la **OAIB** de las **comunicaciones** que se **reciban** a través del Buzón Ético de Buen Gobierno del Ayuntamiento de Barcelona que excedan de su ámbito de competencia y que **correspondan al ámbito competencial** de la OAIB.
- Analizar las necesidades específicas de **formación** en los ámbitos de la **ética y la integridad pública y el control de la corrupción**.
- Poner en **común el conocimiento y las experiencias** prácticas en materia de **prevención de la corrupción**, de **fomento de la integridad institucional**, aquéllas que **facilitan** a la ciudadanía la **comunicación** de manera **confidencial y segura de conductas** de las administraciones públicas que sean **contrarias a derecho**, a los principios o a las reglas éticas y de buena administración, y en especial, las referidas a los respectivos **buzones** de denuncias y comunicaciones.

---

### 2.3.11. Oficina Antifraude de Cataluña (OAC)

---

Durante el **2022** se inician los contactos, entre ambas instituciones, **para la suscripción de un nuevo Convenio de colaboración** tras la expiración del plazo de vigencia del anterior, firmado el 17 de septiembre de 2017.

Fruto de las sinergias y positivos resultados obtenidos a raíz de la cooperación establecida, durante estos casi 5 años, en materia de prevención del fraude, formación en materia de integridad pública y de investigación de comunicaciones o informaciones recibidas a través de los respectivos canales, el **16 de marzo de 2023**, se **firma** el **"CONVENIO ENTRE EL AYUNTAMIENTO DE BARCELONA (a través de la DA) Y LA OFICINA ANTIFRAUDE DE CATALUNYA A FIN DE ESTABLECER UN CANAL PERMANENTE DE COMUNICACIÓN Y COLABORACIÓN PARA MEJORAR LA EFICACIA EN EL CUMPLIMIENTO DE LOS OBJETIVO DE INTERÉS COMÚN"** en materia de **prevención y lucha contra el fraude y la corrupción**. Convenio **sin contenido económico**, que **amplía** más, si cabe, los **compromisos** alcanzados con el primero.

Así las partes se **comprometen** a:

- Trasladar a la OAC, **con** todas las **garantías** de **anonimato**, **confidencialidad** y **secreto**, exigidas por la normativa de aplicación, las **comunicaciones** que se reciban en la Dirección de Servicios de Análisis del Ayuntamiento (directamente o a través del Buzón Ético y de Buen Gobierno) que excedan de su ámbito de competencia y que **correspondan** al **ámbito competencial** de l' **OAC**.
- **Colaborar y prestarse soporte mutuo** derivado de las sinergias que, en materia de **investigación de conductas irregulares o contrarias al ordenamiento jurídico**, surjan entre la OAC y el órgano gestor del Buzón Ético y de Buen Gobierno del Ayuntamiento en relación con la gestión de las comunicaciones, alertas o denuncias que se reciban.
- **Colaborar** a fin de llevar a cabo **actividades formativas** en materia de **integridad, ética pública y control de la corrupción**.
- **Compartir conocimientos y experiencias prácticas** en **materia de prevención y lucha contra el fraude y la corrupción**, en el **fomento** de la **integridad** institucional, así como de la **cultura del cumplimiento**; entre otras, aquellas que tienen como finalidad que la ciudadanía y los servidores públicos, puedan comunicar de manera

confidencial y segura conductas de las administraciones públicas contrarias a los principios o a las reglas éticas y de buen gobierno y administración.

- Colaborar para llevar a cabo **estudios en materia de análisis y gestión de riesgos de corrupción**, prevención del **fraude** y fomento de la integridad institucional.

Señalar, como **novedad**, la **inclusión** de los **incumplimientos** de los **respectivos códigos éticos** como **causa** de **resolución** del Convenio.

Fruto, por ejemplo de esta **colaboración** y tal y como aparece en **la Memoria de la Oficina Antifraude de Cataluña de 2021**, a la cual nos remitimos, pueden **citarse** estos **dos casos**:

1): *"A raíz de unas actuaciones de Antifraude, relacionadas con un presunto conflicto de interés por parte de personal directivo del Instituto de Parques y Jardines de Barcelona, la Dirección de Servicios de Análisis del Ayuntamiento de Barcelona, recomienda que en los supuestos en que, excepcionalmente, haya necesidad de autorizar el nombramiento, en las diversas empresas municipales y de otras entidades, de más de dos cargos en diferentes consejos de administración, se vehicule mediante la correspondiente autorización del Consejo Municipal del Ayuntamiento de Barcelona. Previamente, se tendrá que justificar y motivar la excepcionalidad. Además las autorizaciones deberán ser incorporadas al Portal de Transparencia del Ayuntamiento para mejorar la gestión pública y la transparencia, especialmente, en los conflictos de interés. Así mismo, también recomienda que en las Instrucciones que se puedan formular al respecto, en su caso, se incluya una advertencia de las limitaciones retributivas que se puedan producir por razón de las remuneraciones máximas permitidas en la normativa vigente y de las responsabilidades, en su caso, que pudieran implicar el incumplimiento".*

2): *"Como resultado de unas actuaciones de Antifraude, relacionadas con un presunto conflicto de interés por parte de personal directivo del Instituto de Parques y Jardines de Barcelona, la Dirección de Servicios de Análisis del Ayuntamiento de Barcelona, una vez practicadas las pertinentes diligencias de comprobación, elabora un documento en el cual se recomienda a la Dirección Adjunta a la Secretaría General del Ayuntamiento la implementación de las medidas recomendadas por Antifraude. Las medidas son: Instar a coadyuvar al cumplimiento del régimen de incompatibilidades del personal al servicio del Ayuntamiento de Barcelona, evaluar la necesidad de formular las correspondientes instrucciones, así como, facilitar los instrumentos jurídicos necesarios para adecuar los nombramientos de cargos de las diferentes empresas municipales y otras entidades a las prescripciones legales de incompatibilidades cuando un mismo empleado ocupe más de dos cargos en diferentes consejos de administración"*

A la vista de los referidos ejemplos y **al igual que en los supuestos** de las **otras Agencias** y Oficinas **antifraude autonómicas** (Valencia, e Islas Baleares y Andalucía) **la consolidación de la colaboración con la OAC** reviste especial **trascendencia**, en el momento actual, atendida la **aprobación** de la **ley de transposición**, a nuestro ordenamiento jurídico, de la Directiva (UE) 2019/1937 "whistleblower" y la **obligatoriedad** de implementar **canales** de alerta, denuncias o informaciones tanto en el **sector público** como en el privado. Esto, sin olvidar el marcado papel que, como instrumentos de

prevención y detección de riesgos de fraude, cobran los canales de denuncia en relación con la gestión de los **Fondos Next Generation**.

---

### **2.3.12. Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción (OAAC)**

---

**Durante** el último trimestre de **2022** se inician los **contactos**, entre ambas instituciones, para la **suscripción** de un **Convenio de colaboración en materia de prevención del fraude, formación en materia de integridad pública y de gestión de las comunicaciones, alertas o denuncias** así como **de impulso de los canales de informaciones, denuncia, o alertas y la protección de las personas informantes**. Finalmente, el 16 de marzo del 2023, se firma el **“CONVENIO ENTRE EL AYUNTAMIENTO DE BARCELONA (a través de la DA) Y LA OFICINA ANTIFRAUDE DE CATALUNYA A FIN DE ESTABLECER UN CANAL PERMANENTE DE COMUNICACIÓN Y COLABORACIÓN PARA MEJORAR LA EFICACIA EN EL CUMPLIMIENTO DE LOS OBJETIVOS DE INTERÉS COMÚN”** en materia de prevención y lucha contra el fraude y la corrupción. Convenio **sin contenido económico**.

La **Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción** fue creada por la Ley 2/2021, de 18 de junio, de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante. Es, como las otras Oficinas y agencias antifraude citadas, una entidad de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines **adscrita al Parlamento Andaluz**.

Los **compromisos** suscritos, en virtud del citado convenio de colaboración, se sitúan en la **misma línea** que con el **resto de Agencias y Oficinas Antifraude autonómicas** referenciadas remitiéndonos, por ello, a lo referido, al respecto, en los apartados anteriores

## **2.4. ACTIVIDADES RELACIONADAS CON LA FORMACIÓN EN MATERIA DE INTEGRIDAD Y LA CONSOLIDACIÓN DE LA ÉTICA Y LA CULTURA DEL CUMPLIMIENTO NORMATIVO**



---

## **2.4. ACTIVIDADES RELACIONADAS CON LA FORMACIÓN EN MATERIA DE INTEGRIDAD Y CONSOLIDACIÓN DE LA ÉTICA Y DE LA CULTURA DEL CUMPLIMIENTO NORMATIVO**

---

Como punto de partida, recordemos que son **elementos fundamentales** del **marco de integridad institucional del Ayuntamiento de Barcelona**: su **Código Ético y de Conducta**, su **Comité de Ética** así como el **Buzón Ético y de Buen Gobierno** y su **órgano gestor** (la **DA**). Y que la DA es, en el ejercicio de sus funciones, la **pieza que pivota entre las demás** (tal y como se apuntó en el apartado: "Funciones, Naturaleza y Organización de la Dirección de Análisis"), al ser el órgano gestor del Buzón y el órgano de soporte técnico jurídico y de gestión del Comité de Ética.

Una vez planteado este breve esbozo de la arquitectura del marco de integridad del Ayuntamiento, nos centraremos ya en el objeto de este apartado y, en este sentido, señalar que en él se **aglutinarán** todas las **acciones de carácter formativo** desarrolladas con relación al aludido **marco de integridad institucional**, así como las dirigidas al **impulso, fomento y consolidación** de la **cultura de la ética y del cumplimiento normativo** en la organización municipal.

Actividades, todas ellas llevadas a cabo por la DA, en cumplimiento del **artículo 26 de las NRBE** pero **también**, a partir de finales de 2021, de cara al sistema de información y gestión de los fondos europeos contemplados en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia aprobado por el Ministerio de Hacienda y Función Pública (Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre y Orden HFP/1031/2021 de 29 de septiembre) y en concreto, a la **ejecución del Plan de Medidas Antifraude** para los proyectos financiados a través de **Fondos Europeos Next Generation, aprobado** por el Ayuntamiento, el **3 de febrero de 2022**, toda vez que su Anexo V (Plantilla de reparto de roles y responsabilidades y plazos de implantación) se encomienda a la DA, entre otras, la:

- "Realización del plan anual de formación en materia de fraude"
- "Realización de la formación anual en materia de fraude"
- "Realización del plan de publicidad/comunicación sobre el Código Ético y de conducta y el Buzón Ético (interna y externamente)"
- "Realización de publicidad/comunicación sobre el Código ético y de conducta y el Buzón Ético (interna y externamente)"
- "Elaborar campaña comunicativa del Código Ético para recordar los canales de reportar incumplimientos"

Una vez **referido el marco competencial de la DA, en materia formativa** (tanto en **materia de integridad** como de **prevención del fraude y la corrupción**), se hace **imprescindible** (sin perjuicio de su posterior desarrollo en el apartado correspondiente a "Recursos de la Dirección de Servicios: Plantilla y Presupuesto") volver a **insistir** en lo que ya se dijo al inicio de esta Memoria (concretamente, en su apartado "Naturaleza, Funciones y Organización de la Dirección de Servicios de Análisis") y en las precedentes, esto es, en la **necesidad y exigencia** de que órganos de la naturaleza de la DA cuenten con los **medios materiales y personales suficientes y adecuados**, así como con el **presupuesto económico imprescindible para poder desarrollar con solvencia los fines** que tienen normativamente **encomendados**.

En tal sentido y al efecto de **ofrecer elementos objetivos** que faciliten la **evaluación del grado de desempeño alcanzado**, por la DA, en las funciones encomendadas normativamente en este ámbito formativo (y en el resto), señalar que:

- 1) el **presupuesto efectivo de la DA** en los **años 2020, 2021 y 2022 (al igual que lo fue en los años anteriores)** fue de **cero euros** ya que la cantidad "formalmente asignada" equivalía, exclusivamente, al *quantum* económico previsto para el pago, a los miembros del Comité de Ética, de las dietas<sup>54</sup> generadas por las sesiones de trabajo;
- 2) el **raquitismo** de la **plantilla** de la **DA** ha **sido patente, objetivable y públicamente evidenciado** desde su creación (problema que ha ido **agravándose a medida que** esta se consolidaba e **incrementaban sus funciones sin** que este hecho fuera a ir acompañado de un **consecuente y proporcional aumento de personal**).

**Rememoremos**, al respecto, las **Comisiones de Presidencia, Derechos de Ciudadanía, Participación y Seguridad y Prevención** de 18 de abril y de 16 de mayo de **2018**, la **moción** dictada por el **Comité de Ética** en tal sentido (el 13 de junio de 2019), **su Acuerdo de 1 de julio de 2020** así como **el Informe de 8 de Abril de 2022 presentado** ante la **Comisión de Presidencia** de 20 de Abril de 2022 al que se añade la **Resolución de 28 de Diciembre de 2021** evacuada por el **Síndico de "Greuges" del Ayuntamiento de Barcelona y las precedentes Memorias de Actividad** de la **Dirección de Servicios de Análisis** y del **Comité de Ética**.

- 3) el **grave impacto** que la situación sanitaria de la **COVID-19** tuvo para un servicio tan paupérrimo en medios como lo es el de la DA.

Dicho esto, añadir que **otro aspecto que ha influido** a la hora de enfocar, durante estos tres años, la actividad formativa y de consolidación de la cultura de la integridad, la ética y el cumplimiento normativo ha sido, precisamente, la **reflexión** extraída **de** la formación

---

<sup>54</sup> Art. 15.2 Código Ético y de Conducta Ayuntamiento Barcelona "Las personas que integran el Comité de Ética percibirán dietas por asistencia efectiva a sus sesiones, de acuerdo con lo que esté establecido en los presupuestos municipales y en el correspondiente decreto regulador".

llevada a cabo durante los **años 2018 y 2019**, sobre todo, **a la vista del escasísimo<sup>55</sup> nivel de participación** observado por parte **de cargos electos, comisionados, consejeros de Distrito y personal eventual** (de hecho, de las **8 sesiones convocadas, 6** tuvieron que ser **canceladas**, en el último momento, **por falta de asistencia**).

Por eso, en vista de la experiencia pasada, se concluye que, para conseguir que las convocatorias tengan éxito de participación, es **fundamental** que todas las actividades formativas que se organicen tengan **la plena complicidad y apoyo político** (al máximo nivel) **y gerencial** y que así se exteriorice en toda la estructura municipal. **Además**, precisamente, porque la finalidad de la formación es fortalecer la cultura del cumplimiento y de la integridad en toda la Administración municipal (incluidos organismos autónomos, Entidades Públicas Empresariales, sociedades mercantiles, fundaciones...) es **necesario** que las sesiones informativas y de difusión **sean extensivas a todo el personal municipal** y al de las **entidades vinculadas** aunque no sean destinatarios directos del mismo.

Al respecto, se ha de señalar que **otra** de las **vulnerabilidades** detectadas en **el ámbito de la formación** dirigida a miembros del gobierno, **electos, eventuales, comisionados y consejeros** de distrito es, precisamente, que, por el perfil de sus destinatarios, esta era **ajena a la atención del Departamento de Formación** de Recursos Humanos, al entender que salía fuera de su ámbito de acción, de manera que **no se podía contar con el apoyo logístico** de dicho departamento (por ejemplo en cuanto a la reserva y acondicionamiento de salas –colocación de proyectores, micrófonos, sillas...-, realización de las convocatorias –con las dificultades añadidas que comporta las que afectan a cargos electos-, etc.). Esta **falta** de apoyo logístico **hacía todavía más difícil**, si cabe, el abordar cualquier **proyecto formativo para estos perfiles, pese a ser los principales destinatarios** del Código Ético y de Conducta. Motivo por el cual, en las sesiones formativas impartidas a estos cargos electos y de confianza durante 2018 y 2019, dado los limitados medios de la Dirección, se contó con el apoyo material de la entonces Tercera Tenencia de Derechos de la Ciudadanía, Participación y Transparencia, tanto en lo relativo a la coordinación de las infraestructuras como a las convocatorias personales que se llevaron a cabo.

Por otro lado, en lo referente al formato resulta altamente **recomendable**, para que las sesiones resulten **didácticas**, que estas sean **dinámicas**, con **ejemplos prácticos y cercanos** a la práctica profesional del día a día de los servidores públicos e impartidas, en la medida de lo posible, con el asesoramiento de especialistas en el ámbito formativo (pedagogos, psicólogos...), de manera que estas no sean una simple explicación del tenor

---

<sup>55</sup> Vid. Memoria de la Dirección de Servicios de Análisis 2018-2019, subapartado 4.1.1 del apartado "4.1. Acciones Formativas de concienciación en materia de Conflicto de Interés y de difusión del código ético", en concreto, las pág. 93 y 94.

literal del código, ni un simple trámite formal que se deba pasar porque así lo establece el Código o el plan de medidas antifraude.

**Por eso, las sesiones formativas y de concienciación** preparadas durante el **2021 y el 2022** han perseguido ese **diseño ágil y un formato flexible** que permita un seguimiento de las jornadas fácilmente adaptable al ritmo marcado por las agendas profesionales. Objetivo que se ha conseguido a través del formato electrónico elegido para las dos formaciones realizadas consiguiendo así **“rentabilizar”** al máximo la escasísima dotación económica con la que la DA finalmente pudo contar para dicho fin (tal y como seguidamente se explicará).

Hechas estas aclaraciones, procede ya entrar a detallar las acciones, que en este ámbito, se han relajado por la DA:

- **I. PROPUESTA DE FORMACIÓN EN CONFLICTOS DE INTERÉS.** A finales de 2019 y **principios de 2020**, a raíz de los cambios operados a causa de las elecciones municipales de 26 de mayo del 2019, se retomaron los **contactos** con la **Oficina Antifraude de Cataluña (OAC)**, al objeto de **planificar nuevas sesiones formativas** con relación a **“la gestión de los conflictos de interés en las organizaciones”<sup>56</sup>**, en la línea de las que se habían **impartido**, en **formato presencial**, durante **2018 y 2019** a los miembros del equipo de gobierno, miembros de la oposición, comisionados, los consejeros de Distrito y al personal eventual.

Proyecto que, **pese a la madurez alcanzada** y a la plena colaboración de la OAC, **no pudo llegar a materializarse** debido la irrupción, en marzo de 2020, de la crisis sanitaria derivada de la **COVID-19 y su incompatibilidad con el formato presencial** originario de las sesiones.

- **II. Curso virtual de autoaprendizaje: “MECANISMOS Y GARANTÍAS DEL BUEN GOBIERNO DEL AYUNTAMIENTO DE BARCELONA”.** Diciembre de 2021

La Dirección de Servicios de Análisis mantuvo **diversas reuniones**, a lo **largo de 2021**, con el **Departamento de Formación** de la Gerencia de las Personas y Desarrollo Organizativo, para trasladar la viabilidad técnica de una **primera propuesta de plan formativo con relación al marco de integridad institucional** y de quiénes deberían ser los **destinatarios** del mismo. Valorándose distintas opciones al respecto, como la **necesidad de incorporar** este material formativo también **dentro del “Manual de Acogida”** que se entrega al personal que se incorpora, por primera vez, a esta organización

---

<sup>56</sup> En dichas jornadas la OAC impartía el taller: "La gestión de los conflictos de interés en las organizaciones" y la DA se centraba en la difusión del Código Ético y de Conducta

municipal, o de **publicitarlo** a través de instrumentos de comunicación interna, como la revista "Mes a Mes" que recoge información de servicios destacados para el personal del Ayuntamiento de Barcelona.

Finalmente, la DA planteó la **posibilidad** de un **curso de autoaprendizaje en formato virtual**, a través de "el Entorno Virtual de Aprendizaje" (EVA) del Ayuntamiento, **insistiendo** en que el **mismo debía ir dirigido a toda la organización** municipal, **incluidos**, por tanto, cargos **directivos, gerenciales, cargos electos, comisionados, eventuales y consejeros** de distrito **al ser éstos**, como se ha dicho, **destinatarios del código y estar también** incluidos dentro del **ámbito** de actuación del **Buzón** (tanto por ser posibles usuarios del mismo, como por ser posibles personas afectadas, a raíz de las comunicaciones cursadas a través de él e investigadas por su órgano gestor) **y por el efecto ejemplarizante** que para el resto de la plantilla municipal necesariamente comportará.

**Propuesta** que fue muy **bien acogida por el Departamento de formación si bien**, con la **objeción** de que **a ese espacio virtual** de autoaprendizaje **no tenían acceso** los citados cargos (**electos, eventuales comisionados, consejeros de distrito**).

No obstante, **pese a ese primer escollo**, cabe señalar, que, en este caso, la **DA recibió todo el apoyo y colaboración** posible, por parte del **Departamento de Formación**, quien procedió a instar los **ajustes técnicos** pertinentes **para habilitar y abrir "el entorno de aprendizaje virtual" también** a estos últimos perfiles (**electos, comisionados, eventuales y consejeros de distrito**). **Lográndose con este formato**, finalmente, **una acción formativa de carácter transversal para toda la organización**.

Fruto de la experiencia anterior y, tal y como se dijo, la **DA buscaba un formato ágil, didáctico y fácil de seguir** que además consiguiese **dinamizar** la sesión a fin de poder **garantizar un mayor éxito de seguimiento**. Por ejemplo, pudiendo utilizarse **breves vídeos con iconos y grafismos**. Si bien, **la falta de presupuesto de la DA imposibilitaba dicha opción**.

Sin embargo, **a finales de 2021, al lograr liberar, in extremis** (tras la ejecución de las acciones procedimentales establecidas normativamente para ello), una **pequeña parte sobrante<sup>57</sup> del presupuesto consignado para** el expediente económico correspondiente

---

<sup>57</sup> Al respecto y pese a no ser este el apartado correspondiente al tema presupuestario, sí merece reseñarse que el motivo por el cual, en el expediente económico relativo a las dietas del Comité ética, hubo una cantidad sobrante fue porque al hacer la previsión anual esta siempre se calcula en base a una planificación que pueda dar respuesta a la necesidad de que deban celebrarse sesiones extraordinarias ya sea por causas urgentes e imprevisibles, ya por otras circunstancias no predecibles. Ello sin olvidar que, precisamente, los miembros del Comité renunciaron a percibir las dietas derivadas de las sesiones extraordinarias que se tuvieron que celebrar ese año.

a las **dietas de asistencia** de los miembros del **Comité de Ética**, a la que se **sumó el quantum** obtenido **por la renuncia** de aquellos al **cobro** de **alguna de esas dietas** (concretamente, las correspondientes a las sesiones extraordinarias celebradas durante ese año), se abrió una pequeña grieta a través de la cual **poder** articular el **objetivo formativo perseguido**.

A tal efecto, **dado lo ajustadísimo del dinero "rescatado"** lo **único** que se **externalizó fue** la contratación del servicio de **"adaptación"** del **material didáctico**, previamente **elaborado por la DA**, a la **versión audiovisual** (locución, texto, iconos/grafismos) mediante la **adjudicación, el 7 de Diciembre de 2021**, de un **contrato menor**, por **importe** de **14.310 €**, cuyo **objeto** fue, precisamente, la **edición de píldoras didácticas sobre el marco de integridad del Ayuntamiento de Barcelona**.

Es importante reseñar que, **pese a la fecha** de la **contratación (principios de diciembre** y con el periodo **vacacional** navideño de por medio), el **contrato estuvo ejecutado y entregada la prestación**, como no podía ser de otra manera, **antes del día 31 de dicho mes**, pero, ello no es óbice, para **poner en valor el compromiso, en este punto**, del **equipo técnico de la DA**, ante la **enorme carga de trabajo** que supuso, dada su **exigua dimensión (2 únicas letradas)**, este **"periplo"** para poder llevar a cabo una formación que además de ser exigida tanto por el Código Ético y de Conducta, como por las Normas Regulatoras del Buzón lo era igualmente por el propio PMA aprobado por el Ayuntamiento, en febrero de ese año. Así, por ejemplo, además de **seguir atendiendo sus funciones ordinarias** (no olvidemos que, **simultáneamente**, además de **atender al Comité de Ética**, en 2021, tuvieron entrada **376 comunicaciones** que debieron ser **gestionadas**, junto a las que estaban en trámite de los años anteriores, **por esas dos únicas juristas**, sin olvidar, el desarrollo coetáneo del **resto de actividades** encomendadas a la DA de las que se da cumplida cuenta en la presente Memoria) tuvo que **lidiarse, entre el mes de octubre y diciembre**:

- **primero** con la realización de las **gestiones** necesarias, **para poder conseguir, a última hora**, la **"liberación" del importe** "sobrante" de las citadas dietas que permitiese poder obtener así, a la DA, algún tipo de recurso económico;
- **segundo**, y una vez obtenido este, llevar a cabo las **gestiones** requeridas para la **formalización** del contrato (en el que, debe señalarse, se valoraron hasta tres ofertas)
- **tercero, una vez adjudicado el mismo, ejecutar las acciones de comprobación tendentes a velar** por su **efectivo cumplimiento, a fin de que la entrega de la prestación** se realizase **adecuadamente y antes del 31 de diciembre**.

Carga de trabajo que, indudablemente, se habría minimizado si se hubiese podido planificar, desde principios de año dicha contratación, pero la **falta de asignación presupuestaria** hizo **imposible dicha planificación**.

Así las cosas, la **DA** procedió a la **preparación y elaboración del material** para el **curso virtual: "Mecanismos y garantías del Buen Gobierno del Ayuntamiento de Barcelona"** del que se dio **traslado a la empresa** adjudicataria y encargada de la **edición** de las píldoras formativas para que esta efectuara las **locuciones, iconos y adaptación de los textos** correspondientes **para las unidades** que lo **conforman**. Acordándose que las píldoras (locución, texto, iconos/grafismos) tendrían una duración variable de 2 a 5 minutos.

La DA **confeccionó** tres bloques de **contenido** (Marco de integridad, Código ético y de Conducta y Buzón Ético y de Buen Gobierno) que **se subdividieron**, según el tema, **en 7 píldoras o locuciones**:

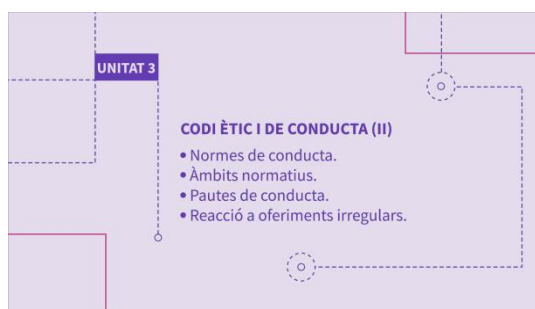
- 1) **Marco de integridad del Ayuntamiento de Barcelona** con una explicación contextual y los correspondientes enlaces de interés sobre el mismo.



- 2) **Código Ético y de Conducta**. Definición y principios; objeto y naturaleza; ámbito subjetivo y principios éticos; valores de buena gobernanza y aspectos procedimentales en el ámbito sancionador.



- 3) **Código Ético y de Conducta II.:** Normas de conducta; Tipológica y aspectos a considerar; pautas de conducta y reacción a ofrecimientos irregulares.



- 4) **Comité de Ética.** Contenido y aspectos a considerar; Sistema de seguimiento y evaluación y Reglamento interno de funcionamiento.



- 5) **Buzón Ético I.** ¿Qué es?; Definición y características; Objetivo; Ámbito de actuación; Buzón-detección- Prevención; Directivas Europeas y Dirección de Servicios de Análisis cómo órgano gestor con garantías.



- 6) **Buzón Ético II.** ¿Cómo funciona?; Contenido y aspectos a considerar; Requisitos; comunicaciones anónimas; fases de investigación y análisis y seguimiento de las comunicaciones.





- 7) **Buzón Ético III.** (Aplicación informática) Presentación; configuración; alta confidencialidad; Demostración (comunicador); Seguimiento (comunicador) y Demostración (receptor).



Una vez **repcionado el producto** entregado por la empresa adjudicataria, la DA **lo trasladó al Departamento de Formación** para que se **comprobara su accesibilidad y posible compatibilidad para su descarga, publicación y difusión a través de la Intranet** municipal.

Ello, a fin de poder hacer, con todas las garantías, la validación final del mismo de acuerdo con el objeto y prescripciones contratadas. Para lo cual, además, una vez que el Departamento de Formación efectuó las pruebas pertinentes sin que se produjese ninguna incidencia en la accesibilidad. La DA procedió, a finales del año 2021, a la evaluación del material didáctico entregado con el correspondiente refinamiento tanto de contenidos como de posibles errores materiales o bien de algún aspecto concreto del que se tuvo que efectuar, dentro de plazo, alguna modificación.

Finalmente, se elaboró por la **DA un test sobre este curso virtual**, para evaluar **su aprovechamiento**, mediante **45 preguntas** que se acompañaron, cada una, de **cuatro posibles respuestas** de las que sólo una resultaba correcta (indicar que, el orden de las preguntas y de las respuestas va cambiando aleatoriamente a fin de no

repetir la misma secuencia). También, se **acompañaron** todos los **textos legales** relacionados con el tema.

**Importante**, de cara a la valoración del curso y su formato es que este **permite dejar evidencias** sobre el grado de seguimiento entre la plantilla y de su nivel de aprovechamiento, **elemento indispensable** a la hora de **acreditar la realización y calidad** de la **formación**, por ejemplo, con relación a los “controles” establecidos para los Fondos Europeos Next Generation.

Una vez reunidos los diferentes contenidos del curso (vídeos, test y compendio normativo) el **Departamento de Formación efectuó una valoración final sobre si el material** cumplía con las **exigencias técnicas y pedagógicas** exigidas por el Ayuntamiento de Barcelona. **Valoración** final que resultó **favorable** en todos los requerimientos exigidos.

La DA ha **mantenido informado al Comité de Ética** del desarrollo de todo este material dando traslado en cada momento del estado del proceso de edición y elaboración de contenido y **haciéndoles partícipes** de las distintas fases de simulación con el equipo de diseño gráfico y animación y **de los contenidos específicos** del **Código** y de **Comité de Ética**.

Una **primera edición del curso se inició el 13 de marzo y se alargará hasta el 3 de abril. Para su difusión**, a toda la plantilla, **desde el Departamento de Formación** (del que se ha **contado**, como se dijo, con toda la **colaboración e implicación** posible con el proyecto):

1- se **envió, el 13 de marzo, a los 10.000 empleados municipales un correo electrónico** (“*el Ayuntamiento Informa*”) **informativo** con el siguiente **documento adjunto**:

### ***INSCRÍBETE EN EL CURSO***

#### ***MARCO DE INTEGRIDAD EN EL AYUNTAMIENTO DE BARCELONA***

*A partir de hoy y hasta el 3 de abril, tenemos a nuestra disposición en el Entorno Virtual de Aprendizaje el curso “Marco de Integridad en el Ayuntamiento de Barcelona”.*

*Es un curso dirigido a toda la plantilla municipal con el objetivo de dar a conocer el Marco de Integridad institucional del Ayuntamiento de Barcelona y los mecanismos y garantías de una gestión pública dentro de los parámetros de la legalidad, la honestidad, la integridad y el respeto a las reglas éticas y al buen gobierno.*

## **Estructura**

*El curso consta:*

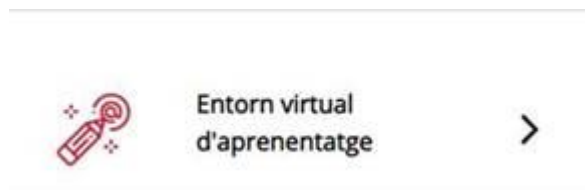
- *De un video explicativo de cada una de las 7 unidades del curso*
- *De un apartado de documentación y normativa relacionada con la formación*
- *De un cuestionario final que nos permitirá comprobar si hemos logrado los conocimientos mínimos necesarios.*

## **Duración y acreditación**

*La dedicación estimada a esta formación es de 2 horas. Para superarla y obtener la acreditación, debemos conseguir una puntuación mínima del 70% en el cuestionario final. Disponemos de 2 intentos para hacerlo. Un mes después de su finalización podremos encontrar la acreditación en nuestro historial formativo.*

## **Qué tenemos que hacer para acceder?**

- *Entramos en la Intranet y clicamos en el banner de acceso al Entorno Virtual de Aprendizaje (EVA) que encontraremos en la página inicial.*



- *En el apartado A en un solo clic de la página inicial de EVA, encontraremos este banner de acceso directo en el curso:*



- *Clicamos sobre el banner.*
- *Una vez en el curso, debemos clicar en Insíbeme y ya podremos hacer el curso.*

*Accedemos al contenido*

2.- 14 de marzo, en el "carrusel" de noticias se publicó en la Intranet, con el siguiente literal<sup>58</sup>:



En cuanto a la **difusión** del curso, en el **ámbito gerencial y directivo**, la **Gerencia Municipal**, invitó a la **DA** a la sesión del **Comité Ejecutivo**, de **1 de febrero de 2023**, a fin de hacer la presentación del mismo entre los Gerentes y Gerentas asistentes.

En cuanto a su **difusión entre los cargos electos** y a fin de "liberar" de cualquier **connotación política** al curso y reforzar la **imparcialidad** de la fuente de la que procede, sobre todo, a tenor de que su contenido es, precisamente, el "**Marco de Integridad Municipal**" y de que se **proyectase** esa imagen, se **propuso al Comité de Ética** que fuesen ellos los que se dirigiesen a dichos cargos dándolo a conocer en dicho ámbito y a recomendar la necesidad de su realización. Este planteamiento fue totalmente **aceptado** y compartido por todos los miembros del **Comité**. Sin embargo, dadas las fechas próximas a las elecciones municipales, **la propuesta, finalmente, no prosperó**.

En cualquier caso, se **espera** que este material formativo **también** pueda **difundirse**, durante 2023, entre las **entidades, y sociedades que conforman la Administración Municipal** (sociedades mercantiles, entidades públicas empresariales, consorcios fundaciones...) habida cuenta que también a ellas les "afecta" el marco de integridad del Ayuntamiento de Barcelona.

### **III.- Curso de autoaprendizaje sobre "PÍLDORAS DIDÁCTICAS SOBRE LOS RIESGOS PENALES EN EL ÁMBITO MUNICIPAL". Diciembre de 2022**

La Dirección de Servicios de Análisis, **durante el año 2022**, prosiguió con el impulso de acciones formativas, en cumplimiento de las funciones que tiene atribuidas. Ello, a pesar, de continuar en el año 2022, **sin un presupuesto propio y específico para el desarrollo de sus actividades** y, por ende, **tampoco para**

---

<sup>58</sup> Su traducción castellana sería "Ya puedes inscribirte al curso "Marco de Integridad del Ayuntamiento de Barcelona" Hasta el 3 de abril lo tendremos disponible en el Entorno Virtual ..."

**las de naturaleza formativa, aunque su necesidad a nivel de toda la Administración municipal y de los cargos electos es innegable** (baste, a tal efecto, **remitirnos** nuevamente a los requerimientos que, en tal sentido, se exigen en el propio **Plan de Medidas Antifraude** ligado al control de los **Fondos Next Generation aprobado** por el Ayuntamiento, el 3 de febrero de ese año y a los cuales se alude al inicio de este apartado, sobre todo por lo que respecta a su Anexo V).

Como continuación de este itinerario se **evaluó** la **idoneidad** del impulso de **acciones formativas** para **dar a conocer los riesgos penales que podían alcanzar a la actividad municipal** como un **mecanismo** más de **refuerzo de la integridad** y la **cultura ética y del cumplimiento normativo y, por tanto de prevención del fraude y la corrupción** (en términos de la Orden Ministerial HFP/1030/2021, de 29 de setiembre).

Los riesgos penales en la actividad del Ayuntamiento de Barcelona que se han **identificado** han determinado la selección de los **contenidos del** material formativo, en concreto: **concepto** de “**funcionario público**” en nuestra legislación **penal**; el **riesgo penal** relacionado con el **acoso laboral**; el riesgo penal relacionado con las conductas de **acoso sexual**; los riesgos penales derivados de la infracción de la normativa de protección de datos y la **relevación o difusión de secretos**; el riesgo penal de **estafa**; el riesgo penal relacionado con el **blanqueo de capitales**; el riesgo de **financiación ilegal de los partidos políticos**; el riesgo de incurrir en **delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social**; que es la **prevaricación** con especial mención en el ámbito de la gestión urbanística y el control de las actividades contaminantes; qué es el **soborno**; los riesgos de **tráfico de influencias**; el riesgo de **malversación**; los riesgos penales cuando **no preservan la integridad** de los archivos y expedientes municipales (deber de **custodia**) o se infringen el deber de **secreto** de la información; el riesgo de **fraude y exacciones ilegales** y la identificación de **negociaciones y actividades prohibidas** de los funcionarios públicos así como de los **abusos en el ejercicio de sus funciones** y los riesgos penales derivados de las mismas.

**Otros** contenidos adicionales son:

**Comprender los riesgos penales** como un hecho que se puede presentar en nuestro quehacer diario; comprender el **conflicto de interés** y la **relación** entre los **conflictos de interés y la corrupción...**

El **formato** de esta formación es **audiovisual pregrabado (19 píldoras)** de una duración no superior a 10/15 minutos cada una. Siendo el guion del video de 1 minuto de introducción; 1-2 minutos para describir un supuesto de hecho que ayude

a visualizar el tema que se trata; 7/10 minutos para desarrollar el contenido y 1-2 minutos para resumir las ideas claves y exponer algún ejemplo práctico.

**De igual manera** que en el caso de la formación del 2021 en Marco de Integridad, **ésta vez y por las mismas causas** que las explicitadas para aquélla, **no fue hasta mediados de diciembre, el día 16, que se contrató y adjudicó el contrato de formación para la prevención de riesgos penales identificados en la actividad municipal** por un importe de **6.074,38 €** (en este caso se pidieron, al igual que para la anterior contratación menor, tres ofertas antes de proceder a la adjudicación). También, esta vez, la **entrega del producto** se hizo en plazo, o sea, **antes del 31 de diciembre.**

Esta acción formativa previsiblemente será incluida en el Portal de Autoaprendizaje de la Intranet Municipal durante este año 2023.

IV.- Incluiremos aquí la remisión a todas las **intervenciones** que tuvo la **DA** en las **diferentes jornadas, seminarios y webinars sobre canales de denuncia, alertas, marcos de integridad institucional, sistemas de cumplimiento en el sector público o códigos éticos** que se relacionan en el subapartado "III.- INTERVENCIÓN EN JORNADAS, SEMINARIOS Y GRUPOS DE TRABAJO" del apartado "4.1.2 ACTUACIONES RELATIVAS AL IMPULSO Y LA DIFUSIÓN DEL MODELO DEL BUZÓN, COMO HERRAMIENTA PIONERA, PARA EL REFUERZO DE LA INTEGRIDAD PÚBLICA Y EL BUEN GOBIERNO, LA PREVENCIÓN DEL FRAUDE ASÍ COMO LA PROTECCIÓN DE LOS ALERTADORES O INFORMANTES ("WHISTLEBLOWER") " de esta Memoria. Pues, la naturaleza y entidad de sus organizadores (Agencias y Oficina Antifraude Autonómicas -de Cataluña, Valencia o Islas Baleares-, Universidades públicas, la Generalitat de Cataluña, Asociaciones profesionales...) **permitió** que su amplia **difusión** pudiese **alcanzar a** determinados **sectores de los profesionales** que componen la **plantilla municipal**, facilitando, así mismo, su posible inscripción dado su carácter **gratuito.**

## **2.5 ACTIVIDADES LLEVADAS A CABO EN RELACIÓN CON EL COMITÉ DE ÉTICA**

---

## 2.5. ACTIVIDADES REALIZADAS EN RELACIÓN CON EL COMITÉ DE ÉTICA

---

Antes de entrar en el fondo de la materia, apuntaremos unas **brevísimas** referencias sobre el **Código Ético y de Conducta** y sobre el **Comité de Ética** en la medida en que pueden facilitar su contextualización dentro del Marco de Integridad Institucional.

Así, decir que el **Código Ético y de Conducta** es una **disposición normativa general** que nace en cumplimiento de lo dispuesto en el **artículo 55 de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre**, de **Transparencia**, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. **Se aprobó por acuerdo del Pleno del Consejo Municipal**, en la sesión del **30 de junio de 2017** y se **publicó** el 13 de septiembre de 2017, entrando en vigor a los 20 días de la misma.

**Recoge, como principios rectores de la actividad municipal**, los **principios** éticos y los **valores de gobernanza** que deben informar la actuación municipal. **Regula** las **normas de conducta** que, **necesariamente**, deben observar las personas a las que le es aplicable.

**También** incorpora **normas de conducta concretas en el ámbito** de la **gestión de personal, de los recursos públicos y de la transparencia**, y estipula pautas de conducta adicionales en **materia de contratación pública y en la actividad de fomento**. **Las infracciones** de las normas de conducta del **Código se tipifican como infracciones graves** en materia de buen gobierno, remitiéndose a la citada Ley de Transparencia citada, de manera que **se sancionan** de conformidad con sus previsiones. De modo que, el Código Ético y de Conducta del Ayuntamiento de Barcelona, **no es un cuerpo normativo meramente programático**.

El Código **se aplica** en el **ámbito del Ayuntamiento** y de las **entidades vinculadas o dependientes de cualquier nivel**. Son **personas destinatarias** del Código las siguientes: miembros **electos, comisionados/as, consejeros/as de distrito**, titulares o **miembros** de los **órganos de gobierno** de las **entidades municipales vinculadas o dependientes**, personal **directivo de ayuntamiento y equivalente** de estas **entidades**, personal de **alta dirección**, titulares de la **Secretaría**, de la **Intervención General** y de la **Tesorería**, así como el personal **eventual**. **También**, las personas que forman parte de las **mesas de contratación**, las **juntas de valoración y los tribunales de selección**, como miembros de estos órganos y en el ejercicio de las funciones que les son inherentes. Estableciéndose, así mismo, que los principios y valores generales especificados en él se tendrán presentes a la hora de concretar, en los **pliegos tipo contractuales**, las **bases y los convenios** que rigen el otorgamiento de **subvenciones**, los principios éticos y las reglas de conducta a los que tienen que adecuar la actividad los **contratistas** y las



personas **beneficiarias** así como las **entidades que gestionen servicios** de titularidad municipal.

Por otro lado, el Código también regula la creación del **Comité de Ética** para impulsar su efectiva aplicación y hacer un seguimiento y una evaluación de su cumplimiento. Este es un **órgano de garantía, con relación a la interpretación y aplicación del Código ético y de Conducta. Tiene naturaleza colegiada y consultiva**, está integrado por un máximo de **cinco personas** (al menos dos juristas) escogidas entre **profesionales de reconocido prestigio en el ámbito de la defensa de la ética, la integridad y la transparencia públicas** y todas ellas son ajenas a la **organización** municipal. Son **elegidas** por el **Pleno del Consejo Municipal** (después de haber sido sometidos los **candidatos a una sesión pública de "hearing"**), y **nombradas por Decreto** de **Alcaldía** para un mandato de **cinco años**, renovable por cinco años más.

El **Reglamento Interno de Funcionamiento** del Comité de Ética (cuya **propuesta** redactó y **elaboró la DA**, para su posterior traslado y aprobación por el Comité) fue **publicado**, en el Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona, el **25 de febrero de 2019**. **Completa el estatuto jurídico** y el **procedimiento de actuación** del **Comité de Ética**, perfeccionando su funcionamiento interno en la parte no desarrollada por el Código ético a la vez que constituye un **engranaje más** de la **correa** de transmisión que **une** el **Comité** con la **Dirección de Análisis**. El **Reglamento** constituye, de igual forma, un instrumento jurídico esencial en la medida en que vino a **dar respuesta a una situación** que **no se había previsto jurídicamente** hasta ese momento: los posibles **supuestos de conflicto de interés** (incluso los aparentes) que pudieran afectar a **Dirección de Análisis**.

La **DA** es el órgano de soporte técnico jurídico y de gestión del **Comité de Ética**. Relación o **vínculo**, por otro lado "**natural**" o **consustancial** si se atiende a la **naturaleza** de **ambos órganos**. Pues **los dos** actúan con **independencia sin** estar sometidos a **órdenes jerárquicas** que **condicionen** su actuación, tienen **deber** de **confidencialidad y de secreto** (obligación esencial para la preservación de los datos de las comunicaciones, informaciones o alertas y de las identidades de las personas intervinientes en las mismas) y están **sometidos** al **principio de máxima reserva** durante toda la tramitación de dichas comunicaciones y posterior formulación de las respectivas Recomendaciones. Respondiendo, **además**, dicha **vinculación** a una **exigencia normativa** al estar prevista no sólo en las citadas normas (**Código Ético y de Conducta- Reglamento Interno de Funcionamiento del Comité de Ética**) sino también en las propias **Normas Regulatoras del Buzón Ético**, en cuya "*Disposición Adicional Primera. Comunicaciones relativas al Código de conducta del Ayuntamiento de Barcelona*" se establece que "*las comunicaciones al Buzón Ético y de Buen Gobierno que tengan por objeto vulneraciones de normas de conducta previstas en el Código de conducta del Ayuntamiento de Barcelona por parte de sus destinatarios se investigarán de acuerdo con lo que disponga el Código*".

Hecho el anterior apunte, señalar que los **miembros originarios** del Comité de Ética, **elegidos** mediante un **acuerdo** adoptado por el **Pleno del Consejo Municipal, y nombrados por Decreto de Alcaldía de 17 de mayo 2018**, para un mandato de **cinco años**, renovable por cinco años más, fueron: Sr. **Norbert Bilbeny García**; Sra. **M. Dolores Feliu Torrent**; Sr. **Josep Joan Moreso Mateos**; Sra. **Teresa Freixas Sanjuán** y Sr. **Robert Rubió Ochoa**.

El Sr. **Antoni Bosch Carrera** fue nombrado como miembro del Comité de Ética del Ayuntamiento de Barcelona, por Decreto de la Alcaldesa de **7 de febrero del 2019**, en sustitución de la Sra. Teresa Freixas Sanjuán por renuncia de esta última, formalizada en fecha 31 de diciembre de 2018.

En fecha **11 de julio de 2022** fue nombrada la Sra. **Magda Oranich Solagran**, en sustitución de la Sra. Dolors Feliu Torrent por renuncia de esta formalizada el 13 de junio de 2022.

En fecha **30 de septiembre de 2022** el Sr. **Robert Rubió Ochoa** formalizó su **renuncia** sin que esté prevista su sustitución.

**Todos** los miembros del Comité de Ética **han firmado, en** el momento de su toma de posesión, una **cláusula de confidencialidad previa sesión informativa (impartida por la DA) sobre su contenido y el alcance jurídico de las obligaciones que comporta. Cláusula** que fue **elaborada por la DA** a fin de que se pudiese **materializar el cumplimiento de los deberes de secreto, reserva y confidencialidad** respecto de la información a la que accedan en el ejercicio de sus cargos y de los datos personales de los que traten que les impone el **artículo 16.2 del Código y las exigencias de reserva, secreto y confidencialidad** de los datos e información recibida a través del Buzón Ético y de Buen Gobierno que consignan las Normas Regulatoras del Buzón así como de las **consecuencias** de sus **incumplimientos**. De manera que la mentada cláusula de confidencialidad **incluye seis compromisos** además de la previsión relativa a las **responsabilidades y resarcimientos** que se puedan derivar de **daños y perjuicios** por posibles incumplimientos, sin perjuicio de las sanciones que legalmente procedan.

Descrito el escenario de actuación procede ya entrar a detallar las diferentes **acciones desarrolladas por la DA en su calidad de órganos de soporte técnico jurídico y de gestión del Comité de Ética**. Acciones que, en definitiva, suponen la **consolidación y desarrollo** de las **iniciadas en 2019**, a partir del nombramiento de los miembros del Comité, y que **se han desplegado en su integridad** a medida que dicho órgano colegiado ha alcanzado su pleno funcionamiento. Así, la DA procede a:

- a) **Gestionar y vehicular** los **requerimientos** que **solicite** el **Comité** a los diferentes **cargos y órganos** municipales y **verifica** su **seguimiento**.

- b) Elaborar las **propuestas de informes solicitados al Comité de Ética** por los diferentes **órganos** de la Administración **Municipal**, con relación a los principios y los valores éticos, así como a las normas de conducta, que deben observar, los destinatarios del Código, en el ejercicio de las funciones y competencias que tengan atribuidas.
- c) **Elaborar el informe de valoración** sobre la **admisibilidad o no** de las comunicaciones relativas a incumplimientos del Código Ético y de Conducta **una vez practicada la evaluación previa de verosimilitud**, mediante comprobaciones informativas y documentales a la persona comunicante y al órgano gestor afectado por la comunicación.
- d) Proceder a la **comprobación y/o investigación** de las **comunicaciones** de las que deba **conocer el Comité** por razón de la materia (esto es, cuando refieran presuntos **incumplimientos del Código**) y hayan sido previamente admitidas, así como el **análisis jurídico** que proceda y que concluye con la **elaboración** de la correspondiente **Recomendación-informe de remisión al Comité de Ética** necesaria para que el aquel formule su posterior valoración y Recomendación.
- e) **Formular los requerimientos** dirigidos: tanto a los **comunicantes** para ampliar la información de los hechos descritos en su comunicación o bien para que aporten indicios objetivos de prueba, como a los **cargos y órganos municipales afectados** por la comunicación.
- f) El **traslado** (mediante la oportuna diligencia) de la **comunicación** o alerta al **sujeto** al que se le **atribuye la conducta** presuntamente reprobable a los efectos de que tenga **conocimiento** y si lo considera oportuno presente **alegaciones** al respecto;
- g) **Notificación** de la **decisión** del Comité a la persona **comunicante** y a las personas **afectadas** o **presuntamente responsables** del incumplimiento del Código comunicado y objeto de investigación y análisis.
- h) **Traslado** de la **Decisión del Comité** (Recomendación) en que se haya **detectado infracción del Código Ético** a los órganos con competencia **disciplinaria**.
- i) **Seguimiento** de las **recomendaciones** formuladas por el Comité así como de su **grado de implementación** de las propuestas contenidas en las mismas.
- j) **Convocar las Sesiones de Trabajo** periódicas del Comité y **redactar** la Propuesta del **orden del día** de las mismas
- k) **Asistencia** a las **sesiones de trabajo** del Comité para **informar y despachar** los asuntos a tratar en las sesiones correspondientes
- l) **Redacción** de la **propuesta de las Actas de las sesiones** de trabajo celebradas. Actas en las cuales constan los acuerdos adoptados por el órgano colegiado

- m) **Supervisión** de la **designación de Ponente** entre los miembros del Comité de Ética para la formulación de cada una de las propuestas de recomendaciones e informes **de acuerdo** con el **sistema de orden** previamente **acordado**.
- n) **Velar** para que las **acuerdos** que se adopten por parte del Comité de Ética tengan las **mayorías necesarias para su adopción** y **para el correcto tratamiento** de las posibles **causas de abstención o recusación** que en aplicación del artículo 23 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público **pudieren concurrir en algún miembro del Comité**.
- o) **Trasladar al Comité de Ética con el informe justificativo** para la posterior resolución de este órgano de los **supuestos de abstención i/o recusación** de la/el **titular de la Dirección** de Servicios de Análisis atendiendo a la obligación de confidencialidad y al principio de máxima reserva de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 del Reglamento Interno de Funcionamiento del Comité.
- p) **Coadyuvar** junto con el Instituto Municipal de Informática (IMI) al **soporte informático de los miembros del Comité** para la **gestión** de las correspondientes **comunicaciones e informes** a través de los aplicativos correspondientes **garantizando** su tratamiento con la **máxima reserva y confidencialidad** en cumplimiento de las normas reguladoras del Buzón Ético y de buen gobierno.
- q) **Gestión y mantenimiento** del **archivo** documental relativo a los **expedientes generados por la actividad del Comité y** de la **documentación** que se vaya acumulando. Instruyendo del estado de la tramitación de las comunicaciones de su competencia cuando así se requiera
- r) **Formalización del expediente contable** para la tramitación de las **dietas** del Comité con el correspondiente **informe técnico**. En cada sesión se preparan los correspondientes **certificados de asistencia** de cada uno de sus miembros que hayan asistido a la reunión con la correspondiente validación y firma por parte del Secretario/a del Comité de Ética. A la que se añade, como medida preventiva, la de la **Secretaria Delegada de la Dirección de Servicios de Análisis** (delegación del Secretario General de 11 de noviembre de 2019) para la **validación de la asistencia del Secretario/a del Comité de Ética**.  
**Además**, estos certificados **se validan** por parte de la **directora/a de servicios de Análisis para** la posterior contabilización por parte de la **Intervención General del Ayuntamiento** de Barcelona.
- s) **Planificación y previsión** del **número de sesiones** que celebrará el Comité de Ética durante el **año**, a fin de **instar a los órganos encargados de dotar las partidas del presupuesto** correspondientes a las dietas de los miembros del Comité de Ética **de acuerdo** con el **decreto regulador** que las prevé.

- t) **Asistencia técnica jurídica y contacto continuo** a tal efecto con los miembros del Comité, en los términos establecidos en el artículo 14 in fine del Reglamento.
- u) **Soporte** técnico y de gestión para la **elaboración de la Memoria** anual de la actividad del **Comité** para su **remisión al Consejo Municipal** (art 16, h del Código) y **redacción de la misma** en base a las instrucciones recibidas por sus miembros a tal efecto.
- v) **Elaborar** los **Informes previos** sobre la **adaptación** o no a los principios, las normas de conducta y el sistema de garantía del **Código Ético y de Conducta del Ayuntamiento** de Barcelona de **cada uno de los códigos de conducta** de las **entidades municipales vinculadas o dependientes** de acuerdo con lo dispuesto en su Disposición Adicional segunda. Informe previo del que se da traslado al Comité a los efectos de lo que dispone la referida Disposición Adicional
- w) **Realización** de las **gestiones administrativas** necesarias para la tramitación de los **expedientes** administrativos de **Renuncia** y de los Miembros del Comité de Ética
- x) **Estudio y análisis de las necesidades de formación** relativas al Código Ético a toda la administración municipal y en especial, a las personas a las cuales les es de aplicación. De manera que el Comité pueda cumplir las funciones formativas establecidas en el apartado c) del artículo 16 del Código.

A la vista de la lista de actuaciones desplegada señalar que durante este trienio (2020-2022):

- Se ha planteado **1 causa de abstención** que afectaba a la Directora de Análisis causa que fue confirmada por unanimidad por todos los miembros del Comité.
- Se han tramitado **0 causas de abstención** que **afectaban** a algún **miembro del Comité**
- Se han **tramitado, investigado Y evacuado el correspondiente asesoramiento jurídico** con relación a **19 comunicaciones dirigidas** al Comité que culminaron en otras tantas Recomendaciones. **Todas con sus consiguientes requerimientos de información, notificaciones y traslados a los cargos y órganos competentes.**
- Se ha **asistido a 32 sesiones de trabajo** del Comité. De las que se ha **preparado** el correspondiente **orden del día** y se han elaborado las correspondientes propuestas de Acta.

- Se han realizado las gestiones administrativas necesarias **para la tramitación** de los **expedientes administrativos** de **Renuncia** de los Miembros del Comité de Ética siguientes: Dolors Feliu Torrent y Robert Rubió
- Se han realizado las **gestiones administrativas** necesarias para la tramitación del **expediente** administrativo de **Nombramiento** de la Sra. Magda Oranich como miembro del Comité
- Se han **evacuado 3 informes a instancia** del **Comité de Ética**.
- Se han evacuado **4 informes Previos de adecuación o compatibilidad de los Códigos éticos de entidades vinculadas o dependientes del Ayuntamiento** a los principios y valores y reglas de conducta del Código ético del Ayuntamiento de Barcelona. Todos confirmados por unanimidad e íntegramente por los miembros del Comité.
- Se han gestionado **3 expedientes contables** para la tramitación de **dietas** del Comité con el correspondiente **informe técnico**.
- Se ha dado **asistencia a los** miembros del comité con **relación a la tramitación** de la las correspondientes retenciones del impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) en relación a las dietas percibidas

# 2020-2021-2022



## **2.6. ACTIVIDADES DE PREVENCIÓN. ESPECIAL REFERENCIA A LAS RECOMENDACIONES Y LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO. "COMPLIANCE"**



---

## 2.6.- ACTIVIDADES DE PREVENCIÓN. ESPECIAL REFERENCIA A LAS RECOMENDACIONES Y LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO. "COMPLIANCE".

---

Dentro de este apartado describiremos las acciones cumplimentadas por la DA en el **ámbito de la Prevención**, englobándolas en grupos. En el **primero** se hará referencia a las consideraciones y medidas de mejora propuestas, a lo largo de las **Recomendaciones** que se han redactado durante estos tres años; en el **segundo** se identificarán las acciones realizadas con relación a los **programas de cumplimiento normativo o compliance** en diferentes ámbitos (contractual, entes instrumentales,...); en el **tercero** a actuaciones preventivas llevadas a cabo en materia de **regalos y ofrecimientos irregulares**; en el **cuarto y quinto** a las medidas preventivas propuestas en materia de **Subvenciones** y de **contratos** respectivamente; en el **sexto** a las acciones preventivas relacionadas con la **transposición de la Directiva "whistleblower"** en materia de canales de comunicaciones, informaciones, alertas o denuncias y protección de alertadores para acabar exponiendo, en el **séptimo**, las practicadas con relación al proceso participativo llevado a cabo a fin de **enriquecer la propuesta de Código Ético del sector público de Cataluña** mediante la formulación de enmiendas y propuestas.

---

### 2.6.1. RECOMENDACIONES. EXTRACTO POR MATERIAS DE LAS ACTUACIONES Y MEDIDAS DE MEJORA PROPUESTAS POR LA DIRECCIÓN DE ANÁLISIS A LO LARGO DE LAS RECOMENDACIONES ELABORADAS DURANTE EL 2020, 2021 y 2022

---

Como ya se anunció, se pasará, a continuación, a esbozar **un breve apunte sobre las actuaciones y medidas de mejora propuestas**, por la Dirección de Análisis, en las **Recomendaciones dictadas**, entre 2020 a 2022 que se agruparán por **materias**.

De esta manera, se pretende **recalcar** la importante **finalidad preventiva** (más que reactiva) del **Buzón Ético**, al configurarse como una auténtica **herramienta de detección de riesgos** de posibles **malas prácticas o** de comportamientos corporativos (colectivos o individuales) irregulares, contrarios a derecho o a los principios éticos y de buen gobierno.

A tal efecto, **de todas las Recomendaciones dictadas por la Dirección de Análisis** se han **extraído: a) las principales actuaciones, propuestas y medidas de mejora formuladas** con relación a cada una de las **materias** de las que ha conocido, así como b) las **argumentaciones jurídicas** en que aquellas se sustentaron. Extracto, en forma de

fichas, que, debido a su extensión, se recoge en el **Anexo** de esta memoria, para facilitar su lectura y al cual nos remitimos aquí.

Con esta operación se persigue, además, dar **cumplimiento** al **artículo 19,1 de las NRBE** ("Publicidad y acceso a la información") en cuanto dispone la publicación, en el portal de transparencia del Ayuntamiento de Barcelona, de: la relación de las conductas investigadas, las propuestas efectuadas y, en especial, las medidas propuestas para eliminar eventuales conductas contrarias al ordenamiento jurídico y a los principios o reglas éticas y de buen gobierno.

El **Preámbulo de las Normas Regulatoras del Buzón Ético y de Buen Gobierno**, señala que los valores, principios éticos y las reglas de conducta que tratan de **tutelar el uso correcto de los recursos públicos**, la resolución adecuada de los **conflictos de interés, la objetividad y neutralidad** en la gestión pública y el **principio de igualdad** son valores muy relevantes en el ejercicio de las competencias municipales señalando, en especial, los temas de: **contratación pública; función pública; actividad de fomento (subvenciones...) y ordenación urbanística**.

Por eso, las diferentes fichas (o extractos) se **clasificarán** siguiendo las referidas temáticas, agrupándolas, según traten de: **contratación pública; función pública; actividad de fomento (subvenciones...) u ordenación urbanística**. Grupos a los que se **añadirán 3 más: Transparencia; Infracciones de Procedimiento Administrativo e Incidencias en la prestación de los Servicios Públicos**.

No obstante, hay que **tener presente** que esta clasificación "por materias" sin ser artificiosa, no deja de ser algo forzada, en tanto que las **Recomendaciones** habitualmente **contemplan el examen de múltiples aspectos** que son **susceptibles** de ser **clasificados** en **diferentes disciplinas o ámbitos** siendo, por tanto, relativamente frecuente que estas (y por tanto sus extractos) contemplen cuestiones que pueden tener cabida en uno u otro grupo.

En cualquier caso, en cada una de las referidas fichas se recogerán, como se dijo, las consideraciones técnicas así como las argumentaciones jurídicas más relevantes y finalmente se reseñará las recomendaciones dictadas o medidas de mejora propuestas. **Añadiéndose**, en su caso, igualmente, un apartado correspondiente a "**seguimiento**", donde se describirá el **grado** alcanzado en la **implementación** de dichas recomendaciones formuladas. Apartado, este último, que goza de una **importante** significación **a la hora de valorar el impacto** de las actuaciones de la DA **y el nivel** de su **aceptación** en la organización.

Así, como botón de **muestra** y de forma muy resumida **encontramos**:

#### **a) En el ámbito contractual**

En el ámbito contractual, es de destacar el **alto nivel de incidencia** que, en las **Recomendaciones**, sigue teniendo el **contrato menor**, extremo este que ahonda no tanto en la naturaleza del procedimiento, como en la **frecuencia** con la que se sigue haciendo **uso del mismo**. Varios son los aspectos a considerar, pero uno de ellos destaca sobre el resto de forma muy notoria y es el que se refiere **al fraccionamiento** en este tipo de contratos, el cual ha sido apreciado en diversas recomendaciones.

El **fraccionamiento** se ha estimado tanto desde el punto de vista **material** o **funcional** como desde una perspectiva **temporal** y en la mayoría de las ocasiones por una **defectuosa planificación**, de la contratación, pese a los riesgos de prevaricación que podrían planear sobre dicha práctica.

La Dirección de Servicios de Análisis también ha tenido oportunidad de recomendar la no **instrumentalización de este tipo de procedimiento para eludir las normas que regulan la contratación de personal laboral o funcionarial**.

También se han apreciado otras irregularidades de diversa índole como la **falta** de existencia de **informes** acerca de la **necesidad e idoneidad** de este tipo de contratos o la improcedencia de introducir subcriterios en la fase de valoración de las proposiciones, lo cual, sin perjuicio de desvirtuar la que precisamente es razón de ser de este tipo de contratos, esto es, la agilidad y celeridad que caracterizan su tramitación, hizo devenir el procedimiento en una suerte de tertum genus sin sentido, habida cuenta el resto de procedimientos existentes.

También, en relación con la contratación, se han hecho recomendaciones respecto de los **conflictos de interés**. Estas no se han limitado al pronunciamiento que correspondía al caso en concreto sino que, por el contrario, ha procurado, precisamente por el carácter preponderantemente preventivo que ha de inspirar todas las actuaciones de la Dirección de Servicios de Análisis, dar una **visión global** de lo que es un conflicto de intereses abordando los diferentes tipos existentes e intentado trascender del ámbito subjetivamente limitado que pudiera otorgarse a las Declaraciones de Ausencia de Interés (**DACI**).

Destaca, igualmente, la recomendación relativa a la **necesidad de justificación de la elección del procedimiento** que debe constar en toda memoria justificativa, especialmente cuando este constituye un impedimento para la libre concurrencia de licitadores.

Ya en la fase de adjudicación, existe un pronunciamiento acerca de la **contaminación del contenido de los sobres que contienen las diferentes ofertas**, compilando la jurisprudencia existente hasta el momento en que se dictó dicho pronunciamiento.

Y como era de esperar, paulatinamente, adquiere cada vez más relevancia la **fase de ejecución** en tanto que, en una materia tan europeizada como la contractual, el amplio volumen de doctrina y jurisprudencia recaída en la fase preparatoria, así como su posterior

consolidación después de que hayan transcurrido más de cinco años desde la entrada en vigor de la LCSP, ha contribuido a ir trasladando el foco de atención de la fase preparatoria, mucho más positivizada, a la de ejecución.

Estas circunstancias obedecen sobre todo a la **necesaria profesionalización** de los órganos de control, particularmente del órgano de seguimiento ordinario del contrato, lo cual se entiende mucho mejor si atendemos a los aspectos sobre los que los incumplimientos contractuales incurren de forma principal aunque no exclusiva, es el caso de **inobservancia de convenios laborales** o de la normativa de **prevención de riesgos laborales**, cuestiones todas ellas sobre las que se han emitido varias recomendaciones.

### **b) En el ámbito de la función pública**

Las recomendaciones sobre la función pública se ha considerado que eran susceptibles de ser **clasificadas en 4 grandes grupos**: el **acceso** a la función pública, el sistema de **provisión** de puestos de trabajo, **los derechos y deberes** de los empleados públicos y **otras** alertas.

**La incorporación al servicio** ha venido motivada por diferentes circunstancias, entre ellas las **reinternalizaciones** de servicios tan frecuentes en los últimos tiempos a nivel local. Por ello, **la subrogación** del personal en procesos de reinternalización ha **motivado** varias **recomendaciones**, sobre todo a efectos de valorar la corrección de la incorporación de dicho personal a la función pública.

La Dirección de Servicios de Análisis ha tenido que pronunciarse, entre otras, sobre cuestiones como la **valoración del tiempo de trabajo a efectos del cómputo de méritos**; los derechos del **personal de alta dirección** en el momento de integrarse en la estructura de la administración de la que dependía la entidad del sector público en la que prestaba sus servicios una vez ya se había producido la extinción de su contrato o las **garantías necesarias** para **preservar el principio de igualdad** en el desarrollo de **pruebas selectivas** del personal y por tanto en el **acceso a la función pública**.

Tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo, las recomendaciones también han hecho **especial hincapié** en la **provisión de puestos de trabajo**, según es de ver en el extracto que de las mismas se incorpora a modo de anexo. En este sentido, la Dirección de Servicios de Análisis **se ha pronunciado** en reiteradas ocasiones, por ejemplo, sobre la **presunta asignación de plaza en 11 procesos selectivos** convocados por un **mismo ente municipal** con relación a los cuales la persona alertadora **anticipó** la **identidad del/la candidato/a** que finalmente **ganaría** la plaza convocada. **Alerta** que se recibió siempre, o **antes de la publicación** de la convocatoria o **inmediatamente después** (cuando el plazo de presentación de instancias aún no había finalizado). Las **diligencias de investigación**, llevadas a cabo para la averiguación de los hechos, permitieron **constatar el acierto** de las **informaciones recibidas**, sin las cuales no hubiera sido posible tener conocimiento de estas conductas que tanto menoscaban la

reputación de la institución, no en balde la **conurrencia en todos estos procesos** fue notablemente **escasa**. Debiendo **remarcarse** que el **nivel de acierto** de la **persona alertadora** fue del **100%** en todos los casos.

Finalmente, en el **ámbito** relativo a los **derechos y deberes de los funcionarios públicos**, merece una especial mención las relativas a **temas de compatibilidad para el ejercicio de actividades secundarias**, en el sector público o privado, así como a la **administración electrónica** como un elemento instrumental para la verificación de la vulneración de dichos deberes y derechos. Se configura así esta como un medio especialmente eficiente para determinar anomalías procedimentales, en especial en lo relativo a la exigencia de **trazabilidad**, como elemento fundamental para la detección y evitación de conductas irregulares.

### c) En el ámbito de las Subvenciones

Las recomendaciones emitidas en materia de subvenciones han abarcado también **un buen número de supuestos** de diversa índole, principalmente referidos a la **falta de su control** una vez se ha procedido a la concesión de aquellas. Esta circunstancia acontece, en la mayoría de los casos, por no haber facilitado las entidades beneficiadas por las subvenciones, o por no habérseles recabado, la información necesaria a tal efecto, ya sea directamente en cuanto al uso dado a las mismas, ya sea indirectamente a través del control de otras actividades que, desarrolladas con posterioridad a la concesión, afectan de uno u otro modo a los presupuestos que hubieran sido necesarios para que aquella se hubiese concedido y para **garantizar que el destino efectivamente dado** a los fondos públicos concedidos se **ajustaba** a aquel para el que fueron otorgados.

### d) En el ámbito de la Transparencia

También **en este ámbito** de la **Transparencia** y ligada tanto a función pública como a contratación y subvenciones se ha **pronunciado la Dirección de Servicios de Análisis**. Imprescindible es recordar aquí la **fuerza preventiva de la transparencia** pues la **falta de transparencia** en la actuación de la Administración se torna en una **grave vulnerabilidad** que facilita el paso a **conductas irregulares o fraudulentas**. De manera que es pacífica la conclusión de que a **mayor transparencia menor riesgo de corrupción**.

En este sentido, se han vertido **Recomendaciones** relativas a la **transparencia activa**, entre otras, a la **necesidad de publicación de los currículums** del personal eventual, cargos electos y de los altos cargos, a la necesidad de **publicación de las agendas públicas**, de la necesidad de un **registro de grupos de interés**. Pero **también**, se han dictado Recomendaciones con relación al **derecho de acceso a la información pública**. Y de la obligación del Ayuntamiento a la hora de **asegurar el cumplimiento de las obligaciones** en materia de **transparencia** que impone la Ley 19/14 de Transparencia y

derecho de acceso a la información pública por parte de las **entidades** que reciben **subvenciones** municipales.

Con relación al **Seguimiento**<sup>59</sup>, un planeamiento rápido al respecto arroja un positivo **grado de aceptación** de las recomendaciones propuestas. En este sentido, y sin perjuicio de la conveniencia de la lectura íntegra del Anexo, se pueden **destacar**, por ejemplo, la acogida de la mayoría de la recomendaciones formuladas en el ámbito de la transparencia, o en el ámbito de la función pública relativo a las investigaciones iniciadas a raíz de las numerosas alertas recibidas sobre **convocatorias para el acceso a la función pública** en que los Tribunales calificadoros asumieron las recomendaciones hechas por la DA con relación al **cómputo del mérito relativo al "tiempo trabajado"** del personal laboral subrogado.

Recordemos, igualmente el caso de las recomendaciones que **notificadas en diciembre de 2019** tuvieron **sus efectos en 2020**. Como fue el caso de la investigación iniciada por la DA a partir de una comunicación que alertaba sobre la **concesión de una** subvención y el destino dado, por el/la beneficiario/a, a los fondos recibidos pues acabó **provocando** que la **Intervención General** del Ayuntamiento **incluyese** dicha subvención dentro del **control financiero** y acordase la realización **de una auditoría completa de los últimos años de todas las subvenciones concedidas por el Ayuntamiento de Barcelona, sus Institutos y EPE s a la entidad subvencionada**. Auditoría **finalizada a finales de 2022** y cuyo resultado podrá ser relevante a los efectos de los **posibles reintegros** que en favor del Ayuntamiento se puedan derivar. **O** el **supuesto** relativo a **contratación** en que a raíz de una investigación de la DA, en que se dio traslado de los resultados a la **Autoridad Catalana de la Competencia, a la Oficina Antifraude de Cataluña** además de, entre otros: a la **Intervención General del Ayuntamiento**, quien procedió, en el ejercicio 2019, a realizar una **auditoría específica sobre la contratación de la entidad Municipal afectada, al Comité de Ética** que se pronunció **confirmando** la existencia de **infracción** de las normas de conducta del **Código Ético**.

En igual sentido, puede resultar **significativo** a la hora de **valorar** la actividad de la DA en el **ámbito** de la **investigación y de Recomendación**: Por un lado, **volver a reproducir**<sup>60</sup> las **menciones** que obran recogidas en las Memorias de la **Oficina Antifraude de Cataluña** con relación a las Recomendaciones de la DA y a las que ya se hizo referencia en el apartado "3.2.- COLABORACIÓN INSTITUCIONAL VINCULADA A LAS FUNCIONES ATRIBUIDAS A LA DIRECCIÓN DE ANÁLISIS POR LAS NRBE (ART 26), EN ESPECIAL LAS DE PREVENCIÓN, GESTIÓN DEL CANAL DE ALERTAS (BUZÓN ÉTICO), INVESTIGACIÓN Y PROTECCIÓN DE ALERTADORES." Concretamente en su punto XI.- Oficina Antifraude de Cataluña:

---

<sup>59</sup> Según información remitida por los diferentes órganos y departamentos municipales afectados

<sup>60</sup> En su traducción castellana de la versión originaria dictada en catalán

*"A raíz de unas actuaciones de Antifraude, relacionadas con un presunto conflicto de interés por parte de personal directivo del Instituto de Parques y Jardines de Barcelona, la Dirección de Servicios de Análisis del Ayuntamiento de Barcelona recomienda que en los supuestos en que, excepcionalmente, haya necesidad de autorizar el nombramiento, en las diversas empresas municipales y de otras entidades, de más de dos cargos en diferentes consejos de administración, se vehicule mediante la correspondiente autorización del Consejo Municipal del Ayuntamiento de Barcelona. Previamente, se tendrá que justificar y motivar la excepcionalidad. Además, las autorizaciones deberán ser incorporadas al Portal de Transparencia del Ayuntamiento para mejorar la gestión pública y la transparencia, especialmente, en los conflictos de interés. Así mismo, también recomienda que en las Instrucciones que se puedan formular al respecto, en su caso, se incluya una advertencia de las limitaciones retributivas que se puedan producir por razón de las remuneraciones máximas permitidas en la normativa vigente y de las responsabilidades, en su caso, que pudieran implicar el incumplimiento."*

*"Como resultado de unas actuaciones de Antifraude, relacionadas con un presunto conflicto de interés por parte de personal directivo del Instituto de Parques y Jardines de Barcelona, la Dirección de Servicios de Análisis del Ayuntamiento de Barcelona, una vez practicadas las pertinentes diligencias de comprobación, elabora un documento en el cual se recomienda a la Dirección Adjunta a la Secretaría General del Ayuntamiento la implementación de las medidas recomendadas por Antifraude. Las medidas son: Instar a coadyuvar al cumplimiento del régimen de incompatibilidades del personal al servicio del Ayuntamiento de Barcelona, evaluar la necesidad de formular las correspondientes instrucciones, así como, facilitar los instrumentos jurídicos necesarios para adecuar los nombramientos de cargos de las diferentes empresas municipales y otras entidades a las prescripciones legales de incompatibilidades cuando un mismo empleado ocupe más de dos cargos en diferentes consejos de administración."*

Y por otro, la **confianza en la actuación de la DA** y sus miembros, **generada a raíz de la trayectoria** seguida durante **estos años** desde la puesta en marcha del Buzón. Confianza que queda evidenciada en:

- **que la propia Oficina Antifraude de Cataluña** haya **delegado la investigación de algún supuesto** relacionado con alguna de sus actuaciones con base a que *"...la Dirección de Análisis del Ayuntamiento de Barcelona se encarga de analizar e investigar posibles malas prácticas y conductas irregulares de la Administración Municipal y su sector público y que actúa **con independencia funcional** de la estructura administrativa del Ayuntamiento ..."*. Extremo que así mismo comunicado a la Alcaldía.
- que el Ayuntamiento de Barcelona (a través de la DA) ha suscrito un convenio de colaboración con todas las Oficinas y Agencias de prevención del Fraude y la Corrupción autonómicas existentes y en funcionamiento, a fecha de hoy, en el estado español.





---

## 2.6.2. PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO. SISTEMAS DE COMPLIANCE

---

La Dirección de Análisis, en ejercicio de las **funciones de prevención** que tiene encomendadas, inició en 2018 una nueva **línea de actuación** que, además, era **innovadora en el ámbito del sector público local**, pues iba dirigida a **impulsar los modelos de cumplimiento normativo** o programas de "**compliance**" y a **fomentar su implementación** en el ámbito de la llamada **Administración municipal** hasta su total **consolidación, garantizando su ajuste** a los **estándares** nacionales e internacionales establecidos. Y ello, por cuanto son **instrumentos** relevantes para la **prevención de infracciones** así como para **promover** la existencia de una **cultura de integridad, de ética** y de **cumplimiento normativo** dentro de las organizaciones que **contribuyen**, así, al **refuerzo reputacional de las mismas**. Lo que, en el ámbito público, se traduce en un incremento de **la confianza ciudadana** en las instituciones públicas.

Las **medidas de acción** desarrolladas **simultáneamente** en este campo, durante estos tres últimos años **2020, 2021 y 2022**, han ido **dirigidas**, unas, a **afianzar las iniciadas** durante **2018 y 2019** y, otras, a **abrir nuevos caminos**. Medidas **tendientes**:

- a) a **que las adjudicatarias** de contratos del **Ayuntamiento** de Barcelona **tuviesen implementado**, al menos, un **sistema de prevención de delitos (compliance penal)** que permitiese introducir, con este nuevo control, una **garantía más** para "**asegurar**", dentro de la actividad contractual municipal, la **íntegra tutela del interés general** y su plena satisfacción. Medida con la que es de recibo **avanzar**, el **Ayuntamiento de Barcelona**, se convertía en **pionero** tanto **en el ámbito local** como en el **autonómico y estatal**. Es más, esta **práctica contractual** ha sido **valorada** como muy "**POSITIVA**" por la **Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIRESCON)**
  
- b) a que esta exigencia **también** se implementase en el **ámbito de la actividad de fomento** del Ayuntamiento. Extremo que **también se intentó, en 2021**, al menos, en **subvenciones** en las cuales la beneficiaria fuese una sociedad o entidad y el importe de la misma muy elevado. Trataremos este punto en el apartado: "*Medidas Preventivas en materia de Subvención Exigencias específicas sobre "Integridad, Código Ético, Buzón Ético y Conflicto de interés" y sobre control y prevención del fraude y la corrupción*" que examinaremos más tarde.

- c) a la **total implementación**, de **sistemas de cumplimiento normativo o compliance en las entidades dependientes del Ayuntamiento**. Centrándonos, en esta **primera** fase, en las sociedades mercantiles de **capital público 100% municipal** y en el **compliance penal** "usando", para ello, la puerta que abrió la reforma del **Código Penal** operada en **2015** (art 31 quinquies con relación al 31 bis de dicho cuerpo normativo) en la medida que reconocía la **responsabilidad penal de las sociedades mercantiles públicas**.
- d) y a **contribuir** a la **difusión, impulso y consolidación** del llamado "**public compliance**" o **sistemas de cumplimiento normativo en las Administraciones públicas y el resto del sector público**. Modelo de "public compliance" o sistema de cumplimiento normativo en las Administraciones públicas de los cuales el propio **Ayuntamiento de Barcelona es un ejemplo** como refleja su marco de integridad institucional que ha ido tejiendo desde 2015. **Contribución iniciada** durante **los dos años anteriores** que **ha seguido desplegándose** durante estos tres últimos años y que obedece a la **importante aportación** de dichos modelos o a la **generación y afianzamiento** de la **cultura del cumplimiento, la integridad y la ética en las organizaciones** de ahí la necesidad de su inserción en el sector público.

A tal efecto nos **remitimos** a las **intervenciones** de la **DA** en los diferentes **seminarios y jornadas sobre el tema** en los que ha participado **y** que se hallan **relacionadas**<sup>61</sup> en el apartado "**4.1.2 ACTUACIONES RELATIVAS AL IMPULSO Y LA DIFUSIÓN DEL MODELO DEL BUZÓN, COMO HERRAMIENTA PIONERA, PARA EL REFUERZO DE LA INTEGRIDAD PÚBLICA Y EL BUEN GOBIERNO, LA PREVENCIÓN DEL FRAUDE ASÍ COMO LA PROTECCIÓN DE LOS ALERTADORES O INFORMANTES ("WHISTLEBLOWER")**", en concreto en su subapartado "**III.-INTERVENCIÓN EN JORNADAS, SEMINARIOS Y GRUPOS DE TRABAJO**". En todas ellas se ha tenido la oportunidad de dar a conocer el ejemplo del Ayuntamiento de Barcelona y su marco de integridad institucional.

Jornadas y seminarios a lo que se **añaden**:

- el **artículo: "Sistemas de compliance y canales de denuncias en la administración pública. Una referencia al ayuntamiento de Barcelona y su Buzón Ético y de buen gobierno"**, publicado en la

---

<sup>61</sup> Los seminarios, jornadas y congresos sobre compliance público en los que se participó durante 2018-2019 se hallan relacionados en la Memoria correspondiente a dichos años

Revista "LA LEY compliance penal", Nº 2, Tercer trimestre de 2020, editorial Wolters Kluwer.

- la **Intervención** de la **DA** en el **Congreso sobre el "Cumplimiento Normativo e Integridad en Entidades Públicas"**, **organizado** por la **Oficina Antifraude de Cataluña** los días 23 y 24 de marzo de 2023, durante el cual la OAC presentó su "Informe Cumplimiento Normativo e Integridad en el Sector Público Institucional de Cataluña", para cuya elaboración y como trabajo de campo fueron entrevistados los responsables de cumplimiento de 2 sociedades mercantiles de capital 100% municipal. En la redacción de dicho informe participaron los departamentos de Derecho público de la Universidad de Castilla-la Mancha, de la Universidad Autónoma de Barcelona, de la Universidad de Santiago de Compostela y expertos de la Oficina Antifraude de Cataluña y de la Universidad de Modena-Bologna. La **DA intervino** en la mesa sobre "Relaciones entre las Administraciones públicas y los entes instrumentales del Sector Público" **exponiendo el modelo del Ayuntamiento de Barcelona y su ajuste a las recomendaciones recogidas en el Informe presentado.**

**Explicitado ya el punto b) y d), nos ocuparemos ahora de los puntos: "a) "Compliance y Contratación Municipal"; "c) Compliance o Modelos de Cumplimiento Normativo y Entes dependientes. Primera fase: Sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal o de participación mayoritariamente municipal".**

#### a) COMPLIANCE Y CONTRATACIÓN MUNICIPAL

La **DA empieza a ocuparse** de los sistemas de "**compliance**" con relación a la **contratación pública**, al **amparo** de la **Ley 9/2017**, de 8 de noviembre, de **Contratos del Sector Público**, en la medida en que esta positivizaba el **principio de integridad**, como un principio esencial de la contratación pública, en su **artículo 1.1.**, a la vez que establecía **en su art.64.1 la obligación de los órganos de contratación** 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 ...*".

Preceptos que se pusieron **en relación** con lo dispuesto en el **Código Penal**, tras la reforma operada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en virtud de la cual se introdujo la **responsabilidad penal de las personas jurídicas (art.31 bis)** y su subsiguiente modificación introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo que establecía, claramente, **la de las sociedades mercantiles públicas** que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general (**art. 31 quinquies**).

Teniéndose en cuenta, de igual forma, la **Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas**, sobre todo, con relación a las Metas 16-5 y 16-6 del ODS 16, en cuanto a la reducción de la corrupción y el cohecho así como la **rendición de cuentas**.

**En esta línea** y dentro de las **competencias** reconocidas en el ámbito de la **prevención**, la **Dirección de Análisis**, en 2019, **planteó, con éxito**, a la Dirección de Coordinación de Contratación del Ayuntamiento así como a la gerencia de la Área Agenda 2030, Transición Digital y Deportes y al Comisionado de Innovación Digital, Administración Electrónica y de Buen Gobierno la **inclusión**, como **condición especial de ejecución, en los pliegos** de cláusulas administrativas particulares de los **contratos municipales**, de una **cláusula** relativa a que, al menos, en determinados tipos de contratos, las **empresas que contratasen** con el Ayuntamiento estuviesen **dotadas** de un **sistema de prevención de delitos (compliance penal) en los términos** establecidos en el **artículo 31 bis del Código Penal**.

Planteamiento que, precisamente, por lo **novedoso** en el **ámbito de la contratación pública**, no estuvo huérfano de reticencias provenientes de diversos sectores (algunas lindantes, incluso, con críticas de que dicha medida podría suponer una lesión al derecho de igualdad y libre competencia o con una supuesta colisión con el tenor de la propia Ley). Reticencias, estas, realmente sorprendentes, si se tiene en cuenta que la práctica que se intentaba introducir en el ámbito público constituye una exigencia habitual en los mercados donde las empresas privadas que concurren en el tráfico comercial nacional e internacional lo requieren a las sociedades con las que contratan a fin de garantizar, el buen fin de sus contratos y, en última instancia, su reputación.

Lo cierto es que, pese a dichas reticencias, **la DA defendió**, en todo momento, **la necesidad y licitud de la inclusión de esta exigencia** en la contratación de la Administración Pública Municipal en la medida en que tenía su cobertura legal en los referidos preceptos normativos y **contribuía**, en todo caso, **a blindar y proteger el interés general y el erario público** de la comisión de posibles infracciones penales **y**, por tanto, a **resguardar** la **reputación** del **Ayuntamiento** de Barcelona así como la **confianza ciudadana** en el mismo. Planteamiento al que vinieron a **coadyuvar** las **medidas de control del fraude** exigidas con relación a los **Fondos Europeos Next Generation** y, en especial el propio **Plan de Medidas Antifraude** ligado al control de

dichos Fondos **aprobado** por el Ayuntamiento, el 3 de febrero de 2022. Procede señalar que se contó en esta iniciativa con el apoyo de la Dirección de Coordinación de Contratación Administrativa del Ayuntamiento.

De manera que la propuesta fue incluida en el Plan de contratación de 2019 y, con la colaboración de la referida Dirección de Coordinación de Contratación Administrativa, en **junio de 2022, se incluyó** definitivamente **dicha cláusula, como CONDICIÓN ESPECIAL DE EJECUCIÓN**, en los **PLIEGOS DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES** de los **contratos** del **Ayuntamiento de Barcelona**, de manera que desde entonces se exige a las empresas adjudicatarias que cuenten con un modelo de prevención de delitos. Y, **aunque reducida** a los **contratos de obras, servicios y suministros** y obligatorio sólo para umbrales económicos muy altos, concretamente, **cuando el importe anual de adjudicación sea igual o superior a 3 millones de euros**, lo cierto es que el **Ayuntamiento de Barcelona ha sido, con esta práctica**, como se avanzó, **pionero** no sólo en el **ámbito local** sino **también en relación con otras Administraciones y entidades del sector público de Cataluña y resto de España**. Práctica contractual que, reiteremos, ha sido **valorada POSITIVAMENTE** por la **OIRESCON**

Por su carácter innovador se **reproduce**, a continuación, el **tenor literal** de la referida **cláusula**<sup>62</sup>:

*PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES*

*CONTRATO DE OBRAS, SERVICIOS Y SUMINISTROS.*

Obligatorio cuando el importe anual de adjudicación sea igual o superior a 3 millones de euros. Condición especial de ejecución

*"COMPLIANCE PENAL*

*Se persigue como objetivo dar cumplimiento a lo que establece el artículo 64 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público en sintonía: a) por una parte, con lo que dispone la*

<sup>62</sup>Puede consultarse, en su versión originaria catalana, dicha cláusula en el Portal de contratación pública: Economía y Trabajo, Ciudad Digital y Relaciones Internacionales del Ayuntamiento de Barcelona. En este [enlace](#) se pueden consultar, en el apartado de "Modelos de pliegos de cláusulas administrativas particulares" la cláusula *Compliance Penal* en los contratos de obras, servicios y suministros tramitados mediante procedimientos abiertos.

*Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informan sobre infracciones del Derecho de la Unión cuyo plazo de transposición al ordenamiento jurídico español ya ha finalizado; b) por otra, con lo que establece la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad así como la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y también con respecto a la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas (sobre todo, con relación a las Metas 16-5 y 16-6 del ODS 16, en cuanto a la reducción de la corrupción y el cohecho así como la rendición de cuentas). Y a tal efecto la entidad adjudicataria del contrato tendrá que presentar, en el momento de formalizar el contrato o al inicio de la ejecución, una declaración responsable respecto de la existencia y la aplicación efectiva de un Modelo de Organización y Gestión que incluya las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos en el seno de la Entidad Adjudicataria. Dicha declaración responsable será emitida, conjuntamente, por su Órgano de Administración (mediante la persona que, legalmente, tenga atribuías las funciones de representación y firma) y por el órgano interno de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y control que tenga encomendada la operación y gestión del modelo.*

*En los casos en que a la Entidad Adjudicataria le sea de aplicación lo dispuesto en el artículo 31 bis apartado 3 del Código Penal, la referida declaración responsable podrá ser presentada, exclusivamente, por su Órgano de Administración en la medida en que haya asumido directamente las funciones de supervisión a las que se refiere la condición 2ª del apartado 2 del artículo 31bis del Código Penal.*

*Mediante dicha declaración se garantizará, bajo la responsabilidad de las personas firmantes, la veracidad y exactitud de su contenido, asumiendo de esta forma las consecuencias legales que puedan derivarse respecto de la falsedad o inexactitud de los aspectos certificados.*

*Certificación: En el supuesto en que la adjudicataria del contrato, al tiempo de su formalización, se haya dotado de un Sistema de Gestión de Compliance Penal alineado con la Norma UNE 19601 sobre "Sistemas de gestión de Compliance penal", o de un Sistema de Gestión de Compliance alineado con la Norma UNE-ISO 37301:2021 "los sistemas de gestión de compliance" podrá suplir la emisión de la declaración responsable por parte de su Órgano de Administración y el Órgano interno encargado de la operación del Modelo, presentando una certificación de conformidad respecto a su Sistema por parte de una entidad externa de certificación acreditada por ENAC o un equivalente europeo.*

#### **SEGUIMIENTO.**

*1.- Con carácter semestral, la persona responsable designada por el órgano de contratación para la supervisión de la ejecución del contrato y garantía de la correcta realización de la prestación pactada deberá ser informada de las revisiones periódicas del modelo de "compliance" penal y de sus eventuales modificaciones, así como de los cambios en la Organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada*

*2.- la persona responsable designada por el órgano de contratación para la supervisión de la ejecución del contrato y garantía de la correcta realización de la prestación pactada se reserva el*

*derecho a auditar, por sí o por medio de tercero, la veracidad de las manifestaciones efectuada por la adjudicataria y comprobar la existencia y aplicación del Modelo en los términos así certificados o declarados por la adjudicataria.*

*3.- La persona responsable del contrato informará al órgano de contratación sobre los posibles incumplimientos de las obligaciones previstas en el contrato, y, en su caso, propondrá el inicio del procedimiento de imposición de penalidades o de resolución del contrato.*

*4.- El incumplimiento de esta condición supondrá un incumplimiento grave, establecido en la cláusula 26 de este pliego.*

*5.- Cuando el responsable del contrato no sea personal al servicio de la entidad contratante, los pliegos tendrán que prever expresamente la autorización al responsable para hacer el seguimiento de conformidad con lo que se prevé en los apartados 1 y 2 con relación al seguimiento del contrato y su obligación de llevarlo a cabo en dichos términos.”*

Siguiendo el camino iniciado, es **propósito** de los **siguientes ejercicios extender esta exigencia** contractual a:

- **a otras modalidades contractuales** del Ayuntamiento de Barcelona **y a umbrales** económicos **más bajos**.

- a la **actividad contractual** de las **sociedades mercantiles municipales** así como a la del **resto de entidades vinculadas**.

### **C) SISTEMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO O COMPLIANCE EN LAS ENTIDADES DEPENDIENTES DEL AYUNTAMIENTO. PRIMERA FASE: SOCIEDADES MERCANTILES DE CAPITAL PÚBLICO 100% MUNICIPAL**

Como se dijo, en **2018, simultáneamente** a la iniciativa anterior (centrada en que las adjudicatarias de los contratos del Ayuntamiento de Barcelona contasen con un sistema o programa de prevención de delitos), se puso **en marcha también** el otro proyecto: el de que **todos los entes municipales** instrumentales contasen con un **robusto sistema o programa de cumplimiento normativo** (o **compliance**). No puede olvidarse que **elementos fundamentales** de todo sistema de cumplimiento normativo son tanto los **códigos éticos** y de conducta como los **canales de alertas**, denuncias o informaciones.

Esta medida **perseguía**:

- 1) **Fomentar** las **conductas preventivas sobre las reactivas**, garantizar la **satisfacción del interés general** en la gestión pública, **impidiendo**

**conductas contrarias a derecho, y a la buena administración de los recursos públicos.**

- 2) **Blindar los posibles riesgos de incumplimiento normativo** que pudieren afectar a los **entes dependientes del Ayuntamiento de Barcelona y**, especialmente, los riesgos **de carácter delictivo en que** podían incurrir las **sociedades mercantiles municipales**, a la vista de la **responsabilidad penal** de las personas jurídicas que el **Código penal introdujo** por mor de las reformas operadas por Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio y Ley Orgánica 1/2015 de 3 de marzo (**artículo 31 quinquies del Código Penal** con relación al **art. 31 bis** de dicho cuerpo normativo)
- 3) **Consolidar el marco de integridad institucional promoviendo una verdadera cultura ética y de cumplimiento normativo** en las diferentes organizaciones municipales (en los términos establecidos en la **Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado** sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal, y la postura del Tribunal Supremo -por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 154/2016 de 29 de febrero-).
- 4) **Reforzar la confianza ciudadana** en la actuación municipal **minimizando** cualquier **riesgo** que pudiera afectar a la **tutela del interés general**.
- 5) **Evitar o minimizar los perjuicios de carácter económico y reputacional** (entre otros) que, **para el Ayuntamiento** de Barcelona, podría comportar la **posible imputación penal o condena** de algunas de **sus sociedades mercantiles** por una **falta o deficiente implementación** de los programas de prevención de delitos.

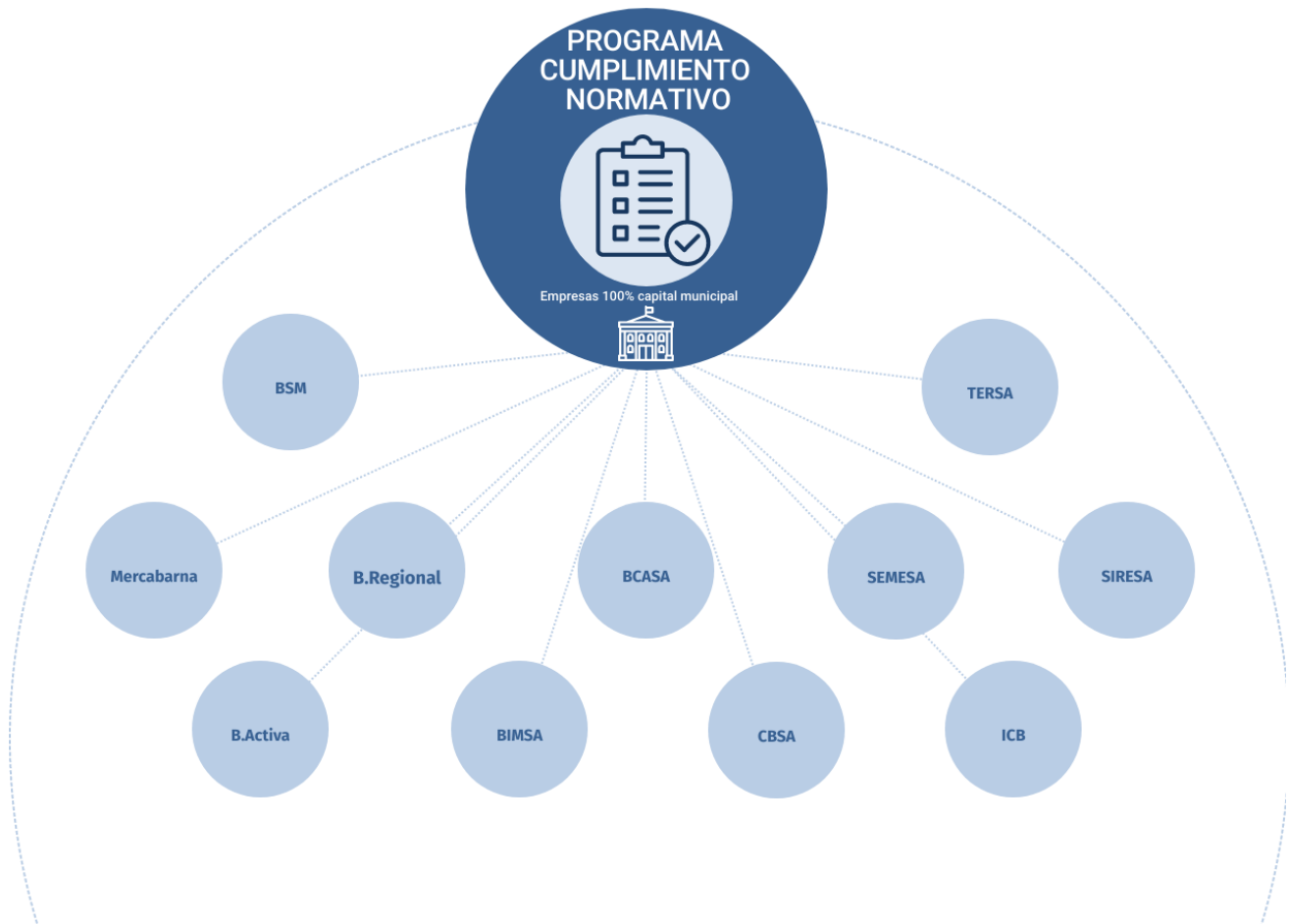
El amplio magma de entes que conforman la llamada Administración Municipal<sup>63</sup> (organismos autónomos, consorcios, entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles, fundaciones,...), lo novedoso de la medida y la escasez de medios de la DA

---

<sup>63</sup> <https://ajuntament.barcelona.cat/es/organizacion-municipal/entes-dependientes>



determinaron que, en una **primera fase**, el proyecto se **centrase** en las **sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal o de participación mayoritariamente municipal, al ser más acuciante, para ellas, la necesidad** de contar con estos instrumentos **dado que podían incurrir en responsabilidades penales**.



Al respecto, una de las **primeras acciones** que se llevaron a cabo, desde la **Dirección de Análisis**, fue **elaborar**, en agosto de **2018**, un **informe justificativo** de la **necesidad** de dicha medida, de manera que, a finales de septiembre, con el apoyo de la Tercera Tenencia, se pudo **solicitar a**: Barcelona Servicios Municipales, SA (**BSM**); Barcelona de Infraestructuras Municipales, SA (**BIMSA**); Fomento de Ciudad, SA (**FOCISA**); Parques de Atracciones Tibidabo, SA (**PATSA**); Selectivas Metropolitanas, SA (**SEMESA**); Soluciones Integrales para los Residuos, SA (**SIRESA**); Cementerios de Barcelona, SA (**CBSA**);

Tratamiento y Selección de Residuos, SA (**TERSA**); Mercados de Abastecimientos de Barcelona, SA (**MERCABARNA**); **Barcelona Activa S.A.** y Barcelona Ciclo del Agua S.A. (**BCASA**) la documentación indispensable para poder:

- **Comprobar si se contaba** con un programa de cumplimiento normativo o “**compliance**” (al menos de prevención de delitos) y, en su caso **verificar el estado** de su **implementación**
  
- **Analizar su grado de eficacia y robustez** (en aquellas Sociedades en que se había implementado)
  
- **Analizar** sus respectivos **códigos éticos** desde una **doble perspectiva**:
  - Desde la **perspectiva** de su **COMPATIBILIDAD con** los principios, normas de conducta y sistemas de garantías del **código ético y de conducta** del **Ayuntamiento**, de acuerdo con lo dispuesto en la **Disposición Adicional Segunda del mismo**. Precepto que exige, **además**, un **informe favorable** en tal sentido por parte del **Comité de Ética** del **Ayuntamiento** de Barcelona.

El proceso establecido para la obtención del referido informe favorable pasa por un **primer análisis de “compatibilidad y conformidad”** de los referidos Códigos que **realiza la DA**, en su calidad de órgano de soporte técnico jurídico del dicho Comité. Los **resultados** de dicho **análisis** previo de compatibilidad **se recogen en un Informe** del cual se da **traslado a** dicho órgano colegiado para su decisión final. Debe señalarse que, hasta la fecha, **el Comité de Ética ha corroborado todas la valoraciones previas realizadas**, en tal sentido, **por la DA**.

- Desde una **perspectiva** más **PREVENTIVA** en el que **además** del análisis **de los Códigos** se **examinan las diferentes políticas de compliance de la organización** a fin de poder descartar posibles vulnerabilidades.

- **Revisar** que en los programas de cumplimiento o compliance existentes **se hiciera mención y se informase** a sus destinatarios no solo de su canal de alertas **sino también del Buzón Ético y de Buen Gobierno del Ayuntamiento de Barcelona** como otra vía alternativa para cursar las posibles comunicaciones o denuncias y de **acuerdo con las NRBE**.

En tal sentido y tal y como se recoge en la Memoria de actividades de la DA correspondiente a **2018-2019**, realizados los primeros análisis durante esos años sobre los diferentes Códigos Éticos así como del resto de la documentación remitida por dichas sociedades, se **constató**<sup>64</sup>:

- Respecto a los diferentes **códigos éticos** que, más allá de las **singularidades propias** de cada organización, **concurrían elementos** que **impedían** obtener el **informe favorable del Comité de Ética del Ayuntamiento sobre su compatibilidad con los principios, valores y garantías del Código Ético y de Conducta del Ayuntamiento (Disposición Adicional 2ª)**. De hecho, dentro de dicho periodo (2018-2019) solo una de las sociedades lo obtuvo.
- Y, respecto a **los sistemas de cumplimiento normativo o compliance**, se observó un **desarrollo desigual en su implementación** pues mientras **unas lo tenían formalmente implementado**, otras estaban en **vías de gestarlo y desarrollarlo** y en **otras**, incluso, **se carecía de cualquier iniciativa al respecto**.

Resultados que **alertaban y evidenciaban** una **preocupante situación** que precisaba ser revertida, no sólo para evitar graves **riesgos de incumplimiento y** de posibles repercusiones de naturaleza **penal** para estas empresas municipales y, en consecuencia, para el propio Ayuntamiento, sino **también**, para **reforzar** el papel **ejemplarizante** que deben tener las Administraciones públicas.

Por ello, durante **este último periodo (2020 a 2022)**, se ha **mantenido el seguimiento del proceso** de implementación y desarrollo de dichos programas **y se ha buscado abrir puentes de colaboración y soporte** en este ámbito con los/as **responsables o compliance officer** de las diferentes mercantiles.

En dicho contexto, **el 22 de junio de 2021** se vehicula, a través de la Secretaría General, una **segunda petición de información y documentación a cada una de las sociedades** reseñadas **a fin de constatar** los **avances** logrados en esta materia desde

---

<sup>64</sup> Nos remitimos aquí a la Memoria de la DA 2018-2019, páginas 114 a 116.

finales de 2019. Debe reseñarse que **todas respondieron** a dicho requerimiento con la **máxima diligencia** siendo **máxima** su **colaboración con** la **DA**, de manera que **durante estos años** se han **mantenido reiterados contactos telefónicos** o vía **correo electrónico además** de **reuniones presenciales**. Señalar que, al catálogo inicial de empresas indicadas, se añadió la sociedad mercantil "Barcelona Regional, Agència de desenvolupament Urbà".

Del **análisis de la documentación** recibida (códigos éticos, conjunto de políticas y protocolos de actuación, mapas de riesgos, descripción de los canales de alertas o denuncias así como de los delegados/as de cumplimiento –persona física u órgano colegiado...) e **información obtenida** de los respectivos **responsables de cumplimiento**, se ha podido **concluir**:

- **Con relación a los códigos éticos:**
  - Que Barcelona Servicios Municipales, SA, Grupo **BSM (PATSA, CB.S.A.)** y Barcelona de Infraestructuras Municipales, SA (**BIMSA**) **cuentan ya con el informe favorable del Comité de Ética** una vez solventados los obstáculos detectados previamente por la DA en su informe previo al del órgano colegiado.
  - Que Barcelona Ciclo del Agua S.A. (**BCASA**) y Mercados de Abastecimientos de Barcelona, SA (**MERCABARNA**) **han remitido ya las nuevas versiones de sus respectivos códigos éticos tras las consideraciones** contenidas en el informe previo efectuado por la **DA** y ratificado por el **Comité de Ética. Estando pendiente su comprobación por la DA** para la **posterior obtención del preceptivo informe favorable del Comité de Ética del Ayuntamiento.**
  - Que **Barcelona Activa S.A.**, Información y Comunicación Barcelona, SA. (**ICB**) y Tratamiento y Selección de Residuos, SA (**TERSA, SIRESA Y SEMESA**) por ser sus códigos relativamente nuevos han dado **traslado** de los mismos **recientemente** motivo por el cual **están a la espera** de su **análisis previo de compatibilidad** a realizar por la **DA**.
- **Con relación a los programas de prevención de delitos (compliance), en su conjunto:**

- a) se ha observado una **importante evolución en el proceso de implementación** de los mismos **aunque el grado de madurez alcanzado es bien diferente entre las empresas**. Así, mientras en **unas** se observa una **total implementación y consolidación** del proceso, en **otras** (las menos) **aún** se encuentra este en **una fase muy incipiente de puesta en marcha**.
- b) **No obstante**, y pese a esas diferencias, se hace necesario indicar que la **valoración final**, en su conjunto, es bastante **positiva** sobre todo si se compara con la del bienio anterior 2018-2019.
- c) Con toda probabilidad **en esta progresión** en el estado de **implementación** de los **"compliance"** que se ha detectado haya **contribuido**, en gran manera, **la exigencia** de implementar **Planes de Medidas Antifraude** con relación a los **Fondos Europeos Next Generation** (Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre y Orden HFP/1031/2021 de 29 de septiembre).

**Otro hito importante alcanzado** con relación al seguimiento y "acompañamiento" realizado en este tema ha sido la **creación de un espacio común de trabajo y de puesta en común de experiencias y sinergias** desde el cual **abordar los nuevos retos** que, en este ámbito, se abren a los entes dependientes y con ello al propio **Ayuntamiento** como Administración **matriz**. Debiéndose remarcar el **carácter estrictamente técnico** de dichas reuniones. **La primera reunión** que inició este espacio de colaboración se celebró, en el Sala "Consolat de Mar" del Ayuntamiento, el **15 de marzo de 2023**, con la **asistencia** de los compliances officers o **responsables de cumplimiento** de todas las empresas convocadas. **Uno** de los **asuntos** tratados fue, precisamente y hablando de retos, el **abordaje** de la **Ley de protección de las personas que informan de infracciones normativas y de lucha contra la corrupción** que había entrado en vigor 2 días antes.

Llegados a este punto, **y sin perjuicio de continuar el seguimiento de los sistemas de cumplimiento de las sociedades mercantiles de capital 100% municipal** y de **proceder a un análisis más detallado** de los mismos una vez superada esta primera fase **procede ya**, en la nueva etapa que se abre, **abordar los programas de cumplimiento normativo** en el **resto de entes municipales** dependientes.

Siendo **imprescindible, además tratar con urgencia** las **implicaciones** que la entrada en vigor de la citada **Ley de Protección de las Personas que Informan sobre Infracciones Normativas y de Lucha contra la Corrupción (Ley de Transposición)** comporta, sobre todo, en lo relativo a la **obligación de establecer sistemas internos de información en todas las entidades del sector público** en el plazo de **3 meses**.

No pudiendo obviarse el gran **reto** que ello supone **a la vista** del **amplio listado** de **entes dependientes** del Ayuntamiento de Barcelona. Reto que **únicamente podrá** ser **superado** si se **invierten** los **recursos humanos, técnicos y económicos indispensables** para poder **abordarlo** con la **solvencia** requerida. Sirva de indicador<sup>65</sup> a tal efecto que, una vez **detraídas las sociedades mercantiles** municipales ya objeto de seguimiento, quedan 33 entes más, son los siguientes:

● **Consortis**

Agència d'Ecologia Urbana de Barcelona	Agència Local de l'Energia	Consorti del Campus Diagonal-Besòs	Consorti del Besòs
Consorti de Biblioteques de Barcelona	Consorti Mercat de les Flors	Consorti Localret	Consorti Museu de Ciències Naturals de Barcelona
Consorti Museu d'Art Contemporani de Barcelona	Consorti de l'Auditori i l'Orquestra		

● **Fundacions**

Fundació Barcelona Cultura	Fundació Navegació Oceànica de Barcelona	Fundació Carles Pi i Sunyer, d'estudis autonòmics i locals	Fundació Privada Julio Muñoz Ramonet
Fundació Barcelona Mobile World Capital Foundation	Fundació Museu Picasso de Barcelona	Fundació Barcelona Institute of Technology for the Habitat	Fundació Casa Amèrica Catalunya

● **Associacions**

Associació Internacional de Ciutats Educadores	Red de Juderías de España, Caminos de Sefarad
--	---

● **Organismes autònoms locals**

100% Institut Barcelona Esports	100% Institut Municipal d'Educació de Barcelona	100% Institut Municipal d'Hisenda de Barcelona	100% Institut Municipal d'Informàtica
100% Institut Municipal de Mercats de Barcelona	100% Institut Municipal del Paisatge Urbà i la Qualitat de Vida	100% Institut Municipal de Persones amb Discapacitat	100% Institut Municipal de Serveis Socials de Barcelona

● **Entitats públiques empresarials**

100% Institut Municipal de Cultura de Barcelona	100% Entitat Pública Empresarial Fundació Mies van der Rohe	100% Institut Municipal de Parcs i Jardins	100% Institut Municipal de l'Habitatge i Rehabilitació de Barcelona
100% Institut Municipal d'Urbanisme			

<sup>65</sup> Según página de transparencia del Ayuntamiento de Barcelona. <https://ajuntament.barcelona.cat/ca/organitzacio-municipal>

---

### 2.6.3. ACTUACIONES PREVENTIVAS EN MATERIA DE REGALOS Y OFRECIMIENTOS IRREGULARES

---

La **Dirección de Servicios de Análisis**, en el ejercicio de las **funciones** que tiene encomendadas, especialmente, de las relativas al **impulso** de medidas de **prevención de conductas irregulares** o **contrarias al ordenamiento jurídico** y de **fomento de la integridad**, la **cultura del cumplimiento**, así como de las reglas de conducta y de buen gobierno, **elaboró, en 2022, una Propuesta de Instrucción para la aplicación de la política de regalos del Ayuntamiento de Barcelona.**

Hay que tener en cuenta que la **importancia** de las **Instrucciones o Protocolos de Regalos** es clara a la hora de **evitar posibles situaciones de conflictos de interés** (reales, potenciales o aparentes), y de prevenir que se pueda incurrir en posibles **conductas delictivas** (cohecho, tráfico de influencias, corrupción en los negocios...) o, al menos, de **atemperar** esos peligros **ofreciendo**, además, a los **servidores públicos herramientas útiles para reaccionar** ante cualquier **ofrecimiento irregular**.

**Igualmente**, las Instrucciones o Protocolos de regalos **aseguran que los/las empleados/as públicos/as actúen** con absoluto respeto a la **igualdad de trato**, la **imparcialidad** y a la **no discriminación**.

Por ello, es **necesario** que las **organizaciones** tengan una **política de regalos muy clara** para **garantizar** que la línea entre **la corrupción y lo "aceptable"** o legal se **entienda** claramente **y que se minimice** cualquiera de los **riesgos** apuntados<sup>66</sup>.

**Y esos** han sido los **finés** que han **motivado la iniciativa** de la **DA** en este campo. Fines a los **que se unen** las **exigencias** que para la **prevención del fraude** con relación a los **Fondos Europeos Next Generation** establece el **Plan de Medidas Antifraude** aprobado por el **Ayuntamiento** el 3 de febrero de 2022.

Dicho esto, actualmente, en materia de regalos encontramos el **Decreto de Alcaldía de 21 de Diciembre de 2015** que dispone que los cargos electos, altos cargos, personal directivo y trabajadores y trabajadoras municipales no pueden aceptar ningún obsequio de valor, favor o servicio más allá de sus usos habituales, sociales o de cortesía, que se les pueda ofrecer por razón de su cargo o que pueda comprometer sus distintas funciones y que los obsequios que por razón de cortesía institucional realicen las diferentes áreas, distritos, organismos autónomos, entidades públicas empresariales y empresas municipales

---

<sup>66</sup> En tal sentido recordar que, además, el Anexo V del Plan de Medidas Antifraude ligado a los Fondos Europeos Next Generation del Ayuntamiento de Barcelona encomienda labores de prevención en materia de conflictos de interés a la DA.

respondan siempre a un criterio de austeridad y gestión eficiente, reduciendo esta práctica a supuestos derivados de los usos habituales o de las atenciones estrictamente protocolarias.

El contenido de **este Decreto de la Alcaldía se incorporó en el Código ético y de Conducta** del Ayuntamiento de Barcelona aprobado por el Plenario del Consejo Municipal, en sesión **de 30 de junio de 2017**. En concreto, su **artículo 8.2 f) obliga a:**

*"f) Abstenerse de aceptar regalos o presentes que superen los usos habituales, sociales o de cortesía, y también favores o servicios en condiciones más favorables que puedan condicionar el desarrollo de sus funciones. En todo caso, se considera que superan los usos habituales, sociales o de cortesía los regalos o presentes que, individualmente o agrupados, superen los 50 EUR. En caso de recibir regalos o presentes de valor superior, se tendrán que devolver, o, si la devolución no es posible o es excesivamente onerosa, deberán ser entregados al órgano competente para que sean incorporados al patrimonio de la Corporación."*

Pero analizado el precepto se detecta la **necesidad de desplegar** una serie de **medidas prácticas y concretas** (como el establecimiento de un **protocolo de actuación** ante el ofrecimiento, la **previsión** de un **registro de regalos...**) que **ayuden** a hacer efectiva tal prohibición que contiene. Hecho que **unido** a la **limitación** del **ámbito subjetivo de aplicación del código** que no alcanza a toda la plantilla municipal, **aconsejaban** "complementar" ambos textos, **a través** de la referida **Propuesta de Instrucción**.

De manera que, uno de los **objetivos perseguidos** (entre otros) con la formulación de la Instrucción, es **facilitar el trabajo de los/las empleados/as** para que puedan **adoptar decisiones adecuadas** ante un ofrecimiento o regalo, especialmente **en situaciones** en las que se haya de aplicar su propio criterio dentro del **marco de discrecionalidad** del que disponen.

El objeto y finalidad de esta Propuesta de Instrucción es la de **coadyuvar al desarrollo y cumplimiento del referido Decreto de Alcaldía y del propio Código ético y de conducta** de este Ayuntamiento, y **extender** a toda la plantilla sus disposiciones en materia de regalos a través de la cual la organización busca **regular de forma uniforme para todo el personal** al servicio de esta administración, la recepción de **regalos** con el objetivo de **favorecer y fortalecer las relaciones públicas a la vez que reducir el riesgo de prácticas contrarias al cumplimiento del marco legal establecido al buen gobierno y al derecho a buena Administración**.

Esta Propuesta de **Instrucción** indica cuál es su **ámbito objetivo y subjetivo de aplicación y el procedimiento de actuación práctico a seguir ante cualquier ofrecimiento, incorpora un modelo de Registro de Regalos y, para facilitar su cumplimiento incorpora distintos tipos de formularios** a rellenar en función de las **distintas situaciones que puedan darse**. Formularios que además "**facilitan**" al empleado municipal, **por un lado poder excusar ante el oferente la aceptación de un regalo** en situaciones en que la renuncia podría resultar más o menos comprometida y **por**



**otro**, en situaciones en que por determinados motivos **no pueda excusar su aceptación** el formulario le permitirá **comunicar a la organización las causas** que se lo impidieron y concretará **el destino a dar a dicho regalo**.

**La Propuesta de instrucción también destaca** el **cometido** de las funciones del **Comité de Ética** en los procedimientos en ella establecidos, designándose a este como **el órgano a consultar en caso de dudas** y a fin de **minimizar** de este modo los **riesgos** en los que las **personas destinatarias de estos regalos u obsequios pudieran incurrir** ante **situaciones confusas**. Así mismo, se contempla que este reciba **información** de forma **trimestral**, a través de la Dirección de Servicios de Análisis, de los **obsequios recibidos** por las distintas dependencias municipales.

La **Dirección de Servicios de Análisis mantuvo diversas reuniones** de trabajos **con la Dirección de Servicios Internacionales, la Dirección de Servicios Institucionales; la Dirección Técnica de Actos Institucionales y Protocolarios y el Departamento de Administración de la Alcaldía pues, precisamente**, por razón de su ámbito de actuación tienen un mayor conocimiento de las necesidades y casuísticas que se pueden producir en materia de regalos. Su experiencia y contribución ha permitido que la Instrucción contemple una gran variedad de supuestos e incidencias.

Señalar que la DA planteó al **Comité de Ética la necesidad de desarrollar y completar la política de regalos existente. Necesidad que dicho órgano compartió plenamente. Y, en la misma línea se adhirió por unanimidad a la propuesta de Instrucción elaborada por la DA** en reunión de 16 de mayo de 2022.

También se **instruyó la documentación** requerida para la tramitación del correspondiente **expediente administrativo** para su remisión y posterior aprobación por la Comisión de Gobierno. No obstante; dicha tramitación está **pendiente**.

---

#### **2.6.4. Medidas Preventivas en materia de Subvenciones. Exigencias específicas sobre "Integridad, Código Ético, Buzón Ético y Conflicto de interés" y sobre control y prevención del fraude y la corrupción**

---

En **ejercicio** de las **funciones** que en **materia de integridad y prevención del fraude** tiene **atribuidas normativamente** a la **DA** y en su calidad de órgano gestor de la Buzón Ético y de Buen Gobierno:

2.6.4.1. En fecha **20 de agosto de 2021**, se **evacuó** el **Informe** titulado: "**NOTA RELATIVA A LA PROPUESTA DE BASES REGULADORAS DE LA CONVOCATORIA PARA OTORGAR SUBVENCIONES PARA LA REALIZACIÓN DE PROYECTOS, ACTIVIDADES Y SERVICIOS DE DISTRITO Y DE CIUDAD DEL AYUNTAMIENTO DE BARCELONA PARA LA CONVOCATORIA GENERAL A PARTIR DEL AÑO 2022 ENVIADA POR LA OFICINA CENTRAL DE SUBVENCIONES**".

Este informe se realizó **a petición** de la **Oficina Central de Subvenciones** del Ayuntamiento y **en el seno** de la **confección** de las **nuevas bases generales** que debían regir las convocatorias de subvenciones **en régimen de concurrencia competitiva para la realización de proyectos, actividades y servicios** de ámbito de distrito y de ciudad para los **años 2022 y siguientes**.

En ese contexto, **la Oficina Central de Subvenciones remitió** su **Propuesta de Bases para la convocatoria general a partir del año 2022** a fin de que la DA, como órgano referente en la materia, transmitiese su parecer en lo relativo al apartado "Buzón Ético y Código Ético".

**En respuesta** a dicha petición, **el 20 de agosto de 2021**, la DA **elaboró** el referido **informe** "Nota relativa a la propuesta de bases reguladoras de la convocatoria para otorgar subvenciones para la realización de proyectos, actividades y servicios de distrito y de ciudad del Ayuntamiento de Barcelona para la convocatoria general a partir del año 2022 enviada por la Oficina Central de Subvenciones" que también era aplicable a la "Propuesta de Bases para la convocatoria de 2021" (que también se nos remitió). En el mismo, la **DA formuló** las **consideraciones y aportaciones** que, desde la **perspectiva de la integridad, código ético, Buzón Ético y prevención del fraude y la corrupción**, estimó que eran **necesarias** o, al menos, conveniente **incluir en esa** Propuesta de "**Convocatoria general**" a la vez que se **recomendó** la adopción de **otra serie de medidas de prevención en materia de subvenciones. Medidas** que iban **más allá de lo estrictamente solicitado al incluir, entre otras, por ejemplo** las **relativas** a las **declaraciones de ausencia de interés** o a la **exigencia** de que, en determinados supuestos (de altos importes económicos), las **entidades o empresas beneficiarias contasen** con un **sistema de cumplimiento normativo o "compliance"**, al menos, de

**prevención de delitos**, que facilitasen **controles adicionales** para la **prevención del fraude y la corrupción**.

Entre otras, en el citado Informe, **se formulaban las siguientes Recomendaciones**<sup>67</sup>:

*"TERCERA.- Respecto al punto o Base "16.- OBLIGACIONES DE LOS/DE LAS BENEFICIARIAS" y por lo que respecta a las de naturaleza ética o relativas a la integridad y conflicto de interés así como al Buzón Ético **proponemos la inclusión de una Base específica a tal efecto**. Esto, en la medida que estas obligaciones afectan **tanto a los solicitantes como a los beneficiarios** y se proyectarán **durante toda la vida de la subvención** así como **en la rendición de cuentas posterior**.*

*En tal sentido formulamos la siguiente redacción:*

*"Base XXX: **"INTEGRIDAD, CÓDIGO ÉTICO, BUZÓN ÉTICO Y CONFLICTO DE INTERÉS"***

*En los procesos de subvención las **personas solicitantes** y las que **resulten beneficiarias** **regirán su actividad** de acuerdo con los **principios éticos, los valores generales de actuación y normas de conducta** contenidos en el **Código ético y de conducta del Ayuntamiento de Barcelona**, en aplicación del artículo 3.2 de este código, aprobado por acuerdo del Plenario del Consejo Municipal, el 30 de junio de 2017 y publicado a la Gaceta municipal del día 13 de diciembre de 2017.*

*Así mismo, las personas solicitantes y las que resulten beneficiarias **se obligan a:***

- **Adoptar una conducta éticamente ejemplar, abstenerse de hacer, fomentar, proponer o promover** cualquier tipo de **práctica corrupta o fraudulenta** y poner en conocimiento del órgano competente cualquier manifestación de estas prácticas que, a su parecer, esté presente en el procedimiento o que lo pueda afectar.*
- **Respetar los principios de igualdad, libre concurrencia, transparencia e integridad**. Abstenerse de hacer cualquier acción contraria a los mismos.*
- **Respetar los principios de libre mercado** y de **concurrencia competitiva**, y **abstenerse** de realizar **conductas** que tengan por objeto o puedan producir el efecto de **impedir, restringir o falsear la competencia**.*
- **Denunciar al órgano gestor y/o a la Dirección de Servicios de Análisis, como Órgano Gestor del Buzón Ético y de Buen Gobierno del Ayuntamiento de Barcelona**, cualquier acto, conducta o situación irregular de los cuales se tenga conocimiento y que se puedan presentar en los procesos de subvención (en cualquiera de sus fases), o en relación con ellos así como durante la realización de las actividades, proyectos o servicios*

---

<sup>67</sup> El extracto transcrito, corresponde a la traducción literal en castellano de la versión originaria dictada en catalán si bien la "negrita" con que aparecen algunas palabras ha sido introducida *ex novo* aquí a fin de resaltar lo que se ha considerado más destacable a los efectos de la presente Memoria.

subvencionados especialmente aquellos dirigidos a las finalidades mencionadas en los apartados anteriores y a la aplicación de los fondos recibidos.

- **Comunicar inmediatamente** al órgano gestor de la subvención o a la Dirección de Servicios de Análisis, como Órgano Gestor del Buzón Ético y órgano de apoyo técnico-jurídico del Comité de Ética del Ayuntamiento de Barcelona, las **posibles situaciones de conflicto de interés, aparente o real y, en general, cualquier situación de incumplimiento de las pautas de conducta** en materia de **subvenciones del Código ético y de conducta** del Ayuntamiento de Barcelona de la cual tuvieran conocimiento en el ámbito del proceso de subvención. **Colaborando** con el órgano gestor **para su detección o solución** de las situaciones de conflicto de interés que se puedan producir o constatar.

Para la concreción del concepto de conflicto de interés se estará, especialmente, a aquello establecido en el **artículo 8 del Código ético y de conducta** del Ayuntamiento de Barcelona.

- **No estar incurso/a en ninguna situación de conflicto de interés** en los términos establecidos en el citado **artículo 8 del Código Ético y de Conducta** durante **todo el proceso de la subvención**. A tal efecto se presentará la correspondiente declaración en el momento de concurrir a la convocatoria estando obligado/da a **comunicar** al órgano gestor **cualquier cambio** de situación que al respeto se pueda producir.

- **No ofrecer ni facilitar a cargos o empleados públicos ventajas personales o materiales**, ni para ellos mismos ni para personas vinculadas con su entorno familiar o social, incluyendo los del cónyuge o persona con quien conviva en análoga relación de afectividad, los familiares dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo grado de afinidad.

- **No ofrecer ni dar ningún regalo u obsequio de valor, favor o servicio a los miembros del órgano gestor de la subvención ni a los cargos y personal del Ayuntamiento de Barcelona ni a sus familiares**, incluyendo los del cónyuge o persona con quien conviva en análoga relación de afectividad, los familiares dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo grado de afinidad. A tal efecto se estará a la definición contenida en el apartado f) del número 2 del artículo 8 del Código ético y de conducta.

- **No solicitar, directa o indirectamente**, que un cargo o empleado público **influya** en la concesión de la subvención.

- **Observar los principios, las normas y los cánones éticos propios** de las actividades, los oficios y/o las profesiones correspondientes al objeto de la subvención.

- **No realizar acciones que pongan en riesgo el interés público.**

- Respetar los acuerdos y las normas de **confidencialidad**.

- **Colaborar con el órgano gestor de la subvención** en las actuaciones que este realice para el **seguimiento y/o la evaluación del cumplimiento** de las **obligaciones** que establezcan las **bases** de la convocatoria y de la **realización de las actividades subvencionadas**, así como del **cumplimiento de la finalidad** que determine la concesión

y disfrute de aquella y la percepción de fondos públicos. Facilitando también la información que le sea solicitada para estas finalidades.

- **Cumplir las obligaciones** de facilitar la información que la **legislación de transparencia** y el resto de normativa aplicable imponen a los solicitantes y beneficiarios en relación con la Administración o administraciones de referencia, sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones de transparencia que les correspondan de forma directa por previsión legal, en los supuestos que establece el artículo 3,4 de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y Buen Gobierno.

- Aplicar la **máxima diligencia** en el conocimiento, fomento y cumplimiento de la legalidad vigente.

- **Garantizar el principio de indemnidad a los denunciantes, alertadores o informantes de irregularidades**, de acuerdo con lo que disponen las Normas Regulatoras del Buzón Ético y de Buen Gobierno del Ayuntamiento de Barcelona, aprobadas el 6 de octubre de 2017 y publicadas en el Boletín Oficial de la Provincia de 16 de enero de 2017 y en sintonía con la Directiva 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informan sobre infracciones del Derecho de la Unión (Diario Oficial de la Unión Europea de 26-11-2019).

- **Someterse al ámbito de aplicación objetivo del Buzón Ético y de Buen Gobierno del Ayuntamiento de Barcelona, y a sus Normas Regulatoras**, en sus relaciones con el Ayuntamiento de Barcelona y con las personas, en el marco de la actuación subvencionada de conformidad con lo que dispone el apartado 1.e) del artículo 4 de sus Normas Regulatoras. Y **colaborar con el órgano gestor del buzón**, en el ejercicio de sus funciones.

El órgano gestor del buzón puede conocer de las acciones, situaciones u omisiones que se lleven a cabo durante todo el proceso de subvención o con relación al mismo, como por ejemplo: para el seguimiento y/o la evaluación del cumplimiento de las obligaciones que establezcan las bases de la convocatoria y de la realización de las actividades subvencionadas, así como del cumplimiento de la finalidad que determine la concesión y disfrute de aquella y la percepción de fondos públicos.

Las obligaciones contenidas en la presente Base se harán **extensivas** a las personas físicas o jurídicas con las que los/las **beneficiarios puedan subcontratar la actividad objeto de la subvención**.

En caso de **incumplimiento** será de aplicación el **régimen sancionador** previsto en la **Ley 19/2014**, de 29 de diciembre, y las **sanciones** que prevé el artículo 84 en cuanto a beneficiarios de ayudas, y en el **artículo 18 del Código Ético y de Conducta** del Ayuntamiento sin perjuicio de aquellas otras posibles consecuencias previstas en la legislación vigente en materia de subvenciones”.

A la vista del contenido de la “Base XX “INTEGRIDAD, CÓDIGO ÉTICO, BUZÓN ÉTICO Y CONFLICTO DE INTERÉS” propuesta se tendrá que valorar su incidencia en el punto o Base “**5.-DOCUMENTOS A PRESENTAR**” de “la Propuesta de Bases 2022” enviada por la Oficina Central de Subvenciones, en aquello relativo a las declaraciones de no

estar incurso en situación de conflicto de interés que las personas solicitantes de las subvenciones o beneficiarias de las mismas tengan que formular al efecto.

**CUARTA.-** Con **relación al control del fraude y de la corrupción** en materia de **subvenciones** proponemos, sobre todo en aquellos supuestos en que el **importe de la subvenciones sea de cuantía elevada**, que mediante las bases se adopten **medidas que impulsen** que las **personas jurídicas y entidades** que sean **solicitantes o beneficiarias** de subvenciones municipales estén dotadas o se doten de **mecanismos de prevención de delitos** o de completos sistemas de cumplimientos normativos en los términos establecidos en el Código Penal (arte 31 bis a 31 quinquies del Código Penal en relación con la Circular de la Fiscalía General del estado 1/2016 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, así como con la jurisprudencia evacuada por el Tribunal Supremo sobre la materia).

Extremo que **facilitaría el control por parte de la Administración Municipal del uso y el destino de los fondos públicos otorgados y la rendición de cuentas** a la vez que se **minimizarían los riesgos de desviación, fraude y corrupción**, así como los de **reputación** que podrían afectar al Ayuntamiento de Barcelona la utilización ilícita de la subvención.

**QUINTA.-** En la línea apuntada en el apartado anterior (CUARTA) y **desde una perspectiva de fomento de la integridad y prevención del fraude seria y de acuerdo con el Código Ético y de Conducta y de las Normas Regulatoras del Buzón Ético y de Buen Gobierno**, se hace **necesario** que por parte del órgano o ente municipal concedente de la subvención, las **personas, funcionarias o servidoras públicas que participen o intervengan de cualquier forma en el proceso de subvención realicen la consiguiente declaración de que no están incursas en situación de conflicto de interés (DACI) en los términos** establecidos en **el artículo 8 del código ético y de conducta ni en ninguna otra causa de incompatibilidad.**

....”

Al respecto, indicar que **no todas las medidas preventivas propuestas por la DA** en el referido informe **fueron acogidas.**

2.6.4.2. En la misma línea que la petición anterior, la **Oficina General de Subvenciones**, a  **finales de octubre de 2021, volvió** a dirigirse a la DA esta vez, **con relación a la “elaboración de los documentos para la solicitud de subvención de la convocatoria general 2022”.** Concretamente, se **interesaba** que la DA **analizase** el texto, hasta aquel momento vigente, del **punto referido al Código Ético y de Conducta** del Ayuntamiento **contenido en la declaración responsable** que se incluía en la **instancia de solicitud** de subvención.

En respuesta a dicha petición, el **4 de Noviembre de 2021**, la **DA contestó con una propuesta** donde se incluían **en color<sup>68</sup> rojo** (para facilitar su localización al órgano petionario) las **aportaciones** hechas al texto originario enviado por la Oficina Central de Subvenciones. Aportaciones que se indican<sup>69</sup> a:

- ▶ *"Que se adecue su actividad a los principios éticos y a las reglas de conducta que permitan asegurar el cumplimiento de los principios de igualdad, de objetividad i de transparencia así como a **minimizar los riesgos de fraude** y, en particular, se obliga a:*
  - *Regir su actividad de acuerdo con los principios éticos, los valores generales de actuación y normas de conducta contenidos en el Código Ético y de Conducta del Ayuntamiento de Barcelona.*
  - *Observar los principios, las normas y los cánones éticos propios de las actividades, los oficios i/o las profesiones correspondientes a la actividad objeto de la subvención o ayuda pública.*
  - *Facilitar al Ayuntamiento de Barcelona la información establecida por la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y cualquier otra que le sea requerida de acuerdo con la normativa vigente, sin perjuicio del cumplimiento de las **obligaciones de transparencia** que les correspondan **de forma directa por previsión legal**, en los **supuestos que establece el artículo 3.4 e** del referido cuerpo normativo.*
  - ***No estar** incurso/a en ninguna **situación de conflicto de interés** en los términos establecidos en el citado **artículo 8 del Código Ético y de Conducta** durante **todo el proceso de la subvención** y a **comunicar** al órgano gestor **cualquier cambio** de situación que al respecto se pudiera producir.*
  - *Comunicar de forma inmediata al órgano competente las posibles situaciones de conflictos de interés o de otras análogas, de las cuales tuviesen conocimiento en el ámbito del proceso de subvención y que afecten, directa o indirectamente, a aquel, pudiendo poner en riesgo el interés público. **Colaborando** con el órgano gestor para la **detección o solución** de las referidas **situaciones de conflicto de interés**.*
  - *No solicitar, ni directa ni indirectamente, que un cargo o empleado público influya en el proceso de adjudicación; no ofrecer **ni facilitar** a cargos o empleados públicos ventajas personales o materiales, **ni para ellos mismos ni para personas vinculadas** con su entorno familiar o social, **incluyendo** los del*

---

<sup>68</sup> Si bien el color originario de las aportaciones incluidas por la DA eran en color rojo se ha utilizado aquí el azul para hacerlo más acorde con el formato de la presente Memoria.

<sup>69</sup> El extracto transcrito, corresponde a la traducción literal en castellano de la versión originaria dictada en catalán si bien la "negrita" en algunas palabras se han introducido aquí a fin de resaltar lo que se ha considerado más destacable a los efectos de la presente Memoria.

*cónyuge o persona con quien conviva en **análoga relación de afectividad**, los **familiares** dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo grado de afinidad.*

- ***No ofrecer ni dar** ningún **regalo u obsequio** de valor, favor o servicio a los miembros del órgano **gestor de la subvención ni a los cargos y personal del Ayuntamiento** de Barcelona **ni a sus familiares**, incluyendo los del cónyuge o persona con quien conviva en análoga relación de afectividad, los familiares dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. A tal efecto **se estará a la definición** contenida **en el apartado f) del número 2 del artículo 8 del Código Ético y de Conducta.***
- *Abstenerse de realizar, fomentar, proponer o promover cualquier clase de práctica corrupta, fraudulenta o contraria a la integridad que afecte o pueda afectar la relación subvencional en los términos previstos en el Código Penal y el resto de normativa vigente en cada momento. Y **poner en conocimiento** del órgano competente cualquier manifestación de estas prácticas.*
- ***Respetar los principios de igualdad, libre concurrencia, transparencia e integridad** y **abstenerse** de realizar cualquier acción contraria a los mismos o que puedan tener por objeto o producir el efecto de **impedir, restringir o falsear la libre competencia.***
- *Colaborar con el órgano competente en las actuaciones que este realice **para el seguimiento i/o evaluación del cumplimiento** de las obligaciones que establezcan las bases de la convocatoria y de la realización de las actividades subvencionadas, así como del **cumplimiento de la finalidad** que determine la concesión y disfrute de aquella y la percepción de fondos públicos. Y facilitar la información destinada a hacer el seguimiento i/o evaluación del cumplimiento de la convocatoria.*
- *Aplicar la **máxima diligencia en el conocimiento, fomento y cumplimiento** de la **legalidad** vigente.*
- ***No realizar acciones** que pongan en **riesgo** el **interés público.***
- *Respetar los acuerdos y las normas de **confidencialidad.***
- ***Garantizar el principio de indemnidad a los denunciantes, alertadores o informantes de irregularidades**, de acuerdo con lo que disponen las Normas Reguladoras del Buzón Ético y de Buen Gobierno del Ayuntamiento de Barcelona.*
- ***Someterse al ámbito de aplicación objetivo del Buzón Ético y de Buen Gobierno** del Ayuntamiento de Barcelona, **y a sus Normas Reguladoras**, en sus relaciones con el Ayuntamiento de Barcelona y con las personas, en el marco de la actuación subvencionada en conformidad con lo que dispone el apartado*



*1;e) del artículo 4 de sus Normas Regulatoras. Y **colaborar con el órgano gestor del buzón, en el ejercicio de sus funciones**".*

Estas aportaciones fueron **compartidas por la Oficina Central de Subvenciones e incorporadas** en el texto correspondiente a la **declaración responsable** incluida en la instancia de solicitud de subvención.

---

## **2.6.5. Medidas Preventivas en materia de Contratación. Exigencias específicas sobre "Integridad, Código Ético, Buzón Ético y Conflicto de interés" y sobre control y prevención del fraude y la corrupción:**

---

En **materia de contratación, además** de lo referido a la inclusión, en los **pliegos** de cláusulas administrativas particulares de los contratos del Ayuntamiento, como **condición especial de ejecución**, de la obligación de las adjudicatarias de contar con un modelo o sistema de prevención de delitos, o **compliance penal**, y de la **colaboración** en la **redacción** de la "**Cláusula 31. Canal de denuncias: Buzón Ético y de Buen Gobierno**" para su **inclusión** en el **Pliego** de Cláusulas Administrativas Particulares de los **contratos** suscritos por el **Ayuntamiento** de Barcelona y sus entes dependientes y **financiados** con **Fondos Next Generation**, también:

**2.6.5.1. En materia de Integridad, Código Ético, Buzón Ético, Conflicto de interés y prevención del fraude y la corrupción**, la **DA**, a principios de **marzo de 2021**, **actualizó y redactó** la siguiente **cláusula** que fue **incluida**, en su integridad, en los **pliegos como "Obligaciones en materia de integridad y conflictos de interés"**. Cláusula<sup>70</sup> que reza así:

"...

*1. Principios Éticos y Código de Conducta y Conflictos de Intereses*

*En los procesos de contratación pública municipal, las empresas licitadoras y contratistas, las empresas subcontratistas y los proveedores y medios externos, regirán su actividad de acuerdo con los principios éticos y los valores generales de actuación contenidos en el Código Ético y de Conducta del Ayuntamiento de Barcelona, en aplicación del artículo 3.2 de este código, aprobado por acuerdo del Plenario del Consejo Municipal, el 30 de junio de 2017 y publicado en la Gaceta municipal del día 13 de diciembre de 2017.*

*De conformidad con lo establecido en los artículos 1.3 y 64 de la LCSP, las empresas licitadoras y contratistas asumen las siguientes obligaciones.*

- 1. Respetar los principios de igualdad, libre concurrencia, transparencia e integridad.*
- 2. No solicitar, directa o indirectamente, que un cargo o empleado público influya en la adjudicación del contrato.*

---

<sup>70</sup> El extracto transcrito, corresponde a la traducción literal en castellano de la versión originaria dictada en catalán, si bien la "negrita" que resalta algunas palabras se ha introducido aquí a fin de remarcar lo que se ha considerado más destacable a los efectos de la presente Memoria

- 3. Respetar los principios de libre mercado y de concurrencia competitiva, y abstenerse de realizar conductas que tengan por objeto o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia, como por ejemplo los comportamientos colusorios o de competencia fraudulenta (ofertas de resguardo, eliminación de ofertas, asignación de mercados, rotación de ofertas, etc.).*
- 4. Denunciar en el órgano de contratación o en la Dirección de Servicios de Análisis, como Órgano Gestor del Buzón Ético y de Buen Gobierno del Ayuntamiento de Barcelona, cualquier acto, conducta o situación irregular de los que se tenga conocimiento y que puedan presentarse en los procesos de contratación pública o durante la ejecución de los contratos, especialmente aquellos dirigidos a las finalidades mencionadas en los apartados anteriores.*
- 5. Comunicar inmediatamente al órgano de contratación o a la Dirección de Servicios de Análisis, como Órgano Gestor del Buzón Ético y órgano de apoyo técnico-jurídico del Comité de Ética del Ayuntamiento de Barcelona, las posibles situaciones de conflicto de intereses, aparente o real y, en general, cualquier situación de incumplimiento de las pautas de conducta en materia contractual del Código ético y de conducta del Ayuntamiento de Barcelona de la que tuvieran conocimiento en el ámbito del proceso de contratación.*
- 6. No ofrecer ni facilitar a cargos o empleados públicos ventajas personales o materiales, ni para ellos mismos ni para personas vinculadas con su entorno familiar o social, incluyendo las del cónyuge o persona con quien conviva en análoga relación de afectividad, los familiares dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo grado de afinidad.*
- 7. Observar los principios, normas y cánones éticos propios de las actividades, oficios y/o profesiones correspondientes a las prestaciones objeto de los contratos.*
- 8. No realizar acciones que pongan en riesgo el interés público.*
- 9. Respetar los acuerdos y normas de confidencialidad.*
- 10. Colaborar con el órgano de contratación en las actuaciones que este realice para el seguimiento y/o la evaluación del cumplimiento del contrato, particularmente facilitando la información que le sea solicitada para estas finalidades y que la legislación de transparencia y los contratos del sector público imponen a los adjudicatarios en relación con la Administración o administraciones de referencia, sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones de transparencia que les correspondan de forma directa por previsión legal.*
- 11. Aplicar la máxima diligencia en el conocimiento, fomento y cumplimiento de la legalidad vigente*
- 12. Garantizar el principio de indemnidad a los denunciantes de irregularidades, de acuerdo con lo que disponen las Normas Regulatorias del Buzón Ético y de Buen Gobierno del Ayuntamiento de Barcelona aprobadas el 6 de octubre de 2017 y publicadas en el Boletín Oficial de la Provincia de 16 de enero de 2017 y en sintonía con la Directiva 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión (Diario Oficial de la Unión Europea de 26-11-2019).*

*13. Someterse al ámbito de aplicación objetivo del Buzón Ético y de Buen Gobierno del Ayuntamiento de Barcelona en sus relaciones con el Ayuntamiento de Barcelona y con las personas, en el marco de la ejecución del contrato y, en especial, en la prestación de servicios públicos municipales de conformidad con lo dispuesto en el apartado d) del artículo 4 de sus Normas Regulatoras.”*

**2.6.5.2. “I Informe en virtud del cual se formulan consideraciones, recomendaciones y propuestas de mejora en materia de contratación pública a raíz de los riesgos detectados en este ámbito de actuación municipal y en ejercicio de las funciones de prevención que tiene encomendadas la dirección de servicios de análisis” de 29 de diciembre de 2021.**

Este Informe nació con vocación de **ser el primero** de una serie periódica dirigidos a **facilitar el monitoreo y seguimiento de todas las vulnerabilidades y riesgos detectados a través de las alertas e informaciones gestionadas por la DA** y que pudieran tener **mayor impacto para la organización municipal**, en **cada una** de sus **áreas de actuación, englobando** además, a los efectos pertinentes, las **medidas de mitigación** de los mismos y las **propuestas de mejoras formuladas en cada caso**. De manera que, **anualmente, se dictasen** estudios que **con relación a** los grandes **ámbitos** de: la **contratación, subvenciones y función pública englobasen los riesgos detectados** en cada uno de ellos a raíz de las **comunicaciones o alertas** recibidas tanto a través del **Buzón** como del **resto de canales alternativos** establecidos y **aglutinase todas las Recomendaciones y propuestas de mejoras formuladas** al respecto por la DA a lo largo de cada año o **periodo de referencia**.

**Este primer Informe** se dictó a raíz de los **riesgos detectados, a través de las alertas recibidas** por los diferentes **canales** establecidos al efecto **en materia de contratación y en ejercicio de las funciones de prevención** de prácticas contrarias a derecho y a los principios de buena administración y buen gobierno que el **artículo 26 de las Normas Regulatoras del Buzón** atribuyen a la Dirección de Servicios de Análisis.

**Las consideraciones, recomendaciones y propuestas de mejora** en materia de contratación pública que se formularon en el mismo respondían al **objetivo último de reforzar la cultura del cumplimiento y de la ética en este ámbito de actuación municipal** (entendida, esta última, en los términos establecidos en el artículo 4 de les NRBE) a fin de que la gestión municipal se desenvuelva con un respeto total a los valores de calidad democrática y de buena administración en un contexto de **mejora continua en la calidad de los servicios públicos**.

Las medidas preventivas y las propuestas de mejora formuladas se sistematizaron siguiendo la siguiente estructura:

I. Principios rectores de la contratación pública

- I.1 Principio de integridad
- I.2 Principio de igualdad de trato de los licitadores y libre competencia
- I.3 Principio de transparencia
- II. Prevención conflicto de interés
  - II.1 Proceso decisorio en materia de contratación pública: zona de riesgo de prácticas fraudulentas
  - II.2 Situaciones de conflicto de interés
  - II.3 Profesionalización y formación del personal municipal que interviene en los expedientes de contratación.
  - II.4 Indexar y foliar los expedientes de contratación
- III. Contratación pública responsable:
  - III.1 Personal contratado con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral
  - III.2 Condición especial de ejecución de subrogación laboral
- IV. Fase de preparación del expediente de contratación
  - IV.1 Requisitos de solvencia: delimitación, concreción y motivación
  - IV.2 Acreditación de la solvencia económica y técnica
  - IV.3 Criterio de solvencia económica y técnica, y profesional o técnica
  - IV.4 Motivación de la necesidad del contrato y justificación de la contratación externa
  - IV.5 Elección de los criterios de valoración de les ofertas y su ponderación: incrementar la motivación
  - IV.6 Certificación negativa del registro central de delincuentes sexuales
- V. Fase de licitación
  - V.1 Configuración de las mesas de contratación atendiendo a los riesgos de conflicto de interés
  - V.2 Delegación del miembro de la mesa de adjudicación
  - V.3 Valoración de los criterios que dependen de un juicio de valor

V.4 Régimen y procedimiento de justificación de las bajas desproporcionadas o anormales

V.5 Inexistencia de registro de entrada y salida de documentos de los expedientes administrativos de contratación

## VI. Fase de ejecución del contrato

VI.1 Seguimiento de la correcta ejecución de la contratación

VI.2 Responsabilidad solidaria o subsidiaria de la administración por incumplimientos del contratista en materia socio laboral y de prevención de riesgos laborales

## VII. Contratación menor

VII.1 Contratación de servicios con sociedades cooperativas de facturación

---

## 2.6.6. ACCIONES PREVENTIVAS LLEVADAS A CABO CON RELACIÓN A LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/1937 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 23 DE OCTUBRE DE 2019, RELATIVA A LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS QUE INFORMEN SOBRE INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA UNIÓN (“WHISTLEBLOWERS”) EN MATERIA DE CANALES DE COMUNICACIONES, INFORMACIONES, ALERTAS O DENUNCIAS Y PROTECCIÓN DE ALERTADORES.

---

El 23 de octubre de 2019, se aprobó la **Directiva (UE) 2019/1937 del parlamento europeo y del consejo, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del derecho de la Unión** (conocida coloquialmente como **Directiva “whistleblowers”**) que entró **en vigor el 16 de diciembre de 2019**. En cuanto al **periodo de transposición** al Derecho nacional se establecía que los Estados miembros pondrían en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva, como muy tarde, el **17/12/2021**<sup>71</sup>. La Directiva supuso un **importantísimo hito** en materia de **protección** de las **personas alertadoras**, informantes o denunciadores del fraude y la corrupción e **introdujo, además** la **obligación de establecer canales de denuncia** (o comunicaciones) **internos** en todas las entidades jurídicas del **sector público**<sup>72</sup>, con especial referencia a los **Municipios**<sup>73</sup>. También introdujo, entre otras, la obligación de establecer un **canal externo de denuncia** y los **requerimientos mínimos** que debían cumplir: las autoridades responsables de los mismos; el diseño de los canales de denuncia interna y externa; el **procedimiento de gestión y seguimiento** de las **denuncias** (comunicaciones, alertas o informaciones) internas (con mención a los requerimientos del órgano responsable de su gestión) y externas, así como las **medidas de protección y apoyo** para las personas **alertadoras** y la **prohibición de represalias** instando a los Estados miembros a la fijación de sanciones en caso de infracción. **Pero** el **ámbito de aplicación material y personal** de la **Directiva** se **ceñía**, por un lado, solo a **infracciones del Derecho de la Unión** y para ámbitos muy concretos (art. 2.1 de la Directiva) y siempre que **la fuente de la información comunicada o denunciada** tuviese su origen en un **“contexto laboral”** (art. 4 de la Directiva) y, por lo que respecta a la posibilidad de la denuncia o

---

<sup>71</sup> Ello sin perjuicio de la “moratoria” establecida para las entidades jurídicas del sector privado que tuviesen de 50 a 249 trabajadores.

<sup>72</sup> Y en las entidades jurídicas del sector privado con 50 o más trabajadores.

<sup>73</sup> En la medida en que facultaba a los Estados Miembros pudiesen eximir de dicha obligación sólo a aquellos que tuviesen menos de 10.000 habitantes o menos de 50 trabajadores.

**comunicación anónima**, la Directiva en su artículo 6.2 **facultaba** a los **Estados Miembros** a decidir sobre su exigibilidad.

Sin embargo, **pese** a la **existencia de limitaciones** como las referidas, lo cierto es que la Directiva abría la puerta a los Estados Miembros a superar dichos márgenes al definirse como un **derecho de "mínimos"** de manera que en el apartado 2º de su artículo 2, se les **habilitaba** a **ampliar el ámbito material** descrito en su apartado 1º introduciéndose, a mayor abundamiento, en su artículo 25 una **"cláusula de no regresión"** y **"de trato más favorable"** en los siguientes términos: **"Los Estados miembros podrán introducir o mantener disposiciones más favorables para los derechos de los denunciantes que los establecidos en la presente Directiva, ..."** añadiendo que: **"... La aplicación de la presente Directiva no constituirá en ninguna circunstancia motivo para reducir el nivel de protección ya garantizado por los Estados miembros en los ámbitos regulados por la presente Directiva."**

Ante la consideración de la Directiva, como se ha dicho, como un derecho de mínimos susceptible de ser ampliado por los Estados miembros en el momento de su transposición al derecho interno y desde la perspectiva, estrictamente técnica, de intentar **coadyuvar** a **alcanzar una mayor protección para las personas alertadoras** y **mayores garantías técnicas** (valga la redundancia) en el **diseño** de los **canales de denuncia** y en los **procedimientos** que se pudieran establecer para la **tramitación y seguimiento** de las **denuncias** y **siguiendo la línea** de las **Normas Reguladoras del Buzón Ético y de Buen Gobierno del Ayuntamiento** (que, pese a ser **aprobadas 3 años antes** que la Directiva, no sólo se ajustaba a sus requerimientos sino que se proyectaba más allá de los referidos límites, piénsese, por ejemplo que ya desde enero de 2017 se venía admitiendo la comunicación anónima) **así como el compromiso del Ayuntamiento** de Barcelona tanto en la lucha contra el fraude como **en la protección de las personas alertadoras** reflejado tanto en su marco de integridad institucional como en los numerosos convenios de colaboración suscritos a tal fin con otras Administraciones, entidades del sector público (entre las que se encuentran todas las Oficinas y Agencias Antifraude autonómicas que a día de hoy funcionan en el estado español con competencia en materia de protección de alertadores) y asociaciones ciudadanas especializadas en la materia, la **DA participó**, desde un **punto de vista estrictamente técnico** y dentro del ámbito de las competencias que tiene normativamente encomendadas, en:

**2.6.6.1. La CONSULTA PÚBLICA SOBRE LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/1937 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 23 DE OCTUBRE DE 2019, RELATIVA A LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS QUE INFORMEN SOBRE INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA UNIÓN ("WHISTLEBLOWERS") que, con carácter previo a la elaboración del texto, se sustanció por el Ministerio de Justicia. Participación que se verificó con la presentación de alegaciones vertidas con relación a los aspectos planteados en la consulta. Alegaciones formuladas desde una perspectiva estrictamente técnica, que fueron presentadas el 27 de enero de 2022.**



**2.6.6.2.** El **trámite de audiencia e información pública**, abierto por el **Ministerio de Justicia**, para presentar alegaciones al texto del **Anteproyecto de Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción por la que se transpone la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión**, publicado el 8 de marzo de 2022. Participación que **se verificó mediante la presentación, el 17 de marzo de 2022** (dentro del plazo de 7 días conferido) de las **correspondientes Alegaciones que se formularon desde una perspectiva estrictamente técnica.**

Acciones, estas dos que se **suman** a las **realizadas** con relación a este punto, en el **ámbito** de la **Red española de Oficinas, Agencias y Órganos especializados en la Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción** y a la **comparecencia** ante el **Parlamento de Cataluña**, ante la ponencia redactora de la **“Proposición de Ley de Protección integral de alertadores en el ámbito competencial de la Generalitat de Cataluña”**.

---

## 2.6.7. ACCIONES PREVENTIVAS CON RELACIÓN AL PROCESO PARTICIPATIVO ABIERTO A FIN DE “ENRIQUECER LA PROPUESTA DE CÓDIGO ÉTICO DEL SERVICIO PÚBLICO DE CATALUÑA MEDIANTE LA FORMULACIÓN DE ENMIENDAS Y/O NUEVAS APORTACIONES”.

---

En fecha **8 de mayo de 2020**, la DA recibió una comunicación de la **Secretaría de Administración y Función Pública de la Generalitat de Catalunya** en relación **“al proceso de participación a las partes interesadas y a la ciudadanía en general a fin de enriquecer la propuesta de Código Ético del Servicio Público de Cataluña mediante la formulación de enmiendas y/o nuevas aportaciones”**. En dicha comunicación **se informaba**, así mismo, que dicho Código *“... quería contribuir a generar un estándar común de alta calidad en la manera de concebir y ejercer el servicio público en Catalunya. se Trata de un marco ético del servicio público de Catalunya válido para todas las administraciones públicas y organizaciones que presten servicios públicos, que pueda servir de guía y orientación en la actuación de todas las personas que trabajan en ellas en calidad de servidores y servidoras públicas, con independencia de cuál sea su vínculo jurídico. El Código tiene como objetivo principal orientar la actuación de las servidoras y los servidores públicos desde la clave de los valores, reforzando de esta manera la integridad de su actuación y contribuyendo así a impulsar la mejora de la calidad democrática y la recuperación de la confianza de la ciudadanía en sus instituciones”*.<sup>74</sup>

**Dentro** de las **facultades** encomendadas a la **DA**, por el **artículo 26** de las **NRBE 16-5-2020**, se encuentran, como ya consta en el apartado “2.2.- FUNCIONES, NATURALEZA Y ORGANIZACIÓN DE LA DIRECCIÓN DE SERVICIOS DE ANÁLISIS”, las de:

- Promover la **consolidación** y la **mejora** de la **gestión ética** por parte de la Administración municipal.
- Formular **recomendaciones y proponer mejoras**, en la gestión ética y la aplicación de los principios de buen gobierno o buena administración.
- Impulsar medidas de **formación y de prevención** de actuaciones contrarias a los valores éticos y las reglas de conducta y de buen gobierno.

Siendo que, en atención al **ámbito de aplicación** previsto para el **futuro Código Ético del Servicio Público de Cataluña**, la **DA**, en el **ejercicio de las mentadas funciones** y desde una **perspectiva eminentemente preventiva**, **respondiendo** a la comunicación de la **Secretaría de Administración y Función Pública de la Generalitat de Cataluña** y a la vista de que el objetivo del Código es orientar la actuación de los servidores y

---

<sup>74</sup> Traducción al castellano de su redacción originaria en catalán

servidoras públicos, desde la clave de los valores, reforzando de esta manera la integridad de su actuación y contribuyendo así a impulsar la mejora de la calidad democrática y por ende de los servicios públicos así como, la recuperación de la confianza de la ciudadanía en las instituciones públicas y siendo el núcleo central del debate público la necesidad de valores por parte de las administraciones públicas y su concreción, **formuló, dentro del plazo establecido, las correspondientes aportaciones el 15 de Mayo de 2020.** Aportaciones de las que se mantuvo informado al Comité de Ética del Ayuntamiento de Barcelona.

Algunas de las aportaciones evacuadas fueron, por ejemplo:

- Con relación al apartado 1.3 de la propuesta del Código ético relativo a los "valores inherentes al servicio público- objetividad e imparcialidad- " se planteó la posibilidad de **añadir que el sistema de selección y elección de los miembros del Comité de Ética** previsto en ella **fuera como el que regula el Código Ético y de conducta del Ayuntamiento de Barcelona y su Reglamento Interno de Funcionamiento**
- Se planteó la **conveniencia:**
  - o De articular unas **directrices/guías para resolver situaciones de conflictos de intereses y determinar pautas de comportamiento.**
  - o De dotar a estos órganos o comités de ética de los **medios adecuados** y necesarios para poder ejercer las funciones con la solvencia requerida.
  - o Incluir **mecanismos** para la **difusión y formación** a fin de favorecer el alineamiento de las conductas de los trabajadores públicos con los valores y la misión del código ético.
  - o De incluir alguna **mención** relativa al **reconocimiento** o protección de las personas alertadoras.

---

## **2.6.8. INFORMES DIRIGIDOS A FACILITAR EL MONITOREO Y SEGUIMIENTO DE TODAS LAS VULNERABILIDADES Y RIESGOS DETECTADOS**

---

Redacción de **Informes** dirigidos a facilitar el **monitoreo y seguimiento de todas las vulnerabilidades y riesgos** detectados a través de las alertas e informaciones gestionadas por la DA y que pudieran tener mayor impacto para la organización municipal, en cada una de sus áreas de actuación, englobando además, a los efectos pertinentes, las medidas de mitigación de los mismos y las propuestas de mejoras formuladas en cada caso. Remitiéndonos en tal sentido al apartado 2.6.5.2. Elaboración del "I Informe en virtud del cual se formulan consideraciones, recomendaciones y propuestas de mejora en materia de contratación pública a raíz de los riesgos detectados en este ámbito de actuación municipal y en ejercicio de las funciones de prevención que tiene encomendadas la dirección de servicios de análisis" del 29 de diciembre de 2021.

## **2.7. DESARROLLO Y MANTENIMIENTO DE LA PÁGINA WEB DE LA DIRECCIÓN DE ANÁLISIS Y DEL COMITÉ DE ÉTICA**

---

## **2.7. DESARROLLO Y MANTENIMIENTO DE LA PÁGINA WEB DE LA DIRECCIÓN DE ANÁLISIS Y DEL COMITÉ DE ÉTICA. Acciones ligadas a la obligación de transparencia**

---

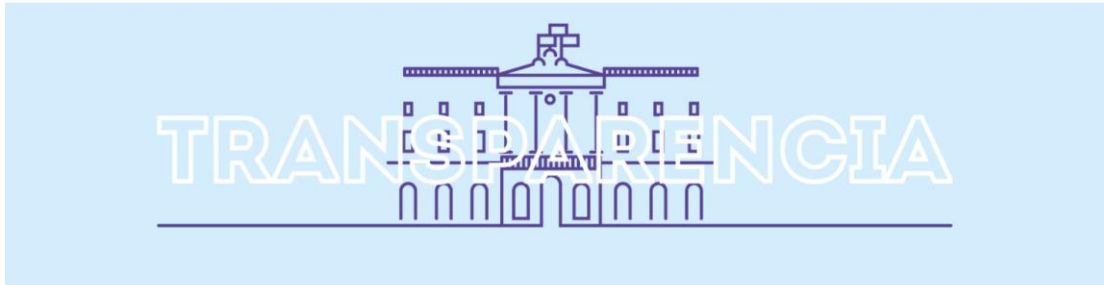
El **artículo 19 de las NRBE**, relativo a la "Publicidad y Acceso a la Información", establece, en su apartado primero, que: *"1.- En aplicación de los principios de transparencia y con la garantía de confidencialidad debida se publicarán en el portal de transparencia la relación de las conductas investigadas, las propuestas efectuadas y, en especial, las medidas propuestas para eliminar eventuales conductas contrarias al ordenamiento jurídico y a los principios o reglas éticas y de buen gobierno. la publicación se llevará a cabo con pleno respeto a la normativa reguladora de la transparencia y a la legislación de protección de datos de carácter personal, con la finalidad de mejorar la calidad de los servicios y profundizar en el cumplimiento de los principios y valores éticos y de buen gobierno."*

A tal efecto, ante la falta de recursos propios y la necesidad de dar cumplimiento a la previsión normativa, el departamento de Transparencia del Ayuntamiento colaboró con la DA a fin de poder habilitar algún espacio en el portal de Transparencia del Ayuntamiento tanto para esta Dirección como para el Comité de Ética de manera que a partir del 2022, además de publicarse en él las Memorias de Actividad evacuadas, también se pudieron publicar los extractos de la Recomendaciones formuladas por ambos órganos hasta 2019. Espacio incluido en la "pestaña" relativa al "marco de integridad y buen gobierno" donde aparece a su vez información sobre el código ético y su proceso de tramitación, el Comité de Ética y su estructura, el Buzón Ético y de buen gobierno y sus NRBE.

**Transparencia**  
Ajuntament de Barcelona

- INFORMACIÓN INSTITUCIONAL Y ORGANIZATIVA
- ACCIÓN DE GOBIERNO
- GESTIÓN ECONÓMICA Y ADMINISTRATIVA
- INFORMACIÓN DE RELEVANCIA JURÍDICA Y DOCUMENTAL
- PARTICIPACIÓN Y RELACIÓN CON LA CIUDADANÍA
- URBANISMO Y ECOLOGÍA
- MARCO DE INTEGRIDAD Y BUEN GOBIERNO

Busca en la web de Transparencia



-   
 BUZÓN ÉTICO Y DE BUEN GOBIERNO
-   
 FONDOS EUROPEOS
-   
 ACTUACIONES MUNICIPALES 2019-2023
-   
 ÁRBOL DE CONTENIDOS
-   
 TARIFAS SERVICIOS FUNERARIOS

Le damos la bienvenida al portal de Transparencia del Ayuntamiento de Barcelona  
 Queremos ser un gobierno transparente en nuestra gestión y dar acceso a la información para facilitar el control de la acción municipal.

**Los ámbitos de la transparencia municipal**

Para facilitar la localización de la información, la hemos clasificado por temáticas:

 LA INFORMACIÓN INSTITUCIONAL Y ORGANIZATIVA	 LA ACCIÓN DE GOBIERNO	 LA GESTIÓN ECONÓMICA Y ADMINISTRATIVA	 LA INFORMACIÓN DE RELEVANCIA JURÍDICA Y DOCUMENTAL
 LA PARTICIPACIÓN Y LA RELACIÓN CON LA CIUDADANÍA	 EL URBANISMO Y LA ECOLOGÍA	 MARCO DE INTEGRIDAD Y BUEN GOBIERNO	 EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

### Código ético y de conducta

El Código ético y de conducta del Ayuntamiento de Barcelona, que tiene naturaleza de disposición normativa de carácter general, recoge los principios éticos y los valores de buena gobernanza que deben informar toda actuación municipal y regula las normas de conducta que necesariamente han de observar los altos cargos municipales, especialmente las relativas a los conflictos de intereses.

<input checked="" type="checkbox"/> Texto vigente del Código
<input checked="" type="checkbox"/> Proceso de tramitación del Código

### Comité de Ética

El Comité de Ética del Ayuntamiento de Barcelona es un órgano colegiado consultivo creado en el marco del Código ético y de conducta, con el fin de impulsarlo, hacer el seguimiento y evaluar su cumplimiento.

<input checked="" type="checkbox"/> Funciones del Comité
<input checked="" type="checkbox"/> Reglamento interno de funcionamiento
<input type="checkbox"/> Nombramientos de los miembros del Comité
<input type="checkbox"/> Miembros del Comité
<input checked="" type="checkbox"/> Retribuciones y dietas
<input type="checkbox"/> Memoria de actividad 2018-2019

### Buzón ético y de buen gobierno

El Buzón ético y de buen gobierno es un canal de participación y colaboración que tiene como objetivo favorecer el cumplimiento de los principios o las reglas éticas y de buen gobierno y administración que deben seguir los cargos electos y el personal al servicio de los órganos y las entidades municipales. El buzón busca promover la colaboración entre la administración municipal y las personas para cultivar los valores éticos en la gestión pública a través de la participación. Cualquier persona que haya detectado un posible caso de mala praxis en el Ayuntamiento, podrá ponerlo en conocimiento de la Oficina para la transparencia y buenas prácticas, de forma anónima si lo desea, y hacer el seguimiento de las posibles actuaciones que se deriven.

<input checked="" type="checkbox"/> Acceso al buzón
<input checked="" type="checkbox"/> Normas reguladoras

### Memorias de actividad

Recopilación de memorias de las diferentes unidades administrativas y órganos colegiados con funciones relacionadas con la transparencia, la integridad y el buen gobierno en el Ayuntamiento de Barcelona.

<input type="checkbox"/> 2021
<input type="checkbox"/> 2020
<input type="checkbox"/> 2018-2019
<input type="checkbox"/> 2016-2017

### Extracto de las recomendaciones de la Dirección de Servicios de Análisis (órgano gestor del Buzón ético) y del Comité de Ética

Extracto de las recomendaciones dictadas

- por la Dirección de Servicios de Análisis (órgano gestor del Buzón ético) a raíz de las comunicaciones recibidas a través del Buzón Ético y de Buen Gobierno,
- por el Comité de Ética en ejercicio de las funciones que le encomienda el Código ético y de conducta del Ayuntamiento de Barcelona

Estos extractos se recogen en las respectivas memorias de actividades.

<input checked="" type="checkbox"/> Extracto de las recomendaciones del Comité de Ética
<input checked="" type="checkbox"/> Extracto de las recomendaciones de la Dirección de Servicios de Análisis

Pero, dado el encorsetamiento del formato, la limitación de la información que puede "cargarse" en el referido espacio asignado y la **necesidad** detectada de que, tanto el **Comité de Ética** como la **Dirección de Servicios de Análisis**, pudieran **disponer de un espacio propio en la página web del Ayuntamiento** para **garantizar la máxima transparencia** en sus **actuaciones**, **actualmente se está trabajando en un nuevo modelo de página web.**

De manera que **con la inestimable colaboración**, el **asesoramiento y la dirección técnica** del **Departamento de Canales de la Dirección de Comunicación Digital** del Ayuntamiento se está **intentando ofrecer de forma conjunta un canal de servicio que formará parte de la estructura de la web del Ayuntamiento**, con una **URL, título y estructura fácilmente identificables** para los usuarios que **responda** a las **necesidades** detectadas a la vez que permitirá **favorecer la sensibilización en materia**



**de integridad pública, reforzar** las exigencias derivadas del principio de **transparencia** y la **prevención** de conductas irregulares. Canal de servicio del que además de destacarse su **enlace con el acceso directo al Buzón Ético** y de buen gobierno **incluirá todos los contenidos del marco de integridad** del Ayuntamiento de Barcelona para que sean conocidos tanto por la ciudadanía como por los propios servidores municipales.

La **estructura** de la **nueva página web** prevé reunir los siguientes **contenidos** tanto del **Comité de Ética** como de la **Dirección de Servicios de Análisis**:

- Los **extractos de las recomendaciones** respetando la protección de datos personales y de los principios de confidencialidad y anonimato;
- Las **Memorias de actividad**;
- Los **convenios suscritos por el Ayuntamiento de Barcelona** con diferentes administraciones y entidades **para la difusión** del modelo del **Buzón, el refuerzo de la integridad, prevención del fraude y la corrupción así como de la protección de las personas informantes y alertadoras**.
- Incluyendo además las **actuaciones** para **impulsar medidas de formación** para la **prevención** de conductas contrarias a los **valores éticos y reglas de conducta y de buen gobierno** y el resto de actividades en materia de prevención y protección que se realice.
- Otros apartados relevantes serán el correspondiente a la difusión de la **normativa**, las **publicaciones** y **documentos** de interés en el **ámbito** de la **integridad pública**, la **ética**, la **protección de las personas alertadora** así como de los acontecimientos, foros, eventos relevantes a tal fin.

Y, en el **apartado del Comité de Ética**, además de ofrecer información sobre su **composición; creación; nombramientos, renunciaciones y sustituciones; currículums de sus miembros y dietas** devengadas se destacará, junto a sus Memorias de actividades y **recomendaciones**, sus **propuestas, mociones** e **informes** emitidos.

## **2.8. ASESORAMIENTO E INFORMES EVACUADOS POR LA DIRECCIÓN DE ANÁLISIS A REQUERIMIENTO DE OTROS ÓRGANOS EN MATERIAS QUE LE SON PROPIAS**

---

## **2.8. ASESORAMIENTO E INFORMES EVACUADOS POR LA DIRECCIÓN DE ANÁLISIS A REQUERIMIENTO DE OTROS ÓRGANOS EN MATERIAS QUE LE SON PROPIAS**

---

En el ejercicio de sus funciones, la **DA también** procede a prestar, en materias que están dentro del ámbito de su competencia, su **colaboración y/o asesoramiento** a otros órganos municipales que lo interesen.

Sin ánimo de ser exhaustivos se indicarán **sólo algunas** de estas actuaciones:

**2.8.1.-** Propuesta de Protocolo para la tramitación de las **comunicaciones** sobre **acoso sexual y de acoso por razón de sexo**, dentro del **entorno laboral del Ayuntamiento de Barcelona y de sus entes**, que pudieran recibirse a través del Buzón.

A **principios del año 2021**, el **Departamento de Igualdad** de la Dirección de Servicios de Gestión y Relaciones Laborales (Gerencia de Personas y Desarrollo Organizativo) del Ayuntamiento de Barcelona, se dirigió a la Dirección de Servicios de Análisis **planteando una posible colaboración** en los **supuestos** en que, a través del Buzón, pudiese recibirse **alguna comunicación** relativa a presuntas situaciones de **acoso sexual** y por **razón de sexo** dentro del entorno laboral del Ayuntamiento de Barcelona y de sus entes.

En este marco de colaboración descrito, se **empezó a diseñar** un **protocolo de actuación conjunta** que **posibilitase** que el **tratamiento** de dichas conductas denunciadas a través del Buzón pudiese ajustarse al procedimiento establecido en el **"Protocolo para la prevención, la detección, la actuación y la resolución de situaciones de acoso sexual y de acoso por razón de sexo"** del **Ayuntamiento** de Barcelona de manera que **pudiese emplear la experiencia** de los **órganos especializados** en esta materia **designados** en el referido Protocolo **pero respetando**, a la vez y escrupulosamente, tanto las **exigencias de confidencialidad y secreto** impuestas por las Normas Reguladoras del Buzón como **garantizando**, así mismo, **a la persona alertadora** la **garantía de protección e indemnidad** reconocida por el referido cuerpo normativo. Por ello el consentimiento de la persona informante se convertía en un requisito esencial de dicho protocolo.

A tal fin **se celebraron reuniones telemáticas y presenciales** en la sede del Departamento de Igualdad **y se elaboraron diferentes propuestas** al efecto.

**Actualmente**, el proyecto está **en suspenso**. **Pero sirvió** para **establecer** posibles **sinergias de futuro** entre la DA y el citado Departamento de Igualdad. **De hecho**, fruto de dichos contactos se **abordaron** las situaciones en que en dichas conductas pudiesen estar **relacionadas personas destinatarias del Código Ético y de Conducta** del

Ayuntamiento de Barcelona, en la medida en que este contiene en el **apartado e)** de su **artículo 10** la siguiente norma de conducta relativa a la "gestión de personal": "eliminar los factores de riesgo que generan la aparición de situaciones de acoso sexual y por razón de sexo....".

### **2.8.2.- Propuesta de incorporación en la Carta Municipal de Barcelona del Buzón Ético y de Buen Gobierno y del Comité de Ética del Ayuntamiento de Barcelona.**

De acuerdo con el Comité de Ética, la Dirección de Servicios de Análisis trasladó a la Secretaría General del Ayuntamiento de Barcelona la **propuesta razonada de incorporación en la Carta Municipal de Barcelona**, del Buzón Ético y de Buen Gobierno y del Comité de Ética de este Ayuntamiento.

Ello, en base, entre otros, a la **normativa** reguladora de ambos órganos así como por su **singularidad y especialidad**, tanto por ser piezas del marco de integridad propio del Ayuntamiento de Barcelona como por ser órganos que velan por la gestión ética pública, la consolidación de una cultura de integridad en la organización municipal, la prevención de los riesgos de fraude y corrupción y el uso adecuado de los recursos públicos dentro del marco de actuación de este Ayuntamiento.

En cuanto a la normativa reguladora también se hacía alusión a la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informan sobre infracciones del Derecho de la Unión.

Esta propuesta de incorporación se elaboró y cursó coincidiendo en el tiempo con los actos celebrados en el marco del Programa de impulso de la Carta municipal.

---

## **2.9. CANALIZACIÓN DE LOS OFICIOS Y REQUERIMIENTOS PRACTICADOS POR LA OFICINA ANTIFRAU DE CATALUNYA AL AYUNTAMIENTO DE BARCELONA PARA SU POSTERIOR REPARTO A LOS ÓRGANOS O DEPARTAMENTOS AFECTADOS**

---

En el marco de los acuerdos de actuación entre la Dirección de Servicios de Alcaldía y la Dirección de Servicios de Análisis todos los oficios y requerimientos relativos a las comunicaciones y/o denuncias formulados por la OAC y recibidos en el Ayuntamiento a través del EACAT (registro interadministrativo de las Administraciones Públicas Catalanas) se canalizan, a través de la Dirección de Servicios de Análisis. Quien verifica su contenido y lo redirecciona al órgano gestor afectado.

La Dirección de Análisis también comprueba a través de dicho oficio o requerimiento si existe alguna concurrencia con alguna de sus investigaciones en cuyo caso se informa a la OAC a los efectos pertinentes

# **3. RECURSOS ECONÓMICOS Y HUMANOS DE LA DIRECCIÓN DE ANÁLISIS**

---

## **3.1. RECURSOS ECONÓMICOS Y HUMANOS DE LA DIRECCIÓN DE ANÁLISIS**

---

Trataremos, en este apartado, de los **recursos económicos y humanos asignados a la DA para llevar a cabo las funciones normativamente encomendadas**. Funciones, todas ellas, **recogidas en el apartado precedente: "2.- FUNCIONES, NATURALEZA Y ORGANIZACIÓN DE LA DIRECCIÓN DE SERVICIOS DE ANÁLISIS"**.

---

### **3.1.1. RECURSOS ECONÓMICOS**

---

La Dirección de Servicios de Análisis, **desde 2017**, no ha recibido **ninguna dotación económica (capítulo 2<sup>75</sup>)<sup>76</sup> para la realización de las funciones que tiene normativamente atribuidas. Por tanto no se ha podido gestionar ninguna partida económica durante ese tiempo. Los únicos importes que ha gestionado la DA son los correspondientes a las dietas de asistencia del Comité de Ética.**

De manera que en el **presupuesto del año 2020**, la Dirección de Servicios de Análisis **sólo** inició el **expediente** relativo a las **dietas del Comité de Ética** por un importe de **14.250,00 euros**.

En el **presupuesto del año 2021**, como en el año anterior, **únicamente** se inició el **expediente** relativo a las **dietas** de asistencia de los miembros del **Comité de Ética** por un importe de **31.025,00 euros**.

**De este expediente de dietas se pudo rescatar, a finales del año 2021, por la renuncia de los miembros del Comité al cobro de una parte de éstas, el importe de 14.950,00 euros que se pudieron destinar a la elaboración de unas píldoras formativas sobre el Marco de Integridad del Ayuntamiento (Buzón Ético y su órgano gestor, Código Ético y Comité de Ética) con todas las vicisitudes que ello comportó para la DA dadas las fechas en las que se pudo contar con dicho importe. Nos remitimos aquí al**

---

<sup>75</sup> Partida presupuestaria correspondiente a: "Gastos corrientes en bienes y servicios"

<sup>76</sup> Exceptuando el coste relativo al mantenimiento del gestor documental G-Buzón que se gestiona directamente por el Instituto Municipal de Informática.

**punto III del apartado 2.4** "Actividades relacionadas con la formación en materia de integridad y consolidación de la ética y de la cultura del cumplimiento normativo"

En el **presupuesto** del año **2022**, **al igual que** en los **años anteriores**, **únicamente** se inició el **expediente** relativo a las **dietas** de asistencia a los miembros del **Comité de Ética** por un importe de **30.000 euros**. Expediente del que se pudo "**rescatar**", **a finales de año**, el importe de **8.000 euros** que se **destinaron** a **contenidos formativos para la prevención y concienciación sobre los riesgos penales identificados en la actividad municipal**, mediante **píldoras audiovisuales**. Como, en el 2021, la "obtención" de ese importe a finales de año **impidió** la posibilidad de **planificación de la contratación** y **comportó** el mismo tipo de **dificultades al equipo**. A tal efecto nos **remitimos** al **punto IV** del citado apartado **2.4 de esta Memoria**.

La **Dirección de Servicios de Análisis** **no** ha **dispuesto** de ningún **presupuesto propio** ni **dotación económica** para el **buen fin de las funciones** que normativamente tiene **encomendadas**.

---

### ***3.1.2. PLANTILLA DE LA DIRECCIÓN DE SERVICIOS DE ANÁLISIS***

---

El **objeto** de este apartado son los **recursos personales** asignados a la **DA** para poder llevar a cabo las **funciones asignadas**.

Si bien, **antes** de entrar en el fondo del asunto se torna **imprescindible referirnos** al **catálogo** de las mismas **y** al **volumen de acciones** en que éstas se han materializado. Habiéndose **detallado** todas ellas **en** el **apartado** precedente: "**2.- FUNCIONES, NATURALEZA Y ORGANIZACIÓN DE LA DIRECCIÓN DE SERVICIOS DE ANÁLISIS**". Apartado al cual nos remitimos íntegramente al haberse desarrollado en el mismo, con detalle, cada una de ellas, de manera que nos **limitaremos** a **recordar que** durante el periodo **2020 a 2022**, la **DA**:

- Ha **gestionado** efectivamente un total de **1.675<sup>77</sup> comunicaciones, alertas o informaciones**
- Ha **gestionado 62 expedientes** incoados a raíz de las **funciones** de **soporte técnico jurídico y de gestión** al **Comité de Ética**.

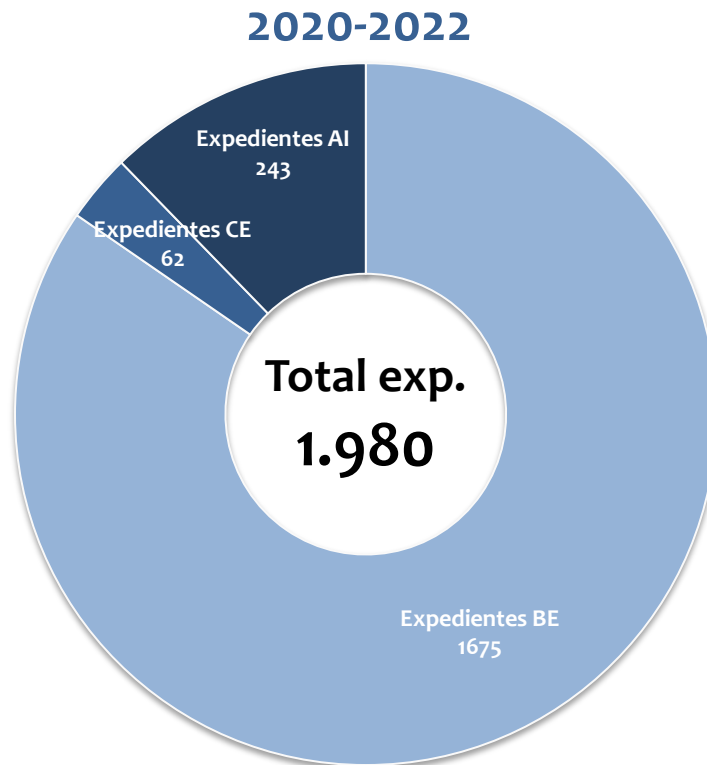
---

<sup>77</sup> Como se explica en el apartado 2.1.2.3 de la Memoria el total de comunicaciones, alertas o informaciones efectivamente gestionadas durante dicho periodo 2020-2022 es el resultado de sumar las que tuvieron entrada esos años (esto es: 386; 376 y 362 respectivamente) más las 551 que estaban en trámite a 1 de enero de 2020 y que correspondían a años anteriores.



- **Ha incoado y tramitado 243 expedientes (AI)** derivados del **resto de funciones** asignadas

**Resultando**, en consecuencia, un **volumen total de 1.981 expedientes tramitados.**



**Hecho este apunte** procede ya centrarnos en el **número de servidores públicos asignados** a la DA durante este trienio:

- En **2020** la **plantilla** de la DA estuvo conformada por **4 personas: 1 directora, 2 letradas y 1 soporte administrativo**. Si bien buena **parte de la jornada** de una de las **letradas** fue necesario **destinarla** al **proyecto G-buzón** iniciado en 2019.
- En **2021** la plantilla **siguió** conformada por **4 personas: 1 Directora. 2 Letradas y 1 soporte administrativo**. Aunque desde el mes de enero<sup>78</sup> y de forma temporal se contó, con 1 soporte administrativo exclusivamente para acciones administrativas

---

<sup>78</sup> Si bien su incorporación fue a finales de diciembre dado el periodo vacacional navideño no fue hasta enero de 2021 que se pudo contar efectivamente con sus servicios

concretas como ordenación y clasificación de documentos modelo o plantillas y de documentación no confidencial pero, siempre, sin acceso al Buzón ni a ningún tipo de información o documentación con él relacionada.

- En **2022** la plantilla continuó **conformada** por **4 personas hasta** que, a **mediados de julio**, se **incorporó** un **nuevo soporte administrativo**. Señalar que a finales de junio cesó el soporte administrativo temporal y restringido al que nos hemos referido en el párrafo precedente.

En **consecuencia**, resulta que, ante un volumen de **1.981 expedientes a tramitar** (con la **complejidad** de gestión que se especifica en el citado apartado 2 de la memoria, permitiéndonos al respecto aludir especialmente al epígrafe 2.1.2.3<sup>79</sup>), **encontramos solamente** una **plantilla** con una **media** de **4 personas** en la que:

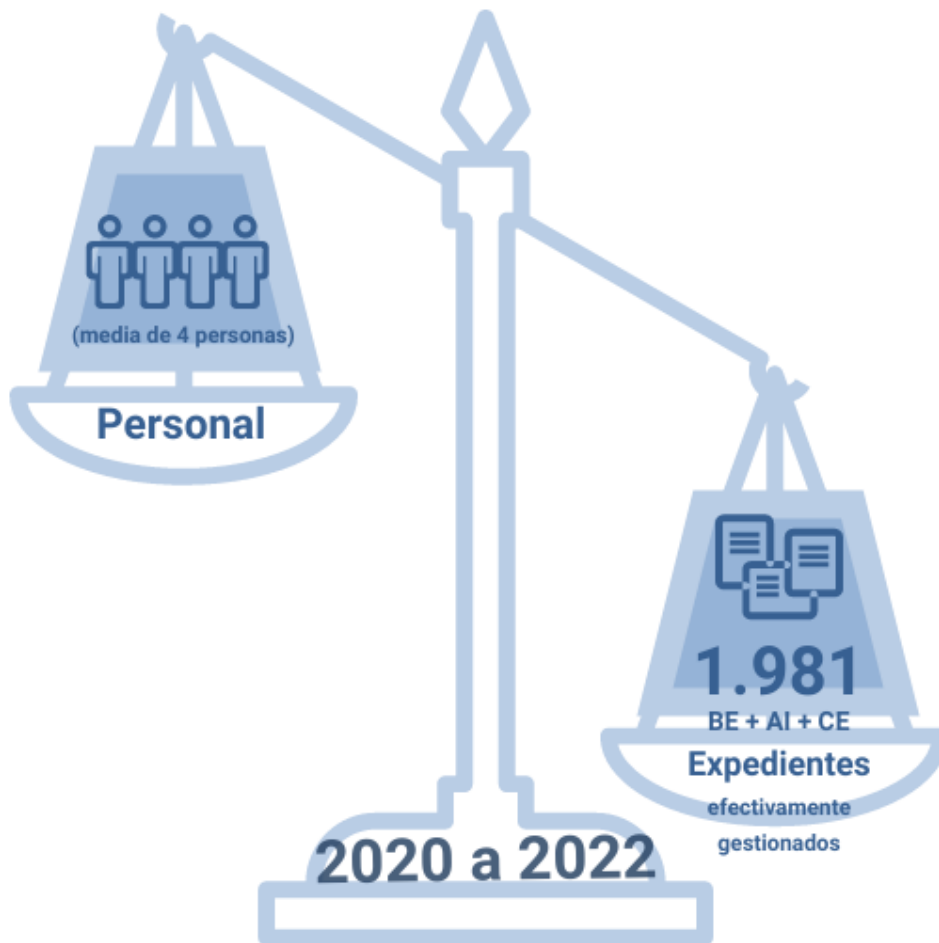
- **un sólo soporte administrativo**<sup>80</sup> ha tenido que **lidar** con **toda** la **gestión** de los mismos pese a las **dificultades de gestión administrativa** derivadas del Buzón y de su gestor documental SAP (nos remitimos al respecto al apartado 2.1.2.5 de la Memoria). Situación que **obligó** a que **también** las **Letradas** y la **directora** tuviesen que dedicar una **parte** de **su tiempo** a realizar **labores administrativas** y **no** a las **tareas técnicas y de fomento de la integridad, la prevención y las buenas prácticas** que le son **propias**.

- las **dos únicas letradas** se hayan enfrentado a una **media de 990 expedientes** a los que sólo puede descontarse aquellos asignados directamente a la directora quien además supervisa todos ellos. Expedientes a los que se deben **añadir las gestiones administrativas** aludidas en el párrafo anterior.

---

<sup>79</sup> "2.1.2.3.-Actuaciones relativas a la tramitación de las comunicaciones, informaciones o alertas efectivamente gestionadas, por la DA desde 2020 hasta 2022"

<sup>80</sup> Recordemos que el soporte administrativo con el que se contó de enero de 2021 a mayo de 2022 fue temporal y limitado a determinadas acciones de ordenación documental y de plantillas sin acceso al Buzón ni a la información relacionada con él.



Pero, es que esta **carencia de medios personales no** ha sido **puntual** para este trienio **sino que, como** ya **se avanzó**, en el **apartado 2.1.2.5** de la Memoria, **esta pésima situación se arrastra desde** la propia **creación de la DA**. Siendo patente que este déficit de medios humanos sostenido en el tiempo se ha proyectado negativamente durante este trienio (sirva de ejemplo las 551 comunicaciones de los años anteriores con los que se inicia 2020).

Motivo por el cual resulta conveniente **incidir** en que:

- Durante **2016** (año de puesta en marcha de la DA) la plantilla la conformaban simplemente **1 Directora y 1 Letrada sin** ningún tipo de **soporte administrativo** que **tuvieron** que gestionar (**técnica y administrativamente**) los **63**

**expedientes** que se recibieron **además** de afrontar el **proceso de gestación del Buzón**

- Durante **2017**, para hacer frente a la gestión de un **total de 575 expedientes** (537 expedientes derivados del Buzón y otros canales alternativos más los 38 expedientes derivados del resto de funciones asignadas) hallamos la siguiente **plantilla**<sup>81</sup>:
  - o **de enero a mayo: 2** personas: **1 directora y 1 letrada (sin soporte administrativo)**<sup>82</sup>)
  - o **de junio a julio : 2** personas: **1 letrada y 1 soporte administrativo (la directora cesó a finales de mayo)**
  - o **de agosto a noviembre: 3** personas: **2 letradas y 1 soporte administrativo**
  - o **diciembre: 4** personas: **1 directora, 2 letradas y 1 soporte administrativo**

Por otro lado no resulta baladí **tener en cuenta** que ese **fue el año de puesta en marcha del Buzón con** todas las **complejidades técnicas y de gestión** administrativa y documental que ella **comportó** (nos remitimos al apartado 2.1.2.5 y 2.1.3.2 de la Memoria).

- **Durante 2018** la plantilla se mantuvo estable en **4 personas** aunque el volumen de **expedientes** a tramitar ascendió a **762** correspondientes a las 673 comunicaciones gestionadas ese año (resultado de sumar de las que tuvieron entrada ese año y las que a fecha de 1 de enero estaban en trámite de los anteriores) **más los 85 derivados** del resto de funciones de la DA más los **4 derivados** de la entrada en funcionamiento del **Comité de ética** (del que la DA es el **órgano de soporte técnico-jurídico y de gestión**).
- **Durante 2019** el **número de expedientes sigue subiendo** pues **además de incrementarse los correspondientes a las comunicaciones que se cifrarán**

---

<sup>81</sup> No se incluye en ella al soporte técnico incorporado en abril por cuanto lo fue de forma temporal y adscrito exclusivamente para la tramitación de una investigación encargada por Alcaldía junto a la Intervención General y el departamento de control de gestión.

<sup>82</sup> Soporte administrativo que si ya es fundamental en cualquier departamento que tenga un flujo mínimo de actividad, lo es más cuando este "flujo de actividad" genera un volumen ingente de documentación e información que se ha de gestionar, conservar y actualizar. Y, aún lo es más, si se tiene que gestionar un instrumento como el Buzón con los requerimientos de seguridad y confidencialidad que exige (encriptación de documentos) y no se cuenta con un gestor documental apropiado como ya se ha explicado con detalle en los anteriores apartados.

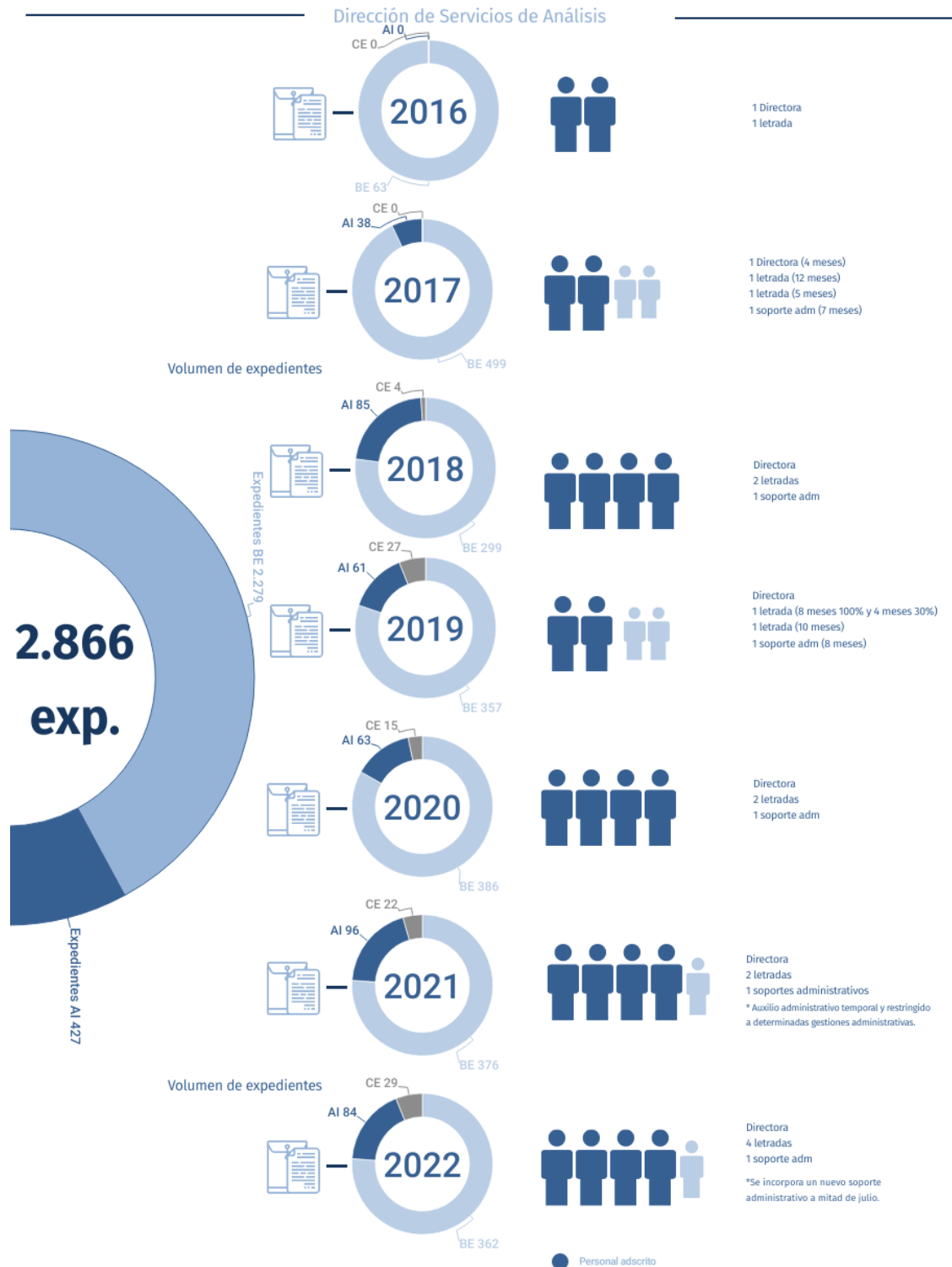
en **810 expedientes y los 61 correspondientes al resto de funciones desempeñadas lo hacen también los 27 relativos al Comité de Ética resultando un total de 898 expedientes a tramitar si bien la plantilla lejos de crecer proporcionalmente **sufre importantes bajas:****

- **inexistencia de apoyo administrativo**<sup>83</sup> aproximadamente **4 meses** (desde que, en agosto, causó baja, por excedencia, la anterior soporte administrativa hasta finales de noviembre cuando se dotó, al nuevo soporte administrativo, de los aplicativos informáticos imprescindibles para que pudiese realizar su trabajo -proceso que se alargó durante todo un mes-)
- la **baja médica**, de **una** de las dos únicas **letradas** de la DA, alrededor **de 2 meses**
- **desde septiembre** la **dedicación** de la **otra letrada** sólo pudo ser del **30 %** pues fue necesario (a petición del IMI) que alrededor del **70% de su jornada** tuviese que ser **destinada** al nuevo **proyecto** de gestor documental del Buzón (**G-Buzón**). Situación que se alargará durante todo el 2020 y con menor intensidad durante 2021 y 2022.

---

<sup>83</sup> Falta de apoyo administrativo no sólo relevante por la orfandad que en dicho ámbito supuso sino también por la incidencia en el traspaso de conocimiento al nuevo soporte (incorporado en noviembre) que ello supuso. Sobre todo cuando se trabaja con un instrumento tan singular como el Buzón y la gestión de toda la información que, a raíz de él, se conforma y gestiona. Sin embargo, es de obligada referencia decir que la carencia de este traspaso de conocimiento se vio un poco mitigada: a) por un lado, por la inapreciable colaboración de nuestra anterior soporte administrativa, quién, antes de irse dejó a disposición de la Dirección, un manual que elaboró fuera de su jornada de trabajo con todas las posibles incidencias de gestión administrativa y procedimental de la Dirección (del que se continúa, a finales de 2020, bebiendo) a la vez que ofreció su auxilio para las dudas que pudieran ir surgiendo y b) por el otro, por el inestimable acompañamiento y tutelaje que prestó la Letrada con más antigüedad en la Dirección y con más experiencia en la gestión de la herramienta (eso sí, con la consecuente incidencia en la enorme carga de trabajo que ésta ya soportaba).

## Volumen de expedientes y personal



Por tanto, del panorama descrito es patente la **relación inversamente proporcional entre los recursos humanos** con los que **se ha dotado** a la **DA desde 2016** (que, si se hace la **media** por años, **ni siquiera** alcanzaría a **4 personas**) y el volumen total de **expedientes gestionados** desde ese año.

**Por ello, han sido reiteradas las peticiones de personal (también de medios económicos) formuladas por la DA y el Comité de Ética.** Baste recordar el “Informe sobre: a) el nivel profesional requerido por las plazas técnicas asignadas a la Dirección de Servicios de Análisis y b) la justificación normativa, jurisprudencial y doctrinal sobre la necesidad e idoneidad de celebrar los procesos selectivos de la Dirección de Servicios de Análisis de forma individualizada y no mediante la fórmula de multiconcurso” elaborado por la DA el **16 de mayo de 2022** y al que se **adhiere el Comité de Ética**, por acuerdo adoptado ese mismo día.

Y, es que la **necesidad de medios humanos** no es **sólo cuantitativa** al ser **imprescindible**, además, una **especialización**. Requerimientos cuya **justificación técnica** obra detalladamente **en el referido informe** y a la que **además** debe **añadirse** lo dispuesto, a tal efecto, en la **Ley 2/2022, de 20 de febrero**, de transposición de la directiva “whistleblower”. Señalar que pese a dicha justificación técnica se hizo **caso omiso** al referido informe y, en consecuencia a **la petición** de ambos órganos.

Pero, es que, **además**, esta **carencia de medios** ha sido **hartamente puesta en evidencia y hecha pública** en **reiteradísimas ocasiones**. Baste citar la **Comisión de Presidencia, Derechos de Ciudadanía, Participación y Seguridad y Prevención, del 18 de abril de 2018** y la **Comisión de Presidencia, Derechos de Ciudadanía, Participación y Seguridad y Prevención, del 16 de mayo de 2018** (nos remitimos, en tal sentido, a las preceptivas Actas). Así como: en la **Memoria del año 2016-2017 y:**

- en la **Memoria 2018-2019** de la **Dirección de Servicios de Análisis**, en cuya página 131 se indica:
  - o “Pero para el debido desarrollo de todas estas tareas la DA precisa una dotación de medios técnicos y humanos apropiada de la que ha carecido desde su creación como pone de manifiesto, con datos totalmente objetivos, el contenido de la Memoria. De hecho y pese al incremento de funciones que supuso la aprobación de las NRBE la DA ha mantenido su plantilla originaria. No puede olvidarse que si el servicio no se nutre de los medios (humanos y materiales) suficientes y especializados como para poder desarrollar los objetivos por los que fue creado (entre otros, la de emitir las recomendaciones de buenas prácticas imprescindibles para priorizar la prevención y facilitar a la organización municipal, a tiempo, las respuestas a

las consultas que plantea sobre buen gobierno e integridad así como la de fomentar la formación en una cultura del cumplimiento y la prevención) se puede correr el riesgo de herir las expectativas y la confianza ciudadana generada con los costes reputacionales en los que se podrían incurrir.”

- Por el propio **Comité de ética**, en su:
  - o **Moción** acordada por todos sus miembros, por **unanimidad**, el **13 de junio de 2019** en que consta, en su exposición de motivos:

“... los miembros del Comité de Ética han podido constatar la **difícil situación y falta de recursos** de que dispone toda la **arquitectura de gestión ética del Ayuntamiento** de Barcelona”.

“... Atendiendo a la constitución de un nuevo Consejo Municipal del Ayuntamiento de Barcelona como resultado de las elecciones del pasado 26 de mayo y por los motivos expuestos, los miembros integrantes del Comité de Ética, atendiendo a sus funciones por formular recomendaciones y proponer mejoras en la gestión ética y en la aplicación de los principios de buena gobernanza adoptan el siguiente **acuerdo**:

SEGUNDO: **Pedir el impulso de medidas de refuerzo en las estructuras de personal adscritas a la gestión ética**, atendiendo al carácter no exclusión de los miembros del Comité de Ética.

TERCERO: **Enviar el texto** de esta moción a los **grupos municipales**, para su conocimiento”.
  - o **Recomendación**, acordada por **unanimidad** de todos sus miembros, el **1 de julio de 2020** en cuya exposición de motivos consta:

“... **Reconoce que el problema de la falta de recursos suficientes**, en cuanto **sobre todo a la dotación de personal**, no sólo afecta a este particular expediente, sino al resto de expedientes que debe tramitar el órgano gestor de la Buzón Ético...”

“... **Defiende y ampara la labor que viene realizando, con diligencia y un gran esfuerzo añadido, el citado órgano gestor, pese a la insuficiencia de recursos disponibles...**”



- También la **Sindicatura de "Greuges" de Barcelona**, según consta en su Informe Anual, el **28 de diciembre de 2021**, emitió una **Decisión** en cuyas consideraciones, en relación a la infraestructura de la ética en el Ayuntamiento de Barcelona, **recoge**:

"manifiesta que atendiendo a los principios constitucionales básicos de la actuación administrativa, como son la eficacia y la eficiencia que forman parte del concepto de buena Administración y el compromiso establecido en la Carta Europea de Derechos Humanos en la Ciudad (CEDHC) de garantizar la eficacia de los servicios públicos, dotándose para esta finalidad, de instrumentos para la evaluación de la acción municipal (art. XXIII), el tema de fondo de este estudio no recae tanto en la implementación de mecanismos para para garantizar la integridad sino en el análisis sobre si se dan los requisitos para garantizar la eficacia y eficiencia de éstos, con la nueva realidad presente y futura."

"Con la información analizada **resulta, por tanto, difícil, con los recursos disponibles, y más allá de los esfuerzos de las profesionales**, garantizar un procedimiento acorde con la celeridad y eficacia que la propia norma reguladora prevé. **Así como el rigor y, por tanto, la exhaustividad y las garantías inherentes al procedimiento a seguir: ya sea tanto en la fase de aceptación (hay que fomentar los motivos de inadmisión), como en la fase de investigación (entrevistas, inspección, consultas a registros públicos, consultas a aplicativos informáticos, requerimiento informativos ...), el correspondiente análisis jurídicos de los razonamientos que sustentan ya sea la inexistencia de irregularidad como la existencia de éstas).**"

Esta decisión finaliza con:

**"Recomendar a la Gerencia de la Agenda 2030 la dotación suficiente y especializada de medios y recursos para que el Buzón ético pueda asumir con eficacia las siguientes funciones que tiene encomendadas".**

- Debiendo **hacerse especial mención** al **"INFORME RELATIVO AL ESTADO DE LOS MEDIOS MATERIALES Y PERSONALES DE LA DIRECCIÓN DE SERVICIOS DE ANÁLISIS Y DEL COMITÉ DE ÉTICA DESDE EL INICIO DE LA ACTIVIDAD HASTA LA ACTUALIDAD"** de 8 de Abril de 2022, **presentado ante** en sesión de la **Comisión de Presidencia de 20 de abril de 2022 por comparecencia** del **Comité de Ética** (en concreto por el Sr. Bilbeny por acuerdo del resto de sus miembros) a cuyo contenido nos remitimos transcribiendo, no obstante, su apartado "Conclusión: A fin de poder desarrollar con garantías las competencias atribuidas a estos órganos que conforman el marco de integridad del

Ayuntamiento de Barcelona es del todo necesario dotar suficientemente de medios materiales y personales especializados para garantizar la eficiencia, eficacia y rigurosidad imprescindible para poder conseguir la mejora continua de la gestión pública y de la ética pública”.

Llegados a este punto es de **obligada reseña** que **pese** al **volumen de expedientes tramitados** y gestionados **y la paupérrima dotación de medios humanos** con la que se ha contado, el **nivel de pendencia** alcanzada es más que **satisfactoria**.

**Así** si nos **referimos únicamente** a los **expedientes relativos a comunicaciones**, alertas e informaciones recibidas (ello, **sin contar**, por tanto, los derivados de **otras funciones** desarrolladas por la DA **y** los incoados a raíz **del soporte efectuado al comité de ética**) se constata que:

- Entre **2020 y 2022** de un **total de 1.675 expedientes** de los que se llegaron a **finalizar** a 31 de diciembre de 2022, **1.346**, esto es, un **80,36%** de los mismos **restando en trámite solamente** el **19,64% (329 expedientes)**.
- Entre **2016 y 2022** del **total** de expedientes de **2.893 expedientes tramitados** (sólo de Buzón, insistimos) se **finalizaron**, a 31 de Diciembre de 2022, el **88,63 %** (esto es, **2.564** expedientes) estando **en trámite únicamente** un **11,37%** de ellos.

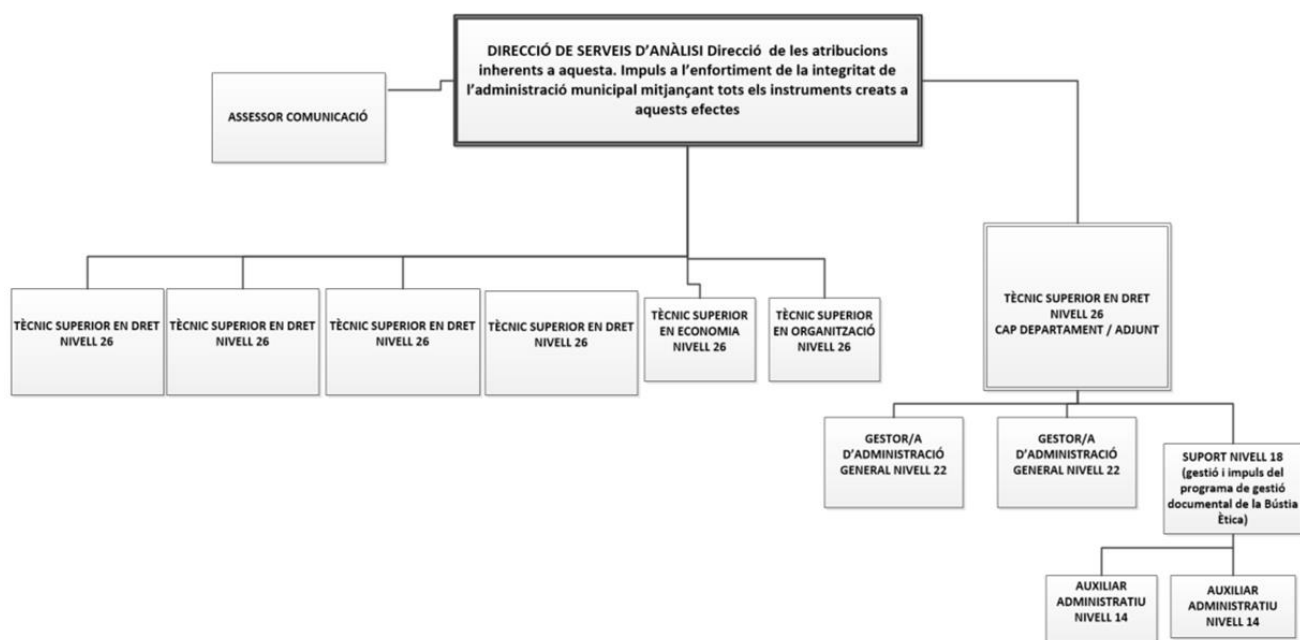
Por ello, **debe ponerse en valor**, nuevamente, la **vocación de servicio y extrema dedicación**<sup>84</sup> de todos los **miembros** que integran el equipo de la **Dirección de Servicios de Análisis y también** de los que la integraron en el pasado y **ya no están**. Pues ha sido **su comprometida concepción de servicio público la que ha posibilitado que la Dirección de Análisis** haya **podido salir adelante con solvencia** dentro de la organización municipal **y prestar los servicios que tiene normativamente encomendados** y que, respecto al Buzón Ético, a pesar de todas las incidencias descritas **la pendencia de asuntos en trámite**, a 31 de diciembre, de **2019 fuera de 551. Pero, esta vocación de servicio y esta dedicación del equipo** que conforma y ha conformado la **DA** (que ya acusa un gran cansancio y desgaste dado lo sostenido en el tiempo de la situación) **no puede suplir las obligaciones y responsabilidades de la Administración Municipal** respecto a las **necesidades de dotación de un servicio** de esta naturaleza. Un **servicio vinculado a la integridad y el buen gobierno** que tuvo la iniciativa de implementar dentro de su propia estructura, anticipándose, no únicamente a otras administraciones, sino también a Europa en tanto a que la Directiva Europea

---

<sup>84</sup> A costa de excesivas y extenuantes jornadas de trabajo y del consiguiente sacrificio de sus derechos a la conciliación familiar

“whistleblower” no fue aprobada hasta octubre de 2019. Y es que **garantía de la** requerida y reconocida **independencia funcional de la Dirección de Análisis**, al igual que la **independencia del Comité de ética**, que también adolece, de un presupuesto propio, **requiere ineludiblemente** de la **suficiencia de medios económicos, humanos y técnicos imprescindibles** para poder **realizar con solvencia las labores** que tiene **asignadas** sin que pueda obviarse que son **piezas clave del sistema de integridad** de la **organización municipal**.

Y es que, no en balde, el diseño de la plantilla planificada para la DA ya a finales del mandato pasado (primer trimestre de 2019) cuando todavía estaban en desarrollo algunas de sus funciones y no había entrado en pleno funcionamiento el comité de ética (con la carga de trabajo que ello supone para la DA) era:



\*Ens remetem al contingut de l'apartat número 8 Plantilla de la Direcció de Serveis d'Anàlisi

# 4. CONSIDERACIONES Y PROPUESTAS

La información recogida en esta Memoria pone de manifiesto la **consolidación** del **Marco de integridad del Ayuntamiento de Barcelona**. Consolidación a la que ha **contribuido** el **fortalecimiento del Buzón Ético y de Buen Gobierno**, de su órgano gestor, **la Dirección de Servicios de Análisis** y del **Comité de Ética**. **Piezas fundamentales** de dicha **arquitectura ética y de integridad**.

**Consolidación** a la que, igualmente, ha **coadyuvado** el **desarrollo del resto de funciones** que la **DA** tiene **encomendadas** por aplicación del **artículo 26 de las NRBE**, sobre todo, las **de carácter preventivo**. Pero también y de forma **definitiva**, la **entrada en vigor tanto** de la Directiva europea relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del derecho de la Unión (**Directiva "Whistleblower"**), en **diciembre de 2019**, como de su **ley de transposición** (Ley 2/2023 de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción) **a cuyos requerimientos técnicos y jurídicos se ajusta** perfectamente **el modelo del Ayuntamiento** de Barcelona. Ello, sin olvidar, el empuje que a tal efecto tuvieron las **normativas** dirigidas al **control del fraude** en relación a los **Fondos Europeos "Next Generation"**<sup>85</sup>

Por otro lado, el **elevadísimo número de comunicaciones o alertas recibidas por la DA**, durante estos años, **revela el grado de credibilidad y confianza generado** tanto **en la ciudadanía** como entre los **servidores públicos** del Ayuntamiento y sus entes instrumentales. Confianza para la que es y ha sido **fundamental** la **garantía de independencia reconocida** en el **artículo 25** de las NRBE y que **patentiza**, igualmente, la **pertenencia** del Ayuntamiento (a través de su Dirección de Servicios de Análisis) a la **Red de Agencias, Oficinas y Órganos Anticorrupción del estado español** así como los **convenios de colaboración** suscritos con las **cuatro Oficinas y Agencias de prevención y lucha contra el fraude y la corrupción autonómicas** actualmente en funcionamiento (Oficina Antifraude de Catalunya, Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunidad Valenciana, Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de las Islas Baleares y Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción).

Reconocimiento que ha **trascendido del ámbito del Ayuntamiento**, como evidencia el **enorme interés** que el Buzón Ético y de Buen Gobierno del Ayuntamiento de Barcelona viene despertando, desde su creación, en 2017, en **otras Administraciones e Instituciones Públicas** de ámbito **autonómico** y del estado **español**. Incrementándose

---

<sup>85</sup> Con especial mención a las Órdenes HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, y la HFP/1031/2021, de 29 de septiembre, por la que se establece el procedimiento y formato de la información a proporcionar por las Entidades del Sector Público Estatal, Autonómico y Local para el seguimiento del cumplimiento de hitos y objetivos y de ejecución presupuestaria y contable de las medidas de los componentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

exponencialmente, durante este trienio, el número de replicaciones de su modelo así como el de las peticiones para ello. Así, **a las Oficinas y Agencias Antifraude de Valencia, Catalunya e Islas Baleares** se sumaron, a partir de 2020, la propia **Generalitat de Catalunya**, los **Ayuntamientos de Lleida, Terrassa, Mollet del Vallés, Granollers, Tiana, el Área Metropolitana de Barcelona, las universidades Pompeu Fabra y la Universitat de Barcelona, la empresa pública Ferrocarriles de la Generalitat de Catalunya** y, a través, del **Consorcio "Administració Oberta de Catalunya"** ya son **más de 90** las **entidades locales catalanas** que lo han solicitado. Ello sin olvidar que el **Consello de Contas de Galicia** lo tiene **incorporado** como **canal interno** y que el **"Buzón de Colaboración"** de la **Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia -CNMC-**, **se inspira** en él. A fecha de hoy, otras instituciones y municipios han mostrado su interés en utilizar la tecnología del Buzón.

En esta línea, también hay que destacar el **interés académico y profesional** que ha suscitado el **Buzón** tal y como evidencian las invitaciones a participar en seminarios y jornadas organizadas en el ámbito **universitario y por asociaciones profesionales** (especialmente en el ámbito del cumplimiento normativo o *compliance*) para explicar la experiencia del Buzón, su incidencia en el ámbito de la integridad, el buen gobierno y la prevención del fraude y de las conductas contrarias al ordenamiento jurídico o a los principios éticos, así como en materia de protección de alertadores o "Whistleblowers".

Y es que, sin ánimo de incurrir en reiteraciones innecesarias, no puede olvidarse, que el Buzón Ético y de Buen Gobierno del Ayuntamiento de Barcelona es una **herramienta pionera** tanto en materia de **prevención** como de **protección** de los posibles **informantes** o alertadores al **permitir**, ya **desde** enero de **2017**, las comunicaciones **anónimas**, facilitando, **además**, el poder hacerlo a través de la **red TOR**. Y fue, igualmente, **precursora** tanto **por su origen** al haber sido gestada **en colaboración** con **asociaciones ciudadanas** con experiencia en la lucha contra el fraude, en concreto, con la plataforma ciudadana Xnet (de la que es coautora) **como por** el **espíritu** que la inspiró que conllevó que lo fuese **en código libre** modificable y replicable. El Ayuntamiento de Barcelona fue la **primera Administración Pública en poner en funcionamiento** un mecanismo como este. Circunstancia que refuerza la **reputación** de la Institución.

En este sentido, procede referenciar aquí que la Dirección de Análisis, en su calidad de **órgano de prevención** y gestor de un canal de alertas o comunicaciones **recibe requerimientos de información por** parte de organismos del estado español como la Oficina Independiente de Revisión y Supervisión de la Contratación (**OIRESCON**), para su Informe Anual de Supervisión de la Contratación y el Servicio Nacional de Coordinación Antifraude (**SNAC**-órgano estatal de colaboración con la Oficina Europea de Lucha contra el fraude-). Órganos que, a su vez, **reportan** sus informes a la **Comisión Europea** y en la **Oficina de Naciones Unidas** contra la Droga y el Delito (UNODC), respectivamente. De manera que al cumplimentar dichos requerimientos, **la información remitida por la DA** y, por tanto, **sus actuaciones, trascienden** a dichos órganos **supranacionales**.

De igual manera, deben **considerarse** también, desde el **punto de vista de la prevención** y con el **objetivo de consolidar la cultura de la integridad y del cumplimiento normativo** dentro de la **organización municipal y sus entes instrumentales**, las **acciones formativas** llevadas a cabo y dirigidas a todo el personal municipal, **incluido los cargos directivos y de confianza así como a los cargos electos**.

A ellas hay que **añadir** las **actuaciones** desplegadas, por la DA, **en relación** a los **programas de cumplimiento normativo (compliance)**:

- a) **verificación, impulso y seguimiento** de la **implementación** de estos programas **en todas** las **mercantiles con capital municipal**.

En este punto **decir que, durante este trienio**, se ha podido **dar por cumplido el reto, iniciado en 2018**, de lograr el alineamiento de estas con el marco preventivo y estándares fijados en el artículo 31 bis del Código Penal en relación al 31 quinquies de dicho cuerpo normativo en la medida en que **todas ellas a día de hoy cuentan con un sistema de cumplimiento normativo o compliance** (al menos penal) o están cerrando los últimos flecos para ello.

Proceso que ha **culminado** con la **celebración** de la **Primera Reunión de Seguimiento y Trabajo Conjunto** entre la **DA** y todos los **responsables de cumplimiento normativo (compliance officers)** de las mismas. **Reuniones de trabajo periódicas y estrictamente técnicas impulsadas** por la **DA** y concebidas como un **espacio para la puesta en común de sinergias, inquietudes y experiencias de interés común**.

- b) en **materia contractual**, al amparo de lo dispuesto en el artículo 64 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en relación con su artículo 1, en la medida en que se positiviza el principio de integridad en la contratación pública y se impone el deber de adoptar medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción. Este es **otro de los retos que**, como en el supuesto precedente, planteamos en el **periodo anterior** y que ha sido **superado definitivamente en 2022 con la incorporación**, en los pliegos de cláusulas administrativas de los **contratos del Ayuntamiento, como condición especial de ejecución**, de la **obligación** que las **adjudicatarias** de los mismos **cuenten**, al menos, con un **sistema de prevención de delitos o compliance** penal.

Procede **remarcar** que el **Ayuntamiento de Barcelona** se convierte en la **primera Administración a nivel catalán y español que incorpora esta práctica contractual**.

**Práctica** contractual que, merece resaltar, la **OIRESCON** ha **valorado positivamente**.

**También**, dentro del **ámbito** de la **prevención**, podemos **aludir** a la **Propuesta de Instrucción en materia de regalos y ofrecimientos irregulares**, elaborada, por la DA, en 2022, al **objeto** de **reforzar** el **principio de igualdad** (a fin de **evitar** cualquier **trato de favor**) **a la vez que** se intenta **facilitar**, a los **servidores públicos, mecanismos prácticos y protocolos de actuación** que, materializando la prohibición de aceptación de los mismos, les **ayuden a reaccionar** ante cualquier **ofrecimiento**. Así, entre otros elementos, se **incluyen**, en ella, por ejemplo, diferentes **formularios** y el diseño de un **Registro de regalos**.

Propuesta de Instrucción **encaminada, además, a ofrecer un refuerzo preventivo** más dentro del **Plan de Medidas Antifraude** para la Gestión de Proyectos vinculados con el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, financiados con **Fondos Europeos "Next Generation"**.

**Otra novedad** introducida en materia de **prevención** durante este periodo ha sido el **"Informe en virtud del cual se formulan consideraciones, recomendaciones y propuestas de mejora en materia de contratación pública a raíz de los riesgos detectados en este ámbito de actuación municipal y en ejercicio de las funciones de prevención que tiene encomendadas la Dirección de Servicios de Análisis"**, en la medida en que **inaugura la que pretende ser una serie periódica** de informes **dirigidos a facilitar el monitoreo y seguimiento de todas las vulnerabilidades y riesgos detectados a través de las alertas e informaciones recibidas y gestionadas por la DA** y que pudieran tener **mayor impacto para la organización municipal**, en **cada una de sus áreas de actuación (contratación, función pública, subvenciones ...)**, **englobando** y aglutinando, de esta manera, todas las **medidas de mitigación, las recomendaciones y las propuestas de mejoras formuladas** a lo largo de cada año o **periodo de referencia**.

Respecto a las **tareas relativas a la obligación de velar por la indemnidad** de los posibles **comunicantes**, hay que decir que hasta este momento, **no se ha detectado ni reportado ningún caso** de represalias. **El anonimato**, permitido por el Buzón, ha sido **fundamental** en este sentido (pues, no hay mejor instrumento para la defensa de los comunicantes o alertadores, hoy por hoy, que el anonimato a la vista de las **limitaciones**



de las que, en tal sentido, adolece **nuestro ordenamiento jurídico y que, desgraciadamente, no han sido solventadas totalmente por la Ley de transposición de la Directiva “Whistleblower”**). Pero, si bien es cierto que, por ello, la DA no se ha visto obligada a desplegar ninguna actuación concreta al respecto sí se torna preciso perfeccionar los protocolos de actuación necesarios ante una posible situación de riesgo. Objetivo que deberá retomarse con la máxima urgencia y que debido a las cargas de trabajo soportadas aún no se ha podido concluir definitivamente.

En la misma línea, también resulta necesario determinar y concretar las facultades y los medios que se atribuyan efectivamente a la Dirección de Análisis para poder cumplir con esta delicada y fundamental obligación de protección.

En este ámbito de la **protección de los alertadores** hay que señalar el **papel activo de la DA en línea con el compromiso del Ayuntamiento en este campo. Papel activo que viene adoptando la DA** ya desde el periodo 2018-2019 y que ha llevado, por ejemplo, a que en 2020 haya sido **llamada a comparecer** ante la Comisión de Acción Exterior, Relaciones Institucionales y Transparencia del **Parlamento de Cataluña**, en relación a la ponencia redactora de la Proposición de ley de protección integral del alertadores en el ámbito competencial de la Generalitat, y haya sido **invitada** por el **Ministerio de Justicia**, en relación con el **proceso** legislativo de **transposición** de la **Directiva “Whistleblower”**, a **diversas reuniones**<sup>86</sup>, durante 2020 y 2022, lográndose, entre otras, la incorporación de algunas de las observaciones formuladas<sup>87</sup> y el reconocimiento de la existencia del modelo del Ayuntamiento en la propia exposición de motivos de la Ley de transposición. En este sentido también debe destacarse el resto de acciones llevadas a cabo en este campo a través de la Red de Agencias, Oficinas y Órganos Antifraude española (de la que, como se dijo, es miembro el Ayuntamiento) cuya labor en este campo ha sido encomiable y de la constituye una pequeña muestra el **“Catálogo de Derechos de las Personas Alertadoras y Denunciantes de Corrupción”** que se elaboró con vistas al posible efecto directo de algunos de los preceptos de la Directiva “Whistleblower” una vez finalizado el plazo para su transposición a nuestro ordenamiento interno sin que ésta se hubiese materializado.

Igualmente merecen ser mencionadas las **acciones encomendadas a la DA** en cuanto a la **prevención del Fraude y la Corrupción** en relación a la gestión de los **Fondos Europeos Next Generation** y el **papel fundamental del Buzón** como **canal de entrada** para las alertas, informaciones o denuncias que se formulen al respecto. Sin

---

<sup>86</sup> A las que también asistieron los representantes del resto de las oficinas, agencias y órganos antifraude que conforman la Red de Oficinas y Agencias y Órganos Antifraude de España. Red a la que pertenece el Ayuntamiento de Barcelona, a través de su Dirección de Servicios de Análisis.

<sup>87</sup> En relación a los sistemas internos de información en el sector público y sobre todo en relación al ámbito local así como las apoyadas conjuntamente por el resto de miembros de la Red de Oficinas y Agencias y Órganos Antifraude de España

olvidar todas las **acciones encaminadas** a reforzar la transparencia, en la línea de lo dispuesto en el art. 19 de la Normas Reguladoras del Buzón, mediante la **finalización y próxima puesta en marcha** (esperemos que antes de que acabe 2023) de la **futura web del de DA y del Comité de Ética**. Proyecto en el que ha sido inestimable la colaboración y la dirección técnica del departamento de canales de la Dirección de Comunicación Digital y las aportaciones del departamento de transparencia.

Señalar asimismo que se ha **mantenido** la **línea de colaboración** establecida desde un principio con la **Intervención General**.

Por otra parte y por lo que respecta al **Comité de Ética**, **superada** la **fase inicial de nombramiento de sus miembros y el proceso para su efectiva puesta en marcha y funcionamiento** (en el que la DA ha ejercido una papel muy significativo como órgano de apoyo técnico jurídico y de gestión) que **culminó** con la **aprobación del Reglamento Interno** de funcionamiento del Comité, **el 13 de febrero de 2019** (en cuya propuesta fue redactada por la DA) **destacar** que, este trienio **2020-2021-2022, ha sido** el de su **afianzamiento**. Pues, fue, a partir de este momento que el Comité, ya con todos los instrumentos jurídicos necesarios, entró en **pleno funcionamiento** con la enorme **trascendencia** que este hecho supone para la **solidificación del marco de integridad municipal**. "Pleno funcionamiento" que, no obstante, **requirió y requiere de la DA** (en su condición de órgano de apoyo) una gran **atención y la dedicación de una significativa parte de sus escasísimos recursos personales** (técnicos jurídicos y administrativos) que no se vieron incrementados.

Se torna preciso aquí remarcar el **inestimable apoyo** recibido por el **Comité de Ética** como órgano pero también el recibido por todos **y cada uno de sus miembros** (incluidos los que ya no están) durante este tiempo así como su **enorme comprensión y calidad técnica y humana**.

Y, llegados a este punto, es necesario **insistir** en que para **el debido cumplimiento** de todas las **funciones normativamente asignadas** y las **tareas** en que éstas se han materializado la **DA precisa una dotación de medios económicos, técnicos y humanos apropiada para poder abordarlas con la solvencia y rigurosidad exigidas**. Dotación de la que ha **carecido desde su creación** como pone de manifiesto, con datos totalmente objetivos, el contenido de la Memoria. De hecho, y a pesar del incremento de funciones que supuso la aprobación de las NRBE, la entrada en funcionamiento del Comité de Ética y las nuevas tareas encomendadas, la DA ha mantenido la media de su plantilla originaria, y una dotación económica inexistente (pues el único dinero que se le ha asignado ha sido el destinado a sufragar las dietas de asistencia de los miembros del Comité de Ética).

No puede olvidarse que **si el servicio no se nutre de los medios (económicos, humanos y materiales) suficientes, especializados y necesarios para poder**

**desarrollar los objetivos** por los que fue creado (tendientes, todos ellos, a **reforzar la integridad pública y la cultura del cumplimiento normativo** en la organización mediante la **prevención y la formación**) se puede correr el **riesgo** de herir las expectativas y la **confianza** ciudadana **generada** con los **costes reputacionales** en que se podría incurrir. Habiendo sido **reiteradas ya desde 2018 las alertas en tal sentido y entre las que** cabe mencionar ,por ser más recientes, las formuladas por el **propio Comité de ética y la Sindicatura de "Greuges"** del Ayuntamiento (ello, sin perjuicio de su desarrollo en el apartado 3 de la Memoria).

Por ello, a la vista de las carencias descrita, es importante **destacar**, pues adquiere aún mayor valor si cabe, que, a pesar de **las dificultades técnicas y de gestión, de los nulos recursos económicos y los recursos humanos con los que se ha dotado** a la Dirección de Análisis, **se ha podido realizar la totalidad de actuaciones descritas en este informe. Y, en concreto**, en lo que **respecta** al específico ejercicio de las **funciones relativas a la gestión del Buzón Ético**, se han **alcanzado los resultados** detallados en el **apartado "2.1.2.5. Detalle del volumen total de comunicaciones efectivamente tramitadas y gestionadas y de los niveles de pendencia de 1 de enero de 2020 a 31 de diciembre de 2022"**, al cual nos remitimos **remarcando el resultado final** alcanzado **a 31 de diciembre de 2023 respecto al total de comunicaciones que la DA ha gestionado desde 2016**, un total de **2.893 expedientes** de los cuales ha **conseguido finalizar 2.564**, esto es, un **88,63%** de los mismos quedando **en trámite 329**, es decir, **un 11,37%**. Mas debe insistirse en que este resultado sólo ha **sido posible** gracias al **enorme y desmesurado esfuerzo y dedicación** de todos los **miembros de la DA** (incluidos los que cesaron) ante los que sólo tengo palabras de agradecimiento. **Sobreesfuerzo sostenido en el tiempo** que agrava el **agotamiento** y cansancio que ya se acusaba a finales de 2019 (cuando se vertió la precedente Memoria) **y que**, como ya se dijo, no puede **suplir las obligaciones y responsabilidades de la Administración Municipal** respecto a las **necesidades de dotación de un servicio** de esta naturaleza, **vinculado a la integridad y el buen gobierno. Y, es importante esta apreciación, de cara al futuro**, por cuanto, a día de hoy, cuando **sólo han transcurrido 3 meses y medio y todavía faltan 8 meses y medio para acabar 2023**, ya se han **recepionado**, a través del Buzón, **183 comunicaciones**, de manera que **de mantenerse, como media**, este elevado ritmo de entrada puede **finalizarse el año superando los niveles de los años anteriores**. Y, en consecuencia, la DA tendrá que tramitar todas ellas más las 329 en trámite a 1 de enero de 2023 y seguir llevando a cabo el resto de funciones encomendadas.

Ya **para acabar** procede **esbozar sintéticamente** una serie de **propuesta** de acciones con el objetivo de **seguir impulsando**, con los medios adecuados, **el Sistema de Integridad Municipal**:

- Refuerzo de las actuaciones de **formación, promoción y difusión del marco de integridad municipal y la cultura del cumplimiento normativo** con el apoyo

imprescindible de las dependencias municipales que tienen estas funciones y haciéndolas extensivas al resto de entes instrumentales. Valorándose positivamente el hecho de haber introducido un tema relativo al Buzón Ético y el Código Ético en los temarios de oposiciones, en los procesos selectivos para la constitución de bolsas de funcionarios interinos y en los manuales de acogida a los nuevos servidores públicos.

- Extender **el impulso** y seguimiento de la implementación de **programas de cumplimiento normativo "compliance"** a todos los entes instrumentales del Ayuntamiento.

- **Extender a otras modalidades contractuales** y a **umbrales económicos más bajos** la **condición especial de ejecución** relativa a la **obligación que las adjudicatarias** de los **contratos** que subscriba el **Ayuntamiento cuenten con un sistema de prevención de delitos (compliance penal)**. Y abordar su posible exigencia en el **ámbito de las subvenciones** (en supuestos de elevadas cuantía y según la naturaleza jurídica de las beneficiarias). Valorándose la posibilidad de que dicha exigencia también pueda ser impuesta por el **resto de entes instrumentales** municipales a la hora de contratar o conceder subvenciones.

- Diseño de **mapas de riesgos** de la organización en base a las alertas recibidas y programas para abordarlos.

- **Valorar** el impacto de la entrada en vigor de la **ley de Transposición** de la Directiva "Whistleblower" en los **entes instrumentales** del ayuntamiento y **seguimiento** de su **cumplimiento**.

- Puesta en marcha de la **página web** del **Comité de Ética y la DA**.

- **Fomentar la relación** con el resto de departamentos, unidades y distritos así como de las entidades vinculadas. Consolidando la colaboración que ya se está materializando, a día de hoy, con algunos órganos, dependencias y departamentos municipales.

- Continuar contribuyendo a consolidar la imagen exterior del **Ayuntamiento de Barcelona** como una **administración** pionera y **comprometida** en materia de **integridad pública y en prevención del fraude y la corrupción** así como en materia de **protección de alertadores** o "Whistleblowers".

Barcelona a 17 de Abril de 2023

2023.04.17 18:35:12 +02'00'
-----------------------------------

Rosa M<sup>a</sup> Sánchez Sánchez  
Dirección de Servicios de Análisis  
Ayuntamiento de Barcelona

# 5. GLOSARIO

Área Metropolitana de Barcelona	AMB
Administración Abierta de Cataluña	AOC
Consorcio Administración Abierta de Cataluña	AOC
Agencia Valenciana contra el Fraude y la Corrupción	AVAF
Buzón Ético y de Buen Gobierno	BEBG
Boletín Oficial del Estado	BOE
Boletín Oficial de la Provincia	BOP
Comunidad Autónoma	CA
Constitución Española	CE
Código Ético y de Conducta	CEC
Clasificación Nacional de Actividades Económicas	CNAE
Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia	CNMC
Consejo de transparencia y buen gobierno	CTBG
Dirección del Servicio de Análisis	DSA
Escuela de Administración Pública de Cataluña	EAPC
Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.	EBEP
Reglamento (UE) Nº 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE	EIDAS
Entidad Nacional de Acreditación	ENAC
Entidad Pública Empresarial	EPE
Ferrocarriles de la Generalitat de Cataluña	FGC
Fundamento Jurídico	FJ
Comisión de garantía del derecho de acceso a la información pública	GAIP
Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo.	INSHT
Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya	JCCA

Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014	LCSP
Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones	LGS
Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas	LPAC
Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales	LPRL
Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.	LRBRL
Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.	LRJSP
Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno	LTAIBG
Fondos Europeos Next Generation	NGEU
Normas Reguladoras del Buzón Ético y de Buen Gobierno	NRBE
Oficina Andaluza Antifraude	OAAF
Oficina Antifrau de Catalunya	OAC
Oficina de Prevención y Lucha Contra la Corrupción de las Islas Baleares	OAIB
Pliego de cláusulas administrativas particulares	PCAP
Pliego de prescripciones técnicas	PPT
Recurso	Rec.
Registro de grupos de interés	RGI
Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.	RGLCAP
Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)	RGPD
Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención	RSP

Sentencia del Tribunal Supremo	STS
Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales	TARC
Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea	TJCE
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	TJUE
Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores	TRET
Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas	TRLCAP
Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.	TRLCSP
Tribunal Superior de Justicia	TSJ
Universidad de Barcelona	UB
Unión Temporal de Empresas	UTE
Sistema multicanal de incidencias, reclamaciones y sugerencias	IRIS
Systems Applications and Products in Data Processing	SAP
Plan De Medidas Antifraude	PMA
Servicio Nacional de Coordinación Antifraude	SNAC
Oficina Europea de Lucha Contra el Fraude	OLAF
Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito	UNDOC
Entorno Virtual de Aprendizaje	EVA
Carta Europea de Derechos Humanos en la Ciudad	CEDHC

# ANEXO

# RECOMENDACIONES



# **RECOMENDACIONES DE CARÁCTER PREVENTIVO EN RELACIÓN CON ALERTAS DE IRREGULARIDADES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA**

---

## ***I. CONTRATACIÓN MENOR. ANÁLISIS DE LAS PRINCIPALES INCIDENCIAS COMUNICADAS: FRACCIONAMIENTO IRREGULAR, INFORME DE NECESIDAD E IDONEIDAD DEL CONTRATO, RIESGO DE PRÁCTICAS DE FAVORITISMO O TRATO DE FAVOR EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, RIESGO DE DELITO DE PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA Y RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES***

---

En el BEBG se han recibido varias comunicaciones relativas a presuntas irregularidades en la contratación menor llevada a cabo por una misma Gerencia (en adelante: La Gerencia). Cada una de las comunicaciones recibidas alertaban de irregularidades en diferentes concatenaciones de contratos menores y, en relación con cada una de las mismas, el Buzón Ético dictó las correspondientes admisiones, incoó las pertinentes actuaciones de investigación, comprobación y de análisis jurídico (precisando, en cada caso la legislación vigente según su fecha de formalización y ejecución) que culminaron en las respectivas Recomendaciones. Pero, debido a que todas las comunicaciones se referían, como se ha dicho, a contratos menores impulsados por la misma Gerencia y en todos los supuestos se observó la misma o similar mecánica operativa se resumirán, a continuación, de forma conjunta las diligencias realizadas y las recomendaciones evacuadas a raíz de cada una de ellas para facilitar su lectura. De este modo se procederá: en primer lugar, a describir muy brevemente el objeto de las alertas recibidas (agrupando aquellas que afectan a la misma "serie" contractual tratada) para después, exponer de forma conjunta las irregularidades detectadas por el órgano gestor del Buzón Ético (la gran mayoría de ellas comunes en todos los contratos), y recoger, finalmente, de una manera global las Recomendaciones formuladas para todos los casos analizados.

Reseñar que dentro de las actuaciones de investigación y comprobación practicadas, se encuentran por ejemplo: a) el requerimiento al órgano contratante, entre otra información, la relativa a los expedientes administrativos de todos los contratos afectados para su examen, así como los registros de facturación; b) también se consultaron los informes de control financiero evacuados por la Intervención general del Ayuntamiento durante aquellos periodos de tiempo (entre otros: "Informe definitivo de fiscalización a posteriori sobre expedientes de contratación del Sector XXX del ejercicio 2015", "Informe de control financiero de la Intervención General, Revisión Limitada de contratos menores-2016 del Ayuntamiento de Barcelona"), c) se analizó la naturaleza y duración de la vinculación existente con los contratistas, d) se solicitó de oficio al Registro Mercantil de Barcelona nota informativa registral de las sociedades mercantiles afectadas, e) se analizaron las solicitudes de compatibilidad...

Indicar también que en todos los supuestos analizados se comprobó que: a) la tramitación de los contratos menores era consecutiva; b) las prestaciones realizadas implicaban necesidades sucesivas y reiteradas en el tiempo, con el mismo contenido; c) la acumulación de los contratos menores sucesivos excedía de la limitación temporal de un año y d) que, por razón de su naturaleza, se tendrían que haber integrado en un único objeto, en una unidad operativa o funcional, puesto que existía una unidad en las necesidades a cubrir con la contratación.

Igualmente a raíz de las alertas comunicadas se acabaron constatando las siguientes cuestiones:

### COMUNICACIÓN PRIMERA

**A partir de la COMUNICACIÓN PRIMERA se llegó a constatar que** la Gerencia llevó a cabo varias modalidades contractuales reiteradas **durante 5 años**, con el mismo objeto contractual y que afectaban a una misma persona física. El primero y segundo año mediante la contratación sucesiva de 2 empresas de las que aquella era trabajadora (las empresas compartían el mismo socio fundador y el mismo CNAE<sup>88</sup>). Y, durante los siguientes 3 años mediante adjudicación directa de contratos menores que le fueron adjudicados sin solución de continuidad hasta que se integró en el régimen funcional a través del interinaje para prestar servicios dentro de la misma Gerencia contratante, servicios que eran de análoga naturaleza a los que constituían el objeto de los precedentes contratos administrativos citados.

### COMUNICACIÓN SEGUNDA

**A partir de la COMUNICACIÓN SEGUNDA se llegó a constatar que** la Gerencia **adjudicó** 34 contratos menores a una misma persona física durante **ocho años** consecutivos y por objetos de similar naturaleza. Situación que ya había sido constatada no sólo en los Informes de Contratación elaborados conjuntamente por el Departamento de Servicios Jurídicos y el Personal de Administración de la Gerencia, sino también reiteradamente en algunos de los expedientes de contratación analizados por la Secretaría Delegada de la Gerencia, así como en los Informes de Intervención General correspondientes, y a pesar de ello se continuaban adjudicando.

### COMUNICACIÓN TERCERA

**Por la COMUNICACIÓN TERCERA se constató que** una misma persona física era adjudicataria de numerosos contratos menores, de forma reiterada, sin solución de

---

<sup>88</sup> La Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE) es un sistema de numeración que tiene por finalidad agrupar y clasificar todas las unidades productoras según la actividad económica que desarrollan. A cada unidad se le asigna un código numérico llamado código CNAE.

continuidad y con objeto de similar naturaleza en diferentes órganos municipales (Gerencia, Distritos, Institutos y otra entidad municipal). Concretamente, en la referida Gerencia fue adjudicataria de cinco contratos menores durante cuatro años seguidos, hasta que se integró en el régimen funcional a través del interinaje en de la aludida Gerencia, mientras continuaba siendo adjudicataria de un contrato de Distrito.

## **COMUNICACIÓN CUARTA**

**Gracias a la COMUNICACIÓN CUARTA se constató** que una misma persona física no funcionaria, era adjudicataria de numerosos contratos menores con dos órganos municipales diferentes, siendo uno de ellos una Gerencia, y que posteriormente esta misma persona fue nombrada asesora de una Tenencia de Alcaldía. Observándose, en los contratos irregularidades como: fraccionamiento irregular del contrato menor (situación que ya había constatado previamente el Departamento de Administración) la falta de los preceptivos informes de necesidad e idoneidad, la falta de justificación de la realización de la prestación del servicio contratado o la orfandad en la determinación y concreción de la prestación objeto del contrato.

Por todo esto, se trasladaron las consideraciones que se expondrán a continuación, precisando la legislación aplicable en cada caso en atención al régimen de vigente en ese momento.

---

## ***I.I. CONTRATACIÓN MENOR. FRACCIONAMIENTO IRREGULAR, DEL CONTRATO MENOR***

---

### **I. REGULACIÓN DE LA CONTRATACIÓN MENOR: Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el cual se aprueba el TRLCSP (TRLCSP)**

A la contratación menor del año 2017, le era aplicable el Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el cual se aprueba el TRLCSP (TRLCSP), publicado en el BOE de 16 de noviembre de 2011 por ser la normativa vigente en aquel momento.

De conformidad con el TRLCSP hay que tener presentes las siguientes previsiones relativas a la contratación menor:

- Consideración del contrato menor: Art. 138.3 TRLCSP: *"Se consideran contratos menores los contratos de importe inferior a 50.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 18.000 euros, cuando se trate de otros contratos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 206 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal"*.

En estos importes no se incluye el tipo impositivo del IVA, dada la conclusión segunda de la Circular n.º 3/2008 de 30 de julio del Abogacía General del Estado *"En los umbrales o límites cuantitativos establecidos en el artículo 122.3, párrafo segundo, del citado texto legal (referido a la Ley 30/2017 de 30 de octubre de Contratos del Sector Público) para determinar si un contrato tiene o no la consideración de contrato menor no se incluye el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido"*, este criterio también se acoge en el Informe 26/08, de 2 de diciembre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado *"debe entenderse que, por regla general, si el artículo hace referencia a la fase de preparación o adjudicación del contrato, el término que se emplea (cuantía, importe o cualquier otro similar) deberá referirse al concepto de presupuesto, lo cual supone estar a lo dispuesto en los artículos 131, 189 y 195 del Reglamento, si bien, en ningún caso, deberá considerarse incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido. Por el contrario, cuando en el precepto que utilice el término de que se trate se refiera a la fase posterior a la adjudicación del contrato, habrá que ponerlo en relación con el término precio"*.

- **Adjudicación del contrato menor:** Art. 138.3 TRLCSP *"Los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 111"*.

- **Expediente de contratación en contratos menores:** Art. 111.1 TRLCSP *"En los contratos menores definidos en el artículo 138.3, la tramitación del expediente sólo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan"*. Art. 111.2 TRLCSP *"En el contrato"*

*menor de obras, deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando normas específicas así lo requieran. Deberá igualmente solicitarse el informe de supervisión a que se refiere el artículo 125 cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra”.*

- **Formalización de los contratos:** *Art. 28.2 TRLCSP “Los contratos que celebren las Administraciones Públicas se formalizarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 156, sin perjuicio de lo señalado para los contratos menores en el artículo 111” Art. 156.2 TRLCSP “En el caso de los contratos menores definidos en el artículo 138.3 se estará, en cuanto a su formalización, a lo dispuesto en el artículo 111” (por lo tanto, bastará la aprobación del gasto e incorporación de la factura).*

- **Plazo de duración del contrato menor:** *Art. 23.3 TRLCSP “Los contratos menores definidos en el artículo 138.3 no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga”.*

- **Revisión de precios:** *Art. 89.2 TRLCSP “2. La revisión de precios no tendrá lugar en los contratos cuyo pago se concierte mediante el sistema de arrendamiento financiero o de arrendamiento con opción a compra, ni en los contratos menores. En los restantes contratos, el órgano de contratación, en resolución motivada, podrá excluir la procedencia de la revisión de precios”.*

- **No sujeción a fiscalización previa:** El art. 219.1 del Real decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el cual se aprueba el Texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, dispone que *“No estarán sometidos a intervención previa los gastos de material no inventariable, contratos menores ...”*

De la normativa expuesta, y vigente en aquel momento, se extrae que las características especiales de los contratos menores son:

- Los contratos no pueden superar los umbrales económicos establecidos en la propia Ley y en el caso del Ayuntamiento de Barcelona establecidos también en la correspondiente Base de ejecución del presupuesto.

- El sistema de adjudicación es directa, sin concurrencia, y por tanto constituye una excepción a los principios generales de la contratación pública.

- No pueden tener una duración superior en un año, ni ser objeto de prórroga ni de revisión de precios.

- El expediente y formalización solo exige la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente; y en el caso de las obras, además, el presupuesto de las mismas.

Respecto a las características de los contratos menores, a modo de ejemplo, el Informe 19/2013 de 25 de septiembre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, exponía que: *"El contrato menor, configurado como un procedimiento simplificado en la propia Exposición de Motivos de la Ley de Contratos del Sector Público, viene definido como aquel contrato de importe inferior a 50.000€, en el caso de contratos de obras, o a 18.000 €, en el resto de contratos, ambos antes de IVA, en los que su precio no puede ser objeto de revisión, ni tener una duración superior a un año, ni prorrogarse, cuyo expediente y formalización sólo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, y en el caso de las obras además, el presupuesto de las mismas.*

*Por tanto, la finalidad del contrato menor es posibilitar a las Administraciones Públicas una rápida satisfacción de aquellas necesidades que, por su escasa cuantía y duración temporal, resulte necesario adjudicar de manera directa a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, a través de un procedimiento sencillo y ágil, en el que se excepcionen los principios de publicidad y concurrencia".*

## II. NORMATIVA DE APLICACIÓN A LA CONTRATACIÓN MENOR EN LA LEY 9/2017 DE, 9 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO (LCSP)

En cuanto a los contratos menores XXX y XXX les era de aplicación la vigente Ley 9/2017, de 9 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

En el art. 118 de la LCSP se contempla la regulación de los contratos menores (con las especificidades establecidas para los suministros y servicios que celebren las entidades incluidas en el en el sistema español de Ciencia y tecnología e innovación -hasta 50.000 euros- según la Disposición Adicional 54ª de la LCSP, incorporada por la Ley 6/2018, de 3 de julio y modificada por el Real Decreto Ley 3/2019, de 8 de febrero, de medidas urgentes al ámbito de la Ciencia, la Tecnología, la Innovación y la Universidad) modificado por el Real decreto ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español varias directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales.

Al expediente de contratación menor XXXX le es de aplicación la redacción originaria del art. 118 de la LCSP, en cambio al expediente de contratación menor XXXX, por ser posterior a 6 de febrero de 2020, le es de aplicación la mencionada modificación del artículo 118.

En su redacción originaria, el art. 118 de la LCSP supuso:

- Una rebaja de los umbrales aplicables para considerar a los contratos como menores:

Art. 118.1 LCSP *"Se consideran contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 229 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal"*

- La exigencia, en la tramitación del expediente del contrato menor, de un informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato:

Art. 118.1 LCSP *"En los contratos menores la tramitación del expediente exigirá el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato. Asimismo se requerirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan"*.

- Obligación de justificar, en el expediente de contratación, que no se está alterando el objeto del contrato para que resulte de aplicación el régimen de contratación de los contratos menores:

Art. 118.3 LCSP *"En el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación"*.

- Obligación de justificar, en el expediente de contrato menor, que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen los umbrales económicos aplicables en los contratos menores:

Art. 118.3 LCSP *"En el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo. El órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla"*.

Después de la modificación operada por el Real decreto ley 3/2020, de 4 de febrero, el citado art. 118 de la LCSP quedó redactado en los siguientes términos:

*"1) Se consideran contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 229 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal.*

*2) En los contratos menores la tramitación del expediente exigirá la emisión de un informe del órgano de contratación justificando de manera motivada la necesidad del contrato y que no se está alterando su objeto con el fin de evitar la aplicación de los umbrales descritos en el apartado anterior.*

*3) Asimismo se requerirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan.*



4) *En el contrato menor de obras, deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando sea requerido por las disposiciones vigentes. Deberá igualmente solicitarse el informe de las oficinas o unidades de supervisión a que se refiere el artículo 235 cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.*

5) *Lo dispuesto en el apartado 2.º de este artículo no será de aplicación en aquellos contratos cuyo pago se verifique a través del sistema de anticipos de caja fija u otro similar para realizar pagos menores, siempre y cuando el valor estimado del contrato no exceda de 5.000 euros.*

6) *Los contratos menores se publicarán en la forma prevista en el artículo 63.4.»*

Respecto a la duración del contrato, la redacción del art. 28 de la LCSP coincide en los mismos términos con el derogado art. 23.3 TRLCSP: *"Los contratos menores que define el apartado primero del art. 118 no pueden tener una duración superior en un año ni ser objeto de prórroga".*

El art. 131.3 de la LCSP, que regula el procedimiento de adjudicación de los contratos menores, establece que: *"Los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 118".*

El art. 153.2 LCSP, en lo referente a la formalización de los contratos menores, especifica que: *"En el caso de los contratos menores definidos en el artículo 118 se acreditará su existencia con los documentos a los que se refiere dicho artículo".*

Finalmente, respecto a la publicidad de los contratos menores, el art. 63.4 de la LCSP, expone que: *"La publicación de la información relativa a los contratos menores deberá realizarse al menos trimestralmente. La información a publicar para este tipo de contratos será, al menos, su objeto, duración, el importe de adjudicación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, y la identidad del adjudicatario, ordenándose los contratos por la identidad del adjudicatario.*

*Quedan exceptuados de la publicación a la que se refiere el párrafo anterior, aquellos contratos cuyo valor estimado fuera inferior a cinco mil euros, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores".*

### **III. FRACCIONAMIENTO DEL CONTRATO**

La contratación menor comporta una simplificación y una agilización procedimental eficiente y necesaria en determinadas circunstancias y para determinadas adquisiciones o aprovisionamientos.

En este sentido, la contratación menor, respecto a los gastos de menor cuantía, resulta más eficiente que la tramitación de un expediente ordinario de contratación; así mismo resulta

más ágil para atender necesidades urgentes de contratación. En esta línea se pronuncia el Informe 14/2014, de 22 de julio de la Junta Consultiva de la Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña: *"Así, la contratación menor, (...) comporta una simplificación y una agilización procedimental que hay que calificar de eficientes y, sin duda, necesarias en determinadas circunstancias y para determinadas adquisiciones o aprovisionamientos. Por lo tanto, la finalidad de esta categoría contractual no es otra que posibilitar una satisfacción rápida de determinadas necesidades, a través de un procedimiento ágil y sencillo, dada la escasa cuantía y duración temporal de los contratos mediante los cuales se pretende cubrir"*.

Aun así su aplicación supone la excepción de los principios de libertad de acceso a las licitaciones y publicidad, así como la inaplicación del deber de salvaguardia de la libre competencia y de selección de la oferta económicamente más ventajosa, recogidos en el art. 1 LCSP, y también supone una falta de encaje en los principios inspiradores de la contratación pública (publicidad y concurrencia entre otros) y del derecho comunitario, que no reconoce expresamente la figura del contrato menor.

Razón por la cual la contratación menor se tiene que restringir al ámbito de su configuración, es decir, debe hacerse un uso restrictivo para atender necesidades puntuales de importe menor y de duración determinada y no utilizar esta tramitación para atender necesidades continuadas, con "parcelación" de las prestaciones, para eludir los principios generales de la contratación pública de libertad de acceso a las licitaciones y publicidad, hecho que supondría un uso fraudulento de la contratación menor.

Efectivamente, en la utilización de la contratación menor analizada se pueden encontrar irregularidades respecto: la superación de los umbrales económicos establecidos, la inobservancia, por parte del contratista, de la capacidad de obrar y la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, la existencia de facturas fechadas con anterioridad a la aprobación del gasto, pero la problemática principal es el fraccionamiento ilícito del objeto del contrato para eludir las normas de publicidad y de concurrencia.

En el artículo 86 del TRLCSP recoge la figura del fraccionamiento del objeto del contrato, diferenciando entre<sup>89</sup>:

- Fraccionamientos irregulares/ilícitos:

El artículo 86.2 del TRLCSP dispone que *"No podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan"*.

---

<sup>89</sup> En el informe 14/2014, de 22 de julio de la Junta Consultiva de la Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya se señala *"Así, de acuerdo con el artículo 86 del TRLCSP, existen fraccionamientos del objeto de los contratos irregulares y no irregulares"*...

Este artículo intenta evitar la práctica ilegal de división artificial en diferentes expedientes de un gasto que constituye una unidad, realizada por el órgano de contratación, y que tiene como consecuencia eludir la aplicación de la normativa contractual aplicable.

- Fraccionamiento no irregular (división en lotes)

El artículo 86.3 del TRLCSP dispone que *“Cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto.*

*Asimismo podrán contratarse separadamente prestaciones diferenciadas dirigidas a integrarse en una obra, tal y como esta es definida en el artículo 6, cuando dichas prestaciones gocen de una sustantividad propia que permita una ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación”.*

A diferencia del fraccionamiento irregular, el fraccionamiento en lotes no elude la publicidad y la concurrencia, sino que por el contrario, facilita la participación de las pequeñas y medianas empresas en las licitaciones. Pero, en el caso concreto, a la vista de la utilización de la contratación menor se puede afirmar que no estamos ante la figura de división en lotes.

### III. INDICIOS DE FRACCIONAMIENTO IRREGULAR DEL OBJETO DEL CONTRATO SEÑALADOS POR LA DOCTRINA

De acuerdo con la doctrina jurídica emitida al efecto, se relacionan, los posibles indicios, que entre otros, permiten detectar si el fraccionamiento del objeto del contrato es contrario a normativa:

- Coincidencia entre sujeto, objeto y causa

El Informe 1/2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de Canarias expone que: *“existirá un único contrato cuando haya coincidencia en los tres citados elementos, es decir cuando la prestación a realizar para atender una necesidad haya de contratarse con un mismo sujeto, para realizar un mismo objeto, y motivado por una misma causa. Por el contrario, deberán formalizarse contratos distintos desde el momento en que la adecuada ejecución de la prestación a realizar motive que uno de esos tres elementos varíe, aunque haya coincidencia en los otros dos”.*

Aun así, de acuerdo con el Informe 4/2010, de 29 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa admite que *“El fraccionamiento del objeto de un contrato se produce*

*con independencia de que los contratos presuntamente fraccionados se hayan adjudicado a personas diferentes”.*

- Necesidades permanentes, previsibles y recurrentes

El Informe 14/2014, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña dispone que:

*"En todo caso, tanto si es para cubrir necesidades periódicas o necesidades de carácter puntual, hay que adelantar ya ahora que el diseño de una contratación para cubrir necesidades conocidas o previsibles mediante la adjudicación de contratos menores respecto de partes o grupos de estas necesidades "cada año" y por el hecho de que "no superan el umbral de los 18.000 Euros anuales", como se indica en el escrito de petición de informe, no sería lo más adecuado y conforme con la normativa de contratación pública, cuando no directamente contrario a esta, según las circunstancias concurrentes en cada caso ...*

*... el fraccionamiento fraudulento del objeto de un contrato se puede producir tanto mediante la suscripción de diversos contratos menores destinados a la obtención de un resultado único o de una prestación que hubiera tenido que ser objeto de un único contrato, como también llevando a cabo contrataciones menores sucesivas para cubrir necesidades recurrentes que tuvieran que formar parte de un único contrato...*

*... La suscripción de contratos menores sucesivos para la adquisición de bienes o servicios que se requieren repetidamente, por responder a necesidades de carácter recurrente, periódico o permanente, puede no ser el mecanismo más adecuado y más conforme con la normativa en materia de contratación pública para cubrir este tipo de necesidades e, incluso, puede llegar a ser contrario a aquella normativa, según las circunstancias concurrentes en cada caso”.*

En esta línea argumental, el Informe 10/2014, de 28 de abril de 2015, de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía concluye que:

*"El contrato menor es un tipo contractual de carácter excepcional y su utilización procede para contrataciones específicas y no para contrataciones sucesivas que puedan producir un fraccionamiento irregular del contrato”.*

El Informe 4/2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares establece que:

*"se podría considerar que un contrato menor es contrario a derecho si el órgano de contratación, en el momento de iniciar la tramitación de este contrato, tiene conocimiento cierto — o podría tenerlo, si se aplicasen los principios de programación y buena gestión— de la necesidad de contratar una prestación determinada de carácter o naturaleza unitarios, perfectamente definida, cuyas características esenciales no pueden variar de manera sustancial, que se tiene que llevar a cabo necesariamente año tras año y que responde a una necesidad continuada en el tiempo, y, aun así,*

*tramitase diferentes contratos menores y eludiese las normas más exigentes de publicidad y procedimiento”.*

Más recientemente el Informe 73/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, que recoge el criterio de los Informes 41/2017 y 42/2017 establece: *“la forma habitual de fraude consiste en la realización sucesiva de contratos menores con el mismo objeto exactamente, esto es, refiriéndose a un contrato que debió ser tratado como una unidad tanto en el aspecto económico como en el aspecto jurídico”.*

#### - Fraccionamiento temporal

El Informe 1/2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de Baleares dispone que *“puede hablarse de fraccionamiento cuando razonablemente se pueda prever que la prestación objeto del contrato tiene que mantenerse durante un periodo determinado que excede del plazo de ejecución o de la duración máxima previstas al inicio de la contratación”.*

#### - Valor estimado del contrato

El art. 88. 5 TRLCSP prevé que: *“En los contratos de suministro o de servicios que tengan un carácter de periodicidad, o de contratos que se deban renovar en un período de tiempo determinado, se tomará como base para el cálculo del valor estimado del contrato alguna de las siguientes cantidades:*

*a) El valor real total de los contratos sucesivos similares adjudicados durante el ejercicio precedente o durante los doce meses previos, ajustado, cuando sea posible, en función de los cambios de cantidad o valor previstos para los doce meses posteriores al contrato inicial.*

*b) El valor estimado total de los contratos sucesivos adjudicados durante los doce meses siguientes a la primera entrega o en el transcurso del ejercicio, si este fuera superior a doce meses.*

*La elección del método para calcular el valor estimado no podrá efectuarse con la intención de sustraer el contrato a la aplicación de las normas de adjudicación que correspondan”.*

En esta línea el Informe 14/2014, de 22 de julio, de la Junta Consultiva de la Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña expone que: *“La previsión del artículo 88.5 del TRLCSP pretende asegurar que en el cálculo del valor estimado de los contratos se tenga en cuenta el importe total máximo que las contrataciones puedan alcanzar –por referencia al valor total, real o estimado, según si se toma en consideración el periodo anterior o el futuro, de los contratos sucesivos–, con la finalidad última de garantizar la correcta aplicación de la normativa de contratación pública y el respeto a los principios que la informan”.*

#### - La unidad funcional u operativa

El informe 31/2012, de 7 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado ha señalado que: *"la idea fundamental, así pues, que debe regir la posibilidad de contratar separadamente prestaciones que guarden alguna relación entre sí, deberá ser la idea de que si constituyen una unidad operativa o funcional, es decir, si son elementos inseparables para el logro de una misma finalidad o si son imprescindibles para el correcto funcionamiento de aquello que se pretende conseguir mediante la celebración del contrato. En el caso de que constituyan una unidad operativa o sustancial y se divida el contrato, estaremos ante un fraccionamiento"*.

El informe 1/2017, de 1 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón especifica que: *"La unidad funcional es un concepto jurídico indeterminado que debe ser entendido como una aptitud para que el conjunto de prestaciones que integran un contrato puedan cumplir por sí mismas una función económica o técnica ... Cabe entender que existe «unidad funcional» si las diferentes prestaciones que integran el contrato no pueden ser separadas sin que sufra menoscabo o detrimento la consecución del fin público perseguido, de modo que puede afirmarse que las prestaciones deben agruparse en un solo contrato en razón de la función que van a cumplir y no por su mayor o menor semejanza. En definitiva, todas las prestaciones orientadas a la consecución de una misma finalidad deben dar lugar a una sola respuesta contractual y no a una multiplicidad de ellas"*.

#### - Intencionalidad y resultado de la vulneración de normas de publicidad y concurrencia

El Informe 1/2009, de la Junta Consultiva de Contratación del Estado, concluye que existe una relación entre la prohibición de fraccionamiento indebido del contrato, y la unidad funcional: *"existe fraccionamiento del objeto del contrato siempre que se divida este con la finalidad de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación correspondiente, y ello, aunque se trate de varios objetos independientes, si entre ellos existe la necesaria unidad funcional u operativa. Correlativamente no existirá fraccionamiento siempre que se trate de diversos objetos que no estén vinculados entre sí por la citada unidad"*.

En el Informe 9/2009, de 15 de junio, de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía se argumenta que el resultado fraudulento se produce con independencia de la intencionalidad del órgano de contratación de evitar o no los principios de la contratación: *"es que la utilización del contrato menor sólo es susceptible de una interpretación estricta, vinculada a su correcta calificación y a la exacta apreciación del presupuesto normativo expresamente contemplado y, por tanto, indisponible para el órgano de contratación, con independencia de la intencionalidad que pueda guiar sus actos. Podría ocurrir que el órgano de contratación no tenga la intención de eludir los requisitos de publicidad y el procedimiento de adjudicación establecidos legalmente; pero lo cierto es que siempre se produce, al igual que ocurre cuando se da tal intencionalidad, ese efecto"*.

#### IV. FRACCIONAMIENTO IRREGULAR DEL OBJETO DEL CONTRATO

Apunta el Informe del Tribunal de Cuentas nº 1151, de 27 de abril de 2016, que *“la cobertura de una misma necesidad de carácter periódico y previsible a través de contratos anuales, supone incurrir en fraccionamiento al eludir el procedimiento de adjudicación”*.

Por otro lado hay que tener en cuenta el Informe 1/2009, de 30 de julio de 2009, en lo referente a la contratación sucesiva de un asesoramiento jurídico *“La contratación sucesiva de la misma prestación o de prestaciones similares o análogas, en especial cuando son prestaciones consistentes en el asesoramiento jurídico de un órgano administrativo, que revelan una necesidad del servicio continuada en el tiempo, sin solución de continuidad, como en el caso que se somete a consulta, puede ser una indicación de que el órgano de contratación ha externalizado una función reservada al personal funcionario de carrera de conformidad con las normas que regulan la función pública.*

*Cabe recordar que no se puede utilizar la contratación administrativa para evitar la aplicación de las normas que regulan la contratación de personal laboral o funcionario.*

*Así, si las prestaciones objeto del contrato corresponden a necesidades permanentes de la Administración reservadas a personal funcionario, se debería modificar la relación de puestos de trabajo y seguir el procedimiento que a estos efectos establece la normativa de función pública. En otro caso, se debería llevar a cabo la contratación del personal laboral o el nombramiento del personal funcionario interino de acuerdo con los procedimientos que correspondan en cada caso”*.

También con carácter general, *“se podría considerar que un contrato menor es contrario a derecho si el órgano de contratación, en el momento de iniciar la tramitación de este contrato, tiene conocimiento cierto — o podría tenerlo, si se aplicasen los principios de programación y buena gestión— de la necesidad de contratar una prestación determinada de carácter o naturaleza unitarios, perfectamente definida, cuyas características esenciales no pueden variar de manera sustancial, que se tiene que llevar a cabo necesariamente año tras año y que responde a una necesidad continuada en el tiempo, y, aun así, tramitase diferentes contratos menores y eludiese las normas más exigentes de publicidad y procedimiento”* (Informe 4/2010, de 29 de octubre. Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de las Islas Baleares).

**Efectivamente, aplicado al caso concreto, la contratación sucesiva de la misma prestación revelaba una necesidad del servicio continuado en el tiempo, sin solución de continuidad, que culminó, dada la información ofrecida por el órgano municipal afectado, con el nombramiento de la persona física adjudicataria como funcionario/aria interino/a de conformidad con los procedimientos de selección correspondientes.**

Respecto a los efectos del fraccionamiento irregular del contrato menor, sin entrar a hacer un análisis exhaustivo sobre las posibles consecuencias que el ordenamiento jurídico prevé

para los supuestos de fraccionamiento irregular en la contratación menor nos limitaremos, a los efectos pertinentes, a citar aquí la postura seguida por la Junta Consultiva de Contratación de Administrativa de Andalucía en su Informe 9/2009, de 15 de junio: “*Y es que hay que concluir, como ha hecho reiteradas veces el Consejo Consultivo de Andalucía (por todos, Dictamen 106/2000, de 25 de julio) que la nulidad de pleno derecho a que se verían abocados los contratos menores que supongan un fraccionamiento irregular de sus objetos, no busca sino el restablecimiento de la legalidad y tiene, por tanto, una base objetiva, sin que exija una prueba de intencionalidad*”.

Por otro lado, el art. 13 del CEC relativo a las pautas de conducta en materia contractual que sus destinatarios tienen que observar establece en sus apartados e, f, g, y h las siguientes:

*e) **Planificar y programar** adecuadamente las necesidades públicas que tengan que ser objeto de contratación pública para garantizar la máxima eficiencia en el diseño del contrato y en el control de su ejecución.*

*f) Velar por el desarrollo de los procedimientos contractuales, de conformidad con los principios y los trámites fijados en la **normativa de contratación y las bases de ejecución del presupuesto**.*

*g) Velar por el uso de los procedimientos contractuales que posibiliten una mayor **concurrentia y publicidad**.*

*h) Impedir el **fraccionamiento de contratos con** la finalidad de evitar la aplicación del procedimiento de contratación que, en atención a la cuantía del contrato, fuera procedente”.*



## ***I.II CONTRATACIÓN MENOR. INFORME DE NECESIDAD E IDONEIDAD DEL CONTRATO MENOR***

La celebración de un contrato menor exige, en todo caso, la tramitación de un procedimiento administrativo. Por lo tanto, la simplificación del procedimiento en la contratación menor no puede implicar la ausencia de los trámites o documentos exigidos en el expediente de contratación.

El art. 1 del TRLCSP, junto con los principios rectores de la contratación del sector público, garantiza que se ha de *"asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer..."*; en esta línea el art. 22.1 del TRLCSP relativo a la "Necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación" recoge que *"Los entes, organismos y entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación"*.

La definición previa de las necesidades a satisfacer es la decisión más discrecional del órgano contratante porque enmarca y condiciona el procedimiento de contratación. En consecuencia, y habida cuenta el articulado expuesto, es exigencia legal que en la documentación preparatoria del expediente de contratación se determine adecuadamente su necesidad y se deje constancia tanto de su naturaleza y extensión como de las necesidades a cubrir por el contrato.

Respecto a la contratación menor, no se exige la obligación de elaborar una justificación suficientemente detallada de la necesidad de contratar, atendiendo así mismo, a que la contratación menor se tiene que restringir al ámbito de su configuración, es decir, a un uso restrictivo para atender necesidades puntuales de importe menor y de duración determinada.

Por otro lado, hay que traer a colación el art. 86 del TRLCSP que especifica que *"El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado"*.

En el caso concreto de los expedientes de contratación menor adjudicados a la persona física, hay que observar que:

- Los expedientes de contratación menor del órgano de contratación incluyen informes de necesidad e idoneidad de la autorización del gasto, pero **no se desprende una prestación concreta y determinada**.

- Los expedientes de contratación menor del órgano de contratación **no incluyen informes de necesidad e idoneidad**
- En tres expedientes de contratación **no se ha adjuntado documentación acreditativa** de la prestación del servicio contratado y abonado.

### ***I.III CONTRATACIÓN MENOR. RIESGO DE PRÁCTICAS DE FAVORITISMO O TRATO DE FAVOR***

La Guía de Integridad en la contratación pública local recoge que: "La existencia en la legislación española de un procedimiento excepcional como lo es el contrato menor, pone en entredicho los principios generales de la contratación en tanto que:

- Carece de publicidad por lo que limita la libertad de acceso a los procedimientos de contratación de potenciales licitadores.
- Restringe la libre competencia y la igualdad de trato entre operadores económicos. Lo cual afecta a la inaplicación del principio de transparencia, que tiene como objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora
- La falta de transparencia real afecta a la merma de eficacia y eficiencia en la gestión de los fondos públicos y al principio de buena administración".

La Oficina Antifraude de Cataluña describe el favoritismo al disponer que: "La noción de favoritismo es una traducción del término "favoritism" empleado en la bibliografía en lengua inglesa para englobar todo tipo de prácticas de parcialidad o trato de favor ilegítimo por parte de un servidor público a determinadas personas o grupos. Comprende prácticas como:

- el nepotismo o parcialidad a favor de familiares,
- el amiguismo o prácticas que favorecen las amistades, o
- el clientelismo o trato de favor a personas o grupos que han aportado donaciones o espaldarazo electoral de algún tipo al partido político gobernante o afín al servidor público que incurre en esta práctica.

Cualquiera de estas prácticas de favoritismo constituye un tipo concreto de abuso de la posición pública en beneficio privado. Por eso, **incluimos el favoritismo dentro del concepto de corrupción política**".

A tal efecto, en el ámbito de la administración pública, al art. 53 de la Real decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el cual se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado público en lo referente a los principios éticos de los empleados públicos recoge "No aceptarán ningún trato de favor o situación que implique privilegio o ventaja injustificada, por parte de personas físicas o entidades privadas". Concretamente en el Código ético del Ayuntamiento de Barcelona, aprobado en sesión plenaria, de 30 de junio de 2017, y publicado en el B.O.P., de fecha 13 de septiembre de 2017, se recoge en el artículo 5, entre otros, los siguientes principios éticos:

"e) e) *Igualdad*: garantizarán la igualdad de trato de todas las personas, evitando toda discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo, orientación sexual, religión o

*convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra circunstancia, y actuando siempre de manera objetiva.*

(...)

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

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

(...)

*i) Integridad: actuarán de acuerdo con los valores, los principios y las normas de aplicación en el ejercicio del cargo público, con ausencia de influencias de intereses particulares, sin uso abusivo de su cargo, para obtener beneficios indebidos."*

Sin entrar a hacer un análisis exhaustivo sobre las posibles consecuencias que el Ordenamiento jurídico prevé para los supuestos de fraccionamiento irregular en la contratación menor nos limitaremos, a los efectos pertinentes, a citar aquí la postura seguida por la Junta Consultiva de Contratación de Administrativa de Andalucía en su Informe 9/2009, de 15 de junio: "Y es que hay que concluir, como ha hecho reiteradas veces el Consejo Consultivo de Andalucía (por todos, Dictamen 106/2000, de 25 de julio) que la nulidad de pleno derecho a que se verían abocados los contratos menores que supongan un fraccionamiento irregular de sus objetos, no busca sino el restablecimiento de la legalidad y tiene, por tanto, una base objetiva, sin que exija una prueba de intencionalidad".

## **CONSIDERACIONES SOBRE EL RIESGO DE DELITO DE PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA**

El art. 404 del Código Penal, aprobado por la LO 10/1995, de 23 de noviembre, tipifica la prevaricación administrativa de la siguiente manera: "A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo".

La Jurisprudencia se ha pronunciado reiteradamente sobre la subsunción en el tipo penal de la prevaricación administrativa del artículo 404 del Código Penal en supuestos de fraccionamiento irregular de contratos menores que exceden de una mera irregularidad administrativa.

En tal sentido, es ilustrativa por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 7ª, Melilla), Sentencia n.º 1/2019, de 11 enero (y las que en ella se citan) al pronunciarse sobre: *"la contratación sucesiva con proyección temporal de los mismos Letrados externos a la Consejería de Bienestar Social y Sanidad, durante 10 años, para atender las actividades propias y permanentes del organismo público mediante un encadenamiento de contratos menores"*.

Así continua la citada sentencia: *"Todos los contratos,..., tenían el mismo objeto. En ellos se pactó siempre un precio inferior al del contrato menor, según la legislación vigente en cada momento al tiempo de su suscripción, y el alcance temporal nunca excedió de seis meses. En todos los casos, los contratos se sucedían sin solución de continuidad."*

*El proceso de contratación se desarrolla a través de las siguientes etapas:*

*1ª.-Informes de Necesidad, elaborados por los Directores Generales. Consta la insuficiencia de los medios de la Consejería para atender las funciones que le son propias y que pretendía ser colmadas con los contratos cuya legalidad se cuestiona.*

*2ª.-Informes de legalidad administrativa emitidos por los Secretarios en los que afirmaba la idoneidad del procedimiento de contratación directa y la adecuación de los expedientes de contratación a la normativa vigente en cada momento.*

*3ª.-Conclusión y resolución de cada expediente mediante la suscripción de los sucesivos contratos por la titular de la Consejería de Bienestar Social y Sanidad.*

*En definitiva:*

*1º.-Se fraccionó el importe del contrato que es ajustado al límite cuantitativo del contrato menor y se acomodó la duración temporal de los contratos al límite de seis meses, pese a la naturaleza estructural y dotada de permanencia en el tiempo de la actividad.*

*2º.-Se prescindió de los principios de publicidad y libre concurrencia que deben estar presentes en la contratación administrativa.*

*3º.-Los servicios de asesoramiento fueron siempre otorgados a favor de los mismos profesionales elegidos, durante 10 años en unos casos y 5 años en otro.*

*De este modo, el proceso de contratación descrito infringe la normativa administrativa sobre contratación pública. La ilegalidad del procedimiento de contratación de los servicios de asistencia técnico-jurídica tenía lugar mediante el fraccionamiento indebido de una actividad por naturaleza permanente y estructural del organismo que contrataba, a través de la utilización reiterada e ilegal del procedimiento correspondiente a los contratos menores, tanto por la cuantía, como por su duración, que determinaba en la realidad la omisión de todo proceso selectivo para la cobertura de las plazas mediante concurso público, con quiebra de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, igualdad y libertad de acceso. Práctica que se extendió durante más de diez años ininterrumpidos en el caso de tres Letrados y cinco en el caso de un cuarto.*

*La omisión del procedimiento legalmente establecido ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen la función de alejar los peligros de la*

*arbitrariedad y la contradicción con el Derecho.*

*El procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración y de justicia y acierto en sus resoluciones. En efecto, el procedimiento administrativo tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y al mismo tiempo una finalidad de mayor trascendencia, dirigida a establecer controles sobre el fondo de la actuación de que se trate. Ambas deben ser observadas en la actividad administrativa. Así, se podrá apreciar la existencia de una resolución arbitraria cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto, pues en esos casos la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen, precisamente, para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta, en la que adopta su resolución.*

*Como indica la Sentencia 188/2017 de 23 de marzo de 2017 (RJ 2017, 1941) del Tribunal Supremo "se podrá apreciar la existencia de una resolución arbitraria cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto; pues en esos casos la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen, precisamente, para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta, en la que adopta su resolución (STS 743/2013, de 11 de octubre (RJ 2013, 6936) y STS 152/2015, de 24 de febrero (RJ 2015, 819), entre otras)".*

*Continúa la referida sentencia afirmando que: "... La ilegalidad e injusticia se centran en la omisión del procedimiento legalmente establecido mediante el empleo de la técnica del fraccionamiento con fines ilegítimos, vulnerando con ello el artículo 74 de la Ley de Contratos del Estado (RCL 1965, 771, 1026), que dispone que no podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda. Y cuyo resultado fue la contratación con infracción de los principios de publicidad y concurrencia en la actividad de contratación desplegada.*

*Estos principios básicos que presiden la normativa en materia de contratación por la Administración, vienen claramente establecidos en el artículo 11 número 1 del RDL 2/2000 (RCL 2000, 1400, 1779), que dispone que: "Los contratos de las Administraciones públicas se ajustarán a los principios de publicidad y concurrencia, salvo las excepciones establecidas por la presente Ley". La importancia del respeto a esos principios de publicidad y concurrencia cuya vulneración es lo que se imputa a los acusados (y lo que sustenta la condena impuesta en primera instancia) se potenció, aún más si cabe, en la regulación dada por la Ley 30/2007 (RCL 2007, 1964), que los plasmó en el primero de sus artículos, que establece que "La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos".*

*Añade la aludida sentencia que "...El fraccionamiento de los contratos trascendió de la mera*

*irregularidad administrativa. La arbitrariedad es patente y la actuación conllevó la exclusión de los principios de transparencia, publicidad y libre concurrencia en la contratación pública durante un periodo de tiempo que se prolongó, al menos por lo que se refiere al caso enjuiciado, diez años.*

*Es, por tanto, en esta reiterada subversión de la ratio legis, donde radica el núcleo de la antijuridicidad de la conducta. Injusta en sentido legal por arbitraria, debido a que en la dilatada secuencia de actuaciones se dio bastante más que el simple incumplimiento ocasional de alguna de las exigencias legales vigentes en la materia, puesto que se actuó con desentendimiento de todas ellas, contratando con un criterio personalísimo y opaco allí donde el orden jurídico imponía el máximo de objetividad y transparencia, en doble garantía de la calidad de la elección y de la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo público.*

*En definitiva, se han vulnerado los principios constitucionales que han de regir la actuación de la Administración y se ha impedido que los administrados puedan concurrir en igualdad de condiciones y con estricta valoración de sus méritos a los servicios ofrecidos por la Consejería de la que es titular la acusada. Lo que supone, a diferencia de lo que entienden las defensas de los acusados, la producción de un resultado materialmente injusto, como nos dice la sentencia núm. 152/2015 de 24 de febrero (RJ 2015, 819) del Tribunal Supremo.*

*Como señala la sentencia núm. 323/2017 (PROV 2018, 51866) de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 2ª: "la omisión del procedimiento legalmente establecido ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el Derecho. Se insiste en que el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración y de justicia y acierto en sus resoluciones. El procedimiento administrativo tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y al mismo tiempo una finalidad de mayor trascendencia, dirigida a establecer controles sobre el fondo de la actuación de que se trate. Ambas deben ser observadas en la actividad administrativa. Así, se podrá apreciar la existencia de una resolución arbitraria cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto, pues en esos casos la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen, precisamente, para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta, en la que adopta su resolución (STS 743/2013, de 11 de octubre (RJ 2013, 6936), 152/2015, de 24 de Febrero, y 259/2015, de 30 de Abril (RJ 2015, 1720), entre otras)".*

*Y, a propósito del respeto a los principios de publicidad y libre concurrencia nuestra jurisprudencia, por todas, sentencia del Tribunal Supremo 149/2015 (RJ 2015, 2588), tiene dicho que "estos principios no constituyen meras proclamaciones vacías que puedan saltarse arbitrariamente, sino que determinan las resoluciones que se adopten. Resoluciones que, a estos efectos penales, al adoptarse por personas que mantienen a estos mismos efectos la cualidad de autoridades o funcionarios y recaer sobre fondos públicos, estando condicionadas por principios administrativos, como los de publicidad y concurrencia, pueden estimarse, al menos en el estado actual de la jurisprudencia, como*

*resoluciones dictadas en un asunto administrativo, no en sentido jurisdiccional, sino en el sentido de ser susceptibles, cuando se adoptan de forma arbitraria, de constituir el elemento objetivo de un delito de prevaricación".*

*..... que, en fraude de ley, del fraccionamiento en varios contratos para su acomodación a los límites cuantitativos de la contratación menor, contraviniendo deliberadamente la prohibición de fraccionamiento contenida en el artículo 68.2 del Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio (RCL 2000, 1380, 2126), art. 74.2 de la Ley 30/2007 de 30 de octubre, y 86.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre (RCL 2011, 2050 y RCL 2012, 106). Que con esta práctica de dar a los contratos la apariencia de contratos menores, ... , a sabiendas de su injusticia, eludió las modalidades de adjudicación legalmente previstas, y de este modo impidió la concurrencia, soslayó la exigencia de fiscalización previa propia de la contratación no menor y evitó a la vez que la contratación se sustrajera a su ámbito competencial".*

También es significativo el criterio de la jurisprudencia mayoritaria expresado por la Audiencia Provincial de Málaga, en la sentencia que nos ocupa (y las que en ella se citan) en relación con la concurrencia del elemento subjetivo del tipo al afirmar que: *"En el delito de prevaricación es necesario que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Los términos injusticia y arbitrariedad deben entenderse aquí utilizados con sentido equivalente, pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, su conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución. Es decir, el sujeto con plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración.*

*Por tanto, el elemento subjetivo es determinante para diferenciar la mera ilegalidad administrativa, por grave que resulte, del comportamiento sancionado penalmente. Dictar, u omitir, la resolución arbitraria no determina, por sí mismo, la comisión del delito de prevaricación, si no se constata la concurrencia del elemento subjetivo de la prevaricación, pues para ello se requiere, como señalan las sentencias núm. 152/2015 de 24 de febrero (RJ 2015, 819) o 797/2015, de 24 de noviembre (RJ 2015, 6320), la clara conciencia de la ilegalidad o de la arbitrariedad que se ha cometido.*

*Así configurado el elemento subjetivo del delito, la consideración de que la acusada carece de conocimientos jurídicos es irrelevante a los efectos de apreciar la conciencia de la ilegalidad y arbitrariedad en la celebración de los contratos con sujeción al procedimiento de contratos menores, mediante el fraccionamiento de una actividad permanente y la selección de los contratados para la prestación de los servicios sin sujeción a los principios de publicidad y concurrencia.*

En ese sentido la sentencia núm. 222/2015 de 27 de marzo de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 2ª, nos dice que: *"el conocimiento de los límites cuantitativos de los contratos menores, como también el de la prohibición de dividir un contrato ordinario en varios contratos menores "con objeto de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad, el procedimiento o la forma de adjudicación que corresponda" constituye una información básica y esencial de cualquier autoridad administrativa que habitualmente realice actividades de contratación, probablemente de lo primero que se aprende cuando se ejercen tales funciones por todas, STS núm. 1171/1997, de 29 de septiembre (RJ 1997, 6830)".*



*Tampoco es aceptable el argumento de la exclusión del dolo en razón de su actuación con sujeción a la dirección técnica de los Secretarios Técnicos de la Consejería, limitándose a realizar lo que ya se venía realizando desde años anteriores a su toma de posesión como Consejera, con otros titulares, incluso de Gobiernos integrados por formaciones políticas distintas de la suya. Como dice la sentencia núm. 627/2006 de 8 junio (RJ 2006, 6295) del Tribunal Supremo "la persistencia en una ilegalidad no convierte al acto administrativo en legal".*

*Principio que ha sido desarrollado por nuestra jurisprudencia. Así, la sentencia núm. 1249/2014 de 22 de julio de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5ª, nos dice: "en cualquier caso, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ya se ha pronunciado ante este tipo de situaciones señalando que la persistencia en una ilegalidad no convierte al acto administrativo en legal (sentencia núm. 627/2006 de 8 junio (RJ 2006, 6295) ), y que aquel a quién se aplica la En parecidos términos, a propósito del conocimiento de la observancia de los principios de publicidad y transparencia de los procedimientos, libre competencia y oferta económica más ventajosa en el ámbito de la contratación de los gestores de un consorcio público, la sentencia núm. 559/2017 de 7 de junio de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 3ª, nos dice que: "por la propia naturaleza de los cargos que ocupaban, de alta dirección, se les suponía experiencia y capacitación más que suficiente para saber el régimen jurídico aplicable. Y más si cabe tras la publicación de la Ley 30/2007 (RCL 2007, 1964), de Contratos del sector público".*

*No puede considerarse violado el citado principio constitucional de legalidad por el hecho de que la ley no se aplique a otros que asimismo la han incumplido, ni pueden pretender específicamente su impunidad por el hecho de que otros hayan resultado impunes Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 1992. Muy descriptiva es la STS 235/14, ante un supuesto en el que se alegaba algo parecido, afirma que la supuesta generalización del uso, si se acreditase, no solamente no desvirtúa tal conclusión, sino que lo único que aporta es un censo de delincuencia mayor que el que dio lugar a este proceso".*

*En idéntico sentido la sentencia núm. 559/2017 de 7 de junio de la Audiencia provincial de Badajoz, dice: "no cabe escudarse en el uso o la costumbre para perpetuar en el tiempo un comportamiento que contraviene de forma patente los principios de la contratación pública. Que se siga haciendo lo que desde el inicio se hizo mal, no subsana lo mal hecho. El hábito no diluye la responsabilidad. Y menos cuando directa o indirectamente se recibían advertencias para respetar la legalidad".*

*Igualmente, es irrelevante la ausencia de la previa advertencia de ilegalidad por los Secretarios Técnicos o del Interventor, a los efectos de apreciar la consciencia de la ilegalidad de la recurrente.*

*Antes que nada, como veremos, los informes de los Secretarios Técnicos no eran necesarios para adoptar la resolución, sino que fue una exigencia del Interventor.*

*En todo caso, tal advertencia no es requisito necesario para que la conducta pueda ser calificada de prevaricación, debiendo atenderse a las circunstancias del caso, en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo núm. 986/2005, de 21 de julio (RJ 2005, 6729), señala que: "En modo alguno puede entenderse condicionada la punibilidad de la conducta arbitraria e injusta a las advertencias de ilegalidad que hubiera debido hacer el funcionario técnico a la autoridad decisoria no técnica. Se pretendería de este modo que la resolución, pese a su arbitrariedad e injusticia, no fuese punible si se*

*hubiera omitido tales advertencias. Los recurrentes insisten en la expuesta opinión, evidentemente errónea, porque las advertencias de ilegalidad, a las que el Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) no alude, habrán de valorarse, si existen, como elementos añadidos de convicción para la apreciación del dolo en la producción del acto administrativo injusto, sin perjuicio de que su eventual inexistencia pudiera comportar responsabilidad exigible al funcionario omitente de su obligación profesional. En cualquier caso, procede reiterar la irrelevancia penal de la omisión de tal advertencia, al menos en el sentido de su inexigibilidad como elemento condicionante del tipo delictivo y de la apreciación de la conducta punible".*

Respecto a este criterio, resulta especialmente relevante para el caso que nos ocupa (la contratación sucesiva de una persona física) la transcrita conclusión del tribunal cuando dispone: *"En modo alguno puede entenderse condicionada la punibilidad de la conducta arbitraria e injusta a las advertencias de ilegalidad que hubiera debido hacer el funcionario técnico a la autoridad decisoria no técnica"* o a que: *"... Igualmente, es irrelevante la ausencia de la previa advertencia de ilegalidad por los Secretarios Técnicos o del Interventor, a los efectos de apreciar la consciencia de la ilegalidad de la recurrente", o a que: ... En cualquier caso, procede reiterar la irrelevancia penal de la omisión de tal advertencia, al menos en el sentido de su inexigibilidad como elemento condicionante del tipo delictivo y de la apreciación de la conducta punible".*

Y esto, por cuanto, el Tribunal llega a aquella conclusión condenatoria a pesar de la existencia de informes de legalidad (evacuados por técnicos y por el Secretario) que avalaban la decisión de formalizar los contratos menores objeto de condena. Siendo esta circunstancia especialmente ilustrativa aquí puesto que, en relación en los contratos menores suscritos con la persona física, existían reiterados informes de legalidad contrarios a dicha práctica contractual llevada a cabo y advirtiendo de los riesgos legales de naturaleza penal y administrativos que podían comportar. En concreto los dictados por la secretaría delegada y la jefatura del Departamento de Administración del órgano de contratación que obran relacionados en el cuerpo de la recomendación extractada.

Continuando con las referencias jurisprudenciales relativas a la concurrencia del delito de prevaricación en supuestos de fraccionamiento irregular de contratos menores encontramos, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, n.º 440/2018, de 25 de octubre. En ella, el Tribunal recuerda que: *"... se impone recordar que tal y como señala la doctrina jurisprudencial, entre otras sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2016 ... el bien jurídico protegido -por el delito de prevaricación- estaría integrado por el correcto funcionamiento de la Administración pública, esto es, el ajuste de la actividad pública a lo dispuesto en el art. 103.1 de la Constitución, que impone a los poderes públicos "el deber de servir con objetividad los intereses generales y de actuar de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al derecho".*

*Para que aflore el delito de prevaricación será preciso:*

- 1) El dictado de una resolución por autoridad o funcionario en asunto administrativo.*
- 2) Que sea contraria a derecho, es decir, ilegal.*
- 3) Que esa contradicción con el derecho o legalidad pueda manifestarse en la falta absoluta de*

competencia o en el propio contenido sustancial de la resolución, de tal suerte que no pueda ser explicada con una **argumentación jurídica** mínimamente razonable.

4) Que ocasione un resultado materialmente injusto.

5) Que la resolución se dicte con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, consciente de que actúa contra el derecho.

Por **resolución**, por tanto, ha de entenderse "el acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisivo, que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general, bien sea expresa, tácita, escrita u oral, ya que lo esencial es que posea en sí misma un efecto ejecutivo, recayente sobre un asunto administrativo".

**Resolución arbitraria**, equivale a resolución "objetivamente injusta", "en abierta contradicción con la ley" y de "manifiesta irracionalidad", hasta el punto de que sea posible afirmar que la resolución dictada no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, sino pura y simplemente producto de la voluntad del sujeto agente, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad" añadiendo que: "... Los expresados expedientes se corresponden con obras proyectadas en la misma edificación que se ejecutaron simultáneamente y que podían haber sido objeto de un único proyecto.

Tales datos, cuya realidad objetiva se impone, permiten sustentar, coincidiendo con lo concluido por el juez de instancia, que los expedientes de referencia, fueron tramitados como contratos menores sujetos a requisitos menos estrictos de conformidad con la normativa vigente y en abierta contradicción con lo establecido en el art. 95 de la LCSP (RCL 2017, 1303 y RCL 2018, 809), cuando en realidad, como ya se indicó, se trataba de una única obra a ejecutar en la misma edificación y dentro del mismo proyecto, siendo así que la intervención de los hoy recurrentes en su origen y desenvolvimiento, resulta plenamente acreditada.

... siendo así que las obras recaían sobre el mismo objeto y eran de ejecución simultánea por parte de la misma empresa. No cabe justificar su conducta aludiendo a la existencia de informes favorables, pues aparte de comprobarse que los mismo son de índole técnica, la jurisprudencia señala que "la ausencia de reparos o control por parte del órgano concernido no borra la arbitrariedad de la resolución, puesto que solo patentiza la falta de efectividad de su fiscalización" y ello sin obviar que, como acertadamente señala el Mº Fiscal, el ámbito de la contratación menor no está sujeta a fiscalización, requiriéndose únicamente la comprobación de la existencia de crédito y la aprobación del gasto".

"..., indicativo todo ello, según la experiencia nos enseña, de una práctica frecuente en la administración, de "cubrir formalmente " una plural concurrencia, que no se corresponde con la realidad, al estar de antemano las obras adjudicadas a una de las empresas, consideración que ahonda en la incriminación del recurrente, sin que a ello obste la circunstancia invocada atinente a la ausencia de obtención de beneficio alguno, tributario de dicha conducta, por cuanto tal circunstancia es la que motiva la acusación y subsiguiente condena a título de delito de prevaricación que no requiere para su apreciación, la consideración de aquel aspecto.

Resulta así averada la conducta desarrollada por los recurrentes y consiguiente atribución, en la forma que se contiene en resolución impugnada, de la que resulta una omisión del procedimiento

*legalmente establecido obviando, a través del recurso a la contratación menor, los trámites esenciales y más estrictos, requeridos por la naturaleza y configuración de la obra, soslayando el procedente procedimiento abierto y con publicidad, con la consiguiente e injusta exclusión de otras empresas.*

*En tal sentido la jurisprudencia, entre otras la sentencia del TS nº 18/2014, de 23 de enero (RJ 2014, 1002), recuerda otra sentencia en la que conviene resaltar que la omisión del procedimiento legalmente establecido, ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen normalmente la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el derecho (sentencia del TS nº 2340/2001, de 10 de diciembre (RJ 2002, 1791) ; EDJ 2001/55046).*

*La omisión del procedimiento legalmente establecido ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el Derecho. Se insiste en que el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración y de justicia y acierto en sus resoluciones (sentencias del Tribunal Supremo 18/2014, de 13 de Enero, y 152/2015, de 24 de Febrero (RJ 2015, 819), entre otras). El procedimiento administrativo tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y al mismo tiempo una finalidad de mayor trascendencia, dirigida a establecer controles sobre el fondo de la actuación de que se trate. Ambas deben ser observadas en la actividad administrativa. Así, se podrá apreciar la existencia de una resolución arbitraria cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto, pues en esos casos la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen, precisamente, para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta, en la que adopta su resolución (sentencias del Tribunal Supremo 743/2013, de 11 de Octubre (RJ 2013, 6936), 152/2015, de 24 de Febrero, y 259/2015, de 30 de Abril (RJ 2015, 1720), entre otras)".*

De igual forma se pronuncia la Audiencia Provincial de Alicante, entre otras, en su sentencia de 28 de octubre de 2019: *"...Durante los meses de noviembre y diciembre de 2016 contrató, empleando la figura del contrato menor de servicios (cuyo importe, sin incluir el IVA, no puede exceder de 18.000 euros), un total de veinticinco operaciones con diferentes empresas por un importe acumulado de 189.762'86 euros produciéndose el fraccionamiento, deliberado y reiterado por los acusados, de los objetos de las prestaciones a fin de eludir la normativa vigente en materia de contratación administrativa, que exige respeto a los principios de publicidad y concurrencia en nueve de ellos...*

*Dichas nueve contrataciones debieron haber sido tramitadas legalmente, mediante concurso público en lugar de contrato menor, por referirse a unos mismos objetos y tratarse de unidades funcionales. Si no se siguió la tramitación correcta fue para no superar el límite legal del contrato menor de servicios, llegando a superarse en uno de ellos por un céntimo" Ahora bien de estas 25 facturas nueve de ellas superan la mera irregularidad administrativa ... Respecto a estas nueve facturas, los*

*acusados contravinieron, consciente y plenamente, los principios de la contratación relativos a la libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia, no discriminación e igualdad de trato de todos los ciudadanos, cercenando el logro de un eficiente uso de los fondos públicos, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.*

*La finalidad del contrato menor es posibilitar a las Administraciones Públicas una rápida satisfacción de necesidades que, por su escasa cuantía y duración temporal, resulte necesario adjudicar de manera directa a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, a través de un procedimiento sencillo y ágil, en el que se excepcionen los principios de publicidad y concurrencia. Este tipo de contratos, según el precepto indicado, pueden adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el art. 111.*

*Por tanto, para esta tipología de contratos, se ha simplificado el procedimiento, de tal manera que el expediente estará conformado por la aprobación del gasto por el órgano competente y la factura correspondiente, englobándose en ese acto la liquidación del contrato.*

*El artículo 138 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de Sector Público dispone que: " 1. Los contratos que celebren las Administraciones Públicas se adjudicarán con arreglo a las normas del presente Capítulo. 2. La adjudicación se realizará, ordinariamente, utilizando el procedimiento abierto o el procedimiento restringido. En los supuestos enumerados en los artículos 170 a 175, ambos inclusive, podrán seguirse el procedimiento negociado, y en los casos previstos en el artículo 180 podrá recurrirse al diálogo competitivo. 3. Los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 111.*

*Se consideran contratos menores los contratos de importe inferior a 50.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 18.000 euros, cuando se trate de otros contratos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 206 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal".*

*Por su parte, el artículo 111 dispone que: " 1. En los contratos menores definidos en el artículo 138.3, la tramitación del expediente sólo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan.*

*2. En el contrato menor de obras, deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando normas específicas así lo requieran. Deberá igualmente solicitarse el informe de supervisión a que se refiere el artículo 125 cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.*

*La cuestión controvertida es determinar si es necesario que exista un solo contrato o es posible el fraccionamiento en contratos menores. En primer lugar, hay que indicar que solo son exigibles los requisitos literalmente previstos en la ley (actuales artículos 111 y 138.2ª): Como dice el informe de la Junta Consultiva de la Contratación Administrativa 38/05, de 26 de octubre de 2005 "con los contratos menores se suprimen la realización de determinados trámites y requisitos exigiendo el*

*cumplimiento de los requisitos imprescindibles. La conclusión a la que llegan los informes 40/1995 de 7 de marzo, 13/96, de 7 de marzo de 1996 y 10/98, de 11 de junio de 1998 es que "Ya celebración de un contrato menor sólo o únicamente requiere los requisitos establecidos en los actuales artículos 111 y 138.2º.*

*El problema primordial se encuentra en evitar los fraccionamientos del contrato que buscan eludir, mediante la utilización de contratos menores, las normas de publicidad y concurrencia que establece tanto las Directivas Europeas como el TRLCSP. Como decimos, el problema fundamental de los contratos menores, a pesar de la escasa documentación que forma el expediente, no surge sobre el precio o sobre la prestación, ejecución del contrato o sobre si el contratista tiene o no capacidad de obrar y la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación. El problema primordial se encuentra en evitar los fraccionamientos del contrato que buscan eludir, mediante la utilización de contratos menores, las normas de publicidad y concurrencia que establece tanto las Directivas Europeas como el TRLCSP. Tal y como la doctrina afirma, se considerará que existe un fraccionamiento que incumple el art. 86.2 TRLCSP siempre que no se respete el concepto de unidad operativa o funcional. Lo difícil es determinar cuándo las distintas prestaciones son susceptibles de aprovechamiento o utilización por separado porque forme una unidad funcional.*

*La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado comienza a cambiar de criterio en este caso, mediante informe nº 12/15, de 6 de abril de 2016 (EDD 2016/88533), en el que considera necesario:*

*"... revisar la interpretación dada en el pasado por ella al artículo 86.3 del TRLCSP en atención al nuevo contexto (...). Concretamente nos referimos al nuevo contexto normativo que mediante diversas iniciativas a nivel comunitario y a nivel nacional pretende mejorar las políticas de apoyo institucional al emprendimiento y, por lo tanto, a las PYMES... Y a nivel nacional cabe destacar, entre otras iniciativas, la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo y la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Es en relación con este contexto cómo la Junta Consultiva debe reinterpretar el artículo 86.3 del TRLCSP, en el sentido de flexibilizar su aplicación, dando así cumplimiento a lo establecido en el artículo 3.1 del Código Civil.*

*En resumen esta Junta Consultiva considera que en atención al nuevo contexto la finalidad de favorecer el acceso de las PYMES a la contratación pública debe ser considerada como una justificación válida para que los órganos de contratación puedan proceder a realizar una división en lotes del objeto del contrato amparándose así en el supuesto que contempla el artículo 86.3 que reza "siempre que (...) así lo exija la naturaleza del objeto".*

*Así las cosas podemos extraer la conclusión en cuanto al concepto de "unidad operativa o funcional" es que no existen criterios generales o más bien se trata de un concepto jurídico indeterminado, en el que hay que acudir a la casuística para determinar si existe o no la unidad funcional y, por tanto, si se produce un fraccionamiento indebido del objeto del contrato. La premisa básica será siempre el no evitar la publicidad y concurrencia, porque la línea que marca lo correcto de lo incorrecto estriba, fundamentalmente, en la publicidad y concurrencia.*

*En el caso que nos ocupa, nos encontramos con veinticinco contratos menores de servicios que no superan los 18.000 euros, salvo uno de ellos.*

*El artículo 86 de la TRLCSP dispone que: "1. El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado. 2. No podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan. 3. Cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto. Asimismo podrán contratarse separadamente prestaciones diferenciadas dirigidas a integrarse en una obra, tal y como esta es definida en el artículo 6, cuando dichas prestaciones gocen de una sustantividad propia que permita una ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación. En los casos previstos en los párrafos anteriores, las normas procedimentales y de publicidad que deben aplicarse en la adjudicación de cada lote o prestación diferenciada se determinarán en función del valor acumulado del conjunto, salvo lo dispuesto en los artículos 14.2, 15.2 y 16.2".*

*Resulta evidente que existía una "unidad operativa y funcional" que obligaba a formalizar un único contrato. No había motivo alguno para contratar independientemente cada una de las cartelerías, las actividades se desarrollaron dentro de una misma actuación dinamizadora, no había urgencia y menos aun cuando se contrató a la misma empresa teniendo las facturas una diferencia de fechas de sólo diez días.*

*En el ámbito penal, la Jurisprudencia exige, para que se dé el delito previsto en el artículo 404 del Código Penal, no sólo que el sujeto activo del delito de prevaricación administrativa tenga la consideración de autoridad o de funcionario público, sino que: 1) Adopte una decisión en asunto que le esté encomendado en consideración a su cargo, único supuesto en el que pueden dictarse resoluciones o decisiones de orden administrativo; 2) Que la resolución sea arbitraria, en el sentido de contradictoria con el derecho, lo que puede manifestarse no sólo por la omisión de trámites esenciales del procedimiento, sino también por la falta de competencia para resolver o decidir entre las opciones que se ofrecen sobre una cuestión concreta, o también por el propio contenido sustancial de la resolución, esto es, que en todo caso la decisión no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable y 3) Que se dicte a sabiendas de esa injusticia o, lo que es lo mismo, que se haya dictado con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario y con conocimiento de actuar contra los parámetros decisionales establecidos en el ordenamiento jurídico para resolver tal cuestión (SSTS 443/08, de 1 de julio, 1021/13, de 26 de noviembre, ó 693/2018, de 21 de diciembre, entre muchas otras).*

*La prevaricación administrativa precisa así de una declaración de voluntad de contenido decisorio que afecte a los administrados, si bien el delito exige que la resolución resulte arbitraria, en el sentido de que además de contrariar la razón, la justicia y las leyes, lo haga desviándose de la norma praxis administrativa de una manera flagrante, notoria y patente, esto es, que el sujeto activo dicte una resolución que no sea el resultado de la aplicación del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, una voluntad injustificable revestida de una aparente fuente de normatividad pues, como señala la doctrina jurisprudencial ( Sentencias núm. 674/98, de 9 de junio y 31 de mayo de 2002, núm. 1015/2002, entre otras) "el delito de prevaricación no trata de sustituir a la Jurisdicción Contencioso- Administrativa en su labor genérica de control del sometimiento de la actuación*

*administrativa a la Ley y al Derecho, sino de sancionar supuestos-límite en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la Autoridad o Funcionario, perjudicando al ciudadano afectado (o a los intereses generales de la Administración Pública) en un injustificado ejercicio de abuso de poder. No es la mera ilegalidad sino la arbitrariedad, lo que se sanciona.... ". Y continúa diciendo la sentencia citada: "la existencia de la ilegalidad administrativa que el tipo penal impone, asentándose la conclusión en una fundamentación jurídica que resalta que el artículo 122 de Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, en su redacción vigente a la fecha de los hechos, limitaba el sistema de adjudicación directa a aquellos contratos que tuvieran un importe inferior a 50.000 euros, y destacando también la sentencia que conforme con el artículo 74.2 del mismo texto normativo, no puede fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo, eludiendo así los requisitos de publicidad o las exigencias del procedimiento de adjudicación que correspondan".*

*En todos los contratos... se pactó siempre un precio inferior al del contrato menor.*

*1º.-Se fraccionó el importe del contrato que es ajustado al límite cuantitativo del contrato menor.*

*2º.-Se prescindió de los principios de publicidad y libre concurrencia que deben estar presentes en la contratación administrativa.*

*3º.-Los servicios fueron siempre otorgados a favor de los mismos profesionales elegidos.*

*De este modo, el proceso de contratación descrito infringe la normativa administrativa sobre contratación pública. La ilegalidad del procedimiento de contratación de los servicios tenía lugar mediante el fraccionamiento indebido de una actividad por naturaleza permanente y estructural del organismo que contrataba, a través de la utilización reiterada e ilegal del procedimiento correspondiente a los contratos menores por la cuantía, que determinaba en la realidad la omisión de todo proceso selectivo para la cobertura de las plazas mediante concurso público, con quiebra de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, igualdad y libertad de acceso. El fraccionamiento de los contratos trascendió de la mera irregularidad administrativa. La arbitrariedad es patente y la actuación conllevó la exclusión de los principios de transparencia, publicidad y libre concurrencia en la contratación pública.*

*Es, por tanto, en esta reiterada subversión de la ratio legis, donde radica el núcleo de la antijuridicidad de la conducta. Injusta en sentido legal por arbitraria, debido a que en la dilatada secuencia de actuaciones se dio bastante más que el simple incumplimiento ocasional de alguna de las exigencias legales vigentes en la materia, puesto que se actuó con desentendimiento de todas ellas, contratando con un criterio personalísimo y opaco allí donde el orden jurídico imponía el máximo de objetividad y transparencia, en doble garantía de la calidad de la elección y de la igualdad de oportunidades en el acceso al sector público.*

*En definitiva, se han vulnerado los principios constitucionales que han de regir la actuación de la Administración y se ha impedido que los administrados puedan concurrir en igualdad de condiciones y con estricta valoración de sus méritos a los servicios ofrecidos por el Ayuntamiento del que es titular el acusado Juan Carlos. Lo que supone, a diferencia de lo que entienden las defensas de los acusados, la producción de un resultado materialmente injusto, como nos dice la sentencia núm. 152/2015 de 24 de febrero del Tribunal Supremo....Y, a propósito del respeto a los principios de publicidad y libre concurrencia nuestra jurisprudencia, por todas, sentencia del Tribunal Supremo 149/2015, tiene dicho que "estos principios no constituyen meras proclamaciones vacías que puedan*



*saltarse arbitrariamente, sino que determinan las resoluciones que se adopten. Resoluciones que, a estos efectos penales, al adoptarse por personas que mantienen a estos mismos efectos la cualidad de autoridades o funcionarios y recaer sobre fondos públicos, estando condicionadas por principios administrativos, como los de publicidad y concurrencia, pueden estimarse, al menos en el estado actual de la jurisprudencia, como resoluciones dictadas en un asunto administrativo, no en sentido jurisdiccional, sino en el sentido de ser susceptibles, cuando se adoptan de forma arbitraria, de constituir el elemento objetivo de un delito de prevaricación".*

*Respecto de los acusados Juan Carlos y Argimiro, este delito está, además, en continuidad delictiva, al cumplirse los requisitos del art. 74.1 CP. Constan acreditadas una pluralidad de actuaciones diferenciadas atribuibles a los mismos acusados en relación con el mismo sujeto pasivo (el Ayuntamiento de Alicante), en una secuencia temporal que transcurre en el periodo expresado, con comportamientos similares que infringen el mismo precepto legal.*

*En el delito de prevaricación es necesario que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Los términos injusticia y arbitrariedad deben entenderse aquí utilizados con sentido equivalente, pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, su conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución. Es decir, el sujeto con plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración".*

*Respecto a la concurrencia del elemento subjetivo del tipo penal dispone la Sentencia. "Por tanto, el elemento subjetivo es determinante para diferenciar la mera ilegalidad administrativa, por grave que resulte, del comportamiento sancionado penalmente. Dictar, u omitir, la resolución arbitraria no determina, por sí mismo, la comisión del delito de prevaricación, si no se constata la concurrencia del elemento subjetivo de la prevaricación, pues para ello se requiere, como señalan las sentencias del Tribunal Supremo 152/2015, de 24 de febrero, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 24-02-2015 (rec. 20222/2012) o 797/2015, de 24 de noviembre, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 24-11-2015 (rec. 599/2015), la clara conciencia de la ilegalidad o de la arbitrariedad que se ha cometido.... Tampoco es aceptable el argumento de la exclusión del dolo en razón a que se limitaron a realizar lo que ya se venía realizando desde años anteriores a su toma de posesión. Como dice la sentencia núm. 627/2006 de 8 junio del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 08-06-2006 (rec. 282/2005) "la persistencia en una ilegalidad no convierte al acto administrativo en legal". Principio que ha sido desarrollado por nuestra jurisprudencia. Así, la sentencia núm. 1249/2014 de 22 de julio de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5ª, nos dice: "en cualquier caso, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ya se ha pronunciado ante este tipo de situaciones señalando que la persistencia en una ilegalidad no convierte al acto administrativo en legal (STS 627/06, de 8 de junio, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 08-06-2006 (rec. 282/2005)), y que aquel a quién se aplica la ley no puede considerar violado el citado principio constitucional de legalidad por el hecho de que la ley no se aplique a otros que asimismo la han incumplido, ni pueden pretender específicamente su impunidad por el hecho de que otros hayan resultado impunes Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 1992. Muy descriptiva es la STS 235/14, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 18-03-2014 (rec. 10618/2013), ante un supuesto en el que se alegaba algo parecido, afirma que la supuesta generalización del uso, si se acreditase, no solamente no desvirtúa tal conclusión, sino que lo único que aporta es un censo de delincuencia mayor que el que dio lugar a este proceso".*

*En idéntico sentido la sentencia núm. 559/2017 de 7 de junio de la Audiencia provincial de Badajoz, dice: "no cabe escudarse en el uso o la costumbre para perpetuar en el tiempo un comportamiento que contraviene de forma patente los principios de la contratación pública. Que se siga haciendo lo que desde el inicio se hizo mal, no subsana lo mal hecho. El hábito no diluye la responsabilidad. Y menos cuando directa o indirectamente se recibían advertencias para respetar la legalidad".*

En consecuencia, a la vista de la jurisprudencia referenciada y a la que, a su vez, en ella se cita a los efectos de lo que aquí se trata, adquieren una indiscutible relevancia los informes de legalidad que reiteradamente se han evacuado en la serie contractual analizada puesto que advertían y evidenciaban la irregularidad del fraccionamiento de los contratos menores que la conformaban.

## ***I.IV. CONTRATACIÓN MENOR. RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES***

Las reglas sobre el régimen de incompatibilidades en el sector público son una vía para preservar los principios de eficacia, calidad, objetividad, interés general, neutralidad, imparcialidad e independencia de la función pública. Respecto al principio de objetividad, la sentencia 172/1996 del Tribunal constitucional afirma que *«las incompatibilidades de los funcionarios públicos tienden a garantizar la objetividad de su actuación, en evitación de relaciones de dependencia perturbadoras, así como su eficacia, procurando la máxima dedicación a las funciones propias de su empleo o cargo, características aquella y esta predicables constitucionalmente de la actividad de las Administraciones públicas y, por tanto, exigible también de sus servidores (art. 103 CE)»*

En el caso concreto, y en atención en los Acuerdos adoptados por la Comisión de Gobierno en la sesión ordinaria XXX, la persona funcionaria interina tiene autorizada la compatibilidad solicitada entre su actividad municipal y la actividad privada por cuenta propia. Si bien la autorización de la compatibilidad queda condicionada: al estricto cumplimiento de los deberes públicos, a las prohibiciones y otras previsiones que se contienen en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, la Ley 21/1987, de 26 de noviembre, de incompatibilidades del Personal al Servicio de la Administración de la Generalitat y al resto de normativa de aplicación. En el Preámbulo de la Ley 53/1984 se expone que el principio fundamental de la normativa es *“la dedicación del personal al servicio de las Administraciones Públicas a un solo puesto de trabajo, sin más excepciones que las que demande el propio servicio público, respetando el ejercicio de las actividades privadas que no puedan impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o comprometer su imparcialidad o independencia”*.

El articulado de la mencionada ley diferencia entre:

- la compatibilidad de la actividad pública con un segundo puesto de trabajo o actividad en el sector público (Capítulo III. Actividades públicas)
- la compatibilidad de la actividad pública con una actividad privada (Capítulo IV. Actividades privadas)

A tal efecto, procede concretar el concepto de actividad pública de acuerdo con el artículo 1.1 de la citada Ley que regula que: *“A los solos efectos de esta Ley se considerará actividad en el sector público la desarrollada por los miembros electivos de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, por los altos cargos y restante personal de los órganos constitucionales y de todas las Administraciones Públicas, incluida la Administración de Justicia, y de los Entes, Organismos y Empresas de ellas dependientes, entendiéndose comprendidas las Entidades colaboradoras y las concertadas de la Seguridad Social en la prestación sanitaria”*.

Con el mismo literal se configura la actividad pública en el art. 1 de la Ley 21/1987, de 26 de noviembre, de incompatibilidades del Personal al Servicio de la Administración de la Generalitat. Por otro lado, el artículo 3 de la Ley 53/1984 y el art. 4 de la Ley 21/1987

establecen que: *"En todo caso la autorización de compatibilidad se efectuará en razón del interés público"*. Revisado el portal de trámites del Ayuntamiento de Barcelona, en relación con las instancias para solicitar la compatibilidad, existen dos modelos de instancia:

- Solicitud de compatibilidad para actividades públicas
- Solicitud de compatibilidad para actividades privadas

En atención a los Acuerdos de Comisión de Gobierno expuestos, la autorización de la compatibilidad se refiere a *"Autorizar la Compatibilidad entre su actividad municipal como persona funcionaria interina y la actividad privada por cuenta propia como"*... Dicho esto, no entraremos aquí a valorar la naturaleza pública o privada de las actividades llevadas a cabo por la persona funcionaria y contratada por el órgano municipal después de su toma de posesión como persona funcionaria interina del Ayuntamiento de Barcelona. Y esto por cuanto, nos centraremos en el análisis de un presupuesto previo como es el de las causas de prohibición de contratar ligadas a una causa de incompatibilidad y del conflicto de interés como uno de sus leitmotiv.

En este sentido hay que recordar que la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado se había pronunciado al respecto en varias ocasiones negando la posibilidad de que un funcionario pudiera contratar con la Administración a la que pertenecía. Entre otros en sus informes: 44/03, de 17 de noviembre de 2003. "Incompatibilidades para contratar de funcionarios de la Administración Local y concejales" (Clasificación de los informes: 6.2 Prohibiciones para contratar. Incompatibilidades) i el 16/2002, de 13 de junio de 2002 "Incompatibilidades de funcionarios y cónyuges para contratar con la Administración (Clasificación de los informes: 6.2. Prohibiciones de contratar: Incompatibilidades".

Así, la Junta Consultiva, en el referido primer informe, establece: *"... Por lo que respecta a funcionarios el artículo 20, letra c) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, considera causa de prohibición de contratar el estar incurso la persona física o administrador de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 53/1984, de 28 de septiembre, debe entenderse hecho a los funcionarios sujetos a su ámbito de aplicación, por tanto a los funcionarios de la Administración local, según su artículo 2.1, letra c), sin que pueda circunscribirse a las actividades comprendidas en las letras c) y d) de su artículo 12, pues a estas últimas no puede quedar limitada la incompatibilidad para contratar. En este sentido, el informe de esta Junta de 30 de enero de 2002 expediente 45/01) declara que "los preceptos de la Ley de incompatibilidades deben ceder ante el taxativo de la Ley de Contratos de las administraciones Públicas, pues, a parte de la dificultad de desentrañar los términos abstractos de "empresas o sociedades concesionarias, contratistas de obras, Servicios o suministros o arrendatarios o administradores de monopolios o con participación o aval del sector público" dado que, por ejemplo, la condición de contratista se adquiere una vez y no con anterioridad a la adjudicación del contrato no es misión de la Ley de Incompatibilidades, sino de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas determinar los específicos contratos a los que se aplican las prohibiciones de contratar y ya hemos visto que esta última lo hace con carácter general para todos los contratos administrativos y privados de las Administraciones Públicas". Descartando por tanto, que las prohibiciones para contratar puedan limitarse a los supuestos del artículo 12.1, letras c) y d, de la*

*Ley de Incompatibilidades procede responder a la primera cuestión suscitada que el cónyuge de un funcionario que presta sus Servicios en la Diputación Provincial de Huesca están incurso, tanto el funcionario como el cónyuge, en la incompatibilidad que determina la prohibición de contratar con dicha Administración, de conformidad con el artículo 20, letra e), de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”...*

Añade el segundo de los informes referenciados que: *“... 3. También sobre la apreciación de esta causa de prohibición de contratar en los contratos menores, ..., también se ha pronunciado esta Junta en su informe de 13 de noviembre de 2001 (expediente 29/01) y los que en el mismo se citan declarando lo siguiente: “Respecto a la circunstancia de tratarse de contratos menores, aunque en un futuro pueden dejar de merecer tal calificativo, esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa se ha pronunciado – dos informes de marzo de 1996 (expediente 40/195 y 13/96) – en el sentido de que los requisitos del artículo 11 la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el del apartado 2, letra b) referente a la capacidad del contratista, necesariamente ha de cumplirse en los contratos menores, por ser requisito sin el cual no puede celebrarse ningún contrato, debiendo añadirse que tal conclusión no puede quedar sin efecto por la circunstancia de que en los expedientes referentes a contratos menores no exista trámite específico para la acreditación de la capacidad y solvencia e inexistencia de prohibiciones de contratar concurren en el momento de la adjudicación, el contrato, aunque sea un contrato menor, será nulo de pleno derecho de conformidad con el artículo 22 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y según se desprende de la interpretación de los citados artículos 11.2, letra b) y 20, letra e), de la propia Ley”. Para continuar, en su consideración Jurídica 4: “Se plantea también la cuestión de si la apreciación de la prohibición de contratar ha de realizarse en relación con la Administración contratante y, si es posible dicha apreciación aunque el funcionario o su cónyuge no presten Servicios en el departamento que tiene por objetos o tramita la celebración del contrato. La prohibición de contratar por causa de incompatibilidad de un funcionario debe limitarse exclusivamente a la Administración contratante, a la que pertenezca el funcionario, pues así se deduce fundamentalmente del examen comparativo de las causas enunciadas en el artículo 20, dado que los artículos 18 y 19 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, se distingue claramente entre aquellas causas de prohibición de contratar cuya apreciación requiere la tramitación de expediente y que pueden producir efectos generales ante todas las Administraciones Públicas y las causas de apreciación automática, cualquiera de las cuales, como es la de incompatibilidad de un funcionario, no pueden producir ese efecto general...” concluyendo: “La conclusión sentada-incompatibilidad con la Administración Contratante resuelve el problema planteado de si es posible descender a nivel organizativo inferior (departamento, negociado, sección, etc..) para apreciar o no la incompatibilidad, pues ni en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, fundamentalmente en el artículo 20 de la Ley, ni en la normativa sobre incompatibilidades del personal al Servicio de las Administraciones Públicas –Ley 53/1984, de 26 de diciembre- puede hallarse precepto alguno que justifique tal posibilidad...”*

Hay que decir que los informes transcritos se fundamentan en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Sin embargo, el tenor del artículo 60, 1, g) TRLCSP, que se reproduce (a los efectos que nos ocupan), en el vigente artículo 71, g) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público perfila y amplía los supuestos contemplados en el artículo 20, e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, así, por ejemplo, aumentando el ámbito de los sujetos a los cuales afectará la prohibición de

contratar por incompatibilidad, introduce expresamente la figura del "conflicto de interés" como elemento determinante para extender o no esta prohibición de contratar respecto "*... a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, ascendientes y descendientes, así como a parientes en segundo grado por consanguineidad o afinidad de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, cuando se produzca conflicto de intereses con el titular del órgano de contratación o los titulares de los órganos en que se hubiere delegado la facultad para contratar o los que ejerzan la sustitución del primero*".

Extremo este que tiene que ponerse en relación con lo que dispone su artículo 64 de la LCSP, toda vez que, entre otros: a) impone a los órganos de contratación la obligación 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 que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores*". b) Introduce, incluso, la figura del conflicto de interés aparente y c) y conmina a todo el que tenga conocimiento de un posible conflicto de interés a ponerlo en conocimiento del órgano de contratación.

El Informe 11/2018 de la Junta Consultiva de Contratación del Estado expresa que "*respecto al concreto significado de la expresión "conflicto de intereses", el artículo 64 de la Ley 9/2017, en consonancia con el artículo 24 de Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, establece en su apartado 2 que: «a estos efectos el concepto de conflicto de intereses abarcará, al menos, cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación.» Corresponderá al órgano de contratación, en virtud del apartado 1 del mismo artículo, la obligación de examinar su concurrencia y de adoptar las medidas oportunas y ello con independencia de que de dicha situación se derive la posible existencia o no de una prohibición de contratar*".

Sin poder olvidar, en esta misma línea, el objeto y finalidad de la vigente Ley de Contratos del sector Público recogidos en el primer apartado de su artículo 1 "*... garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos ... la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia...*".

Y en este sentido en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado 31/15, de 13 de julio de 2017 señala que: "*Interpretación de la nueva redacción de las prohibiciones de contratar del art. 61, 1, g). (Ayuntamiento de Alcodia). Clasificación del Informe. 6. Prohibiciones para contratar. 6.1. Cuestiones generales. 6.2. Incompatibilidades. 18. Otras cuestiones de carácter general*" se afirma, refiriéndose al citado artículo 60 del TRLCSP, que: "*... Por lo que hace a los supuestos de incompatibilidades, la norma atiende a cualquier supuesto legal de incompatibilidad y, particularmente, al previsto en el Artículo 12.1. c) de la ley 53/84 de la Ley que*

*veda a los empleados públicos sujetos a la norma el desempeño, por sí o por persona interpuesta, de cargos de todo orden en Empresas o Sociedades concesionarias, contratistas de obras, servicios o suministros, arrendatarias o administradoras de monopolios, o con participación o aval del sector público, cualquiera que sea la configuración jurídica de aquellas, sin que la referencia al conflicto de intereses pueda considerarse aplicable a este supuesto, de modo que la mera existencia de la incompatibilidad genera la prohibición de contratar ...”.*

Y el Informe 16/2014 de la JCCA (Comisión Permanente) también establecía que: *“... La denominada prohibición de contratar por incompatibilidad, a la cual hace referencia la cuestión objeto de este informe, es una de estas prohibiciones de contratar de apreciación automática y directa por el órgano de contratación y, por lo tanto, sólo produce efectos en relación con el ámbito de actuación sobre el cual el órgano de contratación ejerce las funciones que tiene atribuidas en el ámbito de su competencia (3). Por su parte, la normativa sobre incompatibilidades, a la cual remite para su aplicación el artículo 60.1.f del TRLCSP, y, especialmente el artículo 11.1 de la Ley 53/1984, establece que el personal comprendido en el ámbito de aplicación de la ley no puede ejercer actividades privadas que se relacionen directamente con las que desarrolla el departamento, el organismo o la entidad en que presta servicios”. Señalando la nota 3 a pie de página referenciada que: “(3) Este argumento es el que utiliza la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 16/2002, de 13 de junio de 2002, y la Junta Regional de Contratación Administrativa de Murcia en su Informe 3/2009, de 8 de junio, entre otros, para justificar que la prohibición de contratar por causa de incompatibilidad de un funcionario debe limitarse exclusivamente a la administración contratante....”*

Así mismo, a los efectos de los citados art. 71.1 g) y art. 64 de la Ley 9/2017, atendiendo a la reiteración de contratación, y la posible concurrencia de una causa de prohibición para contratar y de un conflicto de interés entendido como *“cualquier situación en la que el personal al Servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación”* (art. 64,2 LCSP).

Realizadas las anteriores consideraciones, se evacuaron las siguientes recomendaciones:

### **RECOMENDACIÓN**

**Examinada la documentación y la información obrante en los expedientes, y analizada la normativa de aplicación, para fomentar y mejorar las buenas prácticas en la gestión pública, priorizando la prevención por encima de las conductas reactivas, y atendiendo:**

**a) a los indicios de fraccionamiento irregular de la contratación menor por parte de la Gerencia como órgano de contratación detectados en el presente caso.**

**b) a la existencia de prácticas contractuales similares (compatibles con posible fraccionamiento irregular de la contratación menor) por la misma Gerencia.**

c) a que ya en fecha XXX constan advertencias respecto de estas prácticas contractuales en la citada Gerencia y de los riesgos jurídicos y de las responsabilidades que podrían entrañar intermediando el Informe relativo a la "Contratación del año XXX", elaborado en aquella fecha por el Departamento de Servicios Jurídicos y el Departamento de Administración y Personal de la Gerencia. Hay que recordar que en él se señalaba expresamente dentro de los tres primeros proveedores que facturaron más de 18.000 euros más IVA en contratos menores de servicios.

d) a que también, como se ha dicho, la Intervención General del Ayuntamiento de Barcelona alertaba sobre irregularidades en materia de contratación menor en el ámbito de la Gerencia en su informe de 2016 al cual nos remitimos.

e) a los riesgos de incurrir en responsabilidades de diferente naturaleza (administrativas, contables, penales...) así como a los perjuicios reputacionales que el mantenimiento de estas prácticas contractuales pueden derivar para el Ayuntamiento de Barcelona. En este sentido hay que recordar las consecuencias, entre otras, reputacionales y de imagen generadas a raíz de la publicación del informe del Tribunal de Cuentas (n.º 1.361) "INFORME DE FISCALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN MENOR CELEBRADA POR LOS AYUNTAMIENTOS DE MÁS DE 500.000 HABITANTES, EJERCICIO 2016" de 22 de noviembre de 2019 en el cual se evidencian irregularidades como las detectadas.

Desde este órgano gestor del Buzón, en el ámbito del ejercicio del cumplimiento de la normativa de aplicación y de las buenas prácticas, procede formular las siguientes recomendaciones:

I. Recomendaciones específicas respecto a los expedientes de contratación objeto de la presente investigación:

- Dar traslado de las recomendaciones a la Intervención General del Ayuntamiento de Barcelona a la vista de su contenido y en atención a las competencias que legalmente tiene atribuidas.
- El análisis y control financiero de los contratos menores objeto de estas recomendaciones por parte de la Intervención General del Ayuntamiento de Barcelona y que a la vista de sus resultados se adopten las medidas legales pertinentes y, de ser el caso, se depuren las responsabilidades, de cualquier tipo, en que se pudiera haber incurrido. Interesando, al amparo de lo que disponen las Normas Reguladoras del Buzón Ético, que del mismo se dé traslado a esta DSA a los efectos de su seguimiento.
- Dar traslado de las recomendaciones a la Secretaría General del Ayuntamiento de Barcelona, en virtud de las funciones que le reconoce, entre otros, el Real



**Decreto 128/2018, de 16 de marzo, regulador del régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional.**

- Dar traslado al Comité de ética del Ayuntamiento de Barcelona por si los hechos pudieran ser constitutivos de infracción del código ético en materia de contratación pública (artículo 13, en especial apartados e) a h)) o pudieran comportar un conflicto de interés (artículo 8).

- Dar traslado de las recomendaciones a la referida gerencia, pues según consta en el Informe de control financiero de la Intervención General del Ayuntamiento de Barcelona: "Revisión limitada de contratos menores - XXX" del Ayuntamiento: "...le corresponde al órgano gestor, concedor de los objetos contractuales, especificar de forma detallada y fundamentada si se han producido o no fraccionamientos contractuales".

**II. Recomendaciones genéricas respecto a los expedientes de contratación menor de la Gerencia:**

- Que se practique una auditoría en relación con la contratación menor llevada a cabo por la Gerencia, en atención: a) a las consideraciones del Informe de XXX relativo a la Contratación del año XXX emitido conjuntamente por el Departamento de Servicios Jurídicos y el Departamento de Administración y el Departamento de Personal de la Gerencia; b) a los informes de fecha xx y xx de marzo de xx de la Secretaría Delegada de la Gerencia y de la Jefatura del Departamento, y c) a la mecánica operativa que en relación con los contratos menores objeto de análisis en las recomendaciones xxx y xxx se ha puesto de manifiesto por el órgano gestor del Buzón Ético a raíz de las comunicaciones que dieron origen a las mismas, d) al informe del Interventor General del Ayuntamiento de Barcelona de XXX y e) a los informes de control Financiero de los ejercicios XXX y XXX evacuados por la Intervención General del Ayuntamiento de Barcelona, sobre todo, teniendo en cuenta que según parece se han continuado suscribiendo contratos menores similares con posterioridad a los referidos informes y a pesar de las advertencias en ellos contenidas.

- Que, siguiendo el espíritu que inspira el Real Decreto 424/2017 por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local, de aplicación (a los efectos que nos ocupan) para el ejercicio 2019, se recomienda que el control financiero de los contratos menores tenga en cuenta o contemple un ámbito temporal más amplio que el estrictamente anual para que puedan ser detectadas con más facilidad prácticas como las que traen causa estas recomendaciones.

- Programación y planificación previa de la contratación para garantizar la utilización eficiente de los fondos públicos, y el respecto a los principios inspiradores de la contratación pública.

- Programar adecuadamente y planificar con antelación las actuaciones que tienen que llevarse a cabo, *"exige la definición previa de las necesidades a cubrir y, a continuación, la elección del tipo de contrato y del procedimiento adecuados que se ajusten a las normas y los principios que regulan la contratación. Se trata, en definitiva, de gestionar los intereses públicos con una programación adecuada"*. (Informe 4/2010, de 29 de octubre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de les Illes Balears).

- Recurrir a la contratación menor exclusivamente en los supuestos previstos por la normativa.

En esta línea, el Informe 14/2014, de 22 de julio de la Junta Consultiva de la Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya señala que *"La contratación menor únicamente se encuentra justificada por la necesidad de simplificación en determinados supuestos en que debe prevalecer la agilidad para atender necesidades de importe y duración reducidas y, en todo caso, es una figura a la que se puede recurrir únicamente si no se contraviene la normativa en materia de contratación pública y, específicamente, la prohibición de fraccionar el objeto de los contratos para eludir la aplicación de aquella normativa, recogida en nuestro derecho interno en el artículo 86 del TRLCSP, y estrechamente relacionada con la utilización de la contratación menor"*.

- Establecer y adoptar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, prevenir cualquier riesgo de favoritismo y evitar, detectar y solucionar de manera efectiva los conflictos de interés que puedan surgir en los procedimientos de licitación, de conformidad con el art. 64 de la LCSP.

Nos remitimos aquí, a las recomendaciones emitidas por la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación en relación con la contratación menor en su "Informe Anual de Supervisión de la Contratación Pública en España relativa a 2018" publicado en diciembre de 2019.

Así mismo y de forma especial nos remitimos a las recomendaciones hechas en el Ayuntamiento de Barcelona por el Tribunal de Cuentas en su informe (nº 1.361) "INFORME DE FISCALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN MENOR CELEBRADA POR LOS AYUNTAMIENTOS DE MÁS DE 500.000 HABITANTES, EJERCICIO 2016" de 22 de noviembre de 2019 en la medida que en él se hace expresa mención al Ayuntamiento de Barcelona:

***"Llevar a cabo una adecuada planificación y programación de su gestión contractual que evite los fraccionamientos.***

***• Establecer en su normativa interna la obligatoriedad de promover la concurrencia en la adjudicación de los contratos menores, cualquiera que sea su importe, bien mediante la publicación de anuncios de licitación, bien solicitando directamente ofertas a un mínimo de tres empresas, salvo cuando las circunstancias concurrentes lo desaconsejen por razón de la inmediatez de la necesidad que se trate de satisfacer.***

***• Adoptar las medidas necesarias para mejorar los sistemas informáticos de registro y tratamiento de los datos relativos a la contratación.***

***• Aplicar en los contratos menores condiciones especiales con el fin de promover la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo".***

Respecto a la importancia de contar con herramientas informáticas que coadyuven a detectar las malas prácticas en materia de contratación menor se pronuncia, en la misma línea apuntada por el Tribunal de Cuentas en el referido informe, la Sindicatura de Cuentas de la Comunidad Valenciana en su Manual de Fiscalización.

- En relación con los expedientes de contratación menor se compruebe por el órgano de contratación, la efectiva realización de la prestación contratada y satisfecha, dada la ausencia de documentación en tal sentido en los referidos expedientes de contratación.

- Dar traslado de la presente recomendación al órgano municipal afectado a los efectos pertinentes, entre ellos los preventivos de cara a contrataciones futuras y especialmente por el que respecto a las prohibiciones de contratar en que se pudiera haber incurrido respecto a los contratos menores suscritos con la persona física con posterioridad a su toma de posesión como funcionaria interina del Ayuntamiento de Barcelona y de las medidas legales a adoptar en tal sentido.

Y concretamente, se recomienda al órgano de contratación *"... examinar su concurrencia y adoptar las medidas oportunas y esto con independencia de que esta situación derive la posible existencia o no de una prohibición de contratar"* (transcrito del Informe 11/18 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado).

- Establecer y adoptar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, prevenir cualquier riesgo de favoritismo, evitar, detectar y solucionar de manera efectiva los conflictos de interés que puedan surgir en los procedimientos de licitación de conformidad con el art. 64 de la LCSP.

## **SEGUIMIENTO DE LA RECOMENDACIÓN**

**Fruto del traslado efectuado al Comité de ética en los términos acordados en la citada Recomendación evacuada por la DSA (órgano gestor del BEBG) este se pronunció en el sentido siguiente:**

**1.- El Comité de Ética entiende que con la situación detectada en la tramitación de estos expedientes han quedado afectados los preceptos del Código Ético mencionados en los fundamentos de la recomendación y muy especialmente las pautas de conducta en materia contractual para impedir el fraccionamiento de contratos y prevenir los conflictos de interés reales, potenciales y aparentes.**

**2.- El Comité de Ética recomienda que, a los efectos de garantizar una actuación objetiva, imparcial y ejemplar, las licitaciones del Ayuntamiento de Barcelona respeten escrupulosamente las pautas de conducta para evitar los riesgos de posibles responsabilidades contables, administrativas o incluso penales, así como las reputacionales que puede comportar esta práctica contractual por el propio Ayuntamiento de Barcelona, y que ya puso de relieve la DSA en sus recomendaciones.**

**3.- El Comité de Ética resuelve dar traslado al órgano competente en materia disciplinaria para incoar procedimiento sancionador al personal de alta dirección de la Gerencia contratante involucrado en las infracciones de las normas de conductas anteriormente enumeradas.**

**4.- Comunicar esta resolución a Alcaldía, a la Gerencia Municipal y al Secretario de la Corporación.**

## ***II. CONTRATACIÓN MENOR. PERSONAL EVENTUAL. FALTA DE PUBLICIDAD DE LOS CURRÍCULUMS. RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES.***

En el BEBG se recibió una comunicación relativa a posibles irregularidades en la contratación pública de un Instituto Municipal, alertando, entre otros extremos sobre una persona, a la que nos referiremos con las siglas "MM", "... la cual consiguió más de 80.000 euros entre el 2016 y el 2017 con cinco contratos diferentes a título personal y con una asociación a la cual pertenece." añadiendo que: "En la Bienal XX los socios de "MM" en la "Asociación YY"<sup>90</sup> ... se han sacado un buen sobresueldo", que "MM" mantenía una relación sentimental con un

<sup>90</sup> Las siglas utilizadas en esta ficha no guardan ninguna relación con el nombre de las personas o entidades afectadas y se han utilizado a los únicos efectos de facilitar su lectura a la vez que se preservan todos los deberes y derechos de transparencia y confidencialidad.

cargo político municipal, y que posteriormente fue nombrado personal eventual del Ayuntamiento de Barcelona.

Recibida la comunicación, la DSA efectuó las actuaciones de investigación pertinentes, entre otras: 1) la solicitud, en el Instituto Municipal afectado, de informe y copia completa, foliada y adverada de todos los expedientes administrativos relativos a las contrataciones; 2) solicitud de información a la Intervención General; 3) la visualización y busca de datos en: a) la Gaceta Municipal; b) el Portal de Transparencia del Ayuntamiento de Barcelona; c) el Registro de entidades del departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña; 4) el análisis del fondo documental consistente en las noticias aparecidas en los medios de comunicación. También se dio traslado de los hechos comunicados a la persona afectada, abriendo el correspondiente plazo para alegaciones que finalizó sin que se formulara por parte de aquella respuesta alguna.

Resultado de las diligencias de investigación y comprobación practicadas, se constató:

- a) La adjudicación directa de cinco contratos menores a "MM", y cinco contratos menores más, con similar objeto de contratación, adjudicados a la "Asociación YY" de la cual "MM" es socio fundador y ocupa el cargo de Secretario/aria según refleja el Registro de entidades del Departamento de Justicia.
- b) El otorgamiento de tres subvenciones a la asociación mencionada, "Asociación YY", así como el otorgamiento de cinco subvenciones más a una segunda asociación (que denominaremos "Asociación FF") de la cual, "MM" ocupa el cargo de la Presidencia, según evidencia el Registro de entidades del Departamento de Justicia.
- c) Las fechas de incoación y finalización de todos los expedientes administrativos relativos a las contrataciones y subvenciones analizados, excepto el correspondiente al contrato adjudicado a "MM", como persona física, son anteriores a la entrada en vigor de las Normas Reguladoras del Buzón Ético.

Las Normas Reguladoras del Buzón Ético establecen en su Disposición transitoria que estas sólo son "... de aplicación en relación a las conductas que se lleven a cabo a partir de su entrada en vigor" que tuvo lugar, según establece su disposición final, el día siguiente a su publicación en el B.O.P., concretamente, el 17 de enero de 2017.

Motivo por el cual el Buzón Ético no pudo entrar a valorar el posible fraccionamiento irregular del contrato dado que se tratan de expedientes anteriores al Buzón Ético. Sin embargo, estos expedientes y contratos se han tenido en cuenta en la medida que evidenciaban la relación de "MM" con la "Asociación YY" pues en todos ellos consta su intervención en calidad de representante legal de la citada Asociación.

Y, respecto al presunto supuesto de fraccionamiento irregular de los citados contratos menores se dio traslado, como más adelante se detallará, a la Intervención General del Ayuntamiento en atención a las competencias que legalmente tiene atribuidas en virtud, entre otros, del Real Decreto 128/2018 de 16 de marzo por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, y el Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno de las entidades del Sector Público Local.

- d) Respecto al expediente administrativo de contratación posterior a la entrada en vigor de las Normas reguladoras del Buzón Ético, analizadas las facturas a él incorporadas se constata que: 1) los conceptos y las horas presupuestadas por cada uno de ellos no coinciden exactamente con el literal del objeto del contrato ni con el presupuesto establecido; 2) respecto a los informes justificativos de la contratación aparecen informes sin firmar ni datar; 3) tampoco consta, al menos formalmente, evidencia documental justificativa de la efectiva ejecución de uno de los conceptos facturados. Concepto que además no constaba dentro del objeto propio del contrato, y por el cual se le dedicaron más horas incluso que el que sí era objeto del contrato.
- e) Solicitada la información respecto a los contratos adjudicados y subvenciones otorgadas a MM y a las Asociaciones YY y FF, tanto al Instituto afectado como a la Intervención General, y después de su análisis y comparación, presentaban desajustes tanto en la denominación numérica de referencia como en el texto exacto de los contratos y subvenciones.
- f) Divergencia entre la respuesta aportada por el Instituto Municipal afectado a requerimiento del Buzón ético y el resultado de las diligencias de investigación practicadas en la medida que por cuanto el referido instituto informó: *"No consta ninguna vinculación jurídica (de naturaleza mercantil, laboral, o de cualquier otro naturaleza) de este programa con la persona física ni tiene funciones, ni responsabilidades, ni retribución"*.
- g) Confusión entre los programas y proyectos que eran objeto de contrato. Extremo reconocido por el propio Instituto contratante.
- h) Falta de publicación en el Portal de Transparencia del currículum de "MM" a pesar de haber sido nombrado/a personal eventual.

También se detectó la falta de publicación del correspondiente currículum de dieciocho cargos eventuales más.

No obstante, hay que decir al respecto, que el currículum de MM apareció publicado en el Portal de Transparencia después de que, por parte del Buzón Ético, fuera informado de los

hechos objeto de la comunicación origen de las presentes actuaciones y finalizase el plazo de alegaciones conferido. En este consta su relación como Director/a de la Asociación FF, y como socio/a fundador/a de la Asociación YY, así como el ejercicio de docencia en una Universidad.

Hay que decir al respecto que revisado el Portal de Transparencia no constaba la correspondiente autorización o reconocimiento de compatibilidad para el ejercicio de las actividades referenciadas.

Así mismo y también revisado nuevamente el Registro de Entidades del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña, en fecha posterior a la finalización del trámite de alegaciones conferido a "MM", todavía aparecía "MM" ejerciendo el cargo de Presidente de la Asociación YY y el de Secretario en la Asociación FF.

Analizada la documentación recibida así como la información obtenida mediante la práctica de las diligencias de investigación correspondientes, el órgano gestor del Buzón Ético realizó consideraciones técnicas y jurídicas respecto a: a) La Normativa de aplicación en los contratos menores del Instituto Municipal afectado; b) A los expedientes administrativos relativos a los contratos menores adjudicados a "MM" c) A los expedientes administrativos relativos a los contratos adjudicados a la Asociación YY de la cual "MM" ostentaba el cargo de Secretaria; d) Al Programa objeto del contrato; e) Al Régimen de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas; f) A Las obligaciones de transparencia en relación con la publicación de los currículums; y g) A la obligación de dedicación plena y exclusiva al cargo que atañe al personal eventual. CEC. No obstante, debido a su extensión nos centraremos en esta ficha solo en las consideraciones que se desarrollan a continuación:

## **1.- CONSIDERACIONES EN RELACIÓN CON EL RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**

El artículo 8 del RDL 5/2015, de 30 de octubre, por el cual se aprueba el texto refundido del EBEP recoge en su apartado 1.º que "*Son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales.*", y en el segundo apartado establece la clasificación de los empleados públicos:

- "a) Funcionarios de carrera;*
- b) Funcionarios interinos;*
- c) Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal y*
- d) Personal eventual."*

El artículo 12 del RDL 5/2015, de 30 de octubre, por el cual se aprueba el texto refundido del EBEP, define al personal eventual como aquel que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, solo realiza funciones expresamente cualificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados con esta finalidad.

En el apartado quinto del artículo 12 se dispone que *"al personal eventual le será aplicable, en lo que sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera"*.

La regulación de las incompatibilidades se basa en la necesidad de aplicar el principio de dedicación del personal al servicio de las administraciones públicas a un único puesto de trabajo, sin más excepciones que las que pida el servicio público, respetando el ejercicio de las actividades privadas que no puedan impedir el estricto cumplimiento de sus deberes o comprometer la imparcialidad o la independencia.

La normativa de aplicación al régimen de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas se encuentra en las siguientes normas:

- Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas.
- Ley 21/87, de 26 de noviembre de incompatibilidades del personal al servicio de la Administración de la Generalitat de Cataluña.

La normativa en materia de régimen de incompatibilidades es asimismo aplicable al personal eventual, lo es en los mismos términos y en las mismas condiciones que al personal funcionario, puesto que el art. 1.2 de la Ley 21/1987, de 26 de noviembre, de incompatibilidades del personal al servicio de la Administración de la Generalitat expone que es de aplicación al personal al servicio de las corporaciones locales y de los entes, los organismos y las empresas que dependen de ellos, sea cual sea su relación jurídica de trabajo.

Hay que tener en cuenta que la regla general en el régimen de incompatibilidades es que el ejercicio de un segundo puesto de trabajo o actividad pública o privada requiere, en todos los casos, la autorización expresa previa, excepto en las consideradas no sujetas al régimen de incompatibilidades (art. 17 Ley 21/87, de 26 de noviembre).

El art. 2 de la Ley 21/87, de 26 de noviembre identifica cuáles son las actividades que se consideran compatibles, y por tanto, que no requieren de autorización:

- La Administración del patrimonio personal o familiar, con las excepciones previstas en el art. 11 de la Ley 21/87 y 330 del ROAS.



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

El art. 23 de la Ley 21/1987 de 26 de noviembre prevé que *"el incumplimiento del que dispone esta ley tiene que ser sancionado disciplinariamente, sin perjuicio de la ejecutividad de la incompatibilidad en que se haya incurrido"*. En estos mismos términos se expresa el art. 20 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre.

## **2.- CONSIDERACIONES DERIVADAS DE LAS OBLIGACIONES DE TRANSPARENCIA. PUBLICACIÓN DE LOS CURRÍCULUMS.**

El artículo 57 de la Ley 19/2014, del 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno relativo a la publicidad de las condiciones de acceso dispone que:

*"1. La Administración, las instituciones públicas y los organismos incluidos en el artículo 3.1 deben dar a conocer los criterios de acuerdo con los que se designa a una persona para que ocupe un alto cargo. A tal efecto, deben hacer público el currículum con los méritos profesionales y técnicos de la persona nombrada."*

Por otro lado, el artículo 5 del CEC señala los principios éticos de acuerdo con los cuales se tiene que actuar en el ejercicio de las funciones y competencias atribuidas, y concretamente en su apartado o) recoge el de transparencia en los siguientes términos: *"Transparencia:*

*desarrollarán sus acciones y adoptarán los actos y las decisiones relacionados con la gestión de los asuntos públicos de los que son competentes de forma transparente, haciendo públicas las actividades oficiales, actos vinculados a estos asuntos, y ofreciendo la debida información, que tendrá que ser útil, veraz, actualizada, comprensible y, siempre que sea posible, en formatos abiertos y reutilizables".* Y, desde el punto de vista preventivo, se tiene que recordar que visualizado el Portal de Transparencia del Ayuntamiento de Barcelona, no aparece publicado el currículum de "MM" a pesar de haber sido nombrado asesor/a desde hace tres años. En este sentido se hace preciso apuntar que visualizada la página de Transparencia tampoco constan publicados los currículums de dieciocho cargos eventuales más.

### **3.- CONSIDERACIONES DEDICACIÓN PLENA Y EXCLUSIVA AL CARGO POR EL PERSONAL EVENTUAL. CÓDIGO ÉTICO Y CONDUCTA DEL AYUNTAMIENTO DE BARCELONA**

El Ayuntamiento de Barcelona está comprometido con la adopción de medidas que mejoren la confianza de todas las personas hacia las instituciones y sus representantes, velando para garantizar la integridad institucional, el acceso a la información pública y la rendición de cuentas. Con este objetivo, el Ayuntamiento aprobó el Código Ético y de Conducta, que tiene naturaleza de disposición normativa de carácter general, en cumplimiento del mandato que determina el art. 55.3 de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

El código recoge los principios éticos y los valores de buena gobernanza que tienen que informar toda actuación municipal y regula las normas de conducta que necesariamente tienen que observar las personas a las cuales es de aplicación, especialmente las relativas a los conflictos de intereses. El código determina los mecanismos y procedimientos para garantizar la efectividad, evaluación e impulso.

El Código se aplica en el Ayuntamiento de Barcelona y a las entidades que mantienen una relación de carácter instrumental o de vinculación, que nos permiten incluirlas en lo que se podría denominar como sector público municipal. Desde el punto de vista subjetivo, el Código también informa las actuaciones y vincula al personal eventual que ocupa lugares de confianza y asesoramiento especial, de acuerdo con las funciones que les sean atribuidas.

De acuerdo con el artículo 3.3. g) del Código Ético es destinatario y está sujeto a este Código el personal eventual destinado al Ayuntamiento y las entidades municipales vinculadas o dependientes de este, que ocupa lugares de confianza o de asesoramiento especial.

Y en aplicación de su artículo 7, relativo a Normas de conducta generales, se establece que:

*"El personal eventual y el personal directivo tiene que ejercer el cargo con dedicación plena y exclusiva, sin poder compatibilizar su actividad con el ejercicio de jefe de otro puesto de trabajo, cargo, representación, profesión o actividad mercantil, profesional o industrial, de carácter público o privado, por cuenta propia o ajena, salvo:*

*1. las actividades excluidas del régimen de incompatibilidades, siempre que no comprometan la imparcialidad e independencia de la función.*

*2. el ejercicio de funciones docentes universitarias retribuidas, siempre que no sea en detrimento de la dedicación al ejercicio del cargo público, en régimen de dedicación a tiempo parcial y con una duración determinada.*

*Aquellas personas a quienes, excepcionalmente, se les atribuya la dedicación ordinaria o la parcial podrán compatibilizar una segunda actividad, de acuerdo con lo que establece la legislación sobre compatibilidades."*

A tal efecto, es necesario mencionar que visualizado el Portal de Transparencia del Ayuntamiento de Barcelona, concretamente el apartado de "Listas de compatibilidad de Personal" no se encuentra referencia alguna a la autorización de compatibilidad en favor de "MM" para la realización de una segunda actividad compatible con el desarrollo de sus funciones como cargo eventual.

Fruto de las investigaciones practicadas y de las consideraciones técnicas y jurídicas formuladas por el órgano gestor del Buzón Ético se formularon las siguientes recomendaciones:

## RECOMENDACIÓN

**Una vez examinada la documentación y la información obrante en el expediente, y analizada la normativa de aplicación, para fomentar y mejorar las buenas prácticas en la gestión pública, priorizando la prevención por encima de las conductas reactivas, de acuerdo con el art. 17 de las Normas Regulatoras del Buzón Ético y Buen Gobierno, procede realizar las siguientes recomendaciones:**

**Dar traslado a Alcaldía, de acuerdo con sus competencias sobre personal eventual, y en especial por lo que dispone la Carta Municipal de Barcelona, el Real decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el cual se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado público, la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local y la normativa de aplicación del régimen de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas, a los efectos de comprobación y adopción de las medidas pertinentes respecto a:**

a) la alerta por los indicios detectados sobre una posible infracción en relación con la normativa del régimen de incompatibilidades.

b) la necesidad de dar cumplimiento al art. 57 de la Ley 19/2014, del 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno relativo a la publicación de los currículums del personal eventual, respecto a "MM" y las dieciocho personas eventuales, los currículums de las cuales no aparecen en el Portal de Transparencia a día de hoy.

Dar traslado al Comité de Ética de la presente recomendación, por si los hechos investigados pudieran ser constitutivos de una infracción del art. 7 del Código Ético y de Conducta según el cual "El personal eventual y el personal directivo debe ejercer el cargo con dedicación plena y exclusiva, sin poder compatibilizar su actividad con el ejercicio de ningún otro puesto de trabajo, cargo, representación, profesión o actividad mercantil, profesional o industrial, de carácter público o privado, por cuenta propia o ajena, salvo lo siguiente:

1. Las actividades excluidas del régimen de incompatibilidades, siempre que no comprometan la imparcialidad e independencia de la función.

2. El ejercicio de funciones docentes universitarias retribuidas, siempre que no esté en detrimento de la dedicación al ejercicio del cargo público, en régimen de dedicación a tiempo parcial y con una duración determinada.

Aquellas personas a quienes, excepcionalmente, se le atribuya la dedicación ordinaria o la parcial podrá compatibilizar una segunda actividad, de acuerdo con lo que establece la legislación sobre compatibilidades".

o) Dado que además de haberse hecho eco los medios de comunicación, consta publicado en la página web del partido político al cual está adscrito MM como cargo eventual, concretamente en el apartado correspondiente a las presentaciones y en relación a MM, que "Actualmente dirijo XXX en el Ayuntamiento de Barcelona, un programa por ...", en tanto que en los expedientes de contratación analizados consta la vinculación contractual de MM con las Asociaciones YY y FF (beneficiarias de las subvenciones y adjudicaciones de contratos objeto de estudio), y puesto que el propio currículum de MM recoge su cargo como Director/a de la Asociación FF (currículum que apareció publicado en el Portal de Transparencia con posterioridad al trámite de alegaciones que se le confirió por el órgano gestor del Buzón ético al comunicarle los hechos objeto de la comunicación origen de las presentes actuaciones), se acuerda dar traslado al Instituto municipal contratante de las actuaciones de investigaciones realizadas a los efectos oportunos puesto que en uno de los informes evacuados a requerimiento del Buzón Ético se pronunciaba sobre la falta de vinculación de MM con el Programa XXX, en los siguientes términos: "No consta ninguna vinculación

jurídica (de naturaleza mercantil, laboral, o de cualquier otra naturaleza) de este programa con la persona física, no tiene funciones, ni responsabilidades, ni retribución”.

Así mismo procede dar traslado al Instituto Municipal contratante en relación con los expedientes de contratación menor, de las incidencias detectadas respecto a la justificación de la ejecución de la contratación, y más concretamente y a los efectos de ejercer un seguimiento esmerado en la ejecución de los contratos, respecto a:

- a) que los informes aportados por la persona adjudicataria se encuentran sin firmar y datar;
- b) que hay una falta de concordancia, al menos aparente, entre el objeto del contrato y el presupuesto, con los conceptos de la facturación.
- c) que falta una relación directa entre el objeto del contrato y la presentación de los informes justificativos por parte de la persona adjudicataria.
- d) que existen indicios relativos a un posible fraccionamiento del contrato.
- o) Sin perjuicio de que el órgano gestor del Buzón Ético no se haya podido pronunciar sobre el posible fraccionamiento de contrato en aplicación de la Disposición Transitoria de las Normas reguladoras del Buzón Ético, habida cuenta las incidencias detectadas, entre otros las referidas al apartado anterior así como la falta de concordancia entre el número de contrato que consta en los cuadros aportados por la Intervención General con el número de contrato de los expedientes del Instituto municipal, el texto exacto del contrato, o la ausencia en el listado proporcionado por la Intervención General de expedientes de contratación menor, se acuerda dar traslado a la Intervención General del Ayuntamiento de Barcelona de la presente recomendación a la vista de su contenido y en atención a las competencias que legalmente tiene atribuidas en virtud, entre otros, del Real Decreto 128/2018 de 16 de marzo por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de la Administración local con habilitación de carácter nacional, y el Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno de las entidades del Sector Público Local, a los efectos pertinentes.

## **SEGUIMIENTO DE LA RECOMENDACIÓN. ÓRGANO GESTOR DE LA CONTRATACIÓN**

**Fruto del traslado al órgano de contratación, se realizaron por parte de este las siguientes aclaraciones:**

- **Respecto a los desajustes en la denominación numérica y el texto exacto de los contratos y subvenciones entre la información aportada por el Instituto y la de Intervención General, el órgano gestor informó que con relación a los contratos que se corresponderían a los años 2012 y 2013 la discordancia puede ser debida a que hasta el año 2014, el Instituto municipal no dispuso del módulo de SAP común del Ayuntamiento. Anteriormente a esta fecha, disponían de un módulo de SAP propio, que posiblemente Intervención no habría consultado. Por otro lado, que el Instituto dispone de un registro de expedientes que funciona mediante un contador automático que va dando número de expediente correlativo conforme se van abriendo. Este número de expediente incorpora la XXX para identificar. Los expedientes de contratación que se hacen por SAP tendrán el número adicional de contrato. Asimismo informó que en la relación de expedientes que se envió siempre se referencia el número de expediente y no el número de contrato.**
- **Respecto a la confusión entre la información aportada por el Instituto y la extraída de los expedientes de contratación en relación con la denominación y el alcance del objeto de los contratos relacionados con un programa, el Instituto informó que era cierto que se observaba mucha confusión en la referencia XXX en forma de proyecto y programa, tanto en la prensa, como en las facturas incluidas en el expediente.**
- **Respecto a los expedientes XXX, XXX y XXX referidos a un mismo objeto, informó el instituto que sin que la explicación pretenda su validación hay que hacer mención a que la suma del importe de todos los contratos menores efectuados no superaba el límite del contrato menor que en su momento era de 50.000 € (al ser aplicables las IIC).**
- **En relación con los informes sin firmar y fechar, el Instituto informó que efectivamente no se habían encontrado en el expediente y pensaban que no se había efectuado una buena praxis de custodia documental por lo cual los informes firmados y fechados no debieron ser archivados en el expediente. Comprometiéndose a hacer investigación con los responsables del contrato para encontrar los informes y guardarlos dentro del expediente.**

## **SEGUIMIENTO DE LA RECOMENDACIÓN. COMITÉ DE ÉTICA**

Como consecuencia del traslado efectuado al Comité de Ética, dicho órgano se basó en los fundamentos y emitió las recomendaciones que se exponen a continuación:

### **FUNDAMENTOS**

1. De la lectura del expediente, y con los hechos que han dado lugar al mismo comprobados, se concluye que a la persona afectada le es aplicable, en virtud de su cargo, el artículo 3.3 del Código Ético, y por sus actividades irregulares en uso de aquel, el artículo 7 g) del mencionado Código, según el cual "El personal eventual y el personal directivo debe ejercer el cargo con dedicación plena y exclusiva, sin poder compatibilizar su actividad con el ejercicio de ningún otro puesto de trabajo, cargo, representación, profesión o actividad mercantil, profesional o industrial, de carácter público o privado, por cuenta propia o ajena...", incluyendo a continuación las dos posibles excepciones en esta incompatibilidad, que no son aplicables al caso presente.

2. Del mismo expediente y de la situación constatada, se deriva igualmente que a la persona afectada le es aplicable el artículo 5, apartado o) del Código Ético que obliga a la transparencia en el desarrollo de las funciones, obligación que se vulneró con la ausencia de publicación de su currículum aunque a fecha de hoy ya consta subsanado.

### **RECOMENDACIÓN**

1. El Comité de Ética recomienda a la Alcaldía, de acuerdo con sus competencias sobre personal eventual, tomar en consideración las infracciones del Código Ético, en sus artículos 7g) y 5 o), cometidos por la persona afectada, en relación con el régimen de compatibilidades y la transparencia, respectivamente.

2. A la vez, insta a Alcaldía y Gerencia Municipal y a los servicios municipales de contratación del personal eventual de confianza a que den cumplimiento al art. 57 de la Ley 19/2014 del 29 de diciembre, de transparencia, con el acceso público a los currículums de las dieciocho personas eventuales que faltan en el Portal de Transparencia del Ayuntamiento de Barcelona, así como al Código Ético en su artículo 13.

---

### **III. CONTRATACIÓN MENOR: PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA DE LA CONTRATACIÓN MENOR, CRITERIOS Y SUBCRITERIOS DE ADJUDICACIÓN, OBLIGACIÓN DE RESOLVER Y PRÁCTICAS COLUSORIAS.**

---

En el BEBG se recibió una comunicación relativa a un contrato menor que presuntamente estaba encaminado a beneficiar a una licitadora en concreto, asimismo se exponía la presunta incorrección en la aplicación de los criterios de adjudicación del contrato, contra los cuales se había interpuesto un recurso de alzada que aún estaba pendiente de resolución.

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

#### **CONSIDERACIONES**

##### **A. PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA DE LA CONTRATACIÓN MENOR**

El art. 1 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público consagra la publicidad y la transparencia de los procedimientos contractuales como principios a los que necesariamente se tienen que ajustar la contratación pública. Si bien respecto a la figura del contrato menor supone "el decaimiento de tales principios en beneficio del interés público", como se recoge en el Expediente 8/2020 de la Junta Consultiva de contratación pública del Estado:

*"5. Como segunda cuestión la entidad consultante nos plantea si en los supuestos en que proceda el contrato menor el órgano de contratación debe aceptar la presentación de ofertas de cualquier licitador, valorar tales ofertas y adjudicar el contrato en función de aquella que resulte económicamente más ventajosa y artísticamente más interesante.*

*Para responder a esta cuestión es menester analizar el contrato menor desde el punto de vista de su naturaleza y finalidad, teniendo en cuenta tanto la normativa nacional como la comunitaria.*

*El contrato menor, en la regulación española, constituye una suerte de excepción a la aplicación de ciertas reglas comunes a otros procedimientos de selección del contratista, y de modo muy particular, de algunas relativas a la publicidad previa, a la concurrencia y al procedimiento de adjudicación. En nuestro informe 98/2018, de 4 de marzo de 2019 señalamos a este respecto que "en el caso de los contratos menores, aunque la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público ha incidido en la realización de una tramitación reducida, con el fin de ofrecer una garantía de transparencia, publicidad y seguridad jurídica en la realización de estos contratos, lo que no ha hecho es variar su concepción clásica como un supuesto de adjudicación directa, permitido y sancionado legalmente por virtud de su escasa cuantía".*



*Debemos recordar en este sentido, que por razón de su escaso valor estimado (inferior a 40.000 euros en el caso de las obras o inferior a 15.000 euros, en el caso de suministros o servicios) los contratos menores pueden adjudicarse a través de un expediente de contratación más sencillo, que en los contratos de servicios suele exigir únicamente un informe del órgano de contratación justificando de manera motivada la necesidad del contrato y que no se está alterando su objeto con el fin de evitar la aplicación de los umbrales, así como la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente. Esta tramitación tan escueta refuerza la conclusión de que el contrato menor es un supuesto de adjudicación directa de contratos públicos, en el que no existe una publicidad previa sobre el mismo ni tampoco un procedimiento competitivo al que concurran múltiples licitadores.*

*La finalidad de un sistema de contratación como el descrito es poder ofrecer una respuesta especialmente rápida y muy sencilla a necesidades inmediatas y perentorias del órgano de contratación y que, por su escasa cuantía, así lo demandan.*

*En efecto, la justificación del sacrificio de alguno de los principios básicos de la contratación pública estriba, para estos precisos casos, en la escasa cuantía económica, que avala (del mismo modo que en otros supuestos contenidos en la ley como puede ser el procedimiento negociado por razones de exclusividad técnica o la tramitación de emergencia) el decaimiento de tales principios en beneficio del interés público.*

*Sobre esta base, no cabe sólo una insuficiente comprensión y valoración de la figura del contrato menor puede conducir a la pretensión de asimilar la figura del contrato menor regulada en la LCSP con otros procedimientos de selección del contratista que son propios de contratos de características diferentes y que, por su propia naturaleza, incluyen trámites para la presentación de ofertas, valoraciones conforme a criterios objetivos, anuncios previos y otros trámites que, en la actualidad, y desde el punto de vista legal son ajenos al contrato menor. Sin embargo, mientras la ley lo trate expresamente y lo configure como un supuesto en que cabe su adjudicación directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, lo que no resulta posible es variar su naturaleza jurídica y convertirlo en algo completamente diferente.*

*Esta conclusión ya fue recogida en informes precedentes de esta Junta Consultiva. En efecto, en nuestro informe 56/2019, de 16 de marzo de 2020, indicamos cuál era para el derecho comunitario el significado del término adjudicación directa. Señalamos entonces que "el Reglamento (CE) 1370/2007, en su artículo 5, apartados 2 a 6, establece un conjunto específico de normas aplicables a los contratos de concesión de servicios de transporte de viajeros en autobús o tranvía, incluidos unos supuestos específicos de adjudicación directa de tales contratos por diferentes motivos. Resulta enormemente significativo el hecho de que la propia norma indique cuál es el sentido de la adjudicación directa para el derecho comunitario describiéndola legalmente como la adjudicación de un contrato de Servicio público a un operador de servicio público determinado en ausencia de todo procedimiento previo de licitación (artículo 2.h) del Reglamento (CE)1370/2007).*

*Esta preterición de todo procedimiento de licitación, concepto este referido a los elementos que permiten comparar las múltiples ofertas de los licitadores y seleccionar una de ellas, es igualmente característica las sucesivas normas que en el derecho español han regulado el contrato menor como*

*una figura que nos es característica y que, curiosamente, también goza de vigor en Europa. En efecto, en el ámbito comunitario y a modo de ejemplo, en el Reglamento 2018/1046 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de julio de 2018, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión se contemplan, entre otras cuestiones, los contratos de escasa cuantía, es decir, inferior a 60 mil euros, y los de muy escasa cuantía (inferior a 15 mil), no exigiéndose para estos últimos ningún tipo de publicidad, ni previa ni posterior a su adjudicación ni tampoco la necesidad de solicitar un número mínimo de ofertas a los licitadores. La cercanía de tales figuras con nuestro contrato menor resulta patente.*

*Podemos comprobar, por tanto, que esta forma de adjudicación directa ni es nueva ni es extraña en el derecho comunitario, y que tanto en el ámbito nacional como en el europeo se contempla la adjudicación de contratos de manera directa, sin publicidad previa ni procedimiento competitivo en aquellos contratos de valor estimado muy escaso.*

*6. Teniendo en cuenta las anteriores conclusiones, podemos pronunciarnos sobre la posibilidad de aceptar ofertas de los licitadores no contactados por el órgano de contratación. A este respecto lo cierto es que, tal como se describe el procedimiento en la LCSP, no parece fácil que exista esa posibilidad en el seno de un contrato menor y ello, por varias razones:*

- En primer lugar, porque resulta de sentido común que, al no haber publicidad previa del procedimiento de contratación, no existe forma material de que otros operadores distintos de aquel al que se ha dirigido el órgano de contratación tengan conocimiento de la existencia del contrato. Usualmente ocurrirá que será solo a posteriori, cuando los contratos menores sean objeto de publicidad en la forma prevista en el artículo 63.5 de la LCSP, cuando se tendrá noticia de su existencia.*
- En segundo lugar, porque en el contrato menor es el órgano de contratación el que se dirige a un operador económico para adjudicarle un contrato y no existe un momento, fase o acto procedimental que permita y mucho menos que exija la presentación de ofertas.*

*Por esta razón los contratos menores en modo alguno resultan equiparables a los procedimientos negociados sin publicidad. Se trata de procedimientos completamente distintos puesto que el procedimiento negociado sin publicidad previa es un procedimiento propiamente concurrencial, que normalmente se desarrolla, salvo excepciones, en régimen de acceso a las licitación por más de un licitador, mientras que el contrato menor, como ya hemos explicado, constituye un supuesto de adjudicación directa en el que no existe un trámite de presentación de ofertas ni tampoco criterios objetivos que permitan una comparación de las mismas, que hayan sido previamente fijados por la entidad contratante y que hayan sido aceptados por los licitadores que realicen su oferta.*

*Habida cuenta estos razonamientos, debemos responder a la última cuestión planteada que en la adjudicación de un contrato menor no resulta necesario aceptar ni valorar ofertas de pretendidos licitadores. Esta conclusión no limita la posibilidad de que el órgano de contratación pueda dirigirse a más de un potencial contratista para solicitarle información sobre la posible ejecución del contrato menor, siendo siempre recomendable velar por la promoción de la máxima concurrencia en función de las circunstancias, pero sí excluye que el mismo órgano esté obligado a aceptar ofertas de terceros que no han sido previamente requeridos para ello”.*

En esta línea, refiriéndose también al expediente 8/2020 de la Junta Consultiva de contratación pública del Estado, se pronuncia la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su reciente Informe 6/2021, de 10 de mayo de 2021:

**"II. El contrato menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.**

...

*Es por ello que, sobre la base de la legislación estatal, no resulta preceptivo en modo alguno que el órgano de contratación que tramita un contrato menor deba tomar en consideración potenciales ofertas de personas o entidades interesadas en acceder a la condición de contratistas por esta vía. La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en este sentido, ha advertido en su mismo Informe 8/2020, tras afirmar lo anterior, que "esta conclusión no limita la posibilidad de que el órgano de contratación pueda dirigirse a más de un potencial contratista para solicitarle información sobre la posible ejecución del contrato menor, siendo siempre recomendable velar por la promoción de la máxima concurrencia en función de las circunstancias, pero sí excluye que el mismo órgano esté obligado a aceptar ofertas de terceros que no han sido previamente requeridos para ello". De acuerdo con el criterio de la Junta Consultiva estatal, que esta Junta comparte, las garantías exigibles conforme a la legislación básica en la materia tienen carácter mínimo, tanto respecto de las que pudieran establecer, en ejercicio de sus competencias, el legislador autonómico como de las que pudiera acordar, de forma coherente con los principios que rigen la contratación del sector público, el órgano de contratación.*

*Lo anterior no significa, por supuesto, que en el ámbito de la contratación menor no se apliquen las garantías habituales en la contratación del sector público o, en cuanto tiene relevancia presupuestaria, las propias de la gestión presupuestaria".*

Respecto a la publicidad de la contratación menor nos remitimos al literal de la "Recomendación de 21 de octubre de 2019 de la junta consultiva de contratación pública del estado a los órganos de contratación en relación con la forma de publicación de los contratos menores" del Ministerio de Hacienda:

*"LEGISLACIÓN APLICABLE. El artículo 63 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, alude al perfil de contratante. Esta figura, ya presente en la LCSP de 2007, se configura como una herramienta eficaz al servicio del principio de transparencia y que opera como mecanismo que asegura la debida publicidad de los contratos públicos. El apartado 1 de este precepto señala lo siguiente:*

*"1. Los órganos de contratación difundirán exclusivamente a través de Internet su perfil de contratante, como elemento que agrupa la información y documentos relativos a su actividad contractual al objeto de asegurar la transparencia y el acceso público a los mismos. La forma de acceso al perfil de contratante*

*deberá hacerse constar en los pliegos y documentos equivalentes, así como en los anuncios de licitación en todos los casos. La difusión del perfil de contratante no obstará la utilización de otros medios de publicidad adicionales en los casos en que así se establezca”.*

*Queda patente, de este modo, la existencia de una obligación de publicar en el perfil del contratante la actividad contractual de los órganos de contratación. También la forma de realizar esa publicación está recogida en la Ley, en el inciso siguiente del mismo apartado y en el apartado 4 del mismo artículo. El primero de ellos indica lo siguiente:*

*”Toda la información contenida en los perfiles de contratante se publicará en formatos abiertos y reutilizables, y permanecerá accesible al público durante un periodo de tiempo no inferior a 5 años, sin perjuicio de que se permita el acceso a expedientes anteriores ante solicitudes de información”.*

*Por su parte, el artículo 63.4 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, que alude de modo expreso a los contratos menores, reza del siguiente modo:*

*”4. La publicación de la información relativa a los contratos menores deberá realizarse al menos trimestralmente. La información a publicar para este tipo de contratos será, al menos, su objeto, duración, el importe de adjudicación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, y la identidad del adjudicatario, ordenándose los contratos por la identidad del adjudicatario. Quedan exceptuados de la publicación a la que se refiere el párrafo anterior, aquellos contratos cuyo valor estimado fuera inferior a cinco mil euros, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores”.*

*De la aplicación conjunta de estos preceptos se puede deducir un conjunto de conclusiones referidas a la publicación en el perfil del contratante de los contratos públicos y, especialmente, de los contratos menores:*

- 1.- El perfil del contratante, que se publica en Internet, contiene la información sobre la actividad contractual de los órganos de contratación del sector público. La publicación de tal información constituye una obligación para tales órganos.*
- 2.- La meritada publicación debe realizarse en formatos abiertos y reutilizables. En este punto cabe señalar, como después tendremos ocasión de reiterar, que los formatos reutilizables son formatos de datos debidamente estructurados y que pueden ser interpretados por una máquina de forma automática. Si además, el formato es de uso libre y no está sujeto a propiedad o derechos de uso estaríamos en presencia de un formato abierto.*
- 3.- La obligación de publicación no se agota con el mero hecho de proceder a la misma sino que, como expone la ley, la información debe permanecer accesible al público, como mínimo, durante un periodo de tiempo no inferior a 5 años.*
- 4.- En el caso de los contratos menores la publicación de la información deberá realizarse, al menos, trimestralmente. En este sentido se pronuncia nuestro Informe 46/2018.*

5.- El contenido de la información que se ha de publicar en el caso de los contratos menores no es tan extenso como en el caso del resto de los contratos públicos. Esto no obstante, debe incluir al menos, su objeto, duración, el importe de adjudicación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, y la identidad del adjudicatario. La publicación de todos estos aspectos es necesaria para cumplir adecuadamente la norma legal.

6.- La publicación de la información relativa a los contratos menores deberá realizarse de modo que los contratos queden ordenados atendiendo a la identidad del adjudicatario. Esta regla permite no solo ordenar adecuadamente los contratos sino incluso prevenir posibles abusos en la contratación menor.

Todas estas reglas constituyen una evolución con respecto a la normativa anterior y tienen su origen y fundamento en la regulación de la transparencia en nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, el artículo 5.1 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTAIBG), señala, como regla general, que los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación deberán publicar de forma periódica y actualizada la información cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública. El apartado 4 del mismo artículo añade que la información mencionada deberá publicarse de una manera clara, estructurada y entendible para los interesados y, preferiblemente, en formatos reutilizables. Como sabemos, esta última preferencia se convierte en una obligación taxativa en el caso de los contratos públicos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Finalmente, el artículo 8.1 a) de la misma ley establece, esta vez para los contratos públicos, la obligación inexcusable de publicar todos los contratos con referencia a los aspectos que menciona. Añade además que la publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente. La LTAIBG incluye esta regla dentro de lo que denomina obligaciones de publicidad activa las cuales, conforme a la doctrina del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, deben ser objeto de publicación de oficio, siendo no obstante susceptibles de una solicitud de información en caso de que no lo fueran por tratarse de actos de gestión administrativa cuyo conocimiento resulta relevante para garantizar la transparencia del funcionamiento de la actuación pública. (Resoluciones 301/2016, 256/2018 y 394/2018).

En conclusión, de todos los preceptos anteriormente expuestos se deduce nítidamente que la Ley de Contratos del Sector Público y la ley de Transparencia configuran conjuntamente un acabado sistema que tiene por finalidad lograr una plasmación efectiva y amplia de los principios de publicidad y transparencia. Los órganos de contratación del sector público están obligados a cumplir los términos legales establecidos en ambas normas, pues permiten garantizar la transparencia e incluso el control público de los requerimientos que la ley impone a los contratos menores (la prohibición de su fraccionamiento, el respeto de los umbrales establecidos, etc.)...

.. RECOMENDACIONES

- *Con el fin de garantizar el adecuado cumplimiento de las obligaciones legales existentes en materia de publicación de los contratos menores se recomienda a los órganos de contratación del sector público que realicen sus publicaciones a través del servicio específico que a estos efectos existe en la Plataforma de Contratación del Sector Público, la cual garantiza que tales publicaciones cumplen los requisitos legalmente establecidos.*
- *El órgano de contratación, en caso de no optar por la solución anterior, debe realizar una publicación, al menos trimestral, de los contratos menores en el perfil de contratante empleando formatos abiertos y reutilizables, de modo que permita un acceso público adecuado y ordenando la información atendiendo al adjudicatario. Tal publicación debe cumplir igualmente las condiciones establecidas por la legislación especial en materia de transparencia y buen gobierno”.*

Hay que observar, que la normativa de aplicación y la posición de las Juntas Consultivas de contratación pública (de la cual son muestra las diferentes resoluciones y recomendaciones anteriormente citadas) establecen, entre otros extremos, que *“el contrato menor es un supuesto de adjudicación directa de contratos públicos, en el que no existe una publicidad previa sobre el mismo ni tampoco un procedimiento competitivo al que concurren múltiples licitadores”*. Si bien el contrato menor objeto de esta recomendación fue objeto de publicidad previa a su adjudicación.

## **B. CRITERIOS Y SUBCRITERIOS DE ADJUDICACIÓN**

Respecto a los criterios de adjudicación, el artículo. 145. 5 de la LCSP dispone que:

*“Los criterios a que se refiere el apartado 1 que han de servir de base para la adjudicación del contrato se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, y deberá figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación, debiendo cumplir los siguientes requisitos:*

- a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado siguiente de este artículo.*
- b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.*
- c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores”.*

En el “DOCUMENTO DESCRIPTIVO DEL CONTRATO” constaban los criterios de adjudicación del contrato menor, si bien en el Informe de valoración de propuestas se introduce la

ponderación de unos subcriterios, que no constan publicados con carácter previo, ni introducidos en el "DOCUMENTO DESCRIPTIVO DEL CONTRATO".

Respecto a la introducción de subcriterios, citamos en primer lugar la **Sentencia Lianakis. C-532/06, de 24 de enero de 2008, del TJUE**, concretamente los "considerandos" 33 a 45 de la misma, los cuales son del siguiente tenor literal:

*"Fijación a posteriori de coeficientes de ponderación y de subcriterios relativos a los criterios de adjudicación recogidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación*

*33 A este respecto, procede recordar que el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 92/50 impone a las entidades adjudicadoras velar por que no se cometa discriminación alguna entre los diferentes prestadores de servicios.*

*34 El principio de igualdad de trato, consagrado de este modo, comporta también una obligación de transparencia (véanse, en este sentido, respecto de los contratos públicos de suministros, la sentencia de 18 de noviembre de 1999, Unifron Scandinavia y 3-S, C-275/98, Rec. p. I-8291, apartado 31, y, respecto de los contratos públicos de obras, la sentencia SIAC Construction, antes citada, apartado 41).*

*35 Además, se desprende del artículo 36, apartado 2, de la Directiva 92/50 que, cuando el contrato deba adjudicarse a la oferta económicamente más ventajosa, las entidades adjudicadoras mencionarán, en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, los criterios de adjudicación que vayan a aplicar, si fuera posible en orden decreciente de importancia atribuida.*

*36 Según la jurisprudencia, esta última disposición, interpretada a la luz del principio de igualdad de trato de los operadores económicos, recogido en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 92/50, y de la obligación de transparencia que se desprende de este, exige que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa de los mismos (véanse en este sentido, en relación con los contratos públicos en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, la sentencia de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, C-87/94, Rec. p. I-2043, apartado 88; en relación con los contratos públicos de obras, la sentencia de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 98, y, en relación con los contratos públicos de servicios, la sentencia de 24 de noviembre de 2005, ATI EAC y Viaggi di Maio y otros, C-331/04, Rec. p. I-10109, apartado 24).*

*37 En efecto, los licitadores potenciales deben poder conocer la existencia y alcance de dichos elementos en el momento de preparar sus ofertas (véanse en este sentido, en relación con los contratos públicos de servicios, las sentencias, antes citadas, Concordia Bus Finland, apartado 62, y ATI EAC y Viaggi di Maio y otros, apartado 23).*

*38 Por consiguiente, una entidad adjudicadora no puede aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de atribución que no haya puesto previamente en conocimiento de los*

licitadores (véase, por analogía, en relación con los contratos públicos de obras, la sentencia *Universale-Bau* y otros, antes citada, apartado 99).

39 Corrobora esta interpretación el objetivo de la Directiva 92/50 que tiene por objeto suprimir los obstáculos a la libre circulación de servicios y, por tanto, proteger los intereses de los operadores económicos establecidos en un Estado miembro que deseen ofrecer servicios a las entidades adjudicadoras establecidas en otro Estado miembro (véase en este sentido, en particular, la sentencia de 3 de octubre de 2000, *University of Cambridge*, C-380/98, Rec. p. I-8035, apartado 16).

40 A tal fin, los licitadores deben hallarse en pie de igualdad a lo largo de todo el procedimiento, lo que implica que los criterios y condiciones que rigen cada contrato han de ser objeto de una publicidad adecuada por parte de las entidades adjudicadoras (véanse en este sentido, en relación con los contratos públicos de obras, las sentencias, antes citadas, *Beentjes*, apartado 21, y *SIAC Construction*, apartado 34, así como, en relación con los contratos públicos de servicios, la sentencia *ATI EAC* y *Viaggi di Maio* y otros, antes citada, apartado 22).

41 Por otro lado, contrariamente a las dudas manifestadas por el órgano jurisdiccional remitente, estas afirmaciones no contradicen la interpretación del artículo 36, apartado 2, de la Directiva 92/50 realizada por el Tribunal de Justicia en la sentencia *ATI EAC* y *Viaggi di Maio* y otros, antes citada.

42 En efecto, en el asunto que dio lugar a dicha sentencia, tanto los criterios de adjudicación y sus coeficientes de ponderación como los subcriterios relativos a dichos criterios habían sido previamente fijados y publicados en el pliego de condiciones. No obstante, la entidad adjudicadora en cuestión fijó a posteriori, poco antes de la apertura de las plicas, los coeficientes de ponderación de los subcriterios.

43 El Tribunal de Justicia declaró en dicha sentencia que el artículo 36, apartado 2, no se opone a tal forma de proceder si cumple tres condiciones muy precisas, a saber, que:

— no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de la licitación;

— no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación; y

— no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores. (Véase, en este sentido, la sentencia *ATI EAC* y *Viaggi di Maio* y otros, antes citada, apartado 32).

44 Procede constatar, en cambio, que en el litigio principal la Mesa de Contratación únicamente recogió en el anuncio de licitación los criterios de adjudicación y que determinó a posteriori tanto los coeficientes de ponderación como los subcriterios relativos a dichos criterios de adjudicación, tras la presentación de ofertas y el registro de las manifestaciones de interés. Pues bien, esto no se atiene manifiestamente a la obligación de publicidad establecida en el artículo 36, apartado 2, de la Directiva 92/50, interpretada a la luz del principio de igualdad de trato de los operadores económicos y de la obligación de transparencia.



*45 Por tanto, habida cuenta de lo antedicho, debe responderse a la cuestión planteada que el artículo 36, apartado 2, de la Directiva 92/50, interpretado a la luz del principio de igualdad de trato de los operadores económicos y de la obligación de transparencia que se deriva de dicho principio, se opone a que, en un procedimiento de licitación, la entidad adjudicadora fije a posteriori coeficientes de ponderación y subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación".*

Por otro lado, respecto al criterio sobre la aplicación de los criterios de adjudicación, la Resolución n.º 1221/2019 del TACRC de fecha 28 de octubre, en el fundamento jurídico undécimo refiere a que:

*"El recurrente estima que en la valoración de este criterio el Informe Técnico de Valoración introduce criterios no previstos en el PCAP y que no son susceptibles de ser previstos por los licitadores al formular su oferta...*

*... El Tribunal ha fijado su criterio sobre la aplicación de los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor, así como los límites para concretar en el informe técnico los criterios descritos en el pliego de condiciones administrativas particulares. El Tribunal ha expuesto en reiteradas ocasiones dos criterios que inciden en este argumento del recurso; en primer lugar el principio de discrecionalidad técnica de la Mesa de Contratación y el Órgano de Contratación para la valoración de los elementos de en el procedimiento exijan determinados conocimientos técnicos; y, en segundo lugar, la capacidad para definir subcriterios que concreten el criterio de adjudicación, así como sus límites.*

*La Resolución nº 850/2019, 18 de julio, señala: «Tal subdivisión valorativa no está prevista en el pliego, pero, ya hemos dicho, por ejemplo en la Resolución al recurso 1004/2016, con cita de otras precedentes, que, en aplicación de la Jurisprudencia del TJUE, "... la valoración de los criterios de adjudicación en los que no se haya de atener a la aplicación de fórmulas, la discrecionalidad del órgano de contratación para valorar se encuentra limitada entre otras por la necesidad de sujetarse para ello al contenido y naturaleza del propio criterio de adjudicación. Significa ello que no es posible para proceder a la valoración tomar en consideración elementos de juicio que no puedan ser subsumidos bajo la formulación genérica (del) criterio"».*

*Asimismo, en la Resolución nº 1027/2018, de 12 de noviembre expusimos que: «Planteada así la cuestión, es inexcusable recordar la doctrina relativa a la posibilidad de que por parte de la mesa de contratación se establezca una puntuación desglosada respecto de los subcriterios contemplados en el PCAP cuando en este documento no se ha fijado dicha puntuación concreta. A tal respecto, cabe citar nuestra Resolución nº 17/2015, donde indicábamos: "La situación descrita respecto de la valoración de las ofertas es equivalente a la que fue enjuiciada por el TJUE en el asunto C 532/06 (Alexandroupulis), resuelto mediante sentencia de 24 de noviembre de 2008. En efecto, en aquel asunto tanto los criterios de adjudicación y sus coeficientes de ponderación como los subcriterios relativos a dichos criterios habían sido previamente fijados y publicados en el pliego de condiciones. No obstante, la entidad adjudicadora en cuestión fijo a posteriori los coeficientes de ponderación de los subcriterios. El tribunal concluyó: 'El artículo 36, apartado 2, de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, en su versión modificada por la Directiva 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1997, interpretado a la luz del principio de igualdad de*

*trato de los operadores económicos y de la obligación de transparencia que se deriva de dicho principio, se opone a que, en un procedimiento de licitación, la entidad adjudicadora fije a posteriori coeficientes de ponderación y subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación'. Ello no obstante, la propia sentencia deja a salvo la doctrina que el propio Tribunal mantuvo en STJUE de 24 de noviembre de 2005 en el asunto C 331/04 (ATI EAC y Viaggi di Maio), cuyo apartado 32 dispone: '32. En consecuencia, procede responder a las cuestiones prejudiciales que los artículos 36 de la Directiva 92/50 y 34 de la Directiva 93/38 deben interpretarse en el sentido de que el Derecho comunitario no se opone a que una mesa de contratación atribuya un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecidos con antelación, procediendo a distribuir entre dichos elementos secundarios el número de puntos que la entidad adjudicadora previo para el criterio en cuestión en el momento en que elaboro el pliego de condiciones o el anuncio de licitación, siempre que tal decisión:*

- no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones;*
- no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación;*
- no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores.*

*En esta línea de razonamiento, en la Resolución nº 654/2017 señalábamos que en la valoración de los criterios de adjudicación en los que no se haya de atender a la aplicación de fórmulas, la discrecionalidad del órgano de contratación para valorar se encuentra limitada entre otras por la necesidad de sujetarse para ello al contenido y naturaleza del propio criterio de adjudicación. Significa ello que no es posible para proceder a la valoración tomar en consideración elementos de juicio que no puedan ser subsumidos bajo la formulación genérica del criterio. Teniendo presente lo anterior, la clave para resolver la controversia planteada en el presente recurso radica en determinar si la concreción de subcriterios y determinación de la ponderación de éstos realizada en el informe de valoración y posteriormente acogida por la mesa de contratación se acomoda a la descripción del criterio sentada por el pliego, respetando los límites sentados por la sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2005 previamente citada. Dicho de otro modo, se trata de determinar si los aspectos objeto de consideración por el comité de expertos para valorar los subcriterios en cuestión pueden considerarse o no como posibles elementos integrantes de los criterios generales expresados en el pliego.*

*Es inexcusable por tanto realizar la comparación entre el texto del pliego al recoger en cada caso el específico criterio de adjudicación en liza, y lo recogido en el informe técnico al desglosar su puntuación en distintos subcriterios, centrando nuestra atención en los específicos criterios en los que centra su crítica el recurrente".*

*También es ilustrativa la Resolución nº 715/2019, 27 de junio, en la interpretación del artículo 145.5 de la LCSP al advertir que:*

*«El artículo 145.5 de la LCSP impone con carácter general el conocimiento detallado de los criterios de valoración de las ofertas con carácter previo a su presentación:*

*"Los criterios a que se refiere el apartado 1 que han de servir de base para la adjudicación del contrato se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento*

descriptivo, y deberá figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación, debiendo cumplir los siguientes requisitos:

- a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado siguiente de este artículo.
- b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.
- c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores”.

De la simple lectura de este precepto se deduce, de una parte, la necesidad de que los criterios de adjudicación se definan de manera objetiva y con un grado de concreción suficiente como para poder afirmar que no confieren al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada. Por ello, el grado de concreción exigible a los Pliegos es aquel que permita a los licitadores efectuar sus ofertas conociendo de antemano cuáles van a ser los criterios que va a utilizar el órgano de contratación para determinar la oferta económicamente más ventajosa, no permitiendo que dicho órgano goce de una absoluta discrecionalidad a la hora de ponderar las ofertas efectuadas por cada licitador, sino que esa discrecionalidad ha de basarse en todo caso en juicios técnicos previamente explicados en los Pliegos, lo que permitirá, por un lado, que los licitadores efectúen sus ofertas de forma cabal, garantizando el principio de transparencia e igualdad de trato y, por otro lado, que sea posible revisar la solución alcanzada por el órgano de contratación, no dejando a su absoluto arbitrio la aplicación de tales criterios. En cuanto a la forma de lograr tal nivel de detalle, sin embargo, no es necesario en todo caso que sea a través de la asignación de bandas de puntos, sino que basta con que la descripción del criterio sea lo suficientemente exhaustiva, estableciendo las pautas que van a seguirse a la hora de valorar cada oferta. Debe tenerse en cuenta que cuando se trata de criterios sujetos a juicios de valor la descripción será siempre y necesariamente subjetiva, pues en otro caso estaríamos ante criterios evaluables mediante fórmulas.

Por último, conviene citar la Resolución nº 297/2019, 25 de marzo, conforme a la cual: "El artículo 145 del LCSP, establece que: "Criterios de valoración de las ofertas", establece "(...) 2. Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo. (...) 4. Cuando se tome en consideración más de un criterio, deberá precisarse la ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud adecuada”.

Pues bien, por lo que se refiere a la concreción exigible a los pliegos, la doctrina de este Tribunal ha señalado (Resolución nº 324/2017, de 6 de Abril de 2017 o Resolución 612/2015, de 6 de julio, entre otras) que "Los principios rectores básicos de la contratación pública exigen que tanto la descripción de los criterios de adjudicación como la determinación de las reglas de ponderación de los mismos queden fijados con el necesario nivel de concreción en los pliegos, permitiendo a los licitadores

*conocer de antemano cuáles serán las reglas precisas que rijan la valoración de sus ofertas y evitando que puedan producirse arbitrariedades en dicha valoración, cuyos parámetros no pueden quedar discrecionalmente en manos de la mesa de contratación.*

*Así, en la Resolución nº 301/2011, de 7 de diciembre de 2011, se ponía ya de manifiesto que la previa concreción de los criterios de adjudicación es un requisito esencial, pues como recuerda la Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2008, Asunto Alexandroupulis, una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores”.*

*Como este Tribunal ha señalado en anteriores ocasiones (Resoluciones 900/2014, de 5 de diciembre de 2014; 389/2014, de 19 de mayo; 87/2011, de 23 de marzo, o 212/2013, de 5 de junio), el objetivo que persigue la exigencia legal de establecer en los Pliegos los criterios de valoración aplicables y su forma de ponderación no es otro que el de garantizar la objetividad de la Administración en la selección del contratista, así como la igualdad de trato entre los licitadores y la transparencia del procedimiento. Por ello, los criterios de valoración y sus coeficientes de ponderación deben establecerse con claridad en los Pliegos de manera que sean conocidos por los licitadores, sin que puedan generar desigualdad y falta de transparencia en la presentación y posterior valoración de las ofertas.*

*De lo anterior se deduce que el grado de concreción exigible en los pliegos es aquel que permita a los licitadores efectuar sus ofertas conociendo de antemano cuáles van a ser los criterios que va a utilizar el órgano de contratación para determinar la oferta que se ajuste a la relación calidad precio determinada por el órgano de contratación, no permitiendo que dicho órgano goce de una absoluta discrecionalidad a la hora de ponderar las ofertas efectuadas por cada licitador, sino que esa discrecionalidad ha de basarse en todo caso en juicios técnicos previamente explicados en los pliegos, lo que permitirá, por un lado, que los licitadores efectúen sus ofertas de forma cabal, garantizando el principio de transparencia e igualdad de trato y, por otro lado, que sea posible revisar la solución alcanzada por el órgano de contratación, no dejando a su absoluto arbitrio la aplicación de tales criterios»*

Sin embargo no puede obviarse la jurisprudencia evacuada en relación con el momento procesalmente adecuado para formular la impugnación. Citaremos la **Resolución n.º 855/2018 del TACRC**, con cita de la **Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2001** en tanto en cuanto, entre otros extremos, refería: “Nulidad de los pliegos por no hallarse definidos en los mismos los subcriterios en que se componen los criterios de adjudicación definidos en la cláusula 10ª del PCAP. A su juicio, se han introducido subcriterios de forma novedosa y que no estaban comprendidos en los pliegos”, el Tribunal se pronunció en el fundamento jurídico sexto en este sentido:

*“Sexto. En primer lugar, hemos de centrarnos en la impugnación indirecta de los pliegos en lo concerniente a la falta de concreción de los subcriterios dentro de los criterios de adjudicación configurados en la cláusula 10ª del PCAP.*

*En este motivo de nulidad, procede aclarar que el PCAP es una actuación administrativa dentro del procedimiento de contratación susceptible de impugnación. Pues bien, estos pliegos no han sido recurridos en tiempo y forma, por lo que admitir ahora su impugnación indirecta resulta extemporáneo, dado que en efecto, han ganado firmeza en vía administrativa.*

*Así lo viene aclarando reiterada doctrina de este Tribunal, sirva de ejemplo la reciente Resolución nº 475/2018, de 11 de mayo., en la que recordando la nº 178/2013, de 14 de mayo se advierte que:*

*"FD 7º.- (...) Ahora bien, es sabido que los Pliegos de Condiciones Contractuales y de Prescripciones Técnicas constituyen parte esencial del mismo contrato, como expresamente proclaman los arts. 115.3 y 116.1 del TRLCSP al establecer que "sus cláusulas se consideran parte de los contratos" y que, por tanto, los requisitos de personal exigidos para las ambulancias, ajustados estrictamente a lo dispuesto por el Real Decreto 836/2012 regulador del transporte sanitario, fueron perfectamente conocidos y aceptados por todos los licitadores al publicarse el anuncio del contrato y presentar sus respectivas ofertas sin que fueran impugnados los Pliegos ni se efectuara observación alguna respecto de su contenido, debiéndose recordar, a este respecto, el principio capital de todo el derecho contractual público de que, con arreglo a lo dispuesto por el art. 145.1 del TRLCSP, "la presentación de las proposiciones supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna". Esta aceptación por los licitantes, "sin salvedad o reserva alguna", del contenido de los Pliegos al presentar sus proposiciones, hace inviable la posibilidad de que se invoque posteriormente su supuesta improcedencia o ilegalidad para impugnar la adjudicación ya efectuada en favor de la proposición más conveniente a otro licitador, tanto más cuanto que existe un trámite especialmente concebido para poder impugnar los citados Pliegos en su fase inicial mediante el recurso especial en materia de contratación contra "los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación" (art. 40.2.a), fase en la que el ahora recurrente pudo y debió, en su caso, interponer los recursos pertinentes si estimaba inadecuados los requisitos exigidos por los Pliegos para la prestación del servicio a contratar, lo que hace inadmisibile la pretensión del recurrente de, contradiciendo sus propios actos, anular la adjudicación ya realizada después de haber aceptado incondicionalmente los Pliegos y haber presentado su propia oferta económica ajustada a los mismos.*

*Octavo. En este sentido, cabe invocar la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de Marzo de 2001 (Sección Séptima) en la que se afirma. "Esta Sala Tercera ha recordado, en sentencia de 6 de febrero de 2001, la conocida doctrina jurisprudencial en cuya virtud el pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como los que soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar, en ningún momento, las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus propios actos, cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones que, obviamente, pretendía". Doctrina plenamente aplicable al supuesto contemplado, como lo ha sido, de hecho, en otras resoluciones de este mismo Tribunal como las recientes 17/2013 y 45/2013 que inadmitieron los recursos interpuestos por su extemporaneidad al no haberse previamente recurrido contra los pliegos*

*o contra los actos previos que constituían realmente el verdadero objeto del recurso, tal como ocurre en el caso presente en el que, si bien se recurre formalmente contra el acto de adjudicación, realmente se está recurriendo extemporáneamente contra los Pliegos contractuales que no fueron en su día objeto de recurso alguno”.*

La consecuencia jurídica de lo ante dicho conlleva la desestimación de la impugnación indirecta de los pliegos por resultar extemporánea y por hallarnos ante actuaciones firmes y consentidas. Además, obiter dicta, hemos de aclarar que los criterios de adjudicación de la cláusula 10ª no están yermos de contenido, pues los subcriterios se coligen de su propio tenor literal puesto en liza con la descripción de la oferta técnica de la cláusula 6ª del PCAP, que concreta y define el contenido del sobre nº 2 referido a la documentación técnica”.

### **C. OBLIGACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE DICTAR RESOLUCIÓN EXPRESA.**

Respecto a la falta de tramitación y resolución del recurso de alzada al que alude la comunicación, origen de las presentes actuaciones, a raíz de las diligencias practicadas por el órgano gestor del Buzón Ético, el órgano de contratación detectó una disfunción en su presentación mediante el registro electrónico del Ayuntamiento de Barcelona.

A tal efecto hay que recordar que el art. 21 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones recoge la obligación de la Administración de dictar resolución expresa:

*"1. La Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación".*

Obligación sobre la que se ha pronunciado de manera reiterada la jurisprudencia. Nos remitimos en este sentido, a modo de ejemplo, al fundamento jurídico segundo in fine de la sentencia n.º 586/2020 del Tribunal Supremo de fecha 28 de mayo:

*"Como muchas veces ha reiterado este Tribunal Supremo, el deber jurídico de resolver las solicitudes, reclamaciones o recursos no es una invitación de la ley a la cortesía de los órganos administrativos, sino un estricto y riguroso deber legal que obliga a todos los poderes públicos, por exigencia constitucional (arts. 9.1; 9.3; 103.1 y 106 CE), cuya inobservancia arrastra también el quebrantamiento del principio de buena administración, que no sólo juega en el terreno de los actos discrecionales ni en el de la transparencia, sino que, como presupuesto basal, exige que la Administración cumpla sus deberes y mandatos legales estrictos"... y no se ampare en su infracción - como aquí ha sucedido- para causar un innecesario perjuicio al interesado".*

Por otro lado, y como correlación de la obligación de resolver expresamente, los art. 35 y 36 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre recogen la motivación de los actos administrativos, a tal efecto, se cita la sentencia 2414/2012 de 4 de abril, de la Sala Tercera del Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo que en su fundamento jurídico segundo, adhiriéndose a los fundamentos de derecho tercero y cuarto de la sentencia recurrida, dispone:

*"A estos efectos ha de recordarse que el deber de la Administración de motivar sus actos, como señala el Tribunal Supremo, entre otras, en la Sentencia de 19 de noviembre de 2001, tiene su engarce constitucional en el principio de legalidad proclamado en el artículo 103 de la Constitución, así como en la efectividad del control jurisdiccional de la actuación de la Administración reconocido en el artículo 106 de la misma Constitución, siendo, en el plano legal, el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el precepto que concreta con amplitud los actos que han de ser motivados, con suscita (sic) referencia a los hechos y fundamentos de derecho.*

*La exigencia de la motivación de los actos administrativos responde, según reiterada doctrina jurisprudencial, de la que es exponente la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2001, a la finalidad de que el interesado pueda conocer con exactitud y precisión el cuándo, cómo y por qué de lo establecido por la Administración, con la amplitud necesaria para la defensa de sus derechos e intereses, permitiendo también, a su vez, a los órganos jurisdiccionales el conocimiento de los datos fácticos y normativos que les permitan resolver la impugnación judicial del acto, en el juicio de su facultad de revisión y control de la actividad administrativa; de tal modo que la falta de esa motivación o su insuficiencia notoria, en la medida que impiden impugnar ese acto con seria posibilidad de criticar las bases y criterios en que se funda, integran un vicio de anulabilidad, en cuanto dejan al interesado en situación de indefensión”.*

Finalmente, se cita la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2010 que conecta el deber de motivación con el derecho de la ciudadanía a una buena administración:

*“(…) 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 la 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.»”*

#### **D. PRÁCTICAS COLUSORIAS**

El principio de no discriminación e igualdad de trato entre las licitadoras se encuentra recogido en el art. 1 de la LCSP así como en el art. 132 del mismo texto legal. En este último se especifica que:

*“1. Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad.*

*En ningún caso podrá limitarse la participación por la forma jurídica o el ánimo de lucro en la contratación, salvo en los contratos reservados para entidades recogidas en la disposición adicional cuarta.*



2. 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.

3. Los órganos de contratación velarán en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia (...).".

El principio de igualdad de trato de los licitadores tiene por objetivo favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una contratación pública, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por lo tanto, que estos estén sometidos a las mismas condiciones. Es por eso que el principio de transparencia tiene esencialmente por objeto limitar el riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicataria, y evitar la práctica de redes clientelares (STJUE de 16 de septiembre de 2013).

En esta línea, el principio de igualdad de trato implica, no solo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una licitación, sino también que los órganos de contratación tienen que adoptar las medidas necesarias para garantizar su mantenimiento durante todo el procedimiento de contratación.

Por otro lado, el derecho de competencia tiene como objetivo asegurar que las empresas tienen que concurrir entre sí de manera independiente y autónoma respecto al resto de licitadoras. Por lo tanto, a sensu contrario, la restricción de la libre competencia se define como la limitación de la libertad de actuación de una empresa en el mercado.

El art. 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia define el concepto de conductas colusorias en los siguientes términos:

*"Artículo 1. Conductas colusorias*

*1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:*

- a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.*
- b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.*
- c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.*
- d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.*

*e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos”.*

Por otro lado, el art. 150.1 in fine de la LCSP, dispone respecto las prácticas colusorias, que:

*"En los contratos sujetos a regulación armonizada que celebren cualquiera de las entidades sujetas a la presente ley, si se apreciase indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación en tramitación, en el sentido definido en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, el órgano de contratación, de oficio o a instancia de la mesa de contratación, los trasladará con carácter previo a la adjudicación del contrato a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente con el fin de que, en el plazo de 20 días hábiles, emita un informe sobre el carácter fundado o no de tales indicios.*

*El traslado a que alude el párrafo anterior deberá incluir una explicación detallada sobre los indicios detectados y sobre las razones para considerar su carácter presuntamente colusorio e irá acompañado del expediente de contratación, incluida la totalidad de las ofertas presentadas por todos los licitadores, sin perjuicio del deber de confidencialidad previsto en el art. 133 LCSP. La autoridad de defensa de la competencia podrá solicitar documentación adicional al órgano de contratación siempre que guarde relación con los indicios mencionados en la remisión. En este supuesto, deberá ponerse la documentación requerida a disposición de la autoridad de competencia en un plazo máximo de 3 días hábiles.*

*La remisión de esta documentación a la autoridad de defensa de la competencia correspondiente supondrá la inmediata suspensión de la licitación, la cual no será notificada a los licitadores ni tampoco será objeto de publicación. El órgano de contratación deberá mantener en todo momento la debida confidencialidad de estas actuaciones.*

*Una vez recibido el informe de la autoridad de competencia, si el mismo no concluye que existen tales indicios fundados de conductas colusorias, el órgano de contratación dictará resolución alzando la suspensión, que tampoco será objeto de notificación ni publicación, y continuará con la tramitación del procedimiento de contratación sin la exclusión de ningún licitador por este motivo.*

*En caso de que el informe concluyese que existen indicios fundados de conducta colusoria, el órgano de contratación notificará y publicará la suspensión y remitirá a los licitadores afectados la documentación necesaria para que en un plazo de diez días hábiles aleguen cuanto tengan por conveniente en defensa de sus derechos. El órgano de contratación cuidará de que los licitadores afectados reciban toda la documentación necesaria para el ejercicio de su derecho, pero sin revelar aspectos de las ofertas del resto de licitadores, si ya se hubiesen presentado, y con respeto al deber de confidencialidad previsto en el artículo 133 de esta ley. Una vez evacuado este trámite, el órgano de contratación podrá recabar de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, de la autoridad de competencia autonómica correspondiente los informes que juzgue necesarios para resolver, que deberán ser emitidos en el plazo improrrogable de 3 días hábiles. A la vista de los informes obrantes en el procedimiento, de las alegaciones y pruebas de los licitadores afectados y de*

*las medidas que en su caso estos acrediten haber adoptado para evitar futuras infracciones, el órgano de contratación resolverá de forma motivada lo que proceda en el plazo de 10 días hábiles.*

*Si el órgano de contratación resuelve que existen indicios fundados de conductas colusorias excluirá del procedimiento de contratación a los licitadores responsables de dicha conducta y lo notificará a todos los licitadores, alzando la suspensión y continuando el procedimiento de contratación con los licitadores restantes, si los hubiere. Si resuelve que no existen indicios fundados de conducta colusoria, alzaré la suspensión y continuará la tramitación del procedimiento de contratación sin la exclusión de ningún licitador por este motivo.*

*En caso de no recibir el informe de la autoridad de competencia en el plazo de 20 días hábiles, el órgano de contratación podrá acordar continuar con la tramitación del procedimiento o iniciar el procedimiento contradictorio establecido en este apartado. En este último caso, si el órgano de contratación recibiera el informe de la autoridad de competencia antes de haber dictado su resolución, no procederá a acordar la exclusión de ningún licitador cuando dicho informe no concluya que existen indicios fundados de conducta colusoria. Igualmente, si el órgano de contratación recibiera el informe en el mencionado sentido una vez dictada la resolución que acuerde la exclusión de algún licitador, podrá revocar dicha resolución si así lo considera procedente siempre que aún no se hubiera adjudicado el contrato.*

*El órgano de contratación comunicará la resolución de adjudicación del contrato a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, por medios electrónicos el mismo día en que se acuerde. Esta comunicación hará decaer cualquier solicitud de informe que no hubiera sido atendida hasta esa fecha, no pudiendo las autoridades de competencia emitir el informe a partir de ese momento”.*

En este mismo sentido se pronuncia el TACRC en su resolución 466/2019, de 30 de abril de 2019, extracto de la cual se reproduce a continuación:

*“Pero cuestión distinta es que varias empresas, independientemente de que se trate de un grupo, se hayan concertado previamente para influir en el resultado de esa licitación, efecto que es contrario al principio de libre competencia. **Pero, para ello, resulta necesario que se acredite que existen vinculaciones entre ellas de tal gravedad que puedan suponer la existencia de una sola unidad de negocio. No se admite la posibilidad de la exclusión automática de un licitador por la existencia de este tipo de indicios, sino que será necesario que se pongan de manifiesto a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), al objeto de que decida si efectivamente esos indicios pueden ser o no constitutivos de práctica colusoria** y, con su decisión, será finalmente el órgano de contratación el que deberá adoptar la decisión correspondiente.*

*El punto de partida normativo para ello, se encuentra dentro del art. 57.4, d) de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, donde se establece que los poderes adjudicadores pueden excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación cuando “tenga indicios bastante plausibles de que el operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia”. Y la constatación de esos indicios, ha de venir necesariamente de acuerdo con la LCSP, de la CNMC, tal y como resulta*

de lo dispuesto dentro del art. 132.3 de la LCSP, donde se dispone lo siguiente: "Los órganos de contratación velarán en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia. Así, tanto ellos como la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado o, en su caso, los órganos consultivos o equivalentes en materia de contratación pública de las Comunidades Autónomas, y los órganos competentes para resolver el recurso especial a que se refiere el artículo 44 de esta Ley, notificarán a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a las autoridades autonómicas de competencia, cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia. En particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación.

...

Sobre lo que puede considerarse tales indicios de esas prácticas colusorias, no existe ninguna enumeración legal concreta al respecto, siendo una cuestión que deberá resolverse caso por caso, analizando los aspectos y comportamientos de cada una de esas empresas y procediendo de acuerdo con la doctrina del levantamiento del velo, la cual, se acuerdo con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, "(...) exige la existencia de un patrimonio único y global, creación de empresas aparentes sin actividad en la búsqueda conjunta de dispersión y elusión de responsabilidades, con el único fin de defraudar en beneficio de unos intereses conjuntos. Además, a esta figura debe de acompañar la excepcionalidad y aplicación restrictiva lo que, fuera de un contexto de interpretación estricta o literal de las mismas refieren, más bien, la necesaria aplicación prudente y moderada que debe acompañar a esta figura (...)", llegando el Alto Tribunal a la conclusión de que: "El hecho de compartir mismo objeto social, socios y mismo domicilio no es motivo suficiente para aplicar la teoría del levantamiento del velo, al considerar el TS también necesario el probar la confusión de patrimonios o el carácter instrumental de las empresas filiales a fin de acreditar el abuso de la personalidad de la sociedad" (STS, Sala 1ª, de 29 septiembre 2016).

Con el fin de facilitar esta tarea, y aprovechando las referencias que se contienen dentro de la LCSP, la CNMC aprobó la "Guía sobre contratación pública y Competencia", de 2011, donde aparecen varios casos de lo que denomina "Indicadores" de ese tipo de prácticas, entre las que aparece, sin ánimo de exhaustividad, las relativas a la presentación de ofertas idénticas en el fondo o en la forma, la constatación de la indicación de un mismo representante, un mismo domicilio social o una misma dirección de correo o de e-mail, la aparición del mismo error en las ofertas, la existencia de un mismo administrador en todas ellas, etc."

## RECOMENDACIÓN

**I. El órgano contratación licitó el contrato con publicidad previa en la plataforma de contratación de la Generalitat de Cataluña, para que las empresas interesadas pudieran presentar propuesta, yendo más allá de las exigencias legales establecidas para la contratación menor. A tal efecto, hay que observar que concurrieron seis empresas a la licitación.**

**II. Respecto a la falta de respuesta del escrito de interposición de recurso de alzada contra el acuerdo de adjudicación del contrato menor, y dado el reconocimiento de una disfuncionalidad en el registro electrónico, detectada a raíz de las diligencias de actuación llevadas a cabo por el órgano gestor del BEBG, se recomienda al órgano de contratación que proceda a realizar un informe sobre la disfuncionalidad detectada, y dé traslado al organismo competente para su conocimiento y sobre todo por si esta disfuncionalidad pudiera ser extensiva a otros departamentos.**

**Así mismo, dado el compromiso de pronunciamiento por parte del órgano de contratación respecto al recurso de alzada interpuesto, procede solicitar el impulso procedente para su tramitación y resolución expresa, incidiendo en el requisito de su motivación de acuerdo con la normativa de aplicación y la jurisprudencia vertida al respecto.**

**III. Respecto a la manifestación de la persona comunicante sobre la presunta existencia de prácticas competitivas irregulares, y la documentación aportada respecto a la presunta vinculación laboral entre la persona física adjudicataria y la empresa se da traslado de esta información al órgano de contratación por si fuera relevante en el ámbito de su competencia y de acuerdo con lo que establecen los artículos 1 y 132 de la LCSP.**

---

## **IV. PROCEDIMIENTO NEGOCIADO EXIGENCIA DE AJUSTARSE A LOS REQUISITOS LEGALMENTE ESTABLECIDOS**

---

En el BEBG se recibió comunicación respecto a una presunta irregularidad en la adjudicación de un contrato de servicios siguiendo el procedimiento negociado sin publicidad. En concreto, en un debate en la Comisión de Economía y Hacienda, se decidió no prorrogar este contrato puesto que se consideró que no se había ajustado a la normativa aplicable vigente<sup>91</sup>, y que su facturación era desproporcionada.

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

### **CONSIDERACIONES**

I. El artículo 170 apartado d) del TRLCSP indica lo siguiente:

*"Supuestos generales*

*En los términos que se establecen para cada tipo de contrato en los artículos siguientes, los contratos que celebren las Administraciones Públicas podrán adjudicarse intermediando procedimiento negociado en los siguientes casos:*

*d) Cuando por razones técnicas, o artísticas, o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva, el contrato solo puede encomendarse a un empresario determinado".*

En el Informe 2/2016, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña (Comisión Permanente). Asunto: Adjudicación de contratos mediante procedimiento negociado sin publicidad, por razones técnicas o artísticas en sus consideraciones jurídicas manifiesta lo siguiente:

*"Cómo es sabido, la adjudicación de los contratos se tiene que realizar, ordinariamente, utilizando el procedimiento abierto o restringido, de forma que el procedimiento negociado es un procedimiento de carácter excepcional que únicamente se puede utilizar en los supuestos enumerados taxativamente en el TRLCSP, los cuales tienen que ser objeto de interpretación restrictiva. El TRLCSP establece supuestos generales de aplicación de este procedimiento (artículo 170) y, además, supuestos específicos para cada tipo de contrato (artículos 171 a 175), entre los cuales se encuentra el relativo al hecho que el valor estimado del contrato esté por debajo de un determinado umbral que en el caso de los servicios es, 100.000 euros, teniendo que ser objeto de publicidad cuando superen los 60.000 euros.*

*Así, la concurrencia de uno de los supuestos previstos en el TRLCSP, generales o específicos, habilita por sí misma, para utilizar este procedimiento, sin que el requisito de la cuantía del contrato tenga*

---

<sup>91</sup> La normativa vigente aplicable a los hechos comunicados era el RDL 3/2011, de 14 de noviembre

*que concurrir de manera adicional. Por lo tanto, en el caso concreto de utilización del procedimiento negociado por concurrir la causa establecida en el artículo 170 d) del TRLCSP requiere que se den razones técnicas o artísticas que comporten que el contrato solo pueda encomendarse a una empresa determinada, con independencia de su cuantía.*

*El artículo 170 d) del TRLCSP habilita la utilización del procedimiento negociado sin publicidad "cuando por razones técnicas o artísticas o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva, el contrato solo se pueda encomendar a un empresario determinado". Esta causa tiene su origen en el derecho comunitario en materia de contratación pública, en concreto, en el artículo 31.1 b de la Directiva 2004/18/CE y en el artículo 32.2 b de la Directiva 2014/24/UE que mantiene la previsión y la regula con más concreción.*

*De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (de ahora en adelante, TJUE) este supuesto de utilización del procedimiento negociado tiene que ser objeto de una interpretación estricta y, en todo caso, su aplicación está sujeta a dos requisitos acumulativos, por un lado que existan razones técnicas, artísticas o de derechos de exclusividad y, por otro lado, que estas razones hagan absolutamente necesaria la adjudicación del contrato a una empresa determinada<sup>92</sup>*

*La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado también se ha pronunciado respecto de esta causa habilitante de utilización del procedimiento negociado, entre otros, en el Informe 11/04, de 7 de junio, en el cual indica que el precepto que la prevé "no se refiere a la mera conveniencia u oportunidad" de adjudicar el contrato directamente a un empresario sino que, taxativamente, dispone que procederá cuando (solo se pueda encomendar a un único empresario"; y, en el Informe 52/06, de 11 de diciembre, en el cual señala que lo que es decisivo es que exista un único empresario a quién pueda encomendarse la ejecución del contrato, "siendo motivo indirecto y remoto que esto sea debido a su especificidad técnica, artística o por motivos relacionados con la protección de derechos exclusiva".*

*Por lo tanto, la circunstancia esencial para aplicar el procedimiento negociado por la causa del artículo 170 d) del TRLCSP es que objetivamente exista una única empresa o profesional capacitado para realizar la prestación objeto del contrato, ya sea por una razón técnica artística o de derechos de exclusiva (de forma que sea innecesaria la licitación del contrato, puesto que no existe posibilidad de promover la concurrencia.*

*Además, es necesario tener en cuenta que esta causa de utilización del procedimiento negociado no solo implica una restricción de la concurrencia y de la publicidad, sino también de la propia regla establecida en la TRLCSP relativa a la necesidad de solicitar ofertas, al menos, a tres empresas*

---

<sup>92</sup> Así se determinó en la Sentencia de 3 de mayo de 1994 (asunto C-328/92), en la cual el TJUE declaró el incumplimiento del Estado español de las obligaciones que le incumbían en virtud del derecho comunitario en materia de contratación pública al exigir, en la legislación básica de la Seguridad Social, que la Administración adjudicara por procedimiento directo, sin publicidad ni concurrencia, los contratos públicos de suministro de productos y especialidades farmacéuticas a las instituciones de la Seguridad Social. Según el TJUE no es suficiente que los productos y especialidades farmacéuticas estén protegidos por derechos exclusivos, sino que, además es necesario que únicamente se puedan fabricar o entregar por un proveedor determinado, por lo tanto, que se trate de productos y especialidades para los cuales no exista competencia en el mercado. Posteriormente, se reiteró en la Sentencia de 14 de septiembre de 2014 (asunto C-385/02), y la sentencia de 2 de junio de 2005 (asunto C-394/02).

*capacitadas para la realización del objeto del contrato, siempre que esto sea posible. Es justamente por este motivo que se tiene que utilizar en circunstancias muy excepcionales que deben motivarse y acreditarse suficientemente en el expediente de contratación.*<sup>93</sup>

*De hecho, el órgano de contratación es quien tiene que asumir la carga de la prueba conforme concurren las circunstancias que habilitan la aplicación de este supuesto, no siendo suficiente, por su propia excepcionalidad, la incorporación en el expediente de una declaración responsable o certificado de exclusividad de la misma empresa que justifique que es la única que puede ejecutar la prestación objeto del contrato, sino que es necesario que el órgano de contratación, intermediando, en su caso, los servicios técnicos competentes, justifique y acredite la exclusividad.*<sup>94</sup>

*En todo caso, la exclusividad por motivos técnicos o relacionados con la protección de derechos de exclusividad no se encontraría justificada cuando fuera consecuencia de unas especificaciones técnicas definidas porque el contrato solo se pudiera adjudicar a una determinada empresa, en la medida que se exigieran unos requisitos que solo pudiera cumplir una única empresa o profesional, cuando existieran soluciones equivalentes en el mercado.*<sup>95</sup>

*Actualmente, el artículo 32.2b) de la Directiva 2014/24/UE prevé que se pueda utilizar cuando las obras, suministros y servicios solo puedan ser proporcionados por un operador económico concreto porque el objetivo de la contratación sea la creación o adquisición de una obra de arte o actuación artística única, no exista competencia por razones técnicas, o se tengan que proteger derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual o industrial, y que estas dos últimas excepciones "solo se aplicarán cuando no exista alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea el resultado de una restricción artificial de los parámetros de la contratación".*

---

<sup>93</sup> Así, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en la Resolución 75/2012, de 12 de julio, indica que su utilización exige la constatación y acreditación clara e irrefutable de que concurre aquella exclusividad, y que, en caso contrario, el procedimiento se encontraría afectado por un vicio de nulidad de pleno derecho.

<sup>94</sup> El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (de ahora en adelante, TACRC) en la Resolución 504/2014, de 4 de julio, establece que es necesario incorporar en el expediente de los contratos adjudicados por procedimiento negociado por razones de exclusividad un certificado emitido por un técnico independiente de la empresa adjudicataria, en el cual se acredite efectivamente que esta es la única que puede realizar el objeto del contrato. Así mismo, se indica por el Tribunal de Cuentas en el Informe 1011, de 23 de diciembre de 2013, de fiscalización de la contratación celebrada durante los ejercicios 2010 y 2011 por las entidades estatales que, de acuerdo con la Ley de contratos del sector público, tienen la consideración de administraciones públicas.

<sup>95</sup> En el Informe 15/2012, de 30 de noviembre, respecto de la utilización del procedimiento negociado por la causa del artículo 170 d) del TRLCSP para la adquisición de una determinada vacuna, esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa ya señaló que las razones técnicas no se dan cuando se descarta otra vacuna que tiene una funcionalidad equivalente, a la vez que se definen unas especificaciones técnicas por referencia a un producto sujeto a patente; y que, por lo tanto, si desde el punto de vista técnico se da la equivalencia, nada tiene que impedir la concurrencia efectiva de varias propuestas de producto equivalentes y la articulación jurídica de la contratación se tiene que corresponder con la apertura del mercado a través de uno de los procedimientos ordinarios de contratación.



*En relación con este supuesto de utilización del procedimiento negociado sin publicidad, hay que tener en cuenta también que el considerando 50 de la Directiva 2014/24/UE establece que, por sus efectos perjudiciales sobre la competencia, se tiene que utilizar únicamente en circunstancias muy excepcionales; que las excepciones se tienen que limitar a los casos en que la publicación no sea posible, dado que "no generaría más competencia o mejores resultados de contratación, por ejemplo, porque objetivamente haya un operador económico que pueda ejecutar el contrato"; y que este es el caso de las obras de arte en que la identidad del artista determina intrínsecamente el valor y el carácter únicos del mismo objeto artístico. Así mismo, determina que la exclusividad también puede surgir por otros motivos, pero que "únicamente las situaciones de exclusividad objetiva pueden justificar el recurso al procedimiento negociado sin publicidad", y siempre que "no haya sido creada por el propio poder adjudicador en orden al futuro procedimiento de contratación"; y que "los poderes adjudicadores que se acojan a esta excepción tienen que motivar por qué no existen otras alternativas, como por ejemplo la utilización otros canales de distribución, incluso fuera del Estado miembro del poder adjudicador, o la toma en consideración de obras suministros o servicios comparables desde el punto de vista funcional"<sup>96</sup>*

*Además, este considerando 50 especifica que cuando la situación de exclusividad sea por razones técnicas, se tienen que definir y justificar rigurosamente para cada caso particular; que entre estas razones hay que citar "la práctica imposibilidad técnica de que otro operador económico logre los resultados necesarios, o la necesidad de utilizar conocimientos técnicos, herramientas o medios específicos que solo estén a disposición de un único operador económico", y que "pueden derivarse razones técnicas de los requisitos específicos en materia de interoperabilidad o de seguridad que tengan que cumplirse con el fin de garantizar la idoneidad de las obras, suministros o servicios que vayan a contratarse".*

*En definitiva, la adjudicación de un contrato al amparo del artículo 170 d) del TRLCSP fundamentado en la concurrencia de razones artísticas o técnicas, procede cuando es imposible promover la concurrencia porque objetivamente existe una única empresa o profesional que pueda encargarse de la ejecución del contrato, lo cual se tiene que justificar y acreditar por el órgano de contratación en el expediente. En todo caso, no concurre una razón técnica en el sentir de este precepto cuando existan alternativas razonables en el mercado y la exclusividad fuera consecuencia de exigir unos requisitos técnicos los cuales ya se conoce que solo se pueden cumplir por una empresa determinada".*

También enumeramos las siguientes resoluciones:

### **Resolución 195/2017 Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.**

*"La resolución analiza un supuesto en que se acude a esta modalidad de procedimiento negociado para adjudicar el servicio de mantenimiento del personal de guardia médica de un centro hospitalario a la empresa encargada de explotar las cafeterías de dicho hospital.*

---

<sup>96</sup> *En este sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del estado en el informe 35/06, de 30 de octubre, ya afirmó que el ámbito territorial de la exclusividad depende del objeto del contrato y que "lo decisivo es que, por el conducto que sea adecuado y suficiente, se justifique la existencia de un único empresario que pueda realizar el objeto del contrato, sin restricción del ámbito territorial de la exclusividad".*

*El Tribunal argumenta que para acudir al supuesto legal de procedimiento negociado previsto en el artículo 170 d) del TRLCSP, es necesario que el órgano de contratación justifique y acredite que es imposible promover la concurrencia porque objetivamente solo existe una empresa que pueda encargarse de la ejecución del contrato, no concurriendo una razón técnica determinante de la exclusividad cuando, además de existir alternativas razonables en el mercado, la exclusividad fuera consecuencia de una restricción artificial de los parámetros de la contratación al exigirse en los pliegos unos requisitos técnicos que sólo puede cumplir una empresa determinada.*

A continuación, se transcriben las partes más importantes de la resolución:

*«En definitiva, pues, para acudir al supuesto legal de procedimiento negociado previsto en el artículo 170 d) del TRLCSP, es necesario que el órgano de contratación justifique y acredite que, es imposible promover la concurrencia porque objetivamente sólo existe una empresa que pueda encargarse de la ejecución del contrato, no concurriendo una razón técnica determinante de la exclusividad cuando, además de existir alternativas razonables en el mercado, la exclusividad fuera consecuencia de una restricción artificial de los parámetros de la contratación al exigirse en los pliegos unos requisitos técnicos que solo puede cumplir una empresa determinada. En el caso aquí examinado, la justificación de la exclusividad por las razones técnicas obrantes en el expediente de contratación - que ha conducido a promover un procedimiento negociado para la contratación del servicio de mantenimiento del personal de guardia con la empresa SERUNIÓN- no acredita que sea imposible promover la concurrencia porque solo esta empresa pueda objetivamente encargarse de la prestación; en este sentido, no es aventurado afirmar que en el mercado deben existir otros operadores que podrían ejecutar el servicio. Las razones que se esgrimen en el expediente (documento justificativo de la exclusividad) y que con más detalle se explicitan en el informe al recurso están basadas en circunstancias que han sido originadas por la propia Administración contratante como consecuencia de un contrato anterior formalizado en 2003 que contemplaba una doble prestación, de un lado, las obras de reforma y explotación de las cafeterías y de otro, el servicio mantenimiento del personal de guardia, contrato del que posteriormente se desgaja esta última prestación, la cual, no obstante, se ha seguido prestando en virtud de sucesivos procedimientos negociados sin publicidad por la empresa encargada de explotar las cafeterías -inicialmente, la UTE adjudicataria del contrato suscrito en 2003 y posteriormente, SERUNIÓN en virtud de la cesión del contrato-. Así pues, las circunstancias expuestas pueden determinar la conveniencia u oportunidad para la Administración de que el servicio de mantenimiento del personal de guardia se ejecute por la misma empresa que explota las cafeterías, ya que así se dispone del espacio físico de estas para la realización del servicio de mantenimiento y además se cubren -como se señala en el informe al recurso importes de amortización de las inversiones realizadas en obras y equipamiento como consecuencia del primitivo contrato de instalación y explotación de las cafeterías -amortización que, por otro lado, debió haberse realizado durante el plazo de 12 años de ejecución del contrato y no también durante la vigencia de su prórroga que, al tiempo de formalización de aquel, no era un elemento cierto del contrato-.*

*Ahora bien, tales motivos no constituyen, en modo alguno, causa objetiva determinante de que solo la actual empresa que explota las cafeterías del hospital, SERUNIÓN, pueda encargarse de la prestación del servicio de mantenimiento y ello por dos razones:*

*Porque, en terminología de la propia Directiva 2014/24, existe alternativa en el mercado para la ejecución de esta prestación, como lo demuestra el interés de la propia recurrente en que se promueva la concurrencia, y*

*Porque la exclusividad se fundamenta en razones que no son objetivas, sino que obedecen a una situación singular generada por la propia Administración contratante, a raíz de un contrato mixto anterior que vinculaba el servicio de manutención con el de instalación y explotación de cafeterías en el recinto hospitalario.*

*Es más, aun cuando se entendiera que en el supuesto examinado no existe competencia para la ejecución de la prestación, ello sería consecuencia del propio contenido de los pliegos (cláusula 2 del PPT) que imponen la realización del servicio de manutención en las cafeterías que explota SERUNIÓN. Por tanto, la supuesta ausencia de competencia no es objetiva ni real, sino artificial o fruto de unos requerimientos del PPT que solo puede cumplir aquella entidad.*

*Como señala la recurrente, el servicio de manutención del personal de guardia podría prestarse en otro espacio habilitado a tal fin en el recinto hospitalario y distinto a las cafeterías o permitiendo la elaboración de los alimentos fuera del hospital para su posterior entrega en el centro sanitario. El único impedimento para que ello sea así y, por ende, para que se promueva la concurrencia es el contenido de la cláusula 2 del PPT cuando exige que la prestación se lleve a cabo en el recinto de las cafeterías. Por ello, no puede admitirse la afirmación del órgano de contratación de que no es posible el servicio de manutención del personal de guardia si no existiera y estuviera disponible la concesión de explotación de las cafeterías; tal imposibilidad no es objetiva y obedece -como hemos indicado- a razones de conveniencia u oportunidad que se tornan claramente insuficientes cuando se trata de limitar el principio de concurrencia como principio angular de la contratación pública que impregna todo el contenido del TRLCSP. Así pues, no habiendo quedado acreditado por el órgano de contratación que SERUNIÓN sea la única empresa que, objetivamente, pueda encargarse de ejecutar la prestación, se ha de dar la razón a EUREST cuando afirma que no puede contratarse el servicio de manutención mediante procedimiento negociado al amparo del artículo 170 d) del TRLCSP. Ahora bien, una vez declarada la nulidad de la licitación promovida, es el órgano de contratación y no este Tribunal el que tendrá que decidir si procede licitar en pública concurrencia las dos prestaciones conjuntamente (explotación de las cafeterías y servicio de manutención del personal de guardia) o solo esta última, por lo que no procede atender la pretensión de la recurrente sobre tales extremos”.*

### **Resolución Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía 75/2012 de 12 de julio de 2012.**

*"En relación con la adjudicación del contrato denominado "suministro de semillas radioactivas 1-125, exclusivas de la firma Nucletron para los Hospitales Virgen de las Nieves y San Cecilia de Granada {Expte. 0000067/2012} se señalaba que "Nucletron B. V, casa matriz de Nucletron S.A., es el suministrador exclusivo de cartuchos de semillas radiactivas de 1-125 para tratamientos de braquiterapia con Seed Selectron”.*

*ECKERT&ZIEGLER IBERIA, S.L solicitó al poder adjudicador información acerca de las razones por las cuales el contrato se adjudicó mediante procedimiento negociado sin publicidad cuando en el mercado existían distintas empresas suministradoras del mismo producto, y más tarde presenta recurso especial.*

*En el supuesto analizado, la empresa recurrente no tiene la condición de licitador en el procedimiento de adjudicación porque se ha acudido a un procedimiento negociado sin publicidad en el que se ha invitado a participar a una única empresa. Por tanto, sin prejuzgar la cuestión de fondo, ninguna duda plantea el interés legítimo que ostenta la recurrente, habida cuenta de la ventaja o utilidad jurídica que, en términos de la sentencia expuesta, le reportaría el que su pretensión prosperase.*

*Esta empresa recurre sobre la base de decir ser fabricante y suministradora de semillas 1-125 para el tratamiento del cáncer de próstata por medio de la técnica de braquiterapia, con solvencia técnica, económica y financiera, así como capacidad suficiente para participar en licitaciones como la que es objeto del recurso.*

*El informe del órgano de contratación sobre el recurso no alberga ninguna duda corrobora y sin objeción el motivo fundamental del recurso al admitir expresamente la existencia de procedimientos abiertos, en el ámbito de otros hospitales del Servicio Andaluz de Salud, para la adjudicación de contratos de suministro con el mismo objeto.*

*A la vista de cuanto se ha expuesto, resulta claro que el procedimiento adecuado para la adjudicación del contrato no era el procedimiento negociado sin publicidad y mucho menos, al amparo de lo dispuesto en el artículo 170 d) del TRLCSP, es decir, "cuando por razones técnicas o artísticas o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva el contrato sólo pueda encomendarse a un empresario determinado".*

*El procedimiento negociado sin publicidad es un procedimiento excepcional en la medida que supone una quiebra a los principios de libertad de acceso a las licitaciones y de publicidad de los procedimientos que consagra el artículo 1 del TRLCSP. En este sentido, el artículo 138.2 del citado texto legal dispone que "La adjudicación se realizará, ordinariamente, utilizando el procedimiento abierto o el procedimiento restringido. En los supuestos enumerados en los artículos 170 a 175, ambos inclusive, podrá seguirse el procedimiento negociado, y en los casos previstos en el artículo 180 podrá recurrirse al diálogo competitivo".*

En definitiva, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, incorpora a nuestro ordenamiento las directrices de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de obra, de suministro y servicios- y posteriormente, el vigente (en el momento en que se efectuó la recomendación ahora extractada) TRLCSP establece los supuestos tasados en que se puede ir al procedimiento negociado.

En este supuesto nos encontramos con que el órgano de contratación se amparó, al utilizar el procedimiento negociado sin publicidad previa, en la existencia de un único empresario al que encomendar la ejecución del contrato. En este supuesto que se recoge en el artículo 170 d) del TRLCSP se exige la constatación y acreditación clara e irrefutable de que concurre aquella exclusividad puesto que esto comporta no solo restringir la libre concurrencia, respecto a los procedimientos ordinarios abiertos y restringidos, sino que se prescinda también de la publicidad que es un principio que rige, igualmente, en determinados supuestos del procedimiento negociado.

El artículo 178.1 del TRLCSP, establece como regla general que en el procedimiento negociado se han de solicitar ofertas, al menos, a tres empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato, siempre que sea posible. No obstante, para esta regla general, hay una excepción en el apartado d) del artículo 170 del TRLCSP, esto es, que sea un único empresario quien pueda ejecutar el contrato.

Volviendo al contenido de la Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía 75/2012 de, 12 de julio de 2012, se concluye lo siguiente:

*"En definitiva, cuanto se ha expuesto obliga a considerar que la adjudicación del objeto del recurso interpuesto se ha llevado a cabo prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido -abierto o restringido conforme al artículo 138.2 del TRLCSP- e incurre en un vicio de nulidad de pleno derecho según lo estipulado en los artículos 32 a) del TRLCSP y 62.1 e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. La nulidad señalada no sólo afecta al acto de adjudicación sino a todas y cada una de las actuaciones previas realizadas en el procedimiento, comenzando por la resolución del Director Gerente del Hospital Universitario Virgen de las Nieves, de 15 de febrero de 2012, por la que se autorizó el inicio del expediente de contratación, resolución que se fundó, de modo incomprensible, en una declaración de la empresa adjudicataria y en un informe interno de la Unidad de Radio física del propio Hospital sobre la exclusividad de un empresario concreto para la realización del suministro".*

La interpretación de este precepto normativo es coincidente tanto en las Juntas consultivas de contratación pública como en la jurisprudencia que hemos citado y podemos **resumirlo** en que el **procedimiento negociado es un procedimiento de adjudicación de los contratos excepcional, en relación con los dos procedimientos ordinarios, el abierto y el restringido**, regulados en el artículo 138.2 del TRLCSP y 26.2 de la Directiva de Contratación. (Este carácter de procedimiento excepcional ya se predicaba en las Directivas 93/36 (considerando 12) y 93/37 (considerando 8). Solo pueden ser utilizados en los supuestos **legalmente establecidos, y estos casos tienen que ser** interpretados restrictivamente (Dictamen motivado de la Comisión CE contra España 2014/2008, de 27 de noviembre de 2008; STJUE de 5 de diciembre de 2013, asunto C-561/12). También hay que indicar que los supuestos legales **deben ser interpretados de forma restrictiva** y estricta puesto que afectan a los principios de concurrencia y eficiencia. Citamos a título de ejemplo la sentencia Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2013 (rec. 1749/2010).

La Directiva 2014/24 de contratación destaca el carácter absolutamente excepcional de este procedimiento, muy especialmente cuando no se efectúa publicidad, y matiza los supuestos en los que hay que utilizarlo en su considerando 50:

*"En razón de sus efectos perjudiciales sobre la competencia, los procedimientos negociados sin publicación previa de un anuncio de licitación deben utilizarse únicamente en circunstancias muy excepcionales. Las excepciones deben limitarse a aquellos casos en que la publicación no sea posible, bien por razones de extrema urgencia provocada por acontecimientos imprevisibles y no imputables al poder adjudicador, bien cuando esté claro desde el principio que la publicación no generaría más*

*competencia o mejores resultados de contratación, por ejemplo, porque objetivamente solo haya un operador económico que pueda ejecutar el contrato. Este es el caso de las obras de arte en las que la identidad del artista determina intrínsecamente el valor y el carácter únicos del propio objeto artístico. La exclusividad puede también surgir por otros motivos, pero sólo las situaciones de exclusividad objetiva pueden justificar el recurso al procedimiento negociado sin publicación, siempre que la situación de exclusividad no haya sido creada por el propio poder adjudicador con vistas al futuro procedimiento de contratación”.*

En el expediente de contratación de la prestación de servicios del periodo en XXX se presentaron dos empresas hecho que evidencia la concurrencia en el mercado de otras posibles licitadoras con capacidad para la prestación del servicio objeto del contrato, **dejando huérfana de justificación la argumentación de exclusividad de la adjudicataria del primer contrato y por tanto de la modalidad contractual empleada en aquel momento.**

II. Es obvia la necesidad e idoneidad de remarcar la fase de preparación del contrato a fin de minimizar el riesgo de contaminación de cualquier trámite del proceso. Desde la óptica de la transparencia y la integridad en los procedimientos de contratación, las actuaciones de elaboración de los proyectos, los estudios y los pliegos de condiciones técnicos y administrativos, pueden ser determinantes para la adjudicación del contrato y esenciales para que el contrato cubra la necesidad u objetivo que se pretenden satisfacer con el mismo y garantizar así su correcta ejecución. Es esencial la necesidad de orientación u experiencia suficiente en la fase preparatoria del contrato, que es en la que se puede determinar una solución técnica que cumpla, con la máxima rigurosidad, con las condiciones de igualdad y concurrencia necesarias en todo procedimiento de contratación administrativa.

Como complemento de lo mencionado en el párrafo anterior hay que destacar la necesidad real para satisfacer el interés general que justifica celebrar cada contrato, acreditando que la que se propone es la forma más eficiente e idónea para cubrir la necesidad correspondiente. El deber de motivación, y en general el carácter formalista de la contratación Administrativa, garantiza la legalidad y la justificación de la necesidad e idoneidad de un contrato con la premisa de la eficiencia de la contratación, una acción básica, fundamental y precisa del principio de buena administración.

### RECOMENDACIÓN

**- Que se vele para adoptar los mecanismos necesarios en la fase de preparación de los contratos para procurar la máxima adecuación de los procesos de adjudicación previstos en cada uno de los expedientes de contratación pública a fin de garantizar la pública concurrencia y la libre competencia.**

**- Asegurar la motivación y valoración de la necesidad e idoneidad del contrato no siendo una mera exigencia formal establecida en la Ley de Procedimiento Administrativo Común sino un requerimiento sustancial del expediente de contratación para asegurar que el procedimiento administrativo es el adecuado.**

---

## **V. CONTAMINACIÓN DE LA INFORMACIÓN CONTENIDA EN LOS SOBRES DE LAS LICITADORAS. EXIGENCIA DEL CONTROL DE LA RECEPCIÓN DE LAS PROPOSICIONES**

---

En el BEBG se ha recibido comunicación relativa a posibles irregularidades en el proceso de licitación de un contrato. En concreto que dos de las empresas que presentaron ofertas para esta licitación, habían incorporado información en el sobre n.º 2 que debería haberse incluido en el sobre n.º 3, y otra empresa que también había presentado su proposición para participar en esta licitación, había incorporado en el sobre n.º 2 certificados que permitían conocer información que se tenía que valorar en el sobre n.º 3, como detallaba el pliego de cláusulas particulares de esta contratación pública. Esta circunstancia ha planteado dudas interpretativas que podrían comprometer el principio de igualdad entre las licitadoras en función de las posibles interpretaciones que se efectúen de la normativa aplicable para resolver el supuesto que nos ocupa, o bien excluir a las tres empresas que se presentaron a la licitación o excluir únicamente los puntos que estaban comprometidos al haber facilitado la información anticipadamente por parte de las empresas en el sobre n.º 2. La persona comunicante pide una interpretación de los hechos descritos y que son el objeto de la comunicación.

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

### **CONSIDERACIONES**

I. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares (a diferencia de los generales, cuya aprobación es potestativa) son de existencia obligatoria en todos los expedientes de contratación (a excepción de los contratos menores, para los cuales la Ley dispensa de la mayoría de los trámites y documentos).

Por eso, el artículo 122.1 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de contratos del Sector Público<sup>97</sup> establece, en términos imperativos, que *"Los pliegos de cláusulas administrativas particulares deberán aprobarse previamente a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir esta, antes de su adjudicación, y solo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho o aritmético. En otro caso, la modificación del pliego conllevará la retroacción de actuaciones"*.

---

<sup>97</sup> Ley no vigente cuando se produjeron los hechos comunicados.



La aprobación del pliego de cláusulas administrativas particulares corresponde al órgano de contratación, previo informe del servicio jurídico en la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad social y otras administraciones públicas integrantes del sector público estatal (informe que no será necesario cuando se ajuste a un modelo de pliego que haya sido previamente objeto de este informe). En las entidades locales tienen que informar previamente el secretario (o, si se tercia el titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico en los municipios en los cuales se aplica el régimen de gran población) y el interventor.

En cuanto al contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, y tal como avanzábamos, el artículo 122.2 concreta que tendrán que incluir *"los criterios de solvencia y adjudicación del contrato, las consideraciones sociales, laborales y ambientales que como criterios de solvencia, de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución se establezcan, los pactos y condiciones definidores de derechos y obligaciones de las partes del contrato, la previsión de cesión del contrato salvo los casos en que la misma no sea posible; la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores de acuerdo con el Convenio Colectivo sectorial de aplicación, y las otras menciones requeridas por la Ley y sus normas de desarrollo"*.

En definitiva, los pliegos tienen naturaleza contractual dado que la ejecución del contrato tiene que ajustarse preceptivamente a los pliegos y sus cláusulas y se consideran parte integrante de este.

La jurisprudencia, de forma mayoritaria, interpreta que cuando los pliegos han adquirido firmeza tienen que ser interpretados de acuerdo con las interpretativas previstas por el Código Civil.

II. Cuando los términos de los pliegos no son claros, plantean dudas sobre su intención y no hay una única interpretación lógica de los mismos, aunque se esté a su literalidad. Cuando existe ambigüedad, o contradicción entre cláusulas, los pliegos no pueden interpretarse en provecho de la parte que, al haberlos redactado, ha generado dicha confusión por lo cual se tiene que declarar la nulidad de todas aquellas cláusulas que resulten ambiguas o contradictorias. Encontramos a título ejemplificativo la Resolución TACRC 61/2016 de 29 de enero de 2016 que manifiesta lo siguiente: *"La oscuridad de la cláusula alegada por la recurrente tiene que canalizarse en las referidas reglas de interpretación de los contratos, de tal suerte que no puede redundar en perjuicio de las licitadoras ni ser generadora de tratamientos discriminatorios, como el invocado por la impugnante, contrarios a los antedichos principios rectores de la contratación del sector público"*.

La Mesa de contratación, en la sesión celebrada, encargó a la misma empresa de ingeniería que colaboró en la redacción de los pliegos de esta licitación que valorase el sobre 2 (criterios evaluables por juicio de valor) mediante informe técnico.

Del contenido del informe técnico queda patente que las ofertas presentadas por las empresas mencionadas no cumplieron con las condiciones establecidas en los pliegos de condiciones particulares, lo cual comporta su exclusión por incumplimiento de lo que establece la cláusula 13.3 del Pliego. Esta causa es suficiente para no entrar a valorar ninguna documentación más de los otros sobres presentados y no se puede admitir como posibilidad para proseguir con la tramitación de las actuaciones de esta contratación la posible exclusión de la puntuación de los XX puntos: primero por incumplimiento de las cláusulas del pliego y porque también comporta un quebrantamiento del principio de igualdad y de la libre competencia ya que el certificado QAL1 requerido es de alcance público (página web <http://qal1.de> (de libre acceso al público) que incluye los certificados QAL1) por lo cual desvirtúa la puntuación relativa en los criterios evaluables mediante fórmulas matemáticas.

Por tanto, la decisión tomada por la Mesa de contratación de proponer el desistimiento de la licitación a que se refiere esta recomendación para preservar el principio de igualdad de trato y libre competencia y de proponer abrir un nuevo expediente es adecuado dado que el hecho de que el certificado QAL1 sea de alcance público es una infracción insubsanable de las normas reguladoras del procedimiento de adjudicación.

III. La jurisprudencia argumenta y resuelve sobre la procedencia de exclusión de los licitadores en el mismo sentido que la Mesa de contratación de esta contratación administrativa y posteriormente del órgano de contratación competente para esta resolución.

A título ejemplificativo citamos la siguiente jurisprudencia:

### **TSJ Madrid (Contencioso), de 14 de marzo de 2018 (EDJ 2018/83030).**

*"... ha resumido los criterios que ha venido aplicando: "Este Tribunal, en sus resoluciones, ha sentado el criterio, por un lado, de confirmar la exclusión de aquellos licitadores que incluyeron información de sus ofertas (ya se trate de criterios sujetos a juicio de valor o evaluables mediante fórmulas) en el sobre relativo al cumplimiento de requisitos previos (resoluciones 147/2011 y 67/20212, relativas a los recursos 114/2011 y 47/2012), así como para el supuesto de inclusión de información evaluable mediante fórmulas en el sobre correspondiente a la información sujeta a juicio de valor (resoluciones 191/2011 y 299/2011, referidas a los recursos 156/2011 y 253/2011); y por otro, la no exclusión de aquellos que incluyeron información del sobre evaluable automáticamente en el sobre referido a información técnica no sujeta a evaluación mediante juicio de valor (resoluciones 14/2010 y 233/2011, que se corresponden con los recursos 18/2010 y 198/2011) la inclusión en el sobre correspondiente a documentación administrativa que tiene por objeto seleccionar los licitadores admitidos a la licitación, de información relativa a criterios de adjudicación y que por tanto constituyen parte de la oferta, no puede determinar automáticamente la exclusión de dichas ofertas, sino que es necesario realizar un análisis finalista y sistemático tendente a determinar si con ello se ha infringido el carácter secreto de las proposiciones o vulnerado los principios de igualdad de trato..."*

**STSJ Castilla y León (Valladolid) (Contencioso), de 27 de febrero de 2017, (EDJ 2017/44573)**

*"... En el que allí se resolvió el dato indebidamente revelado era ya conocido y por eso, en dicha Sentencia a propósito de la cuestión que ahora nos ocupa, se razona del siguiente modo: Lo relevante, sin embargo, no es el error en la documentación sino que del mismo se haya producido una vulneración del secreto, es decir que un dato, hasta entonces desconocido y de influencia en la adjudicación, sea incluido en el sobre que no le corresponde; si el dato era ya conocido o su conocimiento o destiempo es irrelevante, no puede hablarse de vulneración del carácter secreto de las proposiciones con la grave consecuencia de excluir del procedimiento a uno de los licitadores..."*

**STSJ (Contencioso), de 14 de marzo de 2018.**

*"Procede por tanto determinar si la inclusión de documentación de los criterios objetivos incluida en el sobre correspondiente a la documentación administrativa determina necesariamente la exclusión del proceso licitador como afirma el recurrente o si se trata de una irregularidad formal como sostiene el órgano de contratación. Los principios de transparencia, publicidad y no discriminación e igualdad de trato de los candidatos consagrados en el artículo 1 del TRLCSP constituyen pilares básicos de la contratación pública y su aplicación en la adjudicación de los contratos determina que esta se realice de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido. De conformidad con lo cual los artículos 145.1, 145.2, 150.2 y 160.1 del TRLCSP establecen que las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública debiendo respetarse el orden para el examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación.*

*De acuerdo con lo establecido en el artículo 145.2 del TRLCSP "Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 148 y 182 en cuanto a la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica o en un diálogo competitivo, estableciendo a su vez el artículo 160.1 para el procedimiento abierto, respecto el examen de las proposiciones que: "El órgano competente para la valoración de las proposiciones calificará previamente la documentación a que se refiere el artículo 146, que deberá presentarse por los licitadores en sobre distinto al que contenga la proposición, y procederá posteriormente a la apertura y examen de las proposiciones, ...". En el mismo sentido, la separación de sobres se desarrolla por el artículo 80 del Real Decreto 1098/2011, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Es criterio general aceptado por la doctrina y la jurisprudencia que los pliegos tienen el carácter de lex contractus y vinculan tanto a los licitadores como a su órgano de contratación, estableciendo el PCAP que rige en esta licitación, en su cláusula 12, que se incluirá en el sobre 2 "la documentación referida los criterios que servirán de base para la adjudicación del expediente en los apartados 2 a 11 del Anexo", si bien todos ellos son relativos a criterios de valoración objetiva que hacen referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos. Lo sucedido y no discutido por las partes es que la recurrente incluyó en el sobre correspondiente a documentación administrativa información relativa a 9 de los 11 criterios*

de adjudicación valorables mediante fórmula distintos al precio exteriorizándolos antes del momento procedimental oportuno, hasta el que se debía mantener secretos. Es cierto que la cláusula 12 del PCAP debería separar la fase de selección de licitadores de la valoración de las ofertas y que la inclusión de una memoria técnica de la oferta presentada se corresponde con otra fase del procedimiento. Sin embargo, el pliego no fue impugnado y es claro en cuanto al contenido de cada sobre. Son numerosos los pronunciamientos de los distintos órganos competentes para conocer de los recursos especiales en materia de contratos públicos, los cuales mantienen una doctrina prácticamente unánime sobre las consecuencias que tiene el incumplimiento de las exigencias relativas a la necesidad de presentar la documentación de los licitadores en sobres separados y mantener el secreto de las proposiciones hasta el momento que marca la ley. A modo de resumen cabe citar el TACRC que en su Resolución 22/2013, de 17 de enero (Recurso 328/2012), ha resumido los criterios que ha venido aplicando: "Este Tribunal, en sus resoluciones, ha sentado el criterio, por un lado, de confirmar la exclusión de aquellos licitadores que incluyeron información de sus ofertas (ya se trate de criterios sujetos a juicio de valor o evaluable mediante fórmulas) en el sobre relativo al cumplimiento de requisitos previos (resoluciones 147/2011 y 67/2012, relativas a los recursos 114/2011 y 47/2012), así como para el supuesto de inclusión de información evaluable mediante fórmulas en el sobre correspondiente a la información sujeta a juicio de valor (resoluciones 191/2011 y 299/2011 referidas a los recursos 156/2011 y 253/2011); y, por otro, la no exclusión de aquellos que incluyeron información del sobre evaluable automáticamente en el sobre referido a información técnica no sujeta a evaluación mediante juicio de valor (resoluciones 14/2010 y 233/2011, que se corresponden con los recursos 18/2010 y 198/2011). La inclusión en el sobre correspondiente a documentación administrativa que tiene por objeto seleccionar los licitadores admitidos a la licitación, de información relativa a criterios de adjudicación y que por tanto constituyen parte de la oferta, no puede determinar automáticamente la exclusión de dichas ofertas, sino que es necesario realizar un análisis finalista y sistemático tendente a determinar si con ello se ha infringido el carácter secreto de las proposiciones o vulnerado los principios de igualdad de trato, no discriminación y objetividad en la valoración de las proposiciones, pues en tales casos habría de producirse la exclusión de la oferta en cuestión. La separación de las fases de procedimiento a que se refieren los artículos 145 y 160 antes mencionados pretende garantizar la objetividad e imparcialidad de la Mesa además de la necesaria transparencia y publicidad que el TRLCSP requiere para la apertura de las proposiciones de los licitadores en cuanto a los criterios valorables en cifras o porcentajes. Mientras al acto de apertura de la documentación prevista en el artículo 146 del TRLCSP carece de especiales formalismos, el acto de apertura de la proposición debe hacerse con sujeción a las disposiciones legales relativas no solo a la necesidad de hacerlo en acto público sino además observando un especial orden en el conocimiento y valoración de los diferentes elementos que la componen. Es decir, no se trata solo de establecer un procedimiento ordenado de apertura en cuyo caso podría admitirse que la falta de cumplimiento no determinase de forma inevitable la exclusión de las empresas incumplidoras, si no que el verdadero propósito de dicho formalismo es garantista de un trato no discriminatorio e igualitario, de la transparencia y publicidad del procedimiento, de manera que cuando la apertura del sobre que contiene los requisitos previos para contratar implique el conocimiento total o parcial de la oferta por incluir datos que debieran figurar en el sobre de la proposición, debe producirse la exclusión de dicho licitador. La regla del secreto de las proposiciones tiene por base dos principios básicos: el primero, evitar manipulaciones de los licitadores y garantizar la fiabilidad del sistema con el fin de garantizar la objetividad y seguridad del mismo favoreciendo la presentación de ofertas competitivas al desconocer las de las demás empresas. Cabe recordar que la apertura del sobre que contiene la documentación administrativa se hace en sesión no pública de la Mesa de contratación mientras que las proposiciones

*deben ser abiertas en sesión pública. En segundo lugar, se pretende garantizar que las ofertas económicas no sean conocidas cuando sean objeto de valoración proposiciones técnicas susceptibles de juicio de valor, para evitar que pueda influir en la ponderación del juicio técnico al conocerse previamente la puntuación que obtendría un licitador en esos aspectos sujetos a fórmula o porcentaje. Por otra parte, el secreto de las proposiciones no alcanza solo a los demás licitadores sino también a los gestores del expediente de contratación, incluidos los miembros de la Mesa de contratación. Ello supone que la presentación de la documentación ha de hacerse con observancia de los requisitos formales exigibles y con cumplimiento de todos y cada uno de los trámites procedimentales previstos. Aunque en el supuesto que nos ocupa, tal como alega la recurrente, únicamente se valoran criterios sujetos a fórmula sin que hayan de intervenir otros criterios en el resultado y sin que conocer o no previamente algunos de los elementos de la oferta puedan influir en la puntuación, lo cierto es que se ha alterado la igualdad de los licitadores al quebrar el secreto de una de las ofertas. Cabe preguntarse qué sentido tiene tanta formalidad respecto a la apertura de las ofertas en acto público en que tanto la Administración como resto de competidores conocerán las ofertas, si se admitiera como defecto intrascendente que parte de las proposiciones se hayan abierto y conocido días antes. En definitiva, el error en la introducción en un sobre o en otro de documentación valorable mediante fórmula, no tendría trascendencia si no fuera porque dichos formalismos pretendan garantizar un principio esencial de la contratación, cual es el secreto de las ofertas hasta la apertura conjunta y en acto público único de todas las ofertas. En el mismo sentido se pronuncian el informe 43/02, de 17 de diciembre, de la Junta Consultiva del Estado en relación con la inclusión de documentación técnica en el sobre de administrativa, criterio reiterado en el informe 20/07, de 26 de marzo; los Informes 62/08, de 2 de diciembre y 30/11, de 15 de diciembre, de la Junta Consultiva del Estado; asimismo los Informes 20/2008, de 27 de noviembre, de la JCCA de Andalucía y 9/2012, de la misma Junta Consultiva y el Informe 12/2013, de 22 de mayo, de la Junta Consultiva v de Aragón. Por todo lo anterior, se estima que habiéndose incluido en el sobre de documentación administrativa información concreta que permite conocer algunos aspectos de la oferta económica no se ha respetado el secreto de las ofertas y procede la exclusión de Vodafone".*

### **STSJ Castilla y León (Valladolid) Sala de lo contencioso administrativo, de 27 febrero de 2017.**

*"Además, debe tenerse presente el artículo 150.2 de la misma norma que dice: "Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo. En la determinación de los criterios de adjudicación se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos. 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. La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose*

*constancia documental de ello. Las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada". Y en desarrollo de tales previsiones normativas el artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público dice: "La documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente además de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquellos". El régimen que resulta de los preceptos transcritos promueve el secreto de las proposiciones como medio para garantizar la igualdad de trato de todos los licitadores (art. 1 del Real Decreto Legislativo 3/2011) y lo relevante no es tanto la influencia en concreto que la infracción procedimental pueda tener desde el punto de vista del resultado final, como su potencialidad, ya que en definitiva lo que se trata de evitar es que la valoración de aquellos aspectos no sujetos a fórmulas matemáticas se vea influenciada por el resultado de la valoración de aquellos otros aspectos para los que se emplean esas fórmulas. Así lo ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo en la Sentencia de 22 de octubre de 2014 (recurso 3111/2013) que dice: Debe añadirse a lo que antecede la necesidad de exigir con especial rigor en todo procedimiento de contratación pública que la valoración de las ofertas se realice con exquisitas pautas objetividad, pues así lo demanda tanto el artículo 103.1 CE como el también postulado constitucional de igualdad (artículo 14 CE); y que a salvaguardar esa necesidad están dirigidos los mandatos de esos artículos 129 y 134 de la Ley 30/2007 que se vienen mencionando. Tampoco pueden compartirse los criterios preconizados en el recurso de casación sobre que se frustró la finalidad de esos preceptos legales y sobre que el incumplimiento constatado tuvo una escasa entidad para influir en la adjudicación. Lo primero porque el rigor en la exigencia de la objetividad es precisamente el mejor instrumento sustantivo para garantizar el principio de igualdad a cuyo servicio está establecida la libre concurrencia; y lo segundo porque la mejor manera de salvaguardar esa igualdad es descartar en el mayor nivel posible cualquier circunstancia que pueda significar un prejuicio de la definitiva calificación, por mínimo que este sea. Nos parece oportuno precisar que los artículos 129 y 134 de la Ley 30/2007 citados por la Sentencia del Tribunal Supremo que hemos recogido se corresponden con los artículos 145 y 150 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Efectivamente, el principio de igualdad de trato implica que todos los licitadores deben hallarse en las mismas condiciones tanto en el momento de presentar sus ofertas como en el momento de ser valoradas estas por la entidad adjudicadora. Este principio es especialmente destacado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como pone de manifiesto la Resolución recurrida, indicando que el respeto al principio de igualdad de trato implica no solo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica, sino también que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad (Sentencia TJCE de 25 de abril de 1996, Comisión de Bélgica). Este principio, destaca dicho Tribunal, es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (Sentencias TJCE de 12 de diciembre de 2002, Universidad-Bau y otros, y de 19 de junio de 2003, GAT). Obviamente el principio de igualdad de trato quiebra cuando a la hora de valorar la oferta de la actora se puede tener conocimiento de aquellos otros aspectos cuya valoración depende de la aplicación de determinadas formulas y por ello, con independencia del resultado final, es claro que la objetividad que debe tenerse para valorar los criterios no sujetos a fórmulas matemáticas se ve comprometida al incluir determinada documentación que ha de ir en el sobre relativo a los criterios que deben valorarse conforme a tales formulas, lo que nos lleva a la desestimación de la demanda. Podemos añadir finalmente, a fin de dar respuesta a todas las cuestiones que plantea la demanda, que la*

*Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012 (recurso 92/2012), que invoca la parte recurrente, se refiere a un supuesto distinto. En el que allí se resolvió el dato indebidamente revelado era ya conocido y por eso, en dicha Sentencia a propósito de la cuestión que ahora nos ocupa, se razona del siguiente modo: Lo relevante, sin embargo, no es el error en la documentación sino que del mismo se haya producido una vulneración del secreto, es decir que un dato, hasta entonces desconocido y de influencia en la adjudicación, sea incluido en el sobre que no le corresponde; si el dato era ya conocido o su conocimiento a destiempo es irrelevante, no puede hablarse de vulneración del carácter secreto de las proposiciones con la grave consecuencia de excluir del procedimiento a uno de los licitadores".*

IV. Por otro lado, no consta en el informe técnico preliminar, ni en el informe técnico del órgano de contratación, que una empresa licitadora no había aportado la declaración responsable que exige el pliego de cláusulas administrativas particulares. Esta declaración responsable, pese a no ser valorable, sí que debe ser incluida y el no hacerlo es una causa de posible exclusión de la empresa, si bien, en tanto en cuanto no es objeto de valoración, sí se puede subsanar dicha falta de aportación. Desde el punto de vista técnico, el contenido de la declaración responsable tiene un alcance de un nivel de compromiso de responsabilidad muy elevado, no obstante, no podemos entrar a hacer un análisis de este punto al no ser objeto de la competencia del órgano gestor del BEBG.

Desde la vertiente jurídica, consideramos que hay un incumplimiento de las obligaciones establecidas en las cláusulas administrativas, por lo cual se tendría que haber excluido esta propuesta de la empresa licitadora.

### **Resolución número 205/2018 del TACRC de 2 de marzo de 2018 de la comunidad autónoma de Castilla La Mancha.**

*"La necesidad de que las muestras se presenten en las condiciones establecidas por el pliego ha sido reiterada por este Tribunal, así en nuestra Resolución 1166/2017, la 802/2017, o la 804/2016 so pena de exclusión del licitador. Decíamos en la 802/2017 que "No podemos dejar de señalar que, constituye doctrina sentada por este Tribunal que los Pliegos constituyen la ley del contrato, en primer lugar como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, tales como el sintetizado en el brocardo --pacta sunt servanda-- con sus corolarios del imperio de la buena fe y del non licet contra los actos propios y, en segundo lugar, que en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo artículo 1.281 establece que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá de estarse al sentido literal de sus cláusulas. (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 marzo 2001, de 8 junio de 1984 o sentencia de 13 mayo de 1982). Jurisprudencia más reciente como la que se deriva de la Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2009 se refiere a la interpretación literal o teleológica (si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas, artículo 1.281 del Código Civil) y también a la propia interpretación lógica de las cláusulas del contrato.*

*Por otro lado, según decíamos en la Resolución 763/2014, recogida en la Resolución 962/2015 de 19 de octubre, el artículo 145.1 del TRLCSP establece que las proposiciones de los interesados deben*

*ajustarse a lo previsto en el pliego y que su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna”.*

*"Recordemos que ya desde nuestra Resolución 49/2017, hemos señalado que el carácter vinculante de los pliegos sólo puede cuestionarse si se alega una causa de nulidad de pleno Derecho (que no es el caso) y además se diera el supuesto de que un "licitador razonablemente informado y normalmente diligente" "no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber valuado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión"; de lo cual tampoco aparecen indicios en nuestro caso.*

*Y hemos afirmado la insubsanabilidad del defecto referido a la falta de presentación de muestras, pues en este caso hubiera supuesto la nueva aportación de muestras, incorporando las omitidas, señalando a qué lote correspondía cada una, e identificándolas debidamente, lo que supondría una nueva oferta con quebranto de la igualdad entre licitadores: En la Resolución 1089/2016 recordamos que "Por otro lado, sobre la hipotética posibilidad de acordar la subsanación de la falta de aportación de muestras, no se considera que sea procedente. En este sentido, este Tribunal, entre otras, en la Resolución 158/2013, citada por la también antedicha, ha señalado: "En cuanto a la doctrina de aplicación a la subsanación de errores, ya señalamos, entre otras en nuestra Resolución 297/2012, que "En este sentido como expresábamos en nuestra resolución 193/2012, dictada en expediente 158/2012, la cuestión del carácter subsanable o no, de los defectos de las ofertas apreciados por la Mesa, y su aplicación en supuestos particulares planteados en la práctica administrativa, ha sido ampliamente tratada por la jurisprudencia (SSTS de 23/09/11, de 16/12/2004, entre otras) pudiendo sistematizarse las principales conclusiones de la doctrina jurisprudencial y administrativa de la siguiente manera: Ante todo se ha de partir de la regla contenida en el artículo 81.2 del RGLCAP, conforme al cual: Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación. En orden a determinar qué defectos u omisiones tienen la consideración de subsanables y cuáles, por el contrario, serían insubsanables, con base en el artículo reglamentario citado, como criterio general orientativo y teniendo en cuenta la imposibilidad de realizar una lista apriorística exhaustiva de defectos subsanables e insubsanables se viene admitiendo que son insubsanables los defectos consistentes en la falta de cumplimiento de los requisitos exigidos en el momento de cierre del plazo de presentación de proposiciones, y subsanables aquellos que hacen referencia a la simple falta de acreditación de los mismos (en este sentido cabe citar el Informe 48/2002, de 28 de febrero de 2003, de la JCCA). Debe tenerse en cuenta, en este punto, que el precepto reglamentario refiere los defectos u omisiones subsanables a la documentación presentada, con lo que estaría aludiendo a omisiones o defectos en los documentos propiamente dichos, no los referentes a los requisitos sustantivos para concurrir al proceso, respecto de la que no se admite subsanación, debiendo cumplirse necesariamente en el momento de presentación de la documentación”.*

*Añadíamos que "Una interpretación literal de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, y un excesivo formalismo que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contrario a los principios que deben regir la contratación pública enunciados en el artículo 1 del TRLCSP, (...)*



*Ahora bien, deben ponderarse, como se indica en la Resolución 104/2012, los principios apuntados por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 29 de marzo de 2012, dictada para resolver el asunto C-599/10, de conformidad con la cual "una vez presentada su oferta, en principio esta última no puede ya ser modificada, ni a propuesta del poder adjudicador ni del candidato. En efecto, el principio de igualdad de trato de los candidatos y la obligación de transparencia que resulta del mismo se oponen, en el marco de este procedimiento, a toda negociación entre el poder adjudicador y uno u otro de los candidatos. En efecto, en el caso de un candidato cuya oferta se estime imprecisa o no ajustada a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones, permitir que el poder adjudicador le pida aclaraciones al respecto entrañaría el riesgo, si finalmente se aceptara la oferta del citado candidato, de que se considerase que el poder adjudicador había negociado confidencialmente con él su oferta, en perjuicio de los demás candidatos y en violación del principio de igualdad de trato. Además, no se deduce del artículo 2 ni de ninguna otra disposición de la Directiva 2004/18, ni del principio de igualdad de trato, ni tampoco de la obligación de transparencia que, en una situación de esa índole, el poder adjudicador esté obligado a ponerse en contacto con los candidatos afectados.*

*Resulta, por tanto, a juicio de este Tribunal, que no sería procedente la subsanación de la falta de presentación de muestras dado que son insubsanables los defectos consistentes en la falta de cumplimiento de los requisitos exigidos en el momento de cierre del plazo de presentación de proposiciones. Nos encontraríamos por tanto ante un defecto insubsanable".*

*Añadamos que no es óbice que, respecto de otro licitador, se haya permitido una mera aclaración puntual que no supuso la necesidad de presentar nuevas muestras o alterarlas en ningún caso, por lo que no apreciamos quiebra del principio de igualdad.*

*Al ser necesario presentar las muestras en las condiciones y requisitos que determina el pliego, resulta inane que se trate de demostrar mediante informes técnicos que las muestras eran identificables, pues ello no oculta que se presentaron sin cumplir las especificaciones que regían para todos los licitadores, por lo que interpretarlo del modo "flexible" que se pretende constituiría un privilegio en beneficio del recurrente. Por ello, no procede dirigir pregunta alguna al Comité técnico en tal sentido, como se pide por el recurrente.*

*Tampoco puede prosperar el pretendido error consistente en aseverar que lo borrado era el número de serie, que no sería identificativo, pues - además de que subsistiría el incumplimiento causante de exclusión consistente en no haberse presentado muestras para todos estos lotes, identificando para qué lote era cada una- la realidad, como hemos transcrito, es que el pliego exigía una identificación que permitiera la trazabilidad del producto, y el recurrente no ha podido justificar que sus muestras la contuvieran.*

*- Por lo que, en estos extremos, su impugnación no puede prosperar".*

La Mesa de Contratación señala que la empresa de ingeniería que hizo la valoración del sobre número 2 también colaboró con la redacción de los pliegos de condiciones, entendemos que esta intervención ha sido básicamente en aspectos a desarrollar en los pliegos de condiciones de prescripciones técnicas pero hubiera sido recomendable que se le hubieran consultado los criterios de adjudicación evaluables con base en los juicios de valor

al haber referencias técnicas que quizás hubieran evitado tener que instar el desistimiento del contrato por las causas aducidas de acuerdo con el artículo 155.4 del TRLCSP.

V. El artículo 16 de la vigente Ley 39/2105, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, establece la necesidad de la existencia de un registro general de entradas y salidas de escritos, solicitudes y comunicaciones en los órganos administrativos.

En el examen efectuado del expediente de contratación, objeto de este análisis, no consta ningún certificado de registro con especificaciones de la fecha y la hora de la entrada de las plicas y otra documentación por parte de los licitadores, esto podría comportar una falta de garantías procedimentales de control y verificación.

En este sentido, la Resolución número 5/2018 de 31 de enero del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, en el fundamento jurídico octavo, indica que la disposición adicional decimosexta de la LCSP, en su apartado e), relativa al uso de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos establece que la utilización de estos medios se tendrá que ajustar a los requisitos establecidos en la mencionada norma. En especial, hay que tener en cuenta que esta disposición exige que las aplicaciones que se utilicen para efectuar las comunicaciones, notificaciones y entregas documentales entre el licitador o contratista y el órgano de contratación tengan que poder acreditar la fecha, la hora de la emisión o recepción, la integridad del contenido, el remitente y destinatario de estas:

*"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 emisión 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 misma resolución en su fundamento jurídico undécimo dice: *"Resultado de lo anterior, la vulneración del PCAP, la defensa del principio de tutela efectiva, la exigencia de la necesaria existencia buena fe y confianza legítima que tiene que presidir las comunicaciones de los poderes adjudicadores."...*

El apartado 1 del artículo 22 de la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, en referencia a los medios de comunicación electrónicos, prevé:

*"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 párrafo 2 de este precepto establece, como excepción, la posibilidad de proceder a una comunicación oral, siempre que no se trate de ningún elemento esencial de un procedimiento de licitación, hace referencia explícita a: pliegos de contratación, solicitudes de participación, confirmaciones de interés y ofertas. Al respecto se exige que las comunicaciones orales con los licitadores que puedan incidir sustancialmente en el contenido objeto de evaluación de las ofertas serán documentadas de forma suficiente a través de los medios adecuados como los archivos o resúmenes sonoros de los principales elementos de la comunicación.

Hay que añadir que las previsiones de la Directiva han quedado recogidas en la disposición adicional 15 "Normas relativas a los medios de comunicación utilizables en los procedimientos regulados en esta ley" de la nueva Ley 9/2017, de 9 de noviembre, de contratos del sector público, por la cual se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo del Consejo 2014/23/UE 2014/24/ UE, de 26 de febrero de 2014.

En el caso objeto de este expediente analizado, el pliego de condiciones administrativas establece de forma clara y tajante las condiciones de presentación de las proposiciones, no excluyendo ninguna forma de presentación explícitamente, pero si exigiendo que, en todo caso, la recepción efectiva de las proposiciones en las dependencias del órgano de contratación, se produzca dentro del plazo acotado por la fecha y hora indicadas. Ante la falta de un registro que deje constancia de las fechas de entrada de las proposiciones de las empresas es imposible controlar las exigencias por su cumplimiento. Esta aseveración se realiza en el contexto temporal del momento en que se analizó este procedimiento de contratación pública, se desconoce si en el momento actual esta dispone o no de algún instrumento o interfaz que haga el control de esta documentación.

## **RECOMENDACIÓN**

**Con el fin de garantizar una gestión pública de acuerdo con los principios y reglas éticas y de buen gobierno y con el predominio de los intereses generales y la buena administración de los recursos públicos se efectúan las siguientes sugerencias a efectos preventivos, y sin perjuicio de las medidas que se puedan adoptar a la vista del contenido de estas actuaciones por el órgano de contratación:**

- Que se vele por adoptar los mecanismos necesarios en la fase de preparación de los contratos para adecuar al máximo el ajuste de los procesos de adjudicación previstos en cada uno de los expedientes de contratación pública con el objetivo de garantizar la pública concurrencia y la libre competencia.**
- La necesidad de incorporar, en el supuesto de que no se haya implantado durante el tiempo transcurrido, un instrumento fehaciente que controle la recepción efectiva de las proposiciones formuladas por las empresas en las**

**correspondientes contrataciones públicas a fin de velar por el cumplimiento de las exigencias previstas en los pliegos de condiciones Administrativas que establecen de forma clara y tajante las condiciones de presentación de las proposiciones.**

---

## **VI. INCUMPLIMIENTOS DE CONTRATO DE SERVICIOS: MEDIDAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA SOSTENIBLE (MEJORA SALARIAL Y JORNADA LABORAL) NECESIDAD DE CONTROL DE LA EJECUCIÓN: CALIDAD DEL SERVICIO PRESTADO Y NORMATIVA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES.**

---

En el BEBG, se recibieron varias comunicaciones relativas a presuntos incumplimientos en la ejecución de un contrato de servicios, concretamente en relación con las siguientes cuestiones: mejora salarial, jornada laboral, calidad del servicio y normativa de prevención de riesgos laborales.

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

### **CONSIDERACIONES**

**A) Medidas de contratación pública sostenibles: Valoración de la mejora en los salarios en relación con el convenio laboral de referencia, y mantenimiento de las condiciones laborales de las personas que ejecutan el contrato durante todo el periodo contractual.**

El Ayuntamiento de Barcelona impulsa la contratación pública socialmente responsable incorporando en la compra pública municipal objetivos de justicia social, sostenibilidad ambiental y código ético contemplados en el Decreto de Alcaldía S1/D/2017-1271, de 24 de abril, de contratación pública sostenible, en que se aprueban las medidas y guías para aplicar la sostenibilidad en los contratos que hace el Ayuntamiento.

En esta línea las medidas de contratación pública social que impulsa el Ayuntamiento de Barcelona promueven la empresa barcelonesa eco-social, con un modelo de negocio con responsabilidad social, en el que dichas medidas deben integrarse en todo el ciclo contractual y tienen que estar presentes en el proceso de selección de las empresas contratistas que ofrezcan obras, servicios o suministros con el objetivo de encontrar una relación equilibrada entre la calidad y el precio, pero al mismo tiempo potenciando los valores y las prácticas de un modelo de empresa con responsabilidad social, que tiene que redundar en la eficiencia y la calidad de la prestación aportando una eficiencia social en el contrato.

Las medidas concretas de contratación pública social se pueden incluir en diferentes momentos del ciclo contractual y mediante condiciones o criterios de actuación de significación jurídica diversa:

- Medidas que se pueden articular como criterios de adjudicación: son consideradas como una invitación a las empresas licitadoras para que las adopten en la ejecución del contrato, pero sin que tengan obligatoriedad, de forma que se promueva que la empresa licitadora las incorpore en su oferta.

Es decir, son aquellas que tienen que provocar tendencialmente un cambio cultural en los sectores empresariales y profesionales y que identificarán una marca de identidad del Ayuntamiento de Barcelona: contratistas con responsabilidad social, con un modelo de negocio social y participativo, con preocupación por el territorio y las personas que viven en él. No se trata de valorar la responsabilidad social general de la empresa, sino sus aplicaciones concretas que puedan formar parte de la oferta y representar un valor añadido para la ejecución del contrato. En el expediente de contratación, objeto de esta recomendación, se estableció como medida social el salario de las personas trabajadoras ocupadas en la ejecución del contrato por incremento del salario base, con una puntuación máxima de 15 puntos, tomando como referencia las retribuciones salariales establecidas en el convenio colectivo de referencia.

- Medidas que se pueden articular como condiciones especiales de ejecución: obligaciones contractuales que el órgano de contratación ya predetermina, antes de que se presenten las ofertas, en el pliego de cláusulas administrativas o en el pliego de condiciones y que el contratista tiene que cumplir. Tienen que ser medidas proporcionadas a las características del contrato y para establecerlas debe haberse tenido en cuenta el parecer y las observaciones de los sectores empresariales implicados dado su carácter imperativo.

En el expediente de contratación, objeto de esta recomendación, se establecieron las siguientes condiciones de ejecución (Cláusula 19 PCAP):

- De carácter social: la subrogación de la plantilla laboral, mantenimiento de las condiciones laborales de las personas que ejecutan el contrato durante todo el periodo contractual, la acreditación del pago del precio, en plazo, a las empresas subcontratadas.
- De carácter ambiental (que constan en la cláusula 19.1.2).

Respecto al concepto de subrogación de las condiciones de trabajo se regula en el art. 44 del RDL 2/2015, de 23 de octubre, por el cual se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de Trabajadores (TRET) y se configura como un derecho de los trabajadores. Concretamente la subrogación es la situación en la cual los trabajadores tenían suscrito un

contrato laboral y desarrollaban una concreta actividad o servicio para una empresa, pero esta actividad o servicio pasa a ser ejercida por otra empresa, a causa, en este caso concreto, de la adjudicación del contrato de servicio o actividad, y que además comporta un traslado de los trabajadores y un mantenimiento de sus derechos económicos y laborales por parte de las empresas adjudicatarias.

Es decir, y de acuerdo con la literalidad del art. 44.1 del TRET *"quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente"*.

La cláusula 19 del PCAP, del contrato especificado, estableció la siguiente condición de ejecución: La subrogación de la plantilla laboral.

Concretamente en ella se especificaba que en caso de que fuera procedente la subrogación legal o convencional del personal, se aplicará lo que se establezca en el convenio de aplicación del anterior adjudicatario, y en caso de que no fuera procedente, se establecía como condición especial de ejecución de ese contrato la subrogación por el contratista de la plantilla de los/as trabajadores/as empleados/as en la ejecución del contrato por la empresa que entonces prestaba el servicio:

- A) *"En caso de que proceda la subrogación legal o convencional del personal, se aplica lo que establece el convenio de aplicación del anterior adjudicatario.*
- B) *En caso de que no proceda la subrogación legal o convencional del personal, se establece como condición especial de ejecución de este contrato la subrogación del contratista de la plantilla de los trabajadores empleados en la ejecución del contrato por la empresa que actualmente presta el servicio, todo de conformidad con la previsión del artículo 118 del TRLCSP"*

La subrogación ex pliegos, especificada en el PCAP, comporta que *"la subrogación de las personas trabajadoras implica que la empresa adjudicataria mantendrá las condiciones económicas, laborales y sociales que disfruten en el momento de la finalización el contrato y de las mejoras que haya propuesto el adjudicatario en su oferta"*.

Con esta cláusula el órgano municipal *"expresa su voluntad de favorecer la estabilidad en el trabajo de las personas trabajadoras que ejecutan el contrato, potenciar la contratación pública con eficiencia social y la propia eficiencia técnica en la calidad de la prestación"*.

En este caso, procede la subrogación convencional del personal, subrogación ex convenio colectivo, puesto que en el Convenio colectivo del sector de centros especiales de trabajadores disminuidos físicos y/o sensoriales de Cataluña, publicado en el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña de 22 de febrero de 2006, está previsto, concretamente en su artículo 20, que se refiere a la sucesión de empresas, y a modo de medida de estabilidad en la ocupación, que: *"la sucesión de empresas es un mecanismo de integración del personal discapacitado a la empresa ordinaria, dado que el objetivo del centro especial de trabajo es la*

*adaptación del puesto de trabajo al discapacitado/da y la integración de este/a al mercado ordinario. La cláusula de estabilidad en la ocupación actúa como medio de integración”.*

Específicamente, en el apartado segundo del artículo 20 se señala que en la sucesión de empresas se tiene que respetar entre otros extremos el importe total del salario:

*"A la finalización de una contrata, todos los trabajadores/as que dependiendo del concesionario saliente, estén prestando servicios en las dependencias de la empresa o la institución principal que lleva a cabo la contratación, un mínimo de cuatro meses antes de la fecha de la finalización, han de pasar a depender del nuevo adjudicatario del servicio, sea cual sea la modalidad del contrato de los trabajadores (contratos a plazo para servicio determinado, fijos de plantilla, temporales, eventuales, interinos, etc.), respetándoles la modalidad del contrato, la categoría profesional, la jornada, el horario, la antigüedad i el importe total del salario, tanto de este convenio como extra convenio, que cada uno tenga reconocido en el momento de liquidar la relación laboral con el concesionario saliente.*

*También les han de ser respetadas otras condiciones adicionales pactadas que tengan formalmente reconocidas los trabajadores con la finalización de la contrata, si bien que reconociendo estos últimos que la organización del trabajo corresponde a la nueva empresa adjudicataria.”*

En la práctica, atendiendo a las nóminas expuestas, se puede concluir que la nómina de la empresa XXX implica una minoración de 30,33 euros respecto de la nómina de la empresa anteriormente adjudicataria, y puesto que el informe de fecha XXX evacuado por el órgano de contratación "...Comité XXX contesta, a requerimiento de (el órgano municipal), que se ha reunido con los representantes de la empresa XXX y que no han llegado a ningún acuerdo. El motivo es que la empresa XXX no quiere respetar el plus de actividad ni los nombres de los pluses", se evidencia indicios de incumplimiento de las condiciones de subrogación de las personas trabajadoras puesto que la empresa adjudicataria no ha mantenido las condiciones económicas de las que disfrutaban los/las trabajadores/as con la anterior empresa adjudicataria.

Con base en este posible incumplimiento de la normativa relativa a la relación laboral derivada de la subrogación laboral, procede formular las siguientes consideraciones:

a) El Ayuntamiento de Barcelona no es competente para resolver cuestiones litigiosas entre una empresa subcontratada y su trabajador, lo es el orden jurisdiccional social (art. 2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social). En esta línea citamos la Resolución n.º 384/2016 de 1 de julio del TACRC: *"La subrogación empresarial, sin perjuicio de que pueda ser incluida en los Pliegos como condición especial de ejecución del contrato, afecta a la esfera de las relaciones entre la nueva empresa contratista y los trabajadores de la anterior, que en todo caso pueden hacer valer sus derechos, si lo estiman procedente, ante la Jurisdicción Social".*

**b) Pero sí que, en el ejercicio de sus funciones, el Ayuntamiento de Barcelona tiene el deber de vigilar que las condiciones especiales de ejecución y las obligaciones del contratista son realizadas de acuerdo con los pliegos de contratación.**



Por lo tanto, si bien respecto del sueldo base se evidencia un incremento económico, con relación al importe total del salario hay una disminución del mismo, habida cuenta la modificación de la cantidad del plus de actividad y demás pluses realizada por la empresa adjudicataria. Hay que observar también que, en el contrato de subrogación, (al menos en aquel al que tuvo acceso el órgano gestor del BEBG) la empresa adjudicataria no ha incorporado este incremento en el apartado de SALARIO, en el cual consta *"El/la trabajador/a percibirá por la prestación de sus Servicios una retribución, por todos los conceptos de SEGÚN CONVENIO euros brutos mensuales que se distribuyen en los siguientes conceptos salariales SEGÚN CONVENIO. Asimismo, tendrá derecho a percibir SEGÚN CONVENIO gratificaciones extraordinarias al año en cuantía de SEGÚN CONVENIO"*.

En el sector de actividad económica correspondiente al objeto del contrato que se licita, dado que las retribuciones de las personas trabajadoras son bajas en términos referenciales respecto de otros sectores de actividad, el órgano municipal había incorporado en los pliegos contractuales la medida social para valorar que la empresa adjudicataria retribuya mejor al personal que tiene que ejecutar el contrato que se licita, lo cual redundaría necesariamente en su mejor ejecución. Aun así, en la práctica, y con nóminas en la mano, se evidencia que la actuación de la empresa adjudicataria ha desvirtuado la consideración social establecida, dejándola vacía de significado, y menguando la capacidad económica de los/las trabajadores/as.

Adicionalmente hay que recordar que, de acuerdo con la Guía de Contratación Pública Social del Ayuntamiento de Barcelona, la oferta salarial de la empresa licitadora ganadora tiene carácter de condición de ejecución contractual y el incumplimiento puede ser objeto de penalización como falta muy grave o de extinción del contrato; y respecto a la subrogación, que esta condición se configura como una obligación esencial, de forma que su incumplimiento supondrá la extinción del contrato mismo, todo de acuerdo con la previsión del artículo 223.f) TRLCSP.

## **B. CONSIDERACIONES SOBRE LA JORNADA LABORAL**

En el caso concreto, el Pliego técnico establece en su cláusula 2.3 que *"el horario de trabajo del personal contratado será el mismo que se establece por la xxx (de 8 a 15 h). Cualquier cambio en el horario habrá que informarlo a la xxx y requerirá su autorización"*, y, por tanto, el horario es de 7 horas de jornada laboral. En cambio, el órgano de contratación en fecha xxx informó que el personal de grupo xxx realiza el horario de 6:30 a 14:30 h, y por tanto, tiene un horario de 8 horas. Así mismo informa que *"el horario de 8 a 15 h que se informa al pliego técnico es orientativo"*.

Analizado el pliego de prescripciones técnicas, en primer lugar, en atención a su redacción que especifica entre paréntesis (de 8 a 15 h), habida cuenta la concreción de este horario, no cabe la opción de que el mismo se considere *"horario orientativo"* como informa el órgano de contratación. Por otra lado, a pesar del requerimiento del órgano gestor del BEBG, el

órgano de contratación no ha dado respuesta respecto a la existencia en el expediente de contratación de "la autorización" contemplada en el pliego de cláusulas técnicas mencionado.

El argumento del órgano de contratación es la remisión al Anexo 3 que contiene la relación de personal a subrogar y que consiste en un certificado de la empresa xxx donde consta el personal destinado a las tareas objeto de la contratación, y donde se señala también el número de horas semanales: 10 trabajadores con 40 horas semanales, 1 trabajador con 10 horas semanales y 1 trabajador con 20 horas semanales; que estos trabajadores ya "hacían 40 horas semanales" y que, "tal como marcan las cláusulas del pliego técnico se tendrán que mantener las condiciones económicas, sociales y laborales, estos trabajadores siguieron realizando 40 horas semanales en el siguiente contrato".

Frente a esta situación, el art. 115.3 del RDL 3/2011, de 14 de noviembre por el que se aprueba el TRLCSP especifica que "los contratos se tienen que ajustar al contenido de los pliegos particulares, las cláusulas de las cuales se consideran parte integrante"; respecto a los pliegos de prescripciones técnicas "El órgano de contratación tiene que aprobar ... los pliegos y documentos que contengan las prescripciones técnicas particulares que tienen que regir la realización de la prestación".

En esta línea, en contratación pública, los pliegos de cláusulas administrativas y particulares son de máxima trascendencia, dado su valor jurídico de lex inter partes, que implica la vinculación de los licitadores y del órgano de contratación con los pliegos en los términos de su estricta redacción, de acuerdo con la asentada jurisprudencia que "ad exemplum" se cita, así la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2001 (y las sentencias 178/2013, 17/2013 y 45/2013):

*"Esta Sala Tercera ha recordado, en sentencia de 6 de febrero de 2001, la consolidada doctrina jurisprudencial en cuya virtud el pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como quienes soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar en ningún momento las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta, y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus «propios actos», cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones, que obviamente, pretendía".*

Por lo tanto, rige en contratación pública el principio de inalterabilidad de los pliegos que regulan la contratación que, a todos los efectos, una vez aprobados, no pueden ser modificados por el órgano de contratación, si no es mediante uno de estos cauces que el ordenamiento jurídico ha articulado (Resolución n.º 245/2016, de 8 de abril del TACRC)

*"a) el cauce de la rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos previsto, con carácter general en el artículo 109 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en el artículo 75 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de*

*octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGCAP);*

*b) el cauce de la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho;*

*c) y el cauce de la declaración de lesividad y posterior anulación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de los actos anulables.*

*Fuera de los casos de errores materiales, de hecho o aritméticos, no está el órgano de contratación habilitado para modificar unilateralmente las cláusulas de los pliegos aprobados por el mismo, con la sola excepción de que la cláusula en cuestión fuera nula de pleno derecho o anulable, en cuyo caso habría de seguirse el procedimiento establecido al efecto”.*

También hay que recordar que, con base en los principios de igualdad y transparencia que requieren que todas las condiciones del procedimiento de licitación, las modificaciones han de estar formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, tienen que disfrutar de la misma publicidad, en los mismos medios y en la misma forma que el anuncio de licitación. Y así queda garantizado en el artículo 75 del RD 1098/01, de 12 de octubre, por el cual se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, *“cualquier aclaración o rectificación de los anuncios de contratos será a cargo del órgano de contratación y se hará pública en igual forma que éstos, debiendo computarse, en su caso, a partir del nuevo anuncio, el plazo establecido para la presentación de proposiciones”.*

Finalmente hay que considerar el riesgo reputacional en que podría haber incurrido el órgano de contratación, dado que el art. 42 del TRLCSP habilita para interponer el recurso especial en materia de contratación a toda persona física o jurídica los derechos o intereses legítimos de la cual se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso, y por tanto en la línea de la Resolución 524/2016 de 1 de julio de 2016 del TACRC *“Y en efecto, el Sr. XXX, al ser un trabajador en cuya relación laboral, según el Convenio colectivo aplicable, debe subrogarse la empresa adjudicataria del contrato, es titular de derechos e intereses legítimos que pueden resultar afectados por la contratación. Por consiguiente, procede afirmar su legitimación para interponer el presente recurso”;* habida cuenta que *“su interés, el interés legítimo equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión que se materializaría de prosperar esta en la obtención de un beneficio de índole material o jurídico o en la evitación de un perjuicio con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta no, meramente hipotética”* (STS de 19 de noviembre de 1993 i 27 de enero de 1998).

En este sentido, hay que apreciar que el art. 41.1 del RDL 2/2015, de 23 de octubre, por el cual se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de Trabajadores, considera la modificación de la jornada laboral como una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, siendo una causa justa para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato (art. 50 del citado texto legal).

## C. CONSIDERACIONES RELATIVAS AL CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

### A. EVALUACIÓN DE RIESGOS LABORALES

Los principios generales de la acción preventiva son evitar el riesgo, y en segundo lugar evaluar los riesgos que no se puedan evitar (artículo 15.1.ª) y b) de la Ley 31/1995 de 8 de noviembre de prevención de riesgos laborales (LPRL).

La evaluación de los riesgos se define en el art. 3.1 del Reglamento de Servicios de Prevención (RSP), RD 39/1997, de 17 de enero (RSP) como *«el proceso dirigido a estimar la magnitud de aquellos riesgos que no hayan podido evitarse, obteniendo la información necesaria para que el empresario esté en condiciones de tomar una decisión apropiada sobre la necesidad de adoptar medidas preventivas y, en tal caso, sobre el tipo de medidas que deben adoptarse»*.

De conformidad con el art. 16.2 a) de LPRL el empresario tendrá que realizar la evaluación inicial de los riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores, teniendo en cuenta, a todos los efectos:

- La naturaleza de la actividad
- Las características de los puestos de trabajo existentes
- Los trabajadores que han desarrollarlos.

En esta línea el art. 4 del RSP especifica que para la evaluación inicial se tiene que tener en cuenta:

*"a) Las condiciones de trabajo existentes o previstas, tal como quedan definidas en el apartado 7 del artículo 4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.*

*b) La posibilidad de que el trabajador que lo ocupe o vaya a ocuparlo sea especialmente sensible, por sus características personales o estado biológico conocido, a alguna de dichas condiciones".*

El art. 25 de LPRL recoge la protección de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos, que serán aquellos que *"por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo"*. Por otro lado, el art. 25 LPRL especifica que *"A tal fin deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de riesgos y, en función de estas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias"*.

Respecto a la actualización de la evaluación de riesgos, el art. 16.2. a) LPRL especifica que: *"La evaluación será actualizada cuando cambien las condiciones de trabajo y, en todo caso, se someterá a consideración y se revisará, si fuera necesario, con ocasión de los daños para la salud que se hayan producido"*.

En esta línea, el art. 4.2 RSP indica que: *"A partir de dicha evaluación inicial, deberán volver a evaluarse los puestos de trabajo que puedan verse afectados por:*

*a) La elección de equipos de trabajo, sustancias o preparados químicos, la introducción de nuevas tecnologías o la modificación en el acondicionamiento de los lugares de trabajo.*

*b) El cambio en las condiciones de trabajo.*

*c) La incorporación de un trabajador cuyas características personales o estado biológico conocido lo hagan especialmente sensible a las condiciones del puesto".*

En atención al marco legal de la evaluación de riesgos laborales, y teniendo en cuenta que los trabajadores que ejecutan el contrato de servicios, objeto de la recomendación extractada, están sujetos al Convenio colectivo del sector de centros especiales de trabajadores disminuidos físicos y/o sensoriales de Cataluña, hay que realizar las siguientes consideraciones sobre la evaluación de riesgos laborales de la empresa xxx:

- En la evaluación de riesgos laborales de fecha xxx, fecha anterior al inicio de la ejecución del contrato, no consta ninguna mención respecto a que se haya tenido en cuenta, a la hora de evaluar los riesgos, a los/as trabajadores/as especialmente sensibles; ni la mención que los/as trabajadores/as están sujetos al Convenio colectivo del sector de centros especiales de trabajadores disminuidos físicos y/o sensoriales de Cataluña, incluso el Anexo I en lo referente al listado de trabajadores/as se encuentra vacío de contenido.

- En la evaluación de riesgos laborales no consta la identificación de las deficiencias de los equipos de trabajo utilizados, en cambio; en la documentación aportada por el órgano de contratación se evidencia la existencia de numerosas irregularidades en los equipos de trabajo.

- En la evaluación de riesgos laborales no se identifican los productos químicos utilizados en la contratación. A tal efecto las medidas preventivas propuestas son genéricas, cuando en las fichas de seguridad de los productos químicos constan en detalle cuáles son los riesgos y las medidas preventivas a adoptar. Así mismo, hay que recordar en primer lugar, que no hay una concordancia entre los diferentes listados de productos químicos que el órgano de contratación ha remitido al órgano gestor del Buzón Ético. Pero más incidencia tiene aún el hecho que no es hasta de 16 meses después del inicio de la ejecución del contrato, cuando hay constancia de las fichas de datos de seguridad de los productos químicos que se entregaron a los trabajadores.

- Respecto a la evaluación inicial de riesgos xxx se tendría que haber actualizado atendiendo a la incorporación de los trabajadores/as subrogados/as al inicio de la ejecución del contrato; por la presencia de nuevos vehículos durante la ejecución del contrato.

- En relación con las irregularidades en el vestuario de los/las trabajadores/as, la evaluación de riesgos, dentro del apartado de EQUIPOS DE PROTECCIÓN INDIVIDUAL, sí

que contempla que *"Para la realización de los trabajos adscritos a este puesto de Trabajo se deberán utilizar... ropa de Trabajo adecuada a las condiciones meteorológicas"*.

En cuanto a la evaluación de riesgos laborales, hay que incidir en que su realización es una obligación legal, y que la configuración de este deber no es meramente formal y burocrático, es decir, que por el mero hecho de disponer de este documento no es suficiente para entender que se ha cumplido la obligación, sino que es necesario su revisión y el análisis de su conformidad en relación con los trabajadores que desarrollan las tareas, los equipos de trabajo utilizados y los productos químicos empleados.

#### A. FORMACIÓN E INFORMACIÓN DE RIESGOS LABORALES

El art. 18 LPRL impone la obligación por la que todos/as los/as trabajadores/as tienen que recibir información en prevención de riesgos laborales respecto a:

*"a) Los riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo, tanto aquellos que afectan a la empresa en su conjunto como a cada tipo de puesto de trabajo o función.*

*b) Las medidas y actividades de protección y prevención aplicables a los riesgos señalados en el apartado anterior.*

*c) Las medidas adoptadas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la presente Ley"*.

De acuerdo con la exposición de la Nota Técnica de Prevención 559 del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo *"Para cada puesto de trabajo se dispondrá de una hoja informativa en la que se indique claramente los riesgos del puesto y las medidas y normas de seguridad adoptadas en cada caso. Este documento será actualizado periódicamente o cuando se produzcan cambios en la maquinaria, equipos, métodos de trabajo, o tareas que tenga que llevar a cabo el trabajador siempre que se modifiquen sustancialmente las condiciones de seguridad.*

*El mando directo entregará este documento a los trabajadores, haciendo constar los receptores, la fecha y la firma de los mismos, de forma que se pueda llevar un control, debiéndose complementar además esta información escrita con la necesaria información verbal"*.

El art. 19 LPRL, en lo referente a la formación de los trabajadores, recoge que *"En cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar que cada trabajador reciba una formación teórica y práctica, suficiente y adecuada, en materia preventiva, tanto en el momento de su contratación, cualquiera que sea la modalidad o duración de esta, como cuando se produzcan cambios en las funciones que desempeñe o se introduzcan nuevas tecnologías o cambios en los equipos de trabajo.*

*La formación deberá estar centrada específicamente en el puesto de trabajo o función de cada trabajador, adaptarse a la evolución de los riesgos y a la aparición de otros nuevos y repetirse periódicamente, si fuera necesario"*.

Por la documentación remitida por el órgano de contratación, a requerimiento del órgano gestor del BEBG, y relacionada con la información y formación de riesgos laborales se ha

evidenciado diferentes irregularidades respecto a la información de los productos químicos, y respecto a la formación inicial de los/as trabajadores/as.

A tal efecto, realizando un análisis más profundo de la formación e información de riesgos laborales de los/as trabajadores/as en la ejecución del contrato hay que incidir que en la evaluación de riesgos laborales de la empresa XXX mayoritariamente las medidas preventivas consisten en instrucciones, indicaciones o informaciones dirigidas a de los/as trabajadores/as.

Al respecto, hay que considerar que atendiendo al hecho que la evaluación de riesgos laborales, instrumento esencial de la acción preventiva, ofrece información sobre los riesgos genéricos y específicos del puesto de trabajo concreto, si esta no es completa porque no hay evaluación sobre los concretos equipos de trabajo y productos químicos empleados tal y como se ha indicado en el apartado anterior, entonces la información de los riesgos laborales generales y específicos de cada puesto de trabajo no será conforme a normativa cuando esta refiere que se tiene que informar a los de los/as trabajadores/as *"Los riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo, tanto aquellos que afecten a la empresa en su conjunto como a cada tipo de puesto de trabajo o función"*.

En esta línea, en aplicación del RD 1215/1997, de 18 de julio, por el cual se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por de los/as trabajadores/as de los equipos de trabajo, la Guía de Actuación Inspector de la Evaluación de equipos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, expone que en la evaluación de riesgos laborales se tiene que tener en cuenta las específicas del puesto de trabajo:

*"Esto es, en la evaluación de riesgos del puesto de trabajo han de tenerse en cuenta las condiciones específicas en las que el trabajo se desarrolla y las características y condiciones del lugar en el que se utiliza el equipo de trabajo y, en particular del puesto de trabajo. Se tendrán en cuenta, por tanto, los riesgos derivados de la utilización de un equipo de trabajo en determinados lugares de trabajo o el posible agravamiento de los riesgos debido a la presencia simultánea de varios equipos en un mismo lugar de trabajo"*.

Respecto a la información sobre equipos de trabajo, la Guía de Actuación inspectora mencionada expone que tiene que ser la más completa y clara documentación de los riesgos relacionados con su tarea:

*"La obligación empresarial en la materia de información sobre equipos de trabajo debe consistir en facilitar al trabajador usuario del mismo la más completa y clara documentación, ya que ha de ser suministrada preferentemente por escrito, de los riesgos relacionados con su tarea y las medidas de protección y prevención aplicables a su puesto de trabajo, teniendo en cuenta las siguientes especificidades del Art. 5 del R.D. 1215/1997"*.

Respecto a la formación del equipo de trabajo es necesario dejar constancia que tiene que ser con el equipo de trabajo que utiliza:

*"La formación que debe impartir la empresa tiene que estar centrada específicamente en el puesto de trabajo o función de cada trabajador, en este caso debe ser el equipo de trabajo que utiliza, y tiene por objeto desarrollar las capacidades y aptitudes de los trabajadores para la correcta ejecución de las tareas que les son encomendadas, en ningún caso debe utilizarse para compensar desajustes en otros aspectos del sistema de seguridad"*

Efectivamente, en línea con lo que estipula el art. 19 LPRL, la formación tiene que ser teórica y práctica, así como adecuada y suficiente a las condiciones particulares de los/as trabajadores/as que reciben la formación, y ajustarse a las funciones que desarrollan.

Finalmente hay que dejar constancia de que conforme a la información que, a requerimiento del BEBG, fue remitida y analizada, no hay evidencias de que el Plan de Formación se esté ejecutando en su totalidad, y que la formación en riesgos y medidas preventivas en el uso de productos químicos y entrega de las fichas de datos de seguridad no se produjo hasta el 12 de junio de 2019, después de transcurridos 16 meses desde inicio de la ejecución del contrato.

### **RECOMENDACIÓN**

**El art. 1 del RDL 3/2011, de 14 de noviembre, TRLCSP, vigente durante la contratación objeto de la recomendación extractada recoge (al igual que lo hace el art. 1 de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público), entre otros, los principios de libre concurrencia y el principio de transparencia.**

**El principio de libre concurrencia en la contratación pública, desde una perspectiva general, es la respuesta a dos exigencias: hacer efectivos los principios de igualdad de trato y no discriminación en el acceso de los particulares a la misma; y aumentar el elenco de ofertas o licitadoras para que, de este modo, el ente público contratado tenga a su alcance el mayor número de soluciones posibles para los intereses públicos.**

**Por otro lado, cada fase del iter procedimental de la contratación (preparación, adjudicación y ejecución) tiene que ser regida por el principio de la transparencia, entendido desde su doble vertiente: a) interna, como principio básico de la contratación pública que implica los principios de publicidad, igualdad de trato y objetividad; y b) externa, como un sistema de acceso a la información de los ciudadanos mediante la publicación de los datos de los contratos.**

**Pero en la contratación administrativa, hay que enfatizar que la fase de la ejecución del contrato es la más relevante del contrato, es donde radica el cumplimiento de las finalidades públicas que se pretenden satisfacer, donde se garantiza la eficiencia del gasto público, y donde se permite controlar y evaluar**



adecuadamente la gestión de la contratación pública, así como la materialización de los principios que lo tienen que inspirar.

Es en esta fase donde se tiene que exigir el cumplimiento material, riguroso y efectivo del contrato, intermediando:

- Establecimiento con precisión en los pliegos de las condiciones de la ejecución, así como los derechos y obligaciones de las partes durante la ejecución y extinción del contrato, de cumplimiento obligatorio y vinculando a las dos partes.
- Establecimiento con precisión en los pliegos de mecanismos efectivos para reaccionar contra el incumplimiento del adjudicatario, con su correlativo sistema de penalizaciones, tipificación concreta y procedimiento administrativo para su imposición.
- Fortalecer los sistemas de control periódico y material del cumplimiento de las obligaciones establecidas en los pliegos por parte del adjudicatario.
- En caso de detección de un incumplimiento de las obligaciones establecidas, activar los mecanismos fijados para exigir las responsabilidades necesarias, si se tercia aplicar las penalidades que procedan para asegurar el cumplimiento del contrato, pues a pesar de los incumplimientos detectados, no consta que se haya incoado ningún procedimiento en tal sentido.

Hay que incidir también que la finalidad de la contratación pública es la realización efectiva de las actividades y servicios que se demandan, por esta razón es esencial su correcta ejecución y el cumplimiento de las cláusulas de los pliegos de condiciones administrativas y técnicas.

En conclusión, desde el órgano gestor del BEBG, con el objetivo de fomentar y mejorar las buenas prácticas en la gestión pública, y garantizar el interés general, se recomienda y enfatiza que en caso de detección de incumplimiento de las obligaciones establecidas en los pliegos, se tienen que activar los mecanismos correspondientes para exigir a las empresas adjudicatarias el cumplimiento de las obligaciones asumidas, también a los efectos de prevenir las posibles responsabilidades en las cuales podría incurrir el Ayuntamiento por hechos causados a raíz de infracciones de las normas laborales y de prevención de riesgos laborales. En este sentido, se propone para vuestra consideración:

- En el supuesto que en la siguiente contratación se incorporara la medida de contratación pública sostenible de "Valoración de mejoras en los salarios, en relación al convenio laboral de referencia", habría que reforzar, a través del redactado del pliego de cláusulas administrativas, la garantía para su efectiva

**ejecución, con un seguimiento esmerado del mantenimiento de las condiciones laborales durante la vigencia del contrato; y aplicar los procedimientos y acciones necesarias por compeler su cumplimiento en su caso.**

- **Precisar claramente en el redactado del pliego de cláusulas administrativas o pliego de cláusulas técnicas el horario de la jornada laboral de los/as trabajadores/as a subrogar, para que no dé lugar a duda o interpretación.**
- **Respecto al estado de los vehículos utilizados en la ejecución del contrato, se evidencia por el seguimiento realizado a través de la comisión de seguimiento, incumplimientos de la legislación vigente en materia preventiva; por lo tanto, habrá que aplicar los mecanismos legalmente establecidos con el objetivo de asegurar su cumplimiento dado sus efectos directos en la seguridad de los/as trabajadores/as que ejecutan el contrato y de posibles terceros, ajenos a la relación contractual que puedan resultar afectados (como transeúntes o peatones...).**
- **Exigir que la evaluación de riesgos laborales, la formación e información preventiva, sea realizada conforme a las exigencias de la normativa de prevención de riesgos laborales expuesta, en aplicación del art. 10.2 del Real Decreto 171/2014, de 30 de enero de coordinación de actividades empresariales.**
- **Realizar un seguimiento cuidadoso del cumplimiento de la medida social consistente en impartir formación y sensibilización ambiental a todas las personas trabajadoras en el contrato.**
- **Incoar los procedimientos establecidos ante los incumplimientos contractuales detectados y en su caso imponer las penalizaciones que correspondan”.**

---

## **VII. INCUMPLIMIENTO DE LAS CLÁUSULAS DEL PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS: NORMATIVA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES**

---

En el BEBG se recibió una comunicación relativa a las condiciones laborales en situaciones de extremo calor en verano y frío en invierno de las personas trabajadoras de una empresa subcontratada por el Ayuntamiento de Barcelona, y la prohibición del uso de paraguas para taparse del sol por impacto visual.

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

### **CONSIDERACIONES**

- **En relación con los hechos que constan en la comunicación**, relativos a la prohibición del uso de paraguas a los/as trabajadores/as de XXX el órgano gestor del BEBG no ha podido verificar la realidad de los mismos debido, sobre todo, a que el órgano municipal responsable **no dio cumplimentó en su totalidad el requerimiento de información** que le solicitó el órgano gestor del Buzón Ético, a pesar de la obligación que a tal efecto establece el artículo 14 de las Normas Reguladoras de este. Tampoco se atendieron por parte de la persona comunicante las solicitudes de información efectuadas por el órgano gestor del Buzón Ético.

- **En relación con las obligaciones sobre prevención de riesgos laborales, y concretamente sobre la evaluación de riesgos laborales**, recordamos que los principios generales de la acción preventiva en primer lugar es evitar el riesgo, y en segundo lugar evaluar los riesgos que no se puedan evitar (artículo 15.1.) y b) de la Ley 31/1995 de 8 de noviembre de prevención de riesgos laborales (LPRL).

La evaluación de los riesgos es definida en el art. 3.1 del RD 39/1997, de 17 de enero, Reglamento de Servicios de Prevención (RSP) como: *«el proceso dirigido a estimar la magnitud de aquellos riesgos que no hayan podido evitarse, obteniendo la información necesaria para que el empresario esté en condiciones de tomar una decisión apropiada sobre la necesidad de adoptar medidas preventivas y, en tal caso, sobre el tipo de medidas que deben adoptarse»*.

Respecto a la actuación de evaluación de riesgo el artículo. 16.2 LPRL especifica que: *“La evaluación será actualizada cuando cambien las condiciones de trabajo y, en todo caso, se someterá a consideración y se revisará, si fuera necesario, con ocasión de los daños para la salud que se hayan producido”*.

Ahondando más el artículo. 4 RSP dispone que: *"1. La evaluación inicial a que se refiere el artículo 4 deberá revisarse cuando así lo establezca una disposición específica. En todo caso, se deberá revisar la evaluación correspondiente a aquellos puestos de trabajo afectados cuando se hayan detectado daños a la salud de los trabajadores o se haya apreciado a través de los controles periódicos, incluidos los relativos a la vigilancia de la salud, que las actividades de prevención pueden ser inadecuadas o insuficientes. Para ello se tendrán en cuenta los resultados de: a) La investigación sobre las causas de los daños para la salud que se hayan producido. b) Las actividades para la reducción de los riesgos a que se hace referencia en el apartado 1.a) del artículo 3. c) Las actividades para el control de los riesgos a que se hace referencia en el apartado 1.b) del artículo 3. d) El análisis de la situación epidemiológica según los datos aportados por el sistema de información sanitaria u otras fuentes disponibles.*

*2. Sin perjuicio de lo señalado en el apartado anterior, deberá revisarse igualmente la evaluación inicial con la periodicidad que se acuerde entre la empresa y los representantes de los trabajadores, teniendo en cuenta, en particular, el deterioro por el transcurso del tiempo de los elementos que integran el proceso productivo".*

Por tanto, respecto a la evaluación de riesgos laborales, es necesario incidir en que su realización es una obligación legal y que la configuración de este deber no es meramente formal, burocrática y estática, sino que requiere su actualización de acuerdo con la normativa especificada.

- Respecto a la evaluación de los riesgos por exposición a temperaturas extremas de calor, a nivel técnico nos remitimos a la Nota Técnica de prevención 922 sobre estrés térmico: evaluación de riesgos (Y) del Instituto Nacional de seguridad e Higiene en el trabajo. (INSHT)

*"... para evaluar los riesgos del calor debe distinguirse entre lo que constituye la causa y el efecto, entre el estrés térmico y la sobrecarga térmica.*

*El estrés térmico corresponde a la carga neta de calor a la que los trabajadores están expuestos y que resulta de la contribución combinada de las condiciones ambientales del lugar donde trabajan, la actividad física que realizan y las características de la ropa que llevan.*

*La sobrecarga térmica es la respuesta fisiológica del cuerpo humano al estrés térmico y corresponde al coste que le supone al cuerpo humano el ajuste necesario para mantener la temperatura interna en el rango adecuado. Entre los factores que se miden y que determinan el estrés térmico potencial se incluyen: la temperatura del aire, la humedad relativa, la velocidad del aire, la radiación, la actividad metabólica y el tipo de ropa (emisividad y radiación de la misma). La medición de estos factores permite determinar las demandas térmicas internas y externas que dan lugar a la termorregulación del cuerpo humano. En definitiva, las mediciones de estrés térmico constituyen la base de la evaluación del ambiente térmico de trabajo, pero no predicen de manera exacta si las condiciones bajo las que está trabajando una persona no suponen un riesgo para su salud.*

*Un nivel de estrés térmico medio o moderado puede dificultar la realización del trabajo, pero cuando se aproximan a los límites de tolerancia del cuerpo humano, aumenta el riesgo de trastornos derivados de la exposición al calor.*

*La sobrecarga térmica refleja las consecuencias que sufre un individuo cuando se adapta a condiciones de estrés térmico. No se corresponde con un ajuste fisiológico adecuado del cuerpo humano, sino que supone un coste para el mismo. Los parámetros que permiten controlar y determinar la sobrecarga térmica son: la temperatura corporal, la frecuencia cardíaca y la tasa de sudoración.*

*Un aspecto a destacar es que la sobrecarga térmica no se puede predecir de manera fiable a partir solamente del estudio del estrés térmico, ya que las mediciones del ambiente térmico no permiten determinar con precisión cuál será la respuesta fisiológica que sufrirá el individuo o el grado de peligro al que se enfrenta una persona en cualquier momento. Esto es debido a que la sobrecarga térmica depende de factores propios de cada persona que incluso puede variar en el tiempo, por lo que estos factores o características personales son los que determinan la capacidad fisiológica de respuesta al calor”.*

Las consecuencias de la exposición al calor también vienen recogidas en el documento “Trabajar con calor” del INSHT. Ministerio de Empleo y Seguridad Social según el cual:

*“La exposición al calor puede causar diversos efectos sobre la salud, de diferente gravedad, tales como erupción en la piel, edema en las extremidades, quemaduras, calambres musculares, deshidratación, agotamiento, etc. Pero, sin duda, el efecto más grave de la exposición a situaciones de calor intenso es el golpe de calor. Cuando se produce el llamado golpe de calor, la temperatura corporal supera los 40,6 °C, siendo mortal entre el 15 % y 25 % de los casos”.*

## **RECOMENDACIÓN**

**Desde una perspectiva eminentemente preventiva y más allá del caso concreto, se recomienda el estricto cumplimiento de la normativa relativa a prevención de riesgos laborales.**

---

## **VIII. INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO: PRESUNTA DISFUNCIÓN EN UNA DE LAS PRESTACIONES DEL SERVICIO. CONVENIENCIA DE ACCIONES FORMATIVAS AL PERSONAL DE LA EMPRESA ADJUDICATARIA**

---

En el BEBG se recibió una comunicación relativa a una presunta irregularidad en la ejecución de un contrato de servicios de recogida selectiva de residuos debido a la mala praxis ejecutada por su personal.

En atención al contenido de la comunicación, y su posible incidencia en la recogida selectiva, el órgano gestor del BEBG trasladó la denuncia de la persona comunicante al departamento municipal competente, que informó que los hechos expuestos fueron comunicados a la empresa externa que realiza el servicio. Posteriormente, el departamento competente informó, entre otros extremos, que se había identificado a la persona operaria que realizaba el servicio aquel día y turno en la zona, que se había abierto un procedimiento que había concluido en la no imposición de ninguna penalidad, aun así, se había realizado una formación a la persona identificada, y que está también se había hecho extensiva al resto del personal, respecto a los hechos concretos de la comunicación relativa a la recogida selectiva.

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

### **CONSIDERACIONES**

Recuperar y consolidar la confianza de las personas en las instituciones públicas es un eje clave y prioritario del Ayuntamiento de Barcelona, siendo uno de los pilares básicos de la actuación del Gobierno Municipal la transparencia, objetividad, igualdad y no discriminación, así como la eficiencia en la asignación de los recursos públicos.

Para dar cumplimiento a estos principios, se exige un marco de integridad institucional que coadyuve a garantizar una gestión pública de acuerdo con los principios y las reglas éticas y de buen gobierno evitando conductas contrarias a derecho, a la ética y a los valores como la honestidad, el respeto, el predominio de los intereses generales y la buena administración de los recursos públicos.

En este contexto, nace el BEBG con un posicionamiento transparente y abierto de la administración que no tiene nada a esconder, que arbitra los mecanismos para revisar aquellos eventuales supuestos en que no se respeten las reglas de conductas positivadas jurídicamente o éticas con la finalidad última de hacer propuestas de mejora en la gestión

pública. Comporta, en definitiva, sensibilizar en materia de ética en la gestión pública a partir de la colaboración y la participación ciudadanas.

Respecto al medio ambiente, la ciudad de Barcelona tiene el compromiso de gestionar, con criterios de calidad y sostenibilidad, la prestación de los servicios urbanos y el mantenimiento del entorno, de acuerdo con los compromisos de preservación y mejora del medio ambiente y de lucha contra el cambio climático, para una vida activa de calidad, saludable y sostenible de las personas, siendo uno de los objetivos propuestos por la AGENDA 2030.

Para el caso concreto, de acuerdo con la información del Departamento Municipal competente, y una vez comprobada la realidad de los hechos objeto de comunicación, en atención a la relevancia que para la comunidad tiene la actividad de recogida de residuos y su repercusión en la imagen de Barcelona, como una administración comprometida con el medio ambiente y de lucha contra el cambio climático, se considera positiva la medida de mejora en la gestión pública adoptada por el órgano contratación, consistente en dar formación a la persona trabajadora y hacerla extensiva al resto del personal sobre los hechos concretos comunicados relativos a la recogida selectiva.

---

## **IX. PRESUNTA IRREGULARIDAD EN UN CONTRATO DE SERVICIOS DE NATURALEZA PRIVADA: COMITÉ DE EXPERTOS Y RESOLUCIÓN DEL CONTRATO ANTICIPADAMENTE.**

---

En el BEBG se recibió comunicación relativa a una presunta "simulación" de un procedimiento de contratación de servicios de naturaleza privada, instado por una entidad pública empresarial local del Ayuntamiento de Barcelona, para adjudicar el contrato a una mercantil concreta.

Admitida a trámite la comunicación y a la vista de los indicios aportados, se solicitó información a la entidad pública contratante, que remitió los correspondientes expedientes administrativos e informó que dada la polémica surgida por la adjudicación y el descontento de parte de la ciudadanía y el mundo empresarial se procedió a su resolución anticipada, dos meses después de su adjudicación.

Efectuadas el resto de las actuaciones de investigación, examinada la documentación remitida por el órgano gestor afectado, así como demás información facilitada, y analizada la normativa de aplicación vigente, se evidenció por parte del Buzón Ético presuntas irregularidades con relación a la utilización de la figura del Comité de Expertos y la resolución anticipada del contrato, por lo que evacuó las siguientes consideraciones y recomendaciones:

### A. CONSIDERACIONES CONTRATOS PRIVADOS, ESTANDO VIGENTE EL TRLCSP

El art. 18 del TRLCSP<sup>98</sup> diferencia dentro de los contratos del sector público entre contratos administrativos y contratos privados: "*Los contratos del sector público pueden tener carácter administrativo o carácter privado*".

Concretamente, "*Tendrán la consideración de contratos privados los celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones Públicas*", y "*se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la presente ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado*" (art. 20.2 del RDL 3/2011).

---

<sup>98</sup> Texto legal vigente en el momento y reseñado en la cláusula 1 transcrita del pliego de condiciones particulares



El art. 189 del TRLCSP especifica que *"los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de administraciones públicas tienen que aplicar, para la adjudicación de sus contratos, las normas de la presente sección"*, diferenciando entre la adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada (art. 190 TRLCSP), y la adjudicación de los contratos que no estén sujetos a regulación armonizada (art. 191 TRLCSP).

Respecto a los contratos no armonizados, como el contrato objeto de esta recomendación, se establece en el artículo 191.b) del TRLCSP que los poderes adjudicadores que no sean Administración Pública tienen que aprobar unas Instrucciones Internas de Contratación (IIC) en las cuales se han de regular unos procedimientos de contratación de forma que se garantice la efectividad de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación recogidos en el art. 191.a del RDL 3/2011, de 14 de noviembre.

En las Instrucciones de Contratación de la entidad pública empresarial local consta que *"Los contratos regulados en las presentes instrucciones de contratación son contratos privados, entendiéndolos como los contratos formalizados por entidades del sector público que no reúnen la condición de Administración pública. Los contratos privados no armonizados que celebre la entidad se regirán por las presentes instrucciones de contratación en las cuales se hace referencia a la preparación y adjudicación de los contratos, y por el TRLCSP, aplicándose supletoriamente las otras normas de derecho privado. Sin embargo, en lo relativo a los efectos y la extinción de los contratos regulados a las presentes instrucciones de contratación, éstos se regirán exclusivamente por el derecho privado, salvo la cuestión relativa a la modificación de los contratos que se regirá por aquello establecido en el Título V del Libro I del TRLCSP, en virtud del establecido en el artículo 20.2 de la referida norma"*.

Respecto al orden jurisdiccional competente, el art. 21 del TRLCSP regula que *"El orden jurisdiccional contencioso-administrativo será el competente para resolver las cuestiones litigiosas relativas a la preparación, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos. Igualmente corresponderá a este orden jurisdiccional el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con la preparación y adjudicación de los contratos privados de las Administraciones Públicas y de los contratos sujetos a regulación armonizada"*.

<b>NORMATIVA DE APLICACIÓN A LOS CONTRATOS PRIVADOS NO ARMONIZADOS DE LA REFERIDA EPE.</b>	
<b>PREPARACIÓN Y ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS</b>	<b>EFFECTOS Y EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS</b>
Instrucciones de contratación TRLCSP Derecho privado (supletoriamente)	Derecho privado TRLCSP con relación la modificación de los contratos

## **B. CONSIDERACIONES SOBRE EL COMITÉ DE EXPERTOS EN EL CONTRATO DE SERVICIOS**

### **CONCEPTO**

El comité de expertos es un órgano que actúa en los procedimientos abiertos o restringidos en los que se haya atribuido a los criterios evaluables de forma automática una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de un valor.

### **NORMATIVA DE APLICACIÓN**

La figura del Comité de expertos fue introducida en el artículo 134.2 de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007, y se reguló en el RD 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo RD 817/2009).

La regulación vigente del Comité de Expertos durante la tramitación del expediente de contratación objeto de la presente recomendación se enmarcaba en los artículos 150.2 y 160.1 del Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el cual se aprueba el TRLCSP, hoy derogado y sustituido por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público; así como el Capítulo IV del referido Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el cual se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007 de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, a fecha de hoy todavía vigente, en cuanto no se oponga en aquello dispuesto a la normativa vigente.

Se tiene que recordar que el TRLCSP estaba en vigor en la fecha del contrato objeto de la presente recomendación.

Concretamente, el art. 150.2 del RDL 3/2011, de 14 de noviembre establecía que:

*"2. Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo.*

*En la determinación de los criterios de adjudicación se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos. 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.*

*La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello (...)*”.

El art. 160.1 del Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, relativo al examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación, también se refería al comité de expertos:

*"1. El órgano competente para la valoración de las proposiciones calificará previamente la documentación a que se refiere el artículo 146, que deberá presentarse por los licitadores en sobre distinto al que contenga la proposición. Posteriormente procederá a la apertura y examen de las proposiciones, formulando la correspondiente propuesta de adjudicación al órgano de contratación, una vez ponderados los criterios que deban aplicarse para efectuar la selección del adjudicatario, y sin perjuicio de la intervención del comité de expertos o del organismo técnico especializado a los que hace referencia el artículo 150.2 en los casos previstos en el mismo, cuya evaluación de los criterios que exijan un juicio de valor vinculará a aquel a efectos de formular la propuesta"*

Así mismo, hay que tener en consideración los artículos 25 a 30 del Capítulo IV del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley 30/2007 de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en los que se regulan los aspectos organizativos y procedimentales de la valoración de criterios que dependan de un juicio de valor, en los cuales estos tengan una ponderación superior a los criterios evaluables de forma automática mediante aplicación de fórmulas.

### **C. CONSIDERACIONES A LA PRESENTACIÓN DE LA DOCUMENTACIÓN RELATIVA A LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN PONDERABLES EN FUNCIÓN DE UN JUICIO DE VALOR.**

El artículo 25 del RD 817/2009 relativo al órgano competente para la valoración expone que:

*"En los procedimientos de adjudicación, abierto o restringido, celebrados por los órganos de las administraciones públicas, la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor corresponderá, en los casos en que proceda por tener atribuida una ponderación mayor que la correspondiente a los criterios evaluables de forma automática, bien a un comité formado por expertos bien a un organismo técnico especializado.*

*En los restantes supuestos, la valoración se efectuará por la mesa de contratación, si interviene, o por el órgano de contratación en el caso contrario"*.

En este artículo se regulan dos requisitos para poder constituir el Comité de expertos:

- a) Que el procedimiento para adjudicar el contrato sea abierto o restringido, y
- b) Que los criterios cuya valoración dependen de un juicio valor tengan atribuida una ponderación mayor a la de los criterios evaluables de forma automática

Por lo tanto, a sensu contrario, el Comité de expertos no es el órgano competente para la valoración de la documentación que se realiza mediante la aplicación de fórmulas aritméticas, que de acuerdo con el art. 22 y 25 del RD 817/2009 corresponde, en todo caso, a la Mesa de contratación.

En el caso concreto, en pliegos de cláusulas particulares del contrato se especifica que el presente contrato se adjudicaba por procedimiento abierto y respecto la superior ponderación de la valoración de los criterios que dependen de un juicio de valor respecto a los criterios evaluables de forma automática. El PCAP especifica que la oferta económica es hasta xxxx puntos, y la proposición técnica hasta xxxx puntos, por lo tanto, es superior al 51%.

#### **D. CONSIDERACIONES RESPECTO A LA PRESENTACIÓN DE LA DOCUMENTACIÓN RELATIVA A LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN PONDERABLES EN FUNCIÓN DE UN JUICIO DE VALOR**

El artículo 26 del RD 817/2009 relativo a la "Presentación de la documentación relativa a los criterios de adjudicación ponderables en función de un juicio de valor" indica que:

*"La documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquellos".*

El propio artículo 26 del RD 817/2009 establece la finalidad a la que obedece que la documentación relativa a los criterios que dependen de un juicio de valor se tenga que presentar en sobre independiente: evitar el conocimiento de la valoración de la oferta económica antes de que se haya efectuado la valoración de los criterios que dependan de un juicio de valor.

A tal efecto, hay que avanzar que en el Acta de la Mesa de Contratación de apertura de ofertas consta: 1) la apertura del sobres n.º 3 que contienen la oferta económica de las empresas licitadoras, previamente a la apertura del sobre 2 relativa a la proposición técnica, la valoración de los criterios de la cual, requiere juicio de valor, y que además se *"pedirá informe al comité de expertos que evaluará las ofertas teniendo en cuenta los criterios de adjudicación establecidos de los pliegos"*; y 2) a mayor abundamiento, en el Informe técnico de adjudicación emitido por el Comité de expertos, consta en primer lugar la valoración de los criterios automáticos en lo referente a la oferta económica y después los criterios de juicio de valor de la propuesta técnica.

Por lo tanto, **la propia Acta, levantada por la secretaria de la Mesa de Contratación, da fe pública de que: el Comité de expertos tenía conocimiento de la valoración de la oferta económica**, no solo porque se abrió el sobre correspondiente previamente a la valoración del sobre que contenía criterios de adjudicación ponderables por un juicio de

valor, sino también porque **fue el propio Comité de Expertos quién valoró las ofertas económicas** presentadas por las empresas licitadoras. **Contraviniendo palmariamente, de este modo, la previsión legal.**

## **E. CONSIDERACIONES RESPECTO A LA COMPOSICIÓN DEL COMITÉ DE EXPERTOS Y DESIGNACIÓN DE LOS ÓRGANOS QUE TIENEN QUE EFECTUAR LA VALORACIÓN**

El art. 28 del RD 817/2009 relativo a la "Composición del comité de expertos" regula que:

*"1. Cuando la evaluación deba efectuarse por un comité formado por expertos, éstos deberán ser como mínimo tres.*

*2. Siempre que sea posible, los miembros del citado comité habrán de ser personal al servicio del departamento ministerial u organismo contratante. En ningún caso podrán estar integrados en el órgano que proponga la celebración del contrato.*

*3. Todos los miembros del comité contarán con la cualificación profesional adecuada en razón de la materia sobre la que verse la valoración."*

Respecto a la composición del comité de expertos, el Informe 34/09, de 25 de septiembre de 2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, diferencia entre el órgano de contratación y el órgano que tramita el expediente: *"Evidentemente una cosa es el órgano de contratación, que ejerce las competencias que le atribuyen las disposiciones concretas, y entre ellas destaca la aprobación del expediente de contratación y de los pliegos, así como la adjudicación del contrato, y otra muy diferente es aquel órgano que se encarga de la tramitación y propuesta al órgano de contratación de la celebración del contrato definiendo y señalando los diferentes aspectos inherentes al procedimiento de adjudicación, entre ellos los criterios de valoración de las ofertas, la función de los mismos y su técnica de ejecución, órgano al que la Ley se está refiriendo como órgano proponente del contrato que, en función del sistema organizativo de cada Administración pública, tendrá encomendada tal función de propuesta de acción",* y concluye que *"por órgano proponente de la celebración del contrato debe entenderse, según la singular estructura organizativa de los diferentes órganos de contratación, aquel que en función de sus competencias ejerce la iniciativa de la contratación proponiendo la celebración del contrato al órgano de contratación".*

El art. 29 del RD 817/2009 relativo a la "Designación de los órganos que deban efectuar la valoración" establece que:

*"1. La designación de los miembros del comité de expertos a que se refieren los artículos anteriores podrá hacerse directamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares o bien establecer en ellos el procedimiento para efectuarla.*

*2. En los casos en que la valoración deba hacerse por un organismo técnico especializado, la designación de este deberá figurar igualmente en el pliego de cláusulas administrativas particulares y publicarse en el perfil de contratante.*

3. En ambos casos, la designación deberá hacerse y publicarse en el perfil de contratante con carácter previo a la apertura de la documentación mencionada en el artículo 27”.

En el expediente de contratación, el clausulado del PCAP, publicado en el perfil del contratante, prevé que el Comité de expertos está formado por tres miembros.

## **F. CONSIDERACIONES SOBRE LA APERTURA DE LOS SOBRES Y LA PRÁCTICA DE LA VALORACIÓN**

El artículo 27 del RD 817/2009 relativo “Apertura de los sobres” dispone que:

*“1. A estos efectos, la apertura de tales documentaciones se llevará a cabo en un acto de carácter público, cuya celebración deberá tener lugar en un plazo no superior a siete días a contar desde la apertura de la documentación administrativa a que se refiere el artículo 130.1 de la Ley de Contratos del Sector Público.*

*A estos efectos, siempre que resulte precisa la subsanación de errores u omisiones en la documentación mencionada en el párrafo anterior, la mesa concederá para efectuarla un plazo inferior al indicado al objeto de que el acto de apertura pueda celebrarse dentro de él.*

2. En este acto sólo se abrirá el sobre correspondiente a los criterios no cuantificables automáticamente entregándose al órgano encargado de su valoración la documentación contenida en el mismo; asimismo, se dejará constancia documental de todo lo actuado”.

El artículo 30 del RD 817/2009 referido a la “Práctica de la valoración” establece que:

*“1. En los pliegos de cláusulas administrativas particulares deberá constar la identificación del criterio o los criterios concretos que deban someterse a valoración por el comité de expertos o por el organismo especializado, el plazo en que éstos deberán efectuar la valoración y los límites máximo y mínimo en que esta deberá ser cuantificada.*

*2. En todo caso, la valoración de los criterios cuantificables de forma automática se efectuará siempre con posterioridad a la de aquellos cuya cuantificación dependa de un juicio de valor.*

*La ponderación asignada a los criterios dependientes de un juicio de valor se dará a conocer en el acto público de apertura además de la documentación que integre la proposición, salvo que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se disponga otra cosa en cuanto al acto en que deba hacerse pública”.*

Si se desglosan los artículos 27 y 30 en fases de tramitación administrativa, estas se podrían sintetizar en:

- 1º: La Mesa de contratación se reúne en acto público de apertura de la documentación administrativa.
- 2º: En un plazo no superior a siete días, a contar desde la apertura de la documentación administrativa, la Mesa de contratación se reúne en acto público donde SOLO se abrirá el sobre correspondiente a los criterios no cuantificables automáticamente (la

documentación técnica), debe entregarse al órgano encargado de su valoración la documentación contenida en el mismo.

- 3º: El Comité de expertos emitirá su juicio de valor en función de los criterios establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares, que será anterior a la "...apertura además de la documentación que integre la proposición..." y, por tanto, a la valoración de los criterios cuantificables de manera automática.

- 4º: La Mesa de contratación, en acto público, dará a conocer el resultado de la valoración de los criterios sometidos a juicio de valor efectuada previamente por el Comité de expertos, y se procederá a la apertura de los sobres que contienen la documentación a valorar mediante fórmulas aritméticas (la oferta económica), aunque permite que el pliego de cláusulas administrativas particulares establezca diferente disposición en cuanto al acto en que tenga que hacerse pública.

**Revisado el expediente de contratación**, objeto de la recomendación, constan las actas que evidencian el incumplimiento del procedimiento establecido en el citado RD 817/2009 y, por tanto, de las garantías inherentes al mismo.

En consecuencia, dada la documentación y la normativa expuesta, se evidencian las siguientes infracciones respecto a la institución del Comité de Expertos:

- El Comité de expertos **ha tenido acceso y ha valorado todos los criterios vinculados al objeto del contrato** y que servían de base para la adjudicación de este, es decir, tanto la proposición técnica (sobre n.º 2, cuyos criterios de adjudicación son valorados mediante juicios de valor, o sea, no automáticos) **como la oferta económica** (sobre n.º 3). **Y, además, estas últimas, las ofertas económicas de las licitadoras, las valoró antes que las proposiciones técnicas. Vulnerando**, por lo tanto:

- **el art. 25 del RD 817/2009** que, recordamos, regula que el Comité de expertos es el órgano competente de *"la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor"*.
- **el art. 26 del RD 817/2009** que establece que *"La documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquellos"*.
- **el art. 30.2 del RD 817/2009** que expone que *"En todo caso, la valoración de los criterios cuantificables de forma automática se efectuará siempre con posterioridad a la de aquellos cuya cuantificación dependa de un juicio de valor"*
- **el art. 30.3 del RD 817/2009** que determina que *"La ponderación asignada a los criterios dependientes de un juicio de valor se dará a conocer en el acto público de apertura además de la documentación que integro la proposición."*...

En tal sentido, el Informe 21/2009, de 16 de septiembre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón afirmó que:

*"El comité de expertos es un órgano que actúa en los procedimientos abiertos o restringidos en los que se haya atribuido a los criterios evaluables de forma automática una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor. En estos casos debe constituirse obligatoriamente un comité de expertos al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas en la parte cuya cuantificación no resulte de la simple aplicación de fórmulas matemáticas, de tal forma que, en estos procedimientos, actúan dos órganos en la fase de valoración de ofertas, en primer lugar, el comité de expertos valorando la parte sujeta a criterios de valor y posteriormente la mesa de contratación valorando los criterios automáticos".*

En la misma línea se pronuncia el Informe 12/2009 de 7 de mayo de 2010 de la Junta Superior de Contratación Administrativa de Valencia: *"El único órgano competente para la valoración de los criterios de adjudicación que dependen de juicio valor, al superar estos en ponderación a los evaluables mediante fórmulas automáticas es el comité de expertos ... Los criterios de adjudicación que en la presente contratación son evaluables mediante fórmulas automáticas corresponde a la Mesa de contratación".*

Así mismo, la Resolución n.º 207/2013 de 5 de junio de 2013 del TACRC sentencia que:

*"En la licitación impugnada, aunque la documentación relativa a los criterios no valorables mediante fórmula se presentó en sobre independiente (sobre 3), en el procedimiento de valoración de las ofertas se han incumplido palmariamente las disposiciones legales transcritas:*

- *No consta que la apertura del sobre 3 se hiciera antes de abrir las ofertas económicas.*

- ...

- *La valoración de esos criterios se hizo después de abrir las ofertas económicas".*

## **G. CONSIDERACIONES SOBRE LA LESIÓN A LA GARANTÍA DE OBJETIVIDAD E IMPARCIALIDAD EN EL PROCESO DE VALORACIÓN DE LAS OFERTAS.**

Es unánime la doctrina y la jurisprudencia en cuanto a que la finalidad de la institución del Comité de expertos es reforzar la objetividad en la valoración de las ofertas, minimizando la posible discrecionalidad y subjetividad del juicio de valor, mediante la designación de tres miembros con calificación apropiada para su composición, independientes de la mesa de contratación y del órgano proponente del contrato.

En este sentido se pronuncia, por ejemplo, la Resolución n.º 655/2018, de 6 de julio de 2018 del TACRC cuando expone que: *"la figura del comité de expertos se alza como una garantía para una correcta e imparcial valoración de aquellas ofertas donde los juicios de valor tienen un determinado peso en el total de la puntuación a otorgar por el órgano de contratación. Es decir, en definitiva, el comité de expertos no se constituye como un determinado requisito ante un determinado escenario, y si no estamos en él no puede acudir al mismo, sino que, y como afirmamos, es un instrumento al que los órganos de contratación pueden acudir para asegurar la correcta e imparcial valoración de las ofertas que se incluyan en una licitación".*

En la misma línea, el informe 21/2009, de 16 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón afirma que:



*"La finalidad de esta nueva figura ... no es otra que la de reforzar la objetividad en la valoración de ofertas, de manera que en los casos en que esta dependa mayoritariamente de juicios de valor y no de la mera aplicación de fórmulas matemáticas, la valoración de los mismos recaerá no en la mesa de contratación si no en un grupo de personas expertas. Esta es la diferencia fundamental respecto de los miembros de la mesa de contratación que no tiene por qué ser expertos en la materia sobre la que versa la valoración.*

*Para extremar más la objetividad, los expertos en ningún caso podrán estar integrados en el órgano proponente del contrato".*

Hay que destacar el Informe de 34/2009, de 25 de septiembre de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en el cual se destacó la independencia del comité de expertos que:

*"Debe apreciarse que cuando el artículo 134.2 de la Ley indica que el mencionado comité ha de estar formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación apropiada, está explícitamente requiriendo la independencia entre ambos órganos y su especial preparación técnica, de manera que la valoración de tales criterios no esté influida por quien propone la adjudicación del contrato. Si no se hubiera deseado precisar tal independencia y preparación el legislador no habría introducido en la Ley este nuevo sistema habida cuenta de que la valoración de tales criterios dependientes de un juicio de valor ya se efectuaba por la Mesa de contratación en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.*

*De ahí que cuando la Ley se expresa en tales términos debe afirmarse como consecuencia que los miembros del comité de expertos han de ser independientes del órgano que propone el contrato y de los que integran la Mesa de contratación, no pueden formar parte del mismo en aras de tal independencia no ya de quien propone el contrato, sino de quienes tienen por misión efectuar la valoración de tales criterios...*

*... precisamente por su naturaleza tiene por función asesorar ad hoc al órgano de contratación en cuestiones técnicas que requieren de una especial caracterización, pues precisamente, esa es su razón de ser".*

En este sentido, así mismo, **hay que recordar** que, de forma reiterada, los artículos 26, 27 y 30 del RD 817/2009 regulan la **independencia y separación de la valoración de los criterios sometidos a juicios de valor respecto de la ponderación de los criterios evaluables de forma automática, exigiendo la presentación de la documentación en sobre independiente y la valoración previa de los criterios sometidos a juicios de valor** respecto los evaluables de forma automática; para evitar que el Comité de expertos tenga conocimiento de estos últimos **en el momento de proceder a evacuar su informe, y por tanto, eliminando cualquier posible influencia** en la puntuación de los criterios evaluables de forma automática. **Prevención legal que no fue observada en el supuesto que nos ocupa** tal y como se ha puesto de manifiesto en los apartados precedentes, incurriendo por lo tanto en una infracción de los preceptos reseñados.

## H. CONSIDERACIONES A LA MOTIVACIÓN EN LA EMISIÓN DE LA VALORACIÓN DE LOS CRITERIOS SOMETIDOS A JUICIO DE VALOR.

Los Comités de Expertos disfrutaron del criterio de discrecionalidad técnica. Así se pronuncia el TACRC, por ejemplo, en:

-Resolución n.º 209/2011:

Los argumentos de la UTE recurrente, aunque desde luego respetables, no son suficientes a efectos de desvirtuar los utilizados por la comisión que efectuó la valoración técnica. Interesa señalar en este punto que la Administración dispone de un cierto nivel de discrecionalidad en la apreciación de las cuestiones de carácter técnico que no son controlables desde el punto de vista jurídico. Ello no significa que la Administración pueda apreciar libremente los temas de carácter técnico, pero sí que el control de legalidad no puede ir más allá de determinar si en la apreciación y valoración de tales extremos, se ha actuado sin discriminación entre los licitadores, de tal forma que los criterios de valoración aplicados a unos hayan sido diferentes a los aplicados a otros, que no se haya incurrido en error patente en la apreciación de las características técnicas valoradas, y que no se haya producido ninguna infracción del procedimiento de valoración. Este criterio responde con lo previsto en los artículos 134 a 139 de la Ley 30/2007, de

Expdte. TACRC 163/2011

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL  
DE RECURSOS CONTRACTUALES

-Y en resolución nº 210/2013:

**Quinto.** Las consideraciones de la recurrente sobre la indebida valoración de su oferta en los lotes donde no alcanzó la puntuación mínima exigida, cuestionan los criterios aplicados por el comité de expertos.

La valoración de los criterios, como es el caso, no valorables mediante fórmula, es de apreciación discrecional por el comité de expertos y este Tribunal, como hemos reiterado en múltiples ocasiones (por todas, Resolución 176/2011, de 29 de junio), ha de limitarse a comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, analizar si se ha incurrido en error material y si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias.

Si bien, tal y como dispone la sentencia de 24 de septiembre de 2014 del Tribunal Supremo se exige que el informe técnico de valoración cumpla con los siguientes requisitos:

- 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;

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

En la misma línea se pronuncia el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 98/2015 *“Es decir, debe documentarse cómo, por quién y cuándo se realiza la valoración técnica del criterio, pues sin estas explicaciones no existe presunción de acierto sobre la valoración técnica. 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 informes previos que la norma jurídica de aplicación determine, e interpretados y valorados dentro de la racionalidad del fin que aquella persigue”*

**En el caso concreto, se evidencia una exigua motivación en la emisión del informe técnico de valoración del Comité de expertos**, puesto que en primer lugar, no ha motivado cada puntuación dada por los diferentes conceptos que constan en los pliegos de cláusulas particulares, y, en segundo lugar, porque no hay evidencias del cumplimiento de los requisitos exigidos en la sentencia de 24 de septiembre de 2014 del Tribunal Supremo en la emisión de su juicio.

## **I. CONSIDERACIONES A LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR MUTUO ACUERDO Y A SU LIQUIDACIÓN**

### **NORMATIVA DE APLICACIÓN EN LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO**

De acuerdo con el art. 20 del TRLCSP (legislación vigente en el caso concreto) los contratos privados: *“En cuanto a los efectos y extinción, estos contratos se rigen por el derecho privado”*.

No obstante, tal y como ya se avanzó en el informe jurídico de resolución del contrato de la entidad pública empresarial **no se hacía ninguna referencia al derecho privado, sino que se remitía en el artículo 223 c) del TRLCSP en cuanto a la causa de resolución del contrato y en los artículos 224.4 del TRLCSP y 109 del RGCAP en cuanto a la tramitación del procedimiento.**

A tal efecto, procede reproducir la Resolución n.º 214/2015 de 6 de marzo de 2015 del TACRC, en el cual se considera ajustada a normativa la remisión a derecho administrativo en cuanto a los efectos y extinción de los contratos privados dado el principio de libertad de pactos: *“En relación con este precepto cabe, de manera sintética hacer una reflexión general que determine la desestimación global de la alegación realizada por el recurrente en su escrito de recurso. Ello sería que, sin perjuicio de la aplicabilidad a esta materia, efectos y extinción en los contratos privados de referencia, debe considerarse que tal normativa privada no tiene carácter imperativo sino dispositivo y, por ello, es de aplicación en defecto del pacto entre particulares, sus normas, en definitiva no son normas de derecho necesario que haya de regir en todo caso sino que, como consecuencia de aplicarse a una relación jurídico privada son normas dependientes de la voluntad de las partes y de aplicación en defecto de pacto entre ellas, y así debe entenderse el artículo 1255 de nuestro código Civil, que establece el principio de libertad de pactos en el ámbito privado, cuando dispone que “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por*

*conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público". Principio este que enunciarnos que tiene su réplica en el artículo 25 del TRLCSP, pero que traemos a colación en el ámbito privado porque es el que resulta de aplicación a esas fases posteriores del contrato que es objeto del presente recurso. Con ello, sin ánimo de taxatividad, queda claro que el régimen en el ámbito privado negocial es el que las parte libremente fijan, y por tanto, no puede hablarse, como pretende el recurrente de que el contrato al establecer cláusulas de contenido idéntico a las establecidas para los contratos administrativos, es nulo, ya que ello supone, cuando menos, un claro desconocimiento del régimen jurídico de los contratos que se celebre por la administración, por sí o a través de los entes que la conforman, con independencia de la naturaleza de éstos. Sentado, pues, que es correcta esa previsión genérica del régimen de los contratos administrativos al presente, de naturaleza privada, puesto que las partes son libres para establecer las cláusulas que estimen convenientes y adherirse o no al contrato según deseen",*

Realizada esta aclaración, el artículo 221 del TRLCSP especifica que *"los contratos se extinguen por cumplimiento o por resolución"*.

El art. 223.c) del TRLCSP, referido en el informe jurídico de 27 de octubre de 2017, especifica, entre las **causas de resolución** del contrato, el mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista. Causa que también se encuentra recogida en la cláusula 6.1.h de los Pliegos de Cláusulas Particulares que rigieron el contrato, objeto de esta recomendación.

Y el art. 224.4 del TRLCSP, también referido en el mencionado informe, relativo a **"Aplicación de las causas de resolución"**, establece que *"La resolución por mutuo acuerdo sólo puede tener lugar cuando no concurra otra causa de resolución que sea imputable al contratista, y siempre que por razones de interés público sea innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato"*.

Por lo tanto, se puede concluir que **los requisitos materiales exigibles** por la resolución del contrato por mutuo acuerdo son:

- Que no concurra ninguna **otra causa de resolución imputable al contratista.**

El objetivo de este requisito es evitar que la adopción de decisiones por parte de la Administración sean tomadas en interés del contratista, es decir, evitar que los contratos finalicen por mutuo acuerdo cuando se tendrían que finalizar por causa imputable al contratista, y por tanto, excusar al contratista de la correspondiente imposición de sanciones e indemnizaciones, puesto que si la causa de resolución del contrato es por incumplimiento culpable del contratista, este tendría que indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios ocasionados (art. 225.3 TRLCSP).

- Que existan **razones de interés público**

El interés público es el fundamento de la contratación pública. El art. 22 TRLCSP recoge que *"Los entes, organismos y entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales"*.

No solo opera en la preparación, licitación y ejecución del contrato, sino que también tiene que estar presente en la causa de su finalización, requiriendo el correspondiente análisis objetivo causal de la resolución del contrato.

II. Respecto a su tramitación, el art. 224.1 regula que *"La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca"*, que exige su remisión al RGLCAP y concretamente al art. 109, también citado en el Informe expuesto, el cual prevé:

*"La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, previa autorización, en el caso previsto en el último párrafo del artículo 12.2 de la Ley, del Consejo de Ministros, y cumplimiento de los requisitos siguientes:*

*a) Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio.*

*b) Audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía.*

*c) Informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos previstos en los artículos 41 y 96 de la Ley.*

*d) Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista.*

*2. Todos los trámites e informes preceptivos de los expedientes de resolución de los contratos se considerarán de urgencia y gozarán de preferencia para su despacho por el órgano correspondiente"*.

III. Finalmente, respecto a los efectos de la resolución, el art. 225.1 del TRLCAP establece que *"Cuando la resolución se produzca por mutuo acuerdo, los derechos de las partes se acomodarán a lo válidamente estipulado por ellas"*; y el art. 309.1 del TRLCAP que *"La resolución del contrato dará derecho al contratista, en todo caso, a percibir el precio de los estudios, informes, proyectos, trabajos o servicios que efectivamente hubiese realizado con arreglo al contrato y que hubiesen sido recibidos por la Administración"*.

Hay que hacer referencia también a que el art. 301.2 del TRLCAP especifica que *"Salvo que se disponga otra cosa en los pliegos de cláusulas administrativas o en el documento contractual, los contratos de servicios que tengan por objeto el desarrollo y la puesta a disposición de productos*

*protegidos por un derecho de propiedad intelectual o industrial llevarán aparejada la cesión de este a la Administración contratante...”.*

## CONCLUSIONES

Por lo tanto, una vez examinada la documentación y la información obrante en el expediente, y analizada la normativa de aplicación, para fomentar y mejorar las buenas prácticas en la gestión pública, priorizando la prevención por encima de las conductas reactivas, y centrándonos exclusivamente en las irregularidades contractuales detectadas y descritas en los apartados precedentes, procede realizar las siguientes conclusiones:

a) Incumplimientos relativos a la configuración y funciones del Comité de expertos y las valoraciones de las proposiciones:

El Comité de expertos: 1) ha tenido acceso y ha valorado los criterios vinculados al objeto del contrato y que servían de base para su adjudicación: oferta económica (sobre n.º 3) y proposición técnica (sobre n.º 2), 2) Y, además, según consta en el propio informe técnico evacuado por dicho Comité de Expertos, la valoración de la oferta económica se hizo antes de la valoración de la propuesta técnica que dependía de criterios sujetos a juicios de valor. Hechos estos han implicado:

A) Vulneración de los artículos 25, 26, 30.2, 30.3 del RD 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por tanto de las garantías inherentes a los mismos dirigidas, entre otros, a proteger la transparencia, la objetividad e imparcialidad en los procedimientos abiertos en los que, como es el caso que nos ocupa, se haya atribuido a los criterios evaluables de forma automática una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor (nos remitimos aquí, entre otras, a las ya citada Resolución n.º 655/2018, de 6 de julio de 2018 del TACRC e informe 21/2009, de 16 de septiembre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón...)

B) Confusión entre la Mesa de Contratación y el Comité de expertos en cuanto a la valoración económica en la medida en que esta función fue asumida por el propio Comité de expertos limitándose la Mesa a elevarla al órgano de contratación.

b) Irregularidades en la toma de decisiones relativa a los conceptos y cantidades de la liquidación del contrato por causa de mutuo acuerdo.

Habida cuenta el contenido de los correos electrónicos entre XXX, que refieren conversaciones in generis, cantidades arbitrarias sin justificar documentalmente, pactos que no están protocolizados, abonos parciales a la expectativa de un proyecto, objeto del

contrato, se evidencia, del conjunto de todos ellos, falta de rigor e irregularidades hacia la transparencia, la motivación y la formalización de los costes de liquidación del contrato.

c) Falta de justificación de los trabajos y costes alegados por la empresa adjudicataria y que finalmente fueron abonados por la entidad pública empresarial

- Falta de correlación entre la nota de prensa de la entidad pública empresarial de retirada del proyecto con la documentación presentada por la empresa adjudicataria donde se imputa los costes del mismo mes y del mes posterior a que se retirase aquel.

- Orfandad justificativa que se ha dado a pesar de que muchos de los supuestos alegados eran tributarios de una fácil y sencilla acreditación. Por ejemplo, respecto a los costes salariales alegados un buen elemento indiciario habría podido ser la identificación de las personas que, según la empresa, participaron en el proyecto, la aportación de las nóminas o los TC de los/as trabajadores/as, así como una mínima relación de los servicios concretos prestados. También imputa la empresa, a la cantidad reclamada, el coste de haber mantenido reuniones: a) con representantes del sector XXX pero no se aporta ninguna acreditación al respecto, ni tan siquiera, la identidad de los sujetos que participaron, ni el lugar donde se celebró (solo constan citadas 2 fechas), b) con 4 personas físicas pero al respecto tampoco se da ningún detalle (ni nombres, ni fechas, ni lugar...). E igualmente se dice que se buscó y se trabajó "con una nueva fotografía", en este caso se podría haber identificado a la profesional, aportar el instrumento jurídico que amparaba la relación contractual, mercantil o laboral, así como el recibo del abono de sus servicios. Además tampoco en la cuantía total reclamada se hace un desglose de la parte que corresponde a cada una de estos trabajos.

c) Falta de justificación y transparencia en la redefinición del proyecto, respecto a la propuesta técnica presentada en la licitación por la empresa adjudicataria.

En atención a la documentación presentada por la empresa adjudicataria, hay indicios que el proyecto fue "redefinido" después de reuniones con el equipo de la entidad pública empresarial y la empresa adjudicataria, pero en el expediente administrativo no consta ninguna referencia relativa a las alegadas. Pero además, de haberse celebrado, al no constar levantadas actas de las mismas no hay evidencias de la motivación por la cual una propuesta técnica que obtuvo una puntuación con excelencia fue "redefinida" ya el día siguiente de su adjudicación y antes incluso de la publicación de esta. Circunstancia que hace aconsejar que se valore la conveniencia o viabilidad de un análisis de las dos propuestas técnicas (la presentada en la licitación, y la presentada en la liquidación) por parte de técnicos expertos competentes para verificar si la propuesta técnica de redefinición del proyecto podría suponer una alteración de la propuesta técnica presentada en la licitación, con entidad suficiente para poder ser considerada una modificación del contrato.

d) No consta argumentación jurídica que ampare legal ni contractualmente la obligación de la entidad pública empresarial de abono a la adjudicataria de la cantidad de XXX euros por la cesión de derechos, ni la fundamentación de su pago, ni la motivación respecto a la procedencia de aquella cantidad de XXX euros y no otra. Tampoco consta ningún estudio o informe técnico o jurídico que justifique la valoración de los referidos "derechos creativos y propiedad intelectual" en la cuantía de XXX.

## **RECOMENDACIÓN**

**Habida cuenta el modelo de gobernanza pública del Ayuntamiento de Barcelona, basado en la ejemplaridad y la ética pública en las actuaciones administrativas, en cumplimiento de la normativa de aplicación y de las buenas prácticas, se formulan las siguientes recomendaciones a la vista del análisis estrictamente técnico del contrato que nos ocupa, practicado por el Órgano Gestor del Buzón Ético, en el ejercicio de sus competencias:**

### **I. RECOMENDACIONES ESPECÍFICAS RESPECTO AL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN:**

- **Dar traslado de la presente Recomendación a la Intervención General del Ayuntamiento de Barcelona a la vista de su contenido y en atención a las competencias que legalmente tiene atribuidas. Y en especial en cuanto al posible análisis y control financiero del contrato objeto de la recomendación extractada y que a la vista de sus resultados se adopten las medidas legales pertinentes y, de ser el caso, se depuren las responsabilidades, de cualquier tipo, en que se pudiera haber incurrido, interesando que, del mismo se dé traslado a esta Dirección de Análisis a los efectos de su seguimiento y al amparo de lo que disponen las Normas Reguladoras del Buzón Ético.**
- **Dar traslado de la presente Recomendación a la Secretaría General en virtud de las funciones que le reconoce, entre otros, el Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, regulador del régimen jurídico de los funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional.**
- **Dar traslado de la presente Recomendación al órgano de contratación para que se valore el posible reintegro de la cuantía abonada a la adjudicataria a raíz de la resolución del contrato por mutuo acuerdo por los conceptos de trabajos efectuados durante los meses de mayo a junio así como por la cesión de los "derechos creativos y propiedad intelectual".**



- **Dar traslado al Comité de ética por si los hechos pudieran ser constitutivos de infracción del código ético en materia, entre otros, de: a) gestión y aplicación de los recursos públicos (art. 11 del referido cuerpo normativo); b) contratación pública (art. 13) y en especial por lo que se refiere al conflicto de interés (artículo 13 en relación con el 8) alegado.**

## **II. ADOPCIÓN DE MEDIDAS PARA FUTURAS LICITACIONES:**

- **Estricto respecto a las previsiones legales establecidas en relación a la figura del "Comité de Expertos" en los casos que preceptivamente este tenga que intervenir.**
- **Que conste debidamente acreditado en el expediente la efectiva realización de los servicios trabajados o prestaciones llevadas a cabo por las empresas adjudicatarias en fase de ejecución del contrato antes de proceder a su pago por la entidad pública empresarial.**

---

## **X. PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LOS PLIEGOS DE CLAUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES POR PARTE DEL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN PRINCIPIO DE IGUALDAD DE LAS EMPRESAS ADJUDICATARIAS. PUBLICIDAD DE LAS AGENDAS PÚBLICAS.**

---

En el BEBG se recibió una comunicación relativa a la presunta irregularidad en el cumplimiento de algunas de las cláusulas del Pliego de cláusulas administrativas particulares del expediente XXX, relativo al otorgamiento de autorizaciones de ocupación temporal en el espacio público de Barcelona para la instalación de servicios de temporada.

Concretamente, en la comunicación se informa que el/la titular de una licencia montó su instalación antes de pagar la tasa correspondiente de forma que, según la persona comunicante, este/a obtuvo así una posición más provechosa que el resto de adjudicatarios/arias que montaron más tarde sus instalaciones. Esto, a pesar de que en las cláusulas administrativas particulares se recogía expresamente que: 1) el pago del importe resultante de aplicar a la oferta presentada por el adjudicatario/aria las tasas establecidas se tenía que realizar previamente a la instalación de los servicios de cada temporada y 2) que no se daría permiso para el montaje de la instalación si no se había acreditado, previamente, el pago del referido importe. En la comunicación también se añadía que: a) el órgano de contratación se apartó de lo establecido en los pliegos, cambiando de criterio y permitiendo que la instalación fuera montada sin que se hubiera ingresado la tasa correspondiente; y b) que determinados operadores podían haber obtenido la información relativa al cambio de criterio antes que los demás. La comunicación venía acompañada entre otros indicios de una fotografía del montaje de la instalación que presuntamente se había realizado antes de que se procediera al pago de la tasa.

Recibida la comunicación, el BEBG efectuó las actuaciones de investigaciones pertinentes, entre otras: 1) Visualización en la plataforma de contratación de la Generalitat de Cataluña y análisis de los expedientes administrativos de aplicación<sup>99</sup> ; 2) Solicitud de información al

---

<sup>99</sup> *A tal fin es necesario esclarecer que los servicios de temporada XXX están regulados por dos expedientes diferentes, uno del año 2017 y otro del año 2021.*

Respecto al expediente de 2017, el régimen jurídico aplicable es aquel establecido en el decreto 336/1988, de 17 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento del patrimonio de los entes locales y, en los supuestos en los que se estime necesario garantizar el principio de libre concurrencia, el Real Decreto Legislativo 3/ 2011 coma de 14 de noviembre, por el cual se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del sector público, de aplicación subsidiaria en lo referente al procedimiento de otorgamiento en aquello no previsto en estas prescripciones.... (cláusula dos de los pliegos).

órgano gestor; 3) Solicitud de ampliación de información a la persona comunicante; 4) Visualización de la agenda pública de un representante municipal; 5) Solicitud de informe a la Tenencia de Alcaldía correspondiente en relación con la publicación de contactos y/o reuniones con un grupo de interés por parte de la representación municipal.

Del resultado de las diligencias de investigación y comprobación practicadas, se constató, entre otros extremos:

- Que, el órgano contratante, al responder a la solicitud de información formulada por el BEBG confirmó que, efectivamente, adoptó la decisión de no cobrar la tasa inmediatamente antes de aprobar la petición de montaje. Decisión que se motivó, según el referido órgano, en la posibilidad de que los adjudicatarios pudieran avanzar en el desarrollo del servicio que tenían adjudicado mientras se tramitaba el expediente por el cual se rebajarían sus tasas un XX% y pudieran, así, ir montando de forma escalonada, tal como se realizaba cada temporada, y esto por cuanto la motivación del Decreto de reducción de tasas era evitar un esfuerzo económico excesivo para unos negocios que habían sufrido de manera importante la crisis de la pandemia del COVID 19, y por esta razón se consideró conveniente flexibilizar una de las obligaciones establecidas en el pliego, y hacerlo en igualdad de condiciones respecto de todos los autorizados.

A raíz de esta respuesta, el órgano gestor del Buzón Ético interesó al órgano de contratación que aportara el acuerdo o resolución que amparaba esta decisión, acompañando copia de la misma e indicando la forma de la publicidad que se dio a esta medida para los diferentes operadores (entre otros extremos, si se les informó, fechas de la comunicación y canal utilizado para la misma). El órgano municipal contratado no facilitó al BEBG la información solicitada.

- Que dos empresas del expediente de 2017, una de ellas identificada en la comunicación, solicitaron permiso de montaje antes de la aprobación del Decreto de reducción de las tasas y que, el órgano municipal contratante, lo autorizó.
- Existencia de contactos entre un grupo de interés y representantes del Ayuntamiento, según informe del órgano contratante afectado.

---

Respecto al expediente de 2021, el régimen jurídico aplicable es aquel establecido en el decreto 336/1988, de 17 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento del patrimonio de los entes locales y, en el supuesto en que sea necesario garantizar el principio de libre concurrencia, la ley 9/ 2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, de aplicación subsidiaria en lo referente al otorgamiento. En aquello que no esté previsto en estas prescripciones.... (cláusula dos de los pliegos).

A raíz de esta afirmación, sobre la existencia de contactos<sup>100</sup> con un grupo de interés, el Buzón Ético revisó el Portal de Transparencia constatando la falta de publicación de estos o cualesquiera otros contactos, en la agenda pública del/de el/la representante municipal aludido/a. Motivo por el cual se le dio traslado al mismo.

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

## CONSIDERACIONES

### DEL VALOR JURÍDICO DE LOS PLIEGOS DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS Y DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS

La Resolución n.º 049/2011, de 24 de febrero, del TACRC, recogió la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto a la doctrina según la cual los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas son ley entre las partes:

*"... En este sentido es menester recordar, en primer lugar, que de acuerdo con una inveterada jurisprudencia los pliegos constituyen la ley del contrato como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, tales como el sintetizado en el brocardo «pacta sunt servanda» con sus corolarios del imperio de la buena fe y del non licet contra los actos propios y, en segundo lugar, que en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo artículo 1.281 establece que si los términos del contrato son claros y no deja lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá de estarse al sentido literal de sus cláusulas. (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 marzo 2001, de 8 junio de 1984 o sentencia de 13 mayo de 1982)".*

En el mismo sentido, la Resolución n.º 271/2012, de 30 de noviembre, del TACRC expone que:

*"... tal y como tiene dicho este Tribunal en diversas resoluciones como la nº198/2011 y, por todas, la nº 163/2012 (Rec. 146/2012): cuando sobre el carácter del pliego dice: Pues bien, ante todo debe indicarse que los pliegos que elabora la Administración y acepta expresamente el licitador al hacer su proposición, constituyen la ley del contrato y vinculan, según una constante jurisprudencia del Tribunal Supremo español, tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación."*

---

<sup>100</sup> Al respecto, se ha de decir que de acuerdo con la Guía de grupos de interés y el Protocolo aplicable en las relaciones de altos cargos del Departamento de Justicia, la actividad de influencia o de intermediación es perfectamente lícita y legítima, y permite aportar información, puntos de vista y datos valiosos a los que toman decisiones públicas y, por tanto, mejorarlas. Aunque se habrá de articular las medidas de transparencia pertinentes de acuerdo con la normativa aplicable al efecto.

La Resolución 6/2016, del TACRC, compendia la doctrina relativa a que los pliegos tienen valor de ley:

*"...Es indudable concluir que el pliego de cláusulas administrativas particulares que debe regir cada licitación tiene en esta valor de ley, sin que en ningún caso deba extraerse la conclusión de que habrá de estarse sólo a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Por el contrario, de la presunción de que la presentación de las proposiciones implica la aceptación de sus cláusulas o condiciones, debe deducirse que también es exigible que las proposiciones se ajusten al contenido de los pliegos de prescripciones técnicas o documentos contractuales de naturaleza similar, en la medida en que en ellos se establecen las características y condiciones de la prestación objeto del contrato. De este modo, todos aquellos supuestos que impliquen falta de cumplimiento de las disposiciones que rigen la contratación pública y, en especial, la presentación de proposiciones y el contenido de las mismas, deben ser tenidas en cuenta para establecer si la oferta hecha por el interesado se ajusta o no a los requerimientos exigidos tanto por el pliego de cláusulas administrativas particulares, como por el de prescripciones técnicas".*

Por otro lado, la Resolución 26/2013 de 29 de mayo, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, recoge que las consecuencias jurídicas de su incompatibilidad con la normativa:

*"La aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas forma parte de la preparación de los contratos y las consecuencias jurídicas de su eventual incompatibilidad con la disciplina legal deben examinarse a la vista de lo previsto en los artículos 31 a 39 del TRLCSP, en los que se regula el régimen de invalidez de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos".*

## PRINCIPIOS DE IGUALDAD, TRANSPARENCIA Y LIBRE COMPETENCIA

El artículo 132 de la LCSP recoge los principios de igualdad, transparencia y libre competencia:

*"1. Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad. En ningún caso podrá limitarse la participación por la forma jurídica o el ánimo de lucro en la contratación, salvo en los contratos reservados para entidades recogidas en la disposición adicional cuarta.*

*2. 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.*

*3. Los órganos de contratación velarán en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia. Así, tanto ellos como la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado o, en su caso, los órganos consultivos o equivalentes en materia de contratación pública de las Comunidades Autónomas, y los órganos competentes para resolver el recurso especial a que se refiere el artículo 44 de esta Ley, notificarán a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*

*o, en su caso, a las autoridades autonómicas de competencia, cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia. En particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación."*

Hay que recordar que la cláusula 2 apartado 2.2 del expediente 21/002 CIP, relativa a la Normativa aplicable remite, para establecer el régimen aplicable al contrato, a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público en aquellos supuestos en los que se estime necesario garantizar el principio de libre competencia.

Por otro lado, la sentencia del TJUE de 12 de marzo de 2008, señala que *"el principio de transparencia implica que toda la información técnica pertinente para la buena comprensión del anuncio de licitación o del pliego de condiciones se ponga, en cuanto sea posible, a disposición de todas las empresas que participan en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos"*.

Asimismo, la sentencia del TJUE, de 22 de abril de 2010, prevé que *"mediante la clara redacción de los términos del anuncio, debe ofrecerse objetivamente a todo posible licitador, normalmente informado y experimentado, y razonablemente diligente, la oportunidad de hacerse una idea concreta del objeto de la licitación, y de formular consecuentemente su oferta"*, con el objetivo de *"garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora"* (Sentencia del TJUE de 31 de enero de 2013)

En el mismo sentido el Tribunal de Contratación Administrativa de Madrid en su acuerdo 157/2014 de 17 de septiembre de 2014 expone que *"el acceso a una información clara y completa por parte de todos los potenciales licitadores es una exigencia del principio de transparencia"*, y que *"los principios jurídicos que deben informar todo tipo de licitación son los de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos"*.

Finalmente, hay que hacer referencia la Instrucción 1/2014 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña que establece, como directriz para impulsar la transparencia y promover la competencia, la conveniencia de utilizar el perfil del contratante como instrumento de comunicación, y de formulación/resolución de consultas.

#### FORMA DEL ACTO ADMINISTRATIVO

El artículo 36 de Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, recoge la forma del acto administrativo:

*"1. Los actos administrativos se producirán por escrito a través de medios electrónicos, a menos que su naturaleza exija otra forma más adecuada de expresión y constancia."*

*2. En los casos en que los órganos administrativos ejerzan su competencia de forma verbal, la constancia escrita del acto, cuando sea necesaria, se efectuará y firmará por el titular del órgano inferior o funcionario que la reciba oralmente, expresando en la comunicación del mismo la autoridad de la que procede. Si se tratara de resoluciones, el titular de la competencia deberá autorizar una relación de las que haya dictado de forma verbal, con expresión de su contenido..."*

La forma del acto administrativo es la manera en la que se producen los actos administrativos, que puede ser oral o escrita. Si bien, y en aplicación del art. 36.2 de la citada ley en algunos supuestos, el ejercicio de la competencia se puede realizar de forma verbal, se precisa su constancia escrita en los términos establecidos por el citado precepto.

Respecto a los hechos concretos de la comunicación, de acuerdo con la cláusula XX in fine del pliego de condiciones relativa a la normativa aplicable *"La presentación de las proposiciones por parte del licitador implica la aceptación íntegra del contenido de los pliegos, de sus anexos y de la normativa aplicable"*.

Por lo tanto, no se puede alterar unilateralmente las cláusulas de los pliegos administrativos, sin seguir el procedimiento establecido, aunque sea en beneficio de las empresas adjudicatarias, dado que son determinantes tanto para los licitadores como para la Administración contratante, el hacerlo así sería contrario a los principios de concurrencia e igualdad de trato.

II. En el caso concreto, en los pliegos de cláusulas administrativas constan las cláusulas XX, XX y XX con idéntico contenido para los expedientes XXX y XXX. Estas cláusulas recogen la obligación de pagar la tasa previa al permiso de montaje de la instalación.

Los hechos de la comunicación informan de una empresa adjudicataria del expediente XX que procedió al montaje de la instalación, y presuntamente sin haber hecho el previo pago de la tasa.

Al respecto, el órgano municipal competente informó al órgano gestor del Buzón Ético que *"la decisión de no cobrar la tasa de manera inmediatamente anterior a la solicitud de montaje se motivó en la posibilidad de que pudieran avanzar en el desarrollo del servicio que tenían adjudicado mientras se tramitaba el expediente por el cual se rebajarían sus tasas un 75% e ir montando escalonadamente"*.

De la documentación proporcionada por el órgano gestor, en relación con la decisión de no cobrar la tasa previamente a la solicitud de montaje, el único apoyo documental proporcionado al respecto es la referencia que de la misma hace, (en los términos transcritos en el párrafo precedente) en el informe remitido al BEBG, pero no consta documentada la existencia de acto administrativo o decisión en tal sentido, ni su publicación o comunicación en igualdad de condiciones a la totalidad de los adjudicatarios del expediente.

## AGENDA PÚBLICA – REGISTRO GRUPO DE INTERÉS

Sin perjuicio que en el caso concreto, según información de la Tenencia afectada, no existió contacto entre cargo electo y grupo de interés, y partiendo como se ha dicho de que según la Guía sobre los grupos de interés y el Protocolo aplicable con las relaciones de altos cargos del Departamento de Justicia, la actividad de influencia o de intermediación es perfectamente lícita y legítima, y permite aportar información, puntos de vista y datos valiosos a quienes toman decisiones públicas y, por lo tanto, mejorarlas, en el ejercicio de las funciones de prevención que entre otros se encomiendan a la Dirección de Análisis en virtud del art. 26 de las Normas reguladoras del Buzón Ético se procederá a formular, una vez hecho el correspondiente análisis jurídico, las recomendaciones en materia de Agenda Pública y Grupo de interés correspondientes.

- I. A tal efecto hay que recordar que el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno emitió la "Recomendación 1/2017 sobre la publicación de las agendas dirigida a miembros del Gobierno, Secretarios de Estado y altos cargos de la Administración" y en su Preámbulo consta que:

*"Si bien es cierto que los contenidos de las agendas de los altos cargos no están, en principio, afectados por el principio de publicidad activa de los artículos 6 y siguientes de la LTABG -que obliga a publicar, de oficio, determinada información de carácter institucional, organizativa y de planificación, información de relevancia jurídica e información económica, presupuestaria o estadística-, no es menos cierto que dichas previsiones normativas constituyen un mínimo que puede desarrollarse con carácter voluntario por parte del organismo concernido o que debe sumarse a la publicidad activa por aplicación de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la LTABG, que prevé la incorporación a las obligaciones de publicidad activa de aquella información "cuyo acceso se solicite con mayor frecuencia".*

...

*"Esta demanda y el interés que manifiesta, entroncan directamente con el objetivo último con el que fue aprobada la Ley de Transparencia y con el interés legítimo de los ciudadanos en la rendición de cuentas y favorece el escrutinio de la actividad pública.*

*El conocimiento de las agendas de los responsables públicos ayuda a alcanzar este objetivo y su contenido constituye, con carácter general, información que entra dentro del ámbito de aplicación de la normativa sobre acceso a la información pública, en la medida en que obran en poder de organismos públicos sujetos a la Ley. Es decir, constituye información pública a los efectos del artículo 13 de la LTABG.*

*En consecuencia, la información referida a la actividad de quienes dirigen, organizan y son responsables de la toma de decisiones, contribuye a formar en la ciudadanía un mejor conocimiento de la actividad pública y, con ello, a facilitar el escrutinio ciudadano y el ejercicio del control democrático.*



*Por otra parte, la publicación de esta información constituye una buena práctica que se asume con mayor frecuencia entre los responsables de la actividad pública, así como un medio de participación de los ciudadanos en los asuntos que les conciernen.*

*Por ello, entiende el CTBG que la información acerca de la actividad pública diaria de los responsables públicos -siempre que tenga trascendencia pública y con exclusión, por tanto, de aquella estrictamente relacionada con el funcionamiento interno o cotidiano de los correspondientes organismos-, debe ser publicada con la mayor extensión posible y sin perjuicio de la aplicación de los límites establecidos en la LTABG entendidos según lo previsto en la norma y de acuerdo con la interpretación restrictiva que de los mismos realiza este Organismo y los Tribunales de Justicia.*

*El Consejo entiende, asimismo, que el objeto de esta publicación debe ser la agenda de trabajo del responsable público como reflejo de su desempeño diario y del ejercicio de sus competencias, funciones y tareas.*

...

*Por lo demás, en España algunas de las leyes de transparencia aprobadas por las Comunidades Autónomas (CCAA) –concretamente y hasta el momento, las de Andalucía, Aragón, Castilla-La Mancha, Cataluña, Comunidad Valenciana, Galicia y la Región de Murcia- han incluido la publicación de las agendas dentro de las obligaciones de publicidad activa. Igualmente, diversas ordenanzas municipales ya regulan y prescriben la obligación de desarrollar agendas transparentes e, incluso, han determinado el formato, alcance de obligaciones y contenidos concretos”*

II. La Ley 19/2014, del 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno recoge en su art. 55 como principios de actuación los siguientes:

*"1. Los altos cargos tienen que actuar de acuerdo con los principios éticos y las reglas de conducta siguientes:*

...

*c) La transparencia de las actividades oficiales, de los actos y decisiones relacionados con la gestión de los asuntos públicos que tienen encomendados y de su agenda oficial, a los efectos de publicidad del Registro de grupos de interés, establecido por el título IV”*

La Secretaría de Transparencia y Gobierno Abierto de la Generalitat de Cataluña aprobó, en fecha 22 de julio de 2016, un documento sobre *"Obligaciones de publicidad activa derivadas del código de conducta de los altos cargos y personal directivo de la administración de la Generalitat y de las entidades de su sector público"* (Acuerdo del Gobierno de 21/6/2016) respecto a la Agenda pública con grupos de interés, obsequios, invitaciones a viajes, desplazamientos y alojamientos. Esta guía en relación con los criterios de publicidad activa de los altos cargos y directivos recoge que:

*"II. Criterios de publicidad activa de los altos cargos y directivos*

*Se fijan, en relación a determinados compromisos de publicidad activa que asumen los altos cargos y directivos de la Administración de la Generalitat de Cataluña y de las entidades de su sector público que formalicen el documento de adhesión al contenido del Código de conducta los criterios siguientes:*

### *II.1 Agenda pública con grupos de interés*

*La agenda pública con grupos de interés incluye la relación de todas las reuniones, actas u otras actividades que se hayan llevado a cabo con personas consideradas grupos de interés: Son grupos de interés las personas físicas o jurídicas y las organizaciones sin personalidad jurídica que llevan a cabo actividades susceptibles de influir en la elaboración o la aplicación de las políticas públicas o en la elaboración de propuestas normativas.*

*Quedan excluidas las actividades relativas a la prestación de asesoramiento jurídico o profesional vinculadas directamente a defender los intereses de los afectados por procedimientos administrativos, las destinadas a informar a un cliente sobre una situación jurídica general, las actividades de conciliación o mediación llevadas a cabo en el marco de la ley, o las actividades de asesoramiento llevadas a cabo con fines informativos para el ejercicio de derechos o iniciativas establecidos por el ordenamiento jurídico.*

*Información a publicar:*

*- Fecha: Fecha de la actividad o contacto*

*- Grupo de interés: Denominación de la persona física o jurídica u organización sin personalidad jurídica con quien se mantiene el contacto. En el supuesto de que se haya inscrito al Registro de grupos de interés, se hará constar la denominación inscrita.*

*-Inscripción el RGI: Se hará constar uno de los tres literales siguientes:*

- o "Sí, Grupo de interés inscrito"*
- o "Grupo en proceso de inscripción"*
- o "Declaración de compromiso de inscripción"*

*-Número de RGI: Número identificador en el RGI de la Generalitat de Cataluña, de lo contrario, en blanco.*

*-Actividad: Descripción del tipo de actividad (Reunión, acto, jornada formativa...)*

*-Tema: Breve descripción de la actividad*

*-Alto Cargo: Nombre y apellidos del alto cargo, con inclusión, si procede, del tratamiento.*

*-Cargo: Literal que describe el cargo.*

*Formato y actualización*

*La información se mostrará en un fichero excel único para cada uno de los departamentos y por cada una de las entidades del sector público, de acuerdo con una plantilla y formato normalizados. La presentación inicial será ordenada por fecha decreciente y alfabéticamente de grupo de interés. La actualización del fichero será semanal, incluyendo los registros anteriores".*

Posteriormente, en fecha 14 de octubre de 2021, la Comisión Interdepartamental de Transparencia y Gobierno abierto aprobó un documento sobre "Criterios de publicidad activa

de información relativa a las agendas públicas y a los obsequios e invitaciones recibidos por el personal con rango de subdirección general o asimilado”.

III. El Decreto 8/2021, de 9 de febrero, sobre la transparencia y el derecho de acceso a la información pública recoge en su art. 33 relativo a “Agendas públicas, obsequios, viajes y otra información relevante que:

*“1. Se deben hacer públicas, con identificación del nombre, apellidos y cargo, y con periodicidad mensual, las informaciones relativas a los altos cargos de las administraciones públicas y al personal directivo de las entidades de los sectores públicos respectivos siguientes:*

*a) Las agendas públicas con respecto a los contactos y reuniones mantenidos con los grupos de interés, en los términos y con los requisitos definidos en la normativa vigente reguladora de los grupos de interés.*

*En todo caso, esta información debe contener la fecha de la reunión, el nombre del grupo de interés, y la persona o personas que actúan en nombre de este, así como el objeto de la reunión con la precisión suficiente para conocer el contenido principal”.*

IV. El CEC establece, en el artículo 12, las Normas de conducta relativas a la transparencia y acceso a la información que:

*“Con el fin de garantizar el principio de transparencia en el desarrollo de sus funciones y responsabilidades, en el ejercicio de su cargo y dentro de su ámbito competencial, las personas sujetas a este Código deben adaptar sus conductas a las siguientes normas:*

...

*d) El Gobierno municipal, el resto de los miembros electos y los altos cargos harán públicas las actividades, los actos y la agenda oficial relacionados con los asuntos públicos que tengan encomendados, a los efectos de publicidad del registro de grupo de interés.*

*n) Extender a los comisionados y las comisionadas, a los concejales y las concejales municipales y al personal eventual las obligaciones que, en materia de publicación de retribuciones, indemnizaciones, dietas, agendas y trayectoria profesional, prevé para los cargos electos y altos cargos la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”.*

A los efectos de consideración de altos cargos, en el portal de Transparencia del Ayuntamiento de Barcelona consta que: *“En el ámbito de la aplicación de la Ley de Transparencia, en el Ayuntamiento de Barcelona tienen la consideración de altos cargos las y los cargos electos, los comisionados y las comisionadas, los consejeros y las consejeras de distrito, los y las gerentes del Ayuntamiento y los distritos, las personas titulares de la Secretaría General, de la Intervención General y de la Tesorería del Ayuntamiento, y el/la cargo ejecutivo superior (director/a general, gerente o asimilado/a) de las entidades municipales.”*

## GUÍA PARA PUBLICAR AGENDAS DEL GOBIERNO MUNICIPAL DEL AYUNTAMIENTO DE BARCELONA

En el Ayuntamiento de Barcelona hay una guía interna sobre la publicación de las agendas de regidores y comisionados, en la cual consta, entre otros extremos, que se tendrá que publicar todas las reuniones y otros acontecimientos relevantes: reuniones con agentes externos; reuniones con otras administraciones públicas, partidos políticos, organizaciones sindicales y empresariales; reuniones internas de especial relevancia para la toma de decisiones; reuniones de las instancias del Ayuntamiento de Barcelona como por ejemplo del Consejo Municipal, el Pleno de Consejo Municipal y la Junta de Portavoces, las comisiones del Consejo Municipal, etc.; intervenciones en medios de comunicación, en conferencias y actos públicos; y acontecimientos y actos institucionales...

### REGISTRO DE GRUPOS DE INTERÉS

En conformidad con la Guía sobre los grupos de interés y el Protocolo aplicable en las relaciones de altos cargos del Departamento de Justicia:

*"En las agendas oficiales de todos los altos cargos y personal directivo también hay que registrar los contactos con los grupos de interés. Por saber cuándo nos encontramos ante un grupo de interés, hay que tener presente que la Ley ha optado por una definición muy amplia de grupo de interés y que los elementos principales a tener en cuenta son:*

*-Que la entidad, empresa u organización pueda entrar en contacto con el alto cargo o directivo  
-Que como consecuencia de este contacto pueda influir o tratar de influir en la toma de decisiones  
La actividad de influencia se puede desplegar a través de contactos como las reuniones, las audiencias a entidades, la aportación de propuestas normativas, la organización de actos conjuntos o la participación en actas como invitado."*

*Así mismo, establece un procedimiento previo al contacto con los grupos de interés, que a continuación se reproduce:*

*"De acuerdo con el apartado 2 del Protocolo de actuación aplicable a las relaciones de los altos cargos y del personal directivo de la Administración de la Generalitat y de su sector público con los grupos de interés, los altos cargos y el personal directivo pueden mantener contactos con un grupo de interés cuando esté acreditada su inscripción en el Registro de grupos de interés o, subsidiariamente, si el grupo de interés ha formalizado la solicitud y está en proceso de inscripción.*

*Con esta finalidad, antes de mantener reuniones o de hacer actividades conjuntas con los grupos de interés, los altos cargos y el personal directivo tienen que seguir este procedimiento:*

*I. Comprobar que los grupos de interés afectados están inscritos (1) o en proceso de inscripción (2) en el Registro de grupos de interés por medio de la aplicación telemática de consulta del Registro. Excepcionalmente, si concurre una causa que lo haga técnicamente imposible, esta comprobación se*

*puede hacer mediante una consulta al personal o puntos de contacto del Registro (tel. 93 316 42 51 / 93 316 41 68).*

*II. En caso de que no se encuentre en ninguna de las situaciones anteriores hay que comprobar si ha formalizado la declaración sobre el compromiso de solicitar la inscripción en el Registro de grupos de interés de la Administración de la Generalitat y de su sector público (3) y si esta declaración está vigente (4). Esta comprobación se hace mediante la consulta de los grupos que han declarado su compromiso a inscribirse.*

*III. Si se cumplen algunos de los requisitos anteriores se puede mantener el contacto (5).*

*IV. En caso de que haya formalizada una declaración sobre el compromiso y se haya agotado el plazo para presentar la solicitud de inscripción dentro de los 10 días siguientes al contacto mantenido hace falta*

*(4.1) recordar a la persona representante la obligación de solicitar la inscripción siempre que quieran actuar como grupo de interés y*

*(4.2) denegar el contacto hasta que no se pueda comprobar que se ha formalizado esta solicitud.*

*V. Con carácter excepcional (6), se pueden mantener contactos con un grupo de interés que no haya solicitado previamente la inscripción en el Registro de grupos de interés (ni haya efectuado una declaración de compromiso anterior). En este caso:*

*(5.1) se tiene que facilitar a la persona que actúa en representación del grupo de interés la Declaración sobre el compromiso de solicitar la inscripción en el Registro de grupos de interés de la Administración de la Generalitat y de su sector público y recoger el formulario firmado,*

*(5.2) escanear el documento y enviar al órgano responsable del Registro de grupos de interés el compromiso formalizado mediante un correo a [grupsinteres.dj@gencat.cat](mailto:grupsinteres.dj@gencat.cat), y*

*VI. Adicionalmente, en los casos en que la solicitud al Registro no esté formalizada (4.1 y 5.1), se tiene que enviar (7), a la persona que actúa en representación del grupo de interés la información necesaria para que pueda hacer la solicitud de inscripción (modelo de respuesta a un grupo de interés no inscrito)."*

## **RECOMENDACIÓN**

**Examinada la documentación y la normativa de aplicación, el órgano gestor del Buzón Ético realiza las siguientes consideraciones y recomendaciones al efecto:**

**I. En aplicación de los principios de igualdad, transparencia y libre competencia que han de regir la licitación, el órgano de contratación tiene que garantizar que las empresas licitadoras, así como las empresas adjudicatarias, dispongan de la misma información asegurando que ningún contratista reciba información exclusiva de manera individual, preservando el principio de igualdad de trato y transparencia.**

II. Observar las exigencias formales y procedimentales establecidas respecto a los actos administrativos, en la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común, y demás legislación vigente aplicable en materia de contratación.

III. El órgano de contratación tiene que velar por el cumplimiento del art. 63 LCSP que expone *"Los órganos de contratación difundirán exclusivamente a través de Internet su perfil de contratante, como elemento que agrupa la información y documentos relativos a su actividad contractual al objeto de asegurar la transparencia y el acceso público a los mismos"*.

Respecto a la falta de actividad de la pestaña de adjudicación y formalización en la Plataforma del Contratante de la Generalitat de Cataluña del expediente XXX CIP, habrá que dar cumplimiento al art. 63.1 in fine LCSP *"Toda la información contenida en los perfiles de contratante se publicará en formatos abiertos y reutilizables, y permanecerá accesible al público durante un periodo de tiempo no inferior a 5 años, sin perjuicio de que se permita el acceso a expedientes anteriores ante solicitudes de información."*

IV. Fortalecer la transparencia en la agenda pública de los miembros electos en aplicación de los criterios establecidos a la normativa y documentación jurídica expuesta, y registrar los contactos que mantengan con los grupos de interés, con especificación de la denominación, el número o identificador único que este tenga asignado y una referencia sucinta del contenido de la reunión o actividad, a los efectos de la transparencia, la integridad y la equidad en el proceso de decisiones, y concretamente para que la ciudadanía pueda identificar los grupos de interés, conocer las relaciones que se establecen entre las instituciones públicas y los grupos de interés, saber cuándo se producen, a través de qué canales, con qué efectos o resultados y de acuerdo con qué reglas de conducta.

Actualizar en este sentido la Guía para publicar Agendas del Gobierno municipal del Ayuntamiento de Barcelona.

V. Dar cumplimiento al art. 12 d) y n) del Código ético y conducta del Ayuntamiento de Barcelona *"El Gobierno Municipal, demás miembros electos y los altos cargos"* tienen que hacer públicas las actividades, los actos y la agenda oficial relacionados con los asuntos públicos que tengan encomendados, a los efectos de publicidad del registro de grupo de interés, y *"Extender a los comisionados y comisionadas, consejeros y consejeras municipales y al personal eventual las obligaciones que en materia de publicación de las retribuciones, indemnizaciones, dietas, agendas y trayectoria profesional, prevé para los cargos electos y altos cargos la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno"*. Recordando a tal efecto que, de acuerdo con lo que consta publicado en el Portal de Transparencia del Ayuntamiento de Barcelona, *"En el*

*ámbito de la aplicación de la Ley de Transparencia, en el Ayuntamiento de Barcelona tienen la consideración de altos cargos las y los cargos electos, los comisionados y las comisionadas, los consejeros y las consejeras de distrito, los y las gerentes del Ayuntamiento y los distritos, las personas titulares de la Secretaría General, de la Intervención General y de la Tesorería del Ayuntamiento, y el/la cargo ejecutivo superior (director/a general, gerente o asimilado/a) de las entidades municipales)*

VI. Dado que en el Preámbulo del Decreto Ley 1/2017, de 14 de febrero, se establece que *"La regulación, además, es respetuosa con la autonomía local y con la autonomía inherente a otras entidades obligadas hasta ahora a contar con un registro de grupos de interés, porque no impide que los entes locales y estas otras entidades puedan crear sus propios registros"*, y en su cuerpo, la Disposición Adicional Segunda dispone que *"Los entes locales ... pueden crear sus propios registros de grupos de interés"*, con el objetivo de promover la mejora continua en transparencia, profundizar en el marco de integridad del Ayuntamiento de Barcelona y en definitiva que la ciudadanía pueda tener un amplio conocimiento e información de la organización interna del Ayuntamiento de Barcelona, se propone a los efectos oportunos la creación del Registro de grupos de interés, como *"instrumento al servicio de la transparencia, rendición de cuentas y prevención de la corrupción"*, del Ayuntamiento de Barcelona.

VII. De esta Recomendación se dio traslado a Alcaldía, a la Gerencia Municipal, Gerencia de la Agenda 2030, Transición Digital y Deportes, al órgano municipal contratante, a Secretaría General, a Intervención General. Y también se acordó dar traslado al Comité de Ética por si los hechos pudieran, además, ser constitutivos de infracción de los artículos 12 y 13 del Código Ético y de Conducta.

## SEGUIMIENTO DE LA RECOMENDACIÓN

A raíz del traslado efectuado por el Buzón Ético:

1) En el Comité de Ética del Ayuntamiento de Barcelona, este se pronunció constatando el incumplimiento de los artículos 12 y 13 del Código Ético y de Conducta que establecen las obligaciones de transparencia a las cuales están sometidas las actuaciones del Ayuntamiento de Barcelona y recomendó:

- que se tenga mucho cuidado al autorizar las medidas excepcionales, cuando sean necesarias, siempre a través de la oportuna promulgación normativa, sujeta a la legalidad que a todos nos vincula, y de forma pública y abierta a todo el mundo.

- que de acuerdo con la Recomendación formulada por la Dirección de Análisis también conviene la procedencia de generar un Registro de grupos de interés del

**Ayuntamiento de Barcelona, para vehicular con la transparencia debida los contactos que se produzcan, más en circunstancias excepcionales, con los operadores afectados directamente por las decisiones del Ayuntamiento, así como el fortalecimiento de la publicación de las agendas públicas en los extremos previstos en la citada recomendación de la Dirección de Análisis.**

**2) Al órgano competente en materia de transparencia, al cual, en relación con las Recomendaciones en esta materia formuladas por la Dirección de Análisis convino entre otros extremos, en la necesidad de modificar la Guía para publicar agendas del gobierno municipal del Ayuntamiento de Barcelona, dar el impulso necesario para recordar esta obligación a la organización, e incorporar a la información de los contactos que se incluyan en la agenda, el identificador que el grupo de interés tenga en el Registro de Grupo de Interés de Cataluña.**



---

## **XI. ESTADO DE LAS ACTUACIONES DERIVADAS DE LA RECOMENDACIÓN DE LA DIRECCIÓN DE ANÁLISIS EN RELACIÓN CON PRÁCTICAS IRREGULARES EN UN CONTRATO DE SERVICIOS: EXIGENCIA DESPROPORCIONADA DE LA SOLVENCIA TÉCNICA PARA FAVORECER LA CONTRATACIÓN DE UNA PERSONA CONCRETA, Y QUE ADEMÁS PARTICIPÓ EN LA ELABORACIÓN DE LOS PLIEGOS DEL MISMO CONTRATO.**

---

Al Buzón Ético y de Buen Gobierno se trasladó una comunicación relativa, entre otras, a presuntas irregularidades en un Contrato de servicios con medidas de contratación pública sostenible de un instituto municipal, donde se exponía, que en los pliegos de esta licitación se exigía una solvencia técnica tan exclusiva que ya se conocía, previamente a la finalización de la licitación, que persona sería la designada para este perfil con independencia de las empresas licitadoras que se presentaran, dado que *"quien quiera ganar"* este contrato debería contratar a XXX, una persona freelance que ya está trabajando en el instituto municipal desde hace años, sin ser de la plantilla, y que ha colaborado con el órgano de contratación, la Dirección YYY, en la elaboración de numerosos pliegos pliegos que se han licitado en esta legislatura.

Una vez presentada la comunicación, el órgano gestor del Buzón Ético y de Buen Gobierno comprueba los hechos objeto de la comunicación mediante las tareas de investigación que sean procedentes (art. 13 NRBEBG), que en el presente caso fueron: a) Visualización en la Plataforma electrónica de contratación pública de la Generalitat de Catalunya del Contrato de servicios objeto de la recomendación; b) Análisis de los Pliegos de cláusulas administrativas particulares del Contrato; c) Análisis de los Pliegos de prescripciones técnicas (PPT) del Contrato; d) Análisis del Informe Justificativo sobre la necesidad de contratar los servicios; e) Análisis del resto del expediente administrativo de contratación objeto de investigación, f) Diversas solicitudes de información al órgano gestor de la contratación a medida que avancen las diligencias de investigación (concretamente fue preciso solicitar hasta seis requerimientos informativos y documentales, g) Seguimiento y análisis de los rastros informáticos de los diferentes expedientes de contratación en que participó XXX; h) Vinculación contractual de XXX con el Ayuntamiento de Barcelona; i) Posible discordancia entre la vinculación contractual de XXX y el periodo en que tuvo asignada una dirección de correo corporativo; j) Vinculación entre el/la Director/a YYY i XXX; k) Situación de conflicto de interés per parte del/de la Director/a.

Por otro lado se realizó un análisis técnico-jurídico de los siguientes extremos: 1) Objeto, normativa aplicable, duración del contrato y procedimiento empleado; 2) Motivación de la necesidad del contrato y justificación de la contratación externa; 3) Criterios de solvencia profesional: a) Subcontratación de la misma persona para el perfil de consultor en contratación pública por parte de las dos únicas empresas licitadoras; b) Advertencia en relación a la exigencia de solvencia desproporcionada, c) Resolución de la Autoridad Catalana de la Competencia en relación a parte de los hechos expuestos en la comunicación; Comparación de

los diferentes requisitos exigidos: responsable del contrato, consultor especialista en contratación pública y presupuesto del contrato; 4) Análisis de los requisitos exigidos en los pliegos de prescripciones técnicas para el perfil de consultor especialista en contratación pública, que entre otros, era "**haber elaborado más de 50 contratos de servicios en la administración pública durante los últimos tres años de importe mínimo de 100.000 euros de contrato**"; 5) Participación de XXX en la elaboración de los pliegos y en el equipo de trabajo de la empresa adjudicataria del contrato, objeto de las presentes diligencias.

Del resultado de las diligencias de investigación y comprobación practicadas, se concluyó que:

### **En la fase de preparación del expediente de contratación**

- Se detectaron rastros que permitían vislumbrar que XXX participó en la elaboración de:
  - a) el informe justificativo del contrato;
  - b) el cálculo detallado del importe del contrato y
  - c) los pliegos de prescripciones técnicas (PPT) del contrato. En los tres documentos participó desde sus inicios, habiendo participado asimismo en el diseño de los requisitos exigidos para el perfil, que finalmente ocupó XXX.
- En la licitación, solo se presentaron dos empresas, y las dos empresas en la presentación de sus propuestas comunicaron la necesidad de subcontratar la ejecución parcial del contrato con la misma persona subcontratista XXX para ejercer las funciones de FFF, para poder cumplir con las exigencias de solvencia técnica establecidas en el pliego.

El elemento diferenciador entre las empresas fue el porcentaje significativo de la subcontratación: 35,99% y 27%. Diferencia de porcentaje (casi un 19% más) que aplicado sobre un total de más de 1 millón de euros, se representa si cabe como "notable". Resultando adjudicataria, precisamente, la empresa que presentaba el porcentaje más alto.

- Ausencia de motivación en el expediente de contratación de la necesidad del contrato y justificación de la contratación externa, así como falta de motivación y de concreción de los requisitos tan exclusivos exigidos para el perfil de FFF, que conculcan el principio de concurrencia y libre competencia de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de contratos del Sector Público.
- En cuanto a los requisitos exigidos para el perfil FFF se constató una discordancia entre el tenor literal que constaba en los pliegos del contrato y el que el órgano de contratación acabó aceptando como tales. No consta, así mismo, que esta nueva y posterior "interpretación" de los términos que figuraban en los pliegos fuera objeto de publicación ni aparece en el expediente de contratación.

Así en los pliegos técnicos se exigía, textualmente, para este perfil, entre otros: a) "**haber elaborado más de 50 contratos de servicios en la administración**

**pública durante los últimos tres años de importe mínimo de 100.000 euros de contrato ....",** y b) "acreditar experiencia ... demostrando la participación en proyectos contruidos..." . A pesar de la **claridad** del referido tenor literal de los pliegos, posteriormente **y en respuesta** a un requerimiento del Buzón Ético, el órgano de contratación "explicó" como había aplicado o interpretado los términos "elaborar", y "participación en proyectos..." y "participación en publicaciones..." a la hora de valorar la concurrencia o no de los mencionados requisitos (exigidos en los pliegos del contrato) en el único/a candidato/a que las dos únicas empresas licitadoras presentaron como perfil de FFF para subcontratar. Así, según explicó, el órgano de contratación:

- 1) por un lado redujo el concepto "elaborar" de manera que lo equiparó a *"cualquier función ejecutada en relación a un expediente de contratación e incluye o puede incluir desde el asesoramiento en la redacción de la documentación contractual a su propia redacción. El concepto abarca cualquier participación (incluida esta como asesoramiento o redacción) en todo o parte de la documentación contractual ..."* así como *"tareas que podían ser desde un asesoramiento oral, la redacción de una parte de las prescripciones técnicas y/o la redacción de un pliego técnico completo sin que exista una entrega y/o una recepción documental formal de los trabajos realizados"*,  
y
- 2) en igual sentido reduce, a posteriori, el concepto: "participación en proyectos..." a "participación en publicaciones del ...".

Todo y su trascendencia para el proceso de contratación, no aparece ni en los pliegos ni en el expediente de contratación la "redefinición y reducción" que, en la práctica el órgano de contratación hizo del alcance de los dos requisitos exigidos en los pliegos del contrato para el perfil de FFF.

Se ha de incidir en la trascendencia de este hecho ya que: no solamente supuso una efectiva relajación de las exigencias profesionales impuestas por contrato al citado perfil profesional, sino que además está "relajación o minoración de exigencia" fue aplicada por el órgano de contratación al margen de la información que constaba publicada en el anuncio de licitación del contrato. Extremo que podía repercutir negativamente en la concurrencia y en la competencia ya que si se hubiera dado publicidad a los criterios de interpretación empleados por el órgano de contratación se habría podido promover la concurrencia al proceso de contratación. De manera que, por ejemplo de haberse sabido que el órgano de contratación equipararía el requisito de "**haber elaborado más de 50 contratos**" a haber participado en su elaboración con un "asesoramiento oral" resulta del todo previsible que se hubiera ampliado el número de empresas que podían cumplir el referido requisito y por tanto el número de empresas que podrían participar en dicha contratación.

o Falta de determinación en los pliegos de los medios o elementos, o documentación

necesaria para acreditar los citados requisitos. Únicamente consta que, durante la sesión informativa del contrato, celebrada en fecha XX de XXX de XX, y a preguntas de los asistentes: "Como se puede acreditar? *"haber elaborado más de 50 contratos de servicios -- durante los últimos 3 años de importe mínimo de 100.000 euros por contrato"* y *"disponer de DDD con más de un año de experiencia en algún proyecto activo"*, el órgano de contratación responde, respectivamente, *"(el órgano de contratación) puede requerir si lo considera el detalle del listado de contratos"* y *"(el órgano de contratación) puede requerir si lo considera el detalle de DDD" que la acreditación de los requisitos se realiza.*

o Reiteración en otros contratos, de la misma mecánica que en el contrato objeto de esta recomendación. Efectivamente también en otros contratos consta la participación de XXX en:

- la preparación del expediente de contratación según se pudo constatar a raíz del rastro de los asientos del programa informático al efecto,
- la preparación del expediente de prórroga, teniendo en cuenta que el propio XXX reconoce su participación al incorporar este expediente, dentro del listado de contratos que aportó para justificar el cumplimiento del requisito de haber elaborado más de 50 contratos de servicios ... en la administración pública durante los últimos 3 años de importe mínimo de 100.000 euros, exigido por los pliegos del contrato objeto de esta recomendación para posteriormente ser subcontratado por la empresa adjudicataria para desarrollar el perfil de responsable del contrato en el periodo de prórroga del contrato.

Cabe decir que también en este caso la empresa que resultó adjudicataria fue la misma del contrato objeto de esta recomendación.

### **En la fase de licitación del expediente de contratación**

A la vista del análisis del expediente administrativo de contratación se constata que:

- La propia Mesa de Contratación, acordó requerir al Director/a YYY a fin de que informara del alcance de la participación en la tramitación del procedimiento contractual de la persona propuesta como subcontratista y que procediera así mismo a dar trámite de audiencia al subcontratista para que acreditara que esta circunstancia no tenía como efecto situaciones de conflicto de intereses ni de falseamiento de la competencia o de trato privilegiado.
- El/la Director/a YY y el/la Sr/sra XXX prestaron declaración por escrito.
- Las referidas declaraciones fueron fundamentales a la hora que la Mesa finalmente descartara la existencia de conflicto de interés y acordara admitir las ofertas de las empresas licitadoras y continuar con el procedimiento de adjudicación.

- Existieron contradicciones sustanciales entre las declaraciones prestadas realizadas por el XXX, y las de el/la Director de la Dirección YYY, en relación al alcance de la participación de XXX en la elaboración de los pliegos del expediente de contratación objeto de esta y las evidencias que muestra el sistema informático de registro interno.
- Pero además las referenciadas declaraciones también presentan contradicciones con la relación de contratos menores suscritos por la Dirección de YYY y con la fecha de publicación del anuncio de la licitación del presente contrato.
- Posible conflicto de interés del órgano de contratación en el proceso del expediente de contratación.

### **En la fase de supervisión de la documentación aportada por el órgano de contratación**

Se constató:

- Falta de acreditación de los requisitos exigidos para el perfil FFF
- Falta de supervisión y comprobación efectiva por parte del órgano gestor de la contratación del listado de contratos aportado por la empresa adjudicataria para justificar que XXX cumplía el requisito exigido para el perfil FFF.

Según los informes evacuados por el órgano de contratación en respuesta a los requerimientos de información solicitados por esta Dirección de Análisis, en relación a cuál era la actividad de comprobación realizada por el órgano de contratación respecto a los contratos que figuraban en la citada lista y en qué documentación se había basado para tener por acreditado el cumplimiento de los dichos requisitos, el órgano de contratación los dio por válidos simplemente porque la Dirección YYY tenía conocimiento de la participación de XXX en la elaboración de la documentación contractual, añadiendo que *"todos los contratos correspondían a contratos del órgano de contratación y que, por lo tanto, el conocimiento de la participación de XXX había sido por conocimiento directo. No disponemos de acreditación documental de las tareas explícitamente realizadas puesto que como se ha informado en relación al concepto de haber elaborado estas tareas podían ser desde un asesoramiento oral, la redacción de una parte de las prescripciones técnicas y/o ... una recepción documental formal de los trabajos realizados"*.

No consta en consecuencia en el expediente de contratación ninguna certificación a tal efecto, ni información de cómo se ha obtenido este conocimiento, ni el alcance ni el contenido de la participación de XXX en los mismos.

o Sólo se ha podido acreditar con datos objetivos la participación de XXX en 16 contratos, de los más de 50 contratos exigidos en el perfil FFF y dados por acreditados per parte del órgano de contratación, así como que 45 de los 50 contratos eran impulsados desde el mismo órgano promotor del contrato objeto de la recomendación, la Dirección YYY.

o El propio contrato objeto de la comunicación que da origen a las presentes diligencias, fue incluido por XXX dentro del listado de contratos alegados para justificar que cumplía el requisito de *"haber elaborado más de 50 contratos de servicios..."*.

o No consta documentación acreditativa relativa a la vinculación contractual formal de XXX (ya sea con la empresa contratista o con administración pública mediante contratación menor) para desarrollar las tareas de algunos de los contratos que constan en la relación aportada por las licitadoras para justificar que XXX cumplía el requisito de haber *"elaborado más de 50 contratos de servicios ... durante los últimos 3 años de importe mínimo de 100.000 euros"* exigido por el perfil FFF.

o XXX contaba con una dirección de correo corporativa del Ayuntamiento de Barcelona. Este correo fue dado de alta en el directorio activo el 11 de junio de 2012 y ha dispuesto de ella de manera continuada (hasta el momento de la redacción de esta recomendación, en el que todavía figura activa), con una parada del servicio de un mes y pico. No se ha encontrado instrumento jurídico formal (contrato mercantil o subcontrato a través otras empresas) que, de acuerdo con la instrucción interna del instituto de 18 de enero de 2015, justifique algunos de estos periodos. De acuerdo con la información aportada por el órgano de contratación y la Dirección de Intervención General en relación a los contratos adjudicados directamente o mediante subcontratación a XXX.

Por otro lado, debe decirse que según el informe de fecha XX de marzo de 2019, evacuado por el Jefe del Departamento LLL, a requerimiento de la Dirección de Análisis, consta que la mencionada instrucción fue remitida *"sin que se haya podido documentar su aprobación por parte de los órganos directivos ... en su momento"*

o Desconocimiento por parte del Instituto municipal de la existencia de una *"clasificación definida para cada una de las personas externas"*

De acuerdo con la información proporcionada por el instituto municipal no se dispone de una clasificación definida para cada una de las personas externas. Aun así, afirman que a la vista de los contratos que han vinculado XXX (directamente o como subcontratado) su participación se podría situar o bien como personal tipo A o B1. Clasificación A o B1 que comporta, según la mencionada instrucción, consecuencias y requisitos diferentes. Así, en este último caso sería personal técnico que ejecuta proyectos o que presta servicios in situ y que realiza las actividades en los locales del instituto municipal. Circunstancia que

sería compatible con el contenido de la comunicación que da origen a la presente investigación.

En atención a los hechos expuestos, así como de su análisis el órgano gestor del Buzón ético recomendó, extracto del cual consta en la memoria 2018-2019:

## **RECOMIENDA**

### **I. RESPECTO A LOS HECHOS CONCRETOS OBJETO DE RECOMENDACIÓN:**

**a) Se propone la profunda revisión y análisis de los expedientes de contratación vigentes impulsados por la Dirección YYY y en los cuales haya intervenido XXX a los efectos de verificar si éstos se ajustan a la normativa vigente, comprobando, especialmente su justificación, la vinculación contractual de XXX con los contratos, y con especial atención a posibles conflictos de interés así como la posible relación o intervención que en los mismos haya podido tener la Dirección YYY ya sea en el desarrollo de cualquier otro tipo de funciones dentro o fuera del instituto municipal. Asimismo sería conveniente a la vista del objeto del contrato menor nº ---, la comprobación de si la prestación objeto de los contratos menores adjudicados a XXX se realizó efectivamente de acuerdo con el objeto de los mismos y si la prestación económica y satisfecha era proporcional al encargo realizado.**

**Asimismo se recomienda el control de la ejecución de los contratos menores, y si estos responden a las necesidades reales de la administración pública que, en el ejercicio de sus respectivas competencias, y en relación a las irregularidades detectadas, así como de las que puedan derivarse de las auditorias que a tal efecto puedan llevarse a cabo, procedan a adoptar las medidas pertinentes para su subsanación valorando su transcendencia en relación con la vigencia del contrato por si pudieran ser constitutivas, a tenor de lo que dispone la normativa reguladora de la contratación pública, de causa de anulabilidad o nulidad;**

**2. Dar traslado a los órganos competentes en materia disciplinaria a los efectos de depurar posibles responsabilidades en tal sentido.**

**3. A la vista de la naturaleza de las irregularidades descritas en el cuerpo de la presente recomendación se da traslado a la Dirección de Servicios Jurídicos del Ayuntamiento de Barcelona interesando que se emita informe en relación a la posible transcendencia penal de los hechos consignados en esta Recomendación (del resultado del cual se solicita que se remita copia a esta Dirección Análisis) y, en su caso, se pongan los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal de conformidad con lo que dispone el art. 262 de la L.E.Crim. En relación con el art.5 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre que regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal previo Decreto de**

Alcaldía habilitante según art 13.1 k de la Ley 22/1998 de la Carta Municipal de Barcelona. A tal efecto y sin perjuicio de que los hechos pudieran ser constitutivos de otras infracciones penales o de lo que pudiera resultar de posteriores investigaciones o de una posible instrucción nos ceñiremos aquí, en la posible concurrencia de un delito de falsedad del artículo 390 y siguientes del Código Penal en el que pudieran ser subsumibles las contradicciones sustanciales detectadas entre las declaraciones realizadas por el XXX y por el /por la Director/a de YYY, en relación al alcance de la participación del primero en la elaboración de los pliegos del expediente de contratación objeto de esta recomendación,

y las evidencias que, entre otras, muestra el sistema informático de registro interno municipal. Declaraciones que, debe recordarse, fueron evacuadas a instancia de la Mesa de contratación, al amparo del artículo 64 de la Ley de Contratos del Sector Público, cuando esta detectó un riesgo de conflicto de interés y de falseamiento de la competencia puesto que esta había tenido conocimiento de la participación de XXX en la elaboración del contrato y además las dos únicas empresas licitadoras presentaban a la misma persona para subcontratar las tareas de FFF exigida en los pliegos, persona que era, precisamente: XXX. Declaraciones que resultaron de enorme trascendencia para el procedimiento de contratación puesto que su contenido resultó definitivo para que la Mesa de Contratación acordara la admisión de las ofertas de las empresas licitadoras y la continuación del procedimiento de adjudicación.

Abundando en lo que se ha dicho se ha de reiterar de nuevo que además de las contradicciones detectadas con la información que proporciona el rastro del programa informático, las declaraciones del/de la Director/a YYY y XXX pecan de otra contradicción... Debe traerse a colación aquí respecto a la trascendencia de la posible falsedad o contradicción con la realidad, por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 214/2018 de 8 mayo al establecer "... Se trata de un documento que en la redacción original hubiera supuesto la expulsión de la mesa de contratación, así lo afirma el relato fáctico, y que es a partir de la modificación interesada y la alteración del documento, lo que posibilitó que formaba parte de la contratación evitando lo que hubiera sido procedente la expulsión del proceso de adjudicación..."

Asimismo, y en la línea apuntada se pone de relieve a continuación la naturaleza de la "relación" detectada entre XXX y el/la Director/a en cuanto a lo que parece una vinculación de hacía años y casi de "exclusividad" y como XXX aparecía contratado prestando servicios en el instituto municipal a través de contratos menores (o bien subcontratado por empresas que habían resultado adjudicatarias de contratos vinculados de alguna manera a XXX o a la Dirección YYY, y en la



elaboración, al menos en algunos de los cuales existen indicios que participó aquel. Esto por si los hechos pudieran ser constitutivos, entre otros, de un presunto delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal, o de tráfico de influencias, malversación (haciendo especial mención aquí a la necesidad de que el objeto del contrato se corresponda a necesidades reales de la administración y a la realidad de su ejecución), fraude en la contratación pública del artículo 436 y ss. del Código Penal; negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos del artículo 439 o de alteración de precios en concursos públicos del artículo 262 del dicho cuerpo normativo. Remitiéndonos aquí en el artículo 24 del Código penal en cuanto al concepto de funcionario público.

4. Se dé traslado al Comité de Ética por si los hechos pudieran ser constitutivos de infracción del código ético en materia de contratación pública y en especial en lo que se refiere al conflicto de interés.

5. En base al principio de colaboración institucional, a lo que dispone la Ley de la Competencia 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y en respuesta a sus comunicaciones de 10 de octubre y de 29 de octubre de 2019, se dé traslado a la Agencia Catalana de la Competencia por si la información contenida en la presente recomendación pudiera ser relevante a los efectos de su expediente DI 50/2019.

6. Asimismo, y habiéndose tenido conocimiento de que la Oficina Antifraude de Cataluña está conociendo de los hechos, se dé traslado de la presente recomendación y de la documentación a ella adjunta por si fuera relevante para su instrucción, en base a los principios de colaboración institucional y el marco del convenio de colaboración suscrito entre el Ayuntamiento de Barcelona y dicha Oficina el 17 de septiembre de 2018.

## **II. ADOPCIÓN DE MEDIDAS PARA FUTURAS LICITACIONES:**

### **1.- Delimitación, concreción y motivación de los requisitos de solvencia**

El principio de igualdad, transparencia y libre competencia se encuentran regulados en el art. 132 LCSP en el cual se especifica que: "Los órganos de contratación tienen que dar a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y tienen que ajustar su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad".

La LCSP expone en el art. 132.2 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".

Finalmente se expone en el art. 132.3 que "Los órganos de contratación velarán en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia".

De este articulado se desprende que el principio de igualdad de trato implica, no sólo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una licitación, sino también que los órganos de contratación tienen que adoptar las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de esta actividad durante todo el procedimiento de contratación.

La aplicación de este principio, en la fase de solvencia, es de gran importancia práctica, porque las exigencias de solvencia se conforman como un requisito o condición "sine qua non" en la licitación, dado que su incumplimiento justifica la exclusión del licitador. Esta es la raíz de la trascendencia de su ajustada y motivada concreción, porque en caso de exigir unos requisitos de solvencia desproporcionados pueden implicar restricciones indebidas de la competencia y pueden suponer una rotura del principio de igualdad de tratamiento, como sucede en el presente caso.

En esta línea, los requisitos de solvencia exigidos por el órgano de contratación tienen que estar justificados sobre las bases relacionadas con el objeto del contrato, dado que unos requisitos excesivamente exigentes pueden elevar sustancialmente las barreras de entrada de las empresas en la licitación, y provocar efectos discriminatorios entre los licitadores. Hay que tener en cuenta que la exigencia de explicación y de justificación todavía es más necesaria cuando el criterio de solvencia profesional comporta un criterio de exclusión, como sucede en el presente caso.

Respecto a la motivación de la exigencia de solvencia, encuadrada dentro de la discrecionalidad técnica, nos remitimos al literal de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2014, que requiere que para que sea válido el contenido de la motivación tiene que cumplir como mínimo estas exigencias:

"(a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico;

(b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; y

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

También a tenor de lo establecido en el Acuerdo 98/2015 de 13 de noviembre de 2015 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón hay que asumir por la organización 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 aquella persigue".

En resumen, un límite infranqueable a la discrecionalidad técnica es que no se

desvirtúen los principios de igualdad de trato y de transparencia. En este sentido, la discrecionalidad técnica no puede servir, amparar, ni ocultar, una contratación directa con la clara vulneración de los principios de concurrencia y eficiencia en la gestión de los fondos públicos. Asentada la trascendencia de la motivación de los requisitos exigidos en la solvencia, se recuerda que todo procedimiento de licitación ha de generar la concurrencia entre las empresas. En el caso concreto se ha constatado que sólo dos empresas se presentaron a la licitación y que además las dos subcontrataron el perfil de consultor de contratación pública designando a una misma persona.

Hay que tener en cuenta que los medios para acreditar la solvencia de los contratos se realiza mediante la aportación de los documentos que se determinan por el órgano de contratación en los pliegos de los respectivos contratos de acuerdo con los artículos 87 a 91 LCSP, pero en los pliegos del contrato, objeto de esta recomendación, no hay una precisión sobre este extremo. Esta carencia de concreción se pone de manifiesto durante la sesión informativa del contrato celebrada en fecha XX de XX de XX cuando a preguntas de cómo se acreditaba la elaboración de más de 50 contratos, se contestó por el órgano contratante que "...puede requerir si lo considera el detalle del listado de contratos": Por lo tanto desde el órgano de contratación se observa una laxa exigencia en relación a la acreditación de los requisitos exigidos en los pliegos, que ha comportado en la práctica la carencia de acreditación fehaciente de que XXX "haya elaborado más de 50 contratos de servicios ..." y la reinterpretación a posteriori y a preguntas de la Dirección de Análisis por el órgano de contratación del concepto "elaborar" para "participar" incluso con simples asesoramientos puntuales, incluso orales, añadiendo más laxitud en la acreditación de los requisitos por la empresa adjudicataria, cuando por las empresas licitadoras resultaban ser unos requisitos exigentes y exclusivos del procedimiento de contratación.

2.- Fomentar y ampliar la transparencia para garantizar la información y participación del más amplio número de operadores.

La aplicación efectiva de los principios de transparencia permite una gestión más eficiente de los fondos públicos y de una gestión transparente compatible con el derecho a una buena administración y a la cultura de una buena gobernanza.

En materia de contratación pública, el principio de transparencia ha sido regulado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 16 de septiembre de 2013) en relación a su vinculación con el principio de igualdad, resultando que el principio de transparencia es considerado el corolario del principio de igualdad.

El principio de igualdad de trato de los licitadores tiene por objetivo favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una contratación pública, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por lo

tanto, que estos están sometidas a las mismas condiciones para todos los licitadores. Es por eso que el principio de transparencia tiene esencialmente por objeto limitar el riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicataria, y evitar la práctica de redes clientelistas (STJUE de 16 de septiembre de 2013).

La transparencia se da por cumplida con la publicación en el perfil del contratante de la documentación necesaria para presentarse a una licitación, y así está establecido en el arte. 63 de la LCSP, que es del siguiente tenor:

"3. En el caso de la información relativa a los contratos, deberá publicarse al menos la siguiente información:

a) La memoria justificativa del contrato, el informe de insuficiencia de medios en el caso de contratos de servicios, la justificación del procedimiento utilizado para su adjudicación cuando se utilice un procedimiento distinto del abierto o del restringido, el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que hayan de regir el contrato o documentos equivalentes, en su caso, y el documento de aprobación del expediente".

En el presente caso, es necesario referirse tanto a la memoria justificativa del contrato como al informe de insuficiencia de medios en el caso de contrato de servicios ya que:

- En el primero, falta la justificación de los criterios de solvencia empleados así como su proporcionalidad, de acuerdo con lo establecido al arte. 76.3 de la LCSP ("3. La adscripción de los medios personales o materiales como requisitos de solvencia adicionales a la clasificación del contratista tiene que ser razonable, justificada y proporcional a la entidad y las características del contrato, de forma que no limite la participación de las empresas en la licitación).

- En el segundo, no hay una justificación o informe de insuficiencia de medios en el caso de contratos de servicios, sólo el literal "El órgano de contratación no dispone en estos momentos de la posibilidad de dedicar los recursos humanos propios a las funciones antes mencionadas ...", a pesar de que en la sesión informativa del contrato n.º XXX de fecha XX se respondió que: "actualmente ya existe una oficina que se gestiona de manera interna por parte del órgano de contratación".

En otro orden de consideraciones, de acuerdo con el Informe 3/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, con el objeto de reforzar la finalidad de la norma, consideró conveniente recomendar que se deje constancia en el expediente de contratación de quienes han sido las personas y miembros de su personal (interno o externo) que han participado efectivamente en la redacción de los pliegos técnicos. Entendiendo que la participación engloba tanto la intervención efectiva en la confección de los pliegos y documentación técnica, como la realización de instrucciones u observaciones de obligado cumplimiento concreto en los pliegos.

Este informe, y atendiendo al literal del art. 63.3 que indica unos mínimos respecto a la información que se debería publicar sería conveniente que el órgano de contratación la publicara a fin de reforzar la transparencia y seguridad en la contratación pública y evitar los conflictos de intereses en la actuación de los miembros de la mesa, máxime cuando en el instituto municipal gran parte de esta información está registrada en un sistema informático interno, al cual no se tiene acceso externo.

**3.- Dotación de prácticas y procedimientos para combatir las prácticas anticompetitivas que puedan surgir en el procedimiento de contratación.**

La obligación de salvaguardar la libre competencia se encuentra anunciada en la exposición de motivos de LCS, y posteriormente en su parte dispositiva se regula en el art. 1 y en el art. 132 LCSP.

Concretamente en su apartado 2 de este se 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 esta línea los poderes adjudicadores están obligados a observar y velar por la observancia de los principios competitivos tanto en el diseño como en el desarrollo de sus procedimientos de contratación a fin de que permita que los operadores económicos interesados al participar en el procedimiento de contratación accedan a las licitaciones en condiciones de plena competencia. Razón por la cual el poder adjudicador tendrá que estar continuamente en vigilancia ante la aparición de indicios que puedan revelar la presencia de actuaciones anticompetitivas entre las empresas licitadoras.

En el caso concreto, existen indicios en el programa informático municipal que XXX diseñó sus propios requisitos como perfil DDD en el momento de la elaboración de los pliegos, y estableció sus honorarios; para posteriormente desarrollar este perfil en la empresa adjudicataria.

En este sentido llevar aquí a colación la conclusión a la que llega la Autoridad Catalana de la Competencia analizando únicamente el expediente administrativo de contratación (pues de la misma no se extrae que haya contado con más información).

**4.- Composición de las mesas de contratación**

La LCSP incorpora un redactado en relación a la composición de las mesas de contratación, concretamente el art. 326.5 regula que: "Tampoco puede formar parte de las mesas de contratación el personal que haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se trate, excepto en los supuestos a que se refiere la disposición adicional segunda". Recordamos que esta Disposición Adicional segunda alude expresamente a las competencias en materia de contratación en las entidades locales. Sobre esta materia la Junta

Consultiva de Contratación Pública del Estado se ha pronunciado en su expediente 96/2018 al 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 cualquier caso, y como así se expresa en el informe 3/2018 y 96/2018 de la Junta Consultiva de contratación pública del Estado en relación con el objetivo del 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 se favorecer la transparencia de la contratación pública y evitar los conflictos de intereses en la actuación de los miembros de la mesa".

Es unánime la doctrina al entender que la norma, la LCSP, ha considerado que hay un conflicto de interés en la actuación de los miembros de la mesa, cuando participan en ella personas que han participado en la redacción de cualquier documentación técnica del contrato. Y para hacer frente esta situación ha previsto una medida obligatoria para evitar esta situación de conflictos de interés: la no participación en la Mesa de estas personas. En este mismo sentido se ha pronunciado la Oficina de Antifraude de Cataluña.

No obstante si hay discusión doctrinal es en su aplicación a las entidades locales, a pesar de que la Junta Consultiva de contratación pública del Estado se ha pronunciado sobre la misma, a modo de ejemplo reproducimos un fragmento del informe "Diez actuaciones esenciales que hemos de realizar los aplicadores de la LCSP antes de su entrada en vigor" del Doctor en derecho José Manuel Martínez Fernández, publicado al Observatorio de Contratación 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; intervine 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.”

Otros autores justifican que no resulta de aplicación el arte. 326.5 LCSL dado que “muy probablemente por la evidente limitación en plantilla de personal en estas Administraciones, a lo que atiende el legislador”. Pero esta limitación no puede operar en ayuntamientos de gran población como el de Barcelona.

Desde esta Dirección de Análisis y atendiendo al espíritu y al objetivo que persigue el art. 326.5 de la LCSP, a la dimensión organizativa de un ayuntamiento como es el de Barcelona, y a la existencia de un evidente riesgo de conflicto de interés, se recomienda la limitación para ser miembros de la mesa de contratación de aquellas personas que han intervenido en la redacción de la documentación técnica, recomendando nuevamente que se deje constancia en el expediente de contratación de quienes han sido los miembros de su personal (interno o externo) que han participado efectivamente en la redacción de los pliegos técnicos y cualquier otra documentación técnica, para garantizar y fortalecer la transparencia y la seguridad jurídica en la contratación pública.

#### **5.- Incrementar la calidad del proceso decisorio en materia de contratación pública**

En el ámbito de la contratación pública la normativa permite espacios en los que la discrecionalidad administrativa es pertinente y necesaria, y por tanto se reconoce un margen de apreciación que se consigue mediante un proceso decisorio, que tenga en consideración las especificidades de las funciones de los diferentes órganos, y mediante una aplicación efectiva de la normativa, permitirá obtener la rendición de cuentas.

Pues bien consideramos que estas malas prácticas se arraigan en este proceso decisorio,

porque es donde se pueden adoptar las decisiones incorrectas, y por tanto, dar lugar a los abusos de poder. Hay que profundizar en esta nueva manera de enfocar el proceso decisorio en el expediente de contratación, y proceder a su reconfiguración.

#### **6.- Formación al personal municipal que interviene en los expedientes de contratación respecto a las medidas a aplicar para dar cumplimiento a los principios aplicables en la contratación.**

La profesionalización y/o formación del personal que diseña, tramita y realiza el seguimiento de la ejecución de los expedientes de contratación es imprescindible

para que su actuación se realice respetando los principios de la contratación pública establecidos al art. 1 LCSP. En especial para este caso concreto, han de tener la suficiente información y formación para elaborar pliegos de prescripciones técnicas que eviten cláusulas que limiten la concurrencia de otros licitadores, y se proceda a la materialización del principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia que comporta.

En este sentido, el art. 145.5 LCSP precisa que "5. Los criterios a que se refiere el apartado 1 que han de servir de base para la adjudicación del contrato se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, y deberá figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación, debiendo cumplir los siguientes requisitos:

a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado siguiente de este artículo.

b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.

c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones

de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores".

Una gestión más exhaustiva de los conflictos de interés, habría proporcionado a la mesa de contratación de las suficientes herramientas, no sólo en la detección de la existencia de un verdadero conflicto de interés, sino también en la evaluación y resolución eficaz del mismo.

En este sentido también se recomienda que en materia de conflicto de interés se verifiquen las oportunas consultas al comité de Ética del Ayuntamiento de Barcelona, y en consecuencia se dé traslado al mencionado órgano colegiado a efectos preventivos y por si los hechos pudieran ser contrarios a lo que dispone el Código ético y de buena Conducta.

Para sintetizar, de manera esquemática las propuestas de mejora estarían dirigidas a la necesidad de incrementar la calidad del proceso decisorio en materia de contratación pública, diseñando un procedimiento adecuado con una reconfiguración de los órganos intervinientes apropiada e imponiendo una carga de justificación/motivación precisa, así como unas obligaciones de publicidad y transparencia lo más amplias posibles.

Como se ha expuesto se dará traslado de este informe a la Intervención General,



a la Secretaria General, los Servicios Jurídicos del Ayuntamiento de Barcelona y a la Gerencia del Área Agenda 2030, Transición Digital y Deportes, en el ejercicio del ámbito de sus respectivas competencias, así como al Comité de Ética del Ayuntamiento de Barcelona.

También se dará traslado a la Oficina Antifraude de Cataluña y a la Autoridad Catalana de la Competencia en el ámbito de colaboración interadministrativa y demás razonamientos antes alegados. De conformidad con la normativa del Buzón Ético se informará a la persona comunicante de la finalización de las diligencias de investigación y del resultado de las actuaciones en los términos establecidos en las referidas normas reguladoras.

### **SEGUIMIENTO DE LA RECOMENDACIÓN**

En lo que se refiere al contenido de la recomendación, se dio traslado de esta recomendación a la Intervención General, a la Secretaria General, los Servicios Jurídicos del Ayuntamiento de Barcelona y a la Gerencia del Área Agenda 2030, Transición Digital y Deportes, en el ejercicio del ámbito de sus respectivas competencias, así como al Comité de Ética del Ayuntamiento de Barcelona. También se da traslado a la Oficina de Antifraude de Cataluña y a la Autoridad Catalana de la Competencia en el ámbito de colaboración interadministrativa y demás razonamientos.

A los efectos oportunos...

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

---

## **I.- ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA**

---

---

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

---

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

#### CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

La Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, (marco jurídico de las concesiones administrativas de obras o servicios) en su artículo 2 consagra lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

La doctrina más clásica rechazaba, como regla general, la sucesión en contratos o concesiones administrativas que no fuera acompañada de esta entrega de elementos organizados (SSTS, Social 6 febrero 1997 (recurso 1886/1996) y de 21 octubre 1998 (rec. 3556/1997), ahora bien, esta tesis ha sido matizada con la línea jurisprudencial interpretativa posterior emanada como consecuencia de la Directiva 2001/23, de 12 de marzo sobre *"la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad"*.

En esta Directiva, se fundamenta una noción funcional de la transmisión y no solo dando cabida al concepto de empresa-organización, de conformidad con la cual esta entidad, si bien tiene que ser suficientemente estructurada y autónoma, no tiene que disponer necesariamente de elementos significativos de activo material o inmaterial.

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

La catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de León, Sra. Susana Rodríguez, argumenta lo siguiente sobre la sucesión empresarial en las administraciones públicas y/o empresas del sector público<sup>101</sup>:

*"... podría llegarse a concluir que "las actividades públicas gestionadas indirectamente constituirían per se un complejo orgánico-una unidad productiva en sentido funcional y técnico-encaminado a realizar un servicio público definido y delimitado, lo que supone que las vicisitudes que representen un cambio subjetivo en el ejercicio de la explotación integrarían el supuesto de hecho del art. 44 ET que acciona el efecto subrogatorio ex lege respecto de quien se hace eco efectivamente del servicio objeto de concesión como unidad productiva, de manera que en aquellas actividades que no requieren de un importante soporte patrimonial y en las que, diversamente, tiene una gran relevancia el elemento personal, la contratación de una parte importante de los efectivos del antecesor en número de competencias será el criterio determinante para decidir si existe o no trasvase. Por tanto, en las actividades despatrimonializadas puede entenderse producida la transmisión de una entidad económica que mantiene su identidad cuando el nuevo empresario, bien por su propia voluntad o por acuerdo entre las empresas implicadas, se haga cargo de un número significativo de los trabajadores – en términos cuantitativos o cualitativos- que el antiguo empleador venía ocupando en las tareas objeto de la contrata".*

La doctrina mayoritaria entiende que las reglas sobre sucesión de empresas se aplican también en los casos en los que esta se produce a favor de una entidad de carácter público como consecuencia del rescate de la explotación anteriormente desarrollada a por una entidad privada, siendo indiferente la causa por la cual opera esta sustitución.

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

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

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

---

<sup>101</sup> Ponencia de 28 de noviembre de 2019 impartida en el Seminario sobre relaciones colectivas de la Federación de Municipios de Cataluña sobre Criterios sociales en la nueva Ley de contratos del Sector Público.

En el caso de las convocatorias aprobadas por la Comisión de Gobierno, en sesión celebrada el 10 de enero de 2019, y las bases de las plazas de la categoría de técnico/a medio/a en trabajo social; de las de la categoría de técnico/a medio/a en educación social y la categoría de técnico/a superior en psicología, en la fase de concurso de las tres convocatorias citadas en sus anexos número 2 en el Baremo de Méritos (máximo 30 puntos) se establece de la siguiente forma: Experiencia profesional (máximo 25,00 puntos).

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

- 1) En el baremo de méritos:
  - a. No hay ninguno que haga mención a que dentro del cómputo de los servicios prestados en determinadas categorías (técnico/a medio/a en trabajo social; técnico/a medio/a en educación social y técnico/a superior en psicología) de cada una de estas convocatorias se contabilicen los servicios prestados en empresas privadas (ni otras empresas que hayan estado vinculadas con la Administración municipal mediante contratos públicos para la gestión de servicios públicos).
  - b. Sólo se podrán contabilizar los servicios prestados en las categorías correspondientes a cada convocatoria en los Ayuntamientos de municipios de más de 250.000 habitantes, así como en los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados a estos ayuntamientos. También los servicios prestados en otras Administraciones públicas, así como los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados a estas administraciones públicas.
- 2) Sólo se computarán los meses de trabajo acreditados exclusivamente en la categoría profesional de la que se trate en cada convocatoria (ya sea (técnico/a medio/a en trabajo social; técnico/a medio/a en educación social y técnico/a superior en psicología respectivamente) y solo en aquella, y así tiene que constar expresamente acreditado de acuerdo con lo que hemos dicho en el apartado 1 a).

Llegados a este punto hay que anticipar que, en este caso, no hay ningún tipo de constancia que el tiempo de antigüedad computado o reflejado a efectos de la subrogación corresponda en su integridad al tiempo prestado efectivamente en cada una de las categorías de las convocatorias mencionadas, puesto que en los anexos que se acompañan en el citado acuerdo consta el personal a subrogar; una relación detallada de homologación de categorías; atribución de puestos de trabajo; jornada, horario especial y régimen específico de vacaciones y antigüedad en la empresa (sin precisar en qué categoría).

En el expediente que justifica el acuerdo adoptado por la Comisión de Gobierno, de 8 de septiembre de 2016, (donde se declaraba la sucesión de empresa, de 1 de octubre de 2016,

y se procedía a la subrogación del personal de la empresa adjudicataria de los servicios) concretamente, en el acta de la reunión del Comité de Empresa, de fecha 5 de septiembre de 2016, consta el acuerdo del Comité de Empresa del Ayuntamiento de Barcelona sobre la aplicación al personal subrogado adscrito al Servicio de Atención, Recuperación y Acogida (SARA) y a los Puntos de Información y Atención a las Mujeres (PIAD) del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de los empleados públicos del Ayuntamiento de Barcelona (personal funcionario y laboral, guardia urbana y servicios de prevención, extinción de incendios y salvamento) para los años 2008-2011 (código de convenio n.º 0815752). En el mencionado acuerdo se prevé también que el Ayuntamiento de Barcelona reconocerá la fecha de antigüedad del personal subrogado que consta en el anexo a efectos de méritos en todos los procesos de selección y a efectos de, si procede, el cálculo de indemnizaciones por despido o extinción contractual.

En los antecedentes de este acuerdo se manifiesta lo siguiente:

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

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

Habida cuenta esta regulación, según consta en el acta de la reunión, de fecha 5 de septiembre de 2016, de la mesa general de negociación del Ayuntamiento de Barcelona y al acta de la reunión del Comité de Empresa de la misma fecha, se mantuvo el convenio de aplicación que tenían en el momento de la transmisión, el Convenio Colectivo de Acción Social con niños, jóvenes, familias y otras personas en situación de riesgo y no el del Ayuntamiento de Barcelona, puesto que el mantenimiento de las condiciones de trabajo es dispositivo y se puede modificar por un pacto establecido una vez consumada la sucesión mediante un acuerdo.

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

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



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

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

Nos encontramos en un supuesto de una reversión a la gestión directa de un servicio por parte de la propia administración pública, que puede plantear lo siguiente: si los/as trabajadores/as fijos/as de plantilla de la contratista o concesionaria originaria se subrogan como trabajadores/as fijos/as de plantilla con esta condición.

En principio, se podría dar una respuesta afirmativa de acuerdo con el principio sucesorio ex art. 44 del ET, esto es, el mantenimiento de la condición de fijos. Ahora bien, la adquisición de la condición de personal fijo no puede entrar en ningún caso en colisión con las normas que exigen que el acceso al trabajo público sea de acuerdo con los principios de mérito y capacidad en condiciones de igualdad (art. 23 CE).

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

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

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

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

*continuar ejerciendo el lugar que ocupaba hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el trabajador mencionado acceda a la ocupación pública, superando el correspondiente proceso selectivo.”.*

Así mismo, hay otros pronunciamientos jurisprudenciales que han insistido en esta conclusión, como, por ejemplo: SAN, de 29 de octubre de 2013, (ROJ 4545/2013), STSJ de las Islas Baleares, de 8 de mayo de 2014, (ROJ: 4136/2014) y la STSJ de Murcia, de 15 de febrero de 2016, (ROJ:247/2016). La doctrina laboralista también se ha mostrado, a todos los efectos, favorable a esta conclusión.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El reconocimiento de la antigüedad configura un concepto retributivo ligado a la prestación de servicios, que computa a los efectos de acumulación de servicios para determinar los trienios que se tienen que reconocer al trabajador en cuestión. Esta afirmación conlleva que, en el supuesto analizado, este reconocimiento de servicios tenga cabida por la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, pero no tiene paralelismo en un reconocimiento de esta antigüedad acumulada a efectos de méritos o servicios prestados en la administración. Esto es así habida cuenta que se trata de servicios prestados en empresas privadas, aunque hayan sido adjudicatarias para la ejecución de los servicios PIAD y SARA, por cuanto la selección de este personal ha sido efectuada por otros mecanismos diferentes a los criterios de selección del personal al servicio de las Administraciones Públicas y en concreto, para el caso que nos ocupa, del Ayuntamiento de Barcelona que se encuentra sometido en la selección de su personal respecto de los principios de mérito, capacidad e igualdad.

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

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

- a) han sido sólo en el ámbito privado.

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

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

Este criterio ha sido invocado por la jurisprudencia, en concreto en la sentencia del Juzgado de lo contencioso-administrativo n.º 1 de Palma de Mallorca, de 27 de junio de 2017, (00291/2017) que fundamenta que **"... se trata formal y materialmente, de dos personas jurídicas diferentes y no cabe imponer al Ayuntamiento ese modo de valorar los Servicios prestados, pues no existe norma imperativa que lo establezca"**.

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

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

En igual sentido que las anteriores se pronuncia la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 29 de octubre de 2012 (sentencia n.º 3.157/2012) en su fundamento quinto dice:

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

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

El personal laboral indefinido no fijo, en este caso, es un personal que ha accedido al ejercicio de funciones públicas sin acreditar su mérito y su capacidad, su acceso se ha producido por mecanismos selectivos del ámbito privado (y por tanto fuera de las garantías y preceptivos controles administrativos). Por ello, sería contrario a la Constitución, al ordenamiento jurídico y a la jurisprudencia, así como un agravio comparativo para el resto de los/las aspirantes además de contrario a los principios de igualdad, que a este **“personal subrogado”** se le reconocieran aquellos derechos y expectativas laborales que queden estrictamente vinculados a un inicial acceso en condiciones de igualdad; mérito; capacidad y, como bien destaca la jurisprudencia, publicidad.<sup>102</sup>

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

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

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

*“En primer lugar, que la debida observancia del principio constitucional de acceso a la función pública impone vigilar con un especial rigor las singulares circunstancias concurrentes en cada procedimiento selectivo y excluir todas aquellas que pueden colocar en situación de ventaja a unos*

---

<sup>102</sup> STSJ de Asturias, de 29 de octubre de 2010, AS 20102676, *“ello significa que a los trabajadores indefinidos no fijos les será de aplicación las normas laborales en toda su extensión a excepción de aquellos derechos, ventajas y expectativas laborales que estuviesen vinculados, en cuanto a su aplicación, a un inicial acceso al empleo público respetando los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad”.*

*aspirantes frente a otros, ya que dicha situación comporta una injustificada discriminación contraria al principio de igualdad reconocido en los artículos 14 y 23.2 de la CE”.*

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

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

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

No podemos obviar, la jurisprudencia consolidada que justifica que los aspirantes en un proceso selectivo puedan recurrir contra los actos finales de los mismos sin haber impugnado previamente las bases de la convocatoria, siendo uno de los requisitos para esta excepción jurisprudencial que se lesionen derechos fundamentales, es decir, que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional como podría ser en este caso la igualdad. Como por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de mayo de 2009, recurso n.º 2586/2005 que abre la posibilidad excepcional a eludir la regla general del recurso previo de las bases y que resume esta doctrina citada como sigue:

*"Admitiendo que existía una jurisprudencia que amparaba el principio de que no impugnada las bases no puede después impugnarse el resultado, esta ha ido modificándose, empezando por la posibilidad de que se impugnara si nos encontrábamos ante una acto nulo de pleno derecho, después añadiendo el supuesto de violación de derechos fundamentales, aun cuando este puede incardinarse en el primero a tenor de lo dispuesto en el artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992, después permitiendo la impugnación, en el momento en que el resultado del proceso selectivo ha supuesto un verdadero perjuicio, ilegal, para quien no tiene la obligación de soportarlo, y finalmente en dos sentencias de esta Sala de 2 de marzo de 2009 se sostiene que: "una cosa es que, dentro del amplísimo margen de potestad discrecional que dispone la Administración para configurar las bases de un proceso selectivo, dentro por supuesto del absoluto respeto al ordenamiento jurídico, pueda disponer un contenido, que si se admite, no puede ser posteriormente cuestionado, y otra muy distinta que la falta de impugnación de las bases subsane las ilegalidades que aquellas puedan contener, pues ello supondría que el derecho sería disponible para la Administración y para las partes que lo consienten. Esto es el principio de que las bases son la ley del concurso, ha de entenderse, como ocurre ilegalmente en los contratos, que son la base de la relación contractual, en la medida en que sean conformes con el ordenamiento jurídico. En consecuencia, el consentimiento de las bases no puede convertirse en un obstáculo impeditiva a priori de la fiscalización de los actos administrativos, y no solo ya por la técnica admitida de la nulidad de pleno derecho, que, al permitir la impugnación en cualquier momento, impediría la producción del consentimiento del acto, pues siempre podría reaccionarse contra el mismo en tiempo y forma. Ni tampoco, como también se ha admitido por la jurisprudencia, distinguiendo entre un primer momento, en que pueden impugnarse la aplicación de estar en el acto resolutorio del proceso selectivo, cuando aquella es decisiva del resultado lesivo para el interesado, pues en efecto, la impugnación de las bases conlleva generalmente un resultado dañoso para el propio impugnante, al paralizar o poder hacerlo el proceso selectivo, siendo así que, a pesar de que quien participa en el mismo pueda dudar de la legalidad de alguna de ellas, hasta que se produzca efectivamente su aplicación y esta sea decisiva, puede no interesarle su aplicación".*

En consecuencia:

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

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

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



computaría a efectos de servicios prestados en la administración. Este reconocimiento como se argumenta, comporta que este personal tenga una ventaja sobre el resto de personal que también ha trabajado o está trabajando en el ámbito privado haciendo funciones de prestaciones de servicios en el ámbito municipal al ser trabajadores/as de empresas adjudicatarias y que no hayan sido internalizados, o incluso trabajadores/as que hayan prestado servicios en estas mismas empresas y que en el momento de la subrogación, por diferentes causas, hubieran causado baja, por poner un ejemplo. Este reconocimiento de cómputo de servicios puede comportar unas diferencias que no están preestablecidas dado que este reconocimiento concreto no está especificado en las bases de las convocatorias.

## RECOMENDACIÓN

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

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

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

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

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

### SEGUIMIENTO DE LA RECOMENDACIÓN

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

---

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

---

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

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

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

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

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

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

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

### CONSIDERACIONES

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

La proyección de estos principios sobre la contratación de trabajadores de las sociedades del sector público, según indica el profesor Jorge Fondevila Antolín<sup>103</sup> con los refrendos que suponen los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, suponen:

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Encontramos referencias en el área administrativa como la efectuada por el presidente de la Comisión de Expertos del EBEP, Sr. Sánchez Morón<sup>104</sup>, que considera que no existe ningún tipo de duda en la aplicación de esta disposición adicional primera a las sociedades públicas y señala lo siguiente:

---

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

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

---

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



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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

afirmación conlleva que en el supuesto analizado este reconocimiento de servicios tiene cabida por la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, pero no tiene paralelismo en un reconocimiento de esta antigüedad acumulada a efectos de méritos o servicios prestados en la administración puesto que se trata de servicios prestados a empresas privadas, aunque adjudicatarias para la ejecución de servicios PIAD y SARA, lo cual implica que la selección de este personal ha sido efectuada por otros mecanismos diferentes que los de selección del personal al servicio de las Administraciones Públicas y en concreto, para el caso que nos ocupa, del Ayuntamiento de Barcelona sometido al respeto de los principios de mérito, capacidad e igualdad.

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

Llegados a este punto se puede concluir que computar como experiencia profesional dentro del baremo de méritos (en la fase de concurso) la fecha de antigüedad del personal subrogado que consta en el anexo del acta de la reunión del comité de empresa a efectos de méritos en todos los procesos de selección sería contrario a las bases, la jurisprudencia y la doctrina analizada..."

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

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

En la consideración cuarta de la recomendación formulada por el órgano gestor del BEBG, de 16 de mayo de 2019, sobre posibles irregularidades en el cómputo de méritos del personal laboral subrogado adscrito a SARA (Servicio de Atención, Recuperación y Acogida), y a los PIAD (Puntos de Información y Atención a la Mujer) en el Ayuntamiento de Barcelona se manifestó que el reconocimiento de la antigüedad configura un concepto retributivo ligado a la prestación de servicios pero no tiene paralelismo en un reconocimiento de esta antigüedad acumulada a efectos de méritos o servicios prestados en la administración.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## **RECOMENDACIONES**

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

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

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

---

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

---

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

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

#### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

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



Si bien la Disposición Adicional Primera del Real decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado público (TREBEP)<sup>106</sup>, dispone que:

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

*"Artículo 55. Principios rectores.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

##### **A. Contrato de alta dirección**

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

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

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

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

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

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

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

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

Analizado el caso que nos ocupa y la documentación remitida al órgano gestor del BEBG resulta que, a falta de indicios sobre la existencia de despido (procedente, improcedente o nulo), **la causa de extinción de la relación laboral (que no funcional) de alta dirección** que unía al Sr/a. XXX con la sociedad pública fue la del "**desistimiento unilateral del empresario<sup>107</sup>**" en los términos establecidos en el apartado 1 del artículo 11 del referido Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, que no exige motivación o causa alguna por parte de aquel para ser efectivo. En este sentido, no puede olvidarse que, esta regulación propia de la relación laboral de carácter especial de alta dirección (art.2.1 a) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores) obedece, tal y como establece, el propio Real

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Además, el/la Sr/a XXX, **el día siguiente de la extinción de su contrato de alta dirección, al ser contratado en virtud de un "... contrato laboral por tiempo indefinido de carácter común" para ocupar un puesto de trabajo de menos responsabilidad pero manteniendo, como se ha dicho, todas las condiciones retributivas y "el resto de condiciones laborales" incluida "... la antigüedad ... reconocida en nómina, así como el resto de conceptos retributivos, a todos los efectos legales..."** que tenía al amparo de una relación laboral de carácter especial, **ganó o se vio "favorecido"**, también por la protección más reforzada que, con base en el principio pro-operario, dispensa el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (en aquel momento el Estatuto de los Trabajadores) a los empleados sometidos al régimen común. Así, por ejemplo, desaparecía la posibilidad de que operara la figura del "desistimiento unilateral del empresario" y en caso de despido disciplinario improcedente, la indemnización prevista legalmente era mucho más alta que la prevista en el Decreto regulador de la relación especial de alta Dirección (al no haberse pactado su importe en el contrato suscrito en fecha xxxxx). De forma que esta pasó, por imperativo legal, de los 20 días de salario por año trabajado con un máximo de 12 mensualidades (prevista para los despidos improcedentes de Alta Dirección) a un quantum de 33 días de salario por año de servicio –con un máximo de 720 días (si bien, respecto al tramo de antigüedad reconocida hasta el 12 de febrero de 2012<sup>108</sup>, se podría incluso defender, en el supuesto que nos ocupa, el quantum indemnizatorio de los 45 días de salario por año trabajado al haberse reconocido la antigüedad "a todos los efectos").

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

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

---

<sup>108</sup> Según la reforma laboral operada en febrero de 2012



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

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

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

## RECOMENDACIÓN

**Que se adopten las medidas de control necesarias para:**

- **Que se refuerce el cumplimiento de los preceptos legales referenciados, en concreto, la Disposición Adicional Primera del Real decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado público (TREBEP)<sup>109</sup> y el art. 222 del Decreto 179/1995, de 13 de junio, de forma que se garantice el respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad, en la selección del personal de las sociedades mercantiles municipales (sobre todo cuando estas sean de capital 100% municipal) y especialmente cuando se trate de la selección de personal de alta Dirección o Directivo.**
- **Que los procesos de selección sean debidamente documentados de forma que sirvan como evidencias del cumplimiento de la exigencia legal de respeto a los principios de mérito, igualdad y capacidad. De modo que se pueda disipar cualquier duda al respecto y minimizar cualquier riesgo reputacional tanto de la mercantil como, en última instancia, del Ayuntamiento de Barcelona.**
- **Que, en caso de extinción de los contratos de alta dirección se actúe en conformidad con la previsión de la Disposición adicional 12.7 de la Ley de Bases**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## SEGUIMIENTO DE LA RECOMENDACIÓN

El Comité de Ética se pronunció en el siguiente sentido:

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

---

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

---

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

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

### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

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

## RECOMENDACIÓN

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

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

**Esta afirmación efectuada sobre la igualdad en el ámbito selectivo, la jurisprudencia lo explicita de forma unánime en cuanto a la igualdad de oportunidades de los aspirantes de los procesos selectivos, por ejemplo citamos la STS, de 23 de febrero de 2016, (rec. 3977/2014) sobre la igualdad, cuando dice: *"En primer lugar, que la debida observancia del principio constitucional de acceso a la función pública impone vigilar con un especial rigor las singulares circunstancias concurrentes en cada procedimiento selectivo y excluir todas aquellas que puedan colocar en situación de ventaja a unos aspirantes frente a otros, ya que dicha situación comporta una injustificada discriminación contraria al principio de igualdad reconocido en los artículos 14 y 23.2 de la CE"*.**

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

consecuencia que el artículo 23.2 de la Constitución Española es una especificación del artículo 14 de la misma.

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

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

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

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

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

**inicialmente no estaba prevista, si se dio traslado de la incidencia en el momento del suceso a los miembros del tribunal<sup>110</sup>, si el tribunal tomó algún acuerdo en relación con este hecho, entre otros;**

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

---

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



---

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

---

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

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

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

### **CONSIDERACIONES**

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

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

- La actuación de los servicios públicos se tiene que regir, entre otros, por el principio de imparcialidad, actuando de forma legítima y adoptando las decisiones con imparcialidad, con garantía de las condiciones necesarias para

una actuación independiente, con el fin de representar a toda la ciudadanía y no a solo a determinados colectivos o intereses políticos. La actuación no puede estar condicionada por conflicto de interés y debe realizarse siempre en beneficio del interés público; y por el principio de integridad debe llevarse a cabo, además, de acuerdo con los valores, principios y normas de aplicación en el ejercicio del cargo público, con ausencia de influencias de intereses particulares, sin uso abusivo de su cargo, para obtener beneficios indebidos (art. 5 g) y h) del Código ético)

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

---

## ***II.- SISTEMA DE PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO***

---

---

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

---

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

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

### **CONSIDERACIONES**

El art. 78 del TREBEP expone que las Administraciones Públicas tienen que proveer los puestos de trabajo mediante los procedimientos de concurso y de libre designación con convocatoria pública, regirse por los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad; principios derivados de los arts. 23.2 y 103.3 de la CE, que operan no solo en el momento inicial de acceder a la función pública sino también en un posterior momento del desarrollo o promoción en la carrera administrativa (donde se incluye la provisión de puestos de trabajo).

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

En aplicación del art. 79.1 del RDL 5/2015, el sistema normal para proveer puestos de trabajo es el concurso de méritos: a) general, para los lugares de base; y b) específico para los puestos singulares o de mando. Excepcionalmente, se podrá proveer por libre designación los puestos que figuren en esta calificación en la relación de puestos de trabajo.

Respecto a la regulación de la libre designación como forma de provisión, se contempla en el art. 80 del TREBEP: *"La libre designación con convocatoria pública consiste en la apreciación discrecional por el órgano competente de la idoneidad de los candidatos en relación con los requisitos exigidos para el desempeño del puesto"*.

Por lo tanto, la característica esencial de la libre designación es la apreciación discrecional, que no se puede confundir con el concepto de libre arbitrio o arbitrariedad. En esta línea, la Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 19 de mayo de 2016, establece el contenido de la libre designación y sus límites:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

## RECOMENDACIÓN

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

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

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

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

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

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

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

que el principio de publicidad y transparencia se convierte en esencial, como garantía del principio de igualdad, obligando a la Administración a proporcionar a los interesados en el procedimiento aquella información relevante del proceso selectivo que les permita comprobar la imparcialidad del procedimiento en el que concurren, incluidos los datos de carácter personal de terceros también participantes en el mismo proceso selectivo con los que el solicitante compete por las mismas plazas<sup>111</sup>.

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

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

---

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

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

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

---

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

---

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

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

### **CONSIDERACIONES:**

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

El artículo 78 del TREBEP expone que las Administraciones Públicas tienen que proveer los puestos de trabajo mediante los procedimientos de concurso y de libre designación con convocatoria pública, rigiéndose por los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad; principios derivados de los arts. 23.2 y 103.2 de la Constitución española:

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

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

Estos principios operan no sólo en el momento inicial de acceder a la función pública, sino también en un posterior momento del desarrollo o promoción en la carrera administrativa.

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

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

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

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

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

## II. CONCURSO DE MÉRITOS Y CAPACIDADES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

...

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

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



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

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

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

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

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

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

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

## RECOMENDACIÓN

### - Motivar el juicio técnico cumpliendo las exigencias jurisprudenciales

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

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

### - Completar el expediente administrativo

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

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

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

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

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

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

---

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

---

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

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

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

### **RECOMENDACIÓN**

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

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

## SEGUIMIENTO DE LA RECOMENDACIÓN

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

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

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

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

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

...

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

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

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

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

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

---

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

---

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

### CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

## RECOMENDACIÓN

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

***Pero sí puede recomendar la adopción de medidas que intenten minimizar cualquier riesgo que pueda comprometer, aunque sea aparentemente, la imagen de imparcialidad y objetividad del sector público municipal del Ayuntamiento de Barcelona en materia de acceso a la función pública (también en su modalidad de promoción y ascenso en la carrera profesional) en la línea apuntada por parte de la doctrina<sup>112</sup> "... sería oportuno plantear ir más allá de las estrictas causas de abstención, y siguiendo el criterio de la nueva normativa sobre contratación pública, proscribir el conflicto de intereses, en el sentido de cualquier situación en la que el miembro del órgano tenga directa o indirectamente un interés que pudiera "parecer" que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de selección".***

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

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





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

---

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

---

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

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

### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

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

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

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

*2. Son motivos de abstención los siguientes:*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

...

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

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

...

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

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

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

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

También consta en el apartado de "Preguntas más frecuentes" de la web EAPC:  
[http://eapc.gencat.cat/ca/seleccio-de-personal/administracio-local/preguntes\\_frequents/](http://eapc.gencat.cat/ca/seleccio-de-personal/administracio-local/preguntes_frequents/):

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

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

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

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

## **RECOMENDACIÓN**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## SEGUIMIENTO DE LA RECOMENDACIÓN:

**El Comité de Ética se pronunció en el sentido siguiente:**

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

---

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

---

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

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

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

#### **CONSIDERACIONES.**

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

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

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



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

## RECOMENDACIÓN

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

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

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

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

#### CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Cualquier administración, que aspire a prestar con eficacia y eficiencia servicios de calidad, precisa de instrumentos de ordenación y de gestión de recursos humanos u otros similares; por lo cual se hace necesario la introducción y consolidación como método de **la planificación de recursos humanos**. La gestión del sistema del trabajo público tiene que ser proactiva y no improvisada o reactiva, proponiendo mecanismos de programación para optimizar el volumen y la distribución del personal, así como la adecuación a las exigencias del servicio público organizado en puestos de trabajo.

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

## RECOMENDACIÓN

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

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

---

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

---

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

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

### CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

## RECOMENDACIÓN

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

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

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

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

**Por otro lado, se emitieron también las siguientes recomendaciones:**

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

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

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

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

---

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

---

---

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

---

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

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

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

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

Las ventajas que aporta la T-CAT son:

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

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

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

*"De acuerdo con lo que especifica el documento "Perfiles de Certificados Electrónicos" de la Dirección de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, que define entre otros un perfil de certificado cualificado para trabajadores/as públicos/as con el objetivo de garantizar su interoperabilidad con las aplicaciones de las Administraciones Públicas a nivel estatal, el campo Common Name de este tiene que contener tanto el número completo del trabajador como su DNI. Para cumplir este requisito los nuevos perfiles de certificados cualificados para trabajadores/as públicos/as que ofrece el Consorcio AOC **a partir de la adaptación de los certificados a la normativa EIDAS<sup>113</sup>**, hecha el pasado 9 de mayo, **los certificados incluyen este cambio**".*

## II. NORMATIVA DE APLICACIÓN

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

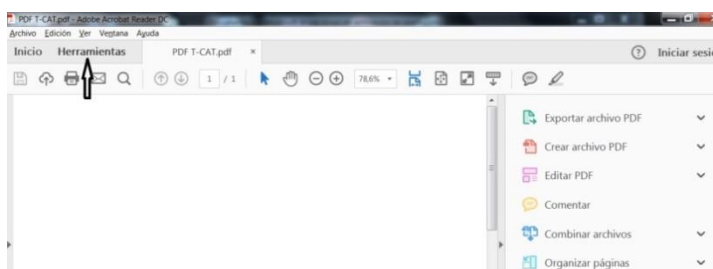


En la página web <https://www.aoc.cat/knowledge-base/el-dni-ha-dapareixer-al-certificat-juntament-amb-el-nom-cognom>, la AOC informa de los trámites a seguir en caso de que se quiera ocultar el número de DNI en la firma electrónica, que a continuación reproducimos:

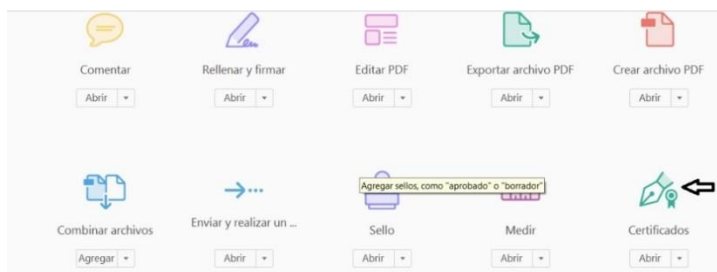
*"En caso de que se quiera ocultar el DNI cuando se firme un pdf, se tendrán que ocultar también el nombre y apellidos puesto que ahora irán en el mismo campo CN (Nombre, Apellidos y NIF). Asimismo, el campo CN se podrá ver siempre, igual que en todos los certificados anteriores a la aplicación de esta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

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

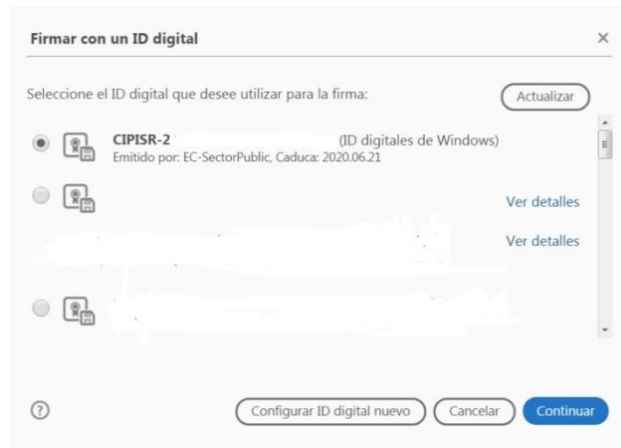
- *Clicar a Herramientas*



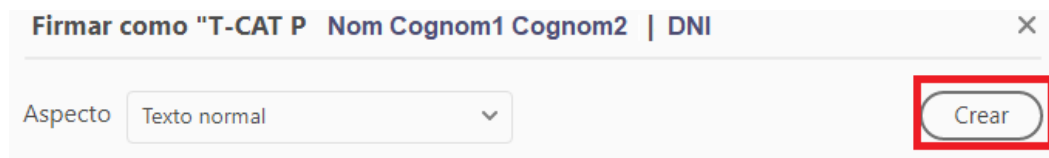
- *Seleccionar "Certificados"*



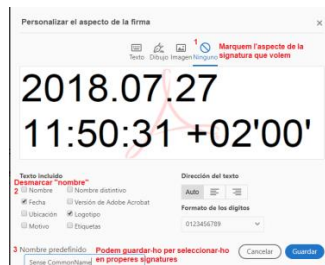
- *Seleccionar "Firmar digitalmente"*
- *Hacer un recuadro donde se quiere realizar la firma.*
- *Escoger el certificado con el que se quiere firmar y clicar en Continuar.*



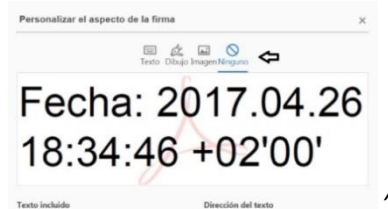
- Aparece una pantalla que muestra cómo se visualizará la firma que se realizará. En este punto clicar en "crear", para genera un nuevo aspecto de la firma.



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



- Al guardar la firma quedará como la de abajo:



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

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

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

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

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

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

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

*Cuando el certificado se utilice para actuaciones sobre:*

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

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

*2.- ¿Qué puede ser un pseudónimo?*

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

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

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

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

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

## **VI. AUTORIDAD CATALANA DE PROTECCIÓN DE DATOS:**

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

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

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

Emite, entre otros, los siguientes pronunciamientos:

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

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

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

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

Para concluir que:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

## RECOMENDACIÓN

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

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

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

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

---

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

---

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

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

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

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

#### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

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

### **RECOMENDACIÓN**

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

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

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

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

#### **CONSIDERACIONES**

##### **I. ANÁLISIS JURÍDICO DEL CONCEPTO DE EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO.**

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

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

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

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

Por su parte, el art. 70 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas<sup>115</sup> además de reproducir en su apartado 1 el correlativo del art. 164.1 del ROAS, establece los requisitos del expediente administrativo con especial mención del expediente electrónico en los apartados 2 y 3, añadiendo en su apartado cuarto, entre otros extremos, aquello que no tiene que formar parte del expediente administrativo:

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

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

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

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

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

---

<sup>115</sup> Se reproduce el artículo 70. Expediente Administrativo. Concretamente su apartado 2

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## **II. EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO**

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

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

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

## RECOMENDACIÓN

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

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

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

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

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

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

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



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

#### **SEGUIMIENTO DE LA RECOMENDACIÓN.**

**El Comité de Ética se pronunció en el sentido siguiente:**

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

---

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

---

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

#### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## II. PRESUNTO EXTRAVÍO DE DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA.

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

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

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

## RECOMENDACIÓN

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

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

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

---

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

---

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

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

#### CONSIDERACIONES

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

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

- 1. Se considera teletrabajo aquella modalidad de prestación de servicios a distancia en la que el contenido competencial del puesto de trabajo puede desarrollarse, siempre que las necesidades del servicio lo permitan, fuera de las dependencias de la Administración, mediante el uso de tecnologías de la información y comunicación.*
- 2. La prestación del servicio mediante teletrabajo habrá de ser expresamente autorizada y será compatible con la modalidad presencial. En todo caso, tendrá carácter voluntario y reversible salvo en supuestos excepcionales debidamente justificados. Se realizará en los términos de las normas que se dicten en desarrollo de este Estatuto, que serán objeto de negociación colectiva en el ámbito correspondiente y contemplarán criterios objetivos en el acceso a esta modalidad de prestación de servicio.*

*El teletrabajo deberá contribuir a una mejor organización del trabajo a través de la identificación de objetivos y la evaluación de su cumplimiento.*
- 3. El personal que preste sus servicios mediante teletrabajo tendrá los mismos deberes y derechos, individuales y colectivos, recogidos en el presente Estatuto que el resto del personal que preste sus servicios en modalidad presencial, incluyendo la normativa de prevención de riesgos laborales que resulte aplicable, salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación del servicio de manera presencial.*
- 4. La Administración proporcionará y mantendrá a las personas que trabajen en esta modalidad, los medios tecnológicos necesarios para su actividad.*

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

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

*"4. Equipos y herramientas*

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

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

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

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

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

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

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

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

## RECOMENDACIÓN

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

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

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

---

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

---

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

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

#### **CONSIDERACIONES**

##### **I. ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS HECHOS OBJETO DE LA COMUNICACIÓN**

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

<sup>118</sup> "Memento. Empleado Público". Ediciones Francis Lefevre.

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

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

## **B- Respetto a la abstención en asuntos personales**

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

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

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

## **RECOMENDACIÓN**

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

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

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

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

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

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

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

---

## **IV. OTRAS ALERTAS**

---

---

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

---

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

#### **CONSIDERACIONES**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

---

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

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

### CONSIDERACIONES

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

#### a) PADRÓN MUNICIPAL

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

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

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

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



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

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

# **RECOMENDACIONES DE CARÁCTER PREVENTIVO EN RELACIÓN CON ALERTAS DE IRREGULARIDADES EN ACTIVIDADES DE FOMENTO (SUBVENCIONES, ETC.)**

---

## ***I. PRESUNTAS IRREGULARIDADES EN LA GESTIÓN CÍVICA DEL CASAL DE BARRIO MUNICIPAL "YY" SITUADO EN EL DISTRITO "XX": a) presunta infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales; b) Falta de disposición de un protocolo de acoso laboral; c) Falta de utilización de la imagen corporativa en las actividades y servicios llevados a cabo por el centro cívico; d) Otras irregularidades relacionadas con la justificación económica de las dotaciones recibidas.***

---

El órgano gestor del Buzón Ético ha emitido diferentes Recomendaciones a raíz de las múltiples comunicaciones recibidas alertando de varias irregularidades que presuntamente se habrían cometido en la gestión cívica del casal de barrio municipal YY, situado en el Distrito XX. El carácter heterogéneo de los hechos y circunstancias de las que se ha dado traslado así como la variada documentación que acompañaba cada una de las comunicaciones cursadas comportó un análisis detallado de las mismas y, en consecuencia, que se emitieran, como se ha dicho de diferentes Recomendaciones. Se procederá aquí a elaborar un resumen de todas ellas abordando de manera conjunta los siguientes aspectos: a) Presunto trato incorrecto a los/las trabajadores/as del Casal por parte de la gestora; b) Falta de disposición de un protocolo de acoso laboral; c) Falta de utilización de la imagen corporativa en las actividades realizadas en el Casal y los productos impulsados por aquel; d) Otras irregularidades relacionadas con la justificación económica de los costes generados por la actividad del casal.

Una vez presentada la comunicación, el órgano gestor del BEBG comprueba los hechos objeto de la comunicación mediante las tareas de investigación que sean procedentes (art. 13 NRBEBG), que en el presente caso han sido:

- I.1 Análisis de las Bases para la Gestión Cívica del Casal de Barrio YY
- I.2 Solicitud de información y documentación a la persona comunicante
- I.3 Solicitud de información y documentación al Distrito de XX.

En concreto se le pidió:

*"- Expediente del Convenio de colaboración del Distrito XX con la entidad gestora para la gestión cívica del Casal de Barrio YYY en vigor, así como los que se hayan podido suscribir con esta entidad, señalando el importe de los mismos, indicando la forma de control y comprobación del destino de la subvención.*

- Relación de quejas recibidas, de haber habido, respecto a la gestión cívica del Casal de barrio YY durante todo el tiempo de vigencia del convenio vigente así como de los que puedan haber existido previamente (indicando número de quejas, motivos y fechas).

- Documentación acreditativa de cumplimiento de las previsiones de la normativa de prevención de riesgos laborales, y concretamente, a) Plan de Prevención de Riesgos Laborales, b) Evaluación de riesgos laborales (seguridad, higiene industrial y ergonomía y psicología aplicada), c) Planificación de la actividad preventiva, d) Formación e información en materia de prevención de riesgos laborales (contenido, duración, objeto, firma del/de la trabajador/a; e) Vigilancia de la salud; f) Protocolos y procedimientos preventivos, incluyendo específicamente el de acoso laboral. - Relación de trabajadores contratados para la ejecución de la gestión cívica del Casal de Barrio, tipo de contratación laboral, funciones realizadas y titulación (de ser el caso).

- Relación de conciertos y talleres organizados desde el inicio del convenio vigente, con justificación de los gastos generados por la contratación de los mismos y de los ingresos generados mediante el pago de los usuarios o por cualquier otro medio, aportando facturas u otro apoyo jurídico correspondiente. Así mismo, respecto a los conciertos, aportar copia de alguna de las entradas.

- Registro de ingresos y gastos por la compra y venta de unos determinados artículos de promoción comercial<sup>120</sup>.

Si disponen de cualquier otra documentación o información en relación con esta comunicación, que consideren oportuno trasladarnos para completar o añadir a la que os hemos pedido, nos la pueden hacer llegar conjuntamente con la información requerida."

Y en respuesta a tal petición, el Distrito remitió al órgano gestor del Buzón Ético los siguientes documentos:

- Expedientes correspondientes a la Gestión Cívica de "YY": Expediente XX-CONV-XXX/2015, XX-CONV-XXX/2019 y XX-CONV-XXX/2021

- Informe sobre la comunicación al Casal de Barrio "YY" del Departamento de Comunicación de fecha XXX.

- Requerimiento del Distrito a la entidad gestora, para aportación de documentación específica.

- Acta relativa al requerimiento de documentación realizado para la DSA dentro de la gestión cívica del casal de Barrio "YY", levantada a la reunión mantenida entre la Asociación gestora del Casal y el Distrito de fecha ...

---

<sup>120</sup> Artículos comercializados que quedan especificados en la Recomendación que se resume en la presente ficha y que por motivos de confidencialidad no se especifican aquí.

- Documentación facilitada por la Asociación gestora al Distrito consistente en:
  - Memoria cualitativa Casal de fecha... de 2021 de la entidad gestora
  - Memoria cualitativa Casal de fecha... de 2020 de la entidad gestora
  - Informe Técnico. Gestión: Evaluación de riesgos por COVID 19 y medidas preventivas de fecha... de 2020.
  - Informe de revisión limitada de la cuenta de explotación, correspondiendo al año 2021 sobre Gestión del equipamiento del Casal de Barrio realizada por la entidad gestora firmado por Auditor... en fecha... de 2022.
  - Informe de revisión limitada de la cuenta de explotación, correspondiendo al año 2020 sobre Gestión del equipamiento del Casal de Barrio realizada por la Asociación gestora firmado por Auditor... en fecha... de 2021.
  - Listado del personal contratado Casal de Barrio (sin fecha, ni firma, solo sellado y sin ningún apoyo documental que lo acompañe).
  - Información relativa a determinados artículos de promoción comercial de la entidad gestora (sin fecha y firma, solo sellado)
  - 7 fotografías de folletines informativos
  - Listado de quejas recibidas en el Casal de Barrio (sin fecha, firma, ni sello y sin acompañar ningún apoyo documental).

Hay que destacar, a los efectos oportunos (y sobre todo en lo que respecta a la densidad y magnitud de la información tratada y su incidencia en el plazo de resolución de la comunicación), que solo el volumen de la documentación aportada por el Distrito, asciende a un total de 1880 páginas.

Efectuadas las actuaciones de investigación correspondientes, examinada la documentación e información aportada por las personas comunicantes; la requerida al Distrito afectado y en especial las correspondientes Bases para la Gestión Cívica del Casal "YY" publicadas en el B.O.P., así como demás información obtenida de otras fuentes, plataformas y registros, y analizada la normativa de aplicación, se trasladaron las siguientes consideraciones y recomendaciones:

## **CONSIDERACIONES RELATIVAS AL CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES**

En este punto resultó relevante, entre otros, el análisis de las Bases para la Gestión Cívica del Casal de Barrio "YY" relativas al cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, concretamente base octava, decimocuarta, decimosexta, Anexo III y Anexo IV.

Partiendo de la documentación recibida y su análisis, se realizaron las siguientes consideraciones:

## I.I. CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Habida cuenta:

- La Base Decimocuarta relativa a Derechos y Obligaciones del Gestor Cívico, apartado s) que recoge la obligación del Gestor Cívico de *"Cumplir la normativa de prevención de riesgos laborales...; extremo que tiene que acreditar documentalmente a petición del Ayuntamiento..."*;

- y la BASE DECIMOSEXTA. EXTINCIÓN DEL CONVENIO relativa a la extinción del Convenio, se especifica que constituyen causas específicas de resolución, entre otros, el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la normativa general sobre prevención de riesgos laborales, que implicaría la anulación total o parcial de la subvención y la obligación de su reintegro, el órgano gestor del Buzón Ético solicitó al Distrito la siguiente información:

*"- Documentación acreditativa de cumplimiento de las previsiones de la normativa de prevención de riesgos laborales, y concretamente, a) Plan de Prevención de Riesgos Laborales, b) evaluación de riesgos laborales (seguridad, higiene industrial, ergonomía y psicología aplicada), c) Planificación de la actividad preventiva, d) Formación e información en materia de prevención de riesgos laborales (contenido, duración, objeto, firma del/de la trabajador/a; e) Vigilancia de la salud; f) Protocolos y procedimientos preventivos, incluyendo específicamente el de acoso laboral."*

En respuesta, el Distrito remitió un requerimiento a la entidad gestora del casal de Barrio, para que aportara la referida documentación. Pero la gestora del Casal de Barrio; para dar cumplimiento a la normativa de prevención de riesgos laborales, y por tanto, de toda la documentación solicitada, solo aportó un documento:

- "Informe Técnico. Gestión: Evaluación de riesgos por COVID 19 y medidas preventivas".

En este informe, como se indica en el mismo, se propone la aplicación de medidas preventivas dirigidas al control del coronavirus SARS-CoV2-2 durante la realización de las actividades de la empresa. También se especifica que constituye un complemento de la evaluación general de riesgos laborales actualmente en vigor. Evaluación de riesgos que no se encuentra incorporada a la documentación remitida.

Procede recordar, por lo tanto, que el art. 14 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, relativo al deber del empresario de protección de los/las trabajadores/as frente a los riesgos laborales dispone, en su apartado segundo, que:

*"En cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo. A estos efectos, en el marco de sus responsabilidades, el empresario realizará la prevención de los riesgos laborales mediante la integración de la actividad preventiva en la empresa y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, con las especialidades que se recogen en los artículos siguientes en materia de plan de prevención de riesgos laborales, evaluación de riesgos, información, consulta y participación y formación de los trabajadores, actuación en casos de emergencia y de riesgo grave e inminente, vigilancia de la salud, y mediante la constitución de una organización y de los medios necesarios en los términos establecidos en el capítulo IV de esta ley.*

*El empresario desarrollará una acción permanente de seguimiento de la actividad preventiva con el fin de perfeccionar de manera continua las actividades de identificación, evaluación y control de los riesgos que no se hayan podido evitar y los niveles de protección existentes y dispondrá lo necesario para la adaptación de las medidas de prevención señaladas en el párrafo anterior a las modificaciones que puedan experimentar las circunstancias que incidan en la realización del trabajo."*

A tal efecto, se recuerda que la entidad gestora tiene que cumplir con la normativa de prevención de riesgos laborales, y las obligaciones que se derivan de ella, entre las cuales se encuentran:

#### **- Plan de prevención de riesgos laborales**

El art. 16.1 de la LPRL recoge que: *"La prevención de riesgos laborales deberá integrarse en el sistema general de gestión de la empresa, tanto en el conjunto de sus actividades como en todos los niveles jerárquicos de esta, a través de la implantación y aplicación de un plan de prevención de riesgos laborales a que se refiere el párrafo siguiente.*

*Este plan de prevención de riesgos laborales deberá incluir la estructura organizativa, las responsabilidades, las funciones, las prácticas, los procedimientos, los procesos y los recursos necesarios para realizar la acción de prevención de riesgos en la empresa, en los términos que reglamentariamente se establezcan."*

#### **- Evaluar los riesgos que no se han podido evitar y planificar la acción preventiva**

Los principios generales de la acción preventiva son evitar el riesgo, y en segundo lugar evaluar los riesgos que no se puedan evitar (artículo 15.1.ª) y b) de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL)).

La evaluación de los riesgos se define en el art. 3.1, del Reglamento de Servicios de Prevención (RSP), RD 39/1997, de 17 de enero (RSP) como *«el proceso dirigido a estimar la magnitud de aquellos riesgos que no hayan podido evitarse, obteniendo la información necesaria para que el empresario esté en condiciones de tomar una decisión apropiada sobre la necesidad de adoptar medidas preventivas y, en tal caso, sobre el tipo de medidas que deben adoptarse».*



De conformidad con el art. 16.2 a) de LPRL el empresario tendrá que realizar la evaluación inicial de los riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores, teniendo en cuenta, a todos los efectos:

- La naturaleza de la actividad
- Las características de los puestos de trabajo existentes
- Los trabajadores que han de desarrollarlos.

En esta línea, el art. 4 del Reglamento de Servicios de Prevención especifica que para la evaluación inicial se debe tener en cuenta:

*"a) Las condiciones de trabajo existentes o previstas, tal como quedan definidas en el apartado 7 del artículo 4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales<sup>121</sup>.*

*b) La posibilidad de que el trabajador que lo ocupe o vaya a ocuparlo sea especialmente sensible, por sus características personales o estado biológico conocido, a alguna de dichas condiciones."*

Hay que incidir, respecto a la evaluación de riesgos laborales, que su realización es una obligación legal, y que la configuración de este deber no es meramente formal y burocrático, es decir, que con el mero hecho de disponer de este documento no es suficiente para entender que se da su cumplimiento, sino que es necesario que, detectados los factores de riesgo, se planifiquen las medidas preventivas y correctoras y se proceda a su revisión.

La evaluación de riesgos laborales tiene que tener en cuenta los riesgos laborales de las siguientes especialidades: seguridad en el trabajo, higiene industrial, ergonomía y psicología aplicada.

---

<sup>121</sup> Art 4.7 LPRL. Se entenderá como «condición de trabajo» cualquier característica del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y la salud del trabajador. Quedan específicamente incluidas en esta definición:

- a) Las características generales de los locales, instalaciones, equipos, productos y demás útiles existentes en el centro de trabajo.*
- b) La naturaleza de los agentes físicos, químicos y biológicos presentes en el ambiente de trabajo y sus correspondientes intensidades, concentraciones o niveles de presencia.*
- c) Los procedimientos para la utilización de los agentes citados anteriormente que influyan en la generación de los riesgos mencionados.*
- d) Todas aquellas otras características del trabajo, incluidas las relativas a su organización y ordenación, que influyan en la magnitud de los riesgos a que esté expuesto el trabajador.*

**- Organizar las actividades preventivas de acuerdo con alguna de las modalidades previstas y dotar de medios para llevar a cabo las actividades.**

A tal efecto, nos remitimos al Capítulo IV de la LPRL relativo a Servicios de prevención, art. 1.3 y Capítulo III del RSP.

**- Consultar a los trabajadores y permitir su participación, en todo aquello relacionado con la seguridad y salud laboral.**

En cumplimiento del artículo 18.2 LPRL *"El empresario deberá consultar a los trabajadores, y permitir su participación, en el marco de todas las cuestiones que afecten a la seguridad y a la salud en el trabajo, de conformidad con lo dispuesto en el capítulo V de la presente Ley.*

*Los trabajadores tendrán derecho a efectuar propuestas al empresario, así como a los órganos de participación y representación previstos en el capítulo V de esta Ley, dirigidas a la mejora de los niveles de protección de la seguridad y la salud en la empresa."*

A tal efecto, nos remitimos al Capítulo V de la LPRL relativo a la "Consulta y participación de los trabajadores"

**- Dar formación e información a los/as trabajadores/as en relación con los riesgos laborales, así como las medidas de prevención y de protección, incluyendo las medidas de emergencia y primeros auxilios.**

El art. 18 LPRL impone la obligación de que todos/as los/as trabajadores/as tienen que recibir información en prevención de riesgos laborales respecto a:

*"a) Los riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo, tanto aquellos que afecten a la empresa en su conjunto como a cada tipo de puesto de trabajo o función.*

*b) Las medidas y actividades de protección y prevención aplicables a los riesgos señalados en el apartado anterior.*

*c) Las medidas adoptadas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la presente Ley."*

De acuerdo con la exposición de la Nota Técnica de prevención 559, del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, *"Para cada puesto de trabajo se dispondrá de una hoja informativa en la que se indique claramente los riesgos del puesto y las medidas y normas de seguridad adoptadas en cada caso. Este documento será actualizado periódicamente o cuando se produzcan cambios en la maquinaria, equipos, métodos de trabajo, o tareas que tenga que llevar a cabo el trabajador siempre que se modifiquen sustancialmente las condiciones de seguridad.*

*El mando directo entregará este documento a los trabajadores, haciendo constar los receptores, la fecha y la firma de los mismos, de manera que se pueda llevar un control, debiéndose complementar además esta información escrita con la necesaria información verbal.”*

El artículo 19 de la LPRL, relativa a la formación de los trabajadores, dispone que: *“En cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar que cada trabajador reciba una formación teórica y práctica, suficiente y adecuada, en materia preventiva, tanto en el momento de su contratación, cualquiera que sea la modalidad o duración de esta, como cuando se produzcan cambios en las funciones que desempeñe o se introduzcan nuevas tecnologías o cambios en los equipos de trabajo.*

*La formación deberá estar centrada específicamente en el puesto de trabajo o función de cada trabajador, adaptarse a la evolución de los riesgos y a la aparición de otros nuevos y repetirse periódicamente, si fuera necesario.”.*

**- Analizar las posibles situaciones de emergencia y adoptar las medidas necesarias en materia de primeros auxilios, lucha contra incendios y evacuación de los trabajadores.**

A tal efecto nos remitimos al art. 20 LPRL.

**- Adoptar las medidas necesarias para que, en caso de riesgo grave e inminente, los trabajadores puedan interrumpir su actividad y abandonar, si fuera necesario, el puesto de trabajo.**

A tal efecto nos remitimos al art. 21 LPRL.

**- Garantizar la vigilancia médica periódica de los trabajadores en función de los riesgos laborales**

El artículo 22 de la LPRL dispone que *“El empresario garantizará a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo. Esta vigilancia sólo podrá llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento.”*

**- Realizar una investigación de todos los accidentes de trabajo**

A tal efecto nos remitimos al art. 16.3 LRPL y art. 5 RSP.

**- Coordinar las actividades preventivas en caso de concurrencia con otras empresas**

A tal efecto, se hace remisión al art. 24 de la LPRL y el Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, por el cual se desarrolla el art. 24 de la LPRL, en materia de coordinación de actividades empresariales.

**- Elaborar y conservar a disposición de la autoridad laboral, la documentación exigida por la ley.**

El artículo 23 dispone que: *"El empresario deberá elaborar y conservar a disposición de la autoridad laboral la siguiente documentación relativa a las obligaciones establecidas en los artículos anteriores:*

*a) Plan de prevención de riesgos laborales, conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 16 de esta ley.*

*b) Evaluación de los riesgos para la seguridad y la salud en el trabajo, incluido el resultado de los controles periódicos de las condiciones de trabajo y de la actividad de los trabajadores, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo a) del apartado 2 del artículo 16 de esta ley.*

*c) Planificación de la actividad preventiva, incluidas las medidas de protección y de prevención a adoptar y, en su caso, material de protección que deba utilizarse, de conformidad con el párrafo b) del apartado 2 del artículo 16 de esta ley.*

*d) Práctica de los controles del estado de salud de los trabajadores previstos en el artículo 22 de esta Ley y conclusiones obtenidas de los mismos en los términos recogidos en el último párrafo del apartado 4 del citado artículo.*

*e) Relación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que hayan causado al trabajador una incapacidad laboral superior a un día de trabajo. En estos casos el empresario realizará, además, la notificación a que se refiere el apartado 3 del presente artículo."*

## I.II. RELACIÓN DE QUEJAS RECIBIDAS POR LA GESTIÓN DEL CASAL DE BARRIO

En el marco del requerimiento de información realizado por el órgano gestor del Buzón Ético al Distrito, se solicitó también la relación de quejas recibidas, respecto a la gestión cívica del Casal de Barrio durante todo el tiempo de vigencia del actual convenio de gestión, así como de los que hubieran existido previamente (indicando número de quejas, motivos y fechas). Y esto por cuanto el Buzón ético reunió evidencias sobre su existencia. Al respecto, lo que se recibió fue un listado de quejas elaborado por la propia Entidad gestora del Casal, donde solo constaban quejas de los años 2017 y 2018, y además, ninguna de ellas hacía referencia a aquellas de las cuales el Buzón Ético tenía constancia de su existencia (relativas tanto al presunto maltrato a los/as trabajadores/as por parte de la entidad Gestora, como a la mala gestión del equipamiento municipal).

Todos estos elementos dejan en evidencia que el listado de quejas enviado por la Entidad gestora para dar cumplimiento al requerimiento de información solicitado por el Buzón Ético es incompleto. Extremo que el Buzón Ético puso de manifiesto a los efectos oportunos y sobre todo de cara a la obligación establecida en la cláusula octava, apartado d) del Convenio de colaboración entre el Ayuntamiento de Barcelona y la entidad gestora para la gestión cívica del Casal de Barrio según la cual: "Constituyen causas específicas de resolución (...) d) Las actuaciones de la Entidad Gestora que impidan o menoscaben las potestades de dirección y control que corresponden en el Ayuntamiento".

### I.III. CONSIDERACIONES EN RELACIÓN CON EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO RELATIVO A LA GESTIÓN CÍVICA DEL CASAL DE BARRIO XX-CONV-XX/XX

Fruto del análisis del expediente administrativo de gestión cívica XX-CONV-XX/XXX se detectan dos disfuncionalidades relativas a lo siguiente:

- 1) En el Acta de la Comisión de Valoración: "Valoración y Puntuación de la oferta presentada", probablemente por la existencia de un error tipográfico, aparece: "Así la puntuación total otorgada por los miembros de la comisión al proyecto presentado por ZZZ es de XX,XX puntos sobre una puntuación máxima de 100 puntos", cuando no aparece incorporado en el Expediente administrativo relativo a la gestión cívica ningún proyecto por parte de la entidad ZZZ.
- 2) En el foliado del expediente administrativo de Gestión Cívica, puesto que en la referida Acta de la Comisión de Valoración: "Valoración y Puntuación de la oferta presentada" y, en el folio 2XX, se dice que: "Sobre cada criterio publicado, los miembros de la comisión emiten su valoración sobre el proyecto. Hecha la valoración por cada uno de los miembros de la comisión, se procede a puntuar según los criterios publicados, lo que se recoge en el informe que se adjunta a esta acta de valoración y de propuesta de adjudicación" pero en este informe que al que se hace referencia no consta adjunto al Acta, tal y como en ella se dice, sino 193 folios más tarde, concretamente, en el folio 39XX y siguientes del expediente.

### RECOMENDACIÓN

**Una vez examinada la documentación y la información obrante en el expediente, y analizada la normativa de aplicación, para fomentar y mejorar las buenas prácticas en la gestión pública, priorizando la prevención por encima de las conductas reactivas, procede realizar las siguientes consideraciones y recomendaciones:**

- **Del análisis de las comunicaciones recibidas en el Buzón Ético se desprenden quejas respecto al trato recibido por la dirección del Casal de Barrio hacia los/as trabajadores/as. A tal efecto, la Ley de prevención de riesgos laborales reconoce como aspectos de trabajo susceptibles de producir daños, y por tanto objeto de la**

**actividad preventiva "todas aquellas características del trabajo, incluidas las relativas a su organización y ordenación».**

**Todas las empresas tienen que evaluar los riesgos psicosociales, (LPRL art. 15.1.b), con una finalidad preventiva (arts. 2.2 y 2.3 del RSP: «2. La puesta en práctica de toda acción preventiva requiere, en primer término, el conocimiento de las condiciones de cada uno de los puestos de trabajo, para identificar y evitar los riesgos y evaluar los que no puedan evitarse. 3. A partir de los resultados de la evaluación de los riesgos, el empresario planificará la actividad preventiva cuya necesidad ponga aquella, en su caso, de manifiesto.»), identificando cuáles son los factores de riesgos psicosociales, entendiendo por estos, "aquellas características de las condiciones de trabajo y, sobre todo, de su organización que afectan a la salud de las personas a través de mecanismos psicológicos y fisiológicos a los que también llamamos estrés. En términos de prevención de riesgos laborales, los factores psicosociales representan la exposición (o los factores de riesgo), la organización del trabajo el origen de esta, y el estrés precursor del efecto (enfermedad o trastorno de salud que pueda producirse y que debemos prevenir)".**

**En la documentación remitida por el Distrito, no consta ninguna evaluación de riesgos psicosociales. Pero no solo esto sino que la Entidad gestora no ha presentado ninguna documentación relativa al cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales,**

**- A pesar de su requerimiento por parte del Distrito (Base decimocuarta, apartado s) de las Bases para la gestión cívica del Casal de Barrio y Anexo 4 de la Declaración Responsable)**

**- Y a pesar de que (como ya se ha avanzado) están tipificadas, como causas de resolución del convenio de colaboración:**

**a) El incumplimiento de las obligaciones derivadas de la normativa general sobre prevención de riesgos laborales (Cláusula octava apartado b) del convenio de colaboración entre el Ayuntamiento de Barcelona y la Entidad gestora para la gestión cívica del Casal de Barrio "YY");**

**b) Así como, las actuaciones de la entidad gestora que impidan o menoscaben las potestades de dirección y control que corresponden al Ayuntamiento (apartado d) de la referida cláusula octava).**

**Por lo tanto, procede recomendar al Distrito que articule las acciones pertinentes para que la Entidad gestora dé cumplimiento al clausulado del Convenio de Colaboración entre esta y el Ayuntamiento de Barcelona, o, en su caso, se adopten las medidas previstas y establecidas en el mismo para el caso de incumplimiento.**

- Vistos los indicios de presentación de quejas a la Entidad gestora, no recogidas en el listado de quejas aportado por aquella a requerimiento del Buzón Ético, se recomienda que la entidad se dote de un registro de quejas y sugerencias que incorpore cualquier queja de la que la entidad tenga conocimiento a los efectos reputacionales del servicio público que se está ofreciendo por la entidad.

- Habida cuenta la comprobación del error material en el acta de la Comisión de Valoración de fecha XX del expediente administrativo XX-CONV-XXX/XXX, se proceda de conformidad con el art. 109.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, relativo a: *"Las Administraciones Públicas podrán, asimismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos"*.

- En atención al error en el foliado del expediente administrativo, se recomienda completar el expediente administrativo XXCONV-XXX/2021, en aplicación del art. 70 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones públicas que recoge que: *"Se entiende por expediente administrativo el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla"* y *"se formarán mediante la agregación ordenada de cuantos documentos, pruebas, dictámenes, informes, acuerdos, notificaciones y demás diligencias deban integrarlos, así como un índice numerado de todos los documentos que contenga cuando se remita"*.

No se puede olvidar que el foliado de los expedientes garantiza el principio de seguridad jurídica, así como la integridad e inmutabilidad del expediente administrativo.

## SEGUIMIENTO DE LA RECOMENDACIÓN

El Distrito remitió al órgano gestor del Buzón Ético respuesta a la recomendación evacuada, mediante informe en el que se indicaba lo siguiente: a) Una vez requerida la Entidad gestora del Casal de Barrio para qué aportara la documentación relativa al cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales esta respondió en tiempo y forma, y b) Revisada por los servicios del Distrito la documentación presentada por la entidad gestora, se comprobó que esta se ajustaba a aquello que determinaban las bases para la gestión cívica del casal de Barrio. Adjunta a este informe del Distrito, se acompañaba copia de la documentación que había aportado la Entidad gestora.

Sin embargo, dado el traslado efectuado por el Distrito, y el análisis de la documentación aportada por la Entidad gestora y adjunta al informe del Distrito,

el órgano gestor del Buzón Ético procedió a realizar las siguientes consideraciones:

I. El cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales no se circunscribe a disponer de una documentación, es decir, un deber meramente formal y burocrático, con datos pendientes de rellenar. A tal efecto nos remitimos al documento de planificación preventiva aportado por la Entidad gestora, donde se comprueba que ninguno de los apartados correspondientes a estos datos está cumplimentado.

En este sentido, por su claridad y contundencia, nos remitimos a la "Guía de Actuación Inspectoral de Control de la Gestión de la Prevención de Riesgos Laborales en las Empresas" de Inspección de Trabajo:

*"3.1 El cumplimiento de la obligación de la planificación supone no solo la presentación de la propuesta de planificación preventiva elaborada por el Servicio de Prevención ajeno, sino que la planificación sea asumida por la empresa estableciendo recursos, plazos, responsables y seguimiento y control del cumplimiento de la misma.*

*3.2 De acuerdo con el contenido mínimo del RSP debe concretar los recursos humanos para desarrollar la planificación (ejecución y control de objetivos y cumplimiento) y materiales (presupuesto, coste de materiales e instalación, etc.). Se trata de verificar que la empresa ha asumido el cumplimiento progresivo de realización de las obligaciones preventivas que se deducían de la evaluación de riesgos, conforme al calendario paulatino establecido previamente.*

...

*3.4 Ello precisa que la planificación especifique como se ha organizado la información sobre los riesgos laborales y las medidas preventivas a cada trabajador respecto a su puesto de trabajo. También que incluya un Plan de formación que debe contener: cursos impartir, calendario y trabajadores afectados. Debe señalarse que tanto la LPRL (art. 23), como el RSP (art. 7) exigen que haya una constancia documental de la planificación y, de acuerdo con su contenido establecido en el art. 9 RSP, debe incluir la información sobre los riesgos y la formación.*

*3.5 Una vez que la empresa asume la planificación y establece plazos debe cumplirlos, al menos como regla general, y su incumplimiento determina una infracción a lo dispuesto en el art. 16.2 b) LPRL, tipificada en el art. 12.1b) de la LISOS. El RSP exige también que la planificación incluya un procedimiento de control del cumplimiento de la misma. La planificación puede referirse a un período superior al año, si bien en ese caso debe efectuarse un programa anual. 3.6 De acuerdo con lo indicado en el apartado anterior, la medida preventiva, incluida en la planificación preventiva asumida por la empresa, se convierta en una obligación para la misma."*



**II. Respecto a la evaluación psicosocial, hay que incidir, que consta el documento "Instrucciones preventivas para el trabajador IPT\_G010 Coronavirus: riesgos psicosociales v1", y el "Protocolo de prevención de riesgos Psicosociales".**

**A tal efecto, nos remitimos a la "Guía de Actuación Inspectora en factores Psicosociales" de Inspección de Trabajo que establece:**

*"... dado que la primera obligación de las empresas conforme al art.15 1 a) de la citada Ley es la de evitar los riesgos, y sólo se evalúan los riesgos no evitados, la obligación primera de las empresas en esta materia será la de identificar y analizar los peligros de que puedan existir riesgos psicosociales, y sólo en el caso de que existan se procedería a su evaluación"*

*"La evaluación psicosocial a partir del concepto amplio de bienestar y confort, debería exigirse, en principio, A TODAS LAS EMPRESAS cualquiera que sea su actividad, ya que uno de los principios preventivos recogidos en el Art. 15 nº 1 d) y g) de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales lo justifica y fundamenta al establecer como pauta preventiva en todos los casos".*

**En el caso concreto, no consta la identificación y análisis de los peligros sobre la posible existencia de riesgos psicosociales, ni la posterior evaluación de riesgos.**

**Es necesario reseñar que si bien consta en el título "Protocolo de prevención de riesgos Psicosociales", su objetivo no es la identificación de riesgos psicosociales y/o evaluación de riesgos sino que "es establecer criterios comunes para la prevención, detección, análisis y propuesta de actuación, con medidas preventivas en relación a cualquier situación de acoso" y "abordará la comunicación y la gestión de los casos o denuncias que se sospecha que pueden tener relación con factores de riesgo psicosocial"**

**Por un lado, a pesar de lo que se dispone en el apartado 11 de este Protocolo, relativo a "Sensibilización, información y formación", no consta aportada la justificación de la efectiva realización de las acciones formativas correspondientes, ni de la distribución de la copia del protocolo a todas las personas trabajadoras.**

**Por otro lado, y en atención a los modelos existentes adjuntos como anexo al Protocolo de Prevención de Riesgos Psicosociales, estos no constan completos, encontrándose vacíos de contenido: el ACTA DE DESIGNACIÓN DE LAS PERSONAS DE REFERENCIA, el ACTA DE DESIGNACIÓN DE LAS PERSONAS QUE COMPONEN LA COMISIÓN DE INVESTIGACIÓN, y en especial, el FORMULARIO DE DENUNCIA INTERNA E INFORME DE LA COMISIÓN DE INVESTIGACIÓN. Y esto, a pesar de la existencia constatada de quejas en este sentido, que ni tan siquiera se encuentran registradas.**

**III. Respecto a la información y formación de riesgos laborales, solo consta la ficha de formación de tres trabajadores y la expresa mención de que "no hay documentación de otros trabajadores contratados con anterioridad".**

**A tal efecto, nos remitimos al listado de personal contratado aportado en su día por la entidad gestora, donde consta la contratación de más de tres personas y en el propio informe técnico de Evaluación de condiciones ergonómicas: PVD RECEPCIÓN/ADMINISTRACIÓN aportado por la Entidad gestora en el cual consta que:**

***"Se tendrá que proporcionar al trabajador la información relativa a las instrucciones de uso de sus equipos de trabajo mediante el apoyo formativo proporcionado en la empresa. El trabajador ha de saber ajustar y configurar correctamente el puesto de trabajo según sus necesidades.***

***Prácticamente todos los puestos de trabajo de personal de oficina son casos de utilización de pantallas de visualización de datos correcta, se resalta la necesidad de informar sobre los riesgos que comporta el trabajo con estos equipos mediante la entrega del apoyo formativo de personal de oficina y la manera de prevenirlos, para el que se forma y se tiene que formar a nuevas incorporaciones sobre este tema (artículos 18 y 19 de la Ley 31/95 de Prevención de Riesgos Laborales)."***

**Se remitieron estas consideraciones al Distrito a los efectos de que fuesen de utilidad para valorar el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales por parte del gestor cívico.**

#### CONSIDERACIONES A LA FALTA DE UTILIZACIÓN DE LA IMAGEN CORPORATIVA

La persona comunicante aportó imágenes de diferentes redes sociales de las actividades realizadas en el Casal de Barrio donde no aparecía la imagen del Ayuntamiento de Barcelona.

Realizadas las actuaciones de investigación correspondientes consistentes tanto en la visualización de las diferentes imágenes en las redes sociales remitidas por la propia persona comunicante, así como otras imágenes buscadas en sistema de datos abiertos, y en el análisis de las bases para la gestión cívica del casal de barrio, se comprueba que no consta en la difusión y publicidad de las actividades del Casal el logotipo del Ayuntamiento de Barcelona. Esta circunstancia se da a pesar de que la Base Decimocuarta relativa a Derechos y Obligaciones del Gestor Cívico, en su apartado o) establece que "En cuanto a la difusión y publicidad de las actividades, en los apoyos de comunicación, ha de constar el logotipo del Ayuntamiento de Barcelona-Distrito de XXX. Toda la publicidad se tiene que ajustar a la normativa municipal. Así mismo, todos los elementos de rotulación y señalización tienen que

realizarse de conformidad con la normativa municipal. Igualmente, la gestión cívica se tiene que identificar en cuanto al equipamiento y comunicación”.

En atención al art. 14 de las NRBEGB (que regula la obligación de colaboración de los cargos electos y los servidores públicos de la Corporación en las tareas de comprobación y el deber de facilitar el acceso a la información y la documentación que solicite el órgano gestor del BEBG,) se pidió al Distrito competente información respecto a la falta de utilización de la imagen corporativa en la difusión y publicidad de las actividades realizadas en el Casal de Barrio. Solicitud a la que el Distrito dio respuesta con la emisión del informe pertinente, que entre otros extremos coincidía, con el Buzón ético, en la necesidad de establecer una línea de comunicación muy diferenciada entre las actividades propias del centro y las propias de la asociación gestora del centro cívico, lo cual no se estaba cumpliendo; detectándose, además que: a) no constaba el logotipo del Ayuntamiento en la web del centro; b) que las cuentas de las redes sociales eran de la entidad, cuando tenían que ser del equipamiento municipal; c) y que la señalización y publicidad exterior del equipamiento municipal, no cumplía con los requisitos de estar relacionada con el programa que desarrolla y e incluir el logotipo del Ayuntamiento, lo cual debía hacer en todo caso.

## RECOMENDACIÓN

### FALTA DE UTILIZACIÓN DE LA IMAGEN CORPORATIVA

**Examinada la documentación obrante en el expediente y el Informe sobre la comunicación al Casal de Barrio evacuado por el Distrito, en respuesta al requerimiento del Buzón Ético, en el cual se confirmaban los incumplimientos detectados en la difusión y publicidad de las actividades realizadas en el Casal de Barrio, procede realizar la siguiente consideración, para fomentar y mejorar las buenas prácticas en la gestión pública, priorizando la prevención por encima de las conductas reactivas:**

**- Puesto que la Base decimoctava, relativa al Régimen Sancionador, de las Bases para la gestión cívica del Casal de barrio considera como falta grave “El incumplimiento de la normativa municipal sobre comunicación de las actividades”, incumplimiento también corroborado por parte del Distrito en su Informe, se recomienda que el órgano gestor, es decir, el Distrito XXX, tome las medidas oportunas para que la difusión y publicidad de las actividades realizadas en el Casal de Barrio cumplan con la normativa gráfica del Ayuntamiento de Barcelona y con las propias bases para la gestión cívica del Casal de barrio, y, si se tercia, se adopten las medidas pertinentes previstas en las bases referidas ante el incumplimiento detectado y la valoración jurídica de su gravedad, tipificada como falta grave y asociada a la imposición de sanción económica de entre 151 euros y 1.000 euros, de acuerdo con la base decimoctava “in fine”.**

## **CONSIDERACIONES EN RELACIÓN CON LAS IRREGULARIDADES EN LA JUSTIFICACIÓN ECONÓMICA:**

La persona comunicante informó respecto a posibles irregularidades en el cobro del precio de un artículo comercializado por la entidad gestora del Casal y así como en las entradas a los conciertos organizados en el Casal, adjuntando algunas imágenes.

Realizadas las actuaciones de investigación correspondientes consistentes en:

a) el análisis de las bases para la gestión cívica del casal de barrio y concretamente las relacionadas con los hechos comunicados (Base séptima, octava, decimocuarta, decimoquinta, decimoséptima, decimoctava, y el régimen sancionador).

b) la solicitud de información y documentación al Distrito respecto a los hechos comunicados, a la cual el Distrito respondió enviando, entre otra información, los Informes de revisión limitada de la Cuenta de Explotación de la Gestión del equipamiento del Casal de Barrio de los últimos años, así como un Informe de la Entidad gestora con facturas relativas al artículo de promoción comercial, en el cual esta reconoce que la intención de la Asociación era tenerlos a la venta con la finalidad de recuperar la inversión hecha, pero como el pedido coincidió con el confinamiento y cierre de los equipamientos por la pandemia, se regalaron mediante concursos y con cada inscripción para incentivar las matriculaciones.

Hay que advertir, sin embargo; que el Distrito no incorporó en su respuesta la información solicitada relativa a las entradas de los conciertos.

Analizada la documentación obrante en el expediente con relación a la gestión del artículo comercializado, en el Informe de revisión limitada de la Cuenta de explotación correspondiente al año 2020, estos constan, en su totalidad, imputados íntegramente a la subvención, y no existe ninguna partida de ingresos que sea consecuencia de su venta.

Respecto a la gestión de las entradas en los espectáculos, habida cuenta la falta de respuesta por parte del Distrito, el Buzón Ético se centró en las fotografías aportadas por la persona comunicante: a) una relativa a un espectáculo donde se leía que para acceder al mismo se tenía que adquirir una entrada, con la aportación mínima de 1 euro y la aportación de alimentos no perecederos, y b) una noticia de la entidad gestora en la cual se informaba que dieron el dinero y los alimentos "recaudados" con las entradas de los espectáculos a una determinada entidad; así como en los Informes de Revisión limitada de las Cuentas de explotación correspondientes de los últimos años y se procedió a su estudio a los efectos de comprobar si los espectáculos fueron subvencionados en su totalidad por el Ayuntamiento de Barcelona, y si había quedado registrado en los referidos informes el importe recibido por

la entidad gestora por las entradas de los espectáculos, así como su posterior entrega a la citada entidad.

## RECOMENDACIÓN

**Examinada la documentación obrante en el expediente, para fomentar y mejorar las buenas prácticas en la gestión pública, priorizando la prevención por encima de las conductas reactivas, procede realizar las Recomendaciones siguientes:**

**I. Que por el Distrito XX en ejercicio de sus competencias de control y supervisión:**

**1) Respecto a los artículos de promoción comercial”:**

a) Analice si la manifestación realizada por el gestor cívico relativa a que “en el inicio la intención era tenerlos a la venta” se ajusta a las prescripciones normativas de la gestión cívica y a la normativa de aplicación en materia de subvención, teniendo en cuenta que los importes facturados por los mismos eran imputados en su totalidad a la subvención de la gestión cívica con el concepto de “Otros gastos”. Y, en su caso, se advierta la voluntad de venta que ha manifestado la entidad gestora, toda vez que el único motivo que impidió que finalmente se procediera a su venta fue la pandemia COVID-19 y los cierres de locales que comportó.

b) Puesto que la persona comunicante aportó una imagen conforme los referidos artículos estaban disponibles por X,XX euros, comprobar si esta disponibilidad efectivamente se produjo, en cuántas unidades y por qué precio.

c) Dado que todavía quedan, según manifiesta la propia entidad gestora, más artículos de promoción comercial almacenados, se supervise el destino y uso de los mismos de acuerdo con los términos y finalidades de la subvención.

**2) Respecto a la gestión de las entradas a los espectáculos:**

a) Habida cuenta la posible confusión detectada entre la documentación analizada, en relación con la inclusión o no en los ingresos por “ACTIVIDADES GENERALES” de aquellos percibidos por las entradas de los “espectáculos”, y las consecuencias que dicha confusión puede comportar de cara a la transparencia y control de los fondos públicos en que se cifra la subvención (tal y como se ha explicitado en el apartado correspondiente) se recomienda que por el Distrito se adopten las medidas pertinentes tendentes a su aclaración. Puesto que, como se ha dicho, desde el punto de vista de la transparencia, y a los efectos de análisis de los ingresos, esta confusión en los documentos (en relación con el hecho de si, efectivamente, el concepto de ingresos por “Actividades Generales” incluye o no

los derivados de la actividad de los espectáculos) puede comportar una grave duda o al menos, la apariencia o imagen de que no existe una constancia fehaciente de la existencia o no de ingresos por espectáculos. Pero es que aún en el caso de que sí se incluyeran los ingresos por espectáculos no se puede apreciar la existencia (según se infiere de la documentación analizada) de un desglose respecto al importe de ingresos por el concepto de talleres, cursos y espectáculos.

Por lo tanto, esta confusión y falta de claridad en los documentos comporta que no se pueda tener constancia fehaciente de si se obtienen o no ingresos por los espectáculos y consecuentemente que órgano gestor haya de aclarar esta posible contradicción entre los documentos.

b) En atención a la Base Decimocuarta n) del Convenio para la Gestión Cívica del Casal de Barrio, se compruebe: tanto el cumplimiento de la obligación del gestor cívico de informar al Ayuntamiento de Barcelona del desarrollo del programa de actividades, como, concretamente, del cobro de la aportación mínima de 1 euro y/o aportación de alimentos no perecederos, así como su ajuste a las bases.

c) Atendiendo a las Bases Séptima y Octava del Convenio para Gestión Cívica del Casal de Barrio, se compruebe el cumplimiento de la obligación del gestor cívico del principio de transparencia económica, y en especial, por lo que respecta a la obligación de reflejar contablemente tanto el "precio" como los "ingresos" o "aportaciones" o "donaciones", en metálico o en especie, obtenidas mediante las entradas a los espectáculos, como la disposición y destino que dé a las mismas (ya sea para su entrega a la entidad XXX), o cualquier otro que se pueda acordar).

d) Habida cuenta la Base Decimocuarta d) y l) para la Gestión Cívica del Casal de Barrio, y la falta de contestación por parte del Distrito a la solicitud de información emitida por el órgano gestor del Buzón Ético respecto a "La relación de conciertos y talleres organizados desde el inicio del convenio vigente, con justificación de los gastos generados por la contratación de los mismos y de los ingresos generados mediante el pago de los usuarios o por cualquier otra medio, aportando facturas u otro apoyo jurídico correspondiente. Así mismo, respecto a los conciertos, aportación de la copia de alguna de las entradas", se compruebe si el gestor cívico lleva un registro detallado de los cursos, talleres, actividades y cesión de espacios con la información necesaria para controlar los ingresos percibidos por cada una de estas actividades.

e) Se proceda a comprobar el cumplimiento, por parte de la entidad gestora, de la Base Decimocuarta c) para la Gestión Cívica del Casal de Barrio, que dispone la obligación del gestor cívico de "Presentar dentro del trimestre siguiente al de finalización de cada ejercicio, a los efectos de seguimiento y control, ... una relación de

gastos realizados clasificados por concepto y en el que se detallen los importes y una relación de ingresos obtenidos, clasificados por fondos de financiación y con el detalle de los importes previstos”, y con base en la relación de gastos del Informe de revisión limitada del concepto de explotación de la gestión 2021 no se encuentra clasificado el gasto por concepto, sino que consta la descripción de la factura, a diferencia del Informe de revisión limitada del concepto de explotación de la gestión 2020 en el cual sí consta clasificado por concepto.

f) A los efectos de la Base Decimocuarta d) que recoge que *"En el caso de haberse contratado prestaciones complementarias con terceros en los extremos recogidos en la base decimocuarta, apartado "Obligaciones del beneficiario de la gestión cívica, letra b)"*, habrá que aportar las ofertas presentadas, justificar la elección entre las mismas, y cuando la elección no recaiga en la propuesta económica más ventajosa, justificarlo en una memoria, se traslada esta información al Distrito por si la actividad del Casal Infantil pudiera ser considerada como prestación de actividades complementarias, y de ser así, se compruebe si se ha ajustado su gestión a los preceptos de las Bases para la gestión cívica mencionadas.

Así mismo se recomienda al Distrito la práctica de comprobaciones y análisis pertinentes en relación con la Base decimooctava, relativa al Régimen Sancionador, de las Bases para la gestión cívica del Casal de barrio, en tanto en cuanto la misma considera como falta grave *"El cobro inadecuado de las actividades programadas, y el falseamiento de la información del control económico o de la gestión de las actividades"*, razón por la cual, después del análisis que se efectúe por el mismo, se recomienda a este órgano gestor que, en caso de detectar deficiencias en la gestión cívica, tome las medidas oportunas para dar cumplimiento a las propias bases para la gestión cívica del Casal de barrio, y, si se tercia, se adopten las medidas previstas en las citadas bases e relación con el incumplimiento detectado y la valoración jurídica de su gravedad, tipificada como falta grave, asociada a la imposición de sanción económica de entre 151 euros y 1.000 euros, de acuerdo con la base decimooctava "in fine". Procediendo, en su caso, a exigir los reintegros pertinentes.

II. Por otro lado, en atención a los indicios contenidos en la presente Recomendación, se dará traslado de la misma a la Intervención General para que, en ejercicio de las funciones y competencias establecidas al Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el cual se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local, en relación con el Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el qué se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, adopte las medidas que estime pertinentes y, en especial, las que proceden en caso de comprobarse ingresos indebidos o la existencia de una doble financiación.

**Interesando, así mismo, al amparo de lo que disponen las Normas Regulatoras del Buzón Ético, que se dé traslado de estas medidas a esta Dirección de Análisis a los efectos de su seguimiento.**

**III. Se dará traslado igualmente, y a los efectos oportunos, de la presente Recomendación a la Gerencia Municipal y a Alcaldía.**



---

## ***II. PRESUNTAS IRREGULARIDADES EN LA GESTIÓN CÍVICA DE UN CASAL DE BARRIO MUNICIPAL "ZZ" SITUADO EN UN DISTRITO: Obligaciones de seguimiento del Distrito respecto de la gestión del servicio bar-cafetería del casal de barrio. Falta de transparencia en el concurso de Gestión del Bar-cafetería del casal: Obligaciones de la entidad derivadas del principio de transparencia para ser beneficiaria de subvenciones municipales.***

---

En el BEBG se recibió una comunicación relativa a la falta de transparencia en el concurso de gestión del bar-cafetería del Casal Municipal que convocó la entidad gestora del Casal.

Efectuadas las actuaciones de investigación preliminares por parte del Buzón Ético, mediante la visualización de la página web del Casal de Barrio, se comprobó que solo se habían publicado las bases de la convocatoria, sin ninguna otra información. Por este motivo se procedió a evacuar un primer oficio al Distrito competente pidiendo información sobre este extremo y también sobre el resto de los hechos expuestos en la comunicación. El oficio tuvo que ser reiterado y posteriormente ampliado, en tanto que no se había dado respuesta a todos los puntos interesados, especialmente, en lo referente al expediente del concurso de gestión del bar-cafetería del Casal de Barrio. Sobre este extremo, el Distrito informó más tarde reconociendo que el bar forma parte del equipamiento pero que la entidad gestora no presenta ningún proyecto que el Distrito subvencione, ni disponen de información respecto a la gestión de la cafetería más allá del cumplimiento de las normas sanitarias y horarios.

A pesar de que el Distrito no facilitó la información y documentación necesaria e imprescindible que se había solicitado, el Órgano gestor del Buzón Ético, procedió a analizar la documentación enviada, así como demás datos obtenidos de las diligencias de investigación practicadas. Fruto de este examen se evacuaron las consideraciones que se desarrollarán a continuación y que se refieren a: a) las Obligaciones de seguimiento del Distrito respecto a la gestión del servicio bar-cafetería del Casal de Barrio, y b) Obligaciones de la entidad gestora derivadas del principio de transparencia por ser beneficiaria de subvenciones municipales.

### **I. CONSIDERACIONES A LAS OBLIGACIONES DE SEGUIMIENTO DEL DISTRITO RESPECTO A LA GESTIÓN DEL SERVICIO BAR-CAFETERÍA DEL CASAL DE BARRIO.**

Para poder determinar las obligaciones de seguimiento del Distrito respecto a la gestión del servicio bar-cafetería del Casal de Barrio y en atención a la falta de información existente, por no haber sido proporcionada por el Distrito, se analizó la gestión cívica del equipamiento municipal del casal de barrio, y concretamente, la siguiente documentación: a) Subvención

nominativa para la gestión cívica del equipamiento municipal casal de barrio; b) Convenio de gestión cívica del equipamiento municipal casal de barrio; c) Proyecto de gestión cívica; y d) Bases del concurso para la gestión del servicio de bar cafetería del casal de barrio.

A modo de ejemplo, hay que observar que, a pesar del informe del Distrito según el cual la entidad gestora no presenta ningún proyecto que el Distrito subvencione, ni dispone de información respecto a la gestión de la cafetería más allá del cumplimiento de las normas sanitarias y horarios, lo cierto es que la cláusula primera del Convenio de Gestión Cívica del equipamiento municipal contempla que el objeto del convenio es, precisamente, fijar los términos de la concertación de la gestión cívica del equipamiento Casal de Barrio, y que dentro del equipamiento municipal se incluye el servicio de bar-cafetería.

Y en la cláusula séptima del Convenio, apartado c) se recoge el derecho del Ayuntamiento de Barcelona a:

*"Hacer seguimiento de la gestión del equipamiento. A tal efecto, el Ayuntamiento puede inspeccionar las actividades, las instalaciones y la situación de cuentas; así como toda la documentación relacionada con el objeto de la gestión".*

En aplicación de la transcrita cláusula séptima, se realizaron por parte del Órgano gestor del Buzón Ético, consideraciones al clausulado del Convenio relacionado con el servicio Bar-Cafetería del Casal de Barrio: a) como servicio dentro del objeto del convenio; b) como posible actividad desarrollada dentro del programa de actividades; c) como fuente de percepción de ingresos por parte de la entidad; d) por disposición de conceptos que pueden ser objeto de subvención; e) en relación a las obligaciones del Ayuntamiento de Barcelona y f) en cuanto a la Comisión de Seguimiento integrada por cargos del Distrito.

## II. CONSIDERACIONES A LAS OBLIGACIONES DE LA ENTIDAD DERIVADAS DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA POR SER BENEFICIARIA DE SUBVENCIONES MUNICIPALES NORMATIVA APLICACIÓN

La Ley 19/2014, del 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno obliga las administraciones públicas de Cataluña y a los organismos y las entidades que están vinculados a las mismas a difundir su actividad, regular el derecho de acceso a la información de los ciudadanos y prever la creación de un registro de los grupos de interés.

De acuerdo con su Preámbulo, esta ley tiene como principal ámbito subjetivo de aplicación las administraciones públicas de Cataluña, la Administración de la Generalitat y los entes locales, así como todos los organismos y entidades de naturaleza administrativa dependientes o vinculados a estas administraciones. Aun así, habida cuenta la diversidad de

las organizaciones administrativas, y el hecho cada vez más extendido que actividades públicas o de interés público son desarrolladas por agentes privados, la Ley también amplía su ámbito de aplicación a las personas privadas que ejercen estas actividades, sin perjuicio que en estos casos, el cumplimiento de las obligaciones de transparencia e información se haga efectivo por medio de las administraciones públicas responsables del servicio o de tutelarlos. Desde esta perspectiva privada, el ámbito de aplicación de la Ley se extiende también a las organizaciones, asociaciones y fundaciones, los ingresos de las cuales provienen de manera significativa de subvenciones o ayudas públicas.

Así, en aplicación de la Ley 19/2014, del 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, del Decreto 8/2021, de 9 de febrero, sobre la transparencia y el derecho de acceso a la información pública, y la Guía, reelaborada, de transparencia para las entidades privadas, estas últimas tienen que cumplir las siguientes obligaciones:

## **I. Deber de suministrar información a la administración pública**

## **II. Deber adicional de publicar determinada información**

### **I. DEBER DE SUMINISTRAR INFORMACIÓN A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

#### A. NORMATIVA DE APLICACIÓN

Artículos 3.1 d) y e), 3.2 y 15.2 de la Ley 19/2014, del 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y artículos 8, 11 y 12 del Decreto 8/2021, de 9 de febrero, sobre la transparencia y el derecho de acceso a la información pública.

#### B. SUPUESTOS EN LOS QUE LAS ENTIDADES PRIVADAS TIENEN QUE SUMINISTRAR INFORMACIÓN A LA ADMINISTRACIÓN

Tienen que suministrar información a la Administración las entidades que cumplan cualquiera de los requisitos siguientes:

1. Cuando ejerzan **funciones públicas o potestades administrativas** titularidad de las administraciones públicas, en virtud de la vía de asignación de estas funciones:

- Por una norma con rango de ley
- Por los estatutos o normas de creación de la entidad, o
- Por cualquier otro título jurídico

2. Cuando presten **servicios públicos** titularidad de las administraciones públicas:

- Por haber sido adjudicatarias de un contrato con las administraciones, o
- Por razón de formas no contractuales de financiación.

3. Cuando presten **servicios de interés general o universal**, es decir, en los supuestos en los que se den todas las condiciones siguientes:

- Servicios de interés económico general de carácter básico de acceso a toda la ciudadanía
- Sujetas a obligaciones específicas de servicio público en virtud de criterios de interés general
- Con motivo de cumplir las condiciones exigidas por el ordenamiento jurídico con este fin
- Siempre que haya una declaración previa de la administración pública competente con este fin
- Cuando su prestación se somete a la supervisión y control de la Administración.

4. Cuando perciban **fondos públicos para funcionar o para desarrollar sus actividades**, es decir, cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:

- Cualquier forma de aportación de fondos públicos sin contraprestación directa
- Provenientes de cualquier administración pública
- Siempre que tengan carácter corriente
- Sean destinados a financiar gastos de funcionamiento de la persona receptora, y
- Se consignen en el capítulo 4 del presupuesto de gasto de la administración concedente.

#### C. INFORMACIÓN A SUMINISTRAR

Las entidades que se incluyan en alguno de los supuestos anteriores tienen que enviar información en lo referente a las actividades directamente relacionadas con el ejercicio de funciones públicas, a la gestión de servicios públicos, a las actividades que queden dentro de la supervisión y el control de la Administración en el caso de servicios de interés general o universal, o a la percepción de fondos públicos, según el caso.

A estos efectos, el título jurídico que establezca el ejercicio de funciones públicas o potestades administrativas, la prestación de servicios públicos, la prestación de servicios de interés general o universal, o la percepción de fondos públicos, según el caso, tiene que detallar las obligaciones específicas de suministro de información.

Adicionalmente, también hace falta que las entidades privadas informen de las retribuciones percibidas por sus cargos directivos en dos supuestos:

- I. Si el volumen de negocio de la entidad vinculado a actividades llevadas a cabo por cuenta de las administraciones supera el 25% del volumen general de la empresa, o
- II. Si el importe de subvenciones y ayudas públicas que se les puedan otorgar es superior a 10.000 euros.

A estos efectos, el título jurídico que establezca el vínculo entre la entidad y la Administración incluirá, explícitamente, la obligación de las entidades de comunicar el importe de las retribuciones de sus órganos de dirección o administración.

La información se tendrá que proporcionar a la administración pública o entidad del sector público relacionada o vinculada con la actividad de la entidad.

## E. EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE ENVIAR LA INFORMACIÓN

El incumplimiento de las obligaciones de las entidades privadas es constitutivo de infracción muy grave, de acuerdo con el artículo 77.1 b) de la Ley 19/2014.

En el art. 84.ª) de la Ley 19/2014 se regulan las sanciones aplicables a las personas físicas o jurídicas que no tienen la condición de altos cargos o de personal al servicio de las administraciones públicas por la comisión de infracciones muy graves.

## II. DEBER ADICIONAL DE PUBLICAR DETERMINADA INFORMACIÓN

### A. NORMATIVA DE APLICACIÓN

Artículo 3.4 de la Ley 19/2014, del 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y artículos 9, 10 y 13 del Decreto 8/2021, de 9 de febrero, sobre la transparencia y el derecho de acceso a la información pública.

### B. SUPUESTOS EN LOS QUE LAS ENTIDADES PRIVADAS TIENEN QUE SUMINISTRAR INFORMACIÓN A LA ADMINISTRACIÓN

A todos los efectos, las entidades privadas obligadas tienen que publicar la información siguiente, respecto los siguientes extremos:

#### 1. En materia de convenios

- La relación de los convenios suscritos con las administraciones públicas en los últimos 5 años. La relación tiene que incluir:
  - la fecha de suscripción
  - las partes firmantes
  - el objeto
  - los derechos y las obligaciones que generen y el periodo de vigencia

- las eventuales modificaciones de cualquiera de estos datos y la fecha y forma en que las modificaciones se hayan producido
- La información relativa al cumplimiento y ejecución de los convenios. Tiene que incluir:
  - Lo referente a la extinción anticipada del convenio por las causas y formas de extinción diferentes de la expiración del plazo de vigencia que se prevén, así como la forma de finalizar las actuaciones en curso en caso de extinción anticipada.
  - La identificación de órganos de gestión y seguimiento creados en el convenio, si procede, o atribución de responsabilidades para su gestión y seguimiento, así como las decisiones y actuaciones de seguimiento y control de la ejecución.
  - Las medidas adoptadas en caso de incumplimiento de los compromisos establecidos, de acuerdo con las previsiones al respecto que se contengan en el convenio.
  - Los órganos y los resultados de los procedimientos a que se someten las diferencias que puedan surgir sobre la interpretación y el cumplimiento del convenio, sin perjuicio de la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.
  - La relación anual de convenios que han perdido la vigencia en el ejercicio anterior, por haber transcurrido el plazo, haberse cumplido su objeto, denuncia o cualquier otra circunstancia.

## **2. En materia de subvenciones**

- La relación de las subvenciones y las ayudas públicas recibidas de las administraciones públicas en los últimos 5 años.

La relación tiene que incluir los datos siguientes:

- el importe
- el objeto
- las personas beneficiarias de las subvenciones y ayudas públicas otorgadas
- la información relativa a su control financiero, justificación y rendimiento de cuentas

En cualquier caso, las bases reguladoras de las subvenciones o ayudas públicas (o, en su caso, las resoluciones y convenios que concedan subvenciones o ayudas directas) informarán las entidades beneficiarias, de manera detallada, de todas las obligaciones concretas de transparencia que les son exigibles en cada caso.

## **C. CÓMO HAN DE PUBLICAR LA INFORMACIÓN LAS ENTIDADES PRIVADAS BENEFICIARIAS**

### **Ubicación**

- Hay que publicar la información por medio de un apartado específico en su sitio web corporativo o en el portal de transparencia propio.
- En el portal de transparencia propio, si se tercia, se tiene que poder acceder desde el portal Transparencia Cataluña.

A tal efecto, la entidad privada tiene derecho a dirigirse a la Secretaría de Gobierno Abierto de la Administración de la Generalitat para que se facilite la interconexión e integración de los portales que se creen con el portal Transparencia Cataluña.

### **Momento**

- Hay que publicar la información en el momento en el cual, de acuerdo con lo que establece la normativa sectorial que afecta cada entidad obligada, tenga que presentar sus cuentas generales correspondientes en el ejercicio en el cual se superan los umbrales por importes percibidos.

En el caso de subvenciones o ayudas públicas de carácter plurianual:

- Hay que entender que son percibidos en el momento de la concesión.
- Hay que cumplir las obligaciones de transparencia respecto de todas las anualidades.
- Hay que mantener publicada la información, como mínimo, durante 5 años desde el momento que se inicia la difusión.

### **Formato**

- La información objeto de publicidad activa se tiene que ofrecer en formatos electrónicos y accesibles, y tiene que utilizar estándares abiertos que permitan la reutilización, siempre que resulte técnicamente posible.

### **Control e incumplimiento**

- Las bases reguladoras de las subvenciones o ayudas públicas (o las resoluciones y convenios que concedan subvenciones o ayudas directas) especificarán los mecanismos de control y seguimiento y las consecuencias derivadas de su incumplimiento, de conformidad con el ordenamiento jurídico.

- La Secretaría de Gobierno Abierto de la Generalitat de Cataluña está facultada para emitir requerimientos de enmienda en caso de incumplimientos de las obligaciones de publicidad activa (artículo 77 h) del Decreto 8/2021, del 9 de febrero.
- El incumplimiento de las obligaciones de publicidad activa de las entidades privadas es constitutivo de infracción muy grave, de acuerdo con el artículo 77.1 b) de la Ley 19/2014.

Desde la vertiente del principio de transparencia se procedió a analizar el Clausulado del Convenio de Gestión del Casal de Barrio (concretamente la cláusula decimotercera) y la visualización de dos páginas web, la relativa al Casal de Barrio y la de la entidad, detectándose graves deficiencias en el cumplimiento del principio de transparencia.

## **RECOMENDACIÓN**

**I. De acuerdo con lo que dispone el artículo 34 de la Carta Municipal en relación con el preámbulo de la Ley General de Subvenciones, desde la perspectiva administrativa, las subvenciones son una técnica de fomento de determinados comportamientos considerados de interés general e incluso un procedimiento de colaboración entre la administración pública y los particulares para la gestión de actividades de interés público.**

**El art. 2 de la Ley General de Subvenciones define la subvención como toda disposición dineraria realizada por una Administración Pública a favor de personas públicas o privadas que cumplen los siguientes requisitos:**

**Las subvenciones son un acto de disposición dineraria a título gratuito, lo que implica la inexistencia de contraprestación, en el cual el perceptor está obligado a aplicar los fondos a un objetivo determinado, a fines públicos. A tal efecto en el art. 14 LGS se encuentran recogidas las obligaciones de los beneficiarios, entre las cuales hay que destacar que el beneficiario tiene que justificar el cumplimiento de los requisitos y condiciones, así como la realización de la actividad y el cumplimiento de la finalidad que determinan la concesión o el disfrute de la subvención.**

**En los mismos términos, el art. 32 LGS regula que el órgano concedente tiene que comprobar la adecuada justificación de la subvención, así como la realización de la actividad y el cumplimiento de la finalidad que determinan la concesión o el disfrute de la subvención.**

**Por lo tanto, en el deber de justificar por parte del beneficiario y en el deber de comprobar por parte del órgano concedente puede apreciarse dos vertientes: a) la vertiente objetiva o material de acreditar que la actividad se ha realizado en los términos establecidos en el acuerdo de concesión, y b) la vertiente financiera o económica de acreditar el gasto realizado.**



A tal efecto, el beneficiario se tiene que someter a las actuaciones de comprobación, que ha de efectuar el órgano cedente, aportando la información que le sea requerida en el ejercicio de las actuaciones anteriores (art. 32 LGS).

Con base en la exposición de la normativa detallada y documentación analizada, y en atención al contenido de las consideraciones realizadas en esta recomendación, de acuerdo con lo que establecen las Normas Reguladoras del Buzón Ético y en especial su artículo 17, se recomienda que:

#### **I. El órgano gestor, es decir, el Distrito:**

I.1 proceda a fortalecer y, por lo tanto, ampliar el seguimiento que actualmente realiza respecto de la gestión del bar y que hasta ahora se ha concretado únicamente respecto el "cumplimiento de las normas sanitarias y horarios", y en especial, en relación con las medidas y recomendaciones formuladas por el órgano gestor del Buzón ético:

#### **CONSIDERACIÓN 1ª**

A tal efecto, y puesto que no consta enviado a esta Dirección de Análisis, ni publicado tampoco el preceptivo listado del inventario de los bienes necesarios cedidos, haría falta, de acuerdo con la cláusula primera del Convenio de Gestión Cívica, verificar que el órgano gestor ha llevado a cabo el inventario de los bienes necesarios para el desarrollo de la actividad, así como su actualización si procede. También identificar en el listado del inventario si hay bienes utilizados para desarrollar la actividad del servicio bar-cafetería (Ver consideración 13ª).

#### **CONSIDERACIÓN 2ª**

A tal efecto, haría falta que el órgano gestor y la Comisión de Seguimiento verificaran si entre las funciones del Servicio-Bar, en atención a lo que consta en la cláusula segunda del Convenio de Gestión Cívica, se llevan a cabo funciones que pueden ser consideradas dentro del programa de actividad de encuentro y actividad de información (Ver también Consideración 8 y 11ª).

#### **CONSIDERACIÓN 3ª**

A tal efecto, haría falta que el órgano gestor verificara si la prestación accesoria del servicio bar-cafetería excede la duración de la gestión cívica, avanzando en este punto (ver Consideración n.º 12) que si bien el órgano gestor del Buzón Ético no ha tenido acceso (por los motivos ya expuestos) al expediente del Concurso para la gestión del servicio de Bar Cafetería del Casal de Barrio, ni por lo tanto al Convenio para la gestión del Bar Cafetería, ni siquiera a la fecha del mismo, tan solo tomando en consideración la publicación de sus bases, se

constata que el plazo de duración no es coincidente con la vigencia del Convenio para la gestión cívica.

#### **CONSIDERACIÓN 4ª**

A tal efecto, en relación con la percepción de ingresos que pueda percibir o haya podido percibir la entidad gestora en virtud de acuerdos con otras administraciones o agentes privados, haría falta que el órgano gestor y la Comisión de Seguimiento comprobaran que en el expediente administrativo correspondiente constan efectivamente las autorizaciones fehacientes del Ayuntamiento de Barcelona, en los términos expresados en la Cláusula quinta, apartado b, del Convenio de Gestión Cívica, con especial incidencia en el cumplimiento de los principios de publicidad y pública concurrencia en la gestión de estos servicios (Ver Consideración 14ª).

#### **CONSIDERACIÓN 5ª**

A tal efecto, haría falta que el órgano gestor y la Comisión de Seguimiento verificasen si dentro de los gastos subvencionables por el Ayuntamiento de Barcelona contemplados en la Cláusula quinta del Convenio de Gestión hay conceptos relacionados con el servicio bar-cafetería e imputados a la subvención, como pueden ser los suministros de agua, electricidad, gas y combustibles, limpieza, comunicaciones, gastos de mantenimiento o reparación (ver Consideración 6ª). Esto a efectos de evitar una posible doble financiación y en consecuencia poder garantizar, en su caso, el correspondiente reintegro de aquello indebidamente percibido.

#### **CONSIDERACIÓN 6ª**

Haría falta que el órgano gestor y la Comisión de Seguimiento verificaran, de conformidad con la Cláusula séptima del Convenio de Gestión Cívica, si dentro de la obligación del Ayuntamiento de Barcelona de asumir los gastos de consumos de electricidad, gas y agua, limpieza, reciclaje y control de plagas, así como de las relativas a las instalaciones y aparatos de clima, ascensores, protección de incendios, intrusismo, alarmas, legionelosis, los gastos de gran mantenimiento de instalaciones y gastos de telecomunicaciones relativas a telefonía y WI-FI se encuentran los gastos concretos del servicio Bar-Cafetería relativos a estos conceptos, es decir si también son gastos asumidos por el Ayuntamiento de Barcelona, y si no fuese el caso, identificar cuál es la entidad que se hace cargo de las mismos (Ver Consideración 5ª). Esto a efectos de evitar una posible doble financiación y en consecuencia poder garantizar, en su caso, el correspondiente reintegro de aquello indebidamente percibido. A los efectos de la obligación de

elaborar el inventario de bienes del equipamiento y del mantenimiento de su actualización, nos remitimos a la Consideración 1ª y 13ª).

#### **CONSIDERACIÓN 7ª**

La Comisión de Seguimiento de Convenio está compuesta por miembros y personal del Distrito y tiene como función principal velar por el buen funcionamiento de la gestión cívica del equipamiento municipal Casal de Barrio. Y dentro del equipamiento municipal se incluye expresamente el servicio bar-cafetería (Cláusula primera. Objeto del Convenio). A tal efecto habrá que revisar y atender las actas levantadas por el Comité de Seguimiento de Convenio a fin de poder comprobar si en el orden del día hay referencias al servicio Bar-Cafetería, y si ese fuera el caso, habrá que verificar y clarificar la intervención/participación del Distrito en la gestión cívica del equipamiento municipal Casal de Barrio, en relación con el de Bar-Cafetería.

#### **CONSIDERACIÓN 8ª**

A tal efecto, haría falta que el órgano gestor verificara si el Servicio Bar-Cafetería, en atención a lo que consta en la cláusula segunda del Convenio de Gestión Cívica (Consideración 2ª) y a las especificaciones anteriormente descritas en el Proyecto de Gestión, realiza funciones que pueden ser consideradas dentro del programa de actividad de encuentro y actividad de información.

#### **CONSIDERACIÓN 9ª**

Se avanza en este punto que en las Bases del Concurso para la gestión del servicio de Bar Cafetería del Casal de Barrio consta que "Con el presente documento, la asociación XXX tiene como objetivo abrir un proceso de selección para gestionar el espacio de bar cafetería del Casal de Barrio".

Pero como se ha observado en el Proyecto de Gestión Cívica del Casal de Barrio consta que "Hasta 2007, la Asociación subcontractaba la explotación del Servicio Bar. A partir de septiembre de 2007, el bar pasa a ser gestionado por la Asociación como un espacio más del Casal de Barrio", sin incluir en este proyecto, que el Servicio Bar será objeto de un proceso de selección para que una tercera entidad gestione el espacio de bar cafetería en el Casal de Barrio.

A tal efecto, haría falta que el órgano gestor verificara la conformidad del clausulado del Proyecto de Gestión Cívica con el establecido a las Bases del Concurso.

#### **CONSIDERACIÓN 10ª**

Se recomienda que el órgano gestor verifique la conformidad de la cláusula quinta del Convenio de Gestión Cívica del equipamiento municipal relativa a régimen económico-financiero, y más concretamente verifique que las aportaciones públicas y privadas en la Fiesta Mayor constan como ingresos en la cuenta de explotación, y que la suma de estas aportaciones no supera el importe de 18.000 euros.

Por otro lado, se requiere que todas las aportaciones públicas y privadas a los proyectos, tendrán que hacerse constar como ingresos en la cuenta de explotación. Se avanza en este punto, que no consta publicada en el Portal de Transparencia propio de la Asociación la información relativa a la relación de subvenciones y las ayudas públicas recibidas de las administraciones públicas en los últimos cinco años. Relación que tiene que incluir los datos siguientes: el importe, objeto, las personas beneficiarias de las subvenciones y ayudas públicas otorgadas, la información relativa a su control financiero, justificación y rendimiento de cuentas.

#### **CONSIDERACIÓN 11ª**

A tal efecto, haría falta que el órgano gestor verificara si el Servicio-Bar, en atención a lo que consta en la cláusula segunda del Convenio de Gestión Cívica (Consideración 2ª), en el Proyecto de Gestión Cívica presentado por la entidad (Consideración 8ª) y en las especificaciones anteriormente descritas en las bases del Concurso de Gestión, realiza funciones que pueden ser consideradas dentro del programa de actividad de encuentro y actividad de información a los efectos que se adopten las correspondientes medidas de supervisión y control.

#### **CONSIDERACIÓN 12ª**

De acuerdo con las bases del Concurso, la duración del Convenio para la gestión del bar Cafetería será de dos años, a partir de la firma del convenio con posibilidad de prórroga por dos años más si las partes están de acuerdo. Nos remitimos aquí a lo que se ha dicho en la CONSIDERACIÓN 3ª que damos por reproducida.

En este sentido, el distrito debería verificar si la duración del Convenio para la gestión del Bar Cafetería respeta al cumplimiento de la cláusula sexta, apartado p) de las Obligaciones del gestor cívico relativa a que en ningún caso la duración de las prestaciones accesorias podrá exceder la duración de la gestión cívica (ver Consideración 3ª) y en el supuesto de excederla tendría que adoptar las medidas correctoras pertinentes.

#### **CONSIDERACIÓN 13ª**

Puesto que no consta enviado a esta Dirección de Análisis, ni publicado, el preceptivo listado del inventario de los bienes necesarios cedidos, y en tanto que en las Bases del Concurso para la gestión del servicio Bar Cafetería consta el mobiliario y los electrodomésticos que tiene el espacio del bar cafetería y de los que podrá hacer uso la entidad ganadora, sería necesario, de acuerdo con la cláusula primera del Convenio de Gestión Cívica, que el órgano gestor llevara a cabo el inventario de los bienes necesarios para el desarrollo de la actividad de gestión del centro municipal y la actualización de dicho inventario, identificar si en él consta el mobiliario y los electrodomésticos mencionados en las Bases del Concurso, y por tanto comprobar: a) si la entidad ganadora del Concurso para la gestión del servicio Bar Cafetería está empleando bienes públicos para el desarrollo de su actividad; b) si el Ayuntamiento de Barcelona realiza el mantenimiento de los mismos, y c) si su uso y los gastos de sus consumos y suministros van a cargo del Ayuntamiento o son gastos subvencionables. (Ver consideración 1ª, 5ª y 6ª). Y a la vista de los resultados de la comprobación se proceda, en el caso de que se constate un supuesto de doble financiación, a adoptar las medidas pertinentes para su reintegro.

#### CONSIDERACIÓN 14ª

A tal efecto, la cláusula quinta, apartado b, del Convenio de Gestión cívica del equipamiento municipal relativa al régimen económico-financiero contempla que *"También forman parte de su retribución otros ingresos que puedan percibir la entidad gestora en virtud de acuerdos con otras administraciones o agentes privados, que sean autorizados por el Ayuntamiento, o por cualquier otra procedencia derivada de la explotación del servicio, garantizando los principios de publicidad y pública concurrencia en la gestión de estos servicios"*.

Dado que consta en las Bases del Concurso para la gestión del servicio Bar Cafetería que el Casal de Barrio establece un importe como contraprestación por la explotación del servicio de bar cafetería de XXX euros, dada la consideración de contraprestación y a los presuntos efectos de ser un ingreso derivado de la explotación del servicio Bar-Cafetería, haría falta que el órgano gestor comprobara en relación a la percepción de ingresos que pueda obtener la entidad gestora en virtud de acuerdos con otras administraciones o agentes privados, que en el expediente administrativo correspondiente consten efectivamente las autorizaciones fehacientes del Ayuntamiento de Barcelona, en los términos expresados en la Cláusula quinta, apartado b, del Convenio de Gestión Cívica, con especial incidencia en el cumplimiento de los principios de publicidad y pública concurrencia en la gestión de estos servicios (Ver Consideración 4ª).

Por otro lado, visualizada la página web del Casal, y respecto a las obligaciones de transparencia de la entidad gestora, en el documento Presupuesto 2021 no

consta ninguna partida económica en el apartado de ingresos que responda al concepto de contraprestación del servicio de bar cafetería y que sea por el importe de XXX euros mensuales (Ver Consideración 18ª).

#### CONSIDERACIÓN 15ª

Respecto al cumplimiento de los principios de publicidad y pública concurrencia en la gestión de estos servicios, como se ha anunciado al inicio de esta recomendación, en la página web del Casal de Barrio consta la publicación de las bases del Concurso para la gestión del servicio de Bar Cafetería del Casal de Barrio.

Pero, si bien la publicación de las bases del Concurso para la gestión del servicio de Bar Cafetería en la página web del Casal garantiza la igualdad de acceso en la presentación de proyectos, esta no agota la obligación de dar cumplimiento a los principios de publicidad y pública concurrencia de su gestión.

Efectivamente, el principio de publicidad, correlativo del principio de transparencia, cumple un doble objetivo: garantizar la igualdad en el acceso al Concurso para la gestión del servicio de Bar y Cafetería, y facilitar el control social sobre la gestión. Por lo tanto, el principio de publicidad no se restringe a dar publicidad a determinada documentación, sino que también comporta dar conocimiento público de su gestión.

Por otro lado, el principio de pública concurrencia supone que pueden acceder al concurso todos aquellos proyectos que reúnen los requisitos necesarios para poder concurrir. Requisitos que tienen que estar configurados de forma que no se restrinja el acceso a aquellos que se encuentren en igualdad de condiciones. A tal efecto, cualquier restricción requeriría una justificación objetiva y razonable.

En este sentido hay que reseñar que si en el momento de seleccionar el proyecto ganador la entidad actuase con subjetividad o arbitrariedad se incumpliría el principio de pública concurrencia. Por eso, es indispensable la objetividad, la parametrización de los criterios de evaluación, la motivación, y la publicación de la misma.

En este sentido y de acuerdo con las bases del Concurso para la gestión del servicio de Bar Cafetería del Casal de Barrio, consta que la Comisión de toma de decisión *"podrá solicitar entrevistas personales con las candidaturas para ampliar la información, y que tiene que aportar su valoración de los proyectos presentados en una asamblea conjunta de la Gestora del Casal y la entidad gestora, donde se decidirá el proyecto ganador de la convocatoria"*.

Así, respecto a la toma de decisión del proyecto ganador de la convocatoria tendría que constar en el expediente del Concurso para la gestión del servicio de

Bar Cafetería la siguiente documentación: a) acta de las entrevistas personales con las personas candidatas; b) valoración de los proyectos por parte de la Comisión de toma de decisión; y c) acta que recoja la decisión respecto al proyecto ganador y su correspondiente motivación.

Documentación que, en aras de la publicidad y transparencia, la entidad gestora tendría que publicar junto con el Convenio para la Gestión del servicio de Bar Cafetería, y el Ayuntamiento hacer el correspondiente seguimiento para garantizar este cumplimiento.

I.2 Respecto a la falta de cumplimiento de las obligaciones de la entidad gestora derivadas del principio de transparencia por ser beneficiaria de subvenciones municipales, evidenciada por el órgano gestor del Buzón Ético a raíz de las visualizaciones de las páginas webs del Casal de Barrio y de la entidad gestora, se recomienda al Distrito como órgano gestor de Convenios y subvenciones otorgados a la mencionada entidad, que verificados los indicios que constan, proceda a compeler a la entidad el cumplimiento de sus obligaciones, y no solo con relación a las subvenciones recibidas para la gestión del casal de barrio, sino también respecto del resto de subvenciones recibidas.

#### **CONSIDERACIÓN 16ª**

Se recomienda al Distrito como órgano gestor del convenio que verifique si la información relativa al convenio y subvención publicada por la entidad cumple con los requisitos de la Ley 19/2014, del 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, del Decreto 8/2021, de 9 de febrero, sobre la transparencia y el derecho de acceso a la información pública, y de la Guía de transparencia para las entidades privadas emitida por la Generalitat de Cataluña, habida cuenta los indicios revelados y puestos de manifiesto en la presente recomendación. Y en caso de incumplimiento se adopten las medidas correctoras normativa o convencionalmente establecidas.

#### **CONSIDERACIÓN 17ª**

Se recomienda al órgano gestor del convenio y subvención que en las bases reguladoras de los Convenios que puedan suscribirse se incluya, de manera detallada, información para las entidades beneficiarias de todas las obligaciones concretas de transparencia que les son exigibles en cada caso, de conformidad con la Guía de transparencia para las entidades privadas de la Generalitat de Cataluña.

#### **CONSIDERACIÓN 18ª**

Puesto que en el Portal de Transparencia propio del gestor cívico, no consta ninguna partida relativa a los xxx euros mensuales en concepto de contraprestación del servicio de bar cafetería, se recomienda al órgano gestor que verifique si la partida, en lo referente a los XXX euros mensuales en concepto de contraprestación del servicio de bar cafetería, a los que se hace referencia en las bases del Concurso para la gestión del servicio de Bar Cafetería del Casal de Barrio se ajusta y cumple los requerimientos establecidos en la Cláusula V, apartado b, del Convenio de Gestión Cívica del equipamiento del Casal de Barrio, y si contó con la preceptiva autorización del Ayuntamiento de Barcelona (ver Consideración 4ª y 14ª). A tal efecto también se dará traslado a la Intervención General del Ayuntamiento

I.3 A los efectos del objeto de la presente recomendación y de la petición de solicitud de información al Distrito de la cual para ser completada todavía faltan los siguientes documentos:

- Copia del expediente del Concurso para la gestión del servicio de Bar Cafetería del Casal de Barrio la convocatoria del cual lleva fecha de julio de 2021.
- Informe en relación con la publicidad de las bases de su convocatoria y del procedimiento hasta su adjudicación (de ser este el caso).

Que se proceda a requerir a la entidad gestora el expediente relativo a la gestión del servicio Bar Cafetería a los efectos de que el órgano gestor, es decir, el distrito compruebe si este procedimiento se ajusta a los requerimientos y los términos establecidos convencionalmente y de acuerdo con los principios de publicidad y pública concurrencia, y en el caso de que no se haya dado cumplimiento, adopte las medidas pertinentes para su corrección. De toda esta actuación, se solicita que el Distrito emita el correspondiente informe de para ser remitido al órgano gestor del Buzón Ético a los efectos de su seguimiento.

I.4. A pesar de no ser objeto directo de la comunicación origen de este expediente, pero precisamente por estar íntimamente relacionada con ella, una vez visualizada la página web del Casal por parte del órgano gestor del Buzón Ético, hay que trasladar al Distrito, una alerta en relación al presunto incumplimiento del apartado o) de la Cláusula Sexta, relativa a Derechos y Obligaciones de la Entidad del Convenio de Gestión Cívica del equipamiento municipal, que concretamente especifica que: *"o) En cuanto a la difusión y publicidad de las actividades, en los soportes de comunicación, habrá de constar el logotipo del Ayuntamiento de Barcelona – Distrito XXX. Toda la publicidad tendrá que ajustarse a la normativa municipal en materia de gestión cívica."*



A tal efecto, y para poner un ejemplo en la propia web del Casal no consta el logotipo del Ayuntamiento de Barcelona.

Puesto que la Cláusula Décima, relativa al Régimen Sancionador, del Convenio de Gestión Cívica del equipamiento municipal Casal de Barrio considera como falta grave "El incumplimiento de la normativa municipal sobre comunicación de las actividades", se recomienda que el órgano gestor, es decir, el Distrito XXX, en el ejercicio de las competencias que tiene atribuidas en tal sentido, realice las comprobaciones pertinentes y emita informe en relación a si la difusión del programa de actividades sigue la normativa gráfica del Ayuntamiento de Barcelona, y en su caso, tome las medidas oportunas para que la difusión y publicidad de las actividades realizadas en el Casal de Barrio cumplan con la normativa municipal gráfica del Ayuntamiento de Barcelona y con las propias cláusulas del Convenio de la gestión cívica del Casal de barrio, y, si se tercia, se adopten las medidas pertinentes previstas en las bases referidas ante el incumplimiento detectado y la valoración jurídica de su gravedad, tipificada como falta grave, asociada a la imposición de una sanción económica de entre 151 euros y 1.000 euros, de acuerdo con la cláusula décima "in fine".

II. En atención a las consideraciones emitidas en la Guía de Transparencia para las entidades privadas de la Generalitat de Cataluña respecto a que:

- El título jurídico que establezca el vínculo entre la entidad y la Administración incluirá explícitamente la obligación de las entidades de comunicar el importe de las retribuciones de sus órganos de dirección o administración.
- Las bases reguladoras de las subvenciones o ayudas públicas (o, en su caso, las resoluciones y convenios que concedan subvenciones o ayudas directas) tendrán que informar a las entidades beneficiarias, de manera detallada, de todas las obligaciones concretas de transparencia que les son exigibles en cada caso.
- Las bases reguladoras de las subvenciones o ayudas públicas (o las resoluciones y convenios que concedan subvenciones o ayudas directas) especificarán los mecanismos de control y seguimiento y las consecuencias derivadas de su incumplimiento, de conformidad con el ordenamiento jurídico.

Dar traslado a la Secretaría General, en virtud de las funciones que le reconoce, entre otros, el Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, regulador del régimen jurídico de los funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional, y a la Gerencia Municipal a los efectos de garantizar la inclusión de estas cláusulas en los convenios que concedan subvenciones o ayudas directas.

**III. Habida cuenta las consideraciones realizadas en el cuerpo de la presente recomendación, se dará traslado de la misma a la Intervención General a los efectos oportunos, en el ejercicio de las competencias reconocidas en virtud, entre otros, del RD 128/2018, de 16 de marzo por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, y el Real Decreto 4247/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno de las entidades del Sector Público Local, a los efectos pertinentes. Interesando así mismo, al amparo de lo que disponen las Normas reguladoras del Buzón Ético y de Buen Gobierno que de las mismas se dé traslado a esta dirección de Análisis a los efectos de su seguimiento.**

**IV. Se dará traslado igualmente y a los efectos pertinentes de la presente Recomendación a la Gerencia Municipal y Alcaldía.**

---

### **III. RECOMENDACIÓN DE CARÁCTER PREVENTIVO EN RELACIÓN CON EL PROCEDIMIENTO EXTRAORDINARIO DE CONCESIÓN DIRECTA DE LA SUBVENCIÓN**

---

En el BEBG se recibió una comunicación en la cual la persona comunicante exponía que una entidad privada se benefició indebidamente en la tramitación de unas becas subvencionadas mediante un convenio de colaboración entre una asociación empresarial y un instituto municipal.

Realizadas las actuaciones de investigación pertinentes, a la vista de la documentación examinada y obrante en los expedientes administrativos correspondientes, no resultó acreditada la concreta alerta contenida en la comunicación origen de la presente Recomendación relativa al presunto beneficio económico indebidamente obtenido por la entidad privada como beneficiaria de la subvención aunque sí se detectaron ciertas deficiencias en los documentos de justificación de la subvención aportados por aquella. Aun así, y dado que a raíz de las investigaciones practicadas por el órgano gestor del Buzón ético se pudo constatar que **durante siete años consecutivos** se han otorgado a la asociación **ayudas económicas** mediante el **procedimiento extraordinario de concesión directa**, se emitieron las siguientes:

#### **CONSIDERACIONES**

**El art. 8.3 de la Ley General de Subvenciones** regula que la gestión de las subvenciones se realizará conforme a los siguientes principios:

- a) Publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación.**
- b) Eficacia** en el cumplimiento de los objetivos fijados por la Administración otorgante.
- c) Eficiencia** en la asignación y utilización de los recursos públicos

Respecto a las formas de concesión de la subvención, la legislación de subvenciones regula dos posibles formas: ordinaria (la cual se fundamenta en los principios del art. 8.3 de la LGS: publicidad, objetividad, igualdad y no discriminación); y extraordinaria (que supone una quiebra de los principios del art. 8.3 LGS, dado que comporta una directa inaplicación del principio de concurrencia de otros posibles beneficiarios y del principio de publicidad; razón por la cual solo es admisible de forma motivada cuando concurren causas legales):

#### **- Concesión en régimen de concurrencia competitiva: procedimiento ordinario**

De acuerdo con el art. 22 LGS se entiende por concurrencia 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 procedimiento de concurrencia competitiva está determinado por: unas bases reguladoras, una convocatoria pública, el establecimiento previo de criterios de valoración, tramitación y evaluación de las solicitudes presentadas, propuestas de resolución, trámite de audiencia, reformulación, y finalmente adjudicación de la subvención según el orden de prelación establecido.

### **- Concesión directa: procedimiento extraordinario**

La concesión directa se puede realizar por norma con rango legal o por norma reglamentaria adoptando la forma de resolución unilateral o de convenio; y solo puede producirse en los supuestos establecidos en el art. 22.2 LGS:

- a) Subvenciones **nominativas**: previstas en los Presupuestos Generales del Estado, de las Comunidades Autónomas o entidades locales.
- b) Subvenciones impuestas por norma de **rango legal**.
- c) Subvenciones, con carácter **excepcional**, en que se acreditan razones de interés público, social, económico o humanitario u otras debidamente justificadas que dificulten su convocatoria pública.

El art. 55 del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, Reglamento de la Ley de Subvenciones especifica que el procedimiento ordinario de concesión de subvenciones es el de concurrencia competitiva, y que las subvenciones solo se podrán conceder en forma directa en los casos previstos en el art. 22.2 (procedimiento extraordinario).

Al respecto reproducimos el siguiente literal del extracto del fundamento jurídico tercero de la sentencia n.º 827/2012, de 6 de noviembre, del TSJ del País Vasco: “*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, debidamente justificadas que dificulten su convocatoria pública. La norma no puede ser más clara en el sentido de exigir que tales razones – interés social y dificultad de convocatoria pública- deben de estar acreditadas, es decir, en el expediente debe demostrarse la concurrencia de estas circunstancias y esto a su vez implica que previamente deberá regularse qué tipo de interés es el que va a justificar la subvención y qué razones amparan el que no haya concurrencia pública*”.

En este sentido, la doctrina jurídica también considera que *"la concesión directa se justificará, por tanto, no porque su establecimiento responda al interés público, pues esto es inherente a toda subvención, cualquiera que sea la forma de concesión, sino porque ese interés público aconseje prescindir de la convocatoria"*. (*Régimen jurídico de las Subvenciones públicas. Autor: Sr. José Pascual García*).

**En el caso concreto investigado, las subvenciones** de concesión directa tramitadas en los expedientes de esta comunicación han sido **otorgadas** por la tercera vía, es decir, la del art. 22,2,c), estableciendo los diferentes informes justificativos obrantes en cada uno de los expedientes administrativos analizados: **"Subvención, con carácter excepcional, en que se acreditan razones de interés público, social, económico o humanitario u otras debidamente justificadas que dificulten su convocatoria pública"**.

Analizados los referidos informes, **se limitan a la cita** de los requisitos del art. 22.2 de la Ley general de Subvenciones, a la que se acompaña una **exigua justificación de la efectiva concurrencia de la triple motivación de la acreditación** requerida: a) la acreditación de razones de interés público, social, económico o humanitario u otras debidamente justificadas b) acreditación que dificulta su convocatoria pública; y c) el carácter excepcional.

Por otro lado, en cuanto a la motivación del carácter excepcional que requiere la subvención directa, si por *"excepcional"* se entiende *"que se aparta de lo normal o sucede rara vez"*, y dado que hay evidencias de que **la actividad que nos ocupa ha sido subvencionada año tras año, durante 7 años**, de forma que se ha configurado como una práctica anual, consecutiva y reiterada, cabe reseñar que **esta repetición se enfrenta directamente con el carácter único y excepcional del que disfruta la subvención de concesión directa**, así como de sus privilegios: la exención de la concurrencia pública y de la sujeción a los trámites de información pública.

## RECOMENDACIÓN

- **Con relación a la falta de motivación de los requisitos del art. 22.2 c) de la LGS respecto a los expedientes administrativos de subvención, se recuerda el deber de la Administración de motivar sus actos, como establece, a modo de ejemplo, la sentencia de la Audiencia Nacional núm. 4270/2020, de 30 de diciembre: "El deber de la Administración de motivar sus actos, como señala, entre otras, la STS de 19 de noviembre de 2001, Recurso 6690/2000, tiene su engarce constitucional en el principio de legalidad que establece el artículo 103 CE, así como en la efectividad del control jurisdiccional de la actuación de la Administración reconocido en el artículo 106 CE, siendo en el plano legal, el artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, el precepto que concreta con**

*amplitud los actos que tienen que ser motivados, con sucinta referencia a los hechos y fundamentos de derecho. La motivación consiste en la exteriorización de las razones que sirvieron de justificación o de fundamento a la decisión jurídica contenida en el acto, necesaria para conocer la voluntad de la Administración.”*

- Con relación a la concesión de subvenciones mediante la utilización del procedimiento excepcional de concesión directa regulado en el art. 22.2.c) de la LGS, y en atención al contenido del art. 28 del mismo cuerpo normativo se exhorta a que se atienda al principio de excepcionalidad que lo inspira, precisamente por suponer la eliminación del requisito de la concurrencia competitiva y que consten debidamente justificadas y acreditadas las "razones de interés público, social, económico, humanitario u otros ... que dificulten su convocatoria pública". Y es que la reiteración de la concesión de subvenciones por el mismo proyecto año tras año provoca que la excepcionalidad pierda su naturaleza dejándola huérfana de toda justificación (en el presente caso se ha repetido durante 7 años consecutivos).

En aras de la transparencia, y en contra del carácter personalista y discrecional que implica el procedimiento de concesión directa, se recomienda optar por el procedimiento ordinario de concesión de subvenciones en régimen de concurrencia competitiva, o bien proceder a su tramitación por la causa del art. 22.2 a) LGS por estar prevista nominativamente en una partida presupuestaria que tiene que pasar por trámites de información pública con posibilidad de alegaciones, siempre y cuando se motive fehacientemente la imposibilidad de recurrir a la concurrencia competitiva.

- En relación con la finalidad de las subvenciones, uno de los principios que rige la Ley General de Subvenciones es la transparencia, entendida como un instrumento que afecta de manera directa en el incremento de los niveles de eficiencia y eficacia en la gestión del gasto público subvencional. Desde la perspectiva administrativa, las subvenciones son una técnica de fomento de determinados comportamientos considerados de interés general. En esta línea la transparencia redundante en la eliminación de las distorsiones e interferencias que puedan afectar a aquellas prácticas que se alejan de la finalidad última de la subvención, que es únicamente el interés general. En el caso concreto, se han detectado deficiencias en los documentos de justificación de la subvención aportados por la entidad privada, motivo por el cual recomendamos al órgano gestor que refuerce, los mecanismos de garantía y de salvaguardia de la finalidad perseguida, esto es, el interés general en la fase de la justificación de las subvenciones y en su caso proceder a reclamar los reintegros pertinentes y activar los procedimientos legalmente establecidos para tutelar el buen fin de los recursos públicos

## **IV. ESTADO DE LAS ACTUACIONES DERIVADAS DE LAS ACCIONES ADOPTADAS EN LA RECOMENDACIÓN DE CARÁCTER PREVENTIVO EN RELACIÓN CON PRÁCTICAS IRREGULARES DE DOS ENTIDADES PERCEPTORAS DE SUBVENCIONES DIRECTAS**

En el BEBG se trasladó una comunicación relativa, entre otras cuestiones, a prácticas irregulares en dos entidades en relación con las subvenciones directas por el desarrollo de un proyecto, y las subvenciones económicas, donde se imputan gastos que no corresponden al proyecto. Así mismo, una de las entidades recibió una subvención directa para reformar su local.

Una vez presentada la comunicación, el órgano gestor del BEBG comprueba los hechos objeto de la comunicación mediante las tareas de investigación que sean procedentes (art. 13 NRBEBG), que en este caso han sido: a) Petición de información a la persona comunicante; b) solicitud de información a los órganos gestores de la subvención para el desarrollo del proyecto subvencionado; c) Visualización de la página web de las entidades subvencionadas; d) Visualización en página web del proyecto musical; e) Oficios al Registro mercantil de Barcelona; f) Plano Urbanístico del Ayuntamiento de Barcelona; g) Sede electrónica del Catastro; h) Oficios al Registro de Propiedad; y) Consulta en el programa corporativo de licencias de actividades y licencias de obras; j) Otras subvenciones concedidas a las entidades subvencionadas por otros organismos no municipales; k) Subvenciones de concesión directa y premios concedidos a las entidades por parte del Ayuntamiento de Barcelona.

Como consecuencia de las diligencias de investigación y comprobación practicadas, así como de su análisis se recomendó, tal como consta en la memoria 2018-2019:

### **RECOMENDACIÓN**

**En relación a las subvenciones, uno de los principios que rige la Ley General de Subvenciones es la transparencia, entendido como un instrumento que afecta de manera directa al incremento de los niveles de eficiencia y eficacia en la gestión del gasto público subvencional. Desde la perspectiva administrativa, las subvenciones son una técnica de fomento de determinados comportamientos considerados de interés general. En esta línea, la transparencia redunda en la eliminación de las distorsiones e interferencias que puedan afectar como aquellas prácticas que se alejan de la finalidad última de la subvención, que es únicamente el interés general. Por lo tanto, en el caso analizado la afectación de la cantidad dineraria recibida en concepto de**

subvención tiene que ir dirigida al objeto del proyecto subvencionado, y dar cumplimiento a la normativa de aplicación; en caso contrario estaríamos frente a un aprovechamiento particular del dinero público.

Examinada la documentación y la información facilitada, para fomentar y mejorar las buenas prácticas en la gestión pública, priorizando la prevención por encima de las conductas reactivas, el órgano gestor del buzón ético emitió las siguientes recomendaciones:

1. En relación a la utilización del procedimiento excepcional de concesión directa regulado en el art. 22.2.c) consideramos que de acuerdo con la literalidad de la normativa de aplicación tiene que ser empleada para una subvención concreta y única; la reiteración de la concesión de subvenciones por el mismo proyecto año tras año y la falta de motivación adecuada y suficiente en relación a su justificación provocan que la excepcionalidad pierda su naturaleza.

Por el principio de la transparencia, y en contra del carácter personalista y discrecional que implica el procedimiento de concesión directa, se recomienda optar por el procedimiento ordinario de concesión de subvenciones en régimen de concurrencia competitiva, o proceder a su tramitación por la causa del art. 22.2 a) LGS por estar prevista nominativamente en una partida presupuestaria que tiene que pasar por trámites de información pública con posibilidad de alegaciones, siempre y cuando se motive fehacientemente la imposibilidad de recurrir a la concurrencia competitiva.

Así mismo, en supuestos en los cuales a pesar de su excepcionalidad nos encontramos con una reiteración anual de la subvención para evitar cualquier riesgo de conflicto de interés, se recomienda la adopción de las cautelas pertinentes para evitar la exposición constante de un único y mismo servidor público en las diferentes fases del procedimiento de cada una de las subvenciones analizadas.

2. En relación a los expedientes de subvención ya tramitados, a la vista del análisis de la documentación e información recibida por los órganos gestores de las subvenciones, así como a la vista del resto de diligencias de investigación practicadas por esta Dirección, sin prejuzgar la existencia de una mala praxis o comportamiento contrario al ordenamiento jurídico o las reglas éticas, se han puesto en evidencia indicios suficientes como para recomendar:

a) la revisión y análisis de la justificación de los expedientes de subvención a los efectos de verificar si esta se ajusta a la normativa vigente mediante incluso una escrupulosa y cumplida auditoría en tanto en cuanto la disposición dineraria realizada por los organismos municipales tiene que responder a la naturaleza estricta de la actividad subvencionada (arte. 31 LGS).

b) A la vista de la revisión y comprobaciones practicadas por los órganos gestores de las diferentes subvenciones, así como de los resultados de la



auditoría que se pueda llevar a cabo, y si estas corroboraran los indicios que se han obtenido durante esta investigación, y se constataran: a) irregularidades en la justificación del proyecto, habrá que proceder por el órgano competente a la adopción de medidas de reintegro parcial y/o imposición de las sanciones pertinentes, con especial atención en lo que se refiere al instituto jurídico de la prescripción de acuerdo con el art. 39 LGS; b) cualquier otro tipo de irregularidades contables, fiscales, laborales o penales; en ese caso deberán adoptarse las medidas pertinentes por parte de los órganos competentes.

#### **SEGUIMIENTO DE LA ACTUACIÓN**

Se dio traslado de esta recomendación a la Intervención General, a la Secretaría General, a la Oficina de Antifraude de Cataluña, y a los órganos municipales concedentes en el ejercicio del ámbito de sus competencias.

La Intervención General, como consecuencia del traslado conferido, y raíz de las comprobaciones efectuadas por la Dirección de Análisis respecto a la subvención origen de la investigación practicada ha incluido las subvenciones analizadas dentro del control financiero y ha acordado la realización de una auditoría completa de los últimos años de todas las subvenciones concedidas por el Ayuntamiento de Barcelona, sus Institutos y EEPPEE a la entidad subvencionada, quedando la Dirección de Servicios de Análisis a la espera de los resultados de la misma.

# **RECOMENDACIONES DE CARÁCTER PREVENTIVO EN RELACIÓN CON ALERTAS DE IRREGULARIDADES EN MATERIA DE TRANSPARENCIA: PUBLICIDAD ACTIVA Y DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA**

La transparencia permite que la ciudadanía disponga de un amplio y concreto conocimiento de la gestión de los servicios públicos, la normativa de aplicación y los criterios técnicos empleados, así como la motivación de las decisiones adoptadas. Y facilita, por lo tanto, el rendimiento de cuentas al que se refiere, entre otros, la Agenda 2030 por el Desarrollo Sostenible (aprobada por la Asamblea de la ONU) en su Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS) 16.

El principio de transparencia se configura como un pilar fundamental del principio de buen gobierno, y está íntimamente ligado con la integridad. Constituyendo un elemento fundamental contra el fraude y la corrupción tal y como recoge la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

---

## ***I. TRANSPARENCIA. PUBLICIDAD ACTIVA***

---

De acuerdo con el art. 2.a) de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, la transparencia es la acción proactiva de la Administración de dar a conocer la información relativa a sus ámbitos de actuación y sus obligaciones, con carácter permanente y actualizado, de la manera que resulte más comprensible para las personas y por medio de los instrumentos de difusión que les permitan un acceso amplio y fácil a los datos y los faciliten la participación en los asuntos públicos.

Para hacer efectivo el principio de transparencia, los sujetos obligados, entre otras actuaciones, tienen que difundir la información pública de interés general de una manera veraz y objetiva, para que las personas puedan conocer la actuación y el funcionamiento de la Administración pública y ejercer el control de esta actuación.

A raíz de las investigaciones efectuadas por el Buzón Ético en algunas comunicaciones del ámbito de contratación y subvención pública, así como de función pública se detectaron también alertas de irregularidades en materia de transparencia, razón por la cual, y dada la relevancia de las mismas, si bien constan en las fichas correspondientes a su ámbito, (Ficha II y IX Contratación, Ficha II Subvención y Ficha I.1 Función Pública), también se incluirá, en este apartado, una mención a las concretas recomendaciones relativas al cumplimiento del principio de transparencia.

## **I.I. CONSIDERACIONES DERIVADAS DE LAS OBLIGACIONES DE TRANSPARENCIA. PUBLICACIÓN DE LOS CURRÍCULUMS DE LOS ALTOS CARGOS<sup>122</sup>**

“El artículo 57 de la Ley 19/2014, del 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno relativo a Publicidad de las condiciones de acceso recoge que:

*“1. La Administración, las instituciones públicas y los organismos incluidos en el artículo 3.1 deben dar a conocer los criterios de acuerdo con los que se designa a una persona para que ocupe un alto cargo. A tal efecto, deben hacer público el currículum con los méritos profesionales y técnicos de la persona nombrada”.*

De acuerdo con el Portal de Transparencia del Ayuntamiento de Barcelona, en el ámbito de la aplicación de la Ley de transparencia, en el Ayuntamiento de Barcelona tienen la consideración de altos cargos los y las cargos electos, los comisionados y las comisionadas, los consejeros y las consejeras de distrito, los y las gerentes del Ayuntamiento y los distritos, las personas titulares de la Secretaría General, de la Intervención General y de la Tesorería del Ayuntamiento, y el/la cargo ejecutivo superior (director/a general, gerente o asimilado/da) de las entidades municipales.

Por otro lado, el artículo 5 del CEC señala los principios éticos de acuerdo con los cuales se tiene que actuar en el ejercicio de las funciones y competencias atribuidas, y concretamente en su apartado o) recoge el de Transparencia en los siguientes términos: *“Los sujetos obligados deben adoptar las medidas necesarias para facilitar a las personas el conocimiento de la información pública. La información sujeta al régimen de transparencia debe hacerse pública en las sedes electrónicas y los sitios web de los sujetos obligados, de forma clara, estructurada y en formato reutilizable”.* Y, desde el punto de vista preventivo, se tiene que recordar que, **visualizado el Portal de Transparencia del Ayuntamiento de Barcelona, no aparece publicado el currículum de “MM”** a pesar de haber sido nombrado asesor desde hace tres años. En este sentido se hace preciso apuntar que visualizada la página de Transparencia tampoco constan publicados los currículums de dieciocho cargos eventuales más”.

### **RECOMENDACIÓN**

**Una vez examinada la documentación y la información obrante en el expediente, y analizada la normativa de aplicación, para fomentar y mejorar las buenas**

<sup>122</sup> Ficha II Recomendaciones de carácter preventivo en relación con alertas de irregularidades en materia de contratación pública.

prácticas en la gestión pública, priorizando la prevención por encima de las conductas reactivas, de acuerdo con el art. 17 de las Normas Regulatoras del Buzón Ético y Buen Gobierno, procede realizar las siguientes recomendaciones:

- Dar traslado a Alcaldía, de acuerdo con sus competencias sobre personal eventual, y en especial por lo que dispone la Carta Municipal de Barcelona, el Real decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el cual se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado público, la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local y la normativa de aplicación del régimen de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas, a los efectos de comprobación y adopción de las medidas pertinentes respecto:

... b) de la necesidad de dar cumplimiento al art. 57 de la Ley 19/2014, del 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno relativo a la publicación de los currículums del personal eventual, respecto a "MM" y las dieciocho personas eventuales, los currículums de las cuales no aparecen en el Portal de Transparencia a día de hoy.

- Dar traslado al Comité de Ética de la presente recomendación, por si los hechos investigados además de incumplir las disposiciones normativas relacionadas en el cuerpo de esta Recomendación pudieran ser constitutivos de infracciones del Código Ético y de Conducta.

#### SEGUIMIENTO DE LA RECOMENDACIÓN. COMITÉ DE ÉTICA.

Efectuado al Comité de Ética, este órgano confirmó la existencia de una infracción del art. 5 apartado o) del Código Ético que obliga a la transparencia en el desarrollo de las funciones y, se adhirió a la Recomendación formulada por la Dirección de Análisis a la Alcaldía en el sentido que, de acuerdo con sus competencias sobre personal eventual, se adopten las medidas pertinentes en relación a los dieciocho currículums de cargos eventuales que no aparecen publicados en el Portal de Transparencia del Ayuntamiento de Barcelona, también recomienda a Alcaldía, tomar en consideración las infracciones del Código Ético, en sus artículos 7g y 5o, cometidas por la persona afectada, en relación al régimen de compatibilidades y a la transparencia, respectivamente.

---

## ***I.II. CONSIDERACIONES DERIVADAS DE LAS OBLIGACIONES DE TRANSPARENCIA. PUBLICIDAD DE AGENDAS PÚBLICAS<sup>123</sup>. REGISTRO GRUPO DE INTERÉS.***

---

### "AGENDA PÚBLICA-REGISTRO GRUPOS DE INTERÉS.

Sin perjuicio de que en el caso concreto, según información de la Tenencia afectada (y sin que se dispusiera de ningún otro elemento objetivo que desvirtuara la dicha información), no existió contacto entre el cargo electo y el grupo de interés y partiendo, como se ha dicho, de que según la Guía sobre los grupos de interés y el Protocolo aplicable con las relaciones de altos cargos del Departamento de Justicia, la actividad de influencia o de intermediación es perfectamente lícita y legítima y permite aportar información, puntos de vista y datos valiosos a quienes toman decisiones públicas y, por lo tanto, mejorarlas en el ejercicio de las funciones de prevención que entre otras se encomiendan a la DSA en virtud del art. 26 de las Normas reguladoras del BEBG se procederá a formular, una vez hecho el correspondiente análisis jurídico, las recomendaciones en materia de Agenda Pública y Grupo de interés correspondientes.

I. A tal efecto, hay que recordar que el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno emitió la "Recomendación 1/2017 sobre la publicación de las agendas dirigida a miembros del Gobierno, secretarios de Estado y altos cargos de la Administración" y en su Preámbulo consta que:

*"Si bien es cierto que los contenidos de las agendas de los altos cargos no están, en principio, afectados por el principio de publicidad activa de los artículos 6 y siguientes de la LTABG -que obliga a publicar, de oficio, determinada información de carácter institucional, organizativa y de planificación, información de relevancia jurídica e información económica, presupuestaria o estadística-, no es menos cierto que dichas previsiones normativas constituyen un mínimo que puede desarrollarse con carácter voluntario por parte del organismo concernido o que debe sumarse a la publicidad activa por aplicación de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la LTAIBG, que prevé la incorporación a las obligaciones de publicidad activa de aquella información "cuyo acceso se solicite con mayor frecuencia".*

...

*"Esta demanda y el interés que manifiesta, entroncan directamente con el objetivo último con el que fue aprobada la Ley de Transparencia y con el interés legítimo de los ciudadanos en la rendición de cuentas y favorece el escrutinio de la actividad pública.*

*El conocimiento de las agendas de los responsables públicos ayuda a alcanzar este objetivo y su contenido constituye, con carácter general, información que entra dentro del ámbito de aplicación de*

---

<sup>123</sup> Ficha IX Recomendaciones de carácter preventivo en relación a alertas de irregularidades en materia de contratación pública.

*la normativa sobre acceso a la información pública, en la medida en que obran en poder de organismos públicos sujetos a la Ley. Es decir, constituye información pública a los efectos del artículo 13 de la LTAIBG.*

*En consecuencia, la información referida a la actividad de quienes dirigen, organizan y son responsables de la toma de decisiones, contribuye a formar en la ciudadanía un mejor conocimiento de la actividad pública y, con ello, a facilitar el escrutinio ciudadano y el ejercicio del control democrático.*

*Por otra parte, la publicación de esta información constituye una buena práctica que se asume con mayor frecuencia entre los responsables de la actividad pública, así como un medio de participación de los ciudadanos en los asuntos que les conciernen.*

*Por ello, entiende el CTBG que la información acerca de la actividad pública diaria de los responsables públicos -siempre que tenga trascendencia pública y con exclusión, por tanto, de aquella estrictamente relacionada con el funcionamiento interno o cotidiano de los correspondientes organismos-, debe ser publicada con la mayor extensión posible y sin perjuicio de la aplicación de los límites establecidos en la LTAIBG entendidos según lo previsto en la norma y de acuerdo con la interpretación restrictiva que de los mismos realiza este Organismo y los Tribunales de Justicia.*

*El Consejo entiende, asimismo, que el objeto de esta publicación debe ser la agenda de trabajo del responsable público como reflejo de su desempeño diario y del ejercicio de sus competencias, funciones y tareas.*

...

*Por lo demás, en España algunas de las leyes de transparencia aprobadas por las Comunidades Autónomas (CCAA) –concretamente y hasta el momento, las de Andalucía, Aragón, Castilla-La Mancha, Cataluña, Comunidad Valenciana, Galicia y la Región de Murcia- han incluido la publicación de las agendas dentro de las obligaciones de publicidad activa. Igualmente, diversas ordenanzas municipales ya regulan y prescriben la obligación de desarrollar agendas transparentes e, incluso, han determinado el formato, alcance de obligaciones y contenidos concretos”*

II. La Ley 19/2014, del 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno recoge en su art. 55 como Principios de actuación:

*"Artículo 55. Principios de actuación.*

*1. Los altos cargos deben actuar de acuerdo con los siguientes principios éticos y reglas de conducta...*

*c) La transparencia de las actividades oficiales, de los actos y decisiones relacionados con la gestión de los asuntos públicos que tienen encomendados y de su agenda oficial, a efectos de publicidad del Registro de grupos de interés, establecido por el título IV”*

La Secretaría de Transparencia y Gobierno Abierto de la Generalitat de Cataluña aprobó, en fecha 22 de julio de 2016, un documento sobre “Obligaciones de publicidad activa derivadas del código de conducta de los altos cargos y personal directivo de la administración de la

Generalitat y de las entidades de su sector público” (Acuerdo del Gobierno de 21/6/2016) respecto a la Agenda pública con grupos de interés, obsequios, invitaciones a viajes, desplazamientos y alojamientos, respecto a los Criterios de publicidad activa de los altos cargos y directivos se recoge:

## *“II. Criterios de publicidad activa de los altos cargos y directivos*

*Se fijan, en relación a determinados compromisos de publicidad activa que asumen los altos cargos y directivos de la Administración de la Generalitat de Cataluña y de las entidades de su sector público que formalicen el documento de adhesión al contenido del Código de conducta los criterios siguientes:*

### *II.1 Agenda pública con grupos de interés*

*La agenda pública con grupos de interés incluye la relación de todas las reuniones, actas u otras actividades que se hayan llevado a cabo con personas consideradas grupos de interés: Son grupos de interés las personas físicas o jurídicas y las organizaciones sin personalidad jurídica que llevan a cabo actividades susceptibles de influir en la elaboración o la aplicación de las políticas públicas o en la elaboración de propuestas normativas.*

*Quedan excluidas las actividades relativas a la prestación de asesoramiento jurídico o profesional vinculadas directamente a defender los intereses de los afectados por procedimientos administrativos, las destinadas a informar un cliente sobre una situación jurídica general, las actividades de conciliación o mediación llevadas a cabo en el marco de la ley, o las actividades de asesoramiento llevadas a cabo con fines informativos para el ejercicio de derechos o iniciativas establecidos por el ordenamiento jurídico.*

#### *Información a publicar:*

- *Fecha: Fecha de la actividad o contacto*
- *Grupo de interés: Denominación de la persona física o jurídica u organización sin personalidad jurídica con quien se mantiene el contacto. En el supuesto de que se haya inscrito al Registro de grupos de interés, se hará constar la denominación inscrita.*
- *Inscripción al RGI: Se hará constar uno de los tres literales siguientes:*
  - o “Sí, Grupo de interés inscrito”*
  - o “Grupo en proceso de inscripción”*
  - o “Declaración de compromiso de inscripción”*
- *Número de RGI: Numero identificador en el RGI de la Generalitat de Cataluña, de lo contrario, en blanco.*
- *Actividad: Descripción del tipo de actividad (Reunión, acto, jornada formativa...)*
- *Tema: Breve descripción de la actividad*
- *Alto Cargo: Nombre y apellidos del alto cargo, con inclusión, si procede, del tratamiento.*
- *Cargo: Literal que describe el cargo.*

#### *Formato y actualización*

*La información se mostrará en un fichero Excel único para cada uno de los departamentos y por cada una de las entidades del sector público, de acuerdo con una plantilla y formato normalizados. La*



*presentación inicial será ordenada por fecha decreciente y alfabéticamente de grupo de interés. La actualización del fichero será semanal, incluyendo los registros anteriores”.*

Posteriormente, en fecha 14 de octubre de 2021, la Comisión Interdepartamental de Transparencia y Gobierno abierto aprobó un documento sobre “Criterios de publicidad activa de información relativa a las agendas públicas y a los obsequios e invitaciones recibidos por el personal con rango de subdirección general o asimilado”.

III. El Decreto 8/2021, de 9 de febrero, sobre la transparencia y el derecho de acceso a la información pública recoge, en su art. 33 relativo a “Agendas públicas, obsequios, viajes y otra información relevante”, que:

*“1. Se deben hacer públicas, con identificación del nombre, apellidos y cargo, y con periodicidad mensual, las informaciones relativas a los altos cargos de las administraciones públicas y al personal directivo de las entidades de los sectores públicos respectivos siguientes:*

*a) Las agendas públicas con respecto a los contactos y reuniones mantenidos con los grupos de interés, en los términos y con los requisitos definidos en la normativa vigente reguladora de los grupos de interés.*

*En todo caso, esta información debe contener la fecha de la reunión, el nombre del grupo de interés, y la persona o personas que actúan en nombre de este, así como el objeto de la reunión con la precisión suficiente para conocer el contenido principal.”*

IV. El CEC recoge en el art. 12 las Normas de conducta relativas a la transparencia y acceso a la información que:

*“Con el fin de garantizar el principio de transparencia en el desarrollo de sus funciones y responsabilidades, en el ejercicio de su cargo y dentro de su ámbito competencial, las personas sujetas a este Código deben adaptar sus conductas a las siguientes normas:*

*El Gobierno municipal, el resto de miembros electos y los altos cargos harán públicas las actividades, los actos y la agenda oficial relacionados con los asuntos públicos que tengan encomendados, a los efectos de publicidad del registro de grupo de interés.*

*(...)*

*n) Extender a los comisionados y las comisionadas, a los concejales y las concejales municipales y al personal eventual las obligaciones que, en materia de publicación de retribuciones, indemnizaciones, dietas, agendas y trayectoria profesional, prevé para los cargos electos y altos cargos la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.”*

Se consideran altos cargos, según el portal de transparencia del ayuntamiento de Barcelona *“En el ámbito de la aplicación de la Ley de Transparencia, en el Ayuntamiento de Barcelona tienen la consideración de altos cargos las y los cargos electos, los comisionados y las comisionadas, los consejeros y las consejeras de distrito, los y las gerentes del Ayuntamiento y los distritos, las personas titulares de la Secretaría General, de la Intervención General y de la Tesorería del Ayuntamiento, y el/la cargo ejecutivo superior (director/a general, gerente o asimilado/a) de las entidades municipales.”*

## GUÍA PARA PUBLICAR AGENDAS DEL GOBIERNO MUNICIPAL DEL AYUNTAMIENTO DE BARCELONA

En el Ayuntamiento de Barcelona hay una guía interna sobre la publicación de las agendas de regidores y comisionados, en la cual consta, entre otros extremos, que se tendrá que publicar todas las reuniones y otros acontecimientos relevantes: reuniones con agentes externos; reuniones con otras administraciones públicas, partidos políticos, organizaciones sindicales y empresariales; reuniones internas de especial relevancia para la toma de decisiones; reuniones de las instancias del Ayuntamiento de Barcelona como por ejemplo del Consejo Municipal, del Pleno de Consejo Municipal y la Junta de Portavoces, de las comisiones del Consejo Municipal, etc; intervenciones en medios de comunicación, en conferencia y actos públicos; y acontecimientos y actas institucionales...

### REGISTROS DE GRUPOS DE INTERÉS

De conformidad con la Guía sobre los grupos de interés y el Protocolo aplicable en las relaciones de altos cargos del Departamento de Justicia:

*"En las agendas oficiales de todos los altos cargos y personal directivo también hay que registrar los contactos con los grupos de interés. Para saber cuándo nos encontramos ante un grupo de interés, hay que tener presente que la Ley ha optado por una definición muy amplia de grupo de interés y que los elementos principales a tener en cuenta son:*

- *Que la entidad, empresa u organización pueda entrar en contacto con el alto cargo o directivo*
- *Que como consecuencia de este contacto pueda influir o tratar de influir en la toma de decisiones*

*La actividad de influencia se puede desplegar a través de contactos como las reuniones, las audiencias a entidades, la aportación de propuestas normativas, la organización de actos conjuntos o la participación en actos como invitado."*

*Así mismo establece un procedimiento previo en el contacto con los grupos de interés, que a continuación se reproduce:*

*"De acuerdo con el apartado 2 del Protocolo de actuación aplicable a las relaciones de los altos cargos y del personal directivo de la Administración de la Generalitat y de su sector público con los grupos de interés, los altos cargos y el personal directivo pueden mantener contactos con un grupo de interés cuando esté acreditada su inscripción en el Registro de grupos de interés o, subsidiariamente, si el grupo de interés ha formalizado la solicitud y está en proceso de inscripción.*

*Con esta finalidad, antes de mantener reuniones o de hacer actividades conjuntas con los grupos de interés, los altos cargos y el personal directivo tienen que seguir este procedimiento:*

*I. Comprobar que los grupos de interés afectados están inscritos (1) o en proceso de inscripción (2) en el Registro de grupos de interés por medio de la aplicación telemática de consulta del Registro. Excepcionalmente, si concurre una causa que lo haga técnicamente imposible, esta comprobación se puede hacer mediante una consulta al personal o puntos de contacto del Registro.*

*II. En caso de que no se encuentre en ninguna de las situaciones anteriores hay que comprobar si ha formalizado la declaración sobre el compromiso de solicitar la inscripción en el Registro de grupos de interés de la Administración de la Generalitat y de su sector público (3) y si esta declaración es vigente (4). Esta comprobación se hace mediante la consulta de los grupos que han declarado su compromiso a inscribirse.*

*III. Si se cumplen algunos de los requisitos anteriores se puede mantener el contacto (5).*

*IV. En caso de que haya formalizado una declaración sobre el compromiso y se haya agotado el plazo para presentar la solicitud de inscripción dentro de los 10 días siguientes al contacto mantenido hace falta*

*(4.1) recordar a la persona representante la obligación de solicitar la inscripción siempre que quieran actuar como grupo de interés y*

*(4.2) denegar el contacto hasta que no se pueda comprobar que se ha formalizado esta solicitud.*

*V. Con carácter excepcional (6), se pueden mantener contactos con un grupo de interés que no haya solicitado previamente la inscripción en el Registro de grupos de interés (ni haya efectuado una declaración de compromiso anterior). En este caso:*

*(5.1) se tiene que facilitar a la persona que actúa en representación del grupo de interés la Declaración sobre el compromiso de solicitar la inscripción en el Registro de grupos de interés de la Administración de la Generalitat y de su sector público y recoger el formulario firmado,*

*(5.2) escanear el documento y enviar al órgano responsable del Registro de grupos de interés el compromiso formalizado mediante un correo a [grupsinteres.dj@gencat.cat](mailto:grupsinteres.dj@gencat.cat), y*

*VI. Adicionalmente, en los casos en que la solicitud al Registro no esté formalizada (4.1 y 5.1), se tiene que enviar (7), a la persona que actúa en representación del grupo de interés la información necesaria para que pueda hacer la solicitud de inscripción (modelo de respuesta a un grupo de interés no inscrito)".*

## RECOMENDACIÓN

**Examinada la documentación y la normativa de aplicación, el órgano gestor del Buzón Ético realiza las siguientes consideraciones y recomendaciones al efecto:**

**IV. Fortalecer la transparencia en la agenda pública de los miembros electos en aplicación de los criterios establecidos en la normativa y documentación jurídica expuesta, y registrar los contactos que mantengan con los grupos de interés, con especificación de la denominación, el número o identificador único que este tenga asignado y una referencia sucinta del contenido de la reunión o actividad, a**

los efectos de la transparencia, la integridad y la equidad en el proceso de decisiones, y concretamente para que la ciudadanía pueda identificar los grupos de interés, conocer las relaciones que establecen entre las instituciones públicas y los grupos de interés, saber cuándo se producen, a través de qué canales, con qué efectos o resultados y de acuerdo con qué reglas de conducta.

...

V. Dar cumplimiento al artículo 12 d) y n) del Código ético y de Conducta del Ayuntamiento de Barcelona *"El gobierno Municipal, el resto de miembros electos y los altos cargos"* han de hacer públicas las actividades, los actos y la agenda oficial relacionada con los asuntos públicos que tengan encomendados, a los efectos de publicidad del Registro de grupos de interés y *"extender a los comisionados y comisionadas, consejeros y consejeras municipales y al personal eventual las obligaciones que en materia de publicación de las retribuciones, indemnizaciones, dietas, agendas y trayectoria profesional, prevé para los cargos electos y altos cargos la ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno"*. Recordando a tal efecto que, de acuerdo con lo que consta publicado en el Portal de transparencia del Ayuntamiento de Barcelona, en el ámbito de aplicación de la ley de Transparencia, también tienen la consideración de altos cargos además de los anteriores, *"los y las gerentes del Ayuntamiento y los Distritos, las personas titulares de la Secretaría General, de la Intervención General y de la Tesorería del Ayuntamiento, y el/la Cargo ejecutivo superior (director/a gerente o asimilado/a) de las entidades municipales"*

## SEGUIMIENTO DE LA RECOMENDACIÓN

A raíz del traslado efectuado por el Buzón Ético:

1) El Comité de Ética del Ayuntamiento de Barcelona se pronunció constatando el incumplimiento de los artículos 12 y 13 del Código Ético y de Conducta que establecen las obligaciones de transparencia a las cuales están sometidas las actuaciones del Ayuntamiento de Barcelona y recomendó:

- que se tenga mucho cuidado al autorizar las medidas excepcionales, cuando sean necesarias, siempre a través de la oportuna promulgación normativa, sujeta a la legalidad que a todos nos vincula, y de este modo pública y abierta a todo el mundo.

- que de acuerdo con la Recomendación formulada por la Dirección de Análisis también considera conveniente crear un Registro de grupos de interés del Ayuntamiento de Barcelona, para vehicular con la transparencia debida los contactos que se produzcan, más en circunstancias excepcionales, con los operadores afectados directamente por las decisiones del Ayuntamiento, así

como el fortalecimiento de la publicación de las agendas públicas en los extremos previstos en la citada recomendación de la DSA.

2) El órgano competente en materia de transparencia, que en relación a las Recomendaciones formuladas, en esta materia, por la DSA convino, entre otros extremos, la necesidad de modificar la Guía para publicar agendas del gobierno municipal del Ayuntamiento de Barcelona, dar el impulso necesario para recordar esta obligación a la organización, e incorporar a la información de los contactos que se incluyan a la agenda, el identificador que el grupo de interés tenga en el Registro de Grupos de Interés de Cataluña.

---

### ***I.III. CONSIDERACIONES DERIVADAS DE LAS OBLIGACIONES DE TRANSPARENCIA. ENTIDAD BENEFICIARIA DE SUBVENCIONES MUNICIPALES (GESTIÓN CÍVICA)***

---

#### NORMATIVA DE APLICACIÓN

La Ley 19/2014, del 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno obliga a las administraciones públicas de Cataluña y a los organismos y entidades que están vinculados a ellas a difundir su actividad, regular el derecho de acceso a la información de los ciudadanos y prever la creación de un registro de los grupos de interés.

De conformidad con su Preámbulo, esta ley tiene como principal ámbito subjetivo de aplicación las administraciones públicas de Cataluña, la Administración de la Generalitat y los entes locales, así como todos los organismos y entidades de naturaleza administrativa dependientes o vinculados a estas administraciones. Aun así, atendida la diversidad de las organizaciones administrativas, y el hecho cada vez más extendido que actividades públicas o de interés público sean desarrolladas por agentes privados, la Ley también amplía su ámbito de aplicación a las personas privadas que ejercen estas actividades, sin perjuicio que en estos casos el cumplimiento de las obligaciones de transparencia e información se haga efectivo por medio de las administraciones públicas responsables del servicio o de tutelarlos. Desde esta perspectiva privada, el ámbito de aplicación de la Ley se extiende también a las organizaciones, asociaciones y fundaciones los ingresos de las cuales provienen de manera significativa de subvenciones o ayudas públicas.

Así, en aplicación de la Ley 19/2014, del 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, del Decreto 8/2021, de 9 de febrero, sobre la transparencia y el derecho de acceso a la información pública, y la Guía de transparencia para las entidades privadas reelaborada, las entidades privadas tienen que cumplir las siguientes obligaciones:

**I. Deber de suministrar información a la administración pública.**

**II. Deber adicional de publicar determinada información**

**I. DEBER DE SUMINISTRAR INFORMACIÓN A La ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.**

## A. NORMATIVA DE APLICACIÓN.

Artículos 3.1 d) y e), 3.2 y 15.2 de la Ley 19/2014, del 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y artículos 8, 11 y 12 del Decreto 8/2021, de 9 de febrero, sobre la transparencia y el derecho de acceso a la información pública.

## B. SUPUESTOS EN LOS QUE LAS ENTIDADES PRIVADAS TIENEN QUE SUMINISTRAR INFORMACIÓN A LA ADMINISTRACIÓN

Tienen que suministrar información a la Administración las entidades que cumplan cualquiera de los requisitos siguientes:

### 1. Cuando ejerzan **funciones públicas o potestades administrativas titularidad de las administraciones públicas**, en virtud de la vía de asignación de estas funciones:

- Por una norma con rango de ley
- Por los estatutos o normas de creación de la entidad, o
- Por cualquier otro título jurídico

### 2. Cuando presten **servicios públicos** titularidad de las administraciones públicas:

- Con motivo de haber sido adjudicatarias de un contrato con las administraciones, o
- Por razón de formas no contractuales de financiación.

### 3. Cuando presten **servicios de interés general o universal**, es decir, en los supuestos en los cuales se den todas las condiciones siguientes:

- Servicios de interés económico general de carácter básico de acceso a toda la ciudadanía
- Sujetas a obligaciones específicas de servicio público en virtud de criterios de interés general
- Con motivo de cumplir las condiciones exigidas por el ordenamiento jurídico con este fin
- Siempre que haya una declaración previa de la administración pública competente con este fin
- Cuando la prestación de los servicios está sometida a la supervisión y control de la Administración.

### 4. Cuando perciban **fondos públicos para funcionar o para desarrollar sus actividades**, es decir, cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:

- Cualquier forma de aportación de fondos públicos sin contraprestación directa
- Provenientes de cualquier administración pública
- Siempre que tengan carácter corriente
- Sean destinados a financiar gastos de funcionamiento de la persona receptora, y

- Se consignen en el capítulo 4 del presupuesto de gasto de la administración concedente.

### C. INFORMACIÓN A SUMINISTRAR

Las entidades que se incluyan en alguno de los supuestos anteriores tienen que enviar información en lo referente a las actividades directamente relacionadas con el ejercicio de funciones públicas, a la gestión de servicios públicos, a las actividades que queden dentro de la supervisión y el control de la Administración en el caso de servicios de interés general o universal, o a la percepción de fondos públicos, según el caso.

A estos efectos, el título jurídico que establezca el ejercicio de funciones públicas o potestades administrativas, la prestación de servicios públicos, la prestación de servicios de interés general o universal, o la percepción de fondos públicos, según el caso, tiene que detallar las obligaciones específicas de suministro de información.

Adicionalmente, también hace falta que las entidades privadas informen de las retribuciones percibidas por sus cargos directivos en dos supuestos:

- I. Si el volumen de negocio de la entidad vinculado a actividades llevadas a cabo por cuenta de las administraciones supera el 25% del volumen general de la empresa, o
- II. Si el importe de subvenciones y ayudas públicas que se les puedan otorgar es superior a 10.000 euros.

A estos efectos, el título jurídico que establezca el vínculo entre la entidad y la Administración incluirá explícitamente la obligación de las entidades de comunicar el importe de las retribuciones de sus órganos de dirección o administración.

La información se tendrá que proporcionar a la administración pública o entidad del sector público relacionada o vinculada con la actividad de la entidad.

### E. EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE ENVIAR LA INFORMACIÓN

El incumplimiento de las obligaciones de las entidades privadas es **constitutivo de infracción muy grave**, de acuerdo con el artículo 77.1 b) de la Ley 19/2014.

En el art. 84. Apartado a) de la Ley 19/2014 se regulan las sanciones aplicables a las personas físicas o jurídicas que no tienen la condición de altos cargos o de personal al servicio de las administraciones públicas por la comisión de infracciones muy graves.

## II. DEBER ADICIONAL DE PUBLICAR DETERMINADA INFORMACIÓN



## A. NORMATIVA DE APLICACIÓN

Artículo 3.4 de la Ley 19/2014, del 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y artículos 9, 10 y 13 del Decreto 8/2021, de 9 de febrero, sobre la transparencia y el derecho de acceso a la información pública.

## B. SUPUESTOS EN LOS QUE LAS ENTIDADES PRIVADAS TIENEN QUE SUMINISTRAR INFORMACIÓN A LA ADMINISTRACIÓN

A todos los efectos, las entidades privadas obligadas tienen que publicar la información siguiente, respecto a los siguientes extremos:

### 1. En materia de convenios

- La relación de los convenios suscritos con las administraciones públicas en los últimos 5 años. La relación tiene que incluir:
  - la fecha de suscripción
  - las partes firmantes
  - el objeto
  - los derechos y las obligaciones que generen y el periodo de vigencia
  - las eventuales modificaciones de cualquiera de estos datos y la fecha y forma en que las modificaciones se hayan producido
  
- La información relativa al cumplimiento y ejecución de los convenios. Tiene que incluir:
  - Lo referente a la extinción anticipada del convenio por las causas y formas de extinción diferentes de la expiración del plazo de vigencia que se prevén, así como la forma de finalizar las actuaciones en curso en caso de extinción anticipada.
  - La identificación de órganos de gestión y seguimiento creados en el convenio, si procede, o atribución de responsabilidades para su gestión y seguimiento, así como las decisiones y actuaciones de seguimiento y control de la ejecución.
  - Las medidas adoptadas en caso de incumplimiento de los compromisos establecidos, de acuerdo con las previsiones al respecto que se contengan en el convenio.
  - Los órganos y los resultados de los procedimientos a que se someten las diferencias que puedan surgir sobre la interpretación y el cumplimiento del convenio, sin perjuicio de la competencia del orden jurisdiccional contencioso administrativo.
  - La relación anual de convenios que han perdido la vigencia en el ejercicio anterior, por el transcurso del plazo, cumplimiento o imposibilidad de cumplimiento del objeto, denuncia o cualquier otra circunstancia.

## **2. En materia de subvenciones**

La relación de las subvenciones y las ayudas públicas recibidas de las administraciones públicas en los últimos 5 años.

La relación tiene que incluir los datos siguientes:

- el importe
- el objeto
- las personas beneficiarias de las subvenciones y ayudas públicas otorgadas
- la información relativa a su control financiero, justificación y rendimiento de cuentas

En cualquier caso, las bases reguladoras de las subvenciones o ayudas públicas (o, en su caso, las resoluciones y convenios que concedan subvenciones o ayudas directas) informarán a las entidades beneficiarias, de manera detallada, de todas las obligaciones concretas de transparencia que los son exigibles en cada caso.

### **C. ¿CÓMO HAN DE PUBLICAR LA INFORMACIÓN LAS ENTIDADES PRIVADAS BENEFICIARIAS?**

#### **Ubicación**

- Hay que publicar la información por medio de un apartado específico en su sitio web corporativo o en el portal de transparencia propio.
- En el portal de transparencia propio, si se tercia, se tiene que poder acceder desde el portal Transparencia Cataluña.

A tal efecto, la entidad privada tiene derecho a dirigirse a la Secretaría de Gobierno Abierto de la Administración de la Generalitat para que se facilite la interconexión e integración de los portales que se creen con el portal Transparencia Cataluña.

#### **Momento**

Hay que publicar la información en el momento en el cual, de acuerdo con lo que establece la normativa sectorial que afecta cada entidad obligada, tenga que presentar sus cuentas generales correspondientes en el ejercicio en que se superan los umbrales de importes percibidos.

En el caso de subvenciones o ayudas públicas de carácter plurianual:

- Hay que entender que son percibidos en el momento de la concesión.
- Hay que cumplir las obligaciones de transparencia respecto de todas las anualidades.
- Hay que mantener publicada la información, como mínimo, durante 5 años desde el momento que se inicia la difusión.

## **Formato**

La información objeto de publicidad activa se tiene que ofrecer en formatos electrónicos y accesibles, y tiene que utilizar estándares abiertos que permitan la reutilización, siempre que resulte técnicamente posible.

## **Control e incumplimiento**

- Las bases reguladoras de las subvenciones o ayudas públicas (o las resoluciones y convenios que concedan subvenciones o ayudas directas) especificarán los mecanismos de control y seguimiento y las consecuencias derivadas de su incumplimiento, de conformidad con el ordenamiento jurídico.
- La Secretaría de Gobierno Abierto de la Generalitat de Cataluña está facultada para emitir requerimientos de enmienda en caso de incumplimientos de las obligaciones de publicidad activa (artículo 77 h) del Decreto 8/2021, del 9 de febrero.
- El incumplimiento de las obligaciones de publicidad activa de las entidades privadas es constitutivo de infracción muy grave, de acuerdo con el artículo 77.1 b) de la Ley 19/2014.

Desde la vertiente del principio de transparencia se procedió a analizar el Clausulado del Convenio de Gestión del Casal de Barrio (concretamente la cláusula decimotercera) y la visualización de dos páginas web, la relativa al Casal de Barrio y la de la entidad, detectar graves deficiencias al cumplimiento del principio de transparencia.

## **RECOMENDACIÓN**

### **CONSIDERACIÓN 14<sup>a</sup>**

**... Por otro lado, visualizada la página web del Casal, y respecto a las obligaciones de transparencia de la entidad gestora, en el documento Presupuesto 2021 no consta ninguna partida económica en el apartado de ingresos por importe de XXX euros mensuales en concepto de contraprestación del servicio de bar cafetería (Ver Consideración 18<sup>a</sup>).**

### **CONSIDERACIÓN 15<sup>a</sup>**

Respecto al cumplimiento de los principios de publicidad y pública concurrencia en la gestión de estos servicios, como se ha anunciado al inicio de esta recomendación, en la página web del Casal de Barrio consta la publicación de las bases del Concurso para la gestión del servicio de Bar Cafetería del Casal de Barrio.

Pero, si bien la publicación de las bases del Concurso para la gestión del servicio de Bar Cafetería en la página web del Casal garantiza la igualdad de acceso en la presentación de proyectos, esta no agota la obligación de dar cumplimiento a los principios de publicidad y pública concurrencia de su gestión.

Efectivamente, el principio de publicidad, correlativo del principio de transparencia, cumple un doble objetivo: garantizar la igualdad en el acceso al Concurso para la gestión del servicio de Bar y Cafetería, y facilitar el control social sobre la gestión. Por lo tanto, el principio de publicidad no se restringe a dar publicidad a determinada documentación, sino que también comporta dar conocimiento público de su gestión.

Por otro lado, el principio de pública concurrencia supone que pueden acceder al concurso todos aquellos proyectos que reúnen los requisitos necesarios para poder concurrir. Requisitos que tienen que estar configurados de forma que no se restrinja el acceso a aquellos que se encuentren en igualdad de condiciones. A tal efecto, cualquier restricción requeriría una justificación objetiva y razonable.

En este sentido, hay que reseñar que si en el momento de seleccionar el proyecto ganador la entidad actuase con subjetividad o arbitrariedad se incumpliría el principio de pública concurrencia. Por eso, es indispensable la objetividad, la parametrización de los criterios de evaluación, la motivación, y la publicación de la misma.

En este sentido y de acuerdo con las bases del Concurso para la gestión del servicio de Bar Cafetería del Casal de Barrio, consta que la Comisión de toma de decisión "podrá solicitar entrevistas personales con las candidaturas para ampliar la información, y que tiene que aportar su valoración de los proyectos presentados en una asamblea conjunta de la Gestora del Casal y la entidad gestora, donde se decidirá el proyecto ganador de la convocatoria".

Así, respecto a la toma de decisión del proyecto ganador de la convocatoria tendría que constar en el expediente del Concurso para la gestión del servicio de Bar Cafetería la siguiente documentación: a) acta de las entrevistas personales con las personas candidatas; b) valoración de los proyectos por parte de la Comisión de toma de decisión; y c) acta que recoja la decisión respecto al proyecto ganador y su correspondiente motivación.

**Documentación que, en aras de la publicidad y transparencia, la entidad gestora tendría que publicar junto con el Convenio para la Gestión del servicio de Bar Cafetería, y el Ayuntamiento hacer el correspondiente seguimiento para garantizar este cumplimiento.**

**I.2 Respecto a la falta de cumplimiento de las obligaciones de la entidad gestora derivadas del principio de transparencia por ser beneficiaria de subvenciones municipales, evidenciada por el órgano gestor del Buzón Ético a raíz de las visualizaciones de las páginas webs del Casal de Barrio y de la entidad gestora, se recomienda al Distrito como órgano gestor de Convenios y subvenciones otorgados a la mencionada entidad, que verificados los indicios que constan, proceda a compeler a la entidad el cumplimiento de sus obligaciones, y no solo con relación a las subvenciones recibidas para la gestión del CASAL DE BARRIO, sino también respecto del resto de subvenciones recibidas.**

#### **CONSIDERACIÓN 16ª**

**Se recomienda al Distrito como órgano gestor del convenio que verifique si la información relativa al convenio y subvención publicada por la entidad cumple con los requisitos de la Ley 19/2014, del 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, del Decreto 8/2021, de 9 de febrero, sobre la transparencia y el derecho de acceso a la información pública, y de la Guía de transparencia para las entidades privadas emitida por la Generalitat de Cataluña, habida cuenta los indicios revelados y puestos de manifiesto en la presente recomendación. Y en caso de incumplimiento se adopten las medidas correctoras normativa o convencionalmente establecidas.**

#### **CONSIDERACIÓN 17ª**

**Se recomienda al órgano gestor del convenio y subvención que en las bases reguladoras de los Convenios que puedan suscribirse se incluya, de manera detallada, información para las entidades beneficiarias de todas las obligaciones concretas de transparencia que les son exigibles en cada caso, de conformidad con la Guía de transparencia para las entidades privadas de la Generalitat de Cataluña.**

#### **CONSIDERACIÓN 18ª**

**Puesto que en el Portal de Transparencia propio del gestor cívico, no consta ninguna partida relativa a los xxx euros mensuales en concepto de contraprestación del servicio de bar cafetería, se recomienda al órgano gestor que verifique si la partida, en lo referente a los XXX euros mensuales en concepto de contraprestación del servicio de bar cafetería, a los que se hace referencia en las bases del Concurso para la gestión del servicio de Bar Cafetería del Casal de**

**Barrio se ajusta y cumple los requerimientos establecidos en la Cláusula V, apartado b, del Convenio de Gestión Cívica del equipamiento del Casal de Barrio, y si contó con la preceptiva autorización del Ayuntamiento de Barcelona (ver Consideración 4ª y 14ª). A tal efecto también se dará traslado a la Intervención General del Ayuntamiento**

...

**II. En atención a las consideraciones emitidas en la Guía de Transparencia para las entidades privadas de la Generalitat de Cataluña respecto a que:**

- **El título jurídico que establezca el vínculo entre la entidad y la Administración incluirá explícitamente la obligación de las entidades de comunicar el importe de las retribuciones de sus órganos de dirección o administración.**
- **Las bases reguladoras de las subvenciones o ayudas públicas (o, en su caso, las resoluciones y convenios que concedan subvenciones o ayudas directas) tendrán que informar a las entidades beneficiarias, de manera detallada, de todas las obligaciones concretas de transparencia que les son exigibles en cada caso.**
- **Las bases reguladoras de las subvenciones o ayudas públicas (o las resoluciones y convenios que concedan subvenciones o ayudas directas) especificarán los mecanismos de control y seguimiento y las consecuencias derivadas de su incumplimiento, de conformidad con el ordenamiento jurídico.**

**Dar traslado a la Secretaría General, en virtud de las funciones que le reconoce, entre otros, el Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, regulador del régimen jurídico de los funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional, y a la Gerencia Municipal a los efectos de garantizar la inclusión de estas cláusulas en los convenios que concedan subvenciones o ayudas directas.**

---

## **I.IV. CONSIDERACIONES DERIVADAS DE LA FALTA DE PUBLICIDAD DE LAS ACTAS DEL COMITÉ DE EMPRESA<sup>124</sup>. ACUERDO RELATIVO A LA VALORACIÓN DE DETERMINADOS MÉRITOS EN PROCESO SELECTIVO**

---

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

En este sentido, hay que remarcar que este acuerdo del Comité de Empresa no fue publicitado ni en el momento de su adopción ni en un momento posterior. Esto a pesar de reconocer o pronunciar-se sobre temas el alcance de los cuales lejos de reflejarse sobre un ámbito limitado de personas (las que eran objeto de subrogación) irradiaba a toda la ciudadanía y aspirantes a un puesto de trabajo público en la medida en que se pronunciaba sobre un elemento que constituiría un mérito a computar en fase de concurso en cualquier convocatoria pública (el cómputo de la antigüedad en una empresa privada concreta, en el momento de la subrogación, en fase de concurso). Por lo cual esta falta de publicidad comporta limitar la posibilidad de que el acuerdo sea conocido por todos los interesados privándolos además del derecho a ejercer sus derechos y accionar en el supuesto de que consideren lesionadas sus expectativas.

### **RECOMENDACIÓN**

**3) Considerar la idoneidad de la publicación de las actas del comité de empresa con el fin de garantizar la máxima transparencia de acuerdo con lo que prevé la normativa aplicable y dar a conocer los acuerdos tomados por este órgano a fin de garantizar la posibilidad de que su contenido llegue a todos los interesados para que puedan, si así lo estiman pertinente, ejercer las acciones que, conforme**

---

<sup>124</sup> *Ficha I.1 Recomendaciones de carácter preventivo en relación a alertas de irregularidades en materia de función pública*

**a derecho, pudieran corresponderles. Incluso de cara a los posibles recursos que pudieran interponer, en el ejercicio de sus acciones, los aspirantes al referido proceso selectivo.**

## **SEGUIMIENTO DE LA RECOMENDACIÓN**

**A raíz del requerimiento del órgano gestor del Buzón Ético en relación a cuáles han sido las diligencias efectuadas, y las recomendaciones formuladas, la Gerencia informó lo siguiente: “hemos trasladado vuestro informe a los tribunales calificadores y ha sido asumido por ellos y aplicadas las recomendaciones en la valoración de méritos”.**



---

## **II. TRANSPARENCIA. DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA**

---

El artículo 2. c) de la Ley 19/2014, del 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, define el derecho de acceso a la información pública como el derecho subjetivo que se reconoce a las personas para solicitar y obtener la información pública, en los términos y las condiciones regulados por la ley mencionada.

En esta línea, el derecho de acceso permite tener conocimiento de información y documentación relativa, entre otros, a datos, actuaciones, procedimientos, expedientes administrativos de la Administración Pública, previa solicitud de la misma, que favorece el control de la actividad administrativa, y la exigencia de la rendición de cuentas.

En el Buzón Ético se han recibido varias comunicaciones relativas a presuntas irregularidades del derecho de acceso a la información pública:

---

### **II.I. EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCESO EN RELACIÓN CON LA PETICIÓN DE INFORMACIÓN POR EL INTERESADO EN VIRTUD DEL ART. 53 DE LA LEY 39/2015, DE 1 DE OCTUBRE, DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN. CÓMPUTO DEL PLAZO**

---

En el Buzón Ético se recibió una comunicación relativa a presuntas irregularidades en la tramitación de las peticiones de solicitud de acceso a la información pública.

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

#### **CONSIDERACIONES**

En relación con el régimen jurídico aplicable a las solicitudes de acceso a un expediente en curso, la GAIP (Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública) se ha pronunciado reiteradamente, sirva de ejemplo la Resolución 98/2021 de 21 de enero de la GAIP (Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública) que estableció:

*"Los antecedentes ponen de manifiesto que el Ayuntamiento de Barcelona ha indicado a la persona reclamante que la solicitud de la cual deriva la Reclamación no se rige por la LTAIPBG, sino por la normativa de procedimiento administrativo, porque se trata de una solicitud de acceso a un expediente en curso, en el cual la persona reclamante tiene la condición de interesada, y para estos casos la disposición adicional 1a.1 LTAIPBG prevé la sujeción de la solicitud a la normativa de procedimiento administrativo.*

*Desde la Resolución 17/2015, de 23 de diciembre, la GAIP aplica los criterios siguientes al acceso a la información relativa a procedimientos en trámite para las personas que tienen la condición de interesadas: "con respecto al derecho de acceso a la documentación que integra procedimientos administrativos en trámite, hay que señalar que no hay ninguna disposición en el LTAIPBG, incluida su disposición adicional 1.ª, que establezca ningún motivo de inadmisión, ni ningún límite de acceso que se defina en función del carácter abierto o cerrado de los procedimientos administrativos. Eso conlleva que el derecho de acceso a la información pública se debe poder ejercer con independencia de si esta información forma parte de un procedimiento abierto o cerrado, o de ningún procedimiento específico. Si la voluntad del legislador fuera la de denegar el acceso a los expedientes cerrados, ya lo habría establecido, y no lo hace, ni por activa, ni por pasiva. Más bien todo el contrario: la Exposición de motivos de la Ley estatal 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que tiene una disposición adicional 1.ª con el mismo contenido de la disposición adicional 1.ª del LTAIPBG, señala expresamente como una de las limitaciones de la regulación precedente del derecho de acceso, que precisamente pretende superar la nueva legislación de transparencia, el hecho de limitar el acceso a los documentos contenidos a procedimientos administrativos ya finalizados (apartado II de la Exposición de motivos, en relación con el artículo 37 LRJPAC). Está claro, pues, que la voluntad del legislador no puede ser otra que la de admitir y proteger el ejercicio del derecho de acceso, por parte de cualquier persona, a la información pública, con independencia del carácter abierto o cerrado de los procedimientos que la contienen.*

*Establecido el derecho de cualquier persona a acceder a la documentación incluida en procedimientos administrativos abiertos, se debe valorar acto seguido si este derecho se puede restringir cuando quién lo ejerce tiene la condición de persona interesada en el procedimiento administrativo concernido. Por razones de mera obviedad se debe descartar esta posibilidad, ya que sería una auténtica incongruencia, contraria a los más elementales principios de igualdad y de no discriminación, ofrecer mayor acceso y mejor garantizado a la información pública contenida en un procedimiento abierto a la ciudadanía en general, que a las personas que tienen la condición de interesadas. Hace falta tener en cuenta, además, que no hay ningún precepto en la LTAIPBG del cual se pueda desprender que la condición de interesado o interesada en un procedimiento administrativo deba ser o pueda ser un motivo de inadmisión de las solicitudes de información a la Administración pública o de las reclamaciones ante la GAIP. La garantía de la reclamación ante la GAIP, que protege mediante un procedimiento breve y gratuito ante un órgano independiente el derecho general de acceso a la información pública de cualquier ciudadano o ciudadana, con tanta o más razón debe amparar el derecho de las personas interesadas a obtener la información incluida en los procedimientos administrativos que les afectan, y nada hay en la disposición adicional 1.ª LTAIPBG que lo impida.*

*Todo lo contrario: lo que establece esta disposición es que la posición jurídica que corresponde a las personas interesadas en un procedimiento administrativo, en relación con el acceso a la información pública que lo integra, se define no tanto por el régimen jurídico aplicable al derecho de acceso a la información pública, sino por los derechos de mayor intensidad de acceso al expediente que les reconoce la legislación de procedimiento administrativo (en este sentido, el artículo 26 de la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña, reconoce sin restricciones a las personas interesadas en un procedimiento administrativo en tramitación el derecho a acceder al expediente y a obtener una copia de los documentos que forman*

parte), y todo con independencia de si quien resuelve las solicitudes de acceso es la Administración responsable de tramitar el procedimiento concernido o, en vía de reclamación, la GAIP, o el juez o tribunal que tenga que resolver el eventual recurso jurisdiccional. La disposición adicional 1.ª LTAIPBG no cuestiona la competencia de la GAIP para entender sobre reclamaciones en materia de acceso a la información pública formuladas por personas interesadas en un procedimiento administrativo, sino que sólo incide en el derecho material (la LTAIPBG o la legislación de procedimiento administrativo) que tendrá que aplicar la GAIP para resolverlas.

Ciertamente, lo más verosímil es que las personas interesadas en un procedimiento administrativo en trámite puedan acceder con normalidad al expediente y que sea precisamente el órgano responsable de su tramitación quien los garantice y haga efectivo este derecho, de forma que lo puedan ejercer dentro de los plazos que mejor les convenga de cara a una resolución favorable, no tanto del acceso en sí, sino del procedimiento. Ahora bien, si el órgano competente deniega el acceso solicitado, nada impide que, sin perjuicio de continuar la normal tramitación del procedimiento, ni de los efectos impugnatorios que la falta de acceso al expediente pueda tener en el futuro sobre la resolución del fondo del asunto, la persona interesada pueda acudir a la vía especial de garantía instituida por la legislación de transparencia (la reclamación ante la GAIP). Con independencia del régimen sustantivo aplicable, estos también son casos de ejercicio del derecho de acceso a la información pública, materia que constituye la misión de la GAIP, de forma que nada permite cuestionar su competencia, si la ley no la excluye expresamente, que no es el caso.

Por lo tanto, la consecuencia de si se diera la circunstancia de la disposición adicional 1.ª LTAIPBG sería básicamente que tanto la Administración como la GAIP tendrían que reconocer a las personas interesadas en el procedimiento administrativo (tanto en el momento de atender sus solicitudes de información, como en el de resolver sus reclamaciones o sus recursos) el plus de legitimidad que pueda corresponder a esta condición, respecto de la predicable a la ciudadanía en general, a los efectos de poder ponderar más favorablemente, si procede, su derecho de acceso con los otros derechos o intereses que concurran en el caso”.

A la vista de estas consideraciones, es procedente concluir que la GAIP es competente para atender esta Reclamación, a pesar de tener por objeto una solicitud de acceso a un expediente abierto o en trámite, por parte de una persona que tiene la condición de interesada”.

En esta línea también se pronunció el Dictamen núm. 7/2016 de la GAIP:

“... En segundo lugar, en cualquier caso la aplicación del régimen de acceso establecido por la legislación de procedimiento administrativo no puede comportar que los interesados tengan un derecho de acceso a la documentación de los procedimientos en trámite menor de lo que les garantizaría la legislación de transparencia, sino más bien todo lo contrario: mayor o más reforzado. Este criterio deriva de diversas consideraciones. Para empezar, de la misma idea general de interesado, en relación con las que no tienen esta condición: quien es interesado o interesada lo es por el hecho de ostentar derechos o intereses que merecen protección específica en el procedimiento correspondiente, lo que legitimaría una especial intensidad de su derecho de acceso a la información que puede afectarles. Y es que, además, el acceso a la información que integra un procedimiento en trámite es, para las personas interesadas, manifestación de su derecho a la defensa de sus derechos e intereses, derecho que se puede amparar en el artículo 24 de la

*Constitución Española. Finalmente, también por razones de derecho positivo: cuando regula los derechos de los interesados en el procedimiento administrativo, incluido el de acceder y obtener copia de los documentos contenidos, el artículo 53.1 LPAC empieza con los siguientes términos: "Además del resto de derechos previstos en esta Ley (uno de los cuales es el del artículo 13.d: el de acceso a la información pública, de acuerdo con la LTAIPBGE), los interesados en un procedimiento administrativo tienen los siguientes derechos (entre ellos el del apartado a: acceder y obtener copia de los documentos contenidos en los procedimientos correspondientes)"; es decir: además del derecho general de acceso a la información pública regulado por la legislación de transparencia, los interesados en un procedimiento administrativo tendrían un derecho que hay que suponer más intenso o reforzado de acceder a la documentación incluida en su procedimiento".*

## **II. Régimen jurídico del plazo de resolución de las solicitudes del derecho de acceso a los procedimientos administrativos en trámite por el interesado.**

En relación a este asunto la GAIP en su Resolución 98/2021, de 21 de enero, respecto al plazo de resolución de las solicitudes del derecho de acceso concluye que:

*"Sin cuestionar lo anterior, el informe municipal pone en duda la admisibilidad de la Reclamación porque la considera prematura, ya que, a su entender, al tener que regirse, la solicitud de la cual deriva, por la legislación de procedimiento administrativo, y no por la de transparencia, el plazo del cual dispondría el Ayuntamiento para resolver es el de 3 meses establecido por el artículo 21.3 LPAC, en vez del de un mes fijado por el artículo 33.1 LTAIPBG, de forma que cuando se presenta la Reclamación el Ayuntamiento todavía dispone de plazo para resolver válidamente.*

*El artículo 21.3 LPAC prevé que cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijan un plazo máximo, este será de tres meses. Esta previsión no es aplicable a este caso en atención a las consideraciones siguientes. Por una parte, porque hay una norma reguladora del procedimiento de acceso a información pública que fija el plazo máximo de un mes para resolver la solicitud: precisamente el artículo 33.1 LTAIPBG, precepto que forma parte de la regulación de un procedimiento administrativo, el de acceso a la información pública; ciertamente, este plazo puede ser desplazado si la regulación específica de acceso al expediente selectivo solicitado prevé uno diferente, que no es el caso; ante la falta de un plazo específico del procedimiento en cuestión, tiene que ser preferente la aplicación supletoria del plazo propio de los procedimientos de acceso a información pública (que materialmente son asimilables del todo a los procedimientos de acceso al expediente), que es más específico que el plazo genérico del artículo 21.3 LPAC. Y es que, por otro lado, el criterio aplicado por el Ayuntamiento comporta para la persona reclamante, que tiene la condición de interesada, un trato procedimental peor que el que correspondería a cualquier persona ajena al procedimiento de selección, lo cual resultaría incongruente con su posición jurídica".*

## **III. Instrucción relativa al Derecho de acceso a la información pública del Ayuntamiento de Barcelona.**

En fecha 10 de diciembre de 2015 se publica en la Gaceta Municipal de Barcelona la Instrucción relativa al Derecho de Acceso a la información pública del Ayuntamiento de Barcelona.

En la Instrucción se recogen las funciones del Departamento de Transparencia del Ayuntamiento de Barcelona:

*"Departamento de Transparencia: es el responsable de:*

- Recibir y centralizar todas las peticiones de derecho de acceso a la información;*
- Comunicar a la persona solicitante en el supuesto de que el Ayuntamiento no sea administración competente*
- Derivar las solicitudes de derecho de acceso al órgano gestor, a través del referente de transparencia que corresponda;*
- Hacer seguimiento de todas las solicitudes de información, de las respuestas dadas por el órgano competente, y del seguimiento de los plazos de resolución".*

Respecto a la tramitación de las solicitudes de acceso a la información pública, en el apartado 4 de la Instrucción se contempla que:

*"La tramitación de las solicitudes de acceso a la información pública se inicia cuando una persona realiza una solicitud de acceso a la información, a través del Registro (físico o electrónico), y se tramita hasta su posterior resolución. La notificación de esta resolución también podrá realizarse electrónicamente o bien en papel, en función del canal utilizado por la persona solicitante en el momento de hacer la petición.*

*En primera instancia, la solicitud llega al Departamento de Transparencia, que asignará a la solicitud un número de expediente y, en función de la temática, mediante el referente de transparencia de la Gerencia o Distrito correspondiente (en el caso de solicitudes que afecten al propio Ayuntamiento), o bien del ente instrumental (si la información solicitada corresponde a información que elabora este organismo), derivará el expediente al órgano gestor".*

**IV.** El plazo máximo del cual dispone la administración para resolver la solicitud de acceso (independientemente de si es o no un procedimiento administrativo en trámite) es de un mes por aplicación del art. 33.1 LTAPIBG, a menos que tenga un plazo específico tal como reiteradamente se ha pronunciado la GAIP.

En el caso concreto, la persona comunicante realizó la primera solicitud de acceso en el expediente de ampliación de terraza xxx y en el expediente de inspección xxx en fecha xx de octubre de 2020. Asimismo, obtuvo respuesta del órgano municipal a su petición el xx de diciembre de 2020 respecto al primer expediente, y en fecha xx de febrero de 2021 respecto al segundo expediente. Por tanto, superándose con creces el plazo de un mes establecido en la normativa.

Habida cuenta la información recibida por el Departamento de Transparencia, relativa a la segunda instancia, esta se envió directamente al órgano municipal, y por tanto sin seguir la Instrucción relativa al Derecho de Acceso a la información pública del Ayuntamiento de Barcelona.

## **RECOMENDACIÓN**

**I. Reforzar los protocolos e instrucciones del órgano gestor del registro de entrada a fin de que las peticiones del derecho de acceso sean remitidas al órgano competente, al Departamento de Transparencia en aplicación de la Instrucción relativa al Derecho de Acceso a la información pública del Ayuntamiento de Barcelona.**

**II. Proceder a revisar los procedimientos correspondientes para promover que los órganos gestores de la petición del derecho de acceso a procedimientos en trámite den respuesta a la solicitud en el plazo máximo de un mes, siempre que no haya un plazo específico fijado por las normas reguladoras de los procedimientos, de acuerdo con la postura mantenida per la GAIP, por todas, Resolución 98/2021, de 21 de enero.**

**III. Informar a la persona comunicante que *"Tanto si el procedimiento seguido para resolver sobre el acceso a la información es el de la LTAIPBGE, o el de la legislación de procedimiento administrativo, si el objeto de la solicitud es acceder a información pública las personas solicitantes pueden reclamar ante la GAIP, porque negar esta vía de reclamación a las personas interesadas significaría dispensarles un trato peor que el garantizado a las personas no afectadas por la legislación de transparencia y acceso a la información pública"*. (Conclusión novena Dictamen núm. 7/2016 de la GAIP)**

---

## ***II.II. POSIBLE IRREGULARIDAD EN LA TRAMITACIÓN DE UNA SOLICITUD DE DERECHO DE ACCESO POR PARTE DE UNA EMPRESA CON PARTICIPACIÓN MAYORITARIA MUNICIPAL***

---

En el BEBG se recibió una comunicación relativa a una presunta irregularidad en la tramitación de una solicitud de derecho de acceso por parte de una empresa con participación mayoritaria municipal

Efectuadas las actuaciones de investigación correspondientes, examinada la documentación obrante en el expediente y analizada la normativa de aplicación, se trasladaron las siguientes:

## CONSIDERACIONES

I. En aplicación del artículo 25.1, de las Normas reguladoras del BEBG corresponde a la Dirección de Análisis, gestionar esta comunicación. En este sentido el artículo 4,1 apartado b de dichas Normas están en el ámbito de aplicación objetivo del Buzón Ético a las "b. Las entidades vinculadas o dependientes del Ayuntamiento de Barcelona como... o las sociedades mercantiles".

II. La Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Especialmente por lo que respeta a su artículo 3.1 relativo al ámbito de aplicación *"La presente ley es de aplicación: a) A la Administración de la Generalitat y los entes que integran la Administración local en Cataluña. b) A los organismos y entes públicos, las sociedades con participación mayoritaria o vinculadas, las fundaciones del sector público, las entidades de derecho público dependientes o vinculadas con las administraciones a las que se refiere la letra a, las entidades de derecho público que actúan con independencia funcional o con una autonomía especial reconocida por ley que ejercen funciones de regulación o supervisión externa sobre un determinado sector o actividad, las instituciones de la Generalitat a las que se refiere el capítulo V del título II del Estatuto de autonomía, los colegios profesionales y las corporaciones de derecho público en lo que afecta al ejercicio de sus funciones públicas y los consorcios u otras formas asociativas y sus entes vinculados y sociedades mercantiles en que participa de forma mayoritaria alguna de estas administraciones..."* Así como lo establecido en el Capítulo I del su Título III relativo a "el Acceso a la información pública".

En consecuencia, las sociedades mercantiles municipales, como sujetos obligados de la Ley 19/2014, del 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, han de tramitar las solicitudes de acceso a la información pública que obren en su poder, y lo han de hacer de acuerdo con el procedimiento que establece esta ley.

En particular, es necesario que:

- o bien entreguen toda la información solicitada de acuerdo con lo previsto en el artículo 34.8 de la ley,
- o bien se dicte la resolución oportuna. Ya sea estimando, estimando parcialmente, denegando, o inadmitiendo la solicitud.
- las dos opciones se han de tramitar en el plazo de un mes prorrogable que prevé la citada Ley.

En el caso de las sociedades mercantiles municipales, de acuerdo con la Instrucción relativa al derecho de acceso a la información pública, aprobada el 19 de noviembre 2015 y modificada el 17 de octubre de 2019, la Instrucción relativa al derecho de acceso a la información pública, aprobada el 19 de noviembre 2015 y modificada el 17 de octubre de 2019, y el Decreto de alcaldía S1/D/2019-2250, de 24 de octubre de 2019, de delegación en la estructura ejecutiva de competencias relacionadas con el derecho de acceso a la información pública, el órgano

competente para dictar resolución, si procede, es la Gerencia del área a la cual esté adscrita la sociedad mercantil: Decreto de alcaldía S1/D/2019-2250, de 24 de octubre de 2019, de delegación en la estructura ejecutiva de competencias relacionadas con el derecho de acceso a la información pública.

### **RECOMENDACIÓN**

**Se RECOMIENDA, a los efectos oportunos, a la empresa con participación mayoritaria municipal, habida cuenta el carácter indisponible de la citada normativa que proceda a su observancia en la tramitación de las solicitudes que pueda recibir relativas al ejercicio del derecho de acceso reconocido en la Ley 19/2014, del 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y en los términos establecidos en la Instrucción relativa al derecho de acceso a la información pública, aprobada el 19 de noviembre 2015 y modificada el 17 de octubre de 2019 y el Decreto de alcaldía S1/D/2019-2250 de 24 de octubre de 2019, de delegación en la estructura ejecutiva de competencias relacionadas en el derecho de acceso a la información pública.**

**A tal efecto, se informa que se dará traslado de la solicitud objeto de la presente Recomendación al departamento competente del Ayuntamiento de Barcelona para su impulso y seguimiento.**

### ***II.III. FALTA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA SOLICITADA SOBRE UN EXPEDIENTE DE INSPECCIÓN***

En el BEBG se recibió una comunicación relativa a la falta de acceso a la información pública solicitada sobre un expediente de inspección.

Realizadas las actuaciones de investigación, examinada la documentación y la información obrante en el aplicativo informático corporativo correspondiente, y analizada la normativa de aplicación, se trasladó la siguiente recomendación:

### **RECOMENDACIÓN**

**- Necesidad de dar respuesta a cualquier petición para que el interesado disponga de los mecanismos necesarios para desplegar sus derechos, y así garantizar su derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva que le pueda corresponder de acuerdo con el artículo 24 de la Constitución Española y el artículo 82 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre de 2015, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas.**



**- Necesidad de colaborar con la Sindicatura de Greuges de Barcelona en relación con sus requerimientos o peticiones de información tal como establece su normativa reguladora a los efectos de que esta pueda desarrollar adecuadamente su tarea de supervisión de los servicios municipales y al mismo tiempo velar por los derechos de la ciudadanía.**

# **RECOMENDACIONES REALIZADAS EN PREVENCIÓN DE LOS RIESGOS DETECTADOS A RAÍZ DE INFRACCIONES DE LA NORMATIVA REGULADORA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO**

---

## **I. PRÁCTICA DE LA NOTIFICACIÓN ADMINISTRATIVA**

---

---

### **I.I. PROCEDIMIENTOS INICIADOS DE OFICIO**

---

En el BEBG se recibió una comunicación en que la persona comunicante exponía su disconformidad con un expediente sancionador de tráfico, ya que no tuvo conocimiento de su contenido, ni de su tramitación, hasta que se inició la vía ejecutiva. También informó que había interpuesto un recurso contra la providencia de apremio, habiéndose practicado el embargo, sin haber recibido respuesta del recurso.

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

#### **CONSIDERACIONES**

I. En los procedimientos iniciados de oficio está prevista la notificación en el domicilio del interesado como mínimo a efectos de su inicio. La regulación de la práctica de la notificación en el domicilio reconoce la indefensión del interesado al que no se le ha notificado la resolución administrativa en su domicilio por ser desconocido, y obliga, con carácter previo a ordenar la publicación del acto, a investigar el domicilio del interesado mediante consulta de los datos que consten en el Padrón Municipal de Habitantes. En supuestos similares, el Tribunal Constitucional otorgó amparo a los interesados, por todas: SSTC 135/2005 i 161/2006, entre otras.

Les referidas sentencias del Tribunal Constitucional exigen:

- a) Cualquier Administración Pública que disponga de información, accesibilidad o disponibilidad en sus archivos del domicilio de un ciudadano (censo electoral, domiciliación de tributos, entre otros) puede y debe consultar sus archivos antes de la publicación en los boletines oficiales. Con ello, el Tribunal Constitucional rompe con los compartimentos estancos de la Administración y señala que si la administración utiliza el domicilio para unos asuntos también lo ha de hacer para otros.
- b) El deber de investigación de la Administración cesa cuando para la Administración suponga un esfuerzo irracional o desproporcionado, por lo que el Tribunal Constitucional debería fijar el contenido del concepto genérico esgrimido para establecer el alcance del deber de investigación municipal que no comporte un esfuerzo irracional o desproporcionado.

Al margen de lo expuesto, en la actualidad teniendo en cuenta el tratamiento de datos automatizados, las consultas de datos del domicilio son relativamente sencillas por lo que no sería una buena práctica no llevarlas a cabo.

II.- En la regulación actual prevista en el artículo 41.4 de la Ley 39 /2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se prevé, en los procedimientos iniciados de oficio, la notificación en el domicilio del interesado, al menos a efectos de su inicio, es decir, que con posterioridad la Administración podrá seguir el procedimiento utilizado para las notificaciones electrónicas siempre que con ello no se provoque indefensión a los interesados. La regulación de la práctica de la notificación en el domicilio recoge la numerosa jurisprudencia que reconoce la indefensión del interesado al que no se le notificó la resolución administrativa en su domicilio por ser desconocido y obliga, con carácter previo a ordenar la publicación del acto, que se proceda a averiguar el domicilio del interesado mediante consulta de los datos que consten en el Padrón Municipal (apartado cuarto del artículo 41).

Este artículo trata de ofrecer una solución al problema que muchas veces se plantea en la práctica en este tipo de procedimiento cuando la Administración no dispone de los datos de una dirección donde realizar las notificaciones al interesado y recoge el extenso abanico jurisprudencial existente sobre la materia ya que la notificación es un trámite esencial en la gestión administrativa, y de la práctica de este trámite, depende la eficacia de los actos que afectan derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. Además, en materia sancionadora el rigor formal de las notificaciones ha de ser aún más cuidadoso y cumpliendo las garantías del artículo 24 de la CE que son de aplicación al procedimiento administrativo sancionador están los derechos de defensa y de ser informado de la acusación que implica que el interesado sea notificado debidamente de la incoación del procedimiento.

III.- En el caso de la persona comunicante se podría considerar que no había ninguna vulneración del derecho de defensa ya que según el informe emitido por parte del órgano afectado el cambio de empadronamiento del comunicante tuvo lugar cuando el trámite de la publicación en el TESTRA (Tablón edictal de sanciones de tráfico) ya estaba iniciado y aquel tampoco había informado directamente al órgano afectado el cambio de domicilio.

IV.- No se indica, por parte del órgano afectado, si se hacía o se hace la comprobación en el Padrón de Habitantes del domicilio del interesado, esta comprobación indicada está prevista en la vigente ley del Procedimiento Administrativo Común de les Administraciones Públicas y estaba incorporada en el artículo 59 de la derogada ley de régimen Jurídico de las Administraciones Públicas del procedimiento administrativo común.

## **RECOMENDACIÓN**

**El órgano gestor del BEBG recuerda la necesidad del cumplimiento estricto de los instrumentos jurídicos con el fin de que las notificaciones efectuadas a los ciudadanos se hagan con todas las garantías necesarias para que no se produzca ninguna situación o circunstancia que comporte una vulneración del derecho de defensa ni indefensión a los interesados en un expediente sancionador, como es el caso que nos ocupa en estas actuaciones.**

---

## **I.II NOTIFICACIONES ADMINISTRATIVAS INFRUCTUOSAS**

---

En el BEBG se recibió una comunicación relativa a la presunta irregularidad en la gestión de una transmisión de una licencia de actividad (TLA).

Efectuadas las actuaciones de investigación correspondientes, examinada la documentación obrante en el expediente y analizada la normativa de aplicación, se trasladaron las siguientes:

### **CONSIDERACIONES**

Revisado el expediente administrativo consta como dirección de notificaciones la dirección del establecimiento y en el programa informático de licencias de actividades, dentro del apartado de datos del titular, una dirección diferente. Por tanto, la Administración estaba en disposición de tener conocimiento de otra dirección de notificaciones. A tal efecto, la doctrina constitucional vinculada al derecho de defensa del administrado, ha considerado que se exige una cierta diligencia por parte de la Administración en la localización del verdadero domicilio del administrado. Como ejemplo se citan las siguientes sentencias:

- Sentencia del Tribunal constitucional, 32/2008 (BOE 28 de marzo de 2008), de 25 de febrero de 2008:

*"SEGUNDO.- ... este Tribunal ha destacado la exigencia de procurar el emplazamiento o citación personal de los interesados, siempre que sea factible, por lo que el emplazamiento edictal constituye un remedio último de carácter supletorio y excepcional, que requiere el agotamiento previo de las modalidades aptas para asegurar en el mayor grado posible la recepción de la notificación por el destinatario de la misma, a cuyo fin deben de extremarse las gestiones en averiguación del paradero de sus destinatarios por los medios normales, de manera que la decisión de notificación mediante edictos debe fundarse en criterios de razonabilidad que conduzcan a la certeza, o al menos a una convicción razonable, de la inutilidad de los medios normales de citación (por todas, STC 158/2007, de 2 de julio , FJ 2).*

*Más en concreto, por lo que se refiere a supuestos de notificación edictal...*

*Pues bien, el presente caso enjuiciado, a la vista de los datos fácticos arriba expuestos, es similar al contemplado por la indicada sentencia del Tribunal Constitucional. En efecto, tampoco la Administración llevó a cabo investigación alguna sobre el domicilio del recurrente cuando supo que el primer intento y único de notificación se frustró por ser desconocida*

*aquella en el domicili que figuraba en la Direcció General de Tràfic... podí haber sido más diligente en la averiguación del domicili del recurrente simplemente con un cruce de datos con esos otros órganos de la Administración.*

*Por todo lo cual, esta notificación automática en edictos, sin la previa y necesaria diligencia de averiguación del domicili, vulnera el ordenamiento jurídico en los términos establecidos por la citada Jurisprudencia Constitucional".*

En la misma línea se pronunció la sentencia del Tribunal Constitucional 54/2003 de 24 de marzo, o la del Tribunal Supremo (sección 2ª), de 16 de diciembre de 2015 (CAS 1304/2014), y la 30 de enero de 2017, de la Sección 5ª (RCA 581/2015).

- Sentencia nº 459/2017, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Madrid, de 20 de julio de 2017, Sección octava, Recurso 23/2017, que en su fundamento jurídico segundo dispone lo siguiente:

*"Pues bien, en nuestro supuesto la Administración se encontró con tres notificaciones fallidas en este procedimiento y trece más en el PO 73/2016 que se sigue también en esta Sección a instancias de la mercantil recurrente, con lo que parece que ante dieciséis notificaciones fallidas y con un importe de más de 700.000 euros de subvenciones a recuperar, no se debía de haber acudido automáticamente a la notificación edictal, sino que, hubiera resultado prudente acudir al Registro Mercantil donde se hubiese constatado el hecho del concurso de la mercantil Fondo de Formación Centro SLL y su consiguiente cese de actividad, o incluso podí haber intentado entender las notificaciones con el que había sido administrador de la mercantil, pero, no desde luego acudir inmediatamente -sin constancia de actuación alguna de averiguación de paradero- a la notificación edictal, por lo que consideramos que se ha producido una situación real de indefensión material en la persona de la actora que nos hace que debemos declarar la nulidad de los actos recurridos al amparo del art.62.1 a y e) LPAC, toda vez que existió un quebrantamiento de las formalidades esenciales del procedimiento".*

- Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de setiembre de 2014, nº de Recurso 1302/2014

*"... ha de reconocerse que, esta Sala viene interpretando que la notificación edictal es residual, requiriendo el agotamiento previo de las otras modalidades que aseguren en mayor grado la recepción por el destinatario de la correspondiente notificación, así como que no conste el domicili del interesado o se ignore su paradero (sentencias de 10 de noviembre de 1993, 23 de febrero de 1996, 13 de marzo de 1997 y 21 de enero de 2003, entre otras.*

*...*

*De acuerdo con el Tribunal Constitucional la notificación por edictos tiene un carácter supletorio y excepcional, debiendo ser considerada como remedio último, siendo únicamente compatible con el artículo 24 de la Constitución, si existe la certeza o, al menos, la convicción razonable de la imposibilidad de localizar al demandado (sentencias 48/82, 31 de mayo, 63/82, de 20 de octubre, y 53/03 de 24 de marzo, entre otras muchas), señalando, asimismo, que cuando los demandados están suficientemente identificados su derecho a la defensa no puede condicionarse al cumplimiento de la carga de leer a diario los Boletines Oficiales..."*

Debe tenerse en cuenta, que los tribunales han anulado actuaciones de la Administración notificadas edictalmente cuando se había acreditado que la Administración disponía de otros domicilios donde efectuar la notificación o una simple averiguación hubiera permitido que la notificación no resultara infructuosa, lo anterior en la línea del derecho de defensa de los administrados y frente a la ausencia de una mínima averiguación por parte de la Administración. Se cita a título de ejemplo la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo 5 de Zaragoza<sup>125</sup>:

*"Lo que se plantea no es la correcta actuación del servicio de correos al practicar las referidas notificaciones, sino la correcta actuación de la Administración en el cumplimiento de la obligación de indagar el domicilio o lugar de residencia de la interesada, dado que en el expediente administrativo figuraba otro posible domicilio en el que practicar dichas notificaciones, como el domicilio que consta en el DNI adjunto a la solicitud de subvención y en el que se le notificó la providencia de apremio, a fin de dar validez y efecto a la notificación edictal que, conforme resulta del artículo 59.5 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de 1992, exige que se trate de personas desconocidas o de ignorarse el lugar de la notificación, practicándose por cualquier medio que permita tener constancia de su recepción por el interesado, según su apartado 1º.*

*Sobre la notificación edictal o por anuncios tiene declarado la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que tiene carácter supletorio y excepcional en cuanto que debilita las posibilidades materiales de su conocimiento por parte del destinatario, respecto de los restantes medios en que pueda practicarse, como instrumento que deje constancia de que ha llegado a su conocimiento posibilitando la potestad de su impugnación, de modo que debe hacerse abstracción del mero formalismo de la notificación para indagar la realidad material de su práctica que proscriba toda indefensión, pues lo relevante, no es que se cumplan las previsiones legales sobre cómo debe de practicarse la notificación, sino el hecho de que llegue a conocimiento del interesado, pues ni toda deficiencia práctica en la notificación implica una vulneración del artículo 24 de la Constitución Española, ni una notificación practicada correctamente supone que cumple con la finalidad que le es propia, como tiene declarado el Tribunal Constitucional, hallándose la correcta práctica de las notificaciones sujeta a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto.*

*Partiendo de las anteriores consideraciones y que la obligación de actuar conforme a la buena fe afecta tanto a la Administración como al administrado, la actuación con la diligencia debida por parte de la administración, le exige antes de acudir a la notificación edictal a practicarla en un lugar que resulte idóneo si el mismo consta en el expediente o resulte extraordinariamente sencillo, acudiendo a oficinas o registros públicos de la propia Administración actuante, sin que puedan exigirle a la Administración la adopción de medidas*

---

<sup>125</sup> También recogido en la Sentencia 35/2015 de 30 de enero del TSJ ASTURIAS.



*excepcionales tendentes a averiguar el domicilio de la interesada como sería indagar cuál era su domicilio cuando en el propio expediente figuraban otros posibles domicilios por lo que debemos de entender que la Administración no obró correctamente”.*

II. En la exposición de motivos de la ley 16/2015, de 21 de julio, de simplificación de la actividad administrativa de la Administración de la Generalitat y de los gobiernos locales de Cataluña y de impulso de la actividad económica se hace referencia a que *"La simplificación de la actividad administrativa debe servir para mejorar los procedimientos regulados por las normativas local y sectorial de los ámbitos competenciales de la Generalidad, de forma que, sin renunciar a la protección del interés general, la reducción de plazos y el aumento de la eficiencia de recursos en los procedimientos de autorización y control de las actividades económicas repercute de forma directa en la reducción de costes para las empresas para reactivar la actividad económica y el empleo”.*

Con este espíritu de la ley, y **más aún en el contexto social de crisis económica que se está padeciendo por parte de la ciudadanía dada la pandemia del Coronavirus<sup>126</sup>**, los principios de celeridad y de impulso de oficio que han de regir la actividad administrativa son actuaciones necesarias per evitar perjuicios económicos para todos los agentes que intervienen en la actividad económica.

III. En el caso concreto, se evidencia, tal como se reconoce por el propio órgano gestor en la información proporcionada, una dilación en la tramitación de la transmisión de la licencia de actividad.

## RECOMENDACIÓN

**Desde este órgano gestor del Buzón Ético se alerta que la dirección que consta para notificaciones en este expediente es la dirección del establecimiento, si bien la dirección para notificaciones que consta en el expediente de licencias es diferente. Por tanto, recomienda que en caso de notificaciones infructuosas en la dirección correspondiente al domicilio social, se revisen los expedientes por si constan otras direcciones donde se puedan practicar las notificaciones, en todo caso se realicen actuaciones de averiguación de la dirección de notificaciones como la búsqueda en los aplicativos informáticos municipales o en el Registro mercantil, de acuerdo con la jurisprudencia expuesta anteriormente.**

---

<sup>126</sup> En el momento de elaborarse la Recomendación ahora extractada existía una declaración formal de estado de alarma.

---

## **II. DERECHO A NO APORTAR DOCUMENTOS QUE YA ESTÉN EN PODER DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS O QUE HAYAN SIDO ELABORADOS POR ESTAS**

---

En el BEBG se recibió una comunicación relativa al derecho a no aportar documentos elaborados por cualquier administración.

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

### **CONSIDERACIONES**

I. El art. 35 f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) regulaba el derecho de los ciudadanos, en sus relaciones con las Administraciones Públicas: *"A no presentar documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate, o que ya se encuentren en poder de la Administración actuante"*.

Con la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), que deroga la LRJPAC, este derecho del ciudadano se amplía a cualquier documento que haya sido **elaborado por cualquier Administración**. (Art. 28.2 LPACAP).

Este derecho también fue recogido en el art. 6 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos con el siguiente literal: *"no aportar los datos y documentos que obren en poder de las administraciones públicas, las cuales utilizarán medios electrónicos para recabar dicha información"*.

II. El art. 28.2 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo, ha ampliado las medidas de reducción de la carga administrativa al ciudadano porque ahorra presentar documentos que hayan sido realizados por cualquier administración.

En el caso concreto, la comunicación se refiere a documentos elaborados por el Ayuntamiento de Barcelona, que el ciudadano no está obligado a presentar. En los informes evacuados por los órganos afectados se especifica que *"los profesionales XXX acceden telemáticamente a los datos y a los documentos necesarios para la tramitación de los recursos solicitados por sus usuarios para hacer efectivo el derecho de los ciudadanos a no aportar los datos y los documentos que están en poder de las administraciones públicas"* y *"no debería solicitarse ningún documento acreditativo que ya dispone la Administración, asegurando la protección de datos de carácter personal"*.

En atención a estas consideraciones y la información proporcionada por el órgano gestor, no se han detectado conductas contrarias al derecho, a los principios o reglas éticas y de buen gobierno y administración.

---

### **III. OBLIGACIÓN DE DAR RESPUESTA A LAS PETICIONES QUE SE LE FORMULEN**

---

En el Buzón Ético se recibió una comunicación donde la persona comunicante solicitaba la intervención del órgano gestor del Buzón Ético, entre otros extremos, Dada la falta de respuesta por parte del Ayuntamiento de Barcelona de dos instancias en las que solicitaba la remisión íntegra de dos expedientes administrativos a fin de poder completar la demanda interpuesta ante la jurisdicción contencioso-administrativa por los hechos expuestos en la comunicación.

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

#### **CONSIDERACIONES**

- La persona comunicante solicita al órgano gestor del buzón ético que requiera al Departamento correspondiente de la Gerencia XXX a fin de que impulse la tramitación de sus peticiones, donde solicitaba copia íntegra de dos expedientes para que pueda ejercitar las acciones i/o recursos que considere pertinentes e informaba de que no poder disponer de esta documentación puede ocasionar indefensión y graves perjuicios.
- El órgano gestor requirió a la Gerencia XXX que diera impulso a la respuesta por la petición hecha, ya que el comunicante tiene la consideración de interesado y de acuerdo con lo que prevén los artículos 4 i 71.1 de la Ley 39/2015, de 1 octubre, del procedimiento administrativo común, la tramitación de cualquier procedimiento administrativo ha de garantizar la efectividad del derecho de defensa y de tutela judicial efectiva, con la advertencia que en el caso que no se haya facilitado respuesta a esta petición, se informe de los motivos por los cuales no se ha tramitado la misma; todo ello por cuanto las personas que tengan derechos o intereses legítimos que puedan resultar afectados por resoluciones administrativas si ejercitan el derecho de acceso a cualquier procedimiento administrativo han de poder disponer de la documentación que conforma el expediente administrativo que las sustenta.

La Gerencia informó que a la semana siguiente de haber realizado este requerimiento llamarían a la persona comunicante para facilitarle la documentación que es propia del Ayuntamiento y que volverían a ponerse en contacto con el departamento correspondiente del órgano de adscripción para obtener la parte de información que les corresponde a ellos para completar la documentación solicitada en la petición.

#### **RECOMENDACIÓN**

**Recordar la necesidad de dar respuesta a cualquier petición con el fin de que la persona interesada disponga de los mecanismos necesarios para desplegar sus derechos, y así garantizar su derecho de defensa y la tutela judicial efectiva que les pueda corresponder.**

---

## **IV. DISFUNCIONES EN LA ACTUACIÓN DE UN ÓRGANO MUNICIPAL SOBRE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD ADOPTADAS EN UNAS OBRAS DE CONSTRUCCIÓN CON POSIBLE RIESGO PARA LAS PERSONAS**

---

En el BEBG se recibió una comunicación relativa a la falta de respuesta sobre una alerta relativa a la actuación de un órgano municipal sobre las medidas de seguridad adoptadas en unas obras de construcción en un edificio colindante a un colegio.

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

### **CONSIDERACIONES**

Una vez examinados los hechos expuestos en la comunicación y la información facilitada, y practicadas las comprobaciones correspondientes, no se han apreciado irregularidades en la actuación del Departamento de Obras competente.

No obstante, se ha formulado la siguiente Recomendación de mejora:

### **RECOMENDACIÓN**

**Valorar la posibilidad de instar un protocolo como propuesta de mejora en la gestión pública en el sentido que en los procedimientos administrativos que se otorguen licencias de obras y que tengan edificios colindantes que sean equipamientos municipales o privados se activen mecanismos de prevención para que se causen las menores molestias posibles a sus usuarios y que se vele para que las actividades de estos usuarios se minimicen al mínimo adoptando días y horarios en que resulten lo menos afectadas posible. Este protocolo se deberá establecer en cada obra, como documento complementario en cada expediente de concesión de la correspondiente licencia de obra mayor, interviniendo de forma transversal todos los departamentos implicados de esta Administración para valorar las posibles afectaciones que puedan preverse inicialmente en edificios o equipamientos colindantes o próximos y que puedan suponer limitaciones en actividades ordinarias a nivel de accesibilidad y de riesgos (caídas de elementos constructivos, proyección de elementos de basuras, ruido, colapso de medios y maquinaria; riesgos que afecten al tráfico y a los peatones).**

---

## **V. DISFUNCIONES EN LOS PROTOCOLOS ESTABLECIDOS PARA LA TRAMITACIÓN DE LAS QUEJAS**

---

En el BEBG se recibió una comunicación en que la persona comunicante manifestaba la falta de resolución de una comunicación.

Realizadas las actuaciones de investigación, examinada la documentación e información obrante en el aplicativo informático corporativo correspondiente, y analizada la normativa de aplicación, se trasladaron las siguientes:

### **CONSIDERACIONES**

I. La normativa de aplicación en la gestión del sistema IRIS es el Texto Consolidado del Decreto de Alcaldía S1/D/2017-2348 por el cual se regula el sistema informático para la gestión de comunicaciones de los ciudadanos de, incidencias, reclamaciones, quejas, sugerencias, peticiones de servicio, consultas web y agradecimientos (IRIS) publicado, en fecha 17 de julio de 2018, en la Gaceta Municipal del Ayuntamiento de Barcelona.

II. El sistema IRIS tiene por finalidad la gestión por medios electrónicos de las incidencias, reclamaciones, quejas, sugerencias, peticiones de servicio, consultas web y agradecimientos que se comuniquen al Ayuntamiento de Barcelona por diferentes canales municipales.

Las comunicaciones de incidencias, reclamaciones, quejas y sugerencias se pueden presentar por cualquiera de los canales de atención siguientes:

- a) Telefónico. 900 226 226, 010 o cualquier otro teléfono que el Ayuntamiento establezca. Las comunicaciones que se presenten por este canal se registrarán en el sistema IRIS por los operadores de la plataforma telefónica.
- b) Canal web. Desde la página Web del Ayuntamiento de Barcelona se grabarán de forma automática en IRIS las peticiones efectuadas por la ciudadanía.
- c) Canal web/Intranet. Desde la intranet municipal se grabarán de forma automática en IRIS las comunicaciones efectuadas por los trabajadores y trabajadoras municipales.

- d) Aplicación móvil. Desde la aplicación móvil que el Ayuntamiento pone a disposición de la ciudadanía se registrarán las peticiones directamente en IRIS.
- e) Quiosco de autoservicio. Desde los quioscos municipales de trámites y consultas, se introducirán al sistema IRIS las diferentes peticiones.
- f) Escritos entrados por Registro Municipal y que tendrán que mecanizarse en el sistema IRIS en los cinco días siguientes a su recepción.
- g) Hojas de incidencias, quejas, sugerencias y agradecimientos: tendrán que mecanizarse en el sistema IRIS en los cinco días siguientes a su recepción.
- h) Audiencias públicas/Consejo de barrio: las demandas recibidas por los vecinos y vecinas tendrán que mecanizarse en el sistema IRIS en los cinco días siguientes a la celebración de la audiencia pública/Consejo de barrio por el órgano que las gestiona.
- i) Instancias electrónicas

Los principios generales en los cuales se fundamentan las comunicaciones son los siguientes:

- a) Simplificar el acceso de la ciudadanía en la presentación de incidencias, reclamaciones, quejas sugerencias, peticiones de servicio y consultas Web mediante la ampliación de los canales de atención.
- b) Agilizar la tramitación de incidencias, reclamaciones, quejas, sugerencias, peticiones de servicio y consultas Web.
- c) Facilitar el derecho de la ciudadanía a recibir respuesta de les sus comunicaciones al Ayuntamiento.
- d) Promover los medios técnicos, electrónicos y telemáticos en las relaciones con la ciudadanía.
- e) Facilitar la participación ciudadana.
- f) Garantizar la trazabilidad de la gestión efectuada a las peticiones ciudadanas.

Respecto al plazo de respuesta de las comunicaciones, el art. 8 del citado texto legal dispone que: *"Las comunicaciones deben ser respondidas lo más pronto posible y, como máximo, en el plazo de 30 días desde la entrada de la comunicación en el sistema IRIS. Este plazo se puede ampliar en 15 días más siempre que concurren circunstancias excepcionales y*

*justificadas, pero se deberá hacer una comunicación intermedia a la persona solicitante explicando el retraso”.*

En relación a los hechos que constan en la comunicación presentada, y atendiendo a que la ficha fue dada de alta cuando **solo habían transcurrido nueve días, no se evidencia ninguna irregularidad**, ya que no se había cumplido el plazo máximo de respuesta de acuerdo con la normativa que regula el sistema IRIS.

III. En el marco de seguimiento de las comunicaciones recibidas por el órgano gestor del Buzón ético, dentro del proceso de mejora del servicio público y analizado el iter temporal de la ficha objeto de la comunicación se ha constatado que:

- La ficha no fue resuelta en el plazo máximo previsto por la normativa de aplicación de 30 días, sino que se resolvió en el plazo de 3 meses.
- No consta en la ficha IRIS comunicación intermedia a la persona solicitante informando de su retraso.
- La ficha IRIS fue enviada tres veces, y la tercera vez fue devuelta al segundo órgano que dio respuesta.
- Consta en el traspaso de la ficha IRIS el siguiente literal “*Reasignación no argumentada*”, sin motivar su retorno como exige la normativa de aplicación.

### RECOMENDACIÓN

**Habida cuenta las disfunciones detectadas, el órgano gestor del Buzón Ético, a efectos meramente preventivos, realiza las siguientes recomendaciones de mejora:**

- **Revisar los procedimientos de gestión interna en la XXX para evitar dilaciones evitables en la respuesta a las personas comunicantes a los efectos de poder cumplir los plazos normativamente establecidos y conseguir ofrecer así un mejor servicio a la ciudadanía.**
- **En el caso que el plazo de 30 días, normativamente establecido, para proceder a la respuesta de las comunicaciones se tenga que ampliar, se haga en los términos establecidos en el citado artículo 8 del Texto Consolidado del Decreto de Alcaldía S1/D/2017-2348 y especialmente en lo referente a la “... comunicación intermedia a la persona solicitante explicando el retraso”.**



---

## **VI. DETECCIÓN DE FALTA DE AJUSTE A LAS PLANTILLAS QUE CONSTAN EN EL APLICATIVO INFORMÁTICO DE TRAMITACIÓN DE LOS EXPEDIENTES DE INSPECCIÓN A LOS REQUISITOS LEGALES ESTABLECIDOS EN LA NORMATIVA DE APLICACIÓN, CON POSIBLE AFECTACIÓN EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE DEFENSA**

---

En el Buzón Ético se recibió una comunicación donde la persona comunicante trasladaba una presunta irregularidad en la tramitación de un expediente administrativo de inspección.

Realizadas las actuaciones de investigación, examinada la documentación y la información obrante en el aplicativo informático corporativo correspondiente, y analizada la normativa de aplicación, se trasladaron las siguientes:

### **CONSIDERACIONES**

I. El art. 205.1 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el cual se aprueba el texto refundido de la ley de Urbanismo dispone que:

*"Si los actos de edificación o de uso del suelo y el subsuelo que especifica el artículo 187 se efectúan sin licencia o sin orden de ejecución o no se ajustan a las condiciones que se señalan, el alcalde o alcaldesa, una vez incoado el expediente de protección de la legalidad urbanística, debe dictar una primera resolución de suspensión provisional e inmediata de estos actos, y debe ratificar o modificar la resolución de suspensión provisional dentro de los quince días posteriores al vencimiento del plazo de audiencia de quince días que se otorga a las personas afectadas al notificarles la primera resolución".*

Por su parte, el art. 205.3 del DL 1/2010 recoge la consecuencia jurídica de no ratificarse en el plazo de quince días:

*"La suspensión provisional, en el supuesto de que no se ratifique en el plazo de quince días, resta automáticamente sin efecto, sin perjuicio que la administración pueda posteriormente dictar una nueva resolución de suspensión".*

En la misma línea, encontramos el art. 118 del Decreto 64/2014, de 13 de mayo, por el cual se aprueba el Reglamento sobre protección de la legalidad urbanística:

*"Artículo 118. Suspensión provisional de obras en curso de ejecución.*

*118.1 Cuando la resolución de iniciación del procedimiento haga referencia a obras en curso de ejecución, el órgano competente debe ordenar la suspensión inmediata de las obras como*

*medida provisional mientras no finalice el procedimiento o, si procede, no se legalice el acto de que se trate.*

*118.2 El órgano competente debe ratificar, modificar o revocar la suspensión de las obras en curso de ejecución que haya ordenado en el plazo de quince días siguientes a la finalización del trámite de audiencia de la resolución de iniciación. Si no la ratifica o modifica en este plazo, la orden de suspensión de obras se convierte en ineficaz, pero ello no impide que pueda ordenarla de nuevo, supuesto en que no es preciso reiterar la audiencia ya practicada ni ratificar la orden dictada de nuevo.*

*118.3 Conjuntamente con la ratificación o modificación de la suspensión provisional de obras, se debe efectuar, cuando sea pertinente, el requerimiento para su legalización en los términos que establece el artículo 116.1.c)“.*

En el caso concreto, puesto que la resolución de suspensión provisional e inmediata de las obras se dictó en fecha XXX de diciembre de XXX, notificándose a la parte denunciante en fecha XX de enero de XXX, y atendiendo a que la resolución de ratificación de la suspensión de obras se dictó en fecha XX de julio de XXX, se ha incumplido con creces el plazo de quince días que prevé la normativa aplicación.

Por tanto, dada la normativa de aplicación, la orden de suspensión inmediata y provisional del expediente de inspección resultó ineficaz, con la consecuencia práctica que las obras ilegales se ejecutaron, según el Certificado final de obras.

II. El art. 115.1 del Decreto 64/2014, de 13 de mayo, por el cual se aprueba el Reglamento sobre protección de la legalidad urbanística regula que *"De acuerdo con el artículo 202 de la Ley de urbanismo, el plazo máximo para dictar y notificar la resolución expresa que ponga fin al procedimiento de protección de la legalidad urbanística vulnerada es de seis meses desde la resolución de su iniciación de oficio. Transcurrido este plazo sin que se haya notificado la resolución expresa, se produce la caducidad del procedimiento."*

El art. 119 del citado Decreto, en relación con la resolución del procedimiento, recoge que:

*"119.1 Se debe sobreseer el procedimiento incoado en caso de que, atendiendo al requerimiento correspondiente, la persona interesada haya obtenido el título administrativo habilitante, haya efectuado la comunicación exigida con los efectos que le corresponden o, si procede, haya ajustado el acto de que se trate al contenido del título administrativo otorgado o la comunicación previa efectuada. Cuando el procedimiento se haya incoado también para sancionar la infracción urbanística correspondiente, el sobreseimiento solo debe ser respecto de las medidas de restauración de la realidad física alterada y el orden jurídico vulnerado.*

*119.2 La resolución que ponga fin al procedimiento debe ordenar las medidas de restauración de la realidad física alterada y el orden jurídico vulnerado que sean pertinentes cuando:*

- a) El acto sea manifiestamente ilegalizable o haya sido objeto de la denegación previa del título administrativo habilitante correspondiente.*
- b) Se haya incumplido el requerimiento de legalización efectuado.*

*c) Solicitado el título administrativo habilitante o efectuada la comunicación previa en cumplimiento del requerimiento de legalización correspondiente, se haya denegado el título mencionado o la comunicación efectuada no pueda amparar el acto ejecutado. En estos casos, hay que hacer saber a la persona obligada que dispone de un mes para ejecutar voluntariamente las medidas ordenadas, con la advertencia de que, si no lo hace, el órgano competente puede ordenar la ejecución forzosa”.*

En el expediente de inspección no consta resolución expresa que ponga fin al procedimiento. A tal efecto, debe atenderse al fundamento jurídico cuarto de la Sentencia del Tribunal Constitucional 112/2019, de 3 de octubre, que dispone:

*“Ahora bien, ha de tenerse en cuenta también que la Ley de procedimiento administrativo impone a la administración el deber de notificar sus resoluciones indicando, entre otros extremos, si el acto es o no definitivo en la vía administrativa y los recursos que puede interponer contra el mismo y además dispone que las notificaciones que no contengan esta información no surtirán efectos hasta que el interesado interponga el recurso procedente. Así lo establecía expresamente el art. 58 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común, que era la norma aplicable en el supuesto ahora enjuiciado, y así lo prescribe ahora el art. 40 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas”.*

Si bien en el expediente de inspección consta diligencia de archivo, **esta no puede sustituir el acto administrativo expreso que además ha de estar firmado por el órgano competente correspondiente.**

Además, es necesario tener en cuenta que la diligencia de archivo se encuentra **vacía de la más mínima motivación**, sin referir las causas que motivan el archivo ni la remisión a la incoación de un expediente de legalización de obras finalizadas. **Tampoco consta pie de recurso**, ni en el expediente se ha documentado su recepción por parte del/la destinatario/aria.

Cabe decir que la motivación de los actos administrativos, exigida en el artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, está intrínsecamente ligada al derecho de defensa. A tal efecto, respecto a la motivación de los actos administrativos, citamos la Sentencia 2414/2012 de 4 de abril, de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, que en su fundamento jurídico segundo recoge los fundamentos de derecho tercero y cuarto de la sentencia recurrida:

*“A estos efectos ha de recordarse que el deber de la Administración de motivar sus actos, como señala el Tribunal Supremo, entre otras, en la Sentencia de 19 de noviembre de 2001, tiene su engarce constitucional en el principio de legalidad proclamado en el artículo 103 de la Constitución, así como en la efectividad del control jurisdiccional de la actuación de la Administración reconocido en el artículo 106 de la misma Constitución, siendo, en el plano legal, el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento*

*Administrativo Común, el precepto que concreta con amplitud los actos que han de ser motivados, con suscita (sic) referencia a los hechos y fundamentos de derecho.*

*La exigencia de la motivación de los actos administrativos responde, según reiterada doctrina jurisprudencial, de la que es exponente la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2001, a la finalidad de que el interesado pueda conocer con exactitud y precisión el cuándo, cómo y por qué de lo establecido por la Administración, con la amplitud necesaria para la defensa de sus derechos e intereses, permitiendo también, a su vez, a los órganos jurisdiccionales el conocimiento de los datos fácticos y normativos que les permitan resolver la impugnación judicial del acto, en el juicio de su facultad de revisión y control de la actividad administrativa; de tal modo que la falta de esa motivación o su insuficiencia notoria, en la medida que impiden impugnar ese acto con seria posibilidad de criticar las bases y criterios en que se funda, integran un vicio de anulabilidad, en cuanto dejan al interesado en situación de indefensión”.*

Así también se pronunció la Sentencia 3661/2012, de 31 de mayo, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, que establece en su fundamento jurídico cuarto:

*“Por otro lado, igualmente es jurisprudencia reiterada que el requisito de la motivación de los actos administrativos, no exige un razonamiento exhaustivo y pormenorizado, pues basta con la expresión de las razones que permitan conocer los criterios esenciales fundamentadores de la decisión, facilitando a los interesados el conocimiento necesario para valorar la corrección o incorrección jurídica del acto a los efectos de ejercitar las acciones de impugnación que el ordenamiento jurídico establece y articular adecuadamente sus medios de defensa (Sentencias de 28 de junio de 2010, RC 3821/2006 , 9 de julio de 2010, RC 1/2008 , 8 de octubre de 2010, RC 5/2008 , 11 de febrero de 2011, RCA 161/2009 , 31 de marzo de 2011, RCA 29/2010, y 23 de noviembre de 2011, RC 3638/2009, por citar algunas de las más recientes)”.*

Finalmente se recuerda, respecto a la **diligencia de archivo que no incluía pie de recurso**, que el art. 40 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas especifica que las notificaciones habrán de contener *“el texto íntegro de la resolución, con indicación de si pone fin o no a la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, en su caso, en vía administrativa y judicial, el órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para interponerlos”.*

Así mismo, **falta la incorporación** en el expediente de inspección del acuse de recibo, por parte de la persona denunciante, de la comunicación del archivo por estimación de las alegaciones presentadas por la parte denunciada.

## RECOMENDACIÓN

**- Dar traslado al Departamento de Servicios Jurídicos y Servicios Técnicos del Distrito de la tramitación de este expediente de inspección para su análisis y revisión.**

**- Dar traslado a la Dirección de Servicios de Inspección y Licencias del Ayuntamiento de Barcelona:**

**O para la inclusión en los modelos del aplicativo informático correspondiente de la resolución expresa del procedimiento, incluyendo respecto a las notificaciones todos los requisitos exigidos por el artículo 40 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas "el texto íntegro de la resolución, con indicación de si pone fin o no a la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, en su caso, en vía administrativa y judicial, el órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para interponerlos".**

**O elaboración de un Protocolo de actuación/circular/comunicación o aviso en el programa informático corporativo de expedientes de inspección respecto al transcurso del plazo establecido en la normativa para emitir la resolución de ratificación de la suspensión de obras. Y en caso de haber transcurrido el plazo señalado, que se dicte una nueva, supuesto en el cual no hay que reiterar la audiencia ya practicada, ni ratificar la orden dictada de nuevo de conformidad con el art. 118.2 del Decreto 64/2014, de 13 de mayo.**

---

## **VII. PRESUNTA IRREGULARIDAD EN LA GESTIÓN CÍVICA DE UN EQUIPAMIENTO MUNICIPAL**

---

En el Buzón Ético se recibió una comunicación relativa a una posible irregularidad en la gestión cívica de un equipamiento municipal.

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

### **CONSIDERACIONES**

I. La fórmula de gestión cívica se caracteriza por:

- Un acuerdo explícito de colaboración entre la Administración titular del equipamiento y la entidad gestora.
- Una entidad gestora sin ánimo de lucro, totalmente ligada al territorio.
- Entidad singular y exclusiva en sus características, dada su configuración por las entidades sociales y culturales del territorio, que hace que sea la entidad idónea para gestionar este equipamiento singular y, por tanto, la única entidad susceptible de poder hacer una gestión cívica en este equipamiento.
- La existencia de un proyecto de gestión compartido en los valores y consensuados en su aplicación tanto por parte de la administración municipal como de la entidad gestora.
- La voluntad de promover canales de participación abiertos y transparentes en la toma de decisiones y en la realización de actividades.
- Los valores básicos que han de regir la Gestión Cívica son: la participación, la autonomía, la transparencia, la responsabilidad, la eficiencia, la voluntad de mejora del entorno social, y el fomento de la cohesión social del territorio donde se desarrollan estos proyectos.

II. Analizada la normativa de aplicación, así como los hechos descritos en la comunicación y los indicios objetivos para poder efectuar la actividad probatoria y la documentación obtenida por el órgano gestor del Buzón Ético no se aprecia que los hechos expuestos determinen la vulneración del ordenamiento jurídico o de los principios y reglas éticas y de buen gobierno.

No obstante, entendiendo que la Junta Gestora que gestionaba este centro no dispuso de los mecanismos para poder visualizar y trasladar que el modelo de gestión del equipamiento tenía unos parámetros diferentes a los propios de la asociación, estas circunstancias han podido provocar situaciones de confrontación en las propias asociaciones que han

conformado la Junta y que haya habido posibles situaciones de conflictos de intereses sobre aspectos de la contratación de personal laboral para la gestión del equipamiento, y que a pesar de no ser competencia del Ayuntamiento, de acuerdo con lo que indicaba el convenio de gestión cívica firmado entre el Ayuntamiento de Barcelona y la Asociación, sería conveniente y por ello se sugiere que se prevea un soporte técnico en las labores de gestión de personal y otras situaciones con el fin de evitar posibles conflictos de intereses, a pesar de que estos sean aparentes.

Este soporte técnico con la gestión se podría encuadrar en el momento que se propone, por parte de la asociación correspondiente, la propuesta de implementación del plan, y en concreto de la estructura de recursos humanos que proponen para la gestión del equipamiento.

### **RECOMENDACIÓN**

**En atención a estas consideraciones, se sugiere introducir esta cláusula en futuros convenios de gestión cívica en los que se establezca que el Ayuntamiento de Barcelona coadyuve, mediante los mecanismos que se consideren adecuados, para gestionar el personal necesario para el funcionamiento del equipamiento pese a ser la Asociación correspondiente la responsable única de todas las obligaciones en relación a este personal, quedando excluida cualquier obligación por parte de esta administración municipal.**

**Esta sugerencia se impulsará por el órgano gestor del Buzón Ético a fin de implementar las propuestas para garantizar unos estándares de transparencia óptimos con los que visualizar la gestión del equipamiento correspondiente y determinar actuaciones concretas en su gestión ordinaria con mecanismos que eviten cualquier tipo de conflictos de intereses.**

---

## **VIII. PRESUNTA IRREGULARIDAD EN RELACIÓN CON UN CONVENIO DE COLABORACIÓN: INCUMPLIMIENTO DEL PLAZO DEL CONVENIO Y RETRASO EN SU PUBLICACIÓN EN LA GACETA MUNICIPAL**

---

En el Buzón Ético se recibió una comunicación relativa a una presunta irregularidad en relación a un convenio de colaboración y autorización paisajística: incumplimiento del plazo del convenio y retraso en su publicación en la gaceta municipal.

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

### **CONSIDERACIONES**

#### **I. Normativa de aplicación para el uso excepcional del paisaje urbano**

En el apartado octavo de la exposición de motivos de la Ordenanza municipal de los usos del paisaje urbano de la ciudad de Barcelona recoge que:

8. El uso excepcional está sometido a las siguientes limitaciones: a) Sólo podrá tener lugar en caso de rehabilitación de fachadas y en los casos en que se dicten actos administrativos generales de apertura a este tipo de uso. b) Duración temporal del uso. c. Obligación de la reparación del impacto ambiental sobre el derecho colectivo de los ciudadanos a disfrutar del paisaje urbano como patrimonio común en proporción a dicho impacto y al rendimiento de que sea susceptible el uso excepcional; d) Existencia de un margen de apreciación municipal en el otorgamiento de la autorización correspondiente en función del interés público manifestado con carácter previo mediante el acto administrativo general y en función del impacto temporalmente sostenible y su reparación. e) Canalización de la autorización ambiental a través de la técnica convencional, si bien tendrá un carácter potestativo. La Administración municipal autolimita, a través del convenio, su potestad de apreciación en beneficio de la persona que reúna los requisitos reglamentarios o resulte elegida en caso de licitación. Al mismo tiempo, ambas partes cuantifican el alea de la reparación ambiental evitando los conflictos que podrían surgir por esta causa.

Así mismo, dentro de su articulado, en el art. 5 se dispone que:



**Artículo 5.** Uso excepcional del paisaje urbano

1. El uso excepcional del paisaje urbano es aquel en virtud del cual las personas intervienen, en su provecho (funcional, estético, económico, etc.) interfiriendo o alterando, aunque sea temporalmente, el derecho colectivo a disfrutar de un paisaje urbano armónico.
2. Constituyen, por tanto, uso excepcional del paisaje urbano las actividades, en principio prohibidas, que ejerzan los ciudadanos, en los casos tasados en el capítulo II del título III de esta Ordenanza, en las construcciones, espacios libres y dominio público fuera de los supuestos regulados en el capítulo I del mismo título.
3. El uso excepcional incluye siempre el compromiso de recuperar adecuadamente en mejoras de la ciudad el impacto ocasionado. La autorización ponderará el impacto paisajístico, la proporcionalidad de la reparación y las unidades de uso del paisaje en espacio y tiempo.

Visualizada la página web de Paisaje Urbano del Ayuntamiento de Barcelona consta una explicación en relación al uso excepcional del paisaje urbano, concretamente se señala que *"El uso excepcional del paisaje urbano, definido en el art. 5 de esta Ordenanza, en especial para actividades publicitarias, requiere autorización municipal expresa a fin de controlar el impacto paisajístico, sin perjuicio de la licencia de obras o de la licencia demanial que sean legalmente procedentes.*

*La publicidad de cualquier tipo, en las lonas o paramentos de protección de los edificios en construcción o rehabilitación integral, sólo podrá ser autorizada como uso excepcional, de acuerdo con el capítulo II del título III de esta Ordenanza. Esta misma norma será de aplicación a la realización de actividades publicitarias en vallas y lonas de protección de obras de reforma o rehabilitación de edificios que estén ocupados total o parcialmente.*

*Este uso siempre será limitado en el tiempo y llevará asociada una compensación por el impacto paisajístico que genera, que será destinada directamente a la mejora de un elemento concreto del paisaje urbano.*

*La autorización paisajística se considera implícita en el convenio de colaboración y tiene la consideración, en cualquier caso, de licencia municipal de publicidad, y se exigirá en todos los supuestos de uso excepcional del paisaje urbano mediante publicidad, tanto si esta encuentra el apoyo en una propiedad privada como en el dominio público".* Nos remitimos aquí a lo que disponen, al efecto, los artículos 12 y 13 de la Ordenanza de usos del paisaje urbano de la ciudad de Barcelona y un apartado de ARCHIVOS RELACIONADOS, en el cual se destaca el documento "Usos excepcionales publicitarios sobre andamios de obra". Donde se informa que *"El documento que se presenta quiere ser la hoja de ruta que facilite a las empresas publicitarias u otros peticionarios la tramitación de este uso y, a la vez, ser el compendio de todas las medidas y criterios que tienen que garantizar una gestión de la publicidad transparente, equilibrada y ajustada a las reglas de convivencia, transformando esta actividad comercial temporal en un verdadero instrumento para lograr la excelencia en la rehabilitaciones y recuperaciones patrimoniales que generan estos usos publicitarios excepcionales sobre andamios de obra".*

**II. Regulación de los convenios**

La definición de convenio se encuentra en los artículos siguientes:

- Artículo 47 de la Ley 40/2015, de 3 octubre, de régimen jurídico del sector público: *"Son convenios los acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las Administraciones Públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes o las Universidades públicas entre sí o con sujetos de derecho privado para un fin común"*.
- Artículo 108 de la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones publicas de Cataluña (LRJPACat): *"Se entiende por convenio de colaboración todo acuerdo sujeto al derecho público, del cual se derivan obligaciones jurídicas directas para las partes, con independencia de la denominación del instrumento que lo contenga"*.

Por tanto, el convenio es un acuerdo obligacional, sujeto al derecho público, del cual se derivan obligaciones jurídicas directas para las partes, con independencia de la denominación del instrumento que lo contenga.

De acuerdo con la doctrina jurídica, y en aplicación de los artículos 108 de la Ley 26/2010, art. 47 de la Ley 40/2015 y art. 304 del ROAS, las características de los convenios se pueden sintetizar en:

- Tienen naturaleza de actos administrativos, diferenciándolos por lo tanto, de las disposiciones de carácter general.
- Declaración de voluntad bilateral (acuerdo) o sinalagmático.
- Sometido al derecho público
- Obligaciones jurídicas recíprocas.
- Principio antiformalista de la denominación (podemos hablar de convenio, de acuerdo, pacto...)
- Igualdad entre las partes.
- Inaplicación de las prerrogativas de la legislación de contratos –art. 210 TRLCSP: interpretación, resolución unilateral de dudas, modificación por razones de interés público y resolución entre otros-.

Así mismo, los límites de los convenios, en aplicación de los artículos 47 y 48 Ley 40/2015 y art. 108.3 de la Ley 26/2010:

- Disponer la Administración de competencia sobre el objeto del convenio.
- Disponer de capacidad las partes del convenio para financiar los asumidos durante la vigencia del convenio.
- La finalidad del convenio es la consecución del interés común.

- El objeto del convenio no puede comprender las prestaciones propias de los contratos.
- Mejorar la eficiencia de la gestión pública.
- Facilitar la utilización conjunta de medios y servicios públicos.
- Contribuir al ejercicio de actividades de utilidad pública.
- Cumplir la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.
- La gestión, justificación y resto de actuaciones relacionadas con los gastos derivados de los convenios se tienen que ajustar a lo que dispone la legislación presupuestaria.
- Financieramente sostenibles.
- Las aportaciones financieras que se comprometan a efectuar los firmantes no pueden ser superiores a los gastos derivados de la ejecución del convenio.
- Limitaciones en relación a la duración.

De acuerdo con el artículo 49 de la Ley 40/2015, de 3 de octubre, los convenios tienen que especificar los puntos siguientes:

- "a) Sujetos que suscriben el convenio y la capacidad jurídica con que actúa cada una de las partes.*
- b) La competencia en la que se fundamenta la actuación de la Administración Pública, de los organismos públicos y las entidades de derecho público vinculados o dependientes de ella o de las Universidades públicas.*
- c) Objeto del convenio y actuaciones a realizar por cada sujeto para su cumplimiento, indicando, en su caso, la titularidad de los resultados obtenidos.*
- d) Obligaciones y compromisos económicos asumidos por cada una de las partes, si los hubiera, indicando su distribución temporal por anualidades y su imputación concreta al presupuesto correspondiente de acuerdo con lo previsto en la legislación presupuestaria.*
- e) Consecuencias aplicables en caso de incumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por cada una de las partes y, en su caso, los criterios para determinar la posible indemnización por el incumplimiento.*
- f) Mecanismos de seguimiento, vigilancia y control de la ejecución del convenio y de los compromisos adquiridos por los firmantes. Este mecanismo resolverá los problemas de interpretación y cumplimiento que puedan plantearse respecto de los convenios.*
- g) El régimen de modificación del convenio. A falta de regulación expresa la modificación del contenido del convenio requerirá acuerdo unánime de los firmantes."*

El contenido mínimo de los convenios también está regulado en el artículo 110 de la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las Administraciones públicas de Cataluña, y en el artículo 5 del Decreto 52/2005, de 5 de abril, de creación y regulación del Registro de convenios de colaboración y cooperación, de manera similar a lo previsto en el artículo 49 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público.

Hay que tener en cuenta que, en virtud de su artículo 3, la Ley 26/2010, de 3 de agosto es aplicable a las entidades que integran la Administración local. Asimismo, su art. 109.2 respecto al régimen jurídico de los Convenios de colaboración dispone que *"los convenios se rigen por sus cláusulas, por esta ley, por la legislación de régimen local o por la legislación sectorial correspondiente"*.

Por otro lado, hay que alinear el articulado anterior con el art. 111 de la Ley 26/2010 que determina que *"Cada administración, organismo o entidad pública suscribiente de un convenio o un protocolo tiene que seguir previamente el procedimiento establecido por la normativa que les sea aplicable"*.

El Ayuntamiento de Barcelona se ha dotado de la Normativa reguladora de los expedientes de autorización para el otorgamiento de convenios administrativos con otras administraciones públicas e instituciones, aprobada en fecha 27 de abril de 2011. Concretamente en la cláusula quinta se regula que:

*"1. El expediente se integrará, inicialmente, con los documentos siguientes: Informe justificativo del interés municipal y de evaluación del coste asociado, con el contenido siguiente:*

*a) Objeto y finalidad del convenio b) Otorgantes c) Motivos que fundamentan el interés municipal en su otorgamiento. d) Evaluación económica, detallada por concepto y en el tiempo, y tendrá en cuenta: d1) Aportaciones económicas monetarias directas. d2) Cuantificación en términos económicos otras aportaciones. d3) Cuantificación de los tributos y precios públicos municipales que se puedan ver afectados porque se acuerde que su pago se tenga que efectuar con cargo al presupuesto de gastos municipales o de los órganos que hayan incoado el expediente. El informe será firmado por el Gerente correspondiente.*

*2. En el texto propuesto para la formalización del convenio habrá los apartados siguientes –Otorgantes. –Objeto y finalidad. –Duración. –Obligaciones y compromisos del Ayuntamiento o sus organismos –Contraprestaciones de la otra u otras partes. –Efectos del incumplimiento. –Causas y consecuencias de la extinción del convenio.*

*3. Informe de los Servicios Jurídicos Centrales de acuerdo con lo establecido en el apartado 7º.*

4. Informe del Instituto Municipal de Hacienda o del órgano que ejerza las mismas funciones cuando resulten comprometidos los tributos y precios públicos municipales.

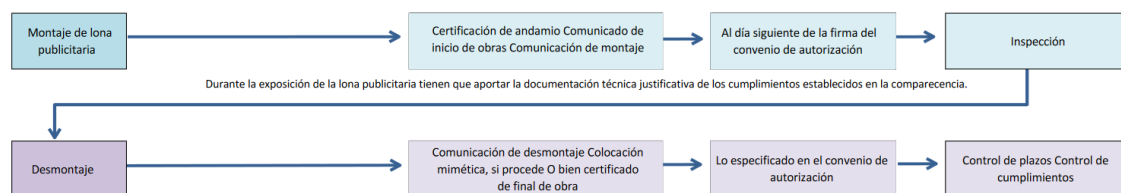
5. Informes de los sectores directamente afectados por el otorgamiento del convenio, ya sea en relación a sus competencias o por el tipo de recursos que resulten comprometidos en el otorgamiento. Los informes pueden adoptar la forma de un simple enterado y conforme o contener aquellas consideraciones, debidamente sustentadas, que se considere oportuno poner de manifiesto. Los informes serán visados por los gerentes.

6. Propuesta de resolución Autorización del otorgamiento y, si es el caso, persona que se faculta para el acto de otorgamiento”.

### III. Plazo de vigencia del convenio

Respecto al plazo de vigencia de la licencia de publicidad, dispone el artículo 7.3 de la Ordenanza Municipal de Paisaje Urbano, que “... siempre es por un plazo limitado” y en igual sentido lo hace el artículo 12.1 del mencionado texto normativo. En el caso concreto, en la cláusula tercera del Convenio de Colaboración y Autorización Paisajística consta que “El plazo máximo de la presente autorización paisajística es cuatro (4) meses, de **XX de febrero al XX de mayo de 20XX**. Este plazo, que es **improrrogable**, no excederá en ningún caso la duración de las obras del edificio ubicado en XXX,...””. Así mismo consta en esta cláusula in fine que “el incumplimiento de la colocación de la lona mimética en los términos y situaciones especificadas **imposibilitará la continuidad de la presencia publicitaria** en el período de sus obras en curso”.

Así mismo, a pesar de que el esquema de tramitación del uso excepcional de exhibición de lonas publicitarias en los andamios de obra, publicado en la web del Ayuntamiento de Barcelona, a efectos de transparencia, en su actuación distingue las diferentes fases de montaje y desmontaje:



En el expediente del Convenio no consta ningún registro respecto a la inspección, las tareas de desmontaje y control de plazos y control de cumplimientos entre otros. Debe recordarse aquí que la cláusula octava del referido Convenio relativa a les "*Facultades municipales de*

*inspección y control” especificaba que **"El Instituto del Paisaje Urbano hará las inspecciones necesarias para comprobar y valorar la adecuación a las condiciones establecidas en este convenio y en sus anexos."** Y que **"El uso excepcional del paisaje urbano no autorizado o que no se ajuste a las condiciones impuestas en la autorización se considera **falta muy grave y dará lugar a una orden de cese y de desmontaje a realizar dentro de las 24 horas siguientes** al requerimiento, en caso contrario, el Instituto del Paisaje Urbano, procederá a la ejecución subsidiaria"**.*

Tampoco consta la comunicación de la finalización de la recuperación del paisaje por parte del titular de la autorización paisajística en los términos del artículo 107 de la citada ordenanza: **"Obligaciones del titular de la autorización paisajística al vencimiento del plazo: El vencimiento del plazo previsto en la autorización comporta la finalización del derecho al uso excepcional, y el titular ha de restaurar a su cargo, sin necesidad de ser requerido al efecto, la realidad física alterada, restituyendo el paisaje a su anterior condición y comunicar al Ayuntamiento la finalización de la recuperación en el plazo de siete días"**.

Abundando en les deficiencias detectadas en relación al cumplimiento del citado Convenio en relación a la ausencia de cualquier tipo reflejo documental relativo a la finalización de la actividad publicitaria autorizada y per tanto de la ausencia del más mínimo elemento objetivo que permita el control de si el uso excepcional de exhibición de lonas publicitarias se ajustó efectivamente al límite temporal e improrrogable de cuatro meses autorizado (del 1 de febrero al 31 de mayo de 2017), les diligencias de investigación practicadas per el órgano gestor del Buzón Ético, a raíz de la denuncia formulada per la persona comunicante, evidencian la existencia de indicios suficientes en relación al incumplimiento de este plazo.

#### IV. Publicación del convenio

En el apartado once del Convenio de colaboración y autorización paisajística recoge que *"el presente convenio de colaboración se publicará a la Gaceta Municipal y se comunicará al Distrito territorialmente competente"*.

Habida cuenta que la copia de la publicación en la Gaceta Municipal no consta en el expediente del Convenio de colaboración, el órgano gestor del Buzón Ético realizó una búsqueda en la Gaceta, resultando que este fue publicado en fecha xx de febrero del XXX, es decir más de un año después de la su firma y nueve meses después de que finalizara el plazo máximo e improrrogable de la autorización paisajística para la colocación de la lona a que nos estamos refiriendo.

Cabe decir que juntamente con el Convenio de colaboración y autorización paisajística, objeto de la comunicación que da lugar a esta Recomendación se publicaron en la misma Gaceta de xx de febrero del XXX siete Convenios de colaboración y autorización paisajística más, firmados el año anterior.

El retraso de casi un año en la publicación en la Gaceta Municipal del Convenio de Colaboración tiene implicaciones en el ámbito de la transparencia como se desarrollará en el apartado siguiente. Por otro lado, cabe recordar que el artículo 112 de la Ley 26/2010 establece que, los convenios obligan desde el momento de su firma, si no se dispone de otra cosa. Si bien, según el apartado 2 del artículo 112 de la Ley 26/2010: *"Los convenios que afecten a terceras personas, los que comporten una alteración del ejercicio de las competencias de las administraciones, organismos o entidades públicas, o de los órganos administrativos, y los demás convenios en que así se establezca por ley o por reglamento sólo son eficaces si, una vez firmados, son publicados íntegramente en los correspondientes diarios o boletines oficiales de las administraciones implicadas"*.

A tal efecto es necesario traer a colación la exposición de motivos de la Ordenanza de los usos del **paisaje urbano** de la ciudad de Barcelona, cuando establece:

a) en el punto 1 que: *"El **paisaje urbano** es uno de los elementos del medio ambiente **urbano** necesitado de protección **para garantizar a todos los habitantes** de la ciudad una adecuada calidad de vida. Por ello, **el paisaje urbano** constituye un **interés colectivo** cuya satisfacción es atribuida por el ordenamiento jurídico al municipio, en función del alcance local de este interés.*

b) en el punto 5: *"El derecho colectivo a disfrutar del **paisaje urbano** constituye un límite, incluso constitucional, para cualquiera de las formas de los posibles derechos individuales que en un segundo y tercer nivel regula la Ordenanza. El disfrute del **paisaje urbano** que deriva de un derecho preexistente a la intervención municipal se califica como uso natural, compatible por definición con el **derecho colectivo** antes mencionado"*.

En la misma línea se pronuncia el artículo 2 de la mencionada Ordenanza al regular la finalidad y el objeto: *"Esta Ordenanza regula el **derecho colectivo de los ciudadanos** a disfrutar de un paisaje urbano armónico, así como también el derecho individual a utilizarlo en su interés siempre que la intensidad de esta utilización no rompa la armonía o desfigure las perspectivas de los conjuntos urbanos que integran la ciudad, sobre todo en sus aspectos histórico-artísticos típicos y tradicionales"*. Así como, por una parte, su artículo 3 al **definir el paisaje urbano como derecho colectivo** y el artículo 5,1 al **definir el uso excepcional del paisaje urbano como** *"... aquel en virtud del cual las personas intervienen, en su provecho (funcional, estético, económico, etc.) **interfiriendo o alterando**, aunque sea temporalmente, **el derecho colectivo a disfrutar de un paisaje urbano armónico"**.*

Por tanto, dada la naturaleza de derecho colectivo de los ciudadanos a disfrutar del paisaje urbano y la definición del **uso excepcional del paisaje urbano como una interferencia o alteración ni que sea temporalmente, del referido derecho colectivo** el órgano gestor debía haber tomado las máximas cautelas respecto a la publicación no solamente del

Convenio de colaboración y autorización paisajística que nos ocupa sino de todos los de similares características.

#### V. Publicación del convenio en el portal de transparencia

El artículo 2.i) de la Ley 19/2014 de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, define la publicidad activa como el deber de los sujetos obligados a hacer públicos, de oficio, los contenidos de información pública que determina el capítulo II del título II de la LTC.

Concretamente el art. 8 de la Ley 19/2014 impone una actitud proactiva por parte de la Administración, de ofrecer información pública relativa a las materias a que hace referencia el apartado 1 que *"ha de comprender todos los datos y los documentos con el alcance y la precisión que determinen los artículos 9 a 15. La información ha de ser congruente con la finalidad de conocimiento prevista en cada caso y ha de ser adecuada y completa en relación al contenido informativo que determina la Ley"*.

Respecto a los convenios, según la Ley 19/2014 de Transparencia, es objeto de publicidad activa:

*"Artículo 9. Transparencia en la organización institucional y la estructura administrativa*

*i) Los convenios, acuerdos y pactos de naturaleza funcionarial, laboral y sindical.*

*Artículo 14. Transparencia en los convenios de colaboración.*

*1. La transparencia en el ámbito de los convenios de colaboración es aplicable a todos los convenios y encargos de gestión suscritos entre los sujetos obligados y las personas privadas y públicas.*

*2. La información pública relativa a los convenios de colaboración debe incluir, como mínimo:*  
*a) La relación de los convenios vigentes, con la indicación de la fecha, las partes que los firman, el objeto, los derechos y las obligaciones de cualquier tipo que generen y el período de vigencia.*

*b) Las eventuales modificaciones de cualquiera de los parámetros a los que se refiere la letra a, y la fecha y la forma en que se hayan producido.*

*c) La información relativa al cumplimiento y la ejecución de los convenios.*

*3. Las obligaciones de publicidad establecidas por el presente artículo deben hacerse efectivas mediante el Registro de convenios de colaboración y cooperación de la Generalitat, que debe integrarse en el Portal de la Transparencia"*.

Hay que referirse también a la Disposición Adicional Novena de la Ley 19/2014 relativa a la Transparencia en los convenios, que recoge que *"La Generalitat y las administraciones locales*



*tienen que informar al Registro de Convenios de la Generalitat de todos los convenios que suscriban con personas públicas y privadas. El Portal de la Transparencia tiene que facilitar la consulta directa y dinámica de este registro”.*

En el Portal de Transparencia del Ayuntamiento de Barcelona, dentro del ámbito GESTIÓN ECONÓMICA Y ADMINISTRATIVA, consta en el apartado de CONVENIOS una definición de este instituto jurídico en los siguientes términos *“Un convenio es un acuerdo en el cual dos entidades públicas, o una pública y otra privada, acuerdan colaborar mutuamente para satisfacer el interés público. El objeto del convenio es un conjunto de actuaciones que las partes se comprometen a llevar a cabo, actuaciones que pueden incluir, o no, compromisos de aportaciones financieras”.*

Pero revisados los apartados correspondientes, no hay constancia en el listado de datos abiertos del registro de Convenios, del Convenio de Colaboración y autorización paisajística ni ningún otro Convenio de Colaboración y autorización paisajística en todo el año 2018, 2019 o 2020.

#### **RECOMENDACIÓN.**

**La potestad de la Administración Pública de suscribir convenios administrativos deriva del principio de autonomía, entendido como aquel poder general garantizado por el ordenamiento jurídico a las Administraciones Públicas para la gestión de sus respectivos intereses, según criterios de legalidad y oportunidad. El convenio se configura así, como una técnica jurídica más al servicio de las finalidades públicas, y que puede ser utilizada por la Administración para el ejercicio de sus competencias y potestades.**

**El convenio objeto de esta recomendación es un Convenio de colaboración y Autorización Paisajística. A tal efecto, hace falta recordar el citado protocolo “USOS EXCEPCIONALES PUBLICITARIOS SOBRE ANDAMIOS DE OBRA” emitido por el Ayuntamiento de Barcelona, y en concreto su Preámbulo: *“La ordenanza establece esta actividad como uso excepcional publicitario, y por tanto sometido a su idoneidad, motivado, temporal y sometido a un convenio de autorización paisajística, donde se establecen los plazos y contenidos de la publicidad y cuantificación del retorno paisajístico. La actividad se autoriza condicionada a la obligatoriedad de lograr los niveles de orden y de calidad establecidos en el mismo convenio por los técnicos municipales (IMPUQV) competentes”.***

**Hay que decir que al final del Preámbulo concluye que “El documento que se presenta quiere ser una hoja de ruta que facilite a las empresas publicitarias u otros peticionarios la tramitación de este uso y, a la vez, ser el compendio de todas las medidas y criterios que tienen que garantizar una gestión de la publicidad transparente, equilibrada y ajustada a las reglas de convivencia, transformando esta actividad comercial temporal en un verdadero instrumento para lograr la excelencia en las**

rehabilitaciones y recuperaciones patrimoniales que generen estos usos publicitarios excepcionales sobre andamios de obra”.

Con el espíritu de este Preámbulo alineado con los principios de transparencia, motivación, y temporalidad de los usos excepcionales publicitarios sobre andamios de obra, y para fomentar y mejorar las buenas prácticas en la gestión pública, priorizando la prevención por encima de las conductas reactivas, el órgano gestor del Buzón Ético emite las siguientes recomendaciones:

- Atendiendo a los indicios expuestos que llevan a presuponer que se produjo la prolongación del Convenio de Colaboración i Autorización Paisajística más allá del plazo improrrogable de cuatro meses, se recomienda la revisión del expediente administrativo correspondiente en tal sentido, es decir, en cuanto a la falta de cobertura jurídica de la prórroga, y adopción de los mecanismos legales previstos para su subsanación. Incluyendo, en el caso de que se confirmara que efectivamente las lonas publicitarias superaron el periodo de tiempo permitido, el reembolso de los importes que en concepto de reparación del impacto paisajístico del uso excepcional del paisaje autorizado se hayan podido meritarse a partir del mes de xxx de 2017, y no se hayan ingresado sin perjuicio de las limitaciones que al efecto puedan derivar del instituto jurídico de la prescripción.
- Protocolizar que la publicación de los Convenios de colaboración y Autorización Paisajística en la Gaceta Municipal se realice en el momento de su suscripción.
- Publicar en el Portal de Transparencia del Ayuntamiento de Barcelona los Convenios de colaboración y Autorización Paisajística, ya suscritos y por suscribirse.
- Incorporar a los expedientes administrativos de los Convenios de colaboración y Autorización Paisajística las actas de visita a obra realizada por los servicios técnicos del IMPU.
- Incorporar a los expedientes administrativos los informes correspondientes que incluyan la motivación en relación a los cambios en las condiciones establecidas en las licencias.

# **RECOMENDACIONES DE CARÁCTER PREVENTIVO EN RELACIÓN CON ALERTAS SOBRE PRESUNTAS DISFUNCIONES EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS**

---

## **I. RECOMENDACIÓN EVACUADA A RAÍZ DE UNA ALERTA SOBRE UN PRESUNTO DERROCHE DE DINERO PÚBLICO POR LA RENOVACIÓN DE LOS APARATOS DE JUEGOS Y ENTRETENIMIENTO EN UNA PLAZA**

---

En el BEBG se recibió una comunicación en la que la persona comunicante informaba sobre la renovación, en una plaza, de los aparatos de juego y entretenimiento. La renovación, a su entender era innecesaria porque los anteriores aparatos estaban en perfecto estado de funcionamiento, de forma que el gasto económico que comportaba el cambio de los mismos comportaba un derroche de dinero público.

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

### **CONSIDERACIONES**

**Primera.-** El pliego de prescripciones técnicas para el diseño, la ejecución y la recepción de las áreas de juego infantil en su tercera revisión del año 2014, elaborado por el Departamento de Información de Proyectos y Recepciones, Evaluación, Control de Calidad y Proyectos Juegos Infantiles y Personas Mayores- Habitat Urbana- Ayuntamiento de Barcelona al definir su objeto señala lo siguiente:

*"El objeto de este Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) es establecer las condiciones y calidades mínimas que se han de cumplir en el diseño, la ejecución y la recepción de las áreas de juego infantil, con **el fin de garantizar el desarrollo** de las actividades lúdicas de los niños potenciando la sociabilidad, el aprendizaje y la diversión de los menores y **evitando a la vez los riesgos que puedan perjudicar su salud y su integridad física.**"*

Los requerimientos técnicos se sustentan en la relación de normas UNE- EN y UNE que se indica a continuación:

UNE-EN 1176-1: 2009 "Equipamiento de las áreas de juego. Parte 1: requisitos generales de seguridad y métodos de ensayo." 14 enero de 2009 AEN/CTN 172/ SC3.

UNE-EN 1176-2: 2009 "Equipamiento de las áreas de juego. Parte 2: requisitos de Seguridad específicos adicionales y métodos de ensayos para columpios". 14 enero de 2009 AEN/CTN.

UNE-EN 1176-3: 2009 "Equipamiento de las áreas de juego. Parte 4: requisitos de Seguridad y métodos de ensayo complementarios específicos para tirolinas." 14 enero de 2009. AEN/CTN 172/SC3.

UNE-EN 1176-4:2009 "Equipamiento de las áreas de juego. Parte 5: requisitos generales de Seguridad y métodos de ensayo complementarios específicos para carruseles". 14 enero de 2009 AEN/CTN 172/SC3.

UNE-EN 1176-5:2009 "Equipamiento de las áreas de juego. Parte 5: requisitos generales de seguridad y métodos de ensayo complementarios y específicos para carruseles." 14 enero de 2009 AEN/ctn 172/SC3.

UNE-EN 1176-6:2009 "Equipamiento de las áreas de juego. Parte 6: requisitos generales de Seguridad y métodos de ensayo complementarios y específicos de balancines". 14 enero de 2009 AEN/ctn 172/SC3.

UNE-EN 1176-7:2009 "Equipamiento de las áreas de juego. Parte 7: guía para la instalación, inspección, mantenimiento y utilización". 14 enero de 2009 AEN/ctn 172/SC3.

UNE- EN 1176-11: 2009 "Equipamiento de las áreas de juego. Parte 11: Equipamiento de las áreas de juego. Requisitos de Seguridad y métodos de ensayo suplementarios específicos para redes tridimensionales." 14 enero de 2009 AEN/ctn 172/SC3.

UNE-EN 1177:2009 "Revestimiento de las superficies de las áreas de juego absorbentes de impactos. Requisitos de Seguridad y métodos de ensayo". 14 enero de 2009 AEN/CTN 172/SC3.

UNE 147101: 2000 IN (Guía de aplicación de la UNE-EN 1176-1).

UNE 147102: 2000 IN (Guía de aplicación de la UNE-EN 1176-7).

UNE 172001:2004 IN Señalización en las áreas de juego.

UNE 147103:2001 "Planificación y gestión de las áreas y parques de juego al aire libre"

Toda esta normativa recoge las medidas de seguridad necesarias en estas áreas de juego, así como las de sus equipamientos y las medidas para el respeto de las condiciones de accesibilidad de las áreas de juego, se aplican los requerimientos que señala la "Ley 20/1991, de 25 de noviembre, de promoción de la accesibilidad y de supresión de las barreras arquitectónicas" y el "*Decreto 135/95, de 24 de marzo de despliegue de la Ley y aprobación del Código de Accesibilidad*".

El 7 de octubre de 2015 se emitió un certificado por una Entidad de inspección acreditada por ENAC<sup>127</sup> donde consta que, como resultado de la inspección realizada el 7 de octubre de 2015, se emite el certificado de cumplimiento de los requisitos de las Normas UNE 147103:2001, UNE-EN 1176 partes 1 a 11: 2009, NE-EN 1177:2009 y "Pliego de prescripciones técnicas para el diseño, la ejecución y la recepción de las áreas de juego infantil, de febrero de 2006 (revisión de 2010). Y otra certificación, de fecha 25 de febrero de 2017, en el mismo sentido".

Dicho esto, ha quedado justificada la necesidad de efectuar estas renovaciones de los aparatos de juego y entretenimiento por razones de condiciones de seguridad de los diferentes equipamientos, sobre condiciones de seguridad de los pavimentos amortiguadores que los soportan; y que estas han sido efectuadas con la normativa aplicable al efecto, según nos ha informado el órgano gestor.

Segunda.- La Ley 7/1985, de 2 de abril reguladora de las bases del régimen local, de carácter básico establece en el artículo 25.2 b) que el Ayuntamiento tiene como competencias propias el medio ambiente urbano: en particular, en parques y jardines públicos, gestión de los residuos sólidos urbanos y protección contra la contaminación acústica, lumínica y atmosférica en las zonas urbanas.

Por lo cual, atendiendo a que se trata de velar en todo momento por la seguridad infantil, las exigencias tienen que ser máximas y a esta administración le corresponde supervisar que se cumplan todas las condiciones de seguridad en las áreas de juegos infantiles y garantizar que su instalación y montaje son correctos con las inspecciones periódicas.

No podemos obviar el referirnos al informe emitido por el Defensor del Pueblo sobre la "Seguridad y accesibilidad de las áreas de juego infantil" del año 2015 donde manifiesta en la introducción lo siguiente:

*"Tras las observaciones realizadas por el Comité de derechos del niño en 2010 a los informes presentados por España, el II Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia (2013-2016) establece como objetivo número 8: promover la participación infantil, favoreciendo entornos medioambientales y sociales apropiados que permitan el desarrollo adecuado de sus capacidades, defendiendo el derecho al juego, al ocio, al tiempo libre en entornos seguros y promoviendo el consumo responsable, tanto en las zonas urbanas como en las rurales en aras de un desarrollo*

---

<sup>127</sup> La acreditación es la herramienta establecida a escala internacional para generar confianza sobre la correcta ejecución de un determinado tipo de actividades denominadas Actividades de Evaluación de la Conformidad y que incluye ensayo, calibración, inspección, certificación o verificación entre otros. En términos generales cualquier actividad que tenga por objeto evaluar si un producto, servicio, sistema, instalación, entre otros se ajusta a unos requisitos y por ello es necesaria una acreditación. Estos requisitos pueden estar establecidos por Ley, disposición reglamentaria o estar especificados en normas u otros documentos de carácter voluntario.

sostenible. Entre las medidas que se deben adoptar se incluye la promoción de la supresión de barreras para favorecer la plena accesibilidad de niños y adolescentes con discapacidad o situación de dependencia y su integración plena en sus barrios; y la mejora de la seguridad y calidad de los parques infantiles y otras instalaciones públicas específicas para los niños. Señala como organismos competentes para hacer efectivo el II Plan las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales y la Federación Española de Municipios y Provincias, y como colaboradores el Ministerio de Sanidad y las ONG. 3.2. La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos”.

Y que en este mismo estudio se recomienda lo siguiente:

*“... los requisitos de seguridad de las áreas de juego infantiles instalados en sus municipios; y al menos incluir las normas UNE-EN en los pliegos de prescripciones técnicas, tanto para los nuevos suministros de equipamiento como para su instalación y mantenimiento y exigir una certificación del conjunto del área para garantizar su correcta instalación ...”*

*“Realizar, por parte de los Ayuntamientos, inspecciones periódicas por técnicos cualificados con conocimientos en la normativa técnica ; Seguridad y accesibilidad de las áreas de juego infantil; Publicar en las páginas web municipales, por parte de los Ayuntamientos de los municipios de más de 5.000 habitantes, información actualizada sobre las inspecciones realizadas en las áreas de juego infantil de la localidad y su resultado; y establecer un sistema rápido y ágil de denuncias sobre falta de limpieza o deterioro de los juegos o sobre cualquier otra incidencia que pueda poner en riesgo a los menores usuarios.”*

## RECOMENDACIÓN

**Que el órgano municipal afectado considere la idoneidad de la publicación de las prestaciones del servicio de conservación de áreas de juego infantil, así como de espacios lúdicos para personas mayores, áreas gimnásticas, bancos, papeleras, tablas de picnic, tablas de ping-pong, cestas de baloncesto, vallas y señalización de los parques y jardines de la ciudad, sin que a estas alturas apreciemos que los hechos expuestos determinen vulneración del ordenamiento jurídico o de los principios y reglas éticas y de buen gobierno.**

---

## **II. RECOMENDACIÓN EMITIDA A RAÍZ DE UNA ALERTA SOBRE EL ESTABLECIMIENTO DEL SISTEMA DE CITA PREVIA PARA ACCEDER A LOS SERVICIOS TÉCNICOS MUNICIPALES**

---

A través del canal electrónico del BEBG, se recibió una comunicación que nos exponía que en un Distrito se había establecido el sistema de cita previa para acceder a los Servicios Técnicos municipales sin justificación y empeorando el servicio, que anteriormente era sin cita previa.

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

### **CONSIDERACIONES:**

1. El órgano municipal afectado ha actuado diligentemente, sin que en el presente momento apreciamos que los hechos expuestos determinen vulneración del ordenamiento jurídico o de los principios y reglas éticas y de buen gobierno.
2. Que las modificaciones adoptadas en atención al ciudadano están motivadas por una voluntad de mejora de la calidad y de la eficiencia del servicio público con el objetivo de reducir las colas y las esperas de la ciudadanía.



---

### ***III. RECOMENDACIÓN A RAÍZ DE UNA ALERTA SOBRE LA GESTIÓN DE LAS AYUDAS PARA EL PAGO DE LOS ALQUILERES DE VIVIENDA***

---

Se trasladó una comunicación mediante el BEBG sobre posibles irregularidades en la actuación de un Instituto Municipal en relación con la concesión de ayudas para el pago de los alquileres de vivienda.

El órgano gestor del Buzón ético, atendiendo a la información aportada por la persona comunicante y demás documentación requerida y analizada, no detectó conductas contrarias a derecho, a los principios o reglas éticas y de buen gobierno y administración.

---

## **IV. RECOMENDACIÓN EVACUADA A RAÍZ DE UNA ALERTA SOBRE PRESUNTAS DISFUNCIONES EN EL COBRO DEL IMPORTE CORRESPONDIENTE AL ALQUILER DE UNA PISTA EN UN COMPLEJO DEPORTIVO MUNICIPAL**

---

En el BEBG se recibió una comunicación relativa a posibles irregularidades en el cobro a los usuarios del importe correspondiente al alquiler de una pista de fútbol de un Complejo Deportivo Municipal.

Pese a la debilidad de los indicios objetivos en los que basaba sus manifestaciones la persona comunicante, ante la gravedad de la alerta cursada se practicaron diligencias de comprobación por parte del Buzón ético, entre otras: la consulta en el perfil del contratante de la Generalitat de Cataluña del contrato de gestión de servicios públicos en la modalidad de concesión para la gestión y explotación del complejo deportivo municipal afectado; la visualización en el BOPB de la aprobación de los precios públicos por los servicios de las equipamientos de los Distritos y las instalaciones deportivas del complejo deportivo municipal afectado; y una llamada anónima para obtener información sobre el precio del alquiler de la pista de fútbol y la emisión de la correspondiente factura. Como resultado de las citadas diligencias se formularon las siguientes:

### **CONSIDERACIONES**

El art. 6 del Reglamento de las instalaciones deportivas de la ciudad de Barcelona publicado en el BOPB, en fecha 8 de febrero de 1992, regula que: *"Las Instalaciones municipales deportivas (IME), sea cual sea su forma de gestión, son de acceso libre para los ciudadanos sin ninguna otra limitación que el pago del precio correspondiente para utilizarlas y la de la propia naturaleza de la instalación"*.

En esta línea, el art. 12 del Reglamento de las instalaciones deportivas regula que *"El usuario, siempre que pague el precio correspondiente, tiene derecho a utilizar las instalaciones de la manera que prevé este Reglamento y las normas de uso particulares"*, y el art. 39 *"El pago del precio para poder utilizar la instalación es obligatorio, tanto si se trata de un usuario individual como de centros docentes públicos o privados, de club o de entidades de cualquier tipo"*.

Respecto a la aprobación de los precios, el art. 38 del Reglamento especifica que *"La aprobación de los precios públicos de las IME corresponde a la Comisión de gobierno, a propuesta del Área de Deportes, después de un informe del Consejo Municipal de Deportes"*.

Así mismo, en la Cláusula 2 del Pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato de concesión consta que es un derecho que tiene el concesionario percibir de los usuarios los precios públicos vigentes aprobados por el Ayuntamiento, que son considerados ingresos para cubrir el coste real del servicio prestado al usuario.

## RECOMENDACIÓN

Pese a no haberse podido detectar conductas contrarias al derecho, a los principios o reglas éticas y de buen gobierno y administración, la información recibida a través de llamada anónima efectuada por el órgano gestor del Buzón Ético al Centro deportivo afectado puso de manifiesto que la persona comunicante no dispone de la información suficiente para poder discernir si el precio del alquiler de la pista era conforme a normativa, razón por la cual, se realiza al órgano gestor la siguiente recomendación, en el contexto de mejora continua en la calidad de los servicios públicos:

- Mejorar la información a los usuarios sobre las condiciones de uso del Complejo Deportivo XXX.

El art. 16 del Reglamento de las instalaciones deportivas de la ciudad de Barcelona recoge el derecho que tiene el ciudadano a ser informado sobre las condiciones de uso de las IME y sobre los programas deportivos que se desarrollan en ellas.

Concretamente, el art. 7 del Reglamento de las instalaciones deportivas de la ciudad de Barcelona regula que *"En cada una de las IME tiene que figurar con carácter preceptivo un letrero de acuerdo con el modelo aprobado por el Ayuntamiento, en un lugar visible y de fácil acceso para el usuario en el cual se indiquen:*

- a) El precio del uso ocasional de los servicios de la instalación*
- b) El horario de la actividad*
- c) El horario de información al público*
- d) El número de usuarios, la capacidad y las principales características técnicas*
- e) Los servicios o los programas que se realizan*
- f) El nombre del responsable de la instalación*
- g) El nombre del responsable técnico deportivo"*

Asimismo, en la Cláusula 16 relativa a Derechos y Obligaciones generales del concesionario, en el apartado 2.p) consta como una obligación del concesionario:

*"p) Garantizar que los usuarios disponen de toda la información pertinente sobre el funcionamiento del equipamiento y que sean atendidos de manera adecuada. Habrá de figurar con carácter preceptivo un rótulo, de acuerdo con el modelo establecido por el Ayuntamiento en un lugar visible y de fácil acceso para el usuario, en el que se indique:*

- *Las tarifas vigentes*
- *El horario en el que la instalación permanece abierta*
- *El horario de atención al público*
- *El calendario de los días que permanecerá cerrada la instalación*
- *Los servicios y actividades/programas que se realizan*
- *El nombre de la entidad gestora”.*

En este sentido, se recomienda que el órgano gestor revise la información que se ofrece a los usuarios del Complejo Deportivo municipal por si es conforme a la normativa correspondiente, y en caso contrario, introducir medidas informativas adecuadas para garantizar que se ofrezca a los usuarios la información mínima requerida por las normas referenciadas de manera que además de garantizar a estos su derecho a conocer íntegramente todas las condiciones de los servicios públicos que contratan pueda evitarse o minimizarse los riesgos de error en que estos pueden incurrir por una información insuficiente en relación con dichas condiciones de uso del Complejo, y sobre todo en los precios que los usuarios tienen que abonar. Especialmente cuando esta incidencia puede incidir en la reputación y confianza ciudadana en la Administración, a pesar de que esta haya actuado conforme a los baremos establecidos cómo ha pasado en el presente caso.

---

## V. RECOMENDACIÓN EVACUADA A RAÍZ DE LAS ALERTAS RECIBIDAS SOBRE DISFUNCIONES EN DIFERENTES INSTRUMENTOS MUNICIPALES RELATIVAS A LA FALTA DE OPCIÓN LINGÜÍSTICA

---

En el BEBG se recibieron varias comunicaciones relativas a alertas sobre disfunciones en diferentes instrumentos municipales relativas a la falta de opción lingüística.

Efectuadas las actuaciones de investigación correspondientes, examinada la documentación y la información obrante en el expediente, y analizada la normativa de aplicación, se trasladaron las siguientes consideraciones comunes a todas las comunicaciones:

### CONSIDERACIONES

El régimen del pluralismo lingüístico de Cataluña se configura en el art. 3 de la Constitución Española<sup>128</sup>, y en los artículos 6<sup>129</sup> y 33<sup>130</sup> del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Estas disposiciones fueron desarrolladas por la Ley 7/1983, de 18 abril de normalización lingüística; que a su vez fue sustituida por los preceptos de la Ley 1/1998 de 7 de enero de política lingüística. A nivel municipal, el artículo 4 de la Carta Municipal de Barcelona, aprobada por la Ley 22/1998, de 31 de diciembre, prevé que el catalán, lengua propia de Cataluña, lo es también del Ayuntamiento de Barcelona, y establece la obligación del Ayuntamiento de normalizar el uso del catalán en sus competencias.

En fecha 5 de febrero de 2010, se aprueba por el Consejo Municipal, el Reglamento de uso de la lengua catalana del Ayuntamiento de Barcelona (RUL), que establece en su artículo segundo que "De conformidad con lo que dispone el Estatuto de Autonomía de Cataluña, la Carta Municipal de Barcelona y la Ley 1/1998, de 7 de enero, de política lingüística, el

---

<sup>128</sup> Art. 3.1 CE "El castellano es la lengua española oficial del Estado. Todos los españoles tienen el deber de conocerla y el derecho a usarla"; Art. 3.2 CE "Las otras lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas comunidades autónomas de acuerdo con sus estatutos".

<sup>129</sup> Art. 6.1 EAC "La lengua propia de Cataluña es el catalán. Como tal, el catalán es la lengua de uso normal de las administraciones públicas y de los medios de comunicación públicos de Cataluña, y es también la lengua normalmente empleada como vehicular y de aprendizaje en la enseñanza".

Art. 6.2 EAC "El catalán es la lengua oficial de Cataluña. También lo es el castellano, que es la lengua oficial de la Estado Español. Todas las personas tienen el derecho de utilizar las dos lenguas oficiales y los ciudadanos tienen el derecho y el deber de conocerlas. Los poderes públicos de Cataluña tienen que establecer las medidas necesarias para facilitar el ejercicio de estos derechos y el cumplimiento de este deber. De acuerdo con el que dispone el artículo 32, no puede haber discriminación por el uso de cualquier de las dos lenguas".

<sup>130</sup> Art. 33.1 EAC "Los ciudadanos tienen el derecho de opción lingüística... Todas las personas tienen derecho a utilizar la lengua oficial que elijan."

catalán es la lengua propia de Cataluña y, como tal, es la lengua oficial y de uso normal del Ayuntamiento de Barcelona ...” .

Respecto a la carga del ciudadano de explicitar su opción lingüística, entendida como el derecho a utilizar la lengua oficial que elijan, en el fundamento jurídico vigésimo tercero de la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 31/2010, de 28 de junio, se expone que:

*"Toda lengua oficial es, por tanto -también allí donde comparte esa cualidad con otra lengua española-, lengua de uso normal por y ante el poder público. También, en consecuencia, lo es el castellano por y ante las Administraciones públicas catalanas, que, como el poder público estatal en Cataluña, no pueden tener preferencia por ninguna de las dos lenguas oficiales.*

*Sólo los particulares, en tanto que titulares del derecho de opción lingüística garantizado por el propio art. 33.1 EAC, pueden preferir una u otra de ambas lenguas en sus relaciones con el poder público radicado en Cataluña. Y hacerlo, además, en perfecta igualdad de condiciones por cuanto hace a las formalidades y requisitos de su ejercicio, lo que excluye que, como pudiera resultar de una interpretación literal del apartado 5 del art. 50 EAC, quienes prefieran que su lengua de comunicación con las Administraciones sea el castellano hayan de pedirlo expresamente. El precepto, sin embargo, es conforme con la Constitución ya que puede interpretarse en el sentido de que, en el marco de la política de fomento y difusión del catalán, las entidades públicas, instituciones y empresas a que el precepto se refiere, pueden utilizar la lengua catalana con normalidad, sin perjuicio de poder utilizar también con normalidad el castellano, en sus relaciones internas, en las relaciones entre ellas y en sus comunicaciones con los particulares, siempre que se arbitren los mecanismos pertinentes para que el derecho de los ciudadanos a recibir tales comunicaciones en castellano pueda hacerse efectivo sin formalidades ni condiciones que redunden para ellos en una carga u obligación que les constituya en la posición de sujeto activo en sus relaciones con la Administración pública."*

Analizada la normativa de aplicación, procede diferenciar los siguientes conceptos: lengua propia, lengua preferente y lengua oficial.

a) Lengua propia: el catalán es la lengua propia de Cataluña, y como tal, es la lengua de todas las instituciones de Cataluña, incluyendo las Administraciones locales, que implica un compromiso especial de las instituciones para promocionar el conocimiento y fomentar el uso entre los ciudadanos y ciudadanas.

b) Lengua preferente: En las sentencias n.º 316/2012 y n.º 312/2015 de la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia se exponen que: *"no son aceptables los preceptos que desequilibran la paridad en la posición jurídica de ambas lenguas oficiales; esto es, los que configuran una posición de prevalencia o preferencia del catalán por el castellano"* En virtud de este fundamento, el art. 2 del Reglamento se declaró inadmisibile en la medida que configuraba el catalán como lengua de uso preferente.

c) Lengua oficial: el catalán y el castellano son las lenguas oficiales en Cataluña y pueden ser utilizadas indistintamente por los ciudadanos y ciudadanas en todas las actividades

públicas y privadas sin discriminación (art. 3 de la Ley 1/1998, de 7 de enero de política lingüística). Así mismo "utilizar libremente cualquiera de las dos lenguas oficiales" es reconocido como un derecho lingüístico previsto en el art. 4 de la anteriormente mencionada ley.

---

## ***V.I. FALTA DE OPCIÓN LINGÜÍSTICA EN UN SERVICIO TELEFÓNICO DE INFORMACIÓN.***

---

En el caso concreto, en relación con la comunicación relativa a la falta de opción lingüística en un servicio telefónico de información, efectuadas las actuaciones de investigación correspondientes, examinada la documentación y la información obrante en el expediente, analizada la normativa de aplicación, así como las consideraciones comunes anteriormente descritas, se procedió a emitir la siguiente:

### **CONSIDERACIÓN**

I. De especial incidencia para el caso concreto es el art. 7 del RUL al exponer que "*En sus comunicaciones administrativas orales, el personal del Ayuntamiento de Barcelona tiene que emplear la lengua catalana, salvo que el administrado o la administrada pida ser atendido/atendida en castellano*", y su posterior nulidad por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Barcelona n.º 148/2010 de fecha 7 de mayo de 2015 "*en aquello que se refiere a la carga del ciudadano de explicitar su opción lingüística mediante una petición formal y expresa*".

II. En el caso concreto, y a la vista del informe del órgano gestor del servicio telefónico de información, la ciudadanía cuando llamaba al número del servicio escuchaba una frase de bienvenida al servicio y la advertencia de que la llamada podría ser grabada, posteriormente la ciudadanía tenía que escoger entre un menú de cinco opciones ("para información sobre la ley de protección de datos o las políticas de privacidad pulse 1; para información o tramitación de multas o impuestos del Ayuntamiento de Barcelona pulse 2; para temas relacionados con el Padrón Municipal, Censo electoral y Área verde, pulse 3; para temas relacionados con permisos de ocupación, obras, actividades, y vivienda de protección oficial, pulse 4; para informar otras gestiones administrativas, transportes, equipamientos y actos de la ciudad, pulse 5"), toda la locución era en catalán; y con posterioridad al mensaje, la llamada era atendida por uno/a operador/a en el idioma que utilizaba la persona comunicante.

Analizados los hechos de la comunicación y la normativa de aplicación, se observa en primer lugar que el teléfono del servicio de información no ofrecía la opción lingüística de catalán o castellano, vulnerando el derecho lingüístico de la ciudadanía de utilizar libremente cualquiera de las dos lenguas oficiales; y en segundo lugar, los ciudadanos que no entendían el catalán veían menguados sus derechos en su relación con el Ayuntamiento de Barcelona,

puesto que no podían acceder al canal de comunicación, trámites y gestiones que permite el teléfono desde el inicio de la llamada y les exigía, en realidad, que tuvieran que pedirlo expresamente y a posteriori al operador/a que atendía su llamada vulnerando así lo que establece el fundamento jurídico 23 de la citada Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 31/2010, de 28 de junio.

## RECOMENDACIÓN

### Comprobado que efectivamente:

- El sistema implantando por el servicio telefónico de información al inicio de la consulta de información telefónica no es un sistema de doble menú, en catalán y castellano. En el bien entendido que un sistema de doble menú sería, por ejemplo, "Si quiere ser atendido en castellano pulse 1, y si quiere ser atendido en catalán pulse 2" o viceversa; otra posibilidad sería "Si quiere ser atendido en castellano marque 1, si quiere ser atendido en catalán, manténgase a la espera".

- A la práctica, en la locución inicial si bien hay la opción 1 de ser atendido en castellano, no se da la opción 2, ni cabe otra opción. En consecuencia cuando la ciudadanía realiza la llamada al servicio telefónico de información y le da la opción 1 (ser atendido en castellano), queda a la espera de escuchar cuáles son las otras opciones (como podría ser, ser atendido en catalán u otros idiomas), dejando transcurrir los cinco segundos para pulsar la opción 1. Pero después del transcurso de este tiempo, sin recibir otra opción, inmediatamente la ciudadanía escucha la bienvenida en catalán; sin opción de volver a la opción de ser atendido en castellano, con el resultado de necesitar realizar una nueva llamada.

Se dio traslado al Departamento correspondiente para su estudio y posterior implantación de las medidas técnicas oportunas para fortalecer la mejora en la atención ciudadana.

## SEGUIMIENTO

Por parte del Departamento competente se comunicó al BEBG que aceptaban y agradecían la Recomendación efectuada informando que ya se había procedido técnicamente a modificar la locución relativa a la elección de idioma en los términos postulados en la Recomendación y que así se había implantado también en el resto de los servicios de información y atención ciudadana.



## **V.II. COMUNICACIÓN POR PRESUNTA IRREGULARIDAD POR LA FALTA DE OPCIÓN LINGÜÍSTICA EN UNA COMUNICACIÓN GENERAL**

En el BEBG se recibió una comunicación donde la persona comunicante trasladaba una presunta irregularidad en la falta de opción lingüística de la guía del contribuyente.

Realizadas las actuaciones de investigación, examinada la documentación y la información obrante en el aplicativo informático corporativo correspondiente, y analizada la normativa de aplicación, se trasladaron las consideraciones comunes descritas, así como las siguientes:

### **CONSIDERACIONES**

I. Lengua utilizada en las publicaciones y comunicaciones generales:

El artículo 14 del Reglamento del uso de la lengua catalana del Ayuntamiento de Barcelona dispone que los libros, las revistas y en general todos los carteles, folletines y publicaciones que edite el Ayuntamiento, así como los mensajes de comunicación y publicidad institucional, se tienen que hacer normalmente en catalán, excepto los específicamente destinados a la promoción exterior, los usos turísticos, o cuando otras circunstancias lo aconsejen, en cuyo caso se podrán hacer a la lengua de las personas destinatarias.

En relación con la posibilidad que las comunicaciones dirigidas al público en general sean comunicaciones bilingües, la Sentencia núm. 316/2012, de 23 de mayo, y la Sentencia 312/2015 efectúan la siguiente alusión

*"Ciertamente el ordenamiento jurídico no impone la comunicación bilingüe. Esta es una opción organizativa y es razonable que esta alternativa pueda mostrar reticencias si la presencia simultánea de las dos lenguas plantea problemas de espacio, de inteligibilidad o simplemente estético, o bien cuando la literalidad de las dos lenguas sea absurda esta alternativa, por ejemplo cuando la diferencia se limita a una letra o un acento. El Tribunal Supremo se ha manifestado en el sentido que el bilingüismo no es exigible (STS de 26 de marzo de 1996, recurso núm. 1367/93)."*

Concretamente la Sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de marzo de 1996, dispone: *"porque una cosa es el derecho del ciudadano a comunicarse con una Entidad Pública en el idioma que escoja y otra muy distinta, exigir que las publicaciones y comunicaciones que esta Entidad Pública emita con carácter general se haga de redactar en las dos lenguas oficiales, extensión que no tiene la cooficialidad de las lenguas"*.

II. Lengua utilizada en los procedimientos administrativos, notificaciones y comunicaciones individualizadas.

A nivel municipal, el art. 5.2 del Reglamento de uso de la lengua catalana del Ayuntamiento de Barcelona regula que en los procedimientos administrativos tramitados por el Ayuntamiento se tiene que utilizar el catalán, sin perjuicio del derecho de los ciudadanos y las ciudadanas a presentar documentos, a hacer manifestaciones y, si lo solicitan, a recibir notificaciones en castellano.

Así mismo, el art. 5.3 especifica que las comunicaciones y las notificaciones dirigidas a personas físicas y jurídicas residentes en el ámbito lingüístico catalán se tienen que hacer normalmente en lengua catalana, sin perjuicio del derecho de los ciudadanos y ciudadanas a recibirlas también en castellano, si lo solicitan.

De acuerdo con la sentencia 312/2015, de 7 de mayo, y la sentencia 316/2012, de 23 de mayo, de la Sala Contenciosa del TSJ de Cataluña se declara la nulidad de los preceptos 5.2 y 5.3 en aquello que se refiera a la carga del ciudadano de explicitar la opción lingüística mediante una petición formal expresa.

III. El artículo 6.2 c) de la Ley estatal 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, regula que los ciudadanos tienen derecho a la igualdad en el acceso electrónico a los servicios de las administraciones públicas.

Así mismo, en la Disposición Adicional segunda se expone que en las sedes electrónicas, el titular de las cuales tenga competencia sobre territorios con régimen de cooficialidad lingüística, se posibilitará el acceso a sus contenidos y servicios en las lenguas correspondientes.

En esta línea, la Disposición adicional quinta de la Ley catalana 29/2010, de 3 de agosto sobre el uso de las lenguas oficiales en los medios electrónicos especifica que las aplicaciones que las entidades integran el sector público ponen a disposición de los ciudadanos tienen que permitir que la consulta, la participación y la tramitación puedan hacerse en la lengua oficial escogida por la persona interesada y tienen que permitir el cambio de opción lingüística en cualquier momento.

IV. Analizada la normativa y la jurisprudencia de aplicación, así como la documentación presentada se realizan las consideraciones siguientes:

- La alerta contenida en la comunicación tiene la consideración de comunicación general, no de comunicación individualizada. En cuanto a la posibilidad bilingüe de la comunicación, la jurisprudencia mencionada no exige el bilingüismo en las publicaciones y comunicaciones que se emitan a todos los efectos.
- Visualizada la página web del Ayuntamiento de Barcelona, se comprueba que ofrece la posibilidad a los ciudadanos de cambiar la opción lingüística de este documento.

En atención a estas consideraciones, desde la DSA no se ha apreciado que los hechos expuestos determinen la vulneración del ordenamiento jurídico o de los principios de reglas éticas y de buen gobierno.

## **VI. RECOMENDACIÓN EMITIDA A RAÍZ DE UNA ALERTA SOBRE PRESUNTAS DISFUNCIONES EN EL SERVICIO DE INCIDENCIAS Y RECLAMACIONES DEL AYUNTAMIENTO DE BARCELONA**

En el BEBG se recibió una comunicación alertando sobre presuntas disfunciones en la información y respuesta dada al interesado/a por el Distrito XX, a través del sistema habilitado por el Ayuntamiento de Barcelona para gestionar, resolver y responder las incidencias y reclamaciones formuladas por los ciudadanos (IRIS)

Realizadas las actuaciones de investigación pertinentes, examinada la documentación, la información obrante en los aplicativos informáticos corporativos correspondientes, y analizada la normativa de aplicación, se trasladaron las siguientes:

### **CONSIDERACIONES**

El art. 53. f) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas regula el derecho del interesado "f) A obtener información y orientación sobre los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan llevar a cabo".

Habida cuenta: a) las respuestas dadas al ciudadano por el Distrito XXX y que constan a las fichas extraídas del sistema IRIS: código XXX, XXX, y XXX; b) la incoación del expediente de protección de la legalidad vulnerada, AUT XXX, c) la comprobación, por parte del referido Distrito de la existencia de la infracción que previamente se había denunciado y que afectaba a una materia tan sensible como los ruidos con gran repercusión en la integridad y salud de las personas (nos hacemos eco de la jurisprudencia vertida al efecto) y d) dado el contenido de la ficha IRIS XXX donde constan las disculpas formuladas: "os pedimos disculpas por la respuesta errónea recibida con código XXX"; se constata que, efectivamente, existió, en un inicio, un error en el tratamiento y valoración técnica y jurídica de los hechos por parte del Distrito XX, que no obstante fue finalmente subsanada dos meses más tarde y después de las reiteradas quejas formuladas en tal sentido por el aludido ciudadano.

### **RECOMENDACIÓN**

**Dar traslado al Distrito de XXX de las actuaciones efectuadas por el órgano gestor del Buzón Ético para su conocimiento, a los efectos pertinentes y con el fin de garantizar que la información que se facilite a la ciudadanía respecto a sus solicitudes sea coherente y acorde con la normativa de aplicación.**