

y **que las bases que los regulen establezcan unos requisitos y condiciones objetivas** que posibiliten la selección de los candidatos más idóneos para el desempeño de las funciones públicas que tengan que prestar.

Durante el año 2018 otra cuestión relevante objeto las intervenciones en este Área ha seguido siendo la que afecta a las condiciones de trabajo del personal de las **empresas adjudicatarias de la prestación de servicios públicos externalizados**.

El aumento de la acción externalizada del sector público ha puesto de manifiesto otra importante cuestión como es la del cumplimiento de las obligaciones laborales y sociales por parte de las empresas contratistas con respecto al personal a su servicio, a lo que no puede ser ajena la Administración contratante -atendiendo a los principios y obligaciones que establecen las normas comunitarias, estatales y autonómicas de aplicación en la materia- que tendrá que extremar las medidas de garantía y control, tanto en los pliegos rectores de la contratación, como en la ejecución de la prestación del servicio adjudicado.

La desigualdad en el reconocimiento de derechos a empleados públicos de la Administración de la Junta de Andalucía, en relación con la **recuperación del premio de jubilación**, según se trate de personal funcionario o personal laboral, también es valorada en el comentario de este Capítulo, así como la peculiar situación del personal de la Cámara de Comercio de Jaén, desde la perspectiva del ejercicio de las competencias de tutela de esta Corporación que corresponde a dicha Administración.

En el ámbito de las **políticas activas de empleo**, un año más se incluye en el comentario del presente Capítulo las enormes dilaciones en la tramitación y pago de las ayudas a las personas que participaron, hace ocho años, en cursos de formación ocupacional y que siguen sin abordarse de un modo decidido por la Administración para solventar esta inadmisibles situación. En este contexto, en este año también nos ha llamado negativamente la atención el criterio que ha seguido la Administración de empleo para desestimar peticiones de ayudas de participantes en curso celebrados cuando ya estaba en vigor una nueva norma reguladora de los mismos en base a interpretaciones jurídicas que consideramos que no tienen en cuenta los principios generales contemplados en el art. 9.3 CE y en el art. 133.1 EAA y que, en definitiva, serían contrarias al art. 14 del texto constitucional al establecer una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable.

Por último, en materia de pensiones destacar que durante 2018 se han recibido y tramitado diversas comunicaciones remitidas por **plataformas y movimientos sociales de defensa de las pensiones públicas** que nos planteaban diversas propuestas para la mejora del sistema público de pensiones y su pretensión de blindar las pensiones en la Constitución para que se prohíba expresamente cualquier medida que rebaje el poder adquisitivo real de las mismas o que permita la privatización, parcial o total, de este sistema público.

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.

1.5.2.13 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 TRLCSF, 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 las 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.**

“Vertiente social de la contratación pública”

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.

1.5.2.2 Acceso y mantenimiento en el empleo público de las personas con discapacidad

En desarrollo de los principios constitucionales y estatutarios que garantizan a las personas con discapacidad su derecho a la igualdad de oportunidades, el art 35.1 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (LGDPD) reconoce su derecho al trabajo, en condiciones que garanticen la aplicación de los principios de igualdad de trato y no discriminación, estableciéndose, asimismo, en su art. 42.1, que “*las empresas*