



Por ello, en el ámbito educativo, se ha de dar una respuesta adecuada a las circunstancias específicas al alumnado que presentan este tipo de dificultades, lo que también hará necesario la adopción de medidas organizativas flexibles que permitan una escolarización igualmente adecuada. Ello debe llevar aparejada una adaptación de las normas sobre escolarización a las necesidades de los alumnos con enfermedades graves.

1.5. Empleo Público, Trabajo y Seguridad Social

1.5.2 Análisis de las quejas admitidas a trámite

1.5.2.1 La externalización de servicios públicos y sus efectos en relación con el cumplimiento de las obligaciones laborales y sociales de las empresas adjudicatarias

1.5.2.1.1 Las consecuencias en materia de personal de la externalización de servicios públicos

Durante el año 2018 se han seguido tramitando y se han recibido nuevas quejas que afectan a la externalización de la acción pública y su incidencia en el ámbito de las relaciones laborales del personal de las empresas contratistas.

En relación con esta temática se han cerrado con sus correspondientes Resoluciones las quejas que afectan al personal de las empresas contratistas de los siguientes servicios: **queja 17/2851** (Cita Previa de EPES de la Consejería de Salud), **queja 17/2853** (Salud Responde de EPES de la Consejería de Salud), **queja 15/5127** (servicio de atención telefónica EPES-061 de la Consejería de Salud), queja 17/0794 (servicio de atención telefónica Emergencias 112 de la Consejería de Justicia e Interior), queja 18/1032 (servicio de comedor en centros escolares públicos de la Agencia Pública Andaluza de Educación) y **queja 18/0534** (servicio de mantenimiento de los dispositivos hospitalarios del SAS de la provincia de Cádiz).

Dichas Resoluciones se formularon a la Consejería y Agencias de la Junta de Andalucía referidas en su condición de Administración titular del servicio externalizado y, en todos los casos, las recomendaciones y sugerencias realizadas han sido aceptadas por las mismas.

En estas quejas se han valorado las distintas cuestiones planteadas en relación con la ejecución de las correspondientes contrataciones: subrogación de trabajadores, cuantía y determinación del precio, cumplimiento de los pliegos en los aspectos que afectan a las condiciones de trabajo e inclusión de cláusulas sociales, consecuencias de los incumplimientos de las obligaciones laborales y sociales por parte de las empresas adjudicatarias, control del cumplimiento de las obligaciones laborales y de Seguridad Social por parte de las empresas contratistas, así como de otras obligaciones contractuales establecidas en los pliegos.

A la hora de valorar estas cuestiones hay que tener en cuenta que, sin perjuicio de la relación jurídico-privada que se establece entre la empresa adjudicataria de la prestación de los servicios externalizados y sus trabajadores y trabajadoras, ajenas al ámbito de supervisión de esta Institución, en tanto que el cumplimiento de estas obligaciones de índole laboral son fundamentales para la ejecución de dichos contratos y constituyen una obligación de naturaleza contractual para las empresas adjudicatarias, sujeta al control de la Administración contratante, se ha procedido a la admisión a trámite de estas quejas.

En cuanto al problema de fondo de las referidas quejas sobre la posible internalización del personal de las empresas contratistas, mantenemos el criterio que fijamos en la resolución de la **queja 15/5470**, promovida de oficio, para racionalizar las decisiones sobre externalización o internalización de servicios en esta materia, a fin de que **se regule el marco de referencia sobre el modelo de externalización de la acción pública autonómica**, y para que se considere la necesidad de que en ese marco regulador se incorporen, paralelamente, los criterios o modelo de internalización o reinternalización de servicios públicos u otras actividades auxiliares al sector público andaluz, en su caso.



De las cuestiones planteadas en estas quejas cabe destacar tres aspectos comunes a todas ellas y que han sido objeto de análisis en su tramitación: la inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública, el cumplimiento de las obligaciones laborales y sociales por las empresas adjudicatarias y el control de su cumplimiento por la Administración contratante.

1.5.2.1.2 La inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública

Una de las cuestiones más planteadas por los representantes de las organizaciones sindicales promotoras de todas estas quejas es la inclusión de las denominadas cláusulas sociales en la contratación pública.

A este respecto, debe tenerse en cuenta que el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía adoptó el **Acuerdo de 18 de octubre de 2016**, por el que se impulsa, en su ámbito, la incorporación de cláusulas sociales y ambientales a la contratación pública a fin de comprometer a las empresas adjudicatarias de estas licitaciones a dar cumplimiento, junto con el objeto propio del contrato, a determinados objetivos de política social y medioambiental que se estiman de interés general.

Para la aplicación de dicho Acuerdo, en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía, se ha elaborado una **Guía práctica de inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en las contrataciones públicas** que celebre dicha Administración y que, aunque no ha sido aprobada formalmente, figura publicada en el portal de contratación de la web institucional de la misma.

En dicha Guía, entre las cláusulas de contenido socio-laboral a incluir en los pliegos rectores de la contratación cuando esta implique la contratación de personal, se distingue entre: cláusulas de obligado cumplimiento (apartado 5), que tienen por objeto garantizar la observancia de la normativa laboral y social y que se deben incluir en las fases de admisión y ejecución de la contratación; y aquellas otras que se recomienda aplicar (apartado 6), que pretenden mejorar las condiciones socio-laborales en que se tiene que desarrollar la prestación objeto del contrato, más allá de lo establecido en las normas de obligado cumplimiento. Estas consideraciones sociales deberán tener relación con el objeto del contrato y contemplarse en el mismo para que después puedan ser tenidas en cuenta en las posteriores fases del procedimiento de contratación.

A este respecto, una vez examinados los pliegos que rigen la contratación de la mayoría de los servicios analizados, observamos que incorporan como condición para la ejecución del contrato la obligación general que tiene la empresa contratista de cumplir con la normativa laboral y de Seguridad Social contemplándose, en todos los casos, medidas para el control de su cumplimiento y sin que se prevea específicamente su incumplimiento como causa de resolución del contrato, sin perjuicio de lo establecido, con carácter general, en el art. 223 texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSF).

Por el contrario, en cuanto a las consideraciones sociales recomendadas, son escasas sus incorporaciones a los pliegos rectores de la contratación de estos servicios, por regla general, a pesar que en su ejecución el elemento personal es fundamental, lo que hace muy aconsejable la inclusión de algunas de estas cláusulas recomendadas.

En consecuencia, atendiendo a la naturaleza de la prestación objeto de estos contratos, así como a las vicisitudes de índole laboral que vienen dándose en su ejecución, se recomendó a estas entidades públicas la conveniencia de reforzar estas consideraciones sociales en el procedimiento de contratación, incluyendo expresamente, además de todas las cláusulas de carácter obligatorio a que se refiere el apartado 5 de dicha Guía, algunas de las que figuran en su apartado 6 (en materia de conciliación familiar, mejora de las condiciones laborales, estabilidad laboral en los contratos y garantía del respeto a los derechos laborales en su ejecución...), otorgándole mayor peso en las fases de adjudicación y ejecución del mismo.

1.5.2.1.3 El cumplimiento de las obligaciones laborales y sociales por las empresas adjudicatarias y el control de su cumplimiento por la Administración contratante

El incumplimiento por parte de las empresas contratistas de las obligaciones laborales que le incumben en la prestación de los servicios adjudicados, es una de las cuestiones más controvertidas en las quejas mencionadas.



Sin perjuicio de la firmeza de las decisiones administrativas o judiciales que determinen la comisión de estas infracciones de índole laboral por parte de la adjudicataria, lo cierto es que la ejecución de estos contratos **presentan múltiples incidencias en cuanto al cumplimiento de las obligaciones laborales por parte de las empresas contratistas** que debe resolver la Administración contratante.

En la documentación de estos expedientes de queja, constan numerosas “incidencias” de índole laboral en la prestación de los servicios contratados. La Administración contratante, ante el conocimiento de estas incidencias, o bien no procede a la apertura de expediente informativo o de penalización alguno; o bien, cuando se procede a la apertura del expediente informativo o de penalización, su conclusión, en caso de que imponga alguna penalización, se prolonga más allá de la vigencia del contrato, perdiéndose con ello el efecto pretendido de asegurar la adecuada ejecución del mismo y el consiguiente cumplimiento de los objetivos públicos que se persiguen con estas contrataciones.

Ante estas circunstancias, resulta oportuno referirse a las consecuencias del incumplimiento de la normativa laboral en la ejecución de esta contratación pública, sobre todo dadas las consecuencias resolutorias que, incluso, podría tener de acuerdo con lo establecido en el art. 223 del TRLCSP, si bien la doctrina consultiva y jurisprudencial ya ha puesto de manifiesto que para que un incumplimiento contractual pueda ser considerado causa de resolución del contrato, se requiere “*que el incumplimiento sea grave o relevante*” y que “*afecte al funcionamiento del servicio o, cuando menos, al interés público que la Administración debe tutelar*”.

Corresponderá al órgano de contratación, con criterios de proporcionalidad y ponderación, valorar la entidad de los incumplimientos laborales detectados para determinar la medida a adoptar en función de la gravedad del incumplimiento y el nivel de afectación en el funcionamiento del servicio contratado.

Estos criterios, sin embargo, no pueden excusar la inacción del órgano de contratación cuando tenga conocimiento de estos posibles incumplimientos y, menos aún, una valoración adecuada de la entidad de los mismos y la adopción de las correspondientes medidas correctoras que deben llegar aparejados, en su caso.

En este sentido, a pesar de los interrogantes y condicionantes de índole jurídica que plantea la aplicación práctica de estas medidas, para determinar la gravedad de los incumplimientos laborales acreditados deberá tomarse en consideración la calificación realizada por la autoridad laboral o por órganos judiciales y, en cuanto a su repercusión sobre el funcionamiento del servicio y/o el interés público a tutelar, habrá que ponderar las consecuencias que dichos incumplimientos tienen en la normal y regular prestación del servicio objeto del contrato y su afectación para el interés general.

En este contexto, la consecución de los objetivos públicos a los que se vincula la inclusión de las cláusulas laborales y sociales en la contratación depende en buena medida del cumplimiento efectivo de dichas obligaciones. **Por ello, debe vigilarse el efectivo cumplimiento de las mismas que vinculan al contratista desde el momento en que, libre y responsablemente, concurrió a la licitación** y que, en caso de incumplimiento, lleva aparejadas las consecuencias penalizadoras o resolutorias para el mismo previstas legalmente.

En las contrataciones supervisadas, dado el carácter generalista de las medidas de control previstas normalmente en los pliegos rectores de la contratación, así como la práctica inexistencia de criterios de seguimiento que se indican en el informe remitido por los órganos de contratación, las frecuentes incidencias de índole laboral que se producen en la ejecución de estos contratos de servicios y las escasas consecuencias que ello tiene para las empresas adjudicatarias, **no podemos concluir que se realice un efectivo control del cumplimiento de las obligaciones laborales y sociales que incumbe a la misma por parte de la Administración contratante.**

Consiguientemente, en un tipo de contratación, como son las analizadas, en el que el componente personal es básico y viene planteando frecuentes incidencias relativas al cumplimiento de la normativa laboral, resulta necesario e imprescindible que las medidas de control de estos aspectos se refuercen y se lleven a efecto de modo sistemático y permanente.

Para el control de estas obligaciones de índole laboral no basta con los indicadores de calidad que se obtienen de la evaluación del funcionamiento del servicio. Dichos indicadores, con ser muy importantes, no reflejan aspectos concretos indicativos del cumplimiento de dichas obligaciones, que deberían llevar aparejadas los correspondientes parámetros objetivos de control que permitan vigilar el cumplimiento de los objetivos públicos a los que se vinculan estas cláusulas.



Es necesario, por tanto, y más en este tipo de contratos, otorgar a estos compromisos que asume el contratista la misma consideración que al resto de obligaciones contractuales y someterlas al mismo control respecto a su cumplimiento. Aspecto éste que tras la aprobación de la nueva Ley de Contratos del Sector Público y la especial relevancia que otorga a la vertiente social de la contratación pública, tendrá que reforzarse y controlarse adecuadamente en próximas licitaciones de servicios de estas características.

Tras el análisis legal de las actuaciones de la Administración contratante, las quejas finalizan con Resoluciones en las que se recomienda, con carácter general: que **se otorgue al cumplimiento de las obligaciones laborales por parte del contratista la misma consideración que al resto de obligaciones contractuales y se sometan al mismo control respecto a su cumplimiento**; que se precisen las consecuencias de los incumplimientos de índole laboral y social de la empresa contratista; y que se realicen, en todo caso, los correspondientes estudios de idoneidad de la externalización del servicio previo a su contratación.

1.5.2.4 Acceso al empleo público

1.5.2.4.2 Utilización de procedimientos electrónicos en los procesos de selección para el acceso al empleo público

La utilización de medios electrónicos en los procesos de selección para el acceso al empleo público está produciendo consecuencias que pudieran afectar a la garantía de los principios que rigen en esta materia y que han dado lugar a la tramitación de dos quejas de especial relevancia y repercusión pública.

La **queja 17/4042** motivada por la exclusión para participar en los procesos selectivos de personal docente y de las bolsas de trabajo de profesorado interino por no haber formalizado la presentación de la solicitud en el registro electrónico de la Junta de Andalucía, y la **queja 17/3654**, promovida de oficio, por mal funcionamiento de la llamada “Ventanilla Electrónica de la persona Candidata” (VEC), puesta en marcha por el SAS para que las personas que participan en las Ofertas de Empleo Público (OEP) puedan validar sus méritos, de cara a la OEP 2013-2015.

La utilización de medios electrónicos en la tramitación de los procedimientos administrativos, además de posibilitar una tramitación más ágil, transparente y con menor carga burocrática, debe asegurar, igualmente, el respeto a las debidas garantías que tienen que observarse por la Administración en el desarrollo de estos procedimientos. La puesta en práctica de las disposiciones sobre administración electrónica y la tramitación de procedimientos administrativos por esta vía, entraña una serie de dificultades de índole técnica que vienen determinando que se venga demorando su entrada en vigor en las distintas leyes reguladoras de esta materia.

La cuestión es compleja, y no sólo por las dificultades tecnológicas consustanciales a este proceso. Se trata de implementar un cambio profundo en la forma habitual de relacionarse con la Administración que exige, tanto a ésta como a los ciudadanos, la adaptación a nuevos medios y formas de interrelación que, inevitablemente, requiere de un periodo de ajuste, y no sólo para que las Administraciones Públicas se doten de los medios y normas que posibiliten el funcionamiento de la administración electrónica, sino también para que un sector importante de la ciudadanía poco familiarizado con la utilización de estos medios tecnológicos vaya pudiendo adaptarse a estos cambios importantes en la forma de comunicarse y relacionarse con la Administración. Tanto es así, que en el art. 16.4 de la LPAC está previsto la creación de oficinas de asistencia en materia de registros para facilitar la presentación electrónica de documentos en los registros electrónicos públicos, ante las previsibles dificultades que ello va a comportar para un sector importante de población, y que siguen pendientes de crear en nuestra Comunidad Autónoma.

Tras valorar los hechos denunciados y las circunstancias que se han producido, concluimos poniendo de manifiesto a la Administración que la utilización de medios electrónicos en las relaciones de los ciudadanos con las Administraciones Públicas, se configura como un derecho de éstos y una obligación correlativa de aquéllas que deberán dotarse de los medios y adoptar las medidas que procedan para posibilitar su ejercicio efectivo.

En este contexto, **resulta obligado mejorar las versiones de las aplicaciones informáticas que soportan estos procesos**, a fin de corregir las incidencias detectadas, adaptarlas a las demandas de los usuarios y



garantizar su uso eficaz, a fin de evitar disfuncionalidades y situaciones equívocas que pudieran terminar afectando a la efectiva tramitación de los procedimientos administrativos y al ejercicio de los derechos afectados por la misma.

Es por ello que, en tanto se generaliza la tramitación de procedimientos electrónicos y se familiariza la ciudadanía con su utilización, se sugiere a las Consejerías afectadas que en los procesos selectivos de personal que tengan que realizar, en los que se prevea la tramitación telemática de la presentación de solicitudes y documentación, así como de abono de tasas, se regule el procedimiento electrónico a seguir y se configure el aplicativo informático que le sirva de soporte del modo más claro y garantista posible a fin de evitar cualquier situación de confusión o equívoco que pueda obstaculizar o dificultar el ejercicio del derecho fundamental de acceso a las funciones públicas.

La Consejería de Educación y el Servicio Andaluz de Salud muestran su conformidad con los criterios de nuestra Resolución.

En relación con la queja 17/4042, y dejando al margen la cuestión pendiente de decisión judicial relativa a la exclusión de los participantes en los procesos selectivos por la no presentación de la solicitud en el registro electrónico de la Junta de Andalucía en tiempo y forma, las circunstancias que han concurrido para que se produjeran los hechos controvertidos y las consecuencias que han tenido para las personas afectadas (exclusión de la Bolsa de Interinos y pérdida del puesto de trabajo), motivó que se abordara en nuestra intervención dichos extremos ante la posible afectación de otros derechos.

A este respecto, aunque es cierto que esas consecuencias -aún siendo desproporcionada, en nuestra opinión, por las circunstancias que se han dado para llegar a dicha situación- están así establecidas en el marco legal de aplicación, no es menos cierto que en el contexto en que se producen estos hechos **concurren pormenores que requieren de una ponderación adecuada para resolver la posible afectación de otros derechos y principios constitucionales** que entran en juego. En estos casos, referente indispensable a considerar debe ser el principio de equidad que consagra el artículo 3.2 del Código Civil cuando afirma que *“la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas”*.

Asimismo, en atención a estas circunstancias, con arreglo al principio general previsto en el art. 7 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre (LRJSP), las Administraciones Públicas, en el ejercicio de sus respectivas competencias, cuando establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos *“deberán aplicar el principio de proporcionalidad y elegir la medida menos restrictiva”*.

Es por ello que, en nuestra opinión, en el proceso de modificación del Decreto 302/2010, de 1 de junio, por el que se ordena la función pública docente, que se estaba acometiendo, sugerimos que se consideraran los principios referidos y pudieran ser tenidas también en cuenta las circunstancias expuestas en las consideraciones de la Resolución que se formuló a la Consejería de Educación, a fin de que por esta vía pudiera articularse algún planteamiento que permitiera corregir los efectos desproporcionados que, por los motivos expuestos, ha producido la aplicación vigente de esta norma a las personas promotoras de dicha queja.

Tras la modificación del referido Decreto, pudimos constatar que la sugerencia realizada no fue atendida.

1.5.2.5 Quejas relacionadas con el reconocimiento y ejercicio de derechos de los empleados públicos

1.5.2.5.3 Desbloqueo de la situación de reconocimiento de la carrera profesional a todos los profesionales del SAS

Un elevado número de profesionales sanitarios en la queja 17/3377 se dirigen a esta Institución para denunciar la situación de bloqueo del personal estatutario del SAS que no pudieron acogerse a la Resolución de la Dirección



General de Profesionales de esta Agencia de 31 julio de 2006, a fin de regular de forma extraordinaria y puntual las condiciones del personal sanitario estatutario, creando una diferenciación única, entre los profesionales del mismo sector y con la misma cualificación, únicamente por el hecho de sumarse o no, esa convocatoria extraordinaria y regulada en dicha resolución.

Consideran que este hecho provoca que el resto del sector sanitario se tenga que ir acreditando de forma continua a diferencia de aquéllos, lo que consideraban que implicaba **diferencias laborales, económicas y sociales, dentro del mismo ámbito laboral** y una situación de desequilibrio y de desigualdad de las oportunidades en el desarrollo de las condiciones laborales de dicho personal por esta circunstancia.

Tras habernos dirigido a la Dirección General de Profesionales del SAS solicitando el correspondiente informe, en el curso de la tramitación de esta queja tuvimos conocimiento del Acuerdo marco de la Mesa General de Negociación Común del personal funcionario, estatutario y laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, de 13 de julio de 2018 aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 17 de julio de 2018, y en el que se incluye, entre las finalidades a las que se van a destinar los fondos adicionales previstos en el punto Segundo.1 del mismo, en relación con el Sector Sanitario Público Andaluz: *“la recuperación y extensión a todas las categorías de la carrera profesional, incluida su consolidación en la promoción interna, también para el personal de las agencias públicas empresariales sanitarias”*.

Con posterioridad se nos informa por el SAS del Acuerdo de la Mesa Sectorial de Sanidad mantenida el 25 de julio de 2018, en la que por parte de la Administración sanitaria y las organizaciones sindicales del sector se acuerda reactivar de manera inmediata el modelo de Carrera Profesional para el personal Licenciado y Diplomado Sanitario, revocando la suspensión que establecía la Resolución del 29 de abril de 2014.

De este modo, según se afirma por dicha Administración, el SAS impulsará el proceso de Carrera Profesional y lo desarrollará, además, en aquellas categorías que aún no dispone del mismo, como es el caso de la categorías de Técnicos Superiores, Técnicos Sanitarios y Personal de Gestión y Servicios. Para ello se compromete a publicar una resolución para la reanudación de los procesos y a que la Administración sanitaria con las Organizaciones Sindicales establezcan un calendario de trabajo para la agilización de estos procesos.

A la vista de esta información procedimos al cierre de la queja al considerar que se encontraba en vías de solución.

1.5.3 Quejas de oficio, Colaboración de las Administraciones y Resoluciones no aceptadas

1.5.3.1 Quejas de oficio

- **Queja 18/1169**, dirigida a la Dirección General de Profesionales del Servicio Andaluz de Salud, relativa a la convocatoria de una **nueva Oferta de Empleo Público**, sin que se hayan resuelto las dos anteriores (año 2013-2015 y año 2016).
- **Queja 18/4017**, dirigida a la Dirección General de Profesionales del Servicio Andaluz de Salud, relativa al aumento de las **situaciones de violencia y agresiones a los profesionales sanitarios**.
- **Queja 18/4945**, dirigida a la Dirección General de Profesionales del Servicio Andaluz de Salud, relativa al límite de puntuación de la experiencia profesional en la **Bolsa de Personal de Enfermería interino del SAS**.
- **Queja 18/5175**, dirigida a la Dirección General de Profesionales del Servicio Andaluz de Salud, relativa a disconformidad en la **baremación “otros meritos”** en la Bolsa Única de Empleo del SAS (Poster).