



1.5.1.4 Valoración de la antigüedad a efectos de méritos, frente a la Ley 2/2016, de 11 de mayo

A instancia de una asociación de funcionarios y con ocasión de la Ley 2/2016, de 11 de mayo, la circunstancia de la restrictiva **valoración de la antigüedad (solo a favor de los funcionarios de carrera e interinos)**, movió a este Comisionado a trasladar la controversia sobre la constitucionalidad de la norma, que no fue acogida por la Defensora del Pueblo estatal. La singularidad y excepcionalidad de este planteamiento merece lugar destacado en nuestra dación de cuentas al Parlamento de Andalucía, que con ocasión de la tramitación de la proposición de Ley requirió nuestra comparecencia parlamentaria.

1.5.1.5 En relación al empleo y a las políticas activas de empleo

Aún cuando el marco regulador de las **políticas activas de empleo** no se modifican en lo sustancial, toda vez que persiste la continuidad de las medidas de empleo adoptadas previamente para activar el mercado de trabajo, especialmente en aquellos sectores de población con mayores dificultades de acceso al empleo o con más barreras para la inserción (Decretos-leyes 6/2014, de 29 de abril; 9/2014, de 15 de julio; 2/2015, de 3 de marzo y Ley 2/2015, de 29 de diciembre, relativos a los programas **Empl@Joven**, **Iniciativa @Mprende**, **Empl@30+** y retorno del talento y fomento del trabajo autónomo, respectivamente), mediante el Decreto-ley 2/2016, se modifica puntualmente el marco legislativo precedente, así como otras medidas en favor de los trabajadores afectados por procedimientos de **despido colectivo procedentes de la industria manufacturera**, colectivo que por sus características resulta de difícil absorción por el mercado de trabajo.

Un caso particular lo ofrece la Ley 1/2016, de 1 de marzo, de medidas extraordinarias para el establecimiento de ayudas a los trabajadores afectados por el expediente de regulación de empleo correspondiente a la empresa Hitemasa, problemática en la que esta Institución dictó resolución en el expediente de queja planteado por dichos extrabajadores.

En cuanto al empleo propiamente dicho, la estadística que nos ofrece 2016 arroja un descenso del desempleo en 78.000 andaluces persistiendo una alta tasa de paro que cierra dicho ejercicio en 28'3% por ciento, diez puntos por encima de la media nacional.

1.5.2 Análisis de las quejas admitidas a trámite

1.5.2.1 Quejas relativas al acceso al empleo público

El ingreso en el empleo público, ya con carácter definitivo (tras la superación del correspondiente proceso selectivo) o temporal (por llamamiento de la bolsa siguiendo el orden establecido), suele originar una constante denuncia que suele tener su basamento en una variada casuística, en la que destaca la naturaleza competitiva del mismo (baremos) como los distintos aspectos formales que rodean su gestión.

1.5.2.1.1 La reserva del dato relativo a la discapacidad

La discapacidad ha sido ampliamente tratada en nuestra dinámica fiscalizadora, tanto en ámbitos donde rige dicho cupo (acceso ordinario al empleo público fijo o permanente), como en aquellos donde no es preceptiva dicha reserva (bolsas de empleo público temporal como en las contrataciones -temporales- derivadas de las políticas de fomento de empleo), como también en otros aspectos vinculados a la intimidad del dato relativo a la discapacidad y la transparencia en la gestión de cuanto atañe a los aspirantes que participan por dicho cupo en los procesos selectivos o llamamientos.



En relación a **preservar el dato relativo a la discapacidad**, en tanto afecta a la intimidad, esta Institución inició queja de oficio sobre protección de datos de carácter personal de los participantes en los procesos selectivos para el acceso al empleo público promovidos por la Administración de la Junta de Andalucía, especialmente de aquellos datos relativos a la discapacidad de los mismos (**queja 15/1454**).



La Administración de la Junta de Andalucía constituye la parcela mayoritaria del sector público andaluz, representando el 50% de los recursos humanos vinculados a los distintos servicios públicos (docente, sanitario, servicios sociales, administración general, instrumental y de Justicia, etc.), con un total cercano a los **270.000 empleados públicos** (a los que se suman otros tantos pertenecientes a la Administración estatal, local y a las Universidades públicas), volumen profesional que en su dinámica de gestión da lugar a una ingente publicación de datos personales relacionados, fundamentalmente, con los procesos administrativos de selección para el ingreso en el empleo público y de provisión de puestos de trabajo, publicidad que se materializa en distintos medios (boletines y diarios oficiales en internet, sitios web institucionales y en otros medios electrónicos y telemáticos).

Este hecho hace que desde estos medios de publicidad, especialmente en aquellos situados en el espacio de internet, se estén vertiendo un desmesurado volumen de datos personales con una indudable proyección en otros ámbitos que exceden de los puramente administrativos en que se documentan, pudiendo afectar al derecho fundamental a la protección de datos de las personas garantizado por el artículo 14 de la Constitución, y regulado por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

El avance vertiginoso de las **tecnologías de la información y las comunicaciones** permite que a través de sistemas o programas sea posible encontrar información en Internet, a través de los denominados “buscadores” (generales y especializados), herramientas que permiten a los usuarios de estas tecnologías localizar y acceder a la información disponible en internet de manera interactiva, al constar esta en bases de datos en archivos existentes en la red.

En este sentido, constatamos cómo los mecanismos de publicidad y acceso a la información administrativa de los distintos órganos administrativos se materializa no solo con el acceso ordinario a un registro público, sino también mediante la publicidad en tabloneros de anuncios, intranet, espacios privados de internet, tablón de anuncios electrónicos en internet y publicidad a través de los diarios y boletines oficiales, igualmente, en internet.

En lo que a publicidad relacionada con los procedimientos selectivos, los distintos órganos competentes en materia de personal al servicio de la Junta de Andalucía (Instituto Andaluz de Administración Pública -IAAP-, Servicio Andaluz de Salud -SAS-, Consejería de Educación, etc.), tanto en sus fases intermedias de selección como en los resultados finales del proceso, publicitan los distintos actos de tramitación en tabloneros de anuncios, páginas web institucionales y en la propia página web del Boletín Oficial de la Junta de Andalucía (BOJA), publicidad que hace referencia al dato personal relativo a la discapacidad, con expresión, primero, del nombre y apellidos y el Documento Nacional de Identidad (DNI) y, a continuación, el dato relativo a la discapacidad de forma muy variada, según Cuerpos, especialidades y categorías.

Así en los procesos selectivos correspondientes a los Cuerpos y Especialidades de la Administración general se hace referencia a la discapacidad con la referencia “D” en el turno correspondiente, resultando



individualmente identificados los aspirantes con discapacidad que hagan valer tal condición a efectos de acogerse al cupo de reserva.

En cuanto al personal docente, de los Cuerpos de Maestros/as del turno de acceso libre se realiza mediante la clave 01 y el turno de discapacidad con la clave 02, mientras que en los Cuerpos y Especialidades de los Profesores de Educación Secundaria y otros Cuerpos (Música, Idiomas, etc.), vienen relacionados conjuntamente en un único listado bajo la expresión "Turno General y Reserva de Discapacidad".

De esta forma los participantes en los Cuerpos de Maestros quedan identificados de forma indirecta, no así los aspirantes al resto de los Cuerpos docentes, en los que los participantes por dicho cupo no resultan identificados.

En cuanto al personal estatutario vinculado a las Instituciones sanitarias, en los procesos selectivos convocados por el Servicio Andaluz de Salud, los participantes se expresan en los distintos turnos a través de las claves "L", "P", "LM" y "LF". La identificación de los participantes por el turno de discapacidad es indirecta mediante la clave correspondiente.

La publicidad de los procesos selectivos relativos a los Cuerpos de funcionarios de la Administración de Justicia, van referidos con expresión de "Sistema Reserva de Discapacitados". Los participantes por el turno de discapacidad aparecen identificados y relacionados en un listado diferenciado.

Por último, en los procesos selectivos del Personal laboral de la Administración general de la Junta de Andalucía, ya se trate de procesos conjuntos (turno libre y turno de discapacidad) o de procesos exclusivos para las personas discapacitadas, la publicidad del dato relativo a la discapacidad va referido con la clave "D". Tanto los participantes de los procesos conjuntos como los exclusivos para personas con discapacidad resultan identificables indirectamente por dicha clave.

Por nuestra parte, tras el análisis del marco regulador de la transparencia y la protección de datos en los procesos selectivos y, especialmente, del dato relativo a la discapacidad de los participantes, constatamos cómo las diversas normas reguladoras del ingreso en el empleo público dependiente de la Junta de Andalucía (ya funcional de la Administración general o de Justicia, personal docente y personal estatutario sanitario) demuestran que los distintos reglamentos de selección o ingreso para cada uno de estos colectivos de servidores públicos, **no establecen ninguna cautela o limitación respecto a la publicidad de los datos personales** derivados de estos procesos, como tampoco del dato específico a la discapacidad de algunos de los aspirantes participantes o seleccionados y nombrados al concluir los procesos selectivos.

Igual apreciación cabe deducir de las bases de las convocatorias, que si bien regulan de manera detallada las distintas fases de los procesos de acceso (solicitudes, requisitos, listas provisionales y definitivas de aspirantes, tribunales y comisiones de selección, fases de las pruebas selectivas, baremos, listas provisionales y definitivas de aprobados, nombramientos, etc.), nada añaden respecto al alcance de los datos personales que han de ser objeto de publicidad en cada una de las fases del proceso selectivo.

En el marco regulatorio expuesto, como en la práctica administrativa resultante de estos procesos, a través de los tribunales o comisiones de selección (listas nominativas de admitidos y excluidos, listas de aspirantes que superan el proceso selectivo – por turnos libre, de promoción interna o de reserva de discapacidad-), se evidencia la inexistencia de un tratamiento homogéneo, siendo la casuística en extremo variada, desde aquellas plenamente respetuosas con una adecuada publicidad de los datos personales y con establecimiento de límites respecto a la publicidad del dato personal relativo a la discapacidad, con otras prácticas inadecuadas de publicidad, con identificación directa de tal circunstancia en los participantes en los distintos procesos selectivos.

La circunstancia del dimensionamiento del Sector Público Andaluz y de elevado número de participantes en las distintas ofertas de empleo público, unido a la intervención de distintos centros directivos y múltiples órganos de selección, nos movió a aconsejar que desde las distintas instancias administrativas se promoviera **una norma o protocolo de actuación, que normalice y dé un tratamiento homogéneo a la protección del dato relativo a la discapacidad en el seno de los procesos selectivos de los empleados públicos.**



En base a lo expuesto, formulamos a las personas titulares de los Centros Directivos competentes en materia de personal, en las Consejerías y Agencias instrumentales de las Consejerías competentes en las materias de Administración Pública, Educación y Salud, Recomendación en el sentido de que se cursen las instrucciones necesarias en orden a que en los procesos selectivos que les afecten, ya de personal con carácter permanente (funcionario, estatutario o laboral) o temporal (bolsas de empleo), la publicidad del dato personal relativo a la discapacidad de las personas participantes en los mismos se realice con la menor injerencia posible.

1.5.2.1.2 Reserva de plazas a víctimas del terrorismo

Con independencia de la **cuota de reserva de discapacidad en las ofertas de empleo público**, la legislación estatal y autonómica prevén otra **cuota de reserva de plazas en favor de las víctimas del terrorismo**, aspecto que acometimos de oficio en la **queja 16/0922**, ante la Secretaría General para la Administración Pública, con objeto de conocer la posibilidad de que la Administración andaluza promoviera y, en su caso, reglamentara, medidas conducentes a favorecer el acceso de las víctimas de terrorismo al empleo público.

A este respecto, la Ley 10/2010, de 15 de noviembre, relativa a medidas para la asistencia y atención a las víctimas del terrorismo de la Comunidad Autónoma de Andalucía, cuyo objeto es rendir homenaje y expresar el mayor reconocimiento posible a las víctimas del terrorismo, y en consideración a ello establece un conjunto de medidas destinadas a las personas privadas, físicas o jurídicas que hayan sufrido la acción terrorista, con el fin de reparar y aliviar los daños de diversa índole vinculados a dicha acción.

Entre esas medidas (art. 2.1.f) se encuentran las “Medidas en materia de empleo público”, concretadas en el artículo 27.2, al dispone que «La Administración de la Junta de Andalucía determinará, en el ámbito de sus competencias, medidas conducentes a favorecer el acceso de las víctimas de terrorismo al empleo público, de conformidad con lo que establezcan las bases del régimen estatutario de los empleados públicos.»

A pesar de los años transcurridos desde la aprobación de la Ley 10/2010, la Administración de la Junta de Andalucía **no ha reglamentado medida alguna conducente a favorecer el acceso de las víctimas de terrorismo al empleo público.**

La ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo establece un conjunto a las actuaciones de asistencia y atención de las personas víctimas de un atentado terrorista (protocolos generales de actuación, asistencia psicológica y psiquiátrica inmediata; asistencia sanitaria de urgencia; gastos de sepelio e inhumación), y a los derechos y prestaciones derivados de actos de terrorismo (ayudas, exenciones tributarias, abono de daños personales y materiales), estableciendo un encargo genérico a las Administraciones Públicas para que adopten, en el ámbito de sus competencias, medidas conducentes a favorecer el acceso de las víctimas de terrorismo al empleo público (Disposición adicional cuarta).

En lo que a Andalucía se refiere, la Ley 10/2010 de 15 de noviembre, en su artículo 27 (“Empleados públicos”), formula un mandato genérico a la Administración de la Junta de Andalucía para que determine en el ámbito de sus competencias, medidas conducentes a favorecer el acceso de las víctimas de terrorismo al empleo público, de conformidad con lo que establezcan las bases del régimen estatutario de los empleados públicos.

Examinada la normativa aplicable al caso en relación con las Ofertas Pública de Empleo y su desarrollo a través de las distintas Convocatorias públicas, constatamos que hasta el momento la Junta de Andalucía no ha adoptado ningún tipo de medida concreta en relación con las víctimas del terrorismo, más allá del mandato genérico de la ley estatal a las Administraciones Públicas para que adopten, en el ámbito de sus competencias, medidas conducentes a favorecer el acceso de las víctimas de terrorismo al empleo público, mandato que la normativa autonómica andaluza ha limitado exclusivamente a la Administración de la Junta de Andalucía.

A la vista de lo anterior, formulamos a la Secretaría General para la Administración Pública recomendación en orden a que se promueva el desarrollo reglamentario del apartado 2 del artículo 27 de la citada Ley 10/2010 de 15 de noviembre.



1.5.2.1.3 La aplicación de criterios de valoración en pruebas de acceso

Otra constante en las quejas relacionadas con el acceso al empleo público gira sobre la **discrecionalidad administrativa o técnica de las que gozan los tribunales o comisiones de selección**, cuestión implícita a dichos procesos selectivos.

En las anuales y masivas pruebas de acceso al empleo público docente, es práctica habitual de los múltiples tribunales la **ausencia de "criterios de valoración"** en determinadas pruebas selectivas y, en todo caso la **ausencia de su publicidad**, lo que otorga una desmesurada discrecionalidad administrativa a los tribunales y comisiones de selección a la par que indefensión en el colectivo de participantes discrepantes de las valoraciones efectuadas en cada examen o prueba en particular.

Así pues, cabe concluir que la discrecionalidad técnica de los tribunales es una facultad de la Administración que ésta ejerce a través de estos órganos especializados, que se encuentra muy asentada en el Derecho español y reconocida por la globalidad del ordenamiento jurídico regulador de la selección del personal al servicio de las Administraciones Públicas, si bien dicha libertad de valoración de los tribunales calificadoros es susceptible de revisión en dicha instancia (bien de oficio o a instancia de parte) quedando sometida a la fiscalización y control de los elementos integrantes de dicha discrecionalidad por órganos externos.

Así en la **queja 16/5093** relativa a la revisión de pruebas y publicidad de los criterios de valoración de las pruebas de acceso a Cuerpos Docentes de la Junta de Andalucía, en la que se nos exponía que tras la finalización del proceso selectivo para el ingreso en dichos Cuerpos y Especialidades correspondiente a la Oferta de Empleo Público de 2016, un número significativo de participantes en la primera fase del proceso, que no superaron la nota mínima señalada en las bases de la convocatoria (5 puntos o más y que, a la vez, tuvieran en cada una de las dos partes en que se subdivide la mencionada prueba), habían discrepado de la valoración dada a sus exámenes, sin que por los Tribunales de las distintas Especialidades se les hubiera dado respuesta a sus reclamaciones.

A este respecto, las bases de la citada convocatoria para la fase de oposición disponen que cada tribunal mediante Resolución publicará la calificación de esta prueba en los tablones de anuncios de la sede de los tribunales, en los de la Delegación Territorial de Educación y en el portal web de la Consejería. Contra dicha Resolución, que no pone fin al procedimiento, no cabrá recurso, pudiendo el personal interesado interponer el correspondiente recurso contra la Orden por la que se publiquen las listas del personal seleccionado al final del proceso selectivo.

Por los afectados se esgrimía que las bases de la convocatoria y la práctica de actuación de los distintos Tribunales en sortear la comprobación o revisión instada por los reclamantes les ocasiona indefensión a la par que perjuicios difícilmente reversibles, toda vez que la no superación de la primera fase (oposición) les impedía proseguir en el proceso selectivo (segunda fase de concurso).

Del diverso contenido de las reclamaciones, cabía deducir que la circunstancia de que en los días posteriores a la realización y publicidad de los resultados de las pruebas se produjera un aluvión de solicitudes sobre revisión de examen, se aborda desde la Consejería y los tribunales adjudicándose mutuamente la responsabilidad (la Consejería afirma que los tribunales son autónomos e independientes en el proceso de corrección de exámenes; los tribunales, que siguen las directrices impuestas por la Consejería), renuentes ambos a la aplicación de los principios de transparencia y del derecho de los participantes a una respuesta razonada, e igualmente a la publicidad de los estándares y la bibliografía básica manejada por los órganos de selección para la corrección de temas y pruebas prácticas, de tal manera que los participantes puedan disponer de algún criterio específico al que atenerse en la actual y siguientes convocatorias.

En definitiva, las quejas presentadas exponían la necesidad de que los tribunales revisaran expresamente las pruebas objeto de reclamación así como a que se publicitaran los criterios de corrección o evaluación adoptados por éstos.



Desde la perspectiva legal de la transparencia (Ley 1/2014, de 24 de junio), se impone la necesidad de acomodar la actuación de la Administración al **principio de transparencia**, a garantizar el derecho de los ciudadanos a recibir una atención adecuada y, en particular, el derecho de los mismos a una buena administración de sus asuntos, comprensivo del acceso al expediente y de la obligación de motivar las decisiones adoptadas, por lo que ante las reclamaciones planteadas por los participantes en los procesos selectivos, resulta obligado para el Tribunal calificador explicitar las razones que sustenten las puntuaciones o valoraciones asignadas a los participantes en las concretas pruebas selectivas.



Por lo que se refiere al **derecho a una revisión y a la motivación de la corrección de los exámenes**, dichos derechos encuentran amplio respaldo en el ordenamiento jurídico, junto con otros tales como el derecho de acceso al expediente administrativo, así como a la motivación de actos integrantes de procedimientos selectivos conforme a lo que dispongan las bases de las convocatorias o el derecho a presentar alegaciones o recursos.

Somos conscientes de que, a pesar de que el derecho de acceso a los expedientes administrativos es una asignatura superada, subsiste **cierta resistencia burocrática** a la puesta en práctica de los mandatos recogidos en la Ley 39/2005, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (con antecedente en la ya derogada Ley 30/1992), y ello a pesar del categórico reconocimiento del derecho de los interesados «a conocer, en cualquier momento, el estado de tramitación de los procedimientos y obtener copias de documentos contenidos en ellos» (art. 53.1.a).

Desde la perspectiva de la discrecionalidad y motivación de las calificaciones en los procesos selectivos, a la Administración se le reconoce un considerable ámbito de actuación en el ejercicio de la discrecionalidad técnica, especialmente a favor de los tribunales de concursos y oposiciones. Más reconocida esa amplia libertad de apreciación en razón de su especialización e imparcialidad, la jurisprudencia declara seguidamente que de esa libertad no se deriva que las decisiones de los tribunales calificadores queden al margen de toda posibilidad de control, pues existen elementos que limitan esta regla de la discrecionalidad técnica. Entre esos elementos de control figuran la propia composición del tribunal (formada por especialistas), la verificación de que no concurren causas de abstención o recusación en sus miembros que pongan en cuestión su objetividad e imparcialidad, el control de la motivación de las decisiones adoptadas conforme a lo que dispongan las bases de la convocatoria, el control de la racionalidad y no arbitrariedad de sus decisiones, la sujeción a las bases de la convocatoria (que actúan como la ley especial de la selección) y la garantía de la igualdad de los aspirantes en el acceso al empleo público.

El Tribunal Supremo, a través de su doctrina, ha ido ampliando y perfeccionando el control jurisdiccional de dicha actuación administrativa, erigiendo la discrecionalidad técnica como límite al control jurisdiccional, pues a la Administración le compete en exclusiva la resolución mediante elementos de carácter técnico. En contrapartida, la aplicación de las técnicas de control que significan los elementos reglados (competencia y procedimiento), los hechos determinantes y los principios generales del derecho (en especial, mérito y capacidad), sí pueden ser objeto de control jurisdiccional.

Esta jurisprudencia ha incorporado cuál debe ser el contenido de la motivación: debe expresarse el material o fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico, consignar los criterios de valoración cualitativa y expresar por qué la aplicación de los criterios conduce al concreto resultado individualizado; no



bastando con comunicar una puntuación al aspirante o participante (por todas la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2015 -Fundamento de Derecho Sexto-).

A la vista de lo todo ello, formulamos a la Dirección General del Profesorado y Gestión de Recursos Humanos de la Consejería de Educación, recomendación para que se cursaran instrucciones en orden a que las reclamaciones planteadas por los participantes en los procesos selectivos sean atendidas por los Tribunales y Comisiones de Selección, explicando razonadamente las puntuaciones asignadas, dando cumplimiento con ello al principio de transparencia de la actuación administrativa y al derecho de los opositores a que sus exámenes sean revisados y corregidos de forma motivada por aquellos. E igualmente instrucciones en orden a que por los órganos de selección se publiciten los criterios de valoración adoptados en su seno.

1.5.2.1.4 Exigencia de empadronamiento para el acceso al empleo público local

En los últimos años se viene recibiendo en esta Institución reiteradas quejas en relación a la **inclusión del "empadronamiento"** en el municipio convocante de la provisión de una plaza, ya **como requisito y/ o mérito baremable**, especialmente en los procesos de acceso al empleo público temporal ofertados por dichas entidades locales.

Del análisis y estudio pormenorizado de las citadas bases y de los propios informes aportados por las Administraciones implicadas, resultaba que el hecho de encontrarse empadronado en el municipio convocante (del proceso) tenía un efecto "discriminatorio" en la medida que se exigía como requisito para participar en el mismo y/o como mérito baremable en las convocatorias, todo ello referido especialmente a las bolsas de empleo laboral temporal.

Por nuestra parte, entendemos que el empadronamiento, bien sea como requisito o como mérito objeto de baremación, resulta **contrario a los principios constitucionales** y a las disposiciones vigentes en materia de acceso al empleo público.

Como es sabido, y atendiendo a los principios constitucionales que rigen en el acceso a la empleo público (artículos 23.2 y 103.3), está abierto a todos los españoles por igual y habrá de hacerse mediante un procedimiento que garantice los principios de igualdad, mérito, capacidad, publicidad y objetividad, y ello con independencia de la modalidad del nombramiento o contrato laboral a suscribir, y el lugar del empadronamiento del aspirante.

El Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) subraya, en su artículo primero, la necesidad de garantizar en la selección del personal de las Administraciones Públicas tanto funcionario (de carrera o interino) como laboral (fijo o temporal), los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, además de los principios de publicidad y objetividad. Tal precepto tiene el carácter de bases del régimen estatutario de los empleados públicos, y aplicable a la selección de personal de todas ellas, tal y como dispone el artículo 2 del mencionado Estatuto. En dicha Ley no se hace salvedad alguna que permita excluir de la aplicación de estos principios la selección de personal laboral de carácter temporal, sino más bien todo lo contrario, al señalar, expresamente, su aplicación en lo que proceda al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, entre otras a las Administraciones de las Entidades Locales.

Si bien la selección de personal laboral temporal, usualmente vinculado a la urgencia de su provisión, requiere un procedimiento más rápido y unas menores exigencias de los candidatos, que el utilizado para la selección de personal funcionario o laboral de carácter permanente, ello no puede inducir a prescindir o a desvirtuar los principios constitucionales de acceso al empleo público, en especial el de los requisitos y méritos.

Ante la inexistencia de normas y para dar respuesta a situaciones que se plantean para su provisión temporal y perentoriedad de los plazos, suele acudir a instrumentos como las bolsas de trabajo, de modo que se dé respuesta más ágil a las situaciones planteadas, si bien todo ello deberá de efectuarse de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad contenidos en el art. 55 del EBEP, y ello con independencia de la modalidad del contrato laboral que vaya a celebrarse.



De lo expuesto cabe concluir que, en primer lugar, para la selección de personal laboral temporal o no permanente no existen normas reguladoras con el mismo grado de rigurosidad que las establecidas para el acceso al empleo público permanente. Y, en segundo lugar, la selección de este personal ha de realizarse mediante un procedimiento que garantice los principios de igualdad, mérito, capacidad, publicidad y objetividad, y ello con independencia de la duración del nombramiento o modalidad del contrato laboral que vaya a celebrarse.

Así pues, la residencia en el municipio no prueba ni demuestra una mayor cualificación para desempeñar cualquier tarea en los servicios públicos que presta el Municipio, ya que la misma –salvo excepciones puntuales, quizás– no reclaman un especial o particular conocimiento del término municipal o de sus residentes si nos atenemos a la descripción de las funciones que puedan realizar las personas que resulten contratadas y que estarán relacionadas con la prestación de los servicios públicos encomendados a los municipios en el ámbito de sus competencias.

Además, ese mérito (empadronamiento) carece por completo de relación inmediata con contenido funcional de los posibles puestos ofertados que, en su caso, estarán referenciados a categoría profesional, experiencia y requisito de titulación exigido, en general. En este sentido existe una consolidada jurisprudencia a tenor de la cual el empadronamiento como requisito y como mérito carece de una justificación objetiva y razonable, por lo que resulta discriminatorio y atenta contra el principio constitucional de igualdad.

Así, pues, **el empadronamiento, como exigencia para poder acceder a la Bolsa de Trabajo y como mérito baremable, resulta ser contrario a las disposiciones vigentes en materia de acceso al empleo público local** y, por tanto, la actuación administrativa debería adecuarse a los principios de eficacia y sometimiento pleno a la Ley y al Derecho contemplados en el art. 103 de la Constitución Española.

En todos los numerosos casos planteados recomendamos que en las bases reguladoras para la constitución de la Bolsa de Trabajo **se supriman las referencias al lugar de residencia** de los aspirantes (empadronamiento), ante la necesidad de acomodar la actuación administrativa a los principios constitucionales que resultan de aplicación, siendo mayoría los Ayuntamientos que aceptaron de plano tal recomendación, como son los casos de las quejas y Ayuntamientos siguientes: 16/2016, Medina Sidonia (Cádiz), 16/2017, Cómputa (Málaga), 16/2018, Begíjar (Jaén), 16/2028, Las Gabias (Granada), 16/2274, Pinos Genil (Granada), 16/3362, Aracena (Huelva), 16/41, La Carolina (Jaén), 16/2019, Frigiliana (Málaga), 16/2020, Olvera (Cádiz), 16/2641, Láchar (Granada), 16/2752, Almuñécar (Granada), 16/2753, Nueva Carteya (Córdoba), 16/2756, Trigueros (Huelva), 16/3363, Mancha Real (Jaén), 16/5333, Estepona (Málaga), 16/3923 Valle de Abdalajís (Málaga), 16/4289, La Zubia (Granada) y 16/4686, El Cerro de Andévalo (Huelva).

Por el contrario, mostraron su discrepancia, de carácter técnico-jurídico, los Ayuntamientos siguientes: 16/1961, Ubeda (Jaén), 16/2644, Vera (Almería), 16/3890, Monachil (Granada), 16/4288, Baza (Granada) y 16/3364, Aljaraque (Huelva).

1.5.2.2 Quejas relativas a la provisión temporal (bolsas)

1.5.2.2.1 La demora en la cobertura de las sustituciones

La provisión de los puestos de trabajo en los distintos ámbitos del sector público se regulan en sus respectivos reglamentos de provisión (Administración general, educativa, sanitaria, justicia, etc.), de la misma manera que la provisión temporal en interinidad o eventualidad se regulan por los distintos reglamentos reguladores de las distintas bolsas, regulación que en todo lo que atañe a los detallados baremos y a las reglas de funcionamiento de las mismas suelen plantear controversias sobre distintos extremos.

Así, en relación a las diversas **bolsas de empleo** de las distintas especialidades los cuerpos docentes, en la **queja 16/0933**, la representación de un sindicato de enseñanza denunciaba las deficiencias del tema de gestión de **sustituciones del profesorado** de los centros docentes públicos dependientes de la Administración Educativa, postulándose a favor de una modificación del modelo establecido en la normativa de referencia (Orden de 8 de septiembre de 2010).



Por la antedicha representación sindical se aseveraba que el actual marco regulador muestra disfuncionalidades como el establecimiento de cupos de sustituciones cerrados que obliga a los equipos directivos a decidir si cubren o no determinadas sustituciones, en previsión de otras, más urgentes y posteriores, restringiendo las sustituciones cuando se acercan los periodos vacacionales, a la par que se priorizan las sustituciones de bajas de previsión superior al mes, la práctica habitual de recurrir al profesorado de apoyo para la primera sustitución en Centros de Educación Infantil y Primaria, la restricción en la concesión de permisos no retribuidos al profesorado, toda vez que su sustitución “consume” cupo, así como el incumplimiento de la normativa de sustituciones en aquellos centros en los que se imparten enseñanzas no acogidas a la misma (Centros de Educación Permanente, cuyas sustituciones se gestionan directamente por las Delegaciones territoriales).

A lo anterior se añaden las severas limitaciones introducidas por la legislación estatal (Real Decreto-ley 14/2012), unidas a las propias del modelo de gestión de sustituciones, pues a pesar de que la mejora que supone el art. 4 del Real Decreto-ley 4/2012 (en su actual redacción dada por la Disposición final décimo quinta de la Ley 48/2015, de 29 de octubre) y su entrada en vigor desde el 1 de enero de 2016, ésta no se viene aplicando en Andalucía, toda vez que **los diez días preceptivos para cubrir las bajas** se contabilizan a partir del momento en que el centro cursa la solicitud de su cobertura, no a partir de la fecha de la baja presentada por el profesor o profesora a sustituir en su plaza.

Por otro lado se afirmaba que cotidianamente, en los centros de Educación Infantil y Primaria, se asignan las sustituciones a los maestros de apoyo (en perjuicio de la función de apoyo y refuerzo educativo de los alumnos con necesidades educativas específicas y en perjuicio del personal integrante de las respectivas bolsas) y en los demás niveles educativos a través de la utilización del profesorado de guardia, que no siempre es posible, con la consiguiente pérdida de horas lectivas.

En la mayor parte de los posicionamientos sindicales se insta a la Administración educativa por un mayor rigor y homologación en el tratamiento de las sustituciones e incluso la modificación o supresión del actual modelo de cupo que representa la citada Orden de 2010, trayendo a colación el derecho del alumnado a una educación de calidad y el derecho del profesorado integrado en las bolsas al desempeño efectivo de la función docente que les es propia.

Por otro lado, esta problemática es cuestión recurrente en las periódicas reuniones de la Mesa Sectorial de Educación, toda vez que los sindicatos presentes en dicho órgano se reiteran trasladando las disfunciones que vienen constatando en la gestión de las sustituciones, que entienden afectan a los cuatro niveles educativos intervinientes, los dos primeros a través de la regulación y los dos últimos en la gestión: la Administración estatal a través de las limitaciones establecidas en el Real Decreto-ley 4/2012 (en su redacción originaria y su posterior modificación por la Ley 48/2015); la Administración educativa autonómica con el establecimiento de cupos mediante la Orden de 8 de septiembre de 2010; las Delegaciones Territoriales de Educación a través de la operatoria de las denominadas “Comisiones de sustituciones” al reunirse un día a la semana para proceder al llamamiento de las interinidades y, por último, las propias Direcciones de los Centros a la hora de gestionar los cupos asignados (momento de cursar la solicitud de sustitución en función de su previsible duración, a partir del primer día o a partir del décimo día del evento que da lugar a la sustitución, etc.). A este suceder hay que añadir los días transcurridos hasta la presentación de la baja por el profesor/a.

También desde el ámbito parlamentario se había tratado esta problemática, como lo demuestran las distintas intervenciones de los Grupos Parlamentarios y las comparecencias de la persona titular y responsable de la Administración Educativa (“Moción relativa a la mejora de la calidad del sistema educativo” (Moción 10-16/M-000004), entre otras cuestiones relativas a esta temática, en la que se insta al Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía a:

“4. Acordar que la Dirección General de Recursos Humanos pueda autorizar la sustitución del profesorado ausente antes de los diez días lectivos desde que se produzca la causa que genera la necesidad de la sustitución, siempre que quede acreditado, mediante un informe del director del centro educativo, que la ausencia no se puede cubrir con los recursos ordinarios del centro sin perjudicar gravemente el derecho a la educación de los alumnos, en los siguientes casos: a) En los centros públicos que imparten educación infantil y primaria, las ausencias de los maestros de las



escuelas unitarias, de los tutores de las aulas específicas de educación especial, de los tutores de educación infantil y de educación primaria, y de los maestros de apoyo. b) En los centros públicos de educación especial, cualquier profesor ausente.

5. Eliminar el cupo de horas de sustituciones que se asigne a los centros y derogar la Orden de 8 de septiembre de 2010, de la Consejería de Educación, que establece el procedimiento para la gestión de las sustituciones del profesorado en los centros docentes públicos de Andalucía”.

Por último, también resulta una constante las denuncias de las Asociaciones de Padres de Alumnos (APAS) en relación a **la tardanza en la cobertura de las ausencias del profesorado**.

Frente a estos planteamientos, la Dirección General del Profesorado y Gestión de Recursos Humanos formula un recordatorio de la normativa aplicable, en concreto el Real Decreto-ley 14/2012 respecto al transcurso de los 10 días lectivos para la sustitución y la Ley 48/2015 sobre los supuestos excepcionales para la inmediatez de las sustituciones, para concluir que *“la Administración Educativa no tiene previsto modificar el sistema actual de sustituciones en los centros docentes públicos no universitarios de Andalucía, establecido en la Orden de 8 de septiembre de 2010, mientras esté en vigor el referido Real Decreto-ley 14/2012”*.

Por nuestra parte analizamos el régimen jurídico de las sustituciones del profesorado docente en Andalucía (“sistema de cupos”), en la que constatamos que la norma otorga a las personas titulares de la dirección de los centros docentes la competencia para decidir cuándo se sustituirán las **ausencias del profesorado con personal externo** y, por tanto, con cargo al número de jornadas completas de profesorado sustituto puesto a disposición del centro para esta función, y cuándo se atenderán con los recursos propios del centro.

Por otro lado sobre esta materia incide la Ley 48/2015, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, al introducir una modificación en el artículo 4 del Real Decreto-ley 14/2012, de medidas urgentes de racionalización del gasto público en el ámbito educativo, que afecta a la sustitución del profesorado, derogando parcialmente la espera de 10 días lectivos para el nombramiento de la persona sustituta en determinados supuestos, posibilitando el nombramiento inmediato cuando el profesor/a sustituto/a preste servicios en centros docentes que tengan implantadas menos de dos líneas educativas, cuando el profesor/a sustituido/a imparta docencia en segundo curso de Bachillerato y cuando la causa de la sustitución sea la situación de maternidad, paternidad, adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con la normativa aplicable.

En el actual modelo de gestión de sustituciones cada centro dispone de un presupuesto equivalente a un número de jornadas completas de profesorado sustituto que se fija con criterios objetivos, en función de los datos del personal docente que constituya la plantilla de funcionamiento del centro. En este número no se incluyen las jornadas correspondientes a los períodos no lectivos de Navidad, Semana Santa y verano. Desde nuestra perspectiva, los criterios de asignación deberían ser objeto de publicidad a través de “instrucciones” del correspondiente centro directivo, en desarrollo de la Orden reguladora de 2010.

En el supuesto de que en un centro docente se agotara el presupuesto o cupo disponible para atender las sustituciones del profesorado antes de la finalización del curso escolar, la dirección del centro solicitará a la Delegación Provincial correspondiente la ampliación del mismo, previa justificación de las causas por las que se ha producido esta circunstancia.

Conforme a la información publicitada por la Administración educativa, producida la vacante de la plaza, la dirección de los centros docentes públicos proceden a la cumplimentación telemática (soportada en el sistema Séneca) del correspondiente formulario, indicando los datos personales y profesionales de la persona a sustituir así como la fecha de inicio de la sustitución y, en su caso, la de fin de la misma, correspondiendo a las Delegaciones Provinciales comprobar la existencia de la causa y, procediendo, en su caso, a su cobertura dentro de los cinco días lectivos siguientes a la fecha de la solicitud.

La circunstancia de que en algunas Delegaciones Territoriales se haya constituido un “Comisión de sustituciones”, con competencias en la evaluación de las peticiones de sustituciones y propuesta de las mismas, que se reúne un día determinado de la semana a dicho fin, suele añadir **retrasos en la gestión del proceso de sustitución**.



Desde nuestra perspectiva, los datos que arrojan las distintas denuncias sobre la operatoria de las sustituciones ponen énfasis no tanto en el modelo como en las disfunciones o “malas prácticas” que sobre el mismo se producen en los distintos niveles administrativos, que en última instancia acumula una serie de demoras en la gestión (la dirección del centro, renuente a la cobertura de vacantes de previsible corta duración, a la hora de proceder a la cobertura con cargo a su cupo o de solicitar la ampliación de este por agotamiento, o la propia Delegación de Educación a la hora de proceder a los llamamientos, sin olvidar que tanto la baja del profesorado titular como la aceptación del profesorado interino consume un determinado número de días, que se suman a las demoras anteriores).

Es por ello que recomendamos a la Consejería de Educación que se lleve a cabo un **exhaustivo análisis de los distintos tiempos** medios intermedios y total intervinientes entre la fecha de la generación de la plaza vacante del profesorado y su efectiva cobertura provisional mediante sustituciones y, a la vista de la cual, adopte las medidas pertinentes en garantía de la calidad y mejora del sistema educativo andaluz.

Por la Consejería de Educación se acepta la Recomendación anunciando que en la Mesa Sectorial de Educación va a iniciar un proceso negociador sobre las ausencias y sustituciones del profesorado.

Otro supuesto de mal funcionamiento lo tenemos en la **bolsas de personal interino de la Administración de Justicia**, caso que tuvimos la ocasión de analizar en la **queja 15/5690**, en la que la representación sindical exponía los graves y prolongados retrasos de tramitación de asuntos que desde hace varios años soportan los Juzgados de nuestra Comunidad Autónoma, tanto para los funcionarios en ellos destinados como para los administrados, entre otros motivos, por la falta de creación de nuevos órganos judiciales y fiscales, por la falta de nombramiento de mas personal de refuerzo con carácter previo a la creación de plazas, así como por la tardanza en el nombramiento de personal interino en casos de ausencia por enfermedad.

Por otro lado, la circunstancia de que la Administración modificara totalmente de criterio en esta cuestión, pasando en su momento de dictar una instrucción interna que permitía a las Delegaciones Provinciales de Justicia nombrar personal interino en el plazo de siete días desde el conocimiento de la ausencia del titular, a aplicar el actual criterio de esperar el plazo de tres meses. (Instrucción de la Dirección General de Recursos Humanos y Medicina Legal sobre la gestión de las sustituciones y refuerzos en la Administración de Justicia de 21 de Noviembre de 2008).

Por la representación sindical se destacan los efectos de tal demora en las sustituciones:

- a)** Respecto al funcionario/a que causa baja, se le penaliza doblemente pues unido al hecho de una enfermedad que le impide acudir a su puesto de trabajo por un plazo determinado, se le suma el descuento en nómina durante los primeros 20 días de baja, y encontrando en el momento de su reincorporación con un negociado absolutamente desbordado.
- b)** Con respecto a los propios órganos judiciales, ateniendonos a los datos de entrada de asuntos que registran actualmente y dado que no se ha creado en Andalucía ningún Juzgado en los últimos 5 años, un breve periodo de días de ausencia del funcionario titular provoca una notable saturación en un negociado, irremediable cuando se demora la ausencia a un período de tres meses.
- c)** En relación al administrado, se alimenta la percepción en la opinión pública de que la Justicia no funciona adecuadamente, por su lentitud e ineficacia.

A este respecto, frente al fundamento administrativo de que tal demora en la provisión deviene de la mera aplicación de la normativa de interinos de nuestra Comunidad Autónoma (Orden de 2 de marzo de 2015), lo cierto es que aquella no establece plazo alguno como tampoco que este haya de demorarse sistemáticamente tres meses desde la ausencia del trabajador que causa baja.

Por nuestra parte, constatamos que aunque la norma no especifica un plazo de referencia para la incorporación efectiva del personal interino, resulta innegable que la propia regulación denota una cierta situación de inmediatez, y que la práctica administrativa de aplicar una determinada demora en la provisión no supone



el incumplimiento de la normativa vigente, sino que tal plazo viene condicionado por ciertas circunstancias concurrentes, entre las que cobra especial relevancia la limitación presupuestaria.

Desde el año 2013 y a raíz del plan de ajuste económico financiero establecido en la legislación estatal y autonómica, **las sustituciones se vienen demorando durante un periodo de hasta tres meses** para la cobertura de las bajas por enfermedad, lo cual deriva en un evidente perjuicio para los servicios afectados, ya que los puestos de trabajo permanecen durante dicho lapso de tiempo sin atender, incrementando el trabajo pendiente en sede judicial, con perjuicio a los propios administrados.



En este sentido se reseña expresamente, en la Memoria Anual de 2015 presentada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía: «(...) las deficiencias de plantilla se agudizan con el excesivo tiempo empleado en la cobertura de vacantes y bajas de funcionarios, lo que afecta negativamente a la marcha de los órganos judiciales, por lo que la Administración prestacional deberá reducir el tiempo empleado en el nombramiento de interinos o sustitutos, con supresión de espera de tres meses, que parece ser la norma habitual».

«(...) Han sido innumerables durante 2015 las quejas y demandas de partidos judiciales sobre déficit de personal y sobre la necesidad de mayor rapidez en cubrir las bajas de funcionarios, ya que transcurren tres meses en la generalidad de ocasiones, lo que incide y perjudica enormemente el trabajo» (pag.202).

Asimismo, esta problemática ha tenido su eco en sede parlamentaria, en las comparecencias del titular de la Consejería de Justicia e Interior a fin de informar sobre la situación de las coberturas de estas plazas y las incidencias y restricciones que les afectan, como causas que afectan a la demora en su provisión de hasta tres meses desde su comunicación (Moción 10-15/APCE-000237).

En conclusión, podríamos afirmar que en tanto se produce una vacante en una plaza y su provisión se demora más allá

de un plazo razonable, incrementa sobremanera el **colapso ya existente en los órganos judiciales** de nuestra Comunidad, sin que pueda justificarse la espera de hasta tres meses para el nombramiento de un funcionario interino.

Es por ello, que esta Institución concluyó recomendando a la Consejería de Justicia e Interior llevar a cabo un exhaustivo análisis de los distintos tiempos medios intermedios y total intervinientes entre la fecha de la generación de las plazas vacantes de la Administración de Justicia en Andalucía y su efectiva cobertura provisional mediante sustituciones y, a la vista del cual, se adopten las medidas pertinentes en garantía de la calidad y mejora de la misma.



1.5.2.2.2 Transparencia en la gestión de las bolsas de empleo público

No suelen ser excepcionales las denuncias relativas al funcionamiento y gestión de la **Bolsa de Empleo Temporal del Servicio Andaluz de Salud**, en relación con la aplicación de la cuota de reserva a favor de personas discapacitadas, supuesto planteado en la **queja 15/1871**.

En ella el interesado, integrante de la Bolsa de Empleo Temporal de puestos básicos del Servicio Andaluz de Salud (Bolsa Única del SAS), manifestaba su discrepancia con la mecánica de funcionamiento de la misma en relación al **cupo de reserva de discapacidad** establecido en la normativa vigente (siete por ciento), por entender que la misma incorpora criterios restrictivos que a la postre implica el incumplimiento de los mandatos legales al caso, concretamente del Pacto de la Mesa Sectorial de Sanidad regulador de la citada Bolsa (Resolución de 21 de noviembre de 2013). En este sentido denunciaba la práctica de gestión del SAS de considerar **el cupo del siete por ciento de los contratos ofertados**, y no de los nombramientos efectivos, de tal modo que el rechazo de un contrato por persona del cupo de discapacidad, dicho contrato se contabiliza dentro de dicho porcentaje, pasando el contrato a ser ofertado a una persona integrante del turno libre, no a otra persona del cupo de discapacidad. Por añadidura, dicho porcentaje se aplica a nivel de centro sanitario, haciendo más restrictivo el sistema.

Frente a este planteamiento, por el SAS se afirma que el cupo de reserva se calcula en función de las ofertas realizadas al turno libre por centro y por categoría, teniendo establecido un programa informático conforme a unos criterios internos que garantizan dicha reserva dentro del turno libre. Mientras no se complete dicho cupo del siete por ciento, el programa seleccionará para las ofertas propuestas a personas candidatas de la reserva de discapacidad hasta su cumplimiento. Además, en el caso de tener el cupo cubierto, y el programa seleccione a un/a candidato/a con mejor puntuación dentro del turno libre, que tenga reconocida discapacidad, contabilizará dentro del cupo. Con esta mecánica el programa informático cubrirá esas ofertas, siempre por orden de puntuación, entre las personas con discapacidad incluidas en los listados para el Centro en cuestión.

Conforme a la información aportada, la aplicación informática que sustenta la gestión de la bolsa, no establece unas pautas numéricas para la selección de candidatos/as con discapacidad de forma predeterminada, esto es, que de cada "x" ofertas se asigne "y" a dicho cupo; ya que en cada una de las ofertas que se inician se calcula el porcentaje establecido para este cupo sobre el total de ofertas que se realizan al turno libre, siendo varios indicadores los que intervienen simultáneamente, mediante la aplicación de una fórmula matemática: $(n^{\circ} \text{ de ofertas acumuladas} + n^{\circ} \text{ de ofertas a realizar})$, multiplicado por el porcentaje establecido legalmente -0,07-, dividido por el n° de profesionales que han aceptado una oferta del turno de discapacidad >1 .

Con arreglo a dicha fórmula y aplicación informática, mientras no se cubra la plaza por dicho cupo, ésta mantiene el cupo por la que se ha reservado (promoción interna temporal, discapacidad o libre); es decir, una oferta pertenecerá al tipo de cupo que le corresponda desde su creación, hasta su asignación o caducidad. De esta manera, esa oferta será cubierta siempre por un candidato/a del cupo correspondiente, salvo que no existan más personas de dicho cupo.

Por otra parte, en relación a la **transparencia del estado de situación de las bolsas**, cabe indicar que, como en el resto de los demás turnos, sobre el cupo de discapacidad existe información disponible y actualizada en la web del SAS, donde se recoge para cada centro, categoría, tipo de vinculación y sistema de acceso, así como la nota de corte de la última persona candidata que ha aceptado una oferta.

Por nuestra parte, como quiera que la controversia se ceñía a la dinámica de funcionamiento del turno de reserva de discapacidad en la bolsa única del SAS, constatamos que en la página web del SAS se publicita, para cada categoría/especialidad y turno (libre, promoción interna y discapacidad) los listados de candidatos (a una determinada fecha de nota de corte de cada ejercicio), dirección o enlace en el que aparecen los mismos ordenados por baremo, con indicación de la experiencia en el Servicio Andaluz de Salud, la puntuación consignada por los aspirantes en el autobaremo de méritos alegados por los mismos y la puntuación definitiva obtenida en cada apartado del baremo (experiencia extramuros del sistema sanitario andaluz – NO SAS-, formación y otros méritos) tras la validación de méritos efectuada por la Comisión de Valoración. Así como listados definitivos de personas excluidas con indicación de la causa de exclusión.



En principio, la circunstancia de que la Bolsa Única del SAS, para cada una de las categorías/especialidades y turnos se sustancie a través de un concreto programa informático configurado a partir de determinados “criterios internos” (no ajustados a pautas numéricas predeterminadas, sino que para cada una de las ofertas que se inician se calcula el porcentaje establecido para este cupo sobre el total de las ofertas que se realizan al turno libre), no plantea sospecha alguna sobre su adecuación a parámetros de legalidad, dada la discrecionalidad administrativa sobre este aspecto.

No obstante, cualquiera que sean esos criterios o indicadores y la forma en que estos se incorporan a una determinada aplicación o programa informático, lo cierto es que los mismos ni se concretan en la normativa de referencia (en la Resolución del SAS reguladora de la Bolsa Única) ni se expresan en la página web del SAS en la que se publicita todo lo relativo a dicha bolsa para cada una de las categorías o especialidades. Tan solo en la información administrativa aportada en el expediente de queja se explicita la dinámica matemática de aplicación del cupo, circunstancia que favorece su opacidad y que, en la medida que afectan y determinan el acceso al empleo público, deben ser objeto de publicidad y transparencia, ya en la propia regulación de la referida bolsa, ya en la propia página web del SAS.

Desde nuestra perspectiva, los datos respecto a la categoría al caso, aconsejaba que por el propio Servicio Andaluz de Salud, en su condición de órganos gestor de las bolsas, se lleve a cabo una evaluación sobre el grado de cumplimiento de la cuota de reserva de discapacidad en la Bolsa Única a nivel global, así como su materialización (y desviaciones) para las distintas categorías, en orden a detectar las disfunciones que pudieran ser imputables a la aplicación de criterios restrictivos incompatibles con el mandato legal en favor de la discapacidad.

Por ello formulamos a la Dirección General de Profesionales del SAS recomendación en el sentido de que se cursaran las instrucciones necesarias en orden a la publicidad y transparencia de los criterios que soportan la aplicación informática de la Bolsa Única del SAS en relación a la reserva o turno de discapacidad, recomendación que fue aceptada favorablemente por el citado organismo.

1.5.2.2.3 Cuota de reserva de discapacidad en las bolsas de personal docente

En el expediente de [queja 15/2450](#), esta Institución procedió a la apertura de queja de oficio sobre tratamiento de la cuota de **reserva de plazas de empleo público temporal** en las correspondientes bolsas de empleo existentes en los distintos ámbitos sectoriales de la Administración de la Junta de Andalucía.

Pretendíamos abordar, en primer lugar, un análisis sobre el marco jurídico existente en orden a favorecer el ingreso temporal de personas discapacitadas en los distintos ámbitos sectoriales de la acción pública desplegada por la Junta de Andalucía, para posteriormente analizar los instrumentos, procedimientos y criterios establecidos para seleccionar al personal discapacitado. En suma, constatar el estado de situación de las bolsas de empleo existentes en el ámbito público de la Junta de Andalucía así como conocer los instrumentos, procedimientos y criterios establecidos en orden a favorecer el empleo público temporal por parte de las personas discapacitadas integradas en las mismas.

En lo que se refiere al empleo público permanente, actualmente la reserva a favor de las personas discapacitadas se establece para los distintos regímenes de personal en el artículo 59 del Estatuto Básico del Empleado Público, en el artículo 30.6 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto de Personal al Servicio del Sistema Nacional de Salud; en el artículo 42.2 del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad, aprobado en virtud del Real Decreto-Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre y en el artículo 3 del Decreto 93/2006, de 9 de mayo, por el que se regula el ingreso, la promoción interna y la provisión de puestos de trabajo de personas con discapacidad en la Función Pública de la Administración General de la Junta de Andalucía.

Por los diversos sectores de la Administración andaluza se vienen adoptando medidas normativas (a nivel de Órdenes, Resoluciones, etc...) por las que se regulan las bolsas de trabajo de personal funcionario o estatutario interino así como para el personal laboral temporal, en las que se hace extensivo el cupo de reserva para el colectivo discapacitado en un determinado porcentaje o número de vacantes cuando la



selección se efectúe mediante las personas integrantes de las bolsas. O, en otros casos, se contempla la constitución de una bolsa específica de aspirantes que concurrieron a las pruebas selectivas para personas con discapacidad intelectual.

Constatamos pues, como con carácter general los distintos gestores de las bolsas de empleo (Administración general, personal docente, personal estatutario y personal laboral) respetan la cuota de reserva de discapacidad establecidas en las distintas normas reguladoras de las mismas, a excepción de la bolsa relativa al personal docente dependiente de la Administración educativa (que si bien establece la cuota en el acceso a la función pública docente no así en la dinámica de funcionamiento de las bolsas).

En este sentido, la Dirección General de Profesorado y Gestión de Recursos Humanos de la Consejería de Educación informaba que los Decretos aprobatorios de la Oferta de Empleo Público docente establece que del total de plazas que se ofertan se reservará un 7 por 100, en cada convocatoria, para el turno de personas con discapacidad cuyo grado de minusvalía sea igual o superior al 33 por 100, considerando con ello cumplida la legalidad al respecto.

Sin duda, este planteamiento implica que estas sustituciones por vía de bolsa se realiza por el listado único resultante en el que se incluyen tanto las personas con discapacidad como los que no tienen tal condición y cuyo llamamiento se hace siguiendo el orden de posición en la misma, lo que evidencia **la ausencia de reserva de plazas en las bolsas de empleo** del personal docente (no universitario) en Andalucía.

En este sentido, la Orden de 8 de junio de 2011, reguladora de las bolsas de trabajo de personal funcionario docente interino no establece ninguna particularidad al respecto, por lo que ni existe bolsa específica ni cupo específico para la provisión de puestos en interinidad (ya sea de vacantes o de sustituciones).

Esta regulación, desde nuestra perspectiva, al no introducir medidas de discriminación positiva que faciliten la integración laboral de las personas con discapacidad en las bolsas correspondientes, mediante la inclusión de cupos específicos en los procesos de selección de personal docente temporal, **no resulta compatible con el sistema de cupo de reserva** establecidos por la Junta de Andalucía en las restantes bolsas.

Por todo lo anteriormente expuesto, formulamos a la Dirección General de Profesorado y Gestión de Recursos Humanos de la Consejería de Educación Sugerencia en orden a que se valorara la legalidad y oportunidad de establecer un sistema de reserva de plazas de personal docente interino en favor de las personas con discapacidad.

Una vez recibido el informe de la Administración de Empleo, tras su análisis se deduce la aceptación de la Resolución formulada por esta Institución.

1.5.2.3 Derecho al cargo (a la permanencia en el puesto)

Con la referencia al **"derecho al cargo"** se viene a expresar el derecho del colectivo funcional a ocupar de manera efectiva el concreto puesto de trabajo que legalmente tenga asignado o adscrito. No es tanto el derecho a un puesto de trabajo como el derecho a la permanencia en la función pública, sin que pueda ser removido de su puesto salvo en los casos establecidos en la normativa.

Como es sabido, el art. 103 de la Constitución diseña una función pública sujeta a un régimen estatutario, y ello con la decidida finalidad de hacer realidad la objetividad, la neutralidad y la imparcialidad consustancial a su función, trasladando dichos caracteres al acceso y posterior discurrir en su carrera en base a los principios de igualdad, mérito y capacidad.

A ello se refiere expresamente el apartado 3 de dicho precepto al disponer que «La Ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos,..., y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones», fundamento que se reitera en el art. 92 in fine de la Ley de Bases de Régimen Local (LBRL), al entender el legislador que la función pública ofrece «la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de su función».



El vigente Estatuto Básico del Empleado Público (Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del citado Estatuto), viene a expresar este derecho al expresar en su artículo 14 los derechos individuales de los empleados públicos, especificando en su apartado a) el derecho a la inamovilidad de la condición de funcionario de carrera y en el apartado b) el derecho al desempeño efectivo de las funciones o tareas propias de su condición profesional.

Esta Institución tuvo ocasión de analizar este derecho constitucional y estatutario con ocasión del expediente de oficio **queja 16/2258** en el que se planteaba las **consecuencias jurídicas de la supresión de puestos reservados a funcionarios con habilitación de carácter nacional**.

En estos últimos años, como consecuencia de las medidas de contención presupuestaria, los Funcionarios de Habilitación Nacional (FHN) vienen siendo afectados por la supresión de puestos por parte de las Corporaciones Locales, con pérdida de sus puestos de trabajo y pase a situación distinta de la servicio activo en base a interpretaciones jurídicas de las Administraciones actuantes.

Así pues, en este contexto de crisis y por los motivos expuestos, diversas Corporaciones locales acometen la supresión de los puestos singularizados como “de colaboración” inmediata a los de secretaría, intervención y tesorería, adscritos a funcionarios con habilitación de carácter nacional, que en tanto se encuentran vacantes no plantea más problemática que las propias del expediente administrativo en que se instrumenta tal supresión (sin afectar a situación administrativa alguna del funcionariado por su desocupación), no así cuando estos puestos vengán siendo desempeñados con carácter definitivo tras su adjudicación en concurso de méritos.

Los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional (FHN), encuentran un específico tratamiento en la propia Ley de Bases de Régimen Local (art. 92 Bis) y en diversa normativa de desarrollo, sin perjuicio de la aplicación de la legislación estatal y autonómica, que conforme a las previsiones establecidas en la Disposición transitoria séptima de la Ley 27/2013, hasta tanto se aborde la regulación reglamentaria estatal en esta materia, será de aplicación la regulación contenida en el Real Decreto 1732/1994, de 29 de julio, sobre puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional (modificado por el Real Decreto 834/2003, de 27 de junio) y, en cuanto a las situaciones de este colectivo funcional, será aplicable el Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, así como el Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de situaciones administrativas de los funcionarios civiles de la Administración del Estado.

Como es sabido, conforme al marco legal expuesto, los puestos adscritos o reservados a los FHN se dividen en “obligatorio” (Secretaría, Intervención y Tesorería) y “de colaboración”. En cuanto a los puestos de colaboración adscritos en exclusiva a este estamento funcional, el art. 2.g) del Real Decreto 1732/1994, de 29 de julio, sobre provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, expresa:

«g) Puestos de colaboración: son aquellos que las Corporaciones locales pueden crear discrecionalmente para el ejercicio de las funciones de colaboración inmediata a las de secretaría, intervención o tesorería (...). Estos puestos serán clasificados a propuesta de la Corporación y estarán reservados a funcionarios con habilitación de carácter nacional de la subescala y categoría que proceda.»

A este respecto, ante el hecho de que por diversas Corporaciones locales se han abordado supresiones de puestos de colaboración adscritos a FHN que lo vienen desempeñando con carácter definitivo, por las distintas instancias territoriales (Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones locales) se han mantenido diversas hipótesis respecto al procedimiento y efectos, que en lo que aquí interesa aglutinamos en dos: aquellas que ponen énfasis en una situación administrativa distinta a la de servicio activo y aquella que entiende que lo mantiene en el servicio activo, si bien en otro puesto y con carácter provisional.

Tras un exhaustivo análisis de las distintas opciones que nos ofrece el ordenamiento jurídico citado, como son las situaciones administrativas de expectativa de nombramiento (art. 53 del Real Decreto 1174/1987), expectativa de destino (art. 12 del Real Decreto 365/1985) y del supuesto de agrupación de puestos (Disposición adicional segunda del Real Decreto 1732/1994), veníamos a concluir lo siguiente:



1º Las Corporaciones locales, en el ejercicio de su autonomía institucional y del ejercicio de potestades de autoorganización, pueden proceder a la supresión de puestos de trabajo, ya correspondiente al empleo público propio o al FHN, con arreglo a los requisitos y procedimientos establecidos.

2º En el caso de supresión de puestos de colaboración reservados a FHN y desempeñados con carácter definitivo, procederá:

- Declarar las situaciones administrativas de expectativa de nombramiento o de expectativa de destino para los supuestos establecidos en los arts. 53 del Real Decreto 1174/1987 y 12 del Real Decreto 365/1995, respectivamente.
- Para los casos de supresión del puesto por agrupamiento, la permanencia en el servicio activo tendrá la temporalidad y efectos retributivos señalados en la Disposición adicional segunda del Real Decreto 1732/1994.
- En los casos no comprendidos en los subapartados anteriores, el funcionario/a afectado permanecerá en servicio activo, con pleno respeto de su derecho al cargo, en los términos establecidos en la normativa vigente.

A tal fin y con garantía de los derechos retributivos derivados del grado personal consolidado a la fecha de cese, nos postulamos a favor de que para el caso de supresión de un puesto de colaboración adscrito a FHN, en las Corporaciones Locales andaluzas, desempeñado por funcionario de carrera con carácter definitivo, procede asignar al (funcionario) afectado un destino provisional, con permanencia en el servicio activo y las retribuciones correspondientes a su grado personal consolidado y a las del puesto asignado, hasta en tanto obtiene otro puesto por los sistemas de provisión establecidos en la normativa específica de aplicación (Real Decreto 1732/1994).

Lo anterior, desde nuestra perspectiva extramuros de los supuestos establecidos para las situaciones administrativas de expectativa de nombramiento o de destino y de agrupación de puestos (servicio activo temporal), por ser la opción más ajustada a los parámetros de constitucionalidad (art. 23.3 en relación al art. 103.3 de la Constitución) y a la garantía del derecho al cargo establecida en el art. 14 del Estatuto Básico del Empleado Público.

1.5.2.4 Habilitación de comedores en los “Edificios Múltiples”

La acción social en el ámbito de los empleados públicos se suele circunscribir históricamente a las distintas ayudas enmarcadas en los Reglamentos aprobados para cada uno de los colectivos, como es el caso de la Orden de 18 de abril de 2001 por la que se aprueba el Reglamento de Ayudas de Acción Social para el personal al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía.

No obstante el carácter tasado de las anteriores ayudas, existen otras medidas que sin ser encuadrables en tales conceptos, sin embargo tienen una destacada significación en el bienestar y en las condiciones de trabajo de los empleados públicos, como es el caso de los denominados “comedores” en los espacios de las oficinas o servicios públicos, como es el caso planteado en la [queja 16/0509](#) relativa a la [adecuación de una zona para comedor de los empleados públicos](#) con destino en el Edificio Torretriana ubicado en la Isla de la Cartuja de Sevilla.





La existencia de “edificios múltiples” (tres en Sevilla y uno en cada una de las restantes capitales de provincia) en las que desempeñan sus funciones un elevado número de empleados públicos, en jornadas de mañana y tarde, movió a un colectivo de empleados del edificio “Torretriana” (unos 700 empleados destinados en dicho edificio público), a denunciar la no disponibilidad de un local adecuado como comedor al servicio de los empleados públicos destinados en dicha sede administrativa, petición que habían dirigido a sus superiores sin haber obtenido respuesta alguna.

El contenido de la denuncia puede reseñarse en lo siguiente:

El edificio administrativo de Torretriana alberga en la actualidad aproximadamente a 2.000 empleados públicos con jornada laboral que comprende horario de las 7'30 horas de la mañana a las 20'30 horas), de los días laborables. En los días en que se realiza -en jornada de tarde- el suplemento horario de 110 horas el Edificio de Torretriana se encuentra abierto ininterrumpidamente.

En aplicación de la flexibilidad horaria y con el objetivo de conciliar la vida familiar y laboral, buena parte de este colectivo se ve en la necesidad de permanecer en el centro de trabajo en horario de tarde para completar/recuperar el horario de mañana lo que implica la realización de alguna de las comidas diarias en el centro de trabajo.

En la actualidad el edificio de Torretriana cuenta con un servicio de cafetería-restaurante, así como la instalación y explotación de máquinas expendedoras de bebidas y productos alimenticios, según el contrato formalizado por la Consejería de Hacienda y Administración Pública con la empresa adjudicataria.

A pesar de que no consta la exclusividad del uso del local de la cafetería para la distribución de alimentos y bebidas por parte de la empresa adjudicataria, la cartelería del local anuncia la prohibición del consumo de alimentos y bebidas que no hayan sido vendidas en la cafetería.

Las sucesivas bajadas de sueldo de los empleados públicos en estos últimos años, han provocado una pérdida importante de su poder adquisitivo. Ello unido a un servicio de cafetería mejorable ha impulsado un incremento del número de personas que en ejercicio de su derecho de libre elección traen comida de su casa para desayunos y almuerzos, a pesar de que no contar con un espacio apropiado para este fin.

En este sentido, se asevera que el espacio que en la actualidad se destina a comedor (en la 8ª planta) no cumple con los requerimientos mínimos necesarios para una instalación de estas características, puesto que no cuenta con la capacidad mínima proporcionada al número de trabajadores y trabajadoras del centro, no cuenta con el mobiliario adecuado para el uso de comedor (se han utilizado mesas de oficina) y únicamente cuenta con dos microondas para calentar los alimentos, lo que es claramente insuficiente para el número de trabajadores que lo requieren.

En resumen, los trabajadores concretan sobre la necesidad de que se habilite un espacio dentro del edificio, acondicionado como comedor, como alternativa a la utilización de la cafetería del edificio, donde puedan realizar las comidas durante las pausas establecidas en la jornada laboral.

Del contenido de esta petición, consta que por los interesados se hizo entrega, de escrito firmado por el colectivo de trabajadores del edificio (unos 700 firmantes) exponiendo todo lo anterior y solicitando **un comedor digno y adecuado**, sin haber obtenido respuesta alguna por parte de la Administración destinataria.

Desde la Dirección General de Patrimonio, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, se informa en los términos siguientes:

“Edificio Administrativo Torretriana (...) en relación con la dependencia ubicada en la planta 8 denominada “comedor”, le comunico que dicha dependencia no es sino un espacio libre prolongación del vestíbulo de ascensores de la planta 8, que ha venido utilizándose como zona de descanso del personal, dotado de mesas y sillas, máquinas expendedoras de bebidas y aperitivos, microondas y fuente de agua, por lo que no puede considerarse propiamente una dependencia con carácter de comedor. Independientemente de ello, este espacio libre, como prolongación del vestíbulo de ascensores.



Esta zona venía siendo de escasa utilización, hasta que hace unos años se ha incrementado considerablemente su uso, debido a la crisis económica. El edificio dispone de Cafetería Restaurante, servido por una empresa contratada por procedimiento abierto, y los productos básicos están fijados en el propio contrato, siendo inferiores a los habituales en bares y restaurantes del entorno, por lo que se considera que las necesidades de los trabajadores están cubiertas.

El Edificio Administrativo Torretretriana no dispone de espacio libre que permita ubicar un comedor de las dimensiones que se requeriría para dar servicio al número de personas que lo demandan, estimándose que está cubierto este servicio con la Cafetería Restaurante.”

Aunque el planteamiento de la presente queja se circunscribe al edificio múltiple de Torretretriana, en Isla de la Cartuja en Sevilla, esta Institución considera que dicha problemática es trasladable, con las correspondientes ponderaciones a otros similares edificios públicos dependientes de la Junta de Andalucía existentes en las distintas capitales de Andalucía.

Por nuestra parte, constatamos la ausencia de una regulación específica al respecto en la legislación de empleo público y la necesidad de traer a colación la vigencia de la normativa preconstitucional sobre comedores de empresa integrada por el Decreto de 8 de junio de 1938 y su norma de desarrollo, así como la doctrina jurisprudencial al respecto, lo que obliga a colación la sentencia de 19 de abril de 2012, del Tribunal Supremo que, tras una nueva crítica al entorno y contexto en que se ha desenvuelto el Decreto de 8 de junio de 1938 y la Orden de 30 de junio del mismo año, sobre comedores de empresa, avala la vigencia de dicha normativa (Sentencia de 26 de diciembre de 2011).

Esta normativa y jurisprudencia, pone en valor la dignidad y a las condiciones de trabajo, y con distinciones según el tipo de centro de trabajo (art. 2 de la Orden de 30 de junio de 1938), tuvo también su desarrollo en la denominada Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo (Orden 9 de marzo de 1971).

Una vez reconocida la validez, vigencia y aplicabilidad de las citadas disposiciones controvertidas destacamos los condicionamientos que tienen que darse para que surja la obligación legal empresarial de habilitar un local-comedor, así como el equipamiento con que debe estar dotado. En este sentido, podemos resumir el Decreto y la Orden que lo desarrolla de la siguiente manera:

Toda empresa sujeta a un régimen de trabajo que no conceda a sus trabajadores un plazo de dos horas para el almuerzo, y aquellas en que lo solicite la mitad del personal vienen obligadas a habilitar un local-comedor que les permita efectuar sus comidas de forma adecuada, y provisto de las correspondientes mesas, asientos y agua en cantidad suficiente para la bebida, aseo personal y limpieza de utensilios. El local estará acondicionado para poder calentar las comidas.

En su consecuencia, conforme a dicha normativa, existe la obligación empresarial de habilitar un local-comedor para los trabajadores del centro de trabajo denominado “oficina central” que no disponen efectivamente de dos horas como mínimo para el almuerzo o comida.

Para el caso de que los trabajadores dispongan de dos horas entre la jornada de mañana y la de tarde para comer, y deban necesariamente emplear tiempo en desplazarse a sus domicilios particulares con tal fin o a los locales de restauración más próximos, interpreta el Tribunal Supremo en la sentencia mencionada anteriormente que, en aplicación de la citada normativa, las empresas no quedan exoneradas de su obligación de habilitar un local-comedor si, a tenor de las circunstancias concurrentes (aislamiento del centro de trabajo u otras) los trabajadores no pueden emplear sustancialmente tal periodo temporal en la realización de su almuerzo o comida.

A la vista de todo ello formulamos Recomendación a la Dirección General de Patrimonio y la Dirección General de Gestión de Recursos Humanos y Función Pública, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, se lleve a cabo **un estudio sobre la viabilidad de habilitar espacios adecuados en los edificios múltiples administrativos de la Junta de Andalucía**, para su uso como comedor de los empleados públicos con destino en los mismos.



Finalmente, por la Dirección General de Patrimonio se contesta que actualmente se está estudiando una reestructuración de las sedes administrativas ubicadas en el edificio de Torretriana, en orden a habilitar un espacio adecuado a dicho uso.

1.5.2.5 En relación a las políticas de empleo

1.5.2.5.1 La problemática en que se desenvuelve la actividad de las Oficinas del Servicio Andaluz de Empleo

En diversas ocasiones, desde el ámbito sindical y del diverso personal adscrito a las oficinas del **Servicio Andaluz de Empleo (SAE)**, se nos exponen dos cuestiones interrelacionadas que pudieran afectar a su normal funcionamiento: la **insuficiencia de personal** en dichas oficinas (funcionario, frente al personal laboral propio o proveniente de otras entidades integradas en dicha agencia) así como el cuestionamiento de que el personal laboral adscrito a dicho servicio desempeñe potestades públicas implícitas a la **gestión de fomento del empleo** propias de estas oficinas.

Así, el expediente de **queja 15/5709**, un sindicato denunciaba las deficiencias de personal funcionario en oficinas del Servicio Andaluz de Empleo y en las Oficinas Comarcales Agrarias (OCAs) de la provincia.

Como es sabido, en el SAE, como agencia de régimen especial, existe una relación de puestos y un catálogo de puestos al que se encuentran adscrito el colectivo funcional y el personal laboral propio de la agencia, al que hay que adicionar otro personal laboral adscrito a la misma en virtud del proceso de reordenación de la Administración instrumental operada por la Ley 1/2011, de 1 de febrero.

Así pues, en la red de oficinas y servicios del SAE incide un colectivo de empleados públicos, funcionario y laboral, propio del mismo (regido por la legislación funcional y por el Convenio colectivo del personal laboral de la Junta de Andalucía, respectivamente) junto a otro colectivo laboral procedente de entidades instrumentales del sector público (personal de la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo -FAFFE- y personal procedente de las extintas Unidades Territoriales de Empleo y Desarrollo Local y Tecnológico -ALPES-), así como otro personal proveniente de contrataciones de orientadores para el reforzamiento en la red de Oficinas de Empleo (personal MEMTAS y PROMOTORES), conjunto de personal que a la par se considera desde la instancia sindical insuficiente, como inadecuado para el ejercicio de potestades administrativas.

Por la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio se informaba sobre la suficiencia de puestos de trabajo ocupados al caso planteado, informando sobre los efectivos existentes en las oficinas de la provincia, considerándolos suficientes en su número como cualificación y experiencia.

Ciertamente, los datos numéricos de los efectivos existentes en la red de dichas oficinas venía a demostrar la suficiencia del personal de estas, si bien con una mayoritaria presencia del variado personal laboral descrito frente a la minoría del personal funcionario, circunstancia que nos obligaba a analizar la cuestión relativa a la posibilidad del ejercicio de potestades administrativas por parte del mayoritario personal laboral.

El ejercicio de las potestades públicas y su reserva a favor de los funcionarios públicos, novedad regulativa incorporada por el artículo 9.2 del Estatuto Básico del Empleado Público (en su primera versión de la Ley 7/2007, de 12 de abril y el posterior y vigente texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre), precepto que tras definir la figura del funcionario de carrera, expresa que *"en todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado o de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos"*; y en segundo lugar, la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía, que introduce una importante reordenación de su sector público (especialmente de la Administración instrumental que se integra en la misma), que ha afectado no solo al SAE en su mutación de organismo autónomo a agencia de régimen especial, sino también a la integración en su seno de la entidad instrumental privada FAFPE y su personal.



Desde nuestra perspectiva, dentro del amplio espectro de las potestades públicas, conviene distinguir aquellas que sean expresión del ejercicio de *autoridad* (elaboración de disposiciones generales, facultades de intervención -autorización, inspección, sanción, etc.-, y en general las de justicia y orden público y policía), o bien de la salvaguarda de los *intereses generales* (fe pública, control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, contabilidad, etc.), de aquellas otras potestades públicas o administrativas que no tienen tal naturaleza, en orden a someterlas o no a su garantía, la reserva de su ejercicio por parte de la función pública.

En el seno del expediente de queja referenciado, analizamos el alcance de las potestades públicas, que en su diversa gama funcional representa la amplia acción pública que se despliega por el sector público, que a los meros efectos de su graduación respecto a su sujeción al principio de reserva, clasificaremos en un primer nivel como "*potestades públicas de soberanía*" (justicia, orden público, defensa nacional, asuntos exteriores, potestad legislativa y reglamentaria, etc.), para, en un segundo nivel, situar las "*potestades públicas de autoridad*" (inspección y control, potestad sancionadora, etc.), y en un tercer nivel las "*restantes potestades públicas*" no susceptibles de integrarse en las anteriores, potestades públicas en las que las notas de "autoridad" resultan de menor intensidad (acción de fomento, de investigación, etc.), para finalmente encontrarnos con un cuarto nivel, en que las entidades públicas, preferentemente con fórmulas de personificación jurídico-privada y actividades propias del sector privado con el que compite, no actúan con las prerrogativas del Derecho Público que, con mayor intensidad, intervienen en los niveles superiores.

De esta forma, las potestades públicas de los dos primeros niveles resultan tributarias de ser sometidas al estricto principio-garantía de reserva, con las excepciones expresamente señaladas en la ley, no así en las potestades públicas del tercer nivel, en las que el interés general, sin necesidad de la expresada reserva, queda preservado por los empleados públicos que las ejerciten directamente (con independencia del vínculo jurídico funcional, estatutario o laboral) o mediante el control público del ejercicio indirecto por parte de terceros ajenos al sector público (por ej. supuestos de externalización de servicios públicos).

Ciertamente, cualquiera que sean los criterios de clasificación de las potestades públicas, nos encontraremos con zonas de penumbra a la hora de incardinar alguna concreta potestad, e incluso con potestades que, para un mismo tipo, puedan aunar notas de una u otra naturaleza que las hagan tributarias de un trato diferenciado respecto a la exigencia de tal reserva.

Hecha pues, esta breve exposición de **la complejidad que rodea el principio de reserva funcional**, su aplicación en el SAE debe, igualmente, modularse tanto en atención a la naturaleza de dicho servicio público y al personal a su servicio, como a las propias funciones legales y estatutarias que desempeña, mayoritariamente alejadas o ajenas al principio de RFF como veremos a continuación.

A este respecto, el Servicio Andaluz de Empleo, agencia de régimen especial, conforme a su ley reguladora y a sus Estatutos ejerce, entre otras, las funciones de planificación, gestión, promoción y evaluación de los distintos programas y acciones para el empleo competencia de la Comunidad Autónoma, en los términos siguientes:

- «Los relativos a fomento del empleo y la formación para el empleo, la coordinación y planificación de los centros propios o consorciados.
- La intermediación laboral, el registro de demandantes de empleo, la recepción de comunicación de contratos y la gestión de la Red Eures en Andalucía.
- La orientación e información profesional, y las acciones de apoyo para la mejora de la cualificación profesional y el empleo.
- La autorización de la condición de centros colaboradores o asociados a aquellas entidades que participen en la ejecución de actividades que sean competencia de la Agencia.
- La promoción y el desarrollo del empleo local, atendiendo a las necesidades específicas de cada territorio y en coordinación con las Administraciones Locales.»



En este sentido, las amplias funciones que presta el SAE no se realizan en exclusiva, pues si bien la intermediación en el mercado de trabajo se configura como un servicio público, en este también intervienen los entes colaboradores o asociados, ya públicos o privados, que participen en las actividades de la agencia, actividad que se regulada por el Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, de agencias de colocación.

Paralelamente a esta gestión pública en materia de empleo por parte de la Junta de Andalucía y el empleo público (funcionario y laboral) vinculado a ella, las agencias privadas de colocación, a través de su propio personal laboral (ajeno al empleo público), actúan como entidades colaboradoras de los servicios públicos de empleo, en los términos que establezca los correspondientes contratos administrativos de colaboración. En este sentido, la cláusula 5 del “Pliego de cláusulas administrativas particulares y condiciones técnicas del Acuerdo Marco con Agencias de Colocación para la colaboración con Servicios Públicos de Empleo en la Inserción del Mercado Laboral de personas Desempleadas”, relativa a los servicios objeto de este acuerdo especifica:

«Los servicios objeto de este acuerdo consisten en la inserción en el mercado de trabajo de las personas desempleadas que sean designadas para ello por los servicios públicos de empleo.(...).

Los servicios de inserción tendrán naturaleza integral, y comprenderán cualesquiera actuaciones de orientación, formación, intermediación, ayuda en la búsqueda de empleo, captación de ofertas de trabajo, promoción de candidatos u otras, que sean necesarias para alcanzar el objetivo de la inserción efectiva del desempleado».

Ciertamente, ninguna norma legal o reglamentaria, estatal o autonómica ha efectuado una definición y delimitación de las potestades públicas sometidas al principio de reserva del art. 9.2 del EBEP, y aún menos en el estricto ámbito de las funciones que legal y estatutariamente tiene atribuidas la agencia SAE. No obstante, disponemos un referente en la regulación que acometió inicialmente el Decreto-Ley 1/2016, de 15 de marzo, por el que se establecían diversas medidas urgentes en materia de empleo, el cual en su Disposición adicional primera (“Participación del personal laboral en la prestación de servicios y desarrollo de programas”), expresaba: «1. Las funciones correspondientes a los servicios y programas que se presten en las oficinas de empleo en ejecución de las funciones relativas a la gestión de las Políticas Activas de empleo por la agencia del Servicio Andaluz de empleo, podrán ser desempeñados por el personal laboral de la citada agencia, y en particular los servicios de:

- a) Inscripción, clasificación y actualización de la demanda de empleo para el diagnóstico individualizado y la elaboración de perfiles profesionales.
- b) Diseño del itinerario personalizado para el empleo.
- c) Acompañamiento personalizado en el desarrollo del itinerario y el cumplimiento del compromiso de actividad.
- d) Asesoramiento y ayuda técnica adicional para la definición de su currículum y la aplicación de técnicas para la búsqueda activa de empleo.
- e) Información y asesoramiento adicional sobre la situación del mercado de trabajo y la oferta formativa.
- f) Apoyo a la gestión de la movilidad laboral.
- g) Gestión de las ofertas y anuncios de empleo.
- h) Información y asesoramiento sobre la contratación y las medidas de apoyo a la activación.
- i) Apoyo a los procesos de recolocación en los supuestos previstos legalmente.

Las funciones relativas a la gestión de registros administrativos de documentos y dación de fe pública quedan reservadas al personal funcionario.»



La circunstancia de que este decreto-ley fuera derogado en trámite de no convalidación parlamentaria (sesión de 6 de abril de 2016) y sustituido por el Decreto-Ley 2/2016, de 12 de abril, en el que se omite la citada disposición adicional, en modo alguno cuestiona su adecuación a legalidad, sobre la que no ha recaído tacha alguna a este respecto.



Un análisis pormenorizado de las competencias estatutarias de la agencia pública SAE y de las que se atribuyen a las agencias privadas de colaboración (por vía convencional), nos permite constatar cómo buena parte de aquellas se hacen extensivas a esta últimas, o lo que es lo mismo, la mayoría de las funciones o potestades administrativas de la agencia SAE se reiteran en las atribuidas a las agencias privadas de colocación, las primeras desempeñadas mediante el personal empleado público vinculado a ella (funcionario y laboral), y estas últimas mediante su empleo laboral privado, ajeno al empleo público.

Desde nuestra perspectiva, el protagonismo que en las actuales circunstancias de crisis económica desempeñan las políticas activas de empleo y su gestión a través de los medios propios (agencias públicas) y/o colaboradores autorizados (agencias de colocación), aconseja que se doten con **suficiencia de recursos humanos**, a la par que se delimiten las potestades administrativas en que estas políticas se concretan, en orden a preservar y reservar aquellas con connotaciones de "autoridad" a la función pública (art. 9.2 del EBEP), quedando las restantes a disposición del desempeño indistinto por parte del personal empleado público vinculado a la agencia SAE o, en su caso y en los términos convenidos, a las agencias de colocación autorizadas en Andalucía.

Por ello, de conformidad, formulamos Recomendación y Sugerencia al Titular de la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio en orden a que se culminen los estudios sobre el estado de situación y grado de suficiencia de las plantillas de personal (funcionario y laboral) adscrito a las oficinas del Servicio Andaluz de Empleo, así como a que se cursen las instrucciones relativas a la delimitación de las funciones que se desempeñan en las antedichas oficinas, en orden a que tales competencias sean desarrolladas indistintamente por el personal funcionario y/o laboral adscrito a dichas oficinas, con excepción de aquellas que tengan connotaciones de autoridad, que quedarían reservadas a la función pública (artículo 9.2 del EBEP).

1.5.2.5.2 Persistencia en las demoras en los pagos derivados de los distintos programas de apoyo y fomento del empleo

En el amplio repertorio de los **programas de fomento del empleo**, se incluyen un conjunto de **subvenciones y ayudas** a tal finalidad, de las que resultan beneficiarios/as tanto los particulares (mayoritariamente personas desempleadas) como las personas jurídicas.

Pues bien, las cantidades económicas en que se materializan dichos ayudas o incentivos no sólo no son abonadas a sus destinatarios en plazo, como tampoco en un plazo razonable, **demorándose hasta más de cinco años** en un número significativo de ellas, como hemos podido constatar en nuestra cotidiana actividad fiscalizadora.

Las quejas relativas a las demoras en los abonos de esta ayudas se reiteran a lo largo de 2016, como en los ejercicios precedentes, habiéndose dictado por este Comisionado una decena de resoluciones instando la diligencia en los pagos de esta ayudas.

Nuestro fundamento se sustenta en el "*derecho a una buena administración*" establecido en artículo 31 de nuestro Estatuto de Autonomía y en el artículo 5 de la Ley de Administración de la Junta de Andalucía de 2007.



En este sentido, tras un análisis exhaustivo de la excesiva e injustificada demora interviniente en cada caso (“mala administración”), señalamos que con carácter general, la norma de referencia o las bases de la convocatoria de las ayudas o subvenciones establecen un plazo determinado para la resolución y efectividad de la misma, y en su defecto un plazo sustitutorio, para el caso que no lo señale la legislación específica. La mayoría de los casos planteados evidenciaban abultadamente la superación de cualquiera de los plazos al respecto, invocando para los mismos el “plazo razonable” que el “derecho a una buena administración” alude el precepto estatutario citado (art. 31 del Estatuto de Autonomía de Andalucía), motivo por el cual, tras el correspondiente recordatorio de deberes legales, concluíamos en el sentido de que el órgano gestor responsable de la ayuda impulsara el expediente de gasto a la mayor diligencia posible.

Frente a esta postulación, por la Administración de Empleo se persiste en la demora en los pagos (hasta en varios años desde la fecha de devengo) como lo demuestran las reiteraciones de los afectados en la persistencia del impago, motivo que nos obligaba a la reapertura de los expedientes de queja, con harto sentimiento de frustración en nuestra labor fiscalizadora.

1.5.2.5.3 Conflictos laborales

De entre los conflictos laborales planteados ante este Comisionado destacamos el relativo a los **gestores de telefonía/teleoperación** afectante al Centro Coordinador Provincial de Málaga de la empresa ILUNION EMERGENCIAS S.A., gestora de la atención telefónica que realizan los usuarios de la Empresa Pública de Emergencias Sanitarias (EPES), cuestión que en el seno del expediente de queja 15/5127 fue objeto de Resolución en el siguiente sentido:

“RECOMENDACIÓN 1: Que a tenor de las consideraciones expuestas en relación con el cumplimiento del contrato de gestión telefónica para atender las llamadas que realizan los usuarios de la Empresa Pública de Emergencias Sanitarias (EPES), se valore el grado de cumplimiento de las condiciones y cláusulas que rigen esta contratación administrativa, en especial en lo relativo al cumplimiento de las obligaciones en materia laboral por parte de la empresa adjudicataria, y se adopten, en su caso, las medidas procedentes de acuerdo con las normas reguladoras de la contratación administrativa en el sector público para asegurar el eficaz funcionamiento del servicio.

RECOMENDACIÓN 2: En atención a las consideraciones precedentes, que ponen de manifiesto las peculiares circunstancias que concurren en la prestación del servicio de gestión telefónica en el marco del servicio general de atención de las emergencias sanitarias en que se integra, se valore el grado de eficacia del actual modelo organizativo y de gestión y se analice y se adopten, en su caso, las medidas necesarias que redunden en la mejora de la prestación del servicio de atención a las emergencias sanitarias en el marco de la legalidad vigente.

RECOMENDACIÓN 3: Que por esa Dirección-Gerencia se de traslado a esta Institución del resultado de los análisis que aquí se postulan, así como, en su caso, de las medidas adoptadas al respecto.”

1.5.2.5.4 Adopción de medidas extraordinarias en favor del pago de ayudas a extrabajadores de Hitemasa

Las **ayudas sociolaborales a extrabajadores afectados por expedientes de regulación de empleo**, que tuvo su punto de inflexión con la aprobación Decreto-ley 4/2012, de 16 de octubre, de medidas extraordinarias y urgentes en materia de protección sociolaboral a ex-trabajadores afectados por procesos de reestructuración de empresas y sectores en crisis, tiene su continuación en la **queja 15/2796**, en la que un colectivo de extrabajadores de la extinguida empresa Hilados y Tejidos Malagueños, S.A. (**Hitemasa**), denunciaba la suspensión en la percepción de las prestaciones económicas que venían percibiendo de la póliza de seguro de rentas suscrita como consecuencia del expediente de regulación de empleo de 2004.

La controversia planteada traía como antecedente otro expediente de regulación de empleo (ERE) del 2001 que afectó a 213 trabajadores. Dicho expediente contemplaba un plan de prejubilaciones a través de una compañía aseguradora (Personal Life, entidad que pasó a denominarse posteriormente Fortia Vida).



La Junta de Andalucía, a través de la Dirección General de Trabajo, se comprometía a abonar la prima correspondiente a dicha póliza en virtud de Convenios de Colaboración suscritos entre el propio Centro directivo y la agencia IDEA, la cual debería efectuar los pagos a la aseguradora según calendario.

En el año 2004 Hitemasa, fruto de la persistencia de la crisis en que estaba inmersa, en un proceso que duraría casi dos años y que terminaría con la venta de todos sus activos y la tramitación de otro expediente de regulación de empleo, el cual supuso la extinción de las relaciones laborales de toda la plantilla.

Por parte de la Dirección General de Trabajo, habida cuenta los múltiples compromisos adquiridos con trabajadores de otras empresas en crisis y de la problemática de tesorería para cumplir con los calendarios pactados, solicitó de Hitemasa que culminara el pago de la póliza del ERE de 2001, asumiendo la Junta de Andalucía los pagos en la póliza del ERE de 2004.

Las pólizas correspondientes a ambos ERE (2001 y 2004) fueron traspasadas a la aseguradora belga Apra Leven NV, y finalmente a la entidad Vida Caixa, S.A.

Por la Administración de Empleo (Secretaría General de Empleo) se informa, tras una breve exposición del sucesivo recorrido asegurador de las pólizas suscritas por el colectivo de extrabajadores (Personal Life MPS, Fortia Vida MPS, Apra Leven NV y Vida Caixa S.A. de Seguros y Reaseguros), del inicio de un procedimiento administrativo de reclamación patrimonial iniciado en junio de 2014, con informes favorables del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía y del Consejo Consultivo de Andalucía, que finalmente es resuelto desestimatoriamente.

Por nuestra parte destacábamos la excepcionalidad de la financiación de las pólizas de aseguramiento del ERE de Hitemasa de 2004 por vía de expediente de responsabilidad patrimonial.

Esta problemática fue llevada en varias ocasiones al trámite parlamentario de control del Gobierno, en cuya sede el titular de la Consejería de Empleo vino a reconocer el estado de situación descrito por los extrabajadores, (comparecencia del Consejero de Economía, Innovación, Ciencia y Empresa -ahora de Empleo- DSPA de 4 de diciembre de 2014).

La circunstancia de que los extrabajadores de esta empresa financiaran con sus propios recursos la póliza de seguro de rentas del ERE de 2001, y de que no se acogieran a las ayudas establecidas por la Orden de 13 de marzo de 2012 (respecto de los extrabajadores afectados por la liquidación de la aseguradora Apra Leven), motiva que el compromiso asumido por la Dirección General de Trabajo respecto a la participación de dicho Departamento en la financiación de las pólizas de aseguramiento de dicho colectivo, se instrumente inicialmente en el seno de un expediente de responsabilidad patrimonial.

Cabe señalar que inicialmente la financiación de las ayudas sociolaborales se instrumentaron a través de subvenciones excepcionales para pasar a regularse en 2011 y 2012 como subvenciones ordinarias (Orden de 1 de abril de 2011, modificada por Órdenes de 3 de noviembre de 2011 y 16 de marzo de 2012), hasta finalmente ser objeto de un tratamiento específico mediante el Decreto-ley 4/2012, de 16 de octubre (excluido del régimen general sobre subvenciones públicas (art.1), singularidades todas ellas ajenas al régimen de responsabilidad patrimonial al ERE de Hitemasa).

Así pues, la circunstancia de que la última póliza suscrita con la aseguradora (Vida Caixa) tuviera término el 31 de enero de 2015, y la pendencia de la financiación pública comprometida por la Junta de Andalucía, derivaron en la suspensión de las prestaciones económicas mensuales que venían percibiendo sus beneficiarios desde principios de 2015.

Por otro lado, tuvimos en cuenta la propia naturaleza de estas ayudas, al tratarse de ayudas destinadas a atender "situaciones de necesidad sociolaboral", tal y como las denomina la disposición adicional sexta del decreto-ley regulador (Decreto-ley 4/2012, de 16 de octubre), así como al dilatado periodo que alcanzaba, al tratarse de compromisos y débitos de la Junta de Andalucía que databan del año 2006 y que, aún persistían.

En base a los anteriores hechos y consideraciones, esta Institución formuló a la Consejería de Empleo Recomendación relativa a la adopción de medidas en favor de la percepción de las ayudas sociolaborales que en derecho correspondieran a estos extrabajadores, problemática cuya solución se materializó con la aprobación de la Ley 1/2016, de 1 de marzo, relativa a las medidas extraordinarias para el establecimiento de ayudas a los trabajadores afectados por el ERE recaído en 2004 sobre esta empresa.