

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*

públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 por 100 sean trabajadores con discapacidad”, y disponiéndose, en el art. 64 de dicho texto legal, que “con el fin de garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades a las personas con discapacidad, los poderes públicos establecerán medidas contra la discriminación y medidas de acción positiva”.

En el ámbito del empleo público, el art. 59 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) establece la obligatoriedad de que “*en las ofertas de empleo público se reserve un cupo no inferior al siete por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad, ... de modo que progresivamente se alcance el dos por ciento de los efectivos totales que se requiere en cada Administración Pública*”. En esta misma línea, se pronuncia la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Por su parte, la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y Atención a las personas con Discapacidad en Andalucía (LDAPDA), en su art. 8, prevé que para garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, “*las Administraciones Públicas de Andalucía, en el ámbito de sus competencias, deberán adoptar medidas contra la discriminación, de acción positiva, de igualdad de oportunidades y de fomento y defensa de las personas con discapacidad*”, estableciéndose a este respecto, en el art. 28.1 de la misma, diversas medidas de acción positiva.

Este marco normativo va encaminado a hacer efectiva la igualdad de oportunidades e integración laboral de las personas con discapacidad en el ámbito público, proscribiendo cualquier tipo de discriminación y comprometiendo a las Administraciones públicas a adoptar medidas de acción positiva para garantizar estos principios en dicho ámbito.

Entre las intervenciones desarrolladas por el Defensor del Pueblo Andaluz en el año 2018 para la defensa del derecho de acceso al empleo público de las personas con discapacidad, cabe destacar las siguientes:

1.5.2.2.1 Incumplimiento del cupo de reserva de plazas para el acceso de las personas con discapacidad al ámbito profesional de personal docente e investigador de las Universidades

En el año 2017 esta Institución, ante el evidente incumplimiento de las Universidades públicas andaluzas de la reserva de plazas para el acceso de las personas con discapacidad al ámbito profesional de personal docente e investigador, procedió a la apertura de oficio de la **queja 17/3685**

Las Universidades andaluzas, en virtud de los principios constitucionales y estatutarios y las leyes que los desarrollan para garantizar la igualdad real y efectiva de las personas con discapacidad en su acceso al empleo público, deben reservar un porcentaje de plazas de personal docente e investigador, en sus ofertas de empleo público, en favor de dichas personas.

Por diversas razones de índole económica e interpretación jurídica y ante la singularidad de las convocatorias de plazas para este colectivo profesional, **las Universidades andaluzas vienen incumpliendo esta obligación legal de reserva de cupo** en este ámbito.

Ante esta situación se recomienda a los Rectorados de las Universidades andaluzas que “*elaboren un censo de personal que contemple el número de efectivos que tiene reconocida la condición de personas con discapacidad, para determinar el número de plazas necesarias para cumplir con el porcentaje del 2% de las mismas entre sus efectivos totales que se requieren en cada Administración pública e incluir en la correspondiente planificación de sus recursos humanos las medidas necesarias que permitan progresar en su cumplimiento.*

Asimismo, se recomienda que, por parte de las Universidades públicas de Andalucía, de acuerdo con lo establecido en la normativa vigente se adopten las medidas necesarias para que en las ofertas públicas de empleo que realicen las mismas para cubrir plazas de PDI, se reserve el porcentaje mínimo que establezca la normativa vigente en favor de las personas con discapacidad, y que por sus órganos de gobierno se aprueben los criterios y

procedimientos para llevarlo a la práctica, así como que se doten de un reglamento interno que disponga medidas de acción positiva que establezca los apoyos, recursos y ajustes necesarios que puedan precisar estas personas para el eficaz desempeño de las funciones de docencia e investigación”.

En el curso de la tramitación de esta queja, también nos dirigimos al Defensor del Pueblo de las Cortes Generales para que instara a los Ministerios de Hacienda y Educación a que las plazas correspondientes al cupo de reserva no se computarán para cubrir la tasa de reposición a fin de propiciar el cumplimiento de esta medida.

Las Universidades andaluzas, en el año 2018, contestaron valorando positivamente la Resolución y aceptándola. Asimismo, los Ministerios a los que nos dirigimos, a través del Defensor del Pueblo, contestaron mostrando su coincidencia con los criterios de la Resolución, si bien el Ministerio de Hacienda consideró que la sugerencia que se le trasladó no podía llevarse a la práctica por cuestiones de legalidad presupuestaria.

Como complemento a esta intervención, con motivo del Día Internacional de las Personas con Discapacidad, el Defensor del Pueblo Andaluz, para contribuir a reforzar la garantía de los derechos de este colectivo, promovió y organizó la celebración, el día 3 de diciembre de 2018, de una **Jornada** en relación con este asunto, que se cerraron con unas **conclusiones** que refuerzan las recomendaciones realizadas por la Institución.

Dicha jornada se dirigió a la comunidad universitaria, personas con discapacidad, organizaciones representativas de estos colectivos y sociedad en general, a fin de dar a conocer los resultados de esta investigación e intercambiar experiencias e iniciativas que permitieran avanzar en la adopción de las medidas que aseguren el cumplimiento de la obligación de reserva legal de plazas de PDI en las convocatorias de acceso al empleo público que realicen las Universidades públicas andaluzas y que permitan pasar definitivamente del “derecho a los hechos” en esta materia.

1.5.2.2 Cobertura de vacantes de plazas reservadas para personas con discapacidad intelectual en la Bolsa de Interinos de la Administración de la Junta de Andalucía

En el año 2018, se tramitó la **queja 18/3491** a instancia de la persona interesada, en la que se denunciaba la vulneración de sus derechos para el acceso a un puesto público en su condición de persona con discapacidad intelectual, como consecuencia de la actuación de la Dirección General de Recursos Humanos y Función Pública al realizar el llamamiento múltiple para la cobertura de vacantes de personal funcionario interino en el Cuerpo de Auxiliares Administrativos de la Administración de la Junta de Andalucía. Considera que se había producido una situación de indefensión al no ser nombrada por incomparecencia a la sesión convocada, sin que se hubiera contactado con ella, previamente, vía telefónica o por email como está establecido en la norma reguladora de esta materia.

La Resolución de 18 de julio de 2014 de la Dirección General de Recursos Humanos y Función Pública, en su apartado 6, regula el procedimiento a seguir para realizar el llamamiento de candidatos incluidos en la Bolsa para la elección de vacantes, contemplando la posibilidad de que los llamamientos sean individuales o colectivos “*atendiendo al número y características de las vacantes a ofrecer*”, “*siendo la vía telefónica el medio de comunicación preferente con los interesados con el fin de agilizar las actuaciones*”.

En el apartado 6.6 de la Resolución se prevé la posibilidad de efectuar llamamientos múltiples “*si el número o características de los puestos a ofertar lo hicieran necesario*”, y que consistirá “*en la citación, por orden de prelación, para la asistencia a una sesión presencial en las dependencias de la Dirección General, de Recursos Humanos y Función Pública, en la que se ofertarán los puestos de trabajo a cubrir*”. Si bien, se contempla igualmente en el mismo que “*de no ser posible contactar telefónicamente, la notificación se practicará por correo electrónico, sms o cualquier otro medio que permita su rápida localización, con el fin de no paralizar el procedimiento*”.

De acuerdo con esta regulación, lo primero que llama la atención es que **en ningún momento la Administración hace uso de alguno de los medios considerados como preferentes para el llamamiento de las personas candidatas** ya sea vía telefónica (calificado así en la propia Resolución reguladora) y, de no ser posible, mediante correo electrónico, sms o cualquier otro medio que hubiese permitido su rápida localización, y de los que disponía dicha Administración, con el fin de no paralizar el procedimiento.

Por el contrario, la Dirección General de Recursos Humanos y Función Pública ha utilizado la modalidad del llamamiento múltiple contemplada en el apartado 6.6 de la Resolución, procediendo a la publicación del correspondiente anuncio en la web del Empleado Público, que surte efectos de notificación, de acuerdo con lo establecido en el art. 45.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Sin embargo, como se dispone en dicho precepto, *“en este caso, la convocatoria del procedimiento deberá indicar el medio donde se efectuarán las sucesivas publicaciones, careciendo de validez las que se lleven a cabo en lugares distintos”*. Indicación ésta que no se contiene en la Resolución de dicha Dirección General reguladora de los procedimientos de selección de personal funcionario interino, así como tampoco en las Resoluciones posteriores que aprueban las relaciones de aspirantes para acceder a esta condición tras la conclusión de los procesos selectivos de las sucesivas ofertas de empleo público.

La notificación individualizada preferente, vía telefónica o electrónica, que se contempla en la mencionada Resolución, y que puede realizarse y ser complementaria a la publicación del anuncio en el caso de que se opte por la modalidad de llamamiento múltiple, es aún más necesaria en el caso de cobertura de vacantes correspondientes al cupo de personas con discapacidad intelectual, en atención a sus singulares circunstancias, que hacen de la modalidad de llamamiento colectivo a través de anuncio en la web del Empleado Público una opción absolutamente inadecuada para garantizar la igualdad de oportunidades de estas personas en el acceso al empleo público.

Téngase en cuenta, a este respecto, que el art. 28.2 de la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los derechos y atención a las personas con discapacidad en Andalucía, exige a las Administraciones públicas andaluzas adoptar las medidas precisas que permitan garantizar a las personas con discapacidad que participen en procesos selectivos, el principio de igualdad de oportunidades y de trato para su acceso al empleo público, para lo que deberán establecer el tipo de sistema selectivo más adecuado en atención a la naturaleza de los diferentes tipos de discapacidad. Entre las medidas necesarias, según se dispone en dicho precepto, *“se tendrá especial incidencia en la accesibilidad cognitiva”* a fin de posibilitar el acceso al empleo público de las personas con discapacidad intelectual.

Al constatarse que no se había publicado el lugar en que se anunciarían las convocatorias de estos llamamientos múltiples y que no se habían utilizado ninguno de los medios considerados como preferentes para el llamamiento de las personas candidatas, se recomendó a la Administración que adoptara las medidas oportunas, a la mayor brevedad posible, **a fin de salvaguardar el derecho de la interesada y proceder al nombramiento de la misma como funcionaria interina.**

Asimismo, ante los efectos desproporcionados de las consecuencias que se atribuyen a la incomparecencia en caso de llamamientos múltiples observados en la tramitación de esta queja, se sugiere también a la Administración que modifique la regulación de las penalizaciones previstas para estos supuestos limitando la exclusión temporal a un año en la Bolsa correspondiente, en caso de renuncia injustificada, sin que se extienda dicha penalización respecto al resto de las Bolsas de las que la persona aspirante a estos nombramientos pudiera formar parte.

Se está a la espera de la contestación a la Resolución por parte de la Dirección General de Recursos Humanos y Función Pública.

1.5.2.2.3 Incumplimiento de la reserva legal para personas con discapacidad en las bolsas de trabajo de personal docente

Durante el año 2018 se ha tramitado la **queja 17/6244** promovida por la representante de la Asociación de Docentes Discapacitados Andaluces para denunciar la no aplicación por la Consejería de Educación de la Ley 4/2017, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía, al no establecer el cupo de reserva para discapacitados en las convocatorias que se vienen publicando para el acceso extraordinario a bolsas de trabajo de distintas especialidades de los Cuerpos de Maestros y de Profesores de Enseñanza Secundaria, Profesores Técnicos de F.P., Profesores de Escuelas Oficiales de Idiomas, Profesores de Música y Artes Plásticas.

Solicitado el correspondiente informe a la Consejería, se nos comunicaba que dicha cuestión se tenía previsto reglar en el apartado 7 del art. 11 de la Orden reguladora de esta materia del siguiente modo: “A tal efecto, en cada Bolsa de las especialidades y cuerpos docentes se incluirá a la persona con discapacidad que corresponda por su orden, tras cada nueve personas integrantes de dicha bolsa, ordenadas según se dispone en este artículo. El hecho de que en cada tramo figure por su propio orden una persona con discapacidad no alterará lo establecido anteriormente”. Ante dicha respuesta dimos por concluida nuestras actuaciones al considerar que con dicha regulación se daba cumplimiento al mandato legal.

No obstante, en el texto de la Orden 18 de junio de 2018, publicado en el BOJA de 21 de junio, en el apartado 7 del art. 12, al regular la ordenación de las personas con discapacidad en las bolsas de personal docente, se incluye un nuevo inciso en la redacción del referido apartado en los siguientes términos: “(...) **sin que ello pueda conllevar alteración del orden establecido en el apartado 1 de este artículo (...)**”.

Ante la duda de que la interpretación que se pudiera dar a dicho párrafo fuera la de **priorizar el tiempo de servicio sobre la discapacidad reconocida a las personas incluidas en la bolsa en esa situación**, así como, en su caso, por el posible cambio de planteamiento que se nos había comunicado con anterioridad, solicitamos a la Dirección General de Profesorado y Recursos Humanos la aclaración de esta posible interpretación y nos informe, concretamente, sobre los criterios a seguir en el ámbito de aplicación de la Orden de dicha Consejería 18 de junio de 2018 para posibilitar el acceso de las personas con discapacidad al empleo público en el ámbito docente de acuerdo con lo establecido en el art. 28.1 de la Ley 4/2017.

Ante la insuficiencia de la respuesta remitida, reiteramos la solicitud de información sobre los aspectos concretos solicitados, junto con la documentación que estimara oportuna para el esclarecimiento del asunto en cuestión, entre la que considerábamos que debía ser incluido el informe jurídico en el que se valora la adecuación a la legalidad vigente de dichos aspectos y al que se había hecho referencia en una conversación telefónica mantenida con dicha Dirección General.

Dado que el informe jurídico remitido era el correspondiente al Proyecto de la Orden reguladora de las Bolsas de Trabajo Docentes y no el que se había solicitado, se ha vuelto a reiterar dicha petición estando a la espera de su remisión para adoptar una decisión sobre esta queja.

1.5.2.3 El principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el ámbito del acceso al empleo público y el desarrollo de las condiciones de trabajo

Durante el año 2018 se han tramitado varias quejas que han afectado al principio constitucional de igualdad de trato entre hombres y mujeres para el acceso al empleo público y el desarrollo de las condiciones de trabajo, y que tenían como denominador común la **discriminación que consideraban que estaban padeciendo a consecuencia de su situación de maternidad**.

“Discriminación por maternidad”

La igualdad entre mujeres y hombres es un principio jurídico universal consagrado en el art. 14 de la CE y reconocido en diversos textos internacionales sobre derechos humanos ratificados por España, así como en diversas directivas comunitarias en materia de igualdad de trato (refundidas en la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio).

En el ámbito del empleo público, este principio también está presente en el Estatuto Básico del Empleado Público en todo su articulado (artículos 49, 60.1, 61.1, 82, 89 y 95.2.b, entre otros), garantizándose en su art. 49.c) “la plenitud de derechos económicos de la funcionaria” durante el periodo de maternidad.

Para la incorporación al ordenamiento jurídico español de estos principios, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad efectiva entre Mujeres y Hombres, sujeta a los poderes públicos en su actuación a una serie de