

18 FUNCIÓN Y EMPLEO PÚBLICOS

El acceso al empleo público en condiciones de igualdad, de acuerdo a los principios de mérito y capacidad, es un derecho fundamental que la Constitución española garantiza a todos los ciudadanos. El citado acceso está sujeto a numerosos condicionantes, el primero de ellos el relativo al montante de plazas que las Administraciones públicas vienen a ofertar cada año de conformidad con la Ley General Presupuestaria.

Las restricciones presupuestarias en materia de empleo público han sido importantes en los últimos ejercicios. Desde la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015, se ha producido una relativa normalización de las tasas de reposición en determinados sectores en los que se vino a permitir la nueva incorporación de efectivos hasta alcanzar un 50 %. Con la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, dicho proceso de normalización de la oferta de empleo público en el conjunto de las administraciones ha dado un paso más hacia la recuperación de las tasas de reposición del 100 %.

En todo caso, todavía no se permite en amplios sectores de la Administración el mantenimiento del número de efectivos de las plantillas, ya que con carácter general solo se permite la renovación del 50 % de las bajas acaecidas durante el ejercicio.

18.1 OFERTA PÚBLICA DE EMPLEO

Incumplimiento de los plazos de la convocatoria

El incumplimiento del mandato establecido en el Estatuto Básico del Empleado Público, respecto al tiempo de ejecución de las ofertas de empleo público, en el plazo improrrogable de tres años, continúa presente en algunos supuestos de convocatorias selectivas.

Es el caso de la convocatoria correspondiente a la categoría de Técnico Especialista en Radiodiagnóstico, en el que el proceso selectivo convocado por el Servicio Canario de la Salud se encuentra aún sin finalizar, a pesar de haberse publicado en abril de 2012, que a su vez se llevó a cabo al amparo de la Oferta Pública de Empleo del año 2007, incumpléndose los plazos procedimentales que resultan de aplicación en procesos de este tipo. Ello llevó a **recordar a la Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma de Canarias** el deber jurídico de resolución de los expedientes dentro del plazo máximo computable con arreglo a las previsiones legales y a

recomendar que adoptara las medidas precisas para la resolución del proceso selectivo que aún sigue en trámite, no obstante haberse iniciado hace más de cuatro años y haber transcurrido el plazo máximo establecido.

En su respuesta, la Administración informó de la tramitación que se lleva a cabo pendiente del cumplimiento de trámites en el procedimiento que, a la fecha de realización de este informe, no han concluido (14016422).

Limitaciones de acceso

Por otro lado, las limitaciones en el acceso al empleo público vía tasa de reposición, a las que ya se ha aludido, han conducido a las administraciones públicas a fomentar, para ciertos cuerpos y escalas, el acceso a los mismos a través de procedimientos de promoción interna.

Esta institución reconoce la importancia de la promoción interna como mecanismo para el fomento de la progresión de los funcionarios públicos en la carrera profesional, tal y como establece el artículo 22.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, y el artículo 18 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

Si bien las administraciones públicas deben fomentar la promoción interna de sus empleados públicos, deben evitar que la misma se convierta en el sistema de acceso exclusivo para determinados cuerpos y escalas en las administraciones públicas, impidiendo el acceso a los mismos a través de sistema de acceso libre, es decir, sin disponer previamente de la condición de empleado público.

Por ejemplo, a raíz de una queja sobre la Oferta de Empleo Público de 2015, aprobada por Real Decreto 196/2015, en la que el acceso a ciertos cuerpos y escalas solo se podía realizar exclusivamente desde la promoción interna, se analizaron las ofertas de empleo público de los últimos años y se constató que la limitación era recurrente y afectaba al Cuerpo General Administrativo de la Administración del Estado, el Cuerpo Especial de Instituciones Penitenciarias y la Escala Técnica de Gestión de Organismos Autónomos.

Solicitado informe al respecto, la entonces **Secretaría de Estado de Administraciones Públicas** informó que las fechas de la última convocatoria de plazas de nuevo ingreso para los citados cuerpos y escalas eran: año 1992, para el Cuerpo General Administrativo de la Administración del Estado; año 1988, para el Cuerpo Especial de Instituciones Penitenciarias, y el año 1992 para la Escala Técnica de Gestión de Organismos Autónomos.

Desde una perspectiva jurídica, esta institución consideró que la citada situación implicaba una limitación en el acceso al empleo público que no era conforme con los principios constitucionales que lo informan.

La Administración, consultada sobre la señalada práctica, fundamentó su legalidad en que las plazas convocadas para su provisión mediante procesos de promoción interna no computan dentro del límite máximo de plazas derivado de la correspondiente tasa de reposición de efectivos, y en que no existe previsión legal alguna en la que se condicione la convocatoria de plazas de promoción interna a que se produzca la de plazas de ingreso libre. Asimismo, sostuvo que las plazas de promoción interna se corresponden con el correlativo derecho legal de los funcionarios de carrera a la progresión profesional y, en fin, son un instrumento de planificación de personal y organización de los recursos humanos de las administraciones públicas.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 19 noviembre de 1992, señaló que «[...] la parte demandada ha incumplido claramente dicha prescripción al reservar para la promoción interna el 100 % de las plazas convocadas, sin que pueda argumentarse de contrario que la limitación que anteriormente establecía el artículo 22 de la Ley 30/1984, de 2 agosto, y que ha sido suprimida por la Ley reformadora de la misma de 1988, suponga que en la actualidad las administraciones públicas ostenten unas facultades ilimitadas para proceder a la convocatoria de plazas funcionariales por el procedimiento de la promoción interna; es decir, que resulta evidente que la antigua limitación del 50 % ha sido suprimida, pero ello no autoriza a que la totalidad de las plazas convocadas, como ocurre en el presente caso, se provea por promoción interna, ya que dicha circunstancia pudiera reputarse contraria al contenido esencial del derecho fundamental consagrado en el artículo 23 CE».

Dicha doctrina fue reiterada en las sentencias de 20 enero de 1992 y 25 de enero de 2006. Concretamente, en esta última indicó el alto tribunal que llevada a la práctica la reserva de la totalidad de las plazas a la promoción interna «podría originar que se cerrara el acceso libre a los Cuerpos o Escalas con exigencia de titulación superior a la del certificado de escolaridad, porque todas las vacantes de aquellas se reservasen a promoción interna, de modo que la total selección de funcionarios públicos tuviese siempre su origen en los Cuerpos o Escalas del grupo inferior, con independencia de que después, para ser promovido, sea necesario poseer la titulación exigida para integrarse en el grupo superior. Esta situación haría que el criterio legal del acceso libre quedase tan evidentemente restringido, que sin duda acabaría lesionando los principios constitucionales de mérito y capacidad».

Por ello, el Tribunal Supremo señaló en la citada sentencia que «[...] el criterio fundamental sobre el que se monta el sistema legal de selección del personal de las administraciones públicas es el de las pruebas libres, siendo este además, el que mejor

extiende, en razón de su propia amplitud subjetiva, los citados principios constitucionales de igualdad, capacidad y mérito. Esto no excluye, sin embargo, que los mismos no se respeten en los casos de promoción interna, aun cuando esta, por propia definición, alcance a menos sujetos. Por eso en la ley este sistema aparece como un simple mandato dirigido a "facilitarla", nunca a sustituir plenamente a las formas ordinarias y obligadas de acceso, que son las libres».

En consecuencia, de conformidad con la doctrina expuesta, si bien el procedimiento de promoción interna es un instrumento de planificación de los recursos humanos, este no debía excluir las formas ordinarias y obligadas de acceso, que son las libres.

Por ello, esta institución formuló una **Recomendación** a la entonces **Secretaría de Estado de Administraciones Públicas** para que promoviera en las siguientes ofertas de empleo público y en la medida en que lo permitiera la planificación presupuestaria y organizativa de los recursos humanos, la oferta de plazas de acceso libre en aquellos cuerpos y escalas en los que no se hubiese producido en los últimos años.

Dicha **Recomendación** fue aceptada por la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas mediante escrito de fecha de 8 de septiembre de 2016 (15015921).

18.2 DESARROLLO DE LOS PROCESOS SELECTIVOS

Un año más se han observado dilaciones por parte de algunas administraciones públicas, sobre todo corporaciones locales, respecto al desarrollo de procesos selectivos para la provisión de puestos una vez aprobada y publicada la convocatoria correspondiente.

La falta de información a los aspirantes de los motivos y circunstancias por las que no se producen avances en los procesos selectivos, una vez convocados e incluso iniciados, genera desconfianza en los participantes, que han expuesto ante esta institución desconocer la situación en la que se encontraba el procedimiento del que eran parte interesada.

Desde el Defensor del Pueblo se ha recomendado a las administraciones públicas que informen oportunamente a los aspirantes del desarrollo de los procesos selectivos en los que participan y que se resuelvan en plazos razonables las vicisitudes que pudieran surgir en el transcurso de los mismos, respetando las expectativas laborales y profesionales de los aspirantes a las plazas convocadas.

Ejemplo de estas actuaciones han sido las llevadas a cabo ante el **Ayuntamiento de Aspe (Alicante)** que, a pesar de haber transcurrido tres años desde la publicación de la convocatoria para la elaboración de una bolsa de empleo de los puestos de auxiliar administrativo, peón de servicios varios, peón de limpieza de edificios y trabajador social para la dotación temporal o satisfacción de necesidades puntuales que se pudieran producir, sin embargo no se había resuelto la misma. La comisión de valoración únicamente se había reunido en dos ocasiones para establecer las pautas a seguir en el proceso de valoración, lo que a criterio del Defensor del Pueblo vulneraba los principios de eficacia de la actuación administrativa y de seguridad jurídica en su relación con los ciudadanos, pues una demora tan importante es merecedora de una explicación a los participantes en el proceso selectivo (14019649).

También, se han llevado a cabo a lo largo de 2016 actuaciones por la falta de motivación de las resoluciones adoptadas por los tribunales calificadores frente a las reclamaciones planteadas por los aspirantes, así como respecto a la ausencia de respuesta a los recursos interpuestos por los participantes en los procesos selectivos, ya sea por su desarrollo o por su resultado, pues en numerosas ocasiones las administraciones públicas no dictan resolución.

El Defensor del Pueblo se encuentra especialmente vinculado por lo dispuesto en el artículo 17.2 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, según el cual «en cualquier caso velará por que la Administración resuelva expresamente en tiempo y forma las peticiones y recursos que le hayan sido formulados».

Por ello, desde esta institución se insiste ante las administraciones convocantes en que no queda al arbitrio de los órganos calificadores la resolución o no de los recursos y reclamaciones formulados por los participantes y la motivación de las mismas, pues una cosa es el núcleo del juicio sobre el que opera la discrecionalidad técnica de los tribunales calificadores y otra diferente la obligación de explicar las razones de ese juicio técnico cuando expresamente hayan sido demandadas 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 arbitrariedad hace intolerable el silencio sobre las razones que hayan conducido a emitir el concreto juicio de que se trate» (STS de 15 de diciembre de 2011).

La libertad de apreciación técnica del tribunal calificador a la hora de resolver se ejerce sin perjuicio de la sujeción al ordenamiento jurídico, que prevé, no solo la fiscalización de los actos por vía judicial, sino también administrativa, a través de recursos. Como señala el Tribunal Supremo, la motivación es un requisito necesario que cumple con la doble finalidad de impedir que la decisión administrativa aparezca como

puramente voluntarista, como sucedería si no explica su razón de ser, y de evitar que, conociendo esta, el recurrente pudiera quedar privado de los argumentos precisos para combatirla (SSTS de 10 de noviembre de 2001 y 27 de julio de 2000).

Ejemplo de estas actuaciones han sido llevadas a cabo ante el **Ayuntamiento de Logroño** (16005021) y el **Ayuntamiento de Garrucha** (15011928).

18.3 TRANSPARENCIA EN LOS PROCESOS SELECTIVOS

Al haber sido mayor el número de plazas convocadas en las ofertas de empleo público de las administraciones, ha sido también mayor el número de participantes en los procesos selectivos convocados. Estos aspirantes a un empleo público han reclamado ante el Defensor del Pueblo mayor transparencia, tanto en el desarrollo de los procesos de selección como en su resolución. Ha sido preocupación esencial de esta institución velar por que queden garantizados los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, así como el de transparencia y publicidad de la actuación de los tribunales calificadores, siempre con respeto al margen de discrecionalidad que tales órganos colegiados tienen atribuido.

La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, establece como principio general que los ciudadanos tienen derecho a acceder a la información pública, archivos y registros en los términos y con las condiciones establecidas en la Constitución, en la Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y demás leyes que resulten de aplicación.

La transparencia se encuentra entre los principios rectores de acceso al empleo público (artículo 55 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). El legislador impone a las administraciones públicas, entidades y organismos que convocan, tramitan y resuelven los procesos selectivos la observancia de una guía en su conducta que debe ser acorde con la naturaleza y los fines de la transparencia.

Por su parte, tanto la derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común como la vigente Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establecen que los ciudadanos, en sus relaciones con las administraciones públicas, tienen derecho «a conocer, en cualquier momento, el estado de tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados y obtener copias de los documentos contenidos en ellos».

Entrega de copias de examen

A través de las quejas recibidas se ha constatado que, en ocasiones, la actuación de las administraciones no atiende a los principios recogidos en las normas citadas, pues los participantes en los procesos selectivos plantean ante esta institución que no se les entrega copia de los ejercicios realizados o que no se les permite el acceso a los cuestionarios de las preguntas formuladas en los exámenes.

Ejemplo de estas actuaciones han sido las llevadas a cabo ante el **Ayuntamiento de Los Santos de Maimona (Badajoz)**, que desestimó la entrega de una copia del ejercicio realizado a un aspirante a policía local, al estimar que no era un documento aportado por el solicitante como parte de un procedimiento sino que formaba parte del propio proceso selectivo.

Esta institución considera que este actuar administrativo no atiende a los principios recogidos en las normas citadas pues, precisamente, el proceso selectivo constituye el procedimiento administrativo de concurrencia competitiva del que el interesado forma parte y, por ello, es indudable su condición de parte interesada en el mismo por haber sido aspirante y participante. Las resoluciones de los procesos selectivos deben alcanzar un nivel de transparencia adecuado conforme al artículo 105 de la Constitución, principio que debe inspirar la actuación de las administraciones públicas y guiar sus relaciones con los ciudadanos.

El derecho a obtener copia de los documentos obrantes en los procedimientos en los que los ciudadanos sean parte no puede interpretarse de manera restrictiva, por lo que se sugirió a la citada corporación que facilitara al aspirante copia de su hoja de respuestas, resolución que no ha sido aceptada por la corporación municipal (16004244).

De mayor alcance es la tramitación llevada a cabo con la **Dirección General de la Guardia Civil** ante la comparecencia de participantes en la convocatoria de 2016 para el acceso de la escala de cabos y guardias. Los aspirantes expresaron que por parte del tribunal de selección se publicaron las plantillas oficiales de respuestas de la prueba de ortografía, conocimientos e idioma, pero no se publicaron las preguntas correspondientes a cada uno de los ejercicios realizados. Tampoco se permitió a los opositores quedarse con copia del cuestionario junto con la hoja autocopiativa de sus respuestas, algo que sí es habitual en gran parte de los procesos selectivos convocados en la Administración General del Estado, de acuerdo con los principios de transparencia y publicidad en los que se debe inspirar todo proceso selectivo.

Los afectados alegaban que, en el trámite para realizar las alegaciones oportunas, respecto de la plantilla correctora de respuestas publicadas, al no recordar

con exactitud las preguntas efectuadas por el tribunal, no era posible llevar a cabo alegación alguna.

Iniciadas las oportunas actuaciones, la Dirección General de la Guardia Civil alegó que la convocatoria de la citada prueba no contemplaba en ninguna de sus bases la entrega o publicación de los cuadernillos de preguntas realizadas a los opositores y se aludía también al «carácter confidencial» de las preguntas del examen y a la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos.

El Defensor del Pueblo ha manifestado que, aunque no exista una norma concreta que imponga al órgano seleccionador esa obligación, cabe señalar un criterio favorable de esta institución a que se suministre a los aspirantes o hagan públicos, al igual que la plantilla correctora, los cuadernillos de las preguntas de los exámenes ya que así los aspirantes interesados podrán formular, en su caso, las reclamaciones que tengan por conveniente con mayor rigor en sus argumentos. Si bien es cierto que se trata de una práctica que no se contempla habitualmente en las convocatorias, tampoco se encuentra vedada por estas ni tal proceder supondría una modificación de sus bases.

La publicidad de las preguntas formuladas debe encuadrarse dentro de la observancia del principio general de transparencia en toda actuación administrativa, principio recogido entre los rectores de acceso al empleo público (artículo 55 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) y que se consagra en los artículos 13 y 53.1 a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, así como en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.

La entrega o no del cuadernillo de preguntas al opositor no entra dentro de lo que se entiende como discrecionalidad técnica, ya que la ejecución material de esa entrega no entraña en sí misma una valoración del contenido de ese examen o una revisión de la calificación dada por el tribunal. Esta cuestión hay que encuadrarla dentro del derecho a la información y acceso a los registros y archivos administrativos que se reconoce a los ciudadanos en el artículo 105 de la Constitución española.

Como se ha señalado, la Dirección General de la Guardia Civil justificó también su modo de proceder en la salvaguarda de la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos y señaló que la remisión de copias de los documentos incluidos en los procesos selectivos a cada uno de los aspirantes que así lo solicitasen provocaría, además del consiguiente retraso en el cumplimiento de los objetivos que esta jefatura tiene asignados, una dispersión de la documentación, en particular de las preguntas de examen, que por su propia naturaleza tienen carácter de confidencial.

Esta institución estima que la entrega a los opositores de los cuadernillos que contienen los cuestionarios y ejercicios tipo test que se realizan se puede atender de forma rápida y fácil si se adoptan medidas de carácter general, como sucede en otros procedimientos selectivos con multitud de participantes y, en vez de atender de forma individual a cada uno de los aspirantes que soliciten ese cuestionario, adoptar medidas como la no necesaria devolución de los cuadernillos de preguntas al finalizar la realización del examen o bien, al igual que se lleva a cabo con la plantilla correctora de respuestas, su publicación en la página web oficial de ese centro directivo, lo cual agilizaría sin duda la actuación de esa Administración ante posibles reclamaciones y recursos y reduciría el trabajo y los trámites que se derivan de todo proceso selectivo, atendiendo así a los principios de eficacia y celeridad.

Por todo ello, se ha recomendado a la Dirección General de la Guardia Civil que se adopten las medidas oportunas que permitan conservar o acceder a los cuadernillos que contienen las preguntas de los exámenes que los participantes realicen, en términos similares a la publicación de la plantilla correctora, de acuerdo con los principios de transparencia y publicidad que han de regir los procesos de acceso al empleo público, pues por parte de la Administración se debe buscar no decidir nunca en términos contrarios al ciudadano si existe al menos una interpretación favorable a este. Dicha **Recomendación** está pendiente de respuesta (16009827).

Nota de corte

En el año 2014 se había formulado una **Recomendación al Ministerio de Justicia** en la que se instaba al departamento a especificar las puntuaciones comunes que garantizan el acceso a los siguientes ejercicios, en las convocatorias de pruebas selectivas territorializadas, con independencia del número de aspirantes que concurren, con el fin de que todos los aspirantes con carácter previo conocieran las mismas y se evitara así, diferencias en cuanto a los niveles de conocimientos exigidos en razón exclusivamente del ámbito territorial por el que el aspirante se hubiera presentado al proceso en cuestión. Dicha **Recomendación** fue aceptada por la Secretaría de Estado de Justicia.

Sin embargo, en el proceso selectivo para ingreso, por el sistema general de acceso libre, en el Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa de la Administración de Justicia convocado mediante la Orden JUS/2293/2015, de 19 de octubre, el Tribunal Calificador Único previsto en la convocatoria aprobó un acuerdo en el que se establecían las distintas puntuaciones mínimas (notas de corte) en función del ámbito territorial. En consecuencia, **el Ministerio de Justicia** incumplía una **Recomendación** aceptada previamente por ese departamento.

Sin perjuicio de las cuestiones jurídicas que pueden plantearse respecto a si una Administración pública puede o no apartarse de una Recomendación de esta institución que ha sido formalmente aceptada y sobre su incidencia sobre los principios de seguridad jurídica y buena fe, el Defensor del Pueblo se dirigió a la **Secretaría de Estado de Justicia** en relación con la cuestión mencionada.

Desde la Secretaría de Estado de Justicia se alegó que, conforme a lo dispuesto en el artículo 483 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y en la normativa de transferencias de competencias de personal y traspasos de medios a las comunidades autónomas, el proceso selectivo estaba territorializado. Los aspirantes, una vez publicada la convocatoria, conocían el número de plazas de cada ámbito y optaban libremente por presentarse por uno u otro, garantizándose así el principio de igualdad. Se aducía, además, que tanto el número de plazas convocadas como el de aspirantes que concurrían por cada ámbito y turno, el nivel de conocimientos y resultados de los ejercicios o la duración del proceso, eran muy diferentes y variaban en cada ámbito, por lo que no se consideraba, desde la Administración, trato discriminatorio el establecimiento de distintas notas de corte que facilitaban la gestión de los procesos selectivos y posibilitaban la cobertura de las plazas.

Esta institución, aun comprendiendo los problemas de gestión que el establecimiento de una misma nota de corte para todos los ámbitos territoriales puede implicar, considera que el establecimiento de distintos conocimientos mínimos exigibles para superar los mismos ejercicios en los diferentes ámbitos territoriales sí puede contravenir los principios de igualdad, mérito y capacidad que reconoce el artículo 23.2 de la Constitución española. Y ello al margen de que la nota final para aprobar la oposición, una vez acreditados los conocimientos mínimos, pueda ser diferente en cada ámbito territorial, pues aquí sí entrarían en juego el número de plazas ofertadas y los aspirantes presentados.

En consecuencia, se instó a la Secretaría de Estado de Justicia a que comunicara si ese departamento iba a seguir para las próximas convocatorias de pruebas selectivas territorializadas en el ámbito de la Administración de justicia la Recomendación aceptada en 2014, consistente en especificar en las convocatorias de pruebas selectivas territorializadas y con independencia del número de aspirantes que concurren las puntuaciones comunes que garantizaran el acceso a los siguientes ejercicios.

Desde la citada Secretaría de Estado se comunicó que se seguiría la señalada **Recomendación** en la medida de lo posible. Dicha respuesta no permite deducir a esta institución si se seguirá o no el criterio defendido por ella, ni bajo qué circunstancias dicho criterio será o no tenido en consideración, por lo que consideró que la **Recomendación** de 2014 había sido rechazada (16006269).

También se abordó en este ejercicio la determinación de la denominada «nota de corte», o conocimientos mínimos exigibles a los aspirantes a un determinado proceso selectivo, para el supuesto de que hubiera en la correspondiente convocatoria reserva de plazas para personas con discapacidad.

El Defensor del Pueblo entiende que la existencia de un turno especial para personas con discapacidad no las dispensa de superar las pruebas selectivas acreditando el mínimo de aptitud y conocimientos establecido en cada convocatoria, pero ha de servir para que, superado ese mínimo, la competición para alcanzar el derecho al nombramiento se limite a quienes participan en dicho turno especial y para las plazas a ese turno reservadas, sin entrar en concurrencia competitiva con quienes participan en las mismas pruebas en otros turnos o cupos ya sean libres o restringidos.

Parece razonable pensar que lo idóneo para garantizar los principios constitucionales y legales de protección a la discapacidad sería que el establecimiento de los niveles mínimos comunes necesarios para superar cada ejercicio o fase de las pruebas selectivas viniese directamente determinado por la convocatoria y que la habilitación para fijar un umbral superior exigiese su concreción separadamente para quienes compiten en el turno de discapacidad y para quienes compiten en los restantes turnos.

Se deduce de la doctrina del Tribunal Supremo, mantenida en diversas sentencias, entre las que cabe citar la de 18 de octubre de 2007 y la de 30 de agosto de 2008, en la que se afirma en relación con los principios de mérito y capacidad que alcanzado el nivel mínimo de capacidad se entra en el de mérito, «[...] donde juega esencialmente la discriminación positiva que se establece a favor de los discapacitados, y que no trata sino de paliar la situación inicial de desigualdad de la que parten en el acceso a la función pública, de tal suerte que reservado un cupo de plazas para su adjudicación entre los aspirantes discapacitados, la competencia ha de verificarse entre los aspirantes de cada grupo, sea la de los discapacitados mayor o menor».

Sobre los argumentos anteriormente expuestos se solicitó opinión a **la entonces Secretaría de Estado de Administraciones Públicas**, a fin de que analizara la posibilidad o pertinencia de introducir modificaciones en el Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad, o alternatively, impartir instrucciones para que las convocatorias de pruebas selectivas, en las que se incluya turno para personas con discapacidad, contengan las precisiones oportunas sobre la acreditación de suficiencia para la superación de las pruebas o ejercicios.

Desde la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas se rechazó la citada posibilidad al considerar que entre ambos turnos, el general y el reservado para personal

con discapacidad, existe concurrencia competitiva, ya que el artículo 3.2 del citado Real Decreto 2271/2004 establece la posibilidad de que en las convocatorias ordinarias con reserva de plazas para personas con discapacidad, en el supuesto de que alguno de los aspirantes con discapacidad que se haya presentado por el cupo de reserva, superase los ejercicios correspondientes pero no obtuviera plaza (por agotarse las reservadas al citado cupo) y su puntuación fuera superior a la obtenida por otros aspirantes del sistema de acceso general, será incluido por su orden de puntuación en el sistema de acceso general.

18.4 PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO

En ocasiones el esfuerzo y los medios dedicados a la formación especializada de los empleados públicos no encuentran la debida correspondencia con la existencia de plazas acordes con esa especialización, disfunción que perdura en el tiempo.

Es el caso de la formación especializada del personal estatutario de los servicios de salud, materia sobre la que se planteó una queja acerca del reconocimiento de la especialidad de Enfermería en Salud Mental.

De la respuesta de la **Subsecretaría de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad** se desprende la realidad de la situación denunciada, esto es, que habiendo transcurrido más de diecisiete años desde el desarrollo y establecimiento de la formación especializada por el sistema de residencia a partir del año 1998, se viene haciendo una inversión en formación en las distintas (siete) especialidades de enfermería, y en concreto, por lo que se refería a la queja formulada, en la de Enfermería Especialista en Salud Mental, sin que ello se haya traducido en la correspondiente creación de plazas para las distintas categorías con el consiguiente perjuicio que ello acarrea, tanto en la atención de los pacientes, como en lo referente a las expectativas profesionales del personal de enfermería, además del desaprovechamiento de los medios empleados en la formación especializada.

El Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad promovió, en junio de 2013, un acuerdo en el seno de la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud y en el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud previa negociación con los agentes sociales en el ámbito de negociación del sistema.

Para alcanzar dicho acuerdo se han celebrado sucesivas reuniones en las que se constató la desigual implantación que tienen las categorías de las especialidades de enfermería en los distintos servicios de salud en los que tan solo la categoría de especialista obstétrico-ginecológica está creada y dotada al 100 %.

Desde entonces se han ido creando y dotando plazas de enfermero especialista, bien a través de la implantación de la categoría genérica de «enfermero especialista» o a través de la vía específica de creación de la categoría estatutaria de cada una de las especialidades, en los servicios de salud de doce de las diecisiete comunidades autónomas, teniendo proyectos en curso en septiembre pasado La Rioja, Andalucía, Castilla-La Mancha y Asturias.

Son, por tanto, notables los avances producidos en la materia, sin que ello evite recordar que la eficiencia del sistema requiere que la formación especializada tenga un reflejo pleno en las plantillas de los servicios de salud para aprovechar al máximo la inversión realizada y los conocimientos adquiridos en el proceso formativo (15017817).

Médicos especialistas sin título (MESTOS)

En otros supuestos, el problema, dilatado en el tiempo, se origina por antiguas deficiencias en materia de formación especializada y su repercusión en la obtención de la titulación de una especialidad médica.

Esta es la situación de los médicos especialistas sin título (MESTOS), colectivo de médicos que sin estar en posesión del título de médico especialista trabajan como tales desde hace muchos años, tanto en el Sistema Nacional de Salud como en la medicina privada, aun cuando en el desempeño de su función sufren limitaciones y perjuicios como consecuencia precisamente de la carencia de dicho título, asunto ya tratado con anterioridad por esta institución.

La **Secretaría General de Sanidad y Consumo** indicó que, por Real Decreto 1497/1999, de 24 de septiembre, se reguló un procedimiento excepcional de acceso al título de Médico Especialista, ya concluido, mediante el que se regularizó la situación de 7.594 integrantes del denominado colectivo MESTO en España.

Dicho procedimiento se llevó a cabo de acuerdo con la Unión Europea, lo que ha determinado la referencia expresa al mencionado real decreto en el artículo 27.2 de la Directiva 2005/36/CE, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales.

El Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, teniendo en cuenta las proposiciones del Parlamento Español sobre la posibilidad de reabrir un nuevo procedimiento excepcional de acceso al título de Médico Especialista al amparo de lo previsto en el artículo 61 de la Directiva 2005/36/CE, elevó consulta a la Comisión Europea que se ha pronunciado expresamente en dos ocasiones —la última el 8 de abril de 2013— indicando la improcedencia de abrir un nuevo procedimiento excepcional por considerar que no estaría en consonancia con los requisitos necesarios de formación

que exige dicha directiva. Una nueva regulación del colectivo MESTO tendría claras implicaciones comunitarias derivadas de lo previsto en la norma comunitaria traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico por el Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre, que establece las condiciones mínimas de formación de médicos especialistas para la Unión Europea.

Subrayaba el ministerio que dicha norma comunitaria se refiere a aspectos que no cumpliría el colectivo MESTO, como son los relativos a que la formación se lleve a cabo a tiempo completo (con una duración no inferior al tiempo mínimo determinado para cada especialidad en la propia directiva), que se realice en centros sanitarios expresamente acreditados a tal fin (en plazas acreditadas) por las autoridades de cada Estado y bajo la supervisión de estas (supervisión, evaluación, programa).

Los criterios de armonización en la formación de especialistas están estrechamente vinculados al principio de libre circulación de profesionales, poniendo de manifiesto la importancia que tiene para la Unión Europea la formación de especialistas al mismo tiempo que garantiza niveles de calidad homogéneos en todos los países que la integran.

El ministerio consideró que las comunidades autónomas tienen la posibilidad de regularizar la situación de los médicos sin título de especialista que actúan en su ámbito adscribiéndoles, como tales médicos y conforme a las funciones de esa profesión sanitaria regulada y titulada, a puestos de trabajo de instituciones sanitarias que no requieran estar en posesión de título de especialista, según los criterios organizativos y relaciones de puestos de trabajo aprobados por cada comunidad autónoma, en el uso de las competencias que les han sido transferidas en materia de sanidad.

El ministerio resaltaba igualmente que la convocatoria de pruebas selectivas 2015-16 para plazas de formación sanitaria especializada, incluía una oferta de 6.098 plazas solo para médicos. La amplitud de dicha oferta (similar a la de años anteriores) pondría de manifiesto que se habrían salvado las dificultades históricas que en su día pudieron existir para acceder a una plaza en formación en el sistema español de formación sanitaria especializada, origen de este problema, y la inoportunidad de una nueva regulación de acceso excepcional al título de especialista y el agravio comparativo que se produciría con la misma respecto a los actuales graduados y licenciados en Medicina.

Puesto que, por las razones expuestas, no se considera factible ni está previsto que el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad proponga la adopción de nuevas medidas para regularizar la situación del denominado colectivo MESTO a través de una disposición similar a la del Real Decreto 1497/1999, de 24 de septiembre, y al haber reclamado los interesados en su día una solución a su situación a las respectivas

consejerías competentes en la materia, se resolvió **iniciar de oficio actuaciones ante las distintas comunidades autónomas** que permitan establecer los datos sobre el número de profesionales a los que afecta la situación planteada en la queja, y sobre las circunstancias que han determinado las diversas situaciones en las que se encuentran dichos facultativos y las posibles medidas que se consideren necesarias para la regularización de este colectivo, actuaciones que se encuentran en trámite al cierre de este informe (15015656 y 16004314, entre otras).

18.5 RELACIONES DE PUESTOS DE TRABAJO

El Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, señala que las administraciones públicas estructurarán su organización a través de relaciones de puestos de trabajo u otros instrumentos organizativos similares que comprenderán, al menos, la denominación de los puestos, los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas, en su caso, a que estén adscritos, los sistemas de provisión y las retribuciones complementarias. Dichos instrumentos serán públicos.

La ley marca los principios básicos y cauces procedimentales a que debe atenderse su elaboración, pero las relaciones de puestos de trabajo deben ser en todo momento la expresión real de las necesidades de la organización y, por tanto, tienen una naturaleza dinámica que obliga a un proceso constante de adecuación a las cambiantes necesidades que demanda el cumplimiento de los fines de la Administración pública.

Sobre este aspecto se llevaron a cabo actuaciones ante el **Ayuntamiento de Zaragoza**, ya que de las quejas planteadas se observaba que carecía de una relación de puestos de trabajo adaptada a la nueva estructura organizativa municipal, lo que provocaba importantes incidencias en la cobertura de puestos de trabajo en esa corporación.

La Ley 7/1985, de 7 de abril, de Bases de Régimen Local, establece que las corporaciones locales elaborarán la relación de todos los puestos de trabajo existentes en su organización, en los términos previstos en la legislación básica sobre función pública.

Las relaciones de puestos de trabajo constituyen el instrumento técnico por el que se realiza la ordenación de personal, de acuerdo con las necesidades de los servicios, y en ellas se precisan los requisitos para el desempeño de cada uno de los puestos de trabajo. Son instrumentos creados para el mejor desempeño del servicio público encomendado, razón por la que las administraciones tienen una potestad de autoorganización, si bien no una libertad absoluta para la configuración de estas relaciones y pueden y deben utilizarlas para planificar y ordenar sus efectivos, de tal

manera que se empleen los mismos de la forma más eficiente, para ofrecer un servicio eficaz a los ciudadanos.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 17 julio 2012, señala que «la jurisprudencia ha venido perfilando la regulación de las relaciones de puestos de trabajo y las potestades de la Administración sobre ellas. Se ha dicho que tales relaciones son el instrumento técnico a través del cual se realiza por la Administración —sea la estatal, sea la autonómica, sea la local— la ordenación del personal, de acuerdo con las necesidades de los servicios y con expresión de los requisitos exigidos para su desempeño, de modo que en función de ellas se definen las plantillas de las administraciones públicas y se determinan las ofertas públicas de empleo. Por ello, corresponde a la Administración la formación y aprobación de las relaciones de puestos de trabajo lo que, como es natural, es extensivo a su modificación. Todo ello evidencia que la confección de las relaciones de puestos de trabajo por la Administración y la consiguiente catalogación de estos se configura como un instrumento de política de personal, atribuido a la Administración al más alto nivel indicado, de acuerdo con las normas de derecho administrativo, que son las que regulan tanto el proceso de confección y aprobación como el de su publicidad».

Si bien la elaboración de la relación de puestos de trabajo constituye una de esas obligaciones u «habilitaciones genéricas» en las que la discrecionalidad de la Administración se extiende también al «cuando», lo cierto es que no puede olvidarse que toda actuación administrativa, incluida la discrecional, ha de tener su límite en el principio de la buena fe y en el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Por ello, se ha recomendado al **Ayuntamiento de Zaragoza** que se agilicen los trabajos y adopten las medidas e instrumentos necesarios para que, a la mayor brevedad posible, el Pleno de esa Corporación local finalice la elaboración de la relación de puestos de trabajo del personal municipal para su aprobación y aplicación definitiva (14007207).

Nuevo catálogo de puestos de trabajo en la Policía

En 2016, esta institución ha retomado las actuaciones llevadas a cabo hace más de cuatro años ante la **Dirección General de la Policía** con motivo de la inquietud que nuevamente expresan los funcionarios policiales respecto a la omisión en las convocatorias de los concursos generales de méritos de los parámetros que deben contemplarse en la provisión de puestos de trabajo mediante concurso general de méritos establecidos en el Real Decreto 997/1989, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de provisión de puestos de trabajo de la Dirección General de la Policía.

En 2011 el Defensor del Pueblo formuló a esa dirección general una **Recomendación** para que en todas las convocatorias de provisión de puestos de trabajo por concurso general de méritos se cumplieran las previsiones establecidas en la citada norma, debiendo señalar de manera precisa y clara los puestos que se convocaban conforme se definen en el catálogo de puestos de trabajo, indicándose la denominación, nivel, complemento específico, sede de los puestos, escala y categoría a que correspondieran, el baremo y puntuación mínima exigida, en su caso, y los requisitos para el desempeño de cada uno de ellos, a efectos de garantizar la objetividad e imparcialidad en el procedimiento de provisión de puestos de trabajo por concurso general.

En su respuesta, la dirección general señaló que para llevar a cabo la **Recomendación** entonces formulada era necesaria una herramienta informática que permitiera gestionar un concurso general de méritos donde se ofertaran un elevado número de vacantes y, por ende, participaran una cantidad notable de funcionarios que, como es natural, tienen abierta la posibilidad de solicitar distintas plazas dentro de la misma convocatoria.

Parece ser que desde aquel momento el fondo de la cuestión planteada por los funcionarios policiales no ha variado, tal y como se desprende de las convocatorias de los concursos de méritos aprobadas y publicadas hasta la fecha, en las que nuevamente se mencionan las plantillas y el número de vacantes que se convocan respecto de esas plantillas, sin que el funcionario pueda optar a un concreto puesto de trabajo, que es a lo que obliga la referida norma, y con los consiguientes perjuicios que ello causa a los funcionarios policiales. Al convocar plantillas y no puestos del catálogo concretos, se está impidiendo a los funcionarios el libre ejercicio del derecho a solicitar cuantos puestos de trabajo se convoquen en el concurso general donde muestren interés de participar (a título ilustrativo concurso general de méritos número 26/2015 y concurso general de méritos número 29/2016, publicado por Orden General número 2172, de 14 de marzo de 2016).

El no poder elegir el puesto concreto del catálogo puede también ocasionar una pérdida de baremo a los funcionarios policiales al ocupar, de forma ajena a su voluntad, un determinado puesto que otorga un baremo inferior a otros, de acuerdo con la Orden del Ministerio del Interior de 5 de octubre de 1989, por la que se establece el baremo de méritos para la provisión de puestos de trabajo por el procedimiento del concurso general de méritos en el Cuerpo Nacional de Policía, perjuicio que se evidenciaría en los posteriores procedimientos de provisión en los que tuviesen intención de participar.

Solicitada información sobre las actuaciones o medidas adoptadas por esa dirección general para reparar los perjuicios que en la práctica ocasiona este modo de proceder a los funcionarios policiales, se indicó a esta institución que se mantenían

conversaciones para determinar la elaboración de un nuevo catálogo de puestos de trabajo para los funcionarios de la escala básica y de subinspección que posibilitara la convocatoria de concretos puestos de trabajo en los concursos generales, como exige la normativa vigente, y no de plantillas como se estaba haciendo, si bien se indicaba que, hasta el momento, no había una propuesta concreta.

A juicio de esta institución, no se puede mantener de forma dilatada en el tiempo la situación descrita dado que supone, además de un incumplimiento de la normativa que rige la materia, un evidente perjuicio en los legítimos derechos de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía. Por todo ello, se instó a esa dirección general a encontrar soluciones para modificar este modo de proceder y a remover los obstáculos que dificultan la elaboración del nuevo catálogo de puestos de trabajo pues como señala la norma suprema los poderes públicos promoverán las condiciones más favorables para una adecuada promoción profesional, social y humana de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, de acuerdo con los principios de objetividad, igualdad de oportunidades, mérito y capacidad (15005260).

18.6 RETRIBUCIONES DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

En materia retributiva, un número importante de las quejas planteadas han sido derivadas de la reducción de las mismas como consecuencia de encontrarse el funcionario en situación de incapacidad temporal (16000302, 16002615, 16007418, 16008755 y 16012425).

Sin perjuicio de la opinión que ha sido expresada por esta institución en su informe del año 2012 sobre esta medida, es de resaltar que ciertas administraciones incorporan exigencias adicionales para la percepción del 100 % de la retribución en los supuestos excepcionales que la normativa vigente contempla.

Cada Administración puede determinar, para su personal, los supuestos en que, con carácter excepcional y debidamente justificados, se pueda percibir un complemento hasta alcanzar, como máximo, el cien por cien de las retribuciones, incluyendo expresamente el supuesto de intervención quirúrgica.

En el ámbito de la **Comunidad de Madrid** se dictaron Instrucciones, de 8 de enero de 2013, de la Dirección General de Recursos Humanos en las que se estableció que para hacer efectivo el derecho a la percepción del complemento, se deberían acreditar estas circunstancias en el plazo de veinte días desde que se produjo la intervención, plazo que también figura en el manual de permisos y licencias para el personal funcionario docente en centros públicos no universitarios de la Comunidad de Madrid, de noviembre de 2013.

Sobre esta base se denegó el complemento a un funcionario docente al que se concedió la licencia por enfermedad ordinaria desde el inicio de la incapacidad, con el correspondiente descuento de haberes, desestimándose su reclamación al no haber aportado en el citado plazo documentación suficiente que acreditara que se había producido una intervención quirúrgica y al no haber planteado su solicitud conforme al mencionado manual.

Analizadas las circunstancias del caso, el Defensor del Pueblo concluyó que la operación quirúrgica alegada por el interesado existió, y su existencia no era cuestionada por la Administración, alegando únicamente que el interesado no la justificó en plazo y forma. Por otro lado, consideró esta institución que el manual de permisos y licencias en el que se basa la exigencia de cumplimentar el modelo de solicitud de reconocimiento de incapacidad temporal por circunstancias excepcionales en ausencias de más de tres días, no podía ir en contra del derecho a los concretos emolumentos generados de conformidad con el Real Decreto Ley 20/2012 y el Acuerdo de 2 de agosto de 2012 del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid. Si el citado real decreto ley y el señalado acuerdo no establecen más criterio que el de la hospitalización e intervención quirúrgica para determinar el nacimiento del derecho, no parece pertinente, a juicio de esta institución, que dicho derecho se sujetara a un plazo de caducidad de veinte días mediante un manual, cuya naturaleza normativa resultaba dudosa, y que en todo caso carecía del rango normativo suficiente como para condicionar lo que ni la ley ni el citado acuerdo habían sujetado a condición alguna distinta que a que se dé el supuesto del hecho mencionado: la operación quirúrgica.

Como consecuencia, se formuló a la **Comunidad de Madrid** la **Sugerencia** de reconocer al interesado la percepción del complemento de incapacidad temporal por circunstancias excepcionales, no teniendo conocimiento esta institución sobre si la misma ha sido o no aceptada a fecha de cierre del presente informe (16008755).

También en materia retributiva, cabe mencionar el supuesto planteado por un funcionario de carrera que prestaba servicios en el **Comisionado para el Mercado de Tabacos**, que denunciaba una disminución de sus retribuciones al habersele negado la productividad extraordinaria de los meses de junio y diciembre, desde el año 2012.

Analizada la cuestión, y solicitada la pertinente información tanto al citado organismo como a la **Inspección General del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas**, del que dependía el Comisionado para el Mercado de Tabacos, esta institución observó ciertas irregularidades asociadas a la eliminación de la productividad extraordinaria. En las instrucciones remitidas desde el Comisionado para el Mercado de Tabacos relativa a los criterios de reparto de las retribuciones complementarias de productividad y gratificaciones por servicios extraordinarios del personal funcionario, se distinguían dos tipos de productividad, la productividad ordinaria,

de carácter mensual que se asociaba a la valoración de la dedicación, incompatibilidad exigible o condiciones del trabajo, grado de interés, iniciativa o esfuerzo desarrollado por el funcionario; y por otro lado, la productividad extraordinaria, que se asignaba en junio y en diciembre con sujeción a las disponibilidades presupuestarias, ligadas a la valoración global referida al año y asociándola a tres factores: la aptitud general; la iniciativa; y colaboración y la eficacia y calidad en el trabajo desarrollado.

De acuerdo a los datos aportados por el interesado, corroborados posteriormente por la Administración, se observó que se había producido una importante variación de la valoración que la Administración hacía respecto al rendimiento del trabajador, que derivó en la supresión de la productividad extraordinaria.

Dicha supresión de la productividad extraordinaria, asimismo, se produjo sin aportar una adecuada motivación al interesado.

En un primer momento, la Administración adujo que la productividad, como complemento retributivo, tiene una naturaleza individual y vinculada al desempeño subjetivo realizado por el concreto funcionario (Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de octubre de 1995), cuya percepción viene ligada (a diferencia del complemento de destino y específico cuya cuantía está en función del puesto y tiene un carácter objetivo), al rendimiento personal del funcionario. Señaló el órgano que la productividad no es un complemento consolidable, su percepción no tiene por qué ser periódica, y no produce una desigualdad que se retribuya de forma diferente a funcionarios que desarrollen puestos de trabajo similares. Y añadió que la aplicación del complemento de productividad requiere de una actividad administrativa que culmina con un acto de valoración individualizada para cada funcionario, que determina el derecho a percibir el complemento y su cuantía (Sentencia del TSJ de Cataluña de 25 de enero de 2006).

Dicho esto, el Comisionado para el Mercado de Tabacos consideró motivación suficiente para denegar la productividad, la evaluación realizada por el superior jerárquico competente que aprecia la falta de rendimiento o colaboración en aplicación de los criterios distributivos fijados por el órgano competente.

En consecuencia, el comisionado señaló a esta institución que la actividad de la Administración a la hora de otorgar este complemento es discrecional y se había de presumir su validez en aplicación de la presunción de validez de los actos administrativos. La exclusión se había de fundamentar en algunas de las causas establecidas por los criterios vigentes en cada Administración. Por tanto, correspondía al interesado probar que se ha producido algún tipo de trato desigual, arbitrariedad o desviación de poder en la actividad administrativa.

Si bien el Defensor del Pueblo mostró su conformidad con lo expresado por la Administración, consideró que en el presente caso se daban dos circunstancias, que a

juicio de esta institución hacían aconsejable la existencia, no solo de una motivación más o menos desarrollada, sino asimismo, de una base fáctica suficiente sobre la cual la misma pudiera ser sustentada.

Tales circunstancias eran, en primer lugar, la existencia de una valoración previa positiva de la labor del interesado, por parte de la Administración, hasta finales del año 2012, lo que da lugar a un comportamiento previo de la Administración, del que esta se había apartado desde finales del año 2012, y en segundo término a que la retirada de la productividad y gratificaciones suponía un acto desfavorable que incidía en la esfera jurídica del mismo.

Cierto es que las cuantías asignadas por complemento de productividad durante un período de tiempo no originan por sí un derecho individual respecto a las valoraciones o apreciaciones correspondientes a períodos sucesivos, sin embargo también lo es que la Administración no puede dejar de abonar aquel complemento sin motivar, aunque sea sucintamente, la causa.

Como consecuencia de lo mencionado, esta institución formuló una **Recomendación al Comisionado para el Mercado de Tabacos** para que modificara la instrucción del presidente del Comisionado para el Mercado de Tabacos, relativa a los criterios de reparto de las retribuciones complementarias de productividad y gratificaciones por servicios extraordinarios del personal funcionario, con objeto de establecer la necesaria motivación de la decisión administrativa de dejar de abonar o disminuir sustancialmente las cantidades a abonar en concepto de productividad cuando supongan una modificación de la valoración individualizada del funcionario afectado con relación a la productividad que venía percibiendo. Asimismo, le **sugirió** motivar al interesado las causas por las que ha dejado de percibir desde diciembre del año 2013 el complemento de productividad extraordinaria. Ambas fueron aceptadas.

Carrera profesional del personal estatutario

La Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, configura la carrera profesional del personal estatutario de los servicios de salud, como el derecho de los profesionales a progresar, de forma individualizada, como reconocimiento a su desarrollo profesional en cuanto a conocimientos, experiencia en las tareas asistenciales, investigación y cumplimiento de los objetivos de la organización en la que prestan su labor. Corresponde a las comunidades autónomas establecer para este personal mecanismos de carrera profesional, de forma tal que se posibilite el derecho a la promoción de este personal conjuntamente con la gestión de las instituciones sanitarias. En consonancia con ello, se regula entre las retribuciones complementarias el

complemento de carrera destinado a retribuir el grado o nivel alcanzado en la carrera profesional.

De acuerdo con esa regulación legal, el reconocimiento público, expreso y de forma individualizada, del desarrollo alcanzado por un profesional sanitario tendría los efectos de la atribución expresa del grado alcanzado por cada profesional, grado que requerirá la evaluación favorable por un comité específico de los méritos del interesado, siendo homologables dichos grados en todo el Sistema Nacional de Salud.

Sobre este asunto, se han planteado quejas frente al **Servicio Madrileño de Salud**, comunidad donde, por Acuerdo de 25 de enero de 2007, se aprobó el alcanzado en la Mesa Sectorial de Sanidad sobre carrera profesional de licenciados sanitarios y diplomados sanitarios de la Comunidad de Madrid.

La aplicación de tales derechos, en un marco de restricción presupuestaria, quedó en suspenso a raíz de la Ley 9/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2010, suspensión que fue mantenida en las sucesivas leyes de presupuestos incluida la última correspondiente al ejercicio de 2016, razón por la cual sigue sin producirse el reconocimiento y abono de los niveles de carrera profesional.

Desde esta institución se cuestionó la falta de recuperación de la carrera profesional a raíz de las quejas planteadas, y los servicios jurídicos de la mencionada comunidad concluyeron que debía aplicarse automáticamente el nivel de carrera o promoción profesional reconocido en otros servicios de salud a aquellos profesionales estatutarios fijos de otros servicios de salud que se incorporen a la Comunidad de Madrid, y que la suspensión de carrera y promoción profesional efectuada en las diversas leyes de presupuestos de la Comunidad de Madrid lo es únicamente a efectos económicos. Por tanto, sería factible que las Comisiones de Evaluación pudieran actuar, y que la Dirección General de Recursos Humanos y Relaciones Laborales pudiera emitir las correspondientes resoluciones de reconocimientos de nivel, sin efectos económicos.

Ello llevó a recomendar a la **Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid** reactivar la carrera profesional y proceder a la creación de las Comisiones de Evaluación donde no estén funcionando, así como al nombramiento de la Comisión Central de Evaluación y proceder a la evaluación y reconocimiento de los nuevos niveles de carrera obtenidos.

El Servicio Madrileño de Salud ha considerado procedente aceptar esta **Recomendación**, conforme a los argumentos expuestos por esta institución, y atendiendo a la moción sobre recursos humanos emitida por la Asamblea de Madrid, el 10 de diciembre de 2015, que, entre otros compromisos, recoge la inmediata reactivación

de la carrera profesional, y el informe jurídico emitido por los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid.

La puesta en práctica de la **Recomendación** está pendiente del informe favorable de la Dirección General de Presupuestos y Recursos Humanos de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda, toda vez que es preceptivo (16003210).

Se han iniciado igualmente actuaciones ante el **Servicio Murciano de Salud** y el **Servicio de Salud de Castilla-La Mancha**, a raíz de la formulación de diversas quejas acerca de la posibilidad de recuperación de la carrera profesional del personal estatutario (16012970 y 16011362).

18.7 CONDICIONES LABORALES DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

Agresiones a empleados públicos

El incremento de las agresiones físicas y amenazas verbales a empleados públicos durante el ejercicio de sus funciones, ha motivado la apertura en 2016 de una **actuación de oficio ante la entonces Secretaría de Estado de Administraciones Públicas**, a efectos de precisar el alcance de estas situaciones, así como las medidas concretas a adoptar y los sistemas de protección establecidos en los diferentes ámbitos en los que es aplicado el Protocolo de actuación frente a la violencia en el trabajo en la Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de 10 de diciembre de 2015.

El citado protocolo se plantea como un instrumento de uso común en el conjunto de toda la Administración General del Estado, sin perjuicio de su adaptación a las características específicas de cada departamento u organismo, en función del tipo de actividad que se realice y que se trata de proteger.

La ejecución del Protocolo de actuación frente a la violencia en el trabajo precisa dotar las partidas presupuestarias correspondientes con créditos suficientes para atender a su ejecución. Los funcionarios afectados comparecientes ante esta institución expresaban la falta de aplicación del referido protocolo precisamente por ausencia de dotaciones presupuestarias.

En respuesta, la **Dirección General de la Función Pública** señaló que se encontraba a la espera de la valoración que los departamentos y organismos de la Administración General del Estado llevasen a cabo del referido protocolo durante los seis primeros meses de 2016, a efectos de realizar una adaptación de los niveles de riesgos que existen en cada lugar de trabajo, pues solo el 50 % de los citados organismos habían remitido la oportuna información, señalando que cuando se recibiera en su totalidad sería oportunamente remitida a esta institución (16008316).

El protocolo, al referirse a su ámbito de aplicación, excluye al colectivo funcional penitenciario y señala que en el plazo de seis meses desde su entrada en vigor se realizaría una valoración de la posibilidad de disponer de una regulación especial del protocolo para el personal de los centros penitenciarios y los centros de inserción social para lo cual se constituiría un grupo de trabajo en el seno de la Comisión Técnica de Prevención de Riesgos Laborales, con la participación de Instituciones Penitenciarias.

Según los sindicatos comparecientes ante esta institución, este es el colectivo funcional con mayor número de agresiones de toda la Administración General del Estado sin que dispongan de ningún protocolo de prevención contra la violencia laboral, motivo por el que se iniciaron también actuaciones ante la **Secretaría General de Instituciones Penitenciarias**.

El citado organismo expuso que las instituciones penitenciarias reúnen, en efecto, requisitos especiales que han de ser considerados y que tienen que ver con el hecho de que en este ámbito las actividades, tanto preventivas como represoras de la posible violencia sobre los empleados públicos, se enmarcan, no en los programas de prevención de riesgos laborales, sino en los de seguridad, lo que llevó, en el proyecto inicial, a excluir a las instituciones penitenciarias del ámbito de aplicación del protocolo.

La Dirección General de la Función Pública expuso que los sindicatos presentes en la Comisión Técnica de Prevención de Riesgos Laborales insistieron, sin embargo, en que no podía hacerse una exclusión total, aunque hubiera que hacer algún tipo de regulación especial. A tal efecto se constituyó, en octubre de 2015, un grupo de trabajo en el seno de la Comisión Técnica de Prevención de Riesgos Laborales, con la participación de instituciones penitenciarias.

A partir de la reunión de constitución, impulsada desde la Dirección General de la Función Pública, las ulteriores reuniones del grupo constituido han quedado supeditadas al establecimiento de contactos bilaterales —y, en su caso, acuerdos— entre la Subdirección General de Recursos Humanos de Instituciones Penitenciarias y los sindicatos participantes.

Por la parte sindical se efectuó una propuesta, con fecha 26 de mayo de 2016, a la Dirección General de la Función Pública para la solicitud de convocatoria del grupo de trabajo en el seno de la Comisión Técnica de Prevención de Riesgos Laborales. Por ello, y con el propósito de llevar a cabo un seguimiento sobre este asunto, se ha solicitado a la **Dirección General de la Función Pública** que mantenga informada a esta institución de las actuaciones que se deriven tras la propuesta sindical realizada (16002680 y 16011302).

Permisos de los funcionarios

De acuerdo con lo establecido en el artículo 49 e) del Estatuto Básico del Empleado Público, el funcionario tendrá derecho, siempre que ambos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente trabajen, a una reducción de la jornada de trabajo de al menos la mitad de su duración, percibiendo las retribuciones íntegras con cargo a los presupuestos del órgano o entidad donde venga prestando sus servicios, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del hijo menor de edad afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas o carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente, acreditado por el informe del servicio público de salud u órgano administrativo sanitario de la comunidad autónoma o, en su caso, de la entidad sanitaria concertada correspondiente y, como máximo, hasta que el menor cumpla los 18 años.

Esta reducción de jornada del 50 % en ocasiones es insuficiente, por lo que los funcionarios solicitan la concesión de una reducción de jornada superior para atender a las necesidades de sus hijos enfermos.

A diferencia de otras administraciones en las que se conceden porcentajes superiores de reducción de jornada remunerada, en la **Dirección General de la Policía** la reducción máxima concedida a los funcionarios con hijos menores en dichas circunstancias era del 50 %, sin otorgar porcentajes superiores basándose en que no habían sido desarrollados por la Administración General del Estado los criterios para su concesión, lo que a juicio de esta institución podría suponer un agravio con respecto a otros empleados del sector público y un menoscabo de los derechos del menor y de los cuidados que en esa situación precisa.

Por ello, **se iniciaron actuaciones de oficio** con la finalidad de conocer el alcance e interpretación que por parte de ese centro directivo se llevaba a cabo respecto a la posibilidad de adoptar un porcentaje de reducción de la jornada superior al 50 %, pues de la norma se desprende que la reducción ha de ser, como mínimo, de la mitad de la jornada, sin que se hubiera establecido por el legislador un límite máximo al porcentaje de dicha reducción.

Esta institución expuso que, de acuerdo con el criterio expresado por la Dirección General de la Función Pública, relativo a la aplicación de este permiso, mientras no se haya establecido dicho límite máximo de reducción, cada Administración, de manera potestativa, atendiendo a las distintas circunstancias que concurriesen en cada caso, así como ponderando los distintos intereses en juego, excepcionalmente, podría elevar la mencionada reducción por encima de la mitad de la jornada que contempla la norma, pero, con objeto de que no se desvirtúe el permiso, la reducción que se acuerde deberá

permitir atender, al menos, de una forma mínima y efectiva, la prestación del servicio que venga desarrollando el funcionario.

Se indicó al citado centro directivo que el 50 % de reducción de jornada es el límite mínimo fijado por el legislador, lo que no significa que con la concesión de ese mínimo hayan sido ponderadas las circunstancias concurrentes en los supuestos que sean planteados por los miembros del Cuerpo Nacional de Policía.

El Defensor del Pueblo recordó a la **Dirección General de la Policía** el deber legal de valorar y evaluar las circunstancias que concurran en los supuestos planteados en cada caso por los funcionarios policiales para otorgar el permiso de reducción de jornada por encima del 50 % en los supuestos de cuidado de hijo menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave y motivar los criterios de tal decisión (16000326).

18.8 MOVILIDAD

En el año 2016, las quejas sobre movilidad y los distintos sistemas de provisión contemplados para hacerla efectiva se centraron nuevamente en los procedimientos de movilidad voluntaria.

En este sentido, es de destacar la dificultad que encuentran los funcionarios públicos para poder cambiar de puesto de trabajo en razón de motivos relacionados con la conciliación de la vida laboral y familiar. Si bien existen ciertos mecanismos normativos vinculados a la existencia de razones de salud o rehabilitación del funcionario, su cónyuge o los hijos a su cargo, la normativa actual adolece de cierta inflexibilidad para poder permitir la movilidad funcional ante la existencia de otros motivos de conciliación (16009022, 16004143 y 16010261).

Limitaciones del derecho de movilidad

Viene siendo recurrente en informes anteriores la mención de actuaciones relativas al derecho a la movilidad de los empleados públicos y las limitaciones derivadas de la prestación de servicios en sectores o áreas deficitarios de personal o por las dificultades para su ejercicio entre distintas administraciones públicas.

Así, por ejemplo, en el caso de la Administración General del Estado existen determinados sectores, caracterizados como prioritarios en razón de los servicios que prestan, que son deficitarios en personal y en los que se impide a los funcionarios allí destinados poder participar en cualquier concurso de traslado que sea convocado.

Ocurre, entre otros, en el **Servicio Público de Empleo Estatal**. Si bien, las limitaciones que la Administración impone a sus funcionarios están basadas en razones

de autoorganización de los servicios que prestan, es necesario reflexionar sobre la necesidad de garantizar a los funcionarios de los citados servicios una adecuada progresión en su carrera y abrirles la necesaria movilidad que pueden demandar. No parece adecuado a esta institución una prolongación excesiva en la categorización de los citados sectores como deficitarios, ya que una permanencia en el tiempo de la señalada consideración permite deducir que la persistencia de la misma se debe, no ya a una situación coyuntural y a la imperiosa necesidad de prestar un servicio público de calidad, sino a una inadecuada gestión de los recursos humanos por parte de la Administración, que es incapaz de dotar a los sectores deficitarios de los efectivos necesarios para su adecuado funcionamiento.

En materia de movilidad es importante garantizar en los concursos de méritos o de traslados, una adecuada transparencia de los procesos y avalar su desarrollo de conformidad con las normas procedimentales que sean aplicables (16000469, 16004464 y 16013150).

Similar situación se da, si bien por razones distintas centradas en la ausencia de un desarrollo normativo que posibilite este derecho, en la movilidad del personal estatutario y funcionario en el ámbito del Sistema Nacional de Salud. Se tramitó una queja ante la **Secretaría General de Sanidad y Consumo** y se resolvió **iniciar de oficio las correspondientes actuaciones ante las distintas consejerías autonómicas competentes**, con la finalidad de solicitar la posible adopción de las medidas necesarias, previa negociación en las mesas correspondientes, para la planificación eficiente de las necesidades de personal en relación con la movilidad del personal funcionario y estatutario en el ámbito del Sistema Nacional de Salud (SNS), y sobre la existencia o, en su caso, previsiones de desarrollo y formalización de convenios de colaboración, para garantizar la movilidad del personal entre los diferentes servicios de salud.

Esta institución conoce la actividad desplegada en esta materia por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad en el ámbito de sus labores de coordinación y cohesión del Sistema Nacional de Salud, de la que es ejemplo la aprobación del Real Decreto 184/2015, de 13 de marzo, por el que se regula el catálogo homogéneo de equivalencias de las categorías profesionales del personal estatutario de los servicios de salud y el procedimiento de su actualización y el proyecto de real decreto por el que se fijan criterios homogéneos de baremos en fases de concurso en procesos de provisión de plazas de personal estatutario.

Sin perjuicio de la continuidad en la tarea desarrollada, y a fin de hacer posible la garantía de movilidad, se estimó necesario que se pusieran en marcha los convenios de colaboración previstos en la disposición adicional duodécima de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud,

actuación que compete a las distintas administraciones sanitarias en desarrollo de la normativa estatal básica.

En aras a la puesta en práctica de esos acuerdos, esta institución consideró que no debía excluirse, en el marco de las labores de coordinación y cooperación que tiene atribuidas el indicado ministerio, el tratamiento y aprobación en el seno del Consejo Interterritorial de un modelo común de convenio entre los servicios de salud que de forma homogénea para el conjunto del sistema contribuya a la solución de la movilidad de este personal, como instrumento jurídico necesario para hacerla efectiva.

Se formuló una **Sugerencia a la Secretaría General de Sanidad y Consumo**, para posibilitar que el personal funcionario de carrera y estatutario fijo de los servicios de salud, pueda acceder, indistintamente, a los procedimientos de movilidad voluntaria establecidos para ambos tipos de personal.

El ministerio resaltó en su respuesta que, puesto que tanto el Consejo Interterritorial como la Comisión de Recursos Humanos del SNS pueden establecer cuantas medidas de coordinación y cohesión de las políticas de recursos humanos de los distintos servicios de salud estimen convenientes en orden a garantizar la movilidad dentro del sistema, una de las medidas puede ser la de establecer un modelo común de convenio de colaboración, sin perjuicio de que su formalización compete a las distintas administraciones sanitarias. Por ello, procedería someterlo a estudio de la Comisión de Recursos Humanos y a una propuesta, para su aprobación por el Consejo Interterritorial (16008649, 16013325 y otras).

Cabe aludir también en el presente informe a que numerosas representaciones sindicales han comparecido solicitando la convocatoria urgente de un concurso de traslados en los **Servicios Periféricos de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias**, a través del que se priorice la figura del funcionario de carrera en el acceso a plazas vacantes en el ámbito penitenciario y la inclusión en el concurso de todas las plazas que actualmente están cubiertas mediante el procedimiento extraordinario de comisión de servicio, sistema de cobertura de puestos que, en la práctica, se ha convertido en ordinario con el que se trata de paliar las necesidades de personal. Sobre este asunto se llevan a cabo actuaciones ante la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (16007617).

18.9 PENSIONES Y PRESTACIONES

La falta de regulación por parte de la **Mutualidad General Judicial (Mugeju)** del procedimiento para el reconocimiento de los derechos derivados de enfermedad profesional y de accidente en acto de servicio provocó la comparecencia de un sindicato que aludía a la necesaria regulación del procedimiento para el reconocimiento, control y

seguimiento de estas situaciones en el ámbito del personal de la Administración de justicia, al igual que lo ha sido en el ámbito de la Administración General del Estado, pues Muface ya lo ha regulado a través de la Orden PRE/1744/2010, de 30 de junio.

Mugeju insiste ante esta institución en que se ha manifestado a favor de que se acometan del modo que se estime más apropiado, dentro del actual marco normativo estatal y autonómico, las reformas legales necesarias a fin de asumir las competencias y responsabilidades derivadas del reconocimiento, control y seguimiento de las situaciones de incapacidad temporal que afectan a sus mutualistas.

Más allá de la necesidad de cumplir con las previsiones legales y reglamentarias contenidas en la normativa, Mugeju ha afirmado ante el Defensor del Pueblo su viabilidad y el incremento de la eficacia y de la eficiencia que la asunción de tal competencia supondría para la gestión de las situaciones de incapacidad temporal, en beneficio de los mutualistas y en general del conjunto del sistema.

Por ello, esta institución ha solicitado a la **Secretaría de Estado de Justicia** la remisión de un informe completo sobre las previsiones de ese departamento ministerial en la elaboración, aprobación y publicación de la orden que regule dichos procedimientos en el ámbito del mutualismo judicial (14021125).

Respecto a las prestaciones de carácter complementario, cabe destacar las actuaciones llevadas a cabo ante la **Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado (Muface)** con motivo de la comparecencia de un titular que expuso que padecía una discapacidad auditiva de carácter irreversible reconocida de manera definitiva (no revisable) por los correspondientes servicios sociales de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, por lo que precisaba audífono tanto para el desempeño de su labor profesional como para su vida diaria.

El mutualista expuso ante el Defensor del Pueblo que debido a un accidente el audífono del que disponía se le estropeó por lo que, al encontrarse imposibilitado para realizar su trabajo, procuró lo antes posible la solución del problema y adquirió un audífono nuevo en la empresa en la que se le suministró el anterior, conocedora de sus antecedentes.

Adquirido el audífono, solicitó la ayuda de Muface para la prestación complementaria a la que acompañó informe en el que se indicaba la patología y la necesidad de audífono, señalando ante esta institución que le había sido denegada la prestación solicitada porque el informe del especialista era posterior a la fecha de la factura de adquisición del audífono.

La Orden APU/2245/2005, de 30 de junio, por la que se regulan las prestaciones complementarias de la asistencia sanitaria en la Muface, únicamente señala respecto al informe médico obligatorio que la prescripción de estas prestaciones deberá ser siempre

llevada a cabo por un médico especialista en la materia correspondiente a la patología que justifique su prescripción y que esté concertado o preste servicios en la entidad médica a la que se encuentre adscrito el titular, sin aludir a la carencia temporal en la que se fundamenta la resolución desestimatoria adoptada y que, parece ser, se antepone a la necesidad del mutualista de reparar de la manera más inmediata la carencia padecida, máxime cuando esa mutualidad era concedora del padecimiento auditivo del compareciente pues ya en el año 2011 le fue reconocida una prestación complementaria para la obtención de audífono.

Tratándose de una situación de discapacidad, y teniendo en cuenta que se debe buscar no decidir nunca en términos contrarios al ciudadano si existe al menos una interpretación favorable, el Defensor del Pueblo sugirió a la mutualidad que revisara la resolución adoptada y reconociese al mutualista el abono de la prestación complementaria solicitada para la adquisición del audífono. A criterio de esta institución, se debería haber realizado una interpretación más flexible pues se desprende, de forma clara, que la intención del mutualista era solucionar cuanto antes el problema que le afectaba a efectos de poder continuar realizando su vida laboral y personal con la mayor normalidad posible.

Muface señaló que al estar desarrollándose los trabajos necesarios de adaptación del Catálogo General de Material Ortoprotésico de la mutualidad al del Servicio Nacional de Salud (en modificación por el Proyecto de Orden 551/2015, que modifica el anexo VI del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, se regula el procedimiento de oferta de productos ortoprotésicos y se determinan los coeficientes de corrección) sería ese el momento adecuado para impulsar la actualización y modificación de algunos términos y condiciones de la regulación de prestaciones complementarias y, por tanto, de valorar la sugerencia de esta institución con carácter general y no referido, únicamente, a una situación jurídica de carácter particular, como ha sido el supuesto que ha dado origen a la presente queja.

Esta institución ha manifestado que el impulso en la modificación de determinadas condiciones para el acceso a las prestaciones complementarias (para la adquisición de prótesis auditivas, oculares u otras) debe ser adoptado a la mayor brevedad e incluso valorar la adopción de medidas cautelares ante supuestos como el planteado en los que, por la discapacidad que padece el mutualista, sobradamente conocida por esa mutualidad, resulte inmediata la reparación de la carencia padecida a efectos de solucionar lo antes posible el problema que le afecta y así procurar de la forma más inmediata una continuidad con la mayor normalidad posible de su vida cotidiana (16006706).

Dentro de las actuaciones desarrolladas ante Muface es preciso señalar que **se iniciaron actuaciones de oficio** en relación con las reclamaciones de los mutualistas respecto del abono de las facturas por la asistencia sanitaria prestada en centros no concertados, en casos de urgencia vital, en los que se acepta el abono de los gastos de la asistencia prestada al proveedor sanitario pero, sin embargo, no se asumen los intereses de demora generados hasta la estimación de la reclamación presentada, gastos que se repercuten directamente al mutualista.

En estos supuestos el centro sanitario no concertado que ha prestado la asistencia sanitaria remite la factura de los gastos ocasionados directamente al mutualista, otorgándole un plazo para su abono voluntario. El afiliado, al estimar que la asistencia que le ha sido prestada debe estar cubierta por la entidad aseguradora concertada con esa mutualidad, le reclama a la entidad el abono de la deuda, en el plazo y términos establecidos en el correspondiente concierto.

Cuando la entidad concertada resuelve denegar el pago de los gastos, el afiliado reclama su abono a Muface, que tiene un plazo de tres o seis meses (según sea la Comisión Mixta Provincial o posteriormente la Comisión Nacional) para resolver la referida reclamación. Esto supone que va transcurriendo el plazo para el pago voluntario que, una vez transcurrido sin haberse hecho efectivo su abono, genera intereses de demora que se repercuten directamente en el mutualista.

Una vez que Muface resuelve la reclamación en sentido estimatorio y que asume el abono de los gastos que ocasionó la asistencia al mutualista por existir la situación de urgencia vital, únicamente se hace cargo de la factura y de los intereses de demora generados desde que se resuelve estimatoriamente la reclamación, pero no de los intereses generados hasta ese momento.

A juicio de esta institución, la aceptación que realiza Muface de la deuda no exime a la entidad concertada, que es la obligada al pago, del abono de los recargos por haber transcurrido el período de pago voluntario, pues tales intereses de demora han derivado del criterio negativo inicial de la entidad de asumir el abono de la factura cuando, sin embargo, por resolución de Muface se reconoce el derecho reclamado por el mutualista.

Los sucesivos conciertos han establecido que si una vez estimada la reclamación las entidades aseguradoras no cumplieran su obligación y no hicieran frente al abono del importe de la asistencia prestada de urgencia vital, el abono será realizado directamente por Muface al proveedor sanitario deduciéndolo de la inmediata mensualidad que haya de abonarse a la entidad. Por tanto, se está ante supuestos en los que el gasto correspondiente a la asistencia prestada será reclamado por Muface al tercero obligado al pago, es decir a la entidad concertada, de acuerdo con la normativa vigente.

Como ha señalado el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Sentencia de 21 de diciembre de 2012, reiterando lo resuelto en la de 11 de octubre de 2000 y 10 de febrero de 1998, «el Concierto suscrito por Muface con Asisa debe calificarse jurídicamente como un contrato administrativo de seguro de asistencia sanitaria que vincula a la Mutualidad General (mediante el pago de una determinada prima) y a la Entidad de Seguro Libre (que asume la obligación de prestar asistencia sanitaria, en las condiciones fijadas, a los beneficiarios pertenecientes a aquella). Estas son las únicas partes contratantes del negocio reseñado y, como tales, las únicas que disciplinan la dinámica del cumplimiento del Concierto en cuestión. Respecto del mutualista y sus familiares beneficiarios, que no son parte en el Concierto, cabría calificarlo como auténtico contrato a favor de tercero, dado que las estipulaciones que se contienen respecto de los mismos pretenden articular la dinámica de cumplimiento del “derecho a la asistencia sanitaria”».

El citado tribunal señaló, en Sentencia de 23 de septiembre de 2005, que «el carácter legal del derecho a la asistencia sanitaria de los mutualistas-beneficiarios y la especial configuración técnico jurídica del Concierto suscrito por Muface para prestarla, permite extraer las siguientes consecuencias: los derechos que reconocen tanto la Ley y el Reglamento del Mutualismo Administrativo son directamente aplicables a los mutualistas y exigibles por estos a la Administración; el sistema (directo o por Concierto) utilizado por la Mutualidad General para llevar a cabo esa prestación no puede oponerse, contravenir, limitar o condicionar ese contenido previa y legalmente determinado; las cláusulas del Concierto que contengan restricciones de aquellos derechos o, de alguna forma, limiten su concreto ejercicio más allá de lo expresamente autorizado en las normas legales y reglamentarias vigentes han de entenderse no aplicables a los mutualistas y beneficiarios, que ni siquiera fueron parte en el Concierto».

En estos supuestos, es la mutualidad la que obliga a la entidad al abono de la deuda, por lo que el mutualista es desde este punto de vista jurídico ajeno al concierto, aunque afectado por las estipulaciones que este contiene en la medida en que desarrollan un derecho que ostenta.

A juicio de esta institución, no cabe declinar cualquier obligación de la entidad concertada respecto del abono de los intereses de demora generada con anterioridad a la estimación de la reclamación y trasladar únicamente al mutualista la responsabilidad por no haber procedido al pago de los citados gastos en tiempo y forma, pues el retraso en el abono de la deuda se debe a la valoración inicial realizada por la entidad que desestimó la cobertura del gasto, por lo que se debería imponer la lógica de que asumiera los recargos y costas del proceso de ejecución administrativa surgidos como consecuencia de la obligación de pago desatendida porque, de no ser así, se produce

una quiebra del derecho de asistencia sanitaria que se traduce en una lesión económica al mutualista.

Por ello, se ha recomendado a la mutualidad que se valore la revisión de las cláusulas del actual y sucesivos concertos para que, en los supuestos en los que la entidad deba abonar los gastos ocasionados por la asistencia por urgencia vital prestada en centros no concertados, se asuma la deuda incluyendo la totalidad de los intereses de recargo y demora generados (16014363).

Por último, una vez más cabe hacer referencia a las quejas en las que los afiliados a Muface expresan su desacuerdo con la actuación de la mutualidad cuando, ante una situación de emergencia sanitaria, los mutualistas o las personas que gestionan esa situación realizan la demanda de asistencia sanitaria al teléfono 112, lo que ocasiona el traslado del paciente a un centro sanitario público, pues habitualmente se pone de relieve por el personal de emergencias la imposibilidad de traslado a un centro diferente, lo que supone que con posterioridad, el enfermo o sus familiares deben hacer frente a los gastos que genera la asistencia, e iniciar el procedimiento de reintegro de gastos, que la mayoría de las ocasiones es denegado por esa mutualidad, por entender que no es un supuesto de urgencia vital.

Esta institución insiste en la necesaria adopción de soluciones para estos supuestos mediante la formalización de acuerdos entre la mutualidad y los responsables de los equipos de emergencias sanitarias públicas a efectos de la cobertura de los gastos ocasionados en las citadas circunstancias (16010310).

18.10 TROPA Y MARINERÍA

En el ámbito específico de la Administración militar, ha de hacerse especial mención de las numerosas quejas planteadas en 2016 por militares profesionales de tropa y marinería de carácter temporal que han expuesto ante el Defensor del Pueblo su inquietud ante la situación que les afecta una vez que finaliza el compromiso de larga duración contraído con las Fuerzas Armadas, al cumplir los 45 años de edad y los 18 años de servicio.

Los comparecientes han manifestado que la Administración militar no ha cumplido íntegramente los derechos de promoción profesional y las medidas de incorporación laboral y acciones complementarias contempladas en la Ley 8/2006, de 24 de abril, de tropa y marinería.

La norma citada señala que a los militares profesionales de tropa y marinería se les facilitará, durante su permanencia en el servicio activo, los medios necesarios de orientación, impulso y apoyo para su plena incorporación al mundo laboral, al término de

su compromiso con las Fuerzas Armadas. Con este propósito se desplegarán acciones de formación ocupacional para complementar sus perfiles profesionales, se desarrollarán programas de autoempleo y medidas de apoyo a la viabilidad de estas iniciativas. Para ello, el Ministerio de Defensa gestionará y convendrá con instituciones públicas y entidades privadas acciones orientadas a la incorporación laboral de los militares profesionales de tropa y marinería.

En similares términos se expresan la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar y la Ley Orgánica de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, en las que se incluye un concreto y determinado mandato para el Ministerio de Defensa, al establecer como obligación del Gobierno la colaboración con las administraciones públicas y la promoción de acuerdos con entidades empresariales para la contratación de militares de complemento y de tropa y marinería al finalizar su relación de servicios con las Fuerzas Armadas.

El número de plazas que se han convocado en estos años para la adquisición por promoción interna de la condición de militar de carácter permanente han sido escasas, lo que ha coartado las expectativas de continuidad en las Fuerzas Armadas, de quienes habían suscrito el compromiso que ahora finaliza. Si a ello se añade que durante su vida militar han sido insuficientemente formados y han recibido pocos medios para su plena incorporación al mundo laboral, su acceso al empleo a la edad en que finaliza el compromiso resulta cuando menos incierta.

Los afectados conocían las condiciones del compromiso firmado y la imposibilidad de prorrogarlo más allá de lo pactado. Pero también es cierto que a lo largo de su tiempo de servicio tenían la expectativa de adquirir la condición de militar profesional accediendo a las plazas ofertadas por promoción interna y, alternativamente, a adquirir la formación y la titulación adecuada para beneficiarse de las acciones de fomento del empleo promovidas en su favor por la Administración.

De darse estas circunstancias, no solamente se habría actuado de manera contraria a la confianza legítima y al espíritu y letra de las normas antes citadas en detrimento de los derechos de los afectados, sino que también se podría generar una falta de interés en futuros aspirantes a formar parte de las Fuerzas Armadas, habida cuenta de la ausencia de expectativas para su futura incorporación al mundo laboral. Algo que resulta de todo punto indeseable para el interés general porque implicaría en el futuro dificultades para disponer de los efectivos necesarios al servicio de la Administración militar.

Por todo ello, a finales de año se han iniciado actuaciones ante la **Subsecretaría de Defensa** sobre todos los extremos planteados a efectos de valorar las circunstancias

concurrentes y las actuaciones que, en su caso, proceda llevar a cabo por esta institución (16014688).

18.11 PERSONAL LABORAL DE LA ADMINISTRACIÓN

Aplicación de los principios del funcionamiento de la Administración Pública al sector público

En el curso del año 2016, se han recibido informes de distintas sociedades mercantiles estatales, en relación con quejas relacionadas con los procedimientos selectivos de ingreso del personal laboral o con los derechos del personal laboral, en los que estas sociedades han entendido que al no tener la consideración de Administración pública las normas del procedimiento administrativo común no les son de aplicación, por lo que no tenían las obligaciones que reclamaban los interesados.

Este es el caso de un proceso selectivo de personal laboral seguido en **AENA**, que **no ha aceptado la Sugerencia** de atender la petición de una aspirante de vista de su cuadernillo de preguntas y ha considerado suficiente la publicidad dada a la resolución de las reclamaciones presentada en el proceso selectivo a través de su página web.

Esta institución ha concluido estas actuaciones recordando a AENA que en aplicación de 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, las sociedades mercantiles estatales están sujetas a los principios de transparencia, igualdad, mérito y capacidad en los procesos de selección de personal y que el acceso al ejercicio realizado en el proceso selectivo es una manifestación del principio de transparencia al que está sometido todo el sector público estatal y de la facultad de los ciudadanos de acceso a archivos y registros públicos, reconocido constitucionalmente (16007886).

En otro supuesto referente a la denegación de una solicitud de traslado por motivos de salud realizada conforme a lo establecido en el Convenio colectivo de aplicación, AENA sostiene que la Ley de Procedimiento Común no es de aplicación a efectos de motivación de las decisiones que adopta con respecto a su personal laboral, por tratarse de un Sociedad Mercantil Estatal que se rige por el derecho privado y en esta materia por el derecho laboral.

Esta institución considera que, pese a no estar expresamente recogido, el sometimiento de las sociedades mercantiles estatales al derecho privado y en materia de contratación a la legislación laboral, no exime a estas entidades que forman parte del sector público de la obligación de trasladar al personal laboral a su servicio las razones

de sus decisiones en relación con los derechos que ejercen conforme al respectivo Convenio colectivo de aplicación.

Esta obligación es una de las manifestaciones del principio de transparencia en su funcionamiento, principio recogido en el artículo 3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, al que tienen obligación de acomodar su actuación las entidades de derecho privado vinculadas a las administraciones públicas, como son las sociedades mercantiles estatales. La motivación, la explicación de la razonabilidad y fundamento de sus decisiones en este ámbito se configura como una necesidad que entronca con los valores y principios constitucionales de transparencia e interdicción de la arbitrariedad (15002763).

Especial mención requiere el criterio mantenido por la **Sociedad Estatal Correos y Telégrafos**, respecto de la obligación de reserva de cupo de discapacidad en un proceso de consolidación de empleo temporal. Este organismo sostiene que al no tener carácter de Administración pública no está vinculado a la oferta de empleo público, por lo que no está sujeto en sus procesos de selección de personal a la reserva del 7 % de plazas para personas con discapacidad que establece el artículo 59 del Texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. Añade que en los procesos de consolidación de empleo temporal no se ofertan vacantes, sino empleo ya existente, con lo que pone de relieve que no se trata de ofertas de nuevo ingreso.

El artículo 42 del Real Decreto Ley 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General de Derechos de Personas con Discapacidad, dispone que las empresas públicas de más de 50 trabajadores están obligadas a que, de entre ellos, el 2 % sean trabajadores con discapacidades. Este mismo precepto dispone que en las ofertas de empleo público se reservará un cupo para ser cubierto por personas con discapacidad, en los términos establecidos en la normativa reguladora de la materia.

Esta institución ha puesto de relieve a la mencionada Sociedad Estatal que 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, establece que los principios contenidos en el artículo 59 son de aplicación a las entidades del sector público estatal, autonómico y local, por lo que le es de aplicación la obligación de reserva del cupo de discapacidad en las ofertas de empleo que establece el mismo cuerpo legal.

Se ha recordado también la jurisprudencia del Tribunal Supremo conforme a la cual el artículo 59 del Estatuto Básico del Empleado Público establece la reserva sobre el conjunto de la oferta de empleo público y no únicamente sobre las plazas de nuevo ingreso, lo que supone la obligación de aplicar la reserva de cupo a personas con

discapacidad a las convocatorias de promoción interna, interpretación acorde con las previsiones del artículo 27 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

La **Recomendación** dirigida a la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos para que cumpla con la obligación de reserva de cupo del 7 % a personas con discapacidad en las convocatorias públicas de oferta de empleo en los términos expuestos se encuentra a la espera de respuesta (16010562).

Proceso de funcionarización en la Comunidad de Madrid

El incumplimiento por parte de la Comunidad de Madrid de los plazos establecidos en un Decreto del año 2002 para la adquisición de la condición de funcionario por el personal laboral al servicio de la Administración de la Comunidad de Madrid, motivó una **Sugerencia** de esta institución, en el año 2006, en la que se instaba a la Administración a acelerar los trámites y procedimientos que estimara necesario culminar previamente (concurso de traslados y promoción específica), antes de abordar el proceso de funcionarización.

La información facilitada por la Consejería de Presidencia en esas fechas ponía de manifiesto la voluntad de la Administración de dar impulso definitivo a este proceso. No obstante, la realidad es que ha estado prácticamente paralizado desde el año 2007, ya que solo se ha realizado en un número muy reducido de categorías perteneciente a un área de actividad definido en el convenio colectivo de aplicación.

Las quejas recientemente recibidas ponen de manifiesto que el último concurso de traslados se resolvió en el año 2006 y que no se convocan concursos de promoción específica del personal laboral. Entretanto, dichas quejas aluden a que con carácter general se procede a la amortización de las plazas ocupadas por personal laboral que quedan vacantes por jubilación. La confluencia de estas decisiones priva al personal laboral de movilidad laboral y de promoción profesional.

Esta institución ha solicitado información a la **Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno** sobre el estado actual del proceso. La información facilitada por esta Administración coincide esencialmente con la reflejada por los interesados en las quejas.

El informe señala como causas de la paralización del proceso la modificación del marco normativo operada por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que hacía inviable la aplicación del sistema establecido en la normativa autonómica y hacía necesario acomodar esta normativa a la legislación estatal básica.

La consejería estima necesaria una nueva regulación de la materia, con un proceso previo de negociación y acuerdo con las organizaciones sindicales, y justifica la falta de proceso de negociación en los últimos años como consecuencia de la crisis económica que ha obligado a todas las administraciones públicas, incluida la de la Comunidad de Madrid, a la contención de los gastos públicos.

El informe señala que en el arranque de un nuevo ciclo económico se han alcanzado recientemente importantes acuerdos en materia de personal con las organizaciones sindicales y actualmente está en marcha un proceso negociador, al objeto de adoptar unos nuevos instrumentos convencionales que sustituyan a los actualmente prorrogados, y entre los puntos a negociar se recoge la realización de un proceso de funcionarización.

Esta institución ha puesto de relieve que las medidas derivadas de la planificación de recursos humanos a las que se refiere esta Administración en su informe, fundamentadas en la crisis, no explica suficientemente los motivos por los que no fue posible avanzar más en los años inmediatamente posteriores a la celebración del último concurso general de traslados, en el año 2006, y la aprobación del Estatuto Básico del Empleado Público del año 2007, años en los que la gestión de recursos humanos de la comunidad autónoma no estaba afectado por normas de nivel estatal de contención del gasto (16008727).

Movilidad interadministrativa

El principio de movilidad del personal de la Administración General del Estado, las comunidades autónomas y las entidades locales está recogido, con el carácter de normativa básica, en el artículo 84 del Texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. La modificación de este precepto operada por la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa, tiene como objetivo fomentar la movilidad de los empleados como medida para obtener una utilización de recursos humanos más eficaz, pero también incide en el aspecto subjetivo de la movilidad del personal, vinculado a su carrera profesional.

Esta institución ha dado cuenta en informes anteriores de las dificultades a las que se enfrenta el personal laboral para el ejercicio voluntario de la movilidad interadministrativa fuera del ámbito territorial de la comunidad autónoma en la que presta servicios. Ya en el año 2000, instó a las administraciones públicas a que articularan vías para facilitar la movilidad del personal. Ante la falta de avances en la materia en el año 2013 se iniciaron nuevas actuaciones de oficio.

En el curso de estas actuaciones se ha podido constatar que las escasas medidas hasta ahora adoptadas no han conseguido la operatividad esperada, de modo

que persiste la práctica imposibilidad de este personal de ejercer la movilidad voluntaria entre las administraciones autonómicas y entre estas y la Administración estatal.

En un informe recientemente recibido, **la Secretaría de Estado para las Administraciones Públicas** se ampara en la falta de desarrollo de los criterios para resolver las peticiones de estos traslados para justificar la falta de resolución de una petición de traslado de un trabajador de la Administración autonómica de Baleares a la Administración estatal.

Esta institución ha puesto de relieve que conforme al Convenio colectivo del personal laboral de la Administración General del Estado corresponde fijar estos criterios a la Dirección General de la Función Pública.

Se ha recordado el principio básico de la actuación administrativa, conforme al cual en ningún caso podrá la Administración abstenerse de resolver so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales aplicables al caso. Además, a juicio de esta institución, actualmente ya existe un marco normativo suficiente para atender las peticiones de movilidad administrativa, sin perjuicio del desarrollo normativo o convencional que pueda darse a esta materia para su mejor concreción y efectividad.

Esta institución se ve en la obligación de reiterar con mayor motivo la **Recomendación** ya dirigida a esa Administración en el año 2013 de impulsar con mayor rigor los mecanismos precisos que hagan posible un consenso entre las administraciones para fomentar la movilidad interadministrativa de su personal laboral de modo que sea una posibilidad real y efectiva para estos empleados públicos.

En el informe recibido se alude a una negociación con los representantes sindicales sobre una propuesta de acuerdo de movilidad administrativa que parece muy avanzada, y de cuya aprobación se hace depender la resolución de la petición de traslado del interesado. En atención a esta situación, por razones de eficacia se ha estimado procedente esperar a conocer el contenido del acuerdo en su caso alcanzado y su aplicación a este caso (16008833).

Extensión del derecho a los permisos por defunción, enfermedad, accidente u hospitalización a los supuestos de parejas de hecho del personal laboral de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos

La falta de desarrollo del precepto del Convenio colectivo del personal laboral de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos que se refiere a la posibilidad de disfrute de los permisos de defunción, enfermedad, accidente u hospitalización en los supuestos de parejas de hecho supone que la situación de pareja de hecho y cónyuge no esté equiparada a efectos del disfrute de estos permisos.

Esta institución ha puesto de manifiesto que, con carácter general, se trata de una situación superada tanto para el personal laboral como funcionario al servicio de las distintas administraciones públicas. El trato desigual que se da a las uniones de hecho y a los matrimonios no se justifica en atención a criterios fundados y razonables ni es acorde con la realidad social actual. Por ello, se ha dirigido a la **Sociedad Estatal Correos y Telégrafos** la **Sugerencia** de promover, en el marco de la negociación actualmente en curso del convenio colectivo de aplicación la equiparación del matrimonio y de las uniones de hecho en el derecho a disfrutar de estos permisos.

La dirección de este organismo se ha comprometido a mantener el criterio de esta institución en la negociación del convenio colectivo actualmente en curso. Se han concluido las actuaciones (16004798).