

02. A Debate



Viviendas para alquiler turístico.

Hay que controlar las viviendas protegidas que se destinan al alquiler turístico.

En 2017 iniciamos de oficio, [la queja 17/0697](#) al tener conocimiento de la posibilidad de que viviendas protegidas se pudiesen estar empleando por las personas adjudicatarias como viviendas turísticas.

Cualquier destino diferente al de residencia habitual u otro autorizado expresamente que se dé a las viviendas concedidas en régimen de protección, **desvirtúa la función social de estas viviendas y perjudica a las personas demandantes en lista de espera.**

En consecuencia, se solicitó a las administraciones información sobre las actuaciones que hubieran realizado para garantizar que las viviendas protegidas se destinan a residencia habitual y permanente de la persona titular. En sus informes, señalaban que no habían recibido denuncias o reclamaciones de este tipo.

En cuanto a la existencia de algún mecanismo que permita detectar este tipo de uso de las viviendas protegidas, se indica que por parte de las Delegaciones Territoriales de Cultura, Turismo y Deporte se comunican periódicamente las altas en el Registro de Turismo de Andalucía, si bien dicha información no permite detectar si se trata de una vivienda protegida de algún parque público residencial.

La normativa reguladora de las viviendas turísticas no impide que viviendas protegidas puedan llegar a inscribirse y emplearse con este fin. Así, en la documentación que se deberá aportar tras la inscripción de la vivienda en el Registro de Turismo para acreditar el cumplimiento de los requisitos necesarios para el uso de la vivienda con esta finalidad, no figura ningún documento del que se pueda deducir que la vivienda se encuentra o no en un régimen de protección pública. Tampoco se prevé que en la visita de inspección que habrá de llevarse a cabo en la vivienda de acuerdo con el Decreto 144/2003, de 3 de junio, de la Inspección de Turismo, a fin de comprobar el cumplimiento de los requisitos turísticos exigidos, se incluya la verificación de esta circunstancia.

Sí es posible detectar casos de incumplimiento de las condiciones de uso de las viviendas protegidas, a través de denuncias de otros ciudadanos o de la verificación de su uso que se lleve a cabo por las administraciones titulares de los diferentes parques públicos residenciales, con el consiguiente inicio de expediente sancionador y/o de desahucio administrativo.

Por otra parte, esta Institución es conocedora de que, en la práctica, las actuaciones verificadoras son insuficientes para el amplio número de viviendas protegidas existentes.



Analizado todo lo anterior, esta Defensoría observó la inexistencia de mecanismos adecuados, tanto por parte de la Consejería de Fomento y Vivienda como de la Consejería de Turismo y Deporte, para evitar que viviendas protegidas puedan de facto inscribirse en el Registro de Turismo de Andalucía y utilizarse como viviendas turísticas, de forma que no solo es posible, sino fácil llevar a la práctica un uso ilegítimo de la misma sin que sea detectado por las Administraciones competentes.

A la vista de todo ello y en virtud del artículo 29 de nuestra ley reguladora, se formuló a ambas Administraciones Resolución en el sentido de que adoptasen los cambios normativos necesarios e implementen medidas eficaces en sus respectivos ámbitos competenciales para **preservar la función social de la vivienda protegida, garantizando que esta no se pueda emplear como vivienda turística**; así como que se coordinen de forma adecuada de modo que, cuando se detecte por la primera que una vivienda protegida pretende utilizarse o se está utilizando con finalidad turística, se dé traslado a la segunda a fin de iniciar las actuaciones pertinentes.

Dicha Resolución ha sido aceptada por ambas administraciones, comprobando que se han implementado medidas en sus respectivos ámbitos competenciales para preservar la función social de la vivienda protegida.

El papel del denunciante.

La necesaria revisión del papel del denunciante en el ámbito de las relaciones de consumo.

Ha sido una constante en nuestra tradición jurídica la equiparación de la figura de la persona denunciante en el ámbito del procedimiento administrativo a la del mero interesado o interesado simple, en cuanto al reconocimiento de derechos respecto del propio procedimiento sancionador que pudiera, en su caso, incoarse como consecuencia de una denuncia presentada.

Esto se ha venido traduciendo en una limitación de los derechos del denunciante a ser informado sobre la decisión de incoación o no del procedimiento sancionador, sobre el desarrollo del mismo o sobre la resolución que se adopte finalmente. Limitación que se hace extensiva al derecho a presentar alegaciones, ser llamado al trámite de audiencia o presentar recursos.

El argumento principal para estas restricciones ha sido considerar que el denunciante se limita con su denuncia a activar el ejercicio por la administración de sus deberes de persecución y sanción de los ilícitos administrativos, sin que de su denuncia se derive la condición de interesado en el procedimiento que pueda incoarse, ya que su papel se ha limitado a dar cumplimiento a un deber público.

Esta tradición jurídica viene siendo puesta en cuestión desde hace tiempo por parte de un sector de la doctrina que considera que la misma no parece muy acorde con las **nuevas legislaciones que proclaman la transparencia de los poderes públicos en su actuación administrativa o con aquellas que vienen reconociendo un plus de legitimidad a las asociaciones que defienden derechos e intereses colectivos**. La discrepancia es especialmente notoria en lo que se refiere a las limitaciones al derecho de acceso a la información que supone la negativa a comunicar al denunciante la decisión de incoar o no el procedimiento o informarle sobre el sentido de la resolución recaída en el mismo.

En esta línea de cuestionamiento de **la posición tradicional del denunciante cabría enmarcar alguna jurisprudencia reciente que reconoce** los derechos propios del interesado cualificado a quienes acreditan algún tipo de interés en el resultado del procedimiento sancionador, ya sea por incidir en sus derechos e intereses individuales o por tener relación con los derechos e interés colectivos que propugnan.

Siguiendo estas líneas doctrinales y jurisprudenciales, esta Institución viene, desde hace ya algún tiempo posicionándose **a favor de un mas amplio reconocimiento de derechos a los denunciantes en el ámbito del procedimiento sancionador**, en particular cuando dichos denunciantes son



asociaciones que defienden derechos e intereses colectivos y se considera que la resolución que pueda dictarse en dicho procedimiento pueda afectar a los derechos e intereses que defienden.

En este sentido, el año pasado informábamos del inicio de oficio de la queja 17/6582, mediante la que pretendíamos promover la modificación de los criterios utilizados por los Servicios de Consumo para responder a las denuncias de las personas consumidoras y sus asociaciones, así como proponer modificaciones normativas que permitan mejorar el **papel del denunciante en el procedimiento sancionador en materia de consumo**.

Esta queja ha dado lugar a una Resolución, dirigida a la Dirección General de Consumo, para que promoviese una modificación legal del procedimiento sancionador de consumo para establecer la obligación de comunicar al denunciante el acuerdo que se adopte sobre inicio o no del expediente y, en su caso, la resolución que le ponga fin.

Por otra parte le solicitábamos que se admitiera que las asociaciones representativas de las personas consumidoras y usuarias, tienen interés legítimo para ser parte en el procedimiento sancionador si acreditan que la resolución que se dicte puede afectar a tales intereses.

Igualmente se formuló recomendación para que los Servicios de Consumo faciliten a cualquier persona que invoque el derecho de acceso a la información pública la documentación relacionada con el acuerdo de inicio del expediente sancionador y la resolución sancionadora, sin que dicho derecho pueda ser limitado salvo en los supuestos legalmente estipulados en la normativa, que deben ser aplicados siempre de forma restrictiva, previa resolución motivada y procurando el acceso parcial a la información siempre que sea posible.

Hasta el momento, y a la espera de un pronunciamiento específico sobre el derecho de acceso a la información pública, la respuesta recibida ha sido negativa alegando la normativa básica estatal de procedimiento administrativo.

Por nuestra parte, tenemos intención de seguir incidiendo en esta cuestión, ya que estamos convencidos de que es necesaria una evolución en la tradición jurídica sobre la figura del denunciante en el procedimiento sancionador que adecue la misma a una nueva era marcada por principios como transparencia y participación.

Educación de calidad.

Apostando por un sistema educativo de calidad.

La educación es el instrumento de transformación más poderoso para promover los derechos humanos, erradicar la pobreza y construir un futuro más equitativo, inclusivo y sostenible.

La Defensoría ha venido siendo testigo de las nuevas demandas de la ciudadanía y los nuevos retos a los que se ha debido enfrentar el sistema educativo en los últimos años. Atrás quedaron aquellos tiempos en los que el principal reto era conseguir la generalización de la enseñanza obligatoria hasta los dieciséis años, permitiendo con ello la escolarización de toda la población andaluza durante, al menos, diez cursos.

En estos momentos las familias y los alumnos aspiran a acceder a centros escolares modernos, con infraestructuras adecuadas, dotados de los recursos personales y materiales necesarios, libres de violencia, donde se encuentren incorporadas las tecnologías de la información y la comunicación y donde se impulse el conocimiento de lenguas extranjeras.

También se exige una educación inclusiva y no segregadora para el alumnado afectado por algún tipo de discapacidad, a la par que se demanda recursos, becas y ayudas al estudio para el alumnado con necesidades de apoyo educativo asociadas a sus condiciones sociales desfavorables.

Y para quienes optan por las enseñanzas de Formación Profesional lo que se solicita por la ciudadanía es una oferta amplia y variada de titulaciones, con un acercamiento al tejido productivo y al mercado de trabajo, haciendo posible la conexión entre los centros de enseñanza y la actividad laboral.

Familias y alumnos demandan asimismo que los colegios e institutos de Andalucía cuenten con personal docente cualificado para impartirlos, implicados, responsables y sometidos a un proceso de formación permanente.

Solicitan de igual modo una mayor participación en las decisiones del centro que no quede reducida a entrevistas con los tutores sino que se extienda a todas las actividades que se propongan, a participar activamente en los consejos escolares y en las asociaciones de madres y padres.

“La educación es el instrumento de transformación más poderoso para promover los derechos humanos, erradicar la pobreza y construir un futuro más equitativo, inclusivo y sostenible”



Por todas estas razones, las reclamaciones que venimos tramitando ponen de manifiesto la necesidad de continuar trabajando para conseguir un sistema educativo en Andalucía de calidad. Un propósito que, en nuestro criterio, solo será posible cuando la búsqueda de la calidad de la educación sea el objetivo fundamental de toda política educativa.

A esta ardua pero imprescindible tarea sin duda contribuiría un pacto educativo consensuado por todas las fuerzas políticas. Un pacto que

otorgue estabilidad al actual sistema educativo. Una estabilidad que se considera no solo deseable sino imprescindible.

Sin embargo, hemos de lamentar que, a pesar de sus bondades y aciertos, este acuerdo continúa siendo una asignatura pendiente a punto de convertirse ya en una misión imposible.

Maternidad y empleadas públicas.

La protección de la situación de maternidad de las empleadas públicas. ¿Realidad o aspiración?

Por increíble que parezca, todavía, en el año 2018, el Defensor del Pueblo andaluz ha tenido que tramitar 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 las mujeres afectadas estaban padeciendo a consecuencia de su situación de maternidad.

A pesar de la mayor protección legal de la que goza la mujer embarazada en el acceso y desarrollo de su actividad profesional en el sector público, y a que se hayan garantizado específicamente sus derechos durante esta situación con la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de Marzo, para

la igualdad efectiva de Mujeres y Hombres, aún subsisten situaciones discriminatorias en las que la empleada pública o la mujer que aspire a serlo se ve perjudicada para poder ejercer sus derechos por el hecho de estar embarazada; es decir, por ser mujer.

Durante 2018 han sido significativas las quejas tramitadas por esta Institución que afectaban al principio constitucional de igualdad de trato entre hombres y mujeres para el acceso al empleo público y al desarrollo de sus funciones, y que presentaban como denominador común la discriminación que consideraban que estaban padeciendo las mujeres promotoras de las mismas a consecuencia de su situación de maternidad.

En el ámbito del empleo público, el Estatuto Básico del Empleado Público, norma básica en la materia, incorpora este principio en toda su regulación quedando expresamente garantizada la plenitud de derechos de la empleada pública durante el periodo de maternidad.

Este marco legal viene refrendado por una consolidada doctrina del Tribunal Constitucional sobre discriminación por razón de sexo que considera como tal *"aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constancia del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tenga con el sexo de la persona una conexión directa o inequívoca"*. Y que, en el ámbito del empleo público, se ha manifestado con rotundidad en contra de que *"la maternidad fuese obstáculo para el acceso al empleo público, a la promoción y a la formación profesional de las mujeres"*.

Pues a pesar de este marco legal y jurisprudencial, que no deja lugar a dudas sobre el nivel máximo de protección que tiene la situación de maternidad en nuestro ordenamiento jurídico, siguen llegando a la Institución quejas que ponen de manifiesto que, en el ámbito del empleo público, todavía se dan circunstancias en las que la preconizada plenitud de derechos de la mujer durante esa situación sigue siendo una aspiración más que una realidad.

Entre las quejas que denuncian esta discriminación, resulta muy ilustrativa la que nos dirigió una funcionaria docente en prácticas, que denunciaba la discriminación que venía sufriendo a causa de su maternidad, al no haber podido realizar las prácticas preceptivas, tras aprobar los

“Todavía, en el año 2018, el Defensor del Pueblo andaluz ha tenido que tramitar varias quejas referidas al principio constitucional de igualdad entre hombres y mujeres para el acceso al empleo público y las condiciones de trabajo, y que tenían como denominador común la discriminación de las mujeres por su maternidad”.



ejercicios de su oposición, en el curso que correspondía a la promoción en que participó y ser relegada al lugar siguiente al de la última persona seleccionada en su especialidad en la promoción correspondiente al curso escolar en que habría concluido sus prácticas, por estar así previsto en las bases de la oposición a que concurrió.

Se equipara con ello el tratamiento que se da a aquellos aspirantes que no hubieren sido considerados aptos tras la realización de las prácticas, con el supuesto de no haber podido realizarlas por motivo de maternidad, lo que supone una clara penalización por esta causa y constituye, evidentemente, una discriminación directa por razón de sexo.

También es significativa la queja presentada por una funcionaria de la Administración de la Junta de Andalucía ante la negativa al pago del complemento de productividad que había solicitado a causa de la situación de embarazo de riesgo en que se encontraba y por la que se le había prescrito la correspondiente baja laboral. La Administración justifica esta negativa en la consideración de la situación de "embarazo de riesgo" como una situación protegida de "incapacidad temporal por contingencias comunes", distinguiéndola de la de "riesgo durante el embarazo" que goza de una protección especial. Interpretación que va en contra del régimen jurídico y de la reiterada doctrina jurisprudencial de protección de la

situación de maternidad, en su sentido más amplio, y en concreto del art. 49.c) EBEP que garantiza "la plenitud de derechos económicos de la funcionaria" durante el periodo de maternidad.

Esperamos que tras las resoluciones efectuadas a las Administraciones afectadas se adopten de inmediato las medidas recomendadas para evitar la repetición de estas situaciones y garantizar de forma efectiva a las mujeres sus derechos durante toda la situación de maternidad.

Empresas contratistas.

El cumplimiento de las obligaciones laborales y sociales por las empresas contratistas. ¿Obligación contractual de segunda categoría?

Durante el año 2018 se han incrementado las quejas recibidas en esta Institución que afectan 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 una 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.

La nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, incorpora como otra de sus novedades más importantes la protección de los trabajadores que realizan la prestación contractual, introduciendo importantes novedades en la regulación de esta materia que pretenden asegurar la protección de los derechos laborales y sociales de este personal por parte de la empresa contratista durante la ejecución del contrato.

La más importante de estas medidas es, sin duda, la incorporación novedosa al art. 211.1. i), como causa de resolución contractual, "el impago, durante la ejecución del contrato, de los salarios por parte del contratista a los trabajadores que estuvieran participando en la misma, o el incumplimiento de las condiciones establecidas en los convenios colectivos en vigor para estos trabajadores también durante la ejecución del contrato".



Esta nueva causa de resolución se desvincula del incumplimiento de las obligaciones derivadas del objeto del propio contrato, como venía ocurriendo hasta ahora, para vincularse al cumplimiento de otras obligaciones específicas al margen del objeto contractual, como son las que derivan del cumplimiento de la normativa laboral, y que será aplicable a cualquier tipo de contrato administrativo, bien por una causa genérica (el incumplimiento de las condiciones previstas en los convenios colectivos) o específica (impago de salarios)

En este contexto, lo cierto es que en la ejecución de estos contratos se presentan múltiples incidencias en cuanto al cumplimiento de las obligaciones laborales por parte de las empresas contratistas que debe resolver la Administración contratante. Sin embargo, ante el conocimiento de las mismas, el órgano público de contratación, o bien no procede a la apertura del correspondiente expediente informativo o de penalización, o bien, cuando se procede a la apertura de dichos expedientes, su conclusión 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.

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.**

Grado de discapacidad.

La discapacidad necesita un procedimiento.

El Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, regula el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad.

Dicha normativa estatal atribuye a las Comunidades Autónomas a las que se hubieran transferido las funciones en materia de calificación de grado de discapacidad, la competencia para el reconocimiento

del mismo, especificando que dicha competencia, así como la gestión de los expedientes de valoración y reconocimiento de grado, se ejercerán con arreglo a los principios generales y disposiciones de común aplicación contenidos en la ley reguladora del procedimiento administrativo común, con las especialidades establecidas en el propio Real Decreto y sus normas de desarrollo (artículo 6).

Mucho ha llovido desde que se aprobara la mentada norma, cuyo texto ha visto sucederse varias leyes de procedimiento administrativo, hasta llegar a la vigente Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas.

Esta circunstancia, unida a la competencia autonómica en esta materia y a las necesidades organizativas y funcionales reveladas por los Centros de Valoración de la discapacidad en nuestra Comunidad, hacen **necesaria y conveniente una norma específica con rango de Decreto, que regule y desarrolle el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad en Andalucía**, de forma que se ajuste a la Ley y resulte más garantista de los derechos de las personas con discapacidad, mejorando el funcionamiento de los Centros de Valoración y minorando sus disfunciones y retrasos.

En este sentido, es habitual que en esta Defensoría tratemos las peticiones de personas que han solicitado el reconocimiento de su discapacidad o la revisión de la misma, sin que el expediente obtenga respuesta en el plazo establecido, así como que la Administración proporcione como parámetros de normalidad, tiempos de respuesta que exceden del preceptivo. En otras ocasiones, son otras incidencias de índole organizativa y estructural (gestión de citas o déficits de personal), las que motivan la protesta de la ciudadanía.

El planteamiento normativo autonómico planteado por nuestra parte, quedó supeditado a la previa aprobación de la Ley de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía, que cristalizó en la Ley 4/2017, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía.

La Ley 4/2017 entró en vigor el 24 de octubre de dicho año y, aunque hemos de decir que el proyecto de Decreto destinado a regular la organización y funciones de los Centros de Valoración y Orientación de personas con discapacidad en Andalucía y el procedimiento para la valoración del grado de discapacidad en la comunidad autónoma, se incluyó en el Plan Anual Normativo de 2018 (Acuerdo de 27 de marzo de 2018, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Plan Anual Normativo para el 2018, publicado en el **BOJA número 65 de 5 de abril de 2018**), hasta la fecha este Decreto no ha visto la luz, por lo que sigue sin cumplimentarse el desarrollo del artículo 36.3 de la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía.