



SÍNDIC DE GREUGES DE LA COMUNITAT VALENCIANA REGISTRE GENERAL
28/12/2017
EIXIDA NÚM. 34595

Ayuntamiento de Burjassot
Sr. Alcalde-Presidente
Pl. Emilio Castelar, 1
Burjassot - 46100 (València)

=====
Ref. queja núm. 1715354
=====

Asunto: empleo público. Denegación de renovación de comisión de servicios. Discriminación por razón de embarazo.

Sr. Alcalde-Presidente:

De acuerdo con el procedimiento que rige esta institución, se presentó queja por Dña. (...), con DNI núm. (...), que quedó registrada con el número arriba indicado.

El autor de la queja en su escrito inicial refería,

«(...) El día 21 de septiembre de 2016 la compareciente se incorporó a la plantilla de la Policía Local de Burjassot, prestando servicio en lugar distinto a su adscripción previamente a causar baja por maternidad, (...)

(...) En fecha 04 de noviembre de 2016 (...) mediante escrito comunicó a la Alcaldía y a la Jefatura del Cuerpo de Burjassot, que se encontraba nuevamente embarazada, manifestando su predisposición a renovar la comisión de servicios por otro año prorrogable, tal como se venía autorizando durante los últimos cinco años, así como ya se había autorizado en otros supuestos.

(...)

En fecha 11 de abril de 2017, la compareciente recibió notificación seguida en el Decreto de Alcaldía nº 2017000166 de fecha 26 de enero de 2017, por la después de alegar el "Intendente de la Policía Local y como la técnico de Recursos Humanos" le informaron que no le iban a prorrogar la comisión de servicios por cuestiones económicas al encontrarse a finales de año y con la necesidad de contener gastos", "por entender que dicha comisión finalizó al cumplir el término de adscripción acordado en el Decreto de fecha 23 de noviembre de 2015".

Considerando que el citado Decreto era contrario a derecho y gravemente perjudicial a sus intereses, en fecha 11 de mayo de 2017 presentó recurso de reposición sin que la Administración nada haya resuelto ni manifestado.

(...)

Lo cierto es que a la compareciente no le ha sido renovada la comisión de servicios simplemente por ser mujer y estar embarazada, excusándose la Administración en un inexistente "estamos a final de año y necesitamos

La autenticidad de este documento electrónico puede ser comprobada en https://seu.elsindic.com		
Código de validación: *****	Fecha de registro: 28/12/2017	Página: 1
C/. Pascual Blasco, 1 03001 ALACANT Tels. 900 21 09 70 / 965 93 75 00 Fax 965 93 75 54 www.elsindic.com Correo electrónico: consultas_sindic@gva.es		

contener gastos" como en un inexplicable argumento de que ha transcurrido un año desde la última renovación de la comisión de servicios cuando desde hacía 5 años venía renovando las distintas comisiones; pero, eso sí, no se encontraba embarazada y era en palabras del Intendente "OPERATIVA"».

Al objeto de contrastar las alegaciones formuladas se requirió, información suficiente sobre la realidad de las mismas y demás circunstancias concurrentes en el presente supuesto.

El Ayuntamiento nos da traslado del informe emitido por el propio Alcalde de Burjassot que viene a exponer que la falta de renovación de la Comisión de servicios, formalizada mediante decreto de 27 de enero de 2017 desestimando su solicitud de prórroga, tiene su causa única en la necesidad de rebajar costes en personal, y el informe de Intendente de la policía Local que informa que los servicios que presta en la actualidad la promotora de la queja *“en el área administrativa, son del todo prescindibles, siendo necesario, sin embargo personal al servicio operativo (...)”*. Con ello concluye *“considera suficientemente acreditado que no ha habido ninguna discriminación por razón de sexo en la finalización de la comisión de servicios de (...), debido a que se produjo por el cumplimiento del año establecido inicialmente en la propia resolución que autorizaba dicha comisión de servicios y en la que se indicaba expresamente que en su vigencia era por un periodo inicial de un año (...) por lo tanto finalizó automáticamente el 30 de noviembre de 2016.”* Y que *“la única causa que ha concurrido para no renovar la comisión de servicios ha sido estrictamente económica (...)”*.

Dimos traslado de lo actuado al promotor de la queja al objeto de que si lo consideraba oportuno presentara cuanto estimara en defensa de sus intereses, concretándose en escrito de alegaciones.

Entre ellas podemos leer como tras una serie de argumentos frente a las consideraciones económicas de la Alcaldía, que van desde el análisis presupuestario a la aportación del Decreto de Alcaldía de fecha 14 de diciembre de 2016 de reparto de productividad a todos los funcionarios que se citan, o al informe del Intendente Jefe de la Policía Local en el que dice que las funciones administrativas que presta “son del todo prescindibles”, y entiende la compareciente que el informe del Intendente Jefe resulta viciado y nulo por atentar contra el principio de no discriminación por embarazo y además prejuzga la posibilidad de renovar la comisión de servicios en sentido desestimatorio por el simple hecho de ser mujer y encontrarse embarazada.

Sigue diciendo como:

«La compareciente, al igual que el resto de Agentes de la Policía Local en comisión de servicios del Ayuntamiento de Burjasot fueron renovando las comisiones de servicio en distintos puestos dentro del Cuerpo de la Policía Local, pero resulta que cuando a la compareciente no se le renueva la solicitada comisión de servicios, a los funcionarios de la Policía Local en situación de comisión de servicios en idéntica situación a la de la compareciente a excepción del sexo y del embarazo y por plazo superior al permitido por la Ley, se les renueva sin mayor impedimento que continuar en su puesto de trabajo.

Dispone el artículo 6 de la Ley Orgánica 03/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres que:

“1. Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable.

2. Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.

3. En cualquier caso, se considera discriminatoria toda orden de discriminar, directa o indirectamente, por razón de sexo”

En éste sentido, el artículo 8 de la misma norma dispone que: “Constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad.”

La actuación de la Administración ante la que comparezco, abusando de su posición predominante ha dictado un acto Administrativo por el que mediante abuso de derecho y utilizando desviación de poder ha resuelto denegar la comisión de servicios solicitada por la recurrente, concediéndola en idénticos casos por el simple hecho de que ni son mujeres ni se encuentran embarazadas y así consta en las renovaciones de los Agentes de la Policía Local (...))»

En atención a las alegaciones formuladas, y el contenido de la información municipal, se optó por requerir de la Administración una ampliación de los datos facilitados, y en singular se solicitó la emisión de informe sobre la realidad de lo manifestado, y la renovación de las comisiones de servicio a las que se refiere la promotora, con copia de los expedientes correspondientes a las renovaciones de Comisiones de Servicio por Decreto de Alcaldía 2016003075 de fecha 01 de diciembre de 2016; Decreto 2017000062 de fecha 13 de enero de 2017; Decreto 2017000090 de 18 de enero de 2017 y Decreto 2017000427 de fecha 24 de febrero de 2017.

En la contestación recibida desde el Ayuntamiento, el técnico de personal ratifica las afirmaciones realizadas con anterioridad por el Alcalde, en el sentido de achacar a cuestiones presupuestarias y al informe de Intendente como únicas informadoras de la no renovación de la comisión de servicios de la promotora de la queja.

De los expedientes solicitados, relativos a las comisiones de servicio aprobadas en los últimos días de 2016 y principios del 17, podemos contrastar como, no ha existido traba económica alguna para la prórroga de las comisiones de servicio solicitadas o dictadas desde la jefatura de la policía, y como todas cuentan con informe favorable o solicitud del Intendente.

Llegados a este punto, en atención al contenido del escrito inicial de queja, el informe remitido, y las alegaciones presentadas por el ciudadano, procedemos a resolver la presente queja en base a los datos obrantes en el expediente.

La promotora de la queja, inicia la exposición de sus posiciones jurídicas alegando la infracción de la jurisprudencia por discriminación laboral por embarazo haciendo referencia a lo incuestionable de *“que la concesión de las comisiones de servicios sea una facultad que corresponde a la Administración”, de acuerdo con sus atribuciones de auto-organización;*” (...) *“se reconocen esas facultades organizativas pero la Administración tiene que acreditar y motivar, en todo caso que ha valorado la conveniencia de no sacar a concurso todas las plazas vacantes (...)*”

“(...) la compareciente ha estado desempeñando las funciones de Agente de la Policía Local durante cinco años de manera ininterrumpida” desde 1/12/2011.

Siguiendo su argumentación, titula otro argumento como “Infracción reiterada de la administración en la renovación de las comisiones de servicios”, y aquí se argumenta y fundamenta como la situación de la propia promotora, aunque alegando la igualdad con otros muchos agentes de la Policía de Burjassot en comisión de servicios, supone un auténtico fraude de ley, permitiendo burlar el límite temporal de las comisiones de forma continua y sistemática.

Pero lo que denuncia es la discriminación por razón de su situación de embarazo, que ha impedido la continuidad en la irregular situación de prorrogas indiscriminadas, aunque disimuladas, de una situación cuyo máximo legal, normalmente, está en un año prorrogable. Decimos normalmente por no desconocer que existen situaciones de prorrogas superiores más que justificadas y justificables.

Pero ahí está la gracia, en la justificación. En el mundo del derecho, como en la misma realidad, casi todo tiene una posible justificación. Que la misma sea aceptable, dependerá de la realidad social del tiempo en que se aplique.

Sabemos que las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas; que la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas; y que desde luego resulta absolutamente imposible aceptar el argumento de la igualdad en la ilegalidad.

Observamos como en la plantilla del ayuntamiento, de un total de 43 agentes de Policía Local, 29 son funcionarios de carrera en propiedad, y frente a ellos encontramos a 3 interinos y 11 agentes que están en situación de Comisión de Servicios.

En esta institución, hemos tenido ocasión de comprobar cómo, en las administraciones que tienen colectivos grandes en los que tiene una cabida inicial lógica la figura, es decir, en casi todos los cuerpos y grupos de la Administración de la Generalitat Valenciana, y en el cuerpo de la Policía Local en el ámbito de las administraciones locales, ante la escasez cuando no ausencia total de concursos y oposiciones para la cobertura adecuada de los puestos de trabajo, la figura de la comisión de servicios se ha convertido en la herramienta multiusos que diseñada inicialmente para solucionar problemas específicos y concretos, ha derivado en la llave para cubrir puestos evitando concursos y oposiciones.

Así se conceden comisiones de servicios, se prorrogan y se vuelven a conceder nuevas comisiones de servicios al mismo funcionario para puestos similares en la misma Administración de destino pero con numeración distinta. Burda y simple justificación, pero justificación al fin y al cabo, que se ha convertido en válida ante la falta de impugnación por parte de terceros interesados y de las propias organizaciones defensoras de los derechos de los trabajadores, impasibles ante el hecho de comprobar como, por una parte se secuestra la posibilidad de acceso al puesto de trabajo temporal de los terceros interesados, y por otra, como se condena a la temporalidad injustificada y sin límite una plaza destinada a su cobertura indefinida.

En este sentido la alegación de la igualdad ante la ilegalidad nunca ha sido aceptada por los tribunales, y su aceptación resulta imposible so pena de alterar el régimen de fuentes del ordenamiento jurídico. Que se esté vulnerando de forma continua y contumaz la norma que veta la prórroga de las Comisiones de servicios por más de dos años continuados mediante su incumplimiento directo por prórroga directa o por fraude de ley al conceder comisión sobre puesto de trabajo similar o paralelo, no implica que la normalidad de la irregularidad confiera carta de legalidad a la actuación.

Véase la Recomendación emitida por el Defensor del Pueblo de 30/09/2015 Queja número: 14018029,

«La concesión de las comisiones de servicios es una facultad que corresponde a la Administración, de acuerdo con sus atribuciones de autoorganización, pues disfruta de un amplio margen de actuación a la hora de consolidar, modificar o completar sus estructuras y de concretar o configurar organizativamente el estatus del personal a su servicio como ha reiterado el Tribunal Constitucional, por ejemplo, en sus Sentencias 50/1986, 57/1990 y 9/1995.

Por ello, en modo alguno esta Institución cuestiona el ejercicio de la potestad de autoorganización que esa Administración ostenta para apreciar cuándo concurren supuestos de “urgente e inaplazable necesidad” para que un puesto de trabajo deba ser cubierto en comisión de servicio por un funcionario que reúna los requisitos establecidos para su desempeño.

Ahora bien, el ejercicio de esa potestad organizadora debe someterse a ciertos límites, sin que se puedan llevar a cabo actuaciones que produzcan, con respecto a otros funcionarios policiales interesados en la cobertura de dichos puestos, desigualdad o discriminación al no ser ofertadas determinadas vacantes que continúan cubiertas durante años en comisión de servicios».

En conclusión, mala entrada tenemos para recomendar al Ayuntamiento nada que no sea que erradique de sus fórmulas de provisión la utilización sistemática de la comisión de servicios rotativa a los mismos agentes, por suponer un fraude de ley claramente sancionable por los tribunales, y una clara burla al estado de derecho.

No cabe ninguna duda a quienes han tramitado el presente expediente que la causa de la no renovación de la comisión de servicios a la promotora de la queja no se encuentra en la situación de embarazo, sino en la necesidad de refuerzo de puestos operativos de calle y en la imposibilidad de que por la promotora se puedan prestar estos servicios.

Las declaraciones de la propia promotora de la queja, del superior de la policía y del resto de participantes, los antecedentes de la propia promotora, y de la documentación aportada no nos permite concluir ni apreciar una conducta contraria a los derechos fundamentales por razón de embarazo o sexo.

La situación en que se han colocado los propios funcionarios, accediendo a comisiones de servicios ajenas a los dictados de la norma, y aun, en pleno ajuste a norma, relaciones temporales sujetas a la declaración de necesidad o innecesidad por parte de los responsables del servicio, al vencimiento anual inexcusable salvo informe justificativo de prórroga, etc., aunque no huérfana de derechos, tiene un clarísimo componente de voluntariedad que podría permitir relajar e incluso erradicar la necesidad de justificación de una denegación de prórroga, pues lo que exige la Ley es que se justifique, precisamente lo contrario, es decir la continuidad en una fórmula temporal y excepcional de ocupación de un puesto de trabajo reservado a funcionarios.

Por último, y en relación con el hecho de que la promotora de la queja, presentara con fecha 11 de mayo de 2017 recurso de reposición sin que la Administración nada haya resuelto ni manifestado, no podemos sino reiterar una vez más la necesidad de que por la Administración se dé estricto cumplimiento a su obligación de dar respuesta a cualquier escrito o solicitud que se le presente y con mayor razón cuando se trata del ejercicio del derecho de recurso por parte de un interesado.

La Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación (Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento administrativo Común). Es una obligación legal básica de la administración que se conforma en un derecho esencial de los ciudadanos e interesados.

La respuesta expresa desde la administración es la única forma que tiene el interesado de poder defender sus derechos.

Véase como esta misma institución tiene vetado el acceso a las cuestiones de fondo en tanto este pendiente de una resolución administrativa definitiva. Así lo dice expresamente el art. 17.2 anteriormente citado cuando, literalmente dispone que *“No entrará en el examen individual de aquellas quejas sobre las que esté pendiente resolución administrativa o judicial definitiva y lo suspenderá sí, iniciada su actuación, se interpusiera por persona interesada denuncia, querrela criminal o demanda ante los Tribunales Ordinarios sobre los mismos hechos. Ello no impedirá, sin embargo, investigar sobre los problemas generales planteados en las quejas presentadas, así como velar por que la administración resuelva expresamente, en tiempo y forma, las peticiones y recursos que le hayan sido formulados.”*

La respuesta expresa, por otra parte ha de producirse en plazo, y a este respecto recordaremos como ambas normas fijan como el plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento; como este plazo no podrá exceder de seis meses salvo que una norma con rango de Ley establezca uno mayor o así venga previsto en el Derecho de la Unión Europea; y que en caso de que las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, éste será de tres meses.

Evadir la respuesta, en base a cualquier razón, es vulnerar un derecho básico de los ciudadanos, y por tanto objetivo básico de esta institución.

El contenido de la respuesta expresa corresponde en exclusiva del órgano competente para su emisión, y será a partir de su emisión cuando los interesados puedan, efectivamente, ejercer sus derechos de recurso, y el resto de instituciones ejercer sus respectivas competencias. Solo entonces podrá analizarse si se ajusta o no a derecho, o si está motivada o es arbitraria, o cualquier otra circunstancia que en la misma pueda concurrir; pero en tanto no se dicte, ningún control puede ejercerse al faltar la actividad administrativa.

Recordemos que la resolución que ponga fin al procedimiento decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo, y que será congruente con las peticiones formuladas por el interesado, y sobre todo que, en ningún caso podrá la Administración abstenerse de resolver so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales aplicables al caso, aunque podrá

resolver la inadmisión de las solicitudes de reconocimiento de derechos no previstos en el Ordenamiento Jurídico o manifiestamente carentes de fundamento, sin perjuicio del derecho de petición previsto por el artículo 29 de la Constitución.

En atención a lo expuesto, consideramos que en el expediente analizado, no se satisfacen mínimamente los principios básicos analizados, y que son literalidad de la norma básica, quedando pendiente la obligación de resolver.

En virtud de todo cuanto antecede y de conformidad con lo dispuesto en el art. 29.1 de la Ley 11/1988, de 26 de diciembre, reguladora de esta Institución, **Recomendamos al Ayuntamiento de Burjassot**, que en situaciones como la analizada, se extremen al máximo los deberes legales que se extraen del artículo 21 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y que dé respuesta expresa al Recurso de Reposición presentado por la promotora de la queja con fecha de 11 de mayo de 2017.

Pero además, **RECOMENDAMOS AL AYUNTAMIENTO DE BURJASSOT** que establezca de forma clara límites y condiciones objetivas a las concesiones de comisiones de servicio y a sus renovaciones o prorrogas, de forma que, evitando situaciones de auténtico fraude de ley, se respeten los derechos de la corporación, el de los empleados públicos comisionados, y el derecho de igualdad en la posibilidad de acceso al empleo público para terceros funcionarios interesados.

De conformidad con lo previsto en el art. 29 de la Ley de la Generalitat Valenciana 11/1988, de 26 de diciembre, reguladora de esta Institución, le agradecemos nos remita en el plazo de un mes, el preceptivo informe en el que nos manifiesta la aceptación de la recomendación que se realiza, o en su caso, las razones que estime para no aceptarla.

Para su conocimiento, le hago saber, igualmente, que a partir de la semana siguiente a la fecha en la que se ha dictado la presente resolución, ésta se insertará en la página Web de la Institución.

Atentamente le saluda,

Ángel Luna González
Síndic de Greuges en funciones
(Resolución del Síndic de Greuges de 20/12/2017)