

**RECOMENDACIONES  
Y SUGERENCIAS  
1986**

DEFENSOR DEL PUEBLO

**RECOMENDACIONES  
y  
SUGERENCIAS  
1986**

Madrid, 1990

## SUMARIO

	<u>Páginas</u>
<b>Recomendación 1/1986, de 15 de enero</b> , sobre el turno de consorte en concursos de traslado de Profesores de Enseñanza General Básica.....	8
<b>Recomendación 2/1986, de 24 de enero</b> , sobre mala práctica médica ....	15
<b>Recomendación 3/1986, de 26 de febrero</b> , sobre asistencia letrada al inculpado, en los momentos anteriores a la celebración del juicio oral.....	21
<b>Recomendación 4/1986, de 27 de febrero</b> , sobre declaración de responsabilidad empresarial, en supuesto de accidente de trabajo por infracción de medidas de seguridad.....	25
<b>Recomendación 5/1986, de 3 de marzo</b> , sobre suspensión de un porcentaje a satisfacer, en el pago de los medicamentos, a cargo de los pensionistas del Instituto Social de las Fuerzas Armadas .....	28
<b>Recomendación 6/1986, de 6 de marzo</b> , sobre medidas para la resolución de reclamaciones referidas a oposiciones a los Cuerpos Auxiliar y Administrativo de la Seguridad Social.....	30
<b>Recomendación 7/1986, de 10 de marzo</b> , sobre requisitos físicos exigidos en la convocatoria de pruebas selectivas para la Escala de Oficiales del Cuerpo de Auxiliares Postales y de Telecomunicaciones .....	32
<b>Recomendación 8/1986, de 12 de marzo</b> , sobre modificación del plazo de 15 años para el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas por los beneficiarios, en el sentido de limitarlo a cinco años.....	36
<b>Recomendación 9/1986, de 13 de marzo</b> , sobre posible modificación del Real Decreto 2224/1985, de 20 de noviembre, por el que se regula el acceso a la función pública local, del personal contratado o interino de las Corporaciones Locales .....	39

<b>Recomendación 10/1986, de 24 de marzo</b> , sobre el derecho fundamental a la defensa y a la asistencia letrada de los detenidos y presos .....	56
<b>Recomendación 11/1986, de 24 de marzo</b> , sobre retrasos en la Jurisdicción penal y remisión a los centros penitenciarios, mediante telegrama, del contenido esencial del fallo de las sentencias .....	58
<b>Recomendación 12/1986, de 2 de abril</b> , sobre generalización de adjudicación de viviendas en régimen de arrendamiento .....	62
<b>Recomendación 13/1986, de 3 de abril</b> , sobre creación de registros generales en los juzgados .....	65
<b>Recomendación 14/1986, de 9 de abril</b> , sobre remisión por correo certificado de las actuaciones del orden jurisdiccional penal.....	67
<b>Recomendación 15/1986, de 17 de abril</b> , sobre puesta en práctica de la Directiva 79/7, de 19 de diciembre de 1978, de la C.E.E. (Principio de igualdad en materia de Seguridad Social).....	69
<b>Recomendación 16/1986, de 17 de abril</b> , sobre asistencia de la Seguridad Social a los minusválidos y supresión de supuestos de discriminación por razón de sexo .....	76
<b>Recomendación 17/1986, de 29 de abril</b> , sobre modificación del sistema de convocatorias de plazas para el Regimiento de Movilización y Prácticas de Ferrocarriles .....	79
<b>Recomendación 18/1986, de 7 de mayo</b> , sobre expropiación de yacimiento arqueológico.....	83
<b>Recomendación 19/1986, de 21 de mayo</b> , sobre la consideración de los mensajeros como trabajadores por cuenta ajena, sometidos al Régimen General de la Seguridad Social.....	86
<b>Recomendación 20/1986, de 21 de mayo</b> , sobre falta de cobertura legal de la baja como demandante de empleo, acordada por el INEM, en los supuestos de no renovación de la demanda de empleo.....	89
<b>Recomendación 21/1986, de 21 de mayo</b> , sobre la no interposición de recursos o desestimiento de los ya interpuestos, basados en fundamentos de Derecho e interpretaciones normativas desautorizadas por la Jurisprudencia.....	93
<b>Recomendación 22/1986, de 21 de mayo</b> , sobre designación de consejeros electivos representantes de los emigrantes por el Consejo de Emigración y cobertura legal de las ayudas a entidades colectivas en Europa.....	96

<b>Recomendación 23/1986, de 4 de junio</b> , sobre nulidad de la Circular 17/1982, de la Dirección General de la Marina Mercante, sobre derechos laborales adquiridos.....	100
<b>Recomendación 24/1986, de 12 de junio</b> , sobre revalorización de prestaciones de la Mutualidad de Previsión Social de las Cámaras Oficiales de Propiedad Urbana de España.....	103
<b>Recomendación 25/1986, de 24 de junio</b> , sobre modificación de las condiciones de cobro y pago de la cuota de constitución del servicio telefónico en las zonas rurales .....	107
<b>Recomendación 26/1986, de 2 de julio</b> , sobre supresión de cuestionarios del Ministerio del Interior, a cumplimentar por funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía .....	109
<b>Recomendación 27/1986, de 15 de julio</b> , sobre gratuidad de las llamadas telefónicas de información, acerca del número de abonados y de las efectuadas a los servicios de policía gubernativa y municipal.....	112
<b>Recomendación 28/1986, de 23 de julio</b> , sobre la aplicación del acuerdo marco de 14 de noviembre de 1985 entre el Ministerio del Interior y organizaciones sindicales de policías .....	115
<b>Recomendación 29/1986, de 29 de julio</b> , sobre la Ley 12/1986, reguladora de las atribuciones profesionales de los Arquitectos e Ingenieros Técnicos .....	118
<b>Recomendación 30/1986, de 30 de julio</b> , sobre interpretación del artículo 114.3 del Estatuto de personal auxiliar sanitario titulado y auxiliar de clínica.....	126
<b>Recomendación 31/1986, de 14 de septiembre</b> , sobre denegación de subsidio temporal en favor de familiares por haber prescrito .....	130
<b>Recomendación 32/1986, de 17 de septiembre</b> , sobre publicación de edictos en periódicos no oficiales .....	134
<b>Recomendación 33/1986, de 18 de septiembre</b> , sobre expedientes de pensiones de muerte y supervivencia en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social.....	136
<b>Recomendación 34/1986, de 1 de octubre</b> , sobre cómputo de la retribución correspondiente a las guardias médicas, en el abono de las vacaciones y gratificaciones extraordinarias, al personal médico del Instituto Nacional de la Salud.....	139

<b>Recomendación 35/1986, de 6 de octubre</b> , sobre indemnización a los funcionarios de Administración Local, jubilados anticipadamente por la Ley 30/184, de 2 de agosto .....	143
<b>Recomendación 36/1986, de 8 de octubre</b> , sobre incumplimiento normativo en reserva de suelo para equipamientos sociales en urbanización de viviendas de protección oficial.....	147
<b>Recomendación 37/1986, de 13 de octubre</b> , sobre supresión de la obligación de presentar declaración del IRPF, por los pensionistas con cónyuge a cargo .....	149
<b>Recomendación 38/1986, de 16 de octubre</b> , sobre modificación de criterios en reintegro de prestaciones indebidas cuando el perceptor hubiere fallecido.....	151
<b>Recomendación 39/1986, de 30 de octubre</b> , sobre modificación del Oficio-Circular 3/1985, de 8 de enero, sobre pensiones del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez.....	152
<b>Recomendación 40/1986, de 31 de octubre</b> , sobre modificación del criterio de edad para dirimir empates en pruebas selectivas de acceso a la Función Pública.....	156
<b>Recomendación 41/1986, de 3 de noviembre</b> , sobre implantación de período de descanso por adopción.....	160
<b>Recomendación 42/1986, de 20 de noviembre</b> , sobre derecho a pensión de viudedad en los casos de separación de hecho.....	163
<b>Recomendación 43/1986, de 25 de noviembre</b> , sobre aplicación de inciso segundo del artículo 108 de la Ley General de la Seguridad Social, de 30 de mayo de 1974, referente a prestaciones especiales .....	168
<b>Recomendación 44/1986, de 28 de noviembre</b> , sobre concepto de centro de trabajo a efectos de elecciones sindicales del personal laboral dependiente de la administración pública.....	170
<b>Recomendación 45/1986, de 3 de diciembre</b> , sobre normas reguladoras de concesión de anticipos y actualización de salarios del personal de las instituciones sanitarias del INSALUD .....	174
<b>Recomendación 46/1986, de 10 de diciembre</b> , sobre defensa del inculpado en el proceso penal (artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).....	175
<b>Recomendación 47/1986, de 10 de diciembre</b> , sobre aplicación de los artículos 8.1 y 9.1 del Código Penal (enfermos mentales).....	181

<b>Recomendación 48/1986, de 23 de diciembre</b> , sobre cómputo y abono de horas extraordinarias nocturnas, al personal auxiliar sanitario y auxiliar de clínica de la Seguridad Social.....	187
<b>Recomendación 49/1986, de 29 de diciembre</b> , sobre continuidad de la atención prestada a los enfermos mentales por los servicios de la Fundación del Sanatorio Psiquiátrico de Conxo (La Coruña).....	192
<b>Recomendación 50/1986, de 30 de diciembre</b> , sobre aplicación y desarrollo reglamentario de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.....	197
<b>Recomendación 51/1986, formulada con ocasión del Informe a las Cortes Generales correspondiente a 1986</b> , sobre prescripción de faltas cometidas por jueces y magistrados.....	210
<b>Recomendación 52/1986, formulada con ocasión del Informe a las Cortes Generales correspondiente a 1986</b> , sobre adjudicación de Administraciones de Lotería.....	212
<b>Recomendación 53/1986, formulada con ocasión del Informe a las Cortes Generales correspondiente a 1986</b> , sobre tributación, por IVA, de vehículos autoturismos.....	215
<b>Recomendación 54/1986, formulada con ocasión del Informe a las Cortes Generales correspondiente a 1986</b> , sobre supresión de las reclamaciones económico-administrativas contra actos de entidades locales.....	217
<b>Recomendación 55/1986, de 5 de enero de 1987</b> , sobre desarrollo legislativo del artículo 25 de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria, en cuanto al acceso a la Universidad.....	221
<b>Índice analítico de Recomendaciones</b> .....	231

**Recomendación 1/1986, de 15 de enero, sobre el turno de consorte en concursos de traslado de Profesores de Enseñanza General Básica.**

*(BOCG. Congreso, Serie E, núm. 4, pág. 340)*

Durante los años 1983, 1984 y 1985, han comparecido ante esta institución funcionarios del Cuerpo de Profesores de EGB, mediante escritos de queja que superan el número de 150, manifestando su disconformidad en relación al denominado «derecho o turno de consortes», oponiéndose al mantenimiento de tal sistema a título meramente ejemplificativo cabe aludir a las siguientes quejas:

Queja 4.703/83 formulada por doña M. C. En su condición de profesora de EGB con destino provisional en el Colegio Público «Rafael Pazos Pria» de Getafe, Madrid, manifiesta literalmente que:

«en el concurso general de traslados, correspondiente al curso escolar 1983/84, y pese a estar vigente la Constitución desde hace cuatro años seguimos encontrándonos con la misma injusticia de siempre: quedan reservadas un 50 por ciento de dichas plazas para «derecho de consortes», considero que este derecho es discriminatorio y contrario a nuestra Constitución que en su artículo 14 dice: «los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquiera otra condición o circunstancia personal o social».

«La separación conyugal por razones de trabajo, es realmente tremenda, para los matrimonios y las familias son iguales aunque el cónyuge no sea funcionario, por otra parte las personas no casadas también tienen familias, padres ancianos u otras obligaciones de las que muchas veces el destino las separa y todos vemos mermadas nuestras posibilidades gracias al turno de consorte».

«Las anteriores consideraciones, ponen de manifiesto nuestras inquietudes al comprobar cómo la Administración no resuelve este problema y de esta forma vemos pasar por delante de maestros antiguos a los últimos llegados por el hecho de ser consortes de funcionarios».

En un sentido similar se manifiesta don M. E. S. A., en su escrito de queja, registrado con el número 13.427/84, en el que como Profesor de EGB con destino en Cádiz, manifiesta:

«...es para denunciar la situación de discriminación en que nos encontramos los Profesores de EGB que no estamos casados con otros funcionarios. Yo creo que es anticonstitucional esta situación y por eso la denuncio, ya que si la Constitución dice: «todos los españoles somos iguales ante la Ley...», en este caso no es cierto y voy a exponer varios motivos de entre otros muchos:

«1. En los concursos de traslados de cualquier índole los consortes funcionarios tienen prioridad con respecto a los que no lo somos. Esto es un grave atropello ya que en mi caso concreto llevo cinco años de provisional y todavía no me han hecho definitivo, sin embargo consortes con menos de dos años y por el simple hecho de ser consortes ya los han nombrado, pisando mis derechos.

2. Los consortes pueden elegir entre dos destinos. Los no consortes nos tenemos que conformar con uno solo. Por ejemplo: este año en el concurso de Educación Especial, a una compañera le han dado un pueblo de Salamanca y como no le interesa por lo que sea, entonces la reclama el marido, se viene para donde está él y la plaza de Salamanca se la reservan. Esto creo que es un grave atropello a los derechos de los demás.

Y por último y el mas sangrante de todos los ejemplos, es el referente al concurso sobre las viviendas de Magisterio. Resulta que a la hora de elegir vivienda, como siempre tienen prioridad los consortes, O sea que hay que ayudar al que más tiene que son dos sueldos. El que tiene un solo sueldo y mísero tiene que buscarse un piso de alquiler.

En espera de su contestación y esperando no tan sólo a nivel personal, sino como miembro de un colectivo que se ve discriminado y pisados sus derechos, le saluda atentamente».

De igual modo, la queja número 12.058/84, formulada por don S. G. P. nos manifiesta:

«Mi propósito es pedir toda la información necesaria sobre un tema que nos preocupa a mi esposa y a mí y que en los Organismos oficiales donde preguntamos nadie nos da una información clara y contundente.

Yo trabajo en una compañía del grupo Telefónica. Mi esposa es Profesora de EGB y ejerce desde el año 1979. Actualmente es propietaria provisional y tiene que cambiar todos los años de colegios. ¿Podría usted decirme que trámites tengo que seguir con el fin de lograr derecho de consorte sobre mi mujer?».

En sentido similar la queja 1.535/85, formulada por don A. M. A., Profesor de EGB, domiciliado en Huelva.

.con todo el respeto y consideración quiere llevar a su conocimiento una serie de injusticias que desde su punto de vista se está cometiendo en la convocatoria del concurso general de traslados para profesores de EGB convocado por la Junta de Andalucía y ratificados por el Ministerio de Educación y Ciencia.

«1. Salen a concurso más del doble de plazas para consortes que para régimen ordinario. Pregunto ¿un dependiente de cualquier comercio no es consorte con una profesora de EGB? ¿Una empleada de cualquier oficina no es consorte con un profesor de EGB? ¿Una empleada de cualquier tipo no es consorte con un profesor de EGB? etc. Pues por lo visto solamente son consortes los funcionarios del Estado. Los matrimonios anteriormente citados si quieren estar juntos y no pueden, uno de ellos tiene que dejar de trabajar. Más grave aún: Profesores/as con solamente un mes, un día o tal vez menos tiempo de servicio, por ser consorte, este año se colocan donde está el otro cónyuge y sin hay algún profesor/a, esperando entrar en ese lugar con ocho, diez o más años de servicio, no puede entrar y no le vale para nada, pues el consorte es anterior. ¡Qué injusticia tan grande!

Igualmente, la queja 13.756/85, formulada por don M. L. J., casado, con dos hijos y con destino en Teruel nos expone:

«El motivo de estas líneas se llama «el derecho de consortes» dentro del concurso de traslados de los profesores de EGB.

El problema consiste en que hay muchísimas plazas (suelen ser las mejores), que por el denominado «derecho de consorte» sólo se cubren por maestros/as cuyos esposos/as trabajen en la Administración. Se da el caso que plazas en las ciudades grandes o capitales de provincias se adjudican con tres o cuatro puntos o menos y maestros que estamos en los pueblos hace años y que podemos tener los puntos que sean 20 o 40 no tenemos acceso a ellas y las consecuencias las pagan nuestros hijos al no tener los mismos derechos y posibilidades de estudiar.

Por lo tanto me dirijo a V.I. suplicándole interceda para la abolición de tal injusticia y que el artículo 14 de la Constitución sea una realidad para todos los maestros».

En base a lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos, hemos procedido, en su día, a dar traslado a estas quejas a los Organos competentes de ese Ministerio, los cuales han respondido en el sentido de hallarse en estudio la revisión del sistema.

Esta institución es consciente de que actualmente se está elaborando un Estatuto de la Función Pública docente que deberá abordar la problemática del personal de carrera a la luz del imperativo de objetividad que comporta la Constitución.

Por ello creemos necesario formular a V.E. las siguientes consideraciones en relación con el derecho o turno de consortes:

a) La normativa reguladora de este «derecho» viene constituida por los artículos 73 y siguientes del Estatuto del Magisterio, aprobado por Decreto de 24 de Octubre de 1947 y modificado por el Decreto de 28 de septiembre de 1951, regulador de beneficios a consortes; Decreto de 4 de julio de 1958 sobre utilización del derecho de consortes; y Decreto de 18 de octubre de 1957 sobre concurso y concursillos para proveer vacantes.

b) De la normativa antes citada se deduce que el turno de consortes responde al derecho que asiste a los funcionarios pertenecientes al Cuerpo de Profesores de EGB cuyo cónyuge sea, o bien también funcionario de dicho Cuerpo, o funcionario de otros cuerpos de las administraciones públicas, para conseguir puesto de trabajo en la misma localidad en que se halle destinado su cónyuge, a través del correspondiente concurso de

traslados, reservándose a estos efectos el 50 por ciento de las plazas convocadas en dichos concursos.

c) Este sistema podría conculcar el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución, y ello en un triple sentido:

— Afecta únicamente a funcionarios del Ministerio de Educación y Ciencia, por lo que se discrimina a los funcionarios de otros cuerpos de funcionarios que, por no servir puestos de trabajo en el referido Departamento, no disfrutan de tal derecho.

— Afecta sólo a algunos funcionarios del Ministerio de Educación y Ciencia, es decir a los pertenecientes al Cuerpo de Profesores de EGB, con lo que, en segundo lugar, se discrimina al resto de los funcionarios del Ministerio de Educación y Ciencia que pertenecen a otros cuerpos docentes y no docentes.

— En el supuesto concreto de los concursos de traslados para funcionarios del Cuerpo de Profesores de EGB, la discriminación se produce en relación a estos mismos funcionarios, toda vez que afectando únicamente a los profesores de EGB que están unidos por vínculo matrimonial con persona en la que concurre la condición de funcionario, se está produciendo discriminación a los demás participantes en el concurso, en los que no se da la condición de casados, o bien en el supuesto de que, existiendo vínculo matrimonial, uno de los cónyuges no sea funcionarios.

d) El Tribunal Constitucional ha sentado amplia doctrina jurisprudencial sobre la interpretación del principio de igualdad que consagra el artículo 14 de nuestra Constitución, la cual esta Institución ha asumido con frecuencia en los supuestos de hecho en que estima que, como en el problema que nos ocupa, queda conculcado por una determinada normativa. En esencia, el alto tribunal ha sentado los siguientes extremos:

— La no admisión de la idea de igualdad sin más matizaciones. Así, la Sentencia de 14 de julio de 1982 establece que «...la igualdad a que el artículo 14 se refiere no comporta necesariamente una igualdad material o igualdad económica real y afectiva...»

— La aceptación del concepto de igualdad en el marco del ordenamiento jurídico y de las contingencias sociales. En efecto, la Sentencia del 10 de

noviembre de 1981 determina que «...el principio de igualdad jurídica... hace referencia a la universalidad de la Ley, pero no prohíbe que el legislador contemple la necesidad de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso, que pueda venir exigido por un Estado social y democrático de Derecho para la efectividad de los valores que la Constitución consagra».

— La no separación de criterios trascendentales en el marco general de aceptación de criterio de igualdad. De este modo, las Sentencias de 5 de noviembre y de 5 de mayo de 1982 y 12 de julio de 1983 establecen la trascendental doctrina de que «...el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica; existirá desigualdad si la discriminación está desprovista de una justificación objetiva y razonable».

Aplicando estos criterios al derecho o turno de consortes cabe preguntarse donde podría manifestarse el principio diferenciador de relevancia jurídica que autorice a la Administración a tratar desigualmente situaciones jurídicas en las que el sujeto principal es persona en la que concurre la condición de funcionario, no pudiendo admitirse que tal elemento pueda ser la consideración de solo un cuerpo de funcionarios como destinatarios de derecho o turno de consortes, excluyendo a todos los demás e incluso, como ha quedado demostrado, a cierta parte de funcionarios del mismo cuerpo de profesores de EGB en cuanto que en ellos no concurre el vínculo matrimonial; este último extremo debe también rechazarse, toda vez que el artículo 14 de la Constitución se refiere a la igualdad ante la Ley sin que pueda prevalecer discriminación por «...cualquier otra condición o circunstancia personal o social»; entendemos que el matrimonio es una circunstancia personal y social, que no puede justificar privilegio alguno en base al cual sobrevenga discriminación de las personas en las que concurre una identidad de situación o condición jurídica.

e) A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional en su sentencia de 10 de noviembre de 1981 sienta la doctrina de que «la igualdad consagrada en el artículo 14, de carácter jurídico, vincula todos los poderes públicos porque así lo afirma taxativamente el artículo 53.1 de la Constitución, en relación a los derechos y libertades contenidos en el Capítulo 2.º de su Título I que comprende el artículo 14».

Por cuanto antecede, el derecho o turno de consortes, que en la fecha de publicación de su normativa reguladora, podía considerarse como un beneficio específico del colectivo de profesionales docentes al que iba dirigido, no parece que actualmente sea sostenible.

En efecto, la Constitución, al establecer el derecho de igualdad ante la ley, introduce un profundo cambio social que hace inviables situaciones que en momentos anteriores a su vigencia resultaban admisibles.

Tal acontece con el derecho de consortes, en relación con el citado derecho de igualdad, sobre el que el Tribunal Constitucional ha sentado la doctrina jurisprudencial antes indicada, cuyo acatamiento resulta obligado para los poderes públicos.

Por todo ello, reconociendo esta institución el abnegado espíritu de sacrificio e intachable trayectoria de los funcionarios del Cuerpo de Profesores de Enseñanza General Básica, debemos, no obstante, en base a la facultad que otorga a esta institución el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos, formular a V.E. una recomendación en orden a que se suprima del Estatuto de la Función Pública docente todo sistema paralelo o similar a la figura del derecho o turno de consorte que pueda implicar discriminación entre los diversos cuerpos de funcionarios y, como ha quedado demostrado, entre los funcionarios pertenecientes a un mismo cuerpo.

Madrid, 15 de enero de 1986.

**Recomendación dirigida al Ministro de Educación y Ciencia**

**Recomendación 2/1986, de 24 de enero, sobre mala práctica médica.**  
(BOCG. Congreso, Serie E, núm. 34, págs. 1007-1009)

En nuestra institución venimos constatando un incremento del número de quejas, ya superior al centenar, que plantean presuntos supuestos de la denominada mala práctica médica, por supuesta imprudencia profesional y errores diagnósticos o terapéuticos. Creemos que ello es expresión de una mayor inquietud social por estos problemas, que se observa tiene su reflejo, con frecuencia, en los diversos medios de comunicación.

Del tratamiento de dichas quejas hemos obtenido unas conclusiones que deseamos hacer llegar a V.I. con el propósito de que una vez consideradas, informen los principios de actuación de los órganos de gestión y de inspección de los servicios sanitarios, al efecto de coadyuvar con ello a que los intereses de los usuarios y enfermos sean servidos con el máximo de eficacia y seguridad.

Para centrar la cuestión y como antecedentes previos de la sugerencia que concluye este escrito queremos significar a V.E. los siguientes extremos:

Primero.— Como pretensiones fundamentales de los promoventes de las referidas quejas se deduce su deseo de que se determine la presunta responsabilidad en que incurren en los casos que denuncian, los facultativos y los Centros Sanitarios en que fueron admitidos; así como la supervisión de la actuación de los diversos órganos administrativos, en relación con los derechos a la vida, a la protección de la salud y a la integridad física. De estas pretensiones, únicamente es competencia del Defensor del Pueblo la segunda, toda vez que la determinación de la responsabilidad penal o civil en que haya podido incurrir un facultativo o centro sanitario público, corresponde a los Tribunales de Justicia.

Segundo.— En lo referido a la actividad administrativa previsor y protectora de la salud, esta Institución es consciente de las dificultades que encuentran en su labor las inspecciones Sanitarias, que son los órganos competentes para dicha función.

Se han podido observar, en este sentido, la insuficiente cobertura normativa existente, que obstaculiza no poco el ejercicio de las facultades de control de dichas Inspecciones con la suficiente garantía de celeridad y eficacia.

Asímismo, la labor inspectora muchas veces se halla orgánicamente dependiente de los propios centros directivos que deben inspeccionar; igualmente, hemos verificado el gran número de responsabilidades complementarias que se les atribuyen, de carácter planificador, de gestión y ordenación de las prestaciones, que diluyen las genuinas funciones inspectoras previstas en el artículo 124 de la vigente Ley General de Seguridad Social, al condicionar un menor número de funcionarios destinados a exclusivas funciones de inspección que adolecen en muchas áreas de escasez de recursos y de apoyo logístico.

Tercero.— Entendemos, además, que la acción inspectora, cuando acomete el caso de supuesta mala práctica, debería potenciar su función de órgano tuitivo que ya le otorgó en su día el reglamento del extinto Seguro de Enfermedad de 11 de noviembre de 1943, porque se observa que en estos casos siempre existe un conflicto de interés y que es el inspector el que en cada supuesto debe dirimir con equidad, protegiendo en cada caso, ya a la Administración, ya al médico o al enfermo, o su familia.

Cuarto.— Junto a cuanto antecede, deseamos significar a V.I. otros dos aspectos del acto médico hospitalario que subyace sustancialmente en la generalidad de cuanto se ha expuesto pero que tienen en sí mismos entidad propia y cuya corrección ajuicio de esta institución evitaría ulteriores conflictos puesto que, como ha puesto de relieve la propia Inspección Sanitaria en una contestación remitida a propósito de la tramitación de una queja concreta «son anomalías que en algún servicio hospitalario tienen carácter de habituales».

Abundando en ello, en un escrito de la Dirección Provincial de la Red de Asistencia Sanitaria en Granada, entre otras se admite «la lamentable imprudencia en que los facultativos que atendieron el día 2 de noviembre de

1984 a la fallecida doña... en Urgencias del Hospital de Traumatología incurrieron al no documentar formalmente la atención prestada a la misma durante dos días; y que esta situación es generalizada, a la vista de otros historiales de Urgencias en el Hospital».

Por lo expuesto, los dos supuestos a que se concreta esta sugerencia se refieren en primer lugar a la necesidad de obtener el consentimiento previo y expreso de todo paciente antes de proceder a cualquier acto quirúrgico o exploración compleja, fundamentalmente en los supuestos en que se requiere anestesia. Ello parece obvio puesto que, a excepción de supuestos excepcionales, de extrema urgencia, o de incapacidad, en que la información procederá al familiar más cercano, en el resto de los casos es el propio paciente el que debe decidir libremente en este ámbito. Lo contrario, será convertirle en un simple objeto.

No obstante, hemos podido verificar que existen Centros y Servicios donde esta información previa al paciente no se produce, ni siquiera en el supuesto de operaciones de alto riesgo.

Es obvio señalar que el simple consentimiento nunca sería capaz de legitimar cualquier tipo de tratamiento, como son las prácticas experimentales abusivas o el comercio con órganos del cuerpo humano, que atentan contra la dignidad humana.

En segundo lugar y como complemento del derecho anteriormente expuesto, ha de aludirse al deber por parte de la administración sanitaria de informar previamente, también al paciente o a sus familiares, en su caso, de las consecuencias y riesgos posibles del tratamiento propuesto que ha de sustentarse en toda una disciplina de información clínica y de las posibles alternativas que pudieran existir. Lógicamente, esta información habrá de ser tanto más precisa, cuanto mayor sea el riesgo del tratamiento correspondiente. Todo ello, por supuesto, ponderando adecuadamente las condiciones del enfermo o su familiar, desde el punto de vista cultural, familiar y social.

No dudamos en poner especial énfasis en este aspecto de mejora de la información del paciente en muchos Centros y Servicios.

Con una información suficiente, fluida y asequible a los interesados se podrían evitar y de hecho no se habrían formulado muchas de las quejas que nos han sido planteadas.

Por cuanto antecede, y en base a lo dispuesto en el artículo 28.1 de la Ley Orgánica 3/1981 de 6 de abril, por la que nos regimos, esta institución formula a V.I. una recomendación para que de la forma que se estime oportuna los órganos directivos de las Inspecciones ante cualquier indicio de mala práctica actúen con arreglo a una visión globalizada del artículo 109 de la Ley General de la Seguridad social que se sintetiza en lo siguiente:

a) Sometimiento de la actividad inspectora a los principios de eficacia y celeridad: con ello se estaría dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 103.1 de la Constitución y 29 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Asímismo, los inspectores deben someter su actividad al criterio de la máxima objetividad e independencia de juicio, por lo que, ante circunstancias en las que sea posible apreciar responsabilidades de los facultativos o los centros públicos de salud, actúen en pleno uso de sus competencias en relación a lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, exponiendo lo hechos directamente ante la vía jurisdiccional que corresponda, o ante el Ministerio Fiscal. En estos casos su función de tutela del interés de la Administración debe equilibrarse, de acuerdo con lo que prevén los artículos 9.2 y 10 de la Constitución en orden a la debida protección de las garantías de los usuarios, a los que, en todo caso, deberán informarles sobre plazos y órganos competentes para ejercitar las acciones administrativas y jurisdiccionales que procedan.

b) Información por la propia Inspección Sanitaria a los enfermos y familiares: Como prevé el artículo 43.3 de la Constitución, deben también incrementar la información de los enfermos y familiares. Los inspectores son también médicos, capacitados para explicar a los usuarios sobre la calidad de la atención prestada por el médico asistencial que le intervino, cuya actuación en caso de que haya sido correcta deben igualmente proteger y por ello deben explicar al usuario que se actuó en esos supuestos con la debida preparación y experiencia, acomodándose a la «lex artis» y valorando la fase en que la enfermedad estaba, las peculiaridades del

pronóstico, las particularidades de la responsabilidad cuando se trabaja en equipo, las circunstancias de lugar y tiempo, etc.

c) Objetividad en la actuación de la inspección sanitaria: Las Inspecciones Sanitarias que deben depender directamente del órgano de mayor nivel jerárquico a fin de poseer el máximo de autoridad en su función, deben en estos supuestos y a resultas de sus diligencias informativas inclinarse por el interés más digno de tutela: sea el enfermo, el médico, o los propios de la Administración y no actual exclusivamente como garantes del interés de ésta última, pese a su condición de ser también órganos de la propia Administración Sanitaria.

d) Mejora en las garantías de los usuarios de los servicios de Salud: Se debe instruir a los Directores de los Centros y Hospitales para que extremen la cautela en la obtención del consentimiento previo del enfermo o de sus familiares ante toda intervención con riesgo de carácter diagnóstico o terapéutico y la lógica contrapartida de que los Jefes de los Servicios Médicos Asistenciales informes con la extensión que sea necesaria de las consecuencias de tales medidas médicas, sus posibles consecuencias yatrogénicas, y las alternativas disponibles, poniendo especial énfasis también en informar a posteriori del acto médico, extensa y humanamente, en aquellos supuestos en que se hayan derivado consecuencias lesivas.

e) Medidas complementarias: se debe completar la información que formalmente se efectúe a todo reclamante que formule queja en el Libro Oficial en las Direcciones de los Centros y a los escritos y resoluciones que con motivo de peticiones o denuncias les dirigen las Inspecciones que expresen claramente en la notificación las garantías que asisten al usuario y el derecho que les asiste para ejercitar las correspondientes acciones en defensa de sus posibles derechos, tanto por vía administrativa, como jurisdiccional.

Esta institución es consciente que las recomendaciones formuladas abordan sólo una dimensión de la compleja relación médico-enfermo, sobre todo en los casos de denuncias de presunta mala práctica médica.

No obstante entendemos que, vienen a significar el común denominador de las quejas que sobre este importante tema hemos venido recibiendo.

Al trasladar la preocupación que a esta Institución anima, estamos persuadidos podrán ser útiles para que el problema de la mala práctica profesional sea tratado en su justa dimensión, al mismo tiempo que se encauce hacia unas actuaciones informativas y disciplinarias cada vez técnicamente más rigurosas y humanizadas, aunque limitadas sólo a los casos en que existan auténticos indicios que abonen la necesidad de depurar las responsabilidades que procedan.

Madrid, 24 de enero de 1986.

**Recomendación dirigida al Director General del Instituto Nacional de la Salud.**

**Recomendación 3/1986, de 26 de febrero, sobre asistencia letrada al inculcado, en los momentos anteriores a la celebración del juicio oral.**

*(BOCG. Congreso, serie E, núm. 4, págs. 128-130)*

Agradecemos sinceramente a V.E. la remisión del informe elaborado por el Excmo. Sr. Fiscal Jefe de la Audiencia Territorial de La Coruña en relación con la queja formulada ante esta Institución por el Ilmo. Sr. Decano del Colegio de Abogados de dicha localidad.

Como V.E. conoce, dicha queja relataba, sustancialmente, lo que, a juicio del promovente, constituían limitaciones al ejercicio del derecho de defensa, al verse privados los letrados de comunicarse con sus defendidos en los momentos inmediatamente anteriores a la celebración del juicio oral, destacándose por el promovente algún caso concreto en el que así había sucedido.

En el informe elaborado por el Excmo. Sr. Fiscal Jefe de la Audiencia Territorial en relación con el caso concreto que fue expuesto a esta Institución dos son, fundamentalmente, las razones esgrimidas para justificar que en ese concreto supuesto fueron impedidas las comunicaciones ante el letrado y su defendido.

Una hace referencia a la excepcional peligrosidad del preso y el gran riesgo de fuga del mismo, no existiendo, además lugares idóneos en el Palacio de Justicia para que puedan sostenerse las correspondientes conversaciones previas con las adecuadas medidas de seguridad.

La otra se refiere a la frecuencia con que los letrados designados en turno de oficio en los procesos criminales, «la primera vez que se ponen en contacto con sus defendidos es unos minutos antes del juicio y en los pasillos del Palacio de Justicia» y así en el caso concreto que motivó la queja, el letrado afectado no había visitado en ningún momento a su defendido, mientras éste se encontraba en prisión.

Se da traslado también a esta institución del Acuerdo que adoptó la Junta de Fiscalía de la Audiencia Territorial, acuerdo éste en el que, trascendiendo del caso concreto, se establecen unos criterios generales sobre el ejercicio del derecho a la defensa en los momentos previos a la iniciación de las sesiones del juicio oral.

Estudiados con todo detenimiento los informes recibidos, esta institución, en ejercicio de la misión que tiene constitucionalmente asignada, tiene el honor de someter a V.E. al amparo del artículo 30 de su Ley Orgánica reguladora las consideraciones siguientes:

1. El derecho a la defensa y a la asistencia de letrado se encuentra reconocido como derecho fundamental en el artículo 24.2 de la Constitución Española y desarrollado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la Ley Orgánica General Penitenciaria y Reglamento dictado en desarrollo de la misma.

Como se manifiesta en los informes recibidos, existe un vacío legal en cuanto a la forma concreta de ejercicio de ese derecho a la defensa en el momento inmediato anterior a la celebración del juicio oral, ya que la Ley Orgánica General Penitenciaria y su Reglamento, recogen con detalle la forma y los cauces para su ejercicio, pero sólo en el interior del centro penitenciario.

2. A la vista de lo anterior, ante la ausencia del precepto legal expreso que regula en este caso concreto los cauces por los que deba discurrir el ejercicio del derecho, es necesario, para llenar este vacío, acudir a la interpretación del derecho mismo.

Esta interpretación, a juicio de esta institución, sólo puede efectuarse a partir del principio «favor libertatis», principio éste que, como se deriva del artículo 10.1 de la Constitución Española, debe presidir toda interpretación en materia de derechos fundamentales.

Es ya reiterada la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional que consagra dicho principio en materia de interpretación de los derechos fundamentales.

Baste citar la sentencia 34/1983, de 6 de mayo dictada en el Recurso de Amparo núm. 145/1982 en la que literalmente se manifiesta que: «...para

resolver tal problema hemos de interpretar el mencionado precepto de conformidad con la Constitución Española. En materia de derechos fundamentales, como reiteradamente ha señalado el Tribunal Constitucional, la legalidad ordinaria ha de ser interpretada de la forma más favorable para la efectividad de tales derechos...».

3. Partiendo, pues, de este criterio interpretativo, esta Institución entiende que el legítimo ejercicio del derecho a la defensa debe permitir, como regla general, las comunicaciones precisas entre defensor y defendido, incluso en el momento inmediatamente anterior a la celebración del juicio.

Sólo con carácter excepcional pudiera, en su caso, valorarse la posibilidad de suspenderlo, en casos de extrema peligrisidad del defendido.

4. A juicio de esta institución, el criterio adoptado por la Junta de Fiscalía de la Audiencia Territorial de La Coruña reconduciendo la entrevista previa del letrado y su defendido a un supuesto de suspensión del juicio —siempre y cuando se dieran los requisitos establecidos en el artículo 746 núm. 6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal— pudiera no adecuarse al criterio de interpretación más favorable a la efectividad del derecho a la defensa y producir, en la práctica, una dilación en el proceso que se acumularía a la que, desgraciadamente, suele caracterizar la tramitación de los mismos y nada acorde con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas reconocido también en el artículo 24 de la Constitución Española.

5. En cuanto a la falta de medidas de seguridad y de lugares y condiciones adecuados en el Palacio de Justicia de La Coruña para el ejercicio del derecho a la defensa en la forma a la que se viene haciendo mención, esta institución, con esta misma fecha se dirige al Ministerio de Justicia exponiéndole la situación, pero sin que, a nuestro entender, esta carencia de lugares y condiciones adecuados pueda determinar la imposibilidad práctica del ejercicio de un derecho constitucionalmente reconocido.

6. Por el Fiscal Jefe de la Audiencia Territorial se manifiesta como «hecho muy frecuente, objeto de numerosas quejas de presos» el que «los letrados del turno de oficio la primera vez que se ponen en contacto con sus defendidos es unos minutos antes del juicio y en los pasillos del Palacio de Justicia».

Dicha práctica, a juicio de esta institución constitucional, en nada es acorde con el debido ejercicio del derecho a la defensa por lo que con esta misma fecha nos dirigimos al Decano del ilustre Colegio de Abogados de La Coruña.

Por último, agradeceríamos a V.E. la remisión de este escrito al Consejo General del Poder Judicial para que pueda ser debidamente valorado por el mismo o por los órganos de Gobierno competentes, informando posteriormente a esta Institución.

Madrid, 26 de febrero de 1986.

**Recomendación dirigida al Fiscal General del Estado.**

**Recomendación 4/1986, de 27 de febrero, sobre declaración de responsabilidad empresarial, en supuesto de accidente de trabajo por infracción de medidas de seguridad.**

*(BOCG. Congreso, Serie E, núm. 34, págs. 968-969)*

Hemos recibido su escrito del pasado 18 de febrero, correspondiente al nuestro de 18 de diciembre último, por el que solicitábamos ampliación de datos en relación con la queja AI.T/10.768/84, formulada ante esta institución por don G.L.C.

Con independencia de los posibles vicios atribuibles al Acta de infracción levantada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social el 2 de julio de 1981 —y a la resolución del Delegado de Trabajo confirmatoria de la propuesta de sanción—, con fundamento, de una parte, en el ámbito locacional en el que el accidente sobrevino y, de otra, en su práctica a través de expediente administrativo, cuya identificación omite el cuerpo del Acta, generando la inseguridad e indefensión consiguientes, la cuestión estriba en determinar si la competencia atribuida a la Inspección de Trabajo, entre otros, por el artículo 17 del Decreto 2122, de 23 de julio de 1971 —Boletín Oficial del Estado de 21 de septiembre—, viene a configurar una obligación de actuación o, por el contrario, implica una facultad o potestad que, como tal, admite una cierta discrecionalidad en su ejercicio o utilización.

El legislador preconstitucional —artículo 13.2. c) de la Ley 39/62, de 21 de julio, sobre Ordenación de la Inspección de Trabajo; artículo 17 y 22. f) del Decreto 2122, de 23 de julio de 1971, y artículo 10.2 del Decreto 1860/1975, de 10 de julio, entre otros—, ha configurado a la Inspección de Trabajo, si bien de forma limitada y embrionaria, como una fiscalía social o defensoría laboral pública, autorizándola a instar de oficio procedimientos contenciosos ante las Magistraturas de Trabajo, o simplemente administrativos en interés de los trabajadores.

Sin perjuicio de lo que en su día determinen los Poderes Públicos con respecto a la oportunidad de una nueva ley ordenadora de la Inspección social y a las directrices y principios ordenadores que hayan de presidirla, habrá, lógicamente, que convenir, en base no sólo a los principios de legalidad (artículo 9.3. C.E.), sometimiento de la Administración Pública a la Ley y al Derecho (artículo 103.1) y configuración de la Nación española como Estado social y democrático de Derecho, que las aludidas funciones encomendadas a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social son no solamente compatibles, sino, y muy especialmente, acordes con la legalidad constitucional vigente.

Es por ello por lo que, cuando el artículo 17 del Decreto 2122/1971, ya referido, obliga a la Inspección a practicar —«practicará», dispone el precepto—, información en los casos de enfermedades profesionales y accidentes de trabajo mortales, y graves, de frecuencia o trascendencia notables, o en los que, a juicio de la Inspección, proceda solicitar —«instará», en redacción textual de la Comisión Técnica Calificadora— hoy Comisión de Evaluación, o de la Magistratura de Trabajo, la declaración de responsabilidad empresarial en los casos en que «los mismos» sobrevinieran por carencia, insuficiencia o defecto de utilización de las reglamentarias medidas de seguridad, deberá de entenderse que el término «los mismos» es referible a todo accidente de trabajo o enfermedad profesional sobrevenidos con infracción de medidas de seguridad e higiene y no solamente a las muy graves o mortales.

La naturaleza sancionadora del precepto, la dificultad de determinar a priori la gravedad del siniestro, las prestaciones objeto del recargo mismo y, en fin, el principio pro-operario y de eficacia social de la administración laboral, son todas ellas circunstancias que, a nuestro juicio, justificarían tal interpretación.

A la misma conclusión sobre el sentido imperativo del término habríamos de llegar en el supuesto previsto en el artículo 10.2 del Decreto 1860/1975, aunque en el presente supuesto tal obligación habría de reputarse de la autoridad laboral y no de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Por todo ello, el Defensor del Pueblo, en el ejercicio de las responsabilidades que le confieren los artículo 54 de la Constitución y 30.1 de la Ley Orgánica 3/81, de 6 de abril, reguladora de esta institución,

sugiere a V.I., apelando al espíritu de justicia social que inspira la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, tenga a bien considerar la oportunidad de impartir las órdenes que fueren precisas y oportunas al objeto de que la Inspección de Trabajo actuante en los supuestos de enfermedades o accidentes de trabajo sobrevenidos con infracción de medidas de seguridad, inste la declaración de responsabilidad empresarial a que se refiere el artículo 17 del Decreto 2122 referido, con independencia de que tales contingencias tengan o no la consideración de graves.

Madrid, 27 de febrero de 1986.

**Recomendación dirigida al Subsecretario de Trabajo y Seguridad Social.**

**Recomendación 5/1986, de 3 de marzo, sobre suspensión de un porcentaje a satisfacer, en el pago de los medicamentos, a cargo de los pensionistas del Instituto Social de las Fuerzas Armadas.**

*(BOCG. Congreso, Serie E, núm. 4, págs. 106-107)*

Han comparecido ante esta institución constitucional, un elevado número de pensionistas acogidos al Régimen de la Seguridad Social en las Fuerzas Armadas, planteándonos una problemática de análoga naturaleza, solicitando nuestra intervención.

En los escritos remitidos por estos ciudadanos, se informaba a esta institución, que se ven obligados a satisfacer un 30 por ciento del valor del medicamento, a diferencia de los beneficiarios acogidos al Régimen General de la Seguridad Social.

Por ello, se procedió a un estudio detenido de la cuestión planteada, observándose que, en efecto, la Ley 28/1975, sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, prescribe, en su artículo 18, en relación a la prestación de asistencia sanitaria, que los beneficiarios han de participar mediante el pago de una cantidad porcentual por receta, o, en su caso, por medicamento, que se determinará reglamentariamente.

En este sentido, el Real Decreto 2330/78, de 29 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de aquella Ley, expresa, en su artículo 78, que los beneficiarios han de participar, como máximo, en un 30 por ciento del precio de venta del medicamento.

En relación con este tema, el Decreto 2065/74, de 30 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, establece en su artículo 107.1:

«...participarán los beneficiarios mediante el pago de una cantidad fija por receta, o, en su caso, por medicamento, cuya determinación corresponderá al Gobierno».

En desarrollo del precepto transcrito, se dictó el Decreto 3157/1966, de 23 de diciembre, en el que se determinaba la participación de los beneficiarios en el pago de medicamentos.

Con posterioridad, el Decreto 945/78, de 14 de abril, establece tal participación en el 30 por ciento del precio de venta de aquellos productos (en la actualidad, el 40 por ciento, fijado por el Real Decreto 1605/1980, de 31 de julio), eximiendo de esta aportación a los pensionistas de la Seguridad Social y trabajadores en situación de invalidez provisional.

En atención a estos antecedentes, y en debida consideración del valor superior de justicia reconocido en el artículo 1.º, punto 1 de la Constitución, y del principio de igualdad del artículo 14 del propio Texto, hemos valorado la conveniencia de ponernos en contacto con V.E., a los fines de que nos informe sobre la posibilidad de que se adopte alguna iniciativa por ese Departamento, tendente a equiparar el Régimen de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, en este punto, con el Régimen General de la Seguridad Social.

Esta institución constitucional ha valorado el acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno del ISFAS, en su reunión del día 11 de septiembre de 1984, (desarrollado por la Instrucción General 1.05/84, de 14 de septiembre), en la que, de acuerdo con la recomendación efectuada por esta institución y con engarce normativo en el artículo 32.6 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, que establece la adecuación de la condición de beneficiario de asistencia sanitaria en los regímenes especiales de la Seguridad Social de los funcionarios a lo dispuesto para el Régimen General, se extendía la asistencia a los descendientes del beneficiario, cumplimentándose, así, este principio de equiparación entre ambos regímenes de Seguridad Social.

Madrid, 3 de Marzo de 1986.

**Recomendación dirigida al Ministro de Defensa.**

**Recomendación 6/1986, de 6 de marzo, sobre medidas para la resolución de reclamaciones referidas a oposiciones a los Cuerpos Auxiliar y Administrativo de la Seguridad Social.**

*(BOCG. Congreso, Serie E, núm. 34, pág. 1052)*

Son de referencia sus escritos números 5.188, 5.191, 5.192, 5.193, 5.194 y 5.195 de 12 de noviembre de 1985 relativo, a las quejas tramitadas ante esta institución con los números de expediente arriba reseñados, sobre el resultado de las Oposiciones para la provisión de plazas de los Cuerpos Auxiliar y Administrativo de la Administración de la Seguridad Social, convocadas respectivamente mediante Resoluciones de 26 de marzo y 23 de mayo de 1984.

Todos sus informes son coincidentes en resaltar que en el desarrollo de ambas oposiciones se ha actuado en base a criterios objetivos y con arreglo a los principios de igualdad, mérito y capacidad, para lo que se establecieron unos mecanismos que garantizasen plenamente la objetividad y limpieza de las pruebas.

Sin entrar, por el momento, en el análisis de las consideraciones contenidas en los informes de referencia, y dado que el objeto de las quejas admitidas a los reclamantes versaba sobre la falta de resolución expresa ante los recursos presentados en tiempo y forma, esta institución en virtud de lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 3/1981, de 6 de abril:

Recomienda que se adopten las medidas precisas para que con la máxima urgencia se resuelvan las reclamaciones presentadas por los interesados en las quejas de referencia.

Recuerda a esa Dirección General la Obligación de resolver de forma expresa cuantas reclamaciones y recursos sean presentados por los administrados, sin pretender ampararse en la práctica del silencio

administrativo negativo, figura que, como tiene sentado el Tribunal Supremo, se establece en beneficio exclusivo del administrado y a los solos efectos procesales.

Agradecemos de antemano a V.I. la respuesta escrita de esa Dirección General, en el plazo no superior a un mes a que hace referencia el artículo 30.1 de nuestra Ley Orgánica, en el sentido de si acepta o no la recomendación.

Madrid, 6 de Marzo de 1986.

**Recomendación dirigida al Director General del INSS.**

**Recomendación 7/1986, de 10 de marzo, sobre requisitos físicos exigidos en la convocatoria de pruebas selectivas para la Escala de Oficiales del Cuerpo de Auxiliares Postales y de Telecomunicaciones.**  
(BOCG. Congreso, Serie E, núm. 34, pág. 799)

Se ha recibido en esta institución la queja de un aspirante al ingreso en la Escala de Oficiales del Cuerpo de Auxiliares Postales y de Telecomunicación contra los requisitos físicos exigidos en la convocatoria de pruebas selectivas.

La convocatoria fue aprobada el 15 de abril de 1985 por la Dirección General de Correos y Telecomunicaciones (BOE de 24 de abril).

«En la base 2.1 .e) se exige no padecer enfermedad o defecto físico, de acuerdo con el cuadro de exenciones aprobado por la Dirección General de Correos y Telecomunicación, que figura como anexo II de esta convocatoria. La aptitud física de los aspirantes se determinará mediante reconocimiento médico y radioscópico que se llevará a cabo por los Médicos de la Sección de Medicina y Seguridad e Higiene del Trabajo de la Dirección General de Correos y Telecomunicación».

Ante ello debemos hacer las siguientes consideraciones:

1. La definición de los defectos o enfermedades incapacitantes.

El anexo II contiene una descripción de una serie de enfermedades o defectos físicos que se presumen invalidantes para el desempeño del trabajo de Auxiliar Postal.

Se utiliza el calificativo de «agudas» para enfermedades infecciosas o de la piel. Este calificativo ya no es considerado por la medicina como determinante de una invalidez, pues un catarro común o una gripe pueden

ser agudos y no ser invalidantes sino solamente causantes de una incapacidad temporal y fácilmente superable.

También se describen ciertas enfermedades del aparato digestivo como crónicas o recidivantes y ello no puede definir una invalidez. Por ejemplo, una úlcera puede ser crónica y, por su propia naturaleza, recidivante, sin que ello sea obstáculo para acceder a la función pública.

Del mismo modo puede calificarse el término «procesos», ya obsoleto en la medicina para determinar si una enfermedad es invalidante.

Esta institución solicitó informe de la Dirección General de Correos y Telégrafos y ese centro directivo se ha limitado en su respuesta a señalar la vigencia de la convocatoria.

Especialmente significativo —y eso motivó la queja concreta— el punto 1.8 del Anexo II que establece como incapacitador la miopía en más de ocho dioptrías en ambos ojos, cuando ello no es invalidante ni para obtener el permiso de conducción y, además, es corregible mediante lentes o microlentes adecuadas.

Podríamos examinar caso por caso las enfermedades que se describen en este anexo pero ello sería objeto de un dictamen médico que excede ahora a nuestros propósitos.

## 2. Potestad administrativa para definir incapacidades.

En el plano de las competencias administrativas se constata que, a través de una Resolución de una Dirección General, se establecen límites al acceso a la función pública no previstos ni en la legislación general ni, a fortiori, en la Constitución que menciona sólo los términos méritos y capacidad (artículo 23.2). Es decir se restringe la capacidad jurídica de los ciudadanos.

En efecto, el artículo 30. d) de la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado, aprobada por Decreto 315/1964, de 7 de febrero, establece:

«Para ser admitido a las pruebas selectivas previas al ingreso en la Administración será necesario.

(...)

d) No padecer enfermedad o defecto físico que impida el desempeño de las correspondientes funciones».

Entiende esta institución que la definición de qué deba entenderse como defecto físico que impida el desempeño de las correspondientes funciones, no puede dejarse a la competencia de una Dirección General, a través de una disposición administrativa sino que debe ser sujeta a unas garantías técnicas y jurídicas que eviten la arbitrariedad.

En efecto, la definición del artículo 30. d) citado es un concepto jurídico indeterminado pero que, como tal, debe contener elementos reglados que permitan su objetivación y adecuación a los fines de la norma o acto que se considere en cada caso. El elemento reglado es el impedimento para desempeñar las funciones correspondientes a la plaza que se va a ocupar.

Han señalado unánime, y reiteradamente la doctrina y la jurisprudencia, que la Administración precisa de un respaldo normativo y de un título habilitante para delimitar, restringir o condicionar el ejercicio de los derechos que la legislación general confiere y que, en este caso, además, han sido garantizados constitucionalmente (artículos 14, 23.2 y 103.3).

Las restricciones a los derechos, en este caso, el derecho al acceso a la función pública deben ser tasadas y definidas por ley, pues así se desprende de lo dispuesto en el artículo 53.1 de la Constitución.

Esta potestad, delimitadora, una vez atribuida por ley, debe considerarse, según la terminología acuñada por el profesor García de Enterría, como de supremacía general ya que sujeta a todos los ciudadanos que pretenden ingresar en el cuerpo de correos.

Sin embargo, desconocemos cual es la norma que ha permitido a la Dirección General imponer esas medidas limitadoras y si el contenido de las mismas ha sido avalado, además, por los correspondientes dictámenes médicos especializados que garanticen la objetividad y la causa justificada de la limitación que se impone.

Además de la incompetencia de un órgano público del nivel de una Dirección General para establecer restricciones a derechos reconocidos por la Constitución, tampoco el intento de definición de esas causas inhabilitantes —enfermedad «aguda», «crónica» o «recidivante»— puede

ser considerado como suficiente para limitar la discrecionalidad administrativa en cuanto que estos calificativos son, por su propia indeterminación, elementos a su vez discrecionales y cuya apreciación no es objetiva ni garantiza la seguridad jurídica.

### 3. Sugerencia.

Por todo lo anterior, esta institución, en uso de las potestades que le confiere el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, se ve en el deber de dirigir a V.E. una sugerencia para la adopción de medidas conducentes a suprimir las facultades de que dispone la Dirección General de Correos y Telecomunicaciones para restringir la capacidad física, y por tanto, jurídica, para ingresar en el Servicio Postal y de Telecomunicaciones, por ser contraria —en la forma en que viene establecida— a lo dispuesto en el artículo 23.2 de la Constitución, en relación con el artículo 14, el 103.3 y el 53.1 del mismo texto constitucional. Todo ello, además, se hace antes de que sean convocadas nuevas pruebas de acceso a la función pública que, de no modificarse, se harían en base al mismo cuadro de exenciones aprobado por la Dirección General de Correos y Telecomunicaciones que figuraba como Anexo II de la convocatoria aprobada por Resolución de 15 de abril de 1985 (BOE de 24 de abril).

Madrid, 10 de marzo de 1986.

**Recomendación dirigida al Ministro de Transportes, Turismo y Comunicaciones y al Secretario de Estado para la Administración Pública.**

**Recomendación 8/1986, de 12 de marzo, sobre modificación del plazo de 15 años para el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas por los beneficiarios, en el sentido de limitarlo a cinco años.**  
(BOCG. Congreso, Serie E, núm. 34, págs. 1050-1051)

Es de referencia el escrito de V.I. núm. 897, de 31 de enero de 1986 (Ref. 1141/6/85), remitido en contestación a nuestro escrito núm. 16.106, de 16 de abril de 1985, relativo a la queja formulada por don A. C. L. (Expte. AII.SBS/24440/84).

A la vista del informe que se acompaña al citado escrito y

Considerando que el artículo 56 de la Ley General de la Seguridad Social determina que los trabajadores y demás personas que hayan percibido indebidamente prestaciones de la Seguridad Social vendrán obligados a reintegrar su importe.

Considerando que en dicha Ley no se prevé plazo alguno que limite el período a que ha de contraerse la obligación de devolver las cantidades indebidamente percibidas.

Considerando que por Circular 78/80, de 4 de agosto, de esa Dirección General, se determinó que el reintegro de las cantidades debidamente percibidas por beneficiarios de prestaciones económicas del Sistema de Seguridad Social podrá ser exigido por las Direcciones Provinciales de esa entidad gestora durante el plazo máximo de quince años a contar desde el momento de su percepción.

Considerando que, conforme ha sido sentado por el Tribunal Central de Trabajo en diversas Sentencias, para el reintegro de prestaciones rige el mismo plazo de prescripción que para el reconocimiento del derecho a las prestaciones, pudiéndose citar, en este sentido, entre otras, las Sentencias de

17 de marzo de 1981 (A. 1905) y de 8 de junio de 1981 (A. 3886), con cita de otras anteriores.

Considerando que conforme a la doctrina sentada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1983 (A. 6244), no resulta de aplicación al supuesto del reintegro de prestaciones de la Seguridad Social el término de prescripción de quince años previsto en el artículo 1964 del Código Civil, precepto que fundamenta precisamente el criterio recogido en la Circular 78/80, de 4 de agosto.

Considerando que, a tenor de la doctrina sentada en la misma Sentencia, ha de valorarse de un modo especial el principio de seguridad jurídica, de modo que los plazos excesivamente largos son difícilmente compatibles con las exigencias de la vida moderna, que no puede tolerar la inseguridad de determinadas situaciones jurídicas, por lo que resulta procedente acudir a una interpretación acorde con la realidad social, conforme previene el artículo 3.1 del Código Civil, de tal suerte que, en este sentido, se invoca el artículo 1966 del citado Cuerpo legal, donde se establece el plazo de prescripción de cinco años en supuestos de prestaciones periódicas, con la finalidad de evitar el gravísimo quebranto que puede suponer la acumulación de deudas en cantidades excesivas en función de la capacidad patrimonial, concluyéndose que la integración del precepto en blanco que constituye el artículo 56 de la Ley General de la Seguridad Social, ha de ser llevada a cabo a través del artículo 1966 del Código Civil y no del artículo 1964 del mismo Código.

Considerando que en la misma Sentencia se alude a diversas normas de nuestro ordenamiento jurídico en las que el plazo de prescripción está señalado en cinco años.

Esta institución, en uso de las atribuciones que le confieren los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, tiene el honor de dirigir a V.I. la siguiente sugerencia: 1. Que por parte de la entidad gestora que V.I. dignamente regenta, se proceda a modificar el criterio mantenido en la Circular 78/80, de 4 de agosto, consistente en aplicar el plazo de quince años para el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas por los beneficiarios, en el sentido de sustituir el mismo por un nuevo criterio que, ajustado a la doctrina sentada en vía jurisdiccional laboral, considere de aplicación el plazo de cinco años para dicho reintegro.

2. Que, en congruencia con el cambio de criterio que se sugiere, se proceda a efectuar un nuevo cálculo de las cantidades que ha de reintegrar don A. C. L., limitando el mismo a un período máximo de cinco años.

Agradecemos de antemano a V.I. su respuesta escrita en el plazo no superior a un mes a que hace referencia el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, en el sentido de si se acepta o no la sugerencia formulada y, en caso negativo, las razones que se estimen para su no aceptación.

**Recomendación dirigida al Director General del Instituto Nacional de la Seguridad Social.**

**Recomendación 9/1986, de 13 de marzo, sobre posible modificación del Real Decreto 2224/1985, de 20 de noviembre, por el que se regula el acceso a la función pública local, del personal contratado o interino de las Corporaciones Locales.**

*(BOCG. Congreso, Serie E, núm. 34, págs. 942-945)*

Don J. C. R. A. y otras once personas más, han comparecido ante esta institución para solicitar de la misma que en el ejercicio de sus competencias se dirija a esa administración pública que V.E. preside, al objeto de instar la modificación del Real Decreto 2224/1985, de 20 de noviembre, por el que se regula el acceso a la Función Pública Local del personal contratado e interino de las Corporaciones Locales.

Los reclamantes sostiene que dicha disposición vulnera los artículo 14, 23.2 y 103 de la Constitución Española, así como el artículo 91.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, debido a que la referida norma permite una valoración injustificada y excesiva de los méritos del personal contratado administrativo e interino, frente al resto de los ciudadanos, a la hora de acceder a la Función Pública Local, violándose los principios de igualdad, mérito y capacidad que han de regir la selección del personal al servicio de las administraciones públicas.

Tras un examen detenido de los preceptos del Real Decreto que han dado lugar a la queja antes señalada, esta institución considera que la aplicación de las normas objeto de reclamación, en los términos en que están redactadas pueden afectar gravemente a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos que se hallen en condiciones de acceder a la función pública local y que de mantenerse en vigor y sin modificaciones la citada Disposición, podrían quebrarse los principios constitucionales de acceso en condiciones de igualdad a la Función Pública, y con arreglo a los principios de mérito y capacidad.

Por ello, y al amparo de las facultades conferidas a esta institución por el artículo 28.2 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, se formula a V.E. la siguiente recomendación:

## ANTECEDENTES

A) Los sistemas de selección de los funcionarios públicos locales.

Los sistemas de selección de los funcionarios de Administración Local han sido tradicionalmente y al igual que para los funcionarios de la Administración Civil del Estado, el concurso, el concurso-oposición y la oposición libre, con predominio claro de esta última modalidad, con lo cual se garantizaba, mediante estas fórmulas, el principio de igualdad de oportunidades para todos los aspirantes, a la hora de acceder a las funciones públicas y se reclutaba un personal que hubiese acreditado unos niveles mínimos de competencias que asegurasen posteriormente el desempeño eficaz de sus funciones con plena imparcialidad e independencia.

Este vigor en la selección se atenuaba un tanto, cuando se trataba de reclutar a un personal que realizase funciones manuales o de otro tipo, que no implicasen ejercicio de autoridad alguno, permitiéndose que en estos supuestos (operarios de limpieza, trabajadores manuales en general, técnicos de administración especial, etc.) el acceso pudiese ser también por concurso-oposición o por concurso.

Así, el artículo 31.3 del RD 3046/77, de 6 de octubre, por el que se articula parcialmente la Ley 41/75, de Bases del Estatuto de Régimen Local establecía que:

«31.3 La selección de los funcionarios locales será competencia de las Corporaciones Locales respectivas y también se verificará por oposición la de los funcionarios técnicos, administrativos y auxiliares del grupo de Administración General y, normalmente, la de los técnicos del grupo de Administración Especial. La selección del resto de los funcionarios se hará por concurso-oposición o por concurso, de acuerdo con la clasificación de funciones y en las condiciones que reglamentariamente se establezcan. No obstante, la Corporación podrá acordar qué plazas determinadas de esta clase se provean por oposición».

A su vez, el artículo 32 del citado Real Decreto, establecía que:

«32.1 Las convocatorias se harán en turno libre. No obstante, se reservarán para su provisión en turnos restringidos que se señalan en esta Ley que en la misma se establecen. Las no previstas en este turno acrecerán al turno libre.

2. será aplicable la Reglamentación general para el ingreso en la Administración Pública, sin perjuicio de las especialidades previstas en la presente Ley y en las normas reglamentarias que puedan dictarse para la acomodación de aquella a las peculiaridades del Régimen Local».

#### B) Regulación del Personal contratado.

La regulación del sistema de contratación de personal se hallaba contenida en el artículo 25 del Real Decreto 3046/77, que disponía que:

«25.1 Las Corporaciones Locales, dentro de los créditos disponibles, podrán contratar personal para funciones administrativas o técnicas, concretas y con carácter temporal que, sin estar sujeto a la legislación laboral, tampoco tendrán la condición de funcionario. Su régimen será administrativo y se regulará reglamentariamente. La duración de estos contratos no podrá exceder de un año y tendrán el carácter de improrrogables y no renovables.

2. Igualmente podrán contratar, con carácter temporal, personal para la realización de funciones manuales concretas con sujeción a la legislación laboral y sin perjuicio de las normas específicas de adaptación que pueda dictar el Gobierno. Su admisión se sujetará, en todo caso, a los preceptos de esta Ley y normas que la reglamenten».

Esta institución ha podido comprobar que se ha venido produciendo, al amparo de este artículo, una utilización irregular de esta modalidad de contratación, por parte de las Corporaciones Locales, que, o bien han prorrogado las contrataciones administrativas o han procedido a su renovación.

Por otra parte, y en lo que a contrataciones laborales se refieren, es también muy frecuente el supuesto de que se hayan realizado contrataciones laborales para la realización de tareas manuales, pero no con carácter temporal, como autorizaba el Texto Articulado Parcial, sino con carácter fijo e indefinido o bien que se realizasen contrataciones laborales fijas para

puestos de trabajo que legalmente sólo podrían haber sido cubiertos con funcionarios o con contratados administrativos.

C) El sistema de selección del personal contratado administrativo.

Estos contratos se han venido realizando con absoluta discrecionalidad por parte de las entidades locales, puesto que la Ley no exigía la realización de ningún tipo de prueba que acreditase la capacidad y la competencia de estas personas, ni que se diera publicidad alguna a tales contrataciones.

Este sistema de selección obviamente no permitía al resto de ciudadanos interesados acceder a la función pública como contratados, no existiendo siquiera publicidad de esta selección.

Es cierto que han existido circunstancias que explican la realización de tales contrataciones sin publicidad y sin pruebas de ningún tipo, pues era corriente que las corporaciones locales tuviesen necesidades urgentes de cubrir provisionalmente determinadas plazas que habían quedado vacantes. El inicio de un proceso absolutamente riguroso de selección con publicidad y todas las demás garantías de objetividad para un personal que había de prestar sus servicios a la Corporación por poco tiempo (hasta que la plaza fuese cubierta en forma reglamentaria), hubiera dilatado en exceso el proceso de selección, redundando en menoscabo de la eficacia que deben perseguir todas las administraciones públicas en su actuación. Esta situación se ha corregido esencialmente por la Ley 30/84, de Reforma de la Función Pública, de 20 de agosto, que introduce varios elementos correctores, entre ellos, la obligación de la publicidad de la oferta pública de empleo.

D) El Real Decreto 1409/1977, de 2 de junio.

Dados los abusos que se habían producido en este tipo de contrataciones, y el carácter masivo de las mismas y de las prórrogas y renovaciones indebidas, se dictó el Real Decreto 1409/77, de 2 de junio, sobre integración del personal interino temporero, eventual o contratado de la Administración Local, con objeto de normalizar la situación del personal que prestaba sus servicios con este carácter y que venía a representar un problema serio en algunos Ayuntamientos.

Este Decreto permitía la celebración de pruebas restringidas para este personal y prohibía, a partir de la fecha de su publicación, que las

Corporaciones Locales nombrasen funcionarios interinos o contratados sin la especial y expresa autorización del Ministerio de la Gobernación.

Apoyándose en la Disposición citada, numerosas entidades locales celebraron oposiciones restringidas para legalizar a este personal, oposiciones que podrían tener su justificación en el marco de una legislación preconstitucional pero que a luz de nuestra norma fundamental, difícilmente serían compatibles con los principios de acceso en condiciones de igualdad a la Función Pública, publicidad, mérito y capacidad y objetividad.

El Defensor del Pueblo, en sus investigaciones sobre problemas puntuales, ha venido observando que, pese a la prohibición contenida en este Real Decreto, las corporaciones locales siguieron recurriendo a esta forma de contratación, aprovechando la posibilidad que brindaba el artículo 25 del Real Decreto 3046/77, cuyo contenido hemos expuesto anteriormente, siendo objeto los contratos administrativos de sucesivas renovaciones, que supusieron una desnaturalización del sistema introducido en dicho texto articulado parcial.

Como hemos señalado, tales contrataciones se realizaron, por lo general, sin ningún tipo de publicidad, prueba ni concurso que exigiese acreditar a los aspirantes unos méritos o una formación adecuada.

E) El Real Decreto 263/1979, de 13 de febrero.

Esta nueva y amplia utilización de las contrataciones administrativas, volvió a plantear el problema de los contratados en numerosas entidades locales, por lo que el Ministerio del Interior aprobó el Real Decreto 263/1979, de 13 de febrero, sobre integración del personal interino, temporero, eventual o contratado con la misma finalidad y contenido que el anterior Real Decreto.

Ahora bien, en estas fechas, la Constitución Española de 1978 se hallaba plenamente vigente y el citado Real Decreto, en cuanto que introducía un sistema de selección privilegiado para el personal contratado frente al resto de los aspirantes (oposición restringida), sin que hubiese justificación alguna para primar a dichos contratados, en tanto en cuanto los mismos habían sido seleccionados de una forma absolutamente discrecional por las corporaciones locales y sin consideración alguna a los méritos de los

mismos (toda vez que la legislación entonces vigente no exigía objetividad alguna en la selección de los contratados) podía entenderse que vulneraba el principio de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, el artículo 14 de la Constitución y el artículo 103.3 acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad.

F) Diferencias entre el sistema regulado en los RD 1409/1977, de 2 de junio y RD 263/1979, de 13 de febrero, por una parte y los sistemas de promoción interna.

Los sistemas que contemplaban los reales decretos anteriormente examinados, no tienen nada que ver con los sistemas de promoción interna y turnos restringidos que, para funcionarios de las categorías inmediatamente inferiores, regulaba el RD 3046/77 y que ha conservado la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública. En este supuesto, el trato diferente que se establece para los funcionarios públicos tiene una justificación absolutamente objetiva y razonable: se basa en el reconocimiento de que los funcionarios ya han superado unas pruebas de selección, aunque de nivel inferior; han adquirido una experiencia y profesionalidad en el ejercicio de sus funciones y han acreditado, por tanto, unos méritos que justifican en definitiva, tal tratamiento y su promoción a niveles superiores por turno restringido.

Es evidente que este sistema, que se halla generalizado en la Función Pública comparada (p.e. en Francia), no es discriminatorio, en modo alguno, pues tal posibilidad de promoción interna se establece con carácter general para todos los ciudadanos que puedan acceder a los niveles superiores de la Función Pública de forma alternativa, bien directamente o, por el contrario, concursando a los puestos, inferiores y ascendiendo posteriormente a través de los concursos de promoción interna.

## SITUACIÓN ACTUAL

La Ley 30/84, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, ha supuesto importantes reformas en la organización y ordenación de la función pública. Así, dedica su Capítulo III, a la regulación de los registros de personal, programación y oferta de empleo, señalando, en su artículo 16 que las relaciones de puestos de trabajo en las comunidades autónomas y administraciones locales, serán publicadas y recogiendo en el

artículo 18 del procedimiento a seguir para hacer la oferta pública de empleo por parte de las administraciones públicas.

Es decir, ha querido el legislador dotar de la necesaria publicidad a las ofertas públicas de empleo, acabando con la falta de publicidad con que se venían realizando las contrataciones administrativas.

Pero también ha regulado el sistema de acceso a la función pública, en consonancia con los principios de mérito y capacidad exigidos por nuestra Constitución.

A) La regulación a nivel legal del sistema de acceso a la Función Pública Local.

El acceso de los contratados administrativos y funcionarios interinos a la Función Pública Local, está regulado actualmente en las siguientes normas:

— La Disposición Transitoria Sexta de la Ley 30/84, que en su apartado 2.º establece que:

«2. Todo el personal que haya prestado servicios como contratado administrativo de colaboración temporal o como funcionario de empleo interino podrá participar en las pruebas de acceso para cubrir las plazas de nueva creación.

En todo caso, estas convocatorias de acceso, deberán respetar los criterios de mérito y capacidad, mediante las pruebas selectivas que reglamentariamente se determinen, en las que se valorarán los servicios efectivos prestados por este personal».

— La Disposición Transitoria Octava de la Ley 7/1975, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, que en su apartado 3 dispone en términos casi idénticos a las disposición anterior que:

«3. Todo el personal que haya prestado servicios como contratado administrativo de colaboración temporal o como funcionario de empleo interno podrá participar en las pruebas de acceso, para cubrir las correspondientes plazas.

En todo caso, estas convocatorias de acceso deberán respetar los criterios de mérito y capacidad, mediante las pruebas selectivas que reglamentariamente se determinen, en las que se valorarán los servicios efectivos prestados por este personal».

De otra parte, el artículo 91.2 de la Ley 7/1975, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, dispone:

«91.2 La selección de todo el personal, sea funcionario o laboral, debe realizarse de acuerdo con la oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema concurso-oposición libre en los que se garanticen, en todo caso, los principios constitucionales de igualdad, méritos y capacidad, así como el de publicidad.

En estas disposiciones se contienen los principios básicos para que las futuras selecciones de personal se adecuen al mandato constitucional.

Sin embargo, la disposición que es objeto de esta recomendación, al desarrollar estos principios, se aparta, en cierta medida, de la misma, como podremos comprobar seguidamente:

B) El Real Decreto 2224/1985, de 20 de noviembre.

En el preámbulo del Real Decreto 2224/1985, de 20 de noviembre, se dice literalmente que:

.se ofrece a las Corporaciones Locales la posibilidad «excepcional» de convocar por una sola vez pruebas específicas para comenzar inmediatamente a resolver la situación de este personal, sin esperar a la oferta de empleo de 1986, que en tal caso constituiría la segunda y última ocasión de tener en cuenta los servicios prestados».

Como hemos visto al desarrollar los antecedentes, estas pruebas específicas para contratados no son las primeras, ya que cíclicamente, cada cierto número de años a causa de la utilización masiva de estas contrataciones y de las prórrogas el número de interinos aumenta enormemente y estos colectivos ejercen fuertes presiones para regularizar su situación, instando de la Administración Pública que garantice su estabilidad en el empleo, mediante la celebración de unas pruebas «ad hoc»

especiales y distintas de las que se celebran normalmente para el resto de los ciudadanos.

Pues bien, esta supuesta excepcionalidad ha sido utilizada con anterioridad para justificar la adopción de disposiciones que han posibilitado la realización de este tipo de pruebas, ignorando los principios de igualdad, mérito y capacidad. De ahí que nos preocupe la actual redacción del Real Decreto que examinamos.

El artículo 2.º del Real Decreto dispone que:

«2. El personal contratado administrativo de colaboración temporal e interino que participe en las pruebas deberá reunir, para que se valore los servicios, además de las condiciones generales de capacidad, los siguientes requisitos:

a) Estar prestando servicios como contratado administrativo o como funcionario interino en la fecha de entrada en vigor de la Ley 7/1985, de 2 de abril, aunque posteriormente hayan dejado de prestarse, o haber prestado servicios como contratado administrativo de colaboración temporal hasta una fecha posterior a la entrada en vigor de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, aunque no se continuaran prestando en ninguna de las dos modalidades en la fecha de entrada en vigor de la Ley 7/1985.

b) Que los servicios se hayan prestado en plazas correspondientes a uno de los grupos o subgrupos que establece el artículo 87 del Real Decreto 3046/1977, de 6 de octubre, en la Corporación que realice la convocatoria.

c) Estar en posesión de los títulos exigibles para el ingreso en los respectivos subgrupos, clases, especialidades y categorías, de acuerdo con la normativa actualmente en vigor, o en condiciones de obtenerlos en las fechas en que termine el plazo de presentación de instancias.

A su vez, el artículo 3.º establece que:

«3.º La valoración de los servicios prestados por este personal se ajustará a las siguientes reglas:

1. Se valorarán exclusivamente los servicios efectivos prestados hasta la fecha de terminación del plazo de presentación de instancias, como

funcionario de empleo interino o contrato administrativo de colaboración temporal, en plaza o puesto de trabajo de igual subgrupo y, en su caso, clase o categoría al que se pretende acceder.

2. A efectos del apartado anterior, los servicios se valorarán en 0,20 puntos por mes de servicios prestados, si el total de puntos de la fase de oposición fuere de 30. Si fuera menor o mayor se reducirá o aumentará proporcionalmente la cifra de puntuación por mes.

En ningún caso la puntuación que pueda obtenerse por valoración de los servicios podrá ser superior al 45 por 100 del máximo total de puntos que pueda alcanzarse en las pruebas selectivas.

3. Los puntos así obtenidos se aplicarán consuntivamente por el Tribunal a cada uno de los ejercicios de la fase de oposición, de forma tal que se sumen a los obtenidos en la calificación de éstos los necesarios para alcanzar, en su caso, la puntuación mínima establecida en la convocatoria para poder superar cada uno de los mismos.

Los puntos que no hayan necesitado los aspirantes para superar los ejercicios se sumarán a la puntuación final, a efectos de establecer el orden definitivo de aprobados.

4. La valoración de los méritos deberá haber finalizado, al menos, cuarenta y ocho horas antes del inicio de las pruebas selectivas.»

Por su parte, el artículo 5.º 1. concede una segunda oportunidad a los contratados que no superasen las primeras pruebas al decir que:

«5.º 1. En la segunda convocatoria de pruebas selectivas que realicen las Corporaciones Locales, tras la entrada en vigor del presente Real Decreto, sólo tendrán derecho a la valoración de los servicios en la forma establecida en el artículo 3.º quienes reuniendo los requisitos del artículo 1.º y habiendo tomado parte en la anterior convocatoria, no hubieran superado entonces las correspondientes pruebas selectivas, con independencia de que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.º hubieran o no continuado prestando servicios como interinos.»

Finalmente, la Disposición Adicional 2.ª, en su número 2, permite la posibilidad de reducir los programas mínimos, al disponer que:

«2. En las convocatorias para ingreso en los subgrupos de Auxiliares, Administrativos y Técnicos de la Administración General se tendrán en cuenta las bases, ejercicios y programas mínimos establecidos en la Resolución de la Dirección General de Administración Local, de 16 de enero de 1981 («Boletín Oficial del Estado» de 12 de febrero), si bien las Corporaciones Locales podrán alterar el orden de los ejercicios y modificar los programas mínimos, eliminando o sustituyendo hasta el 25 por 100 de los temas que componen el de cada uno de los subgrupos.»

C) Examen de los problemas que plantea la actual redacción del Real Decreto 2224/85.

De acuerdo con el artículo 3.º del Real Decreto 2224/85, de 20 de noviembre, un contratado con suficiente antigüedad, obteniendo una puntuación de 0,5 puntos en cada uno de los ejercicios de las pruebas selectivas, superaría la oposición o concurso-oposición sumando 4,5 puntos de valoración de servicios prestados. El artículo examinado permite hasta un 45 por 100 de valoración de servicios prestados sobre el máximo que pueda alcanzarse en la puntuación de las pruebas selectivas.

Se plantean dos serias incógnitas con este precepto: de un lado, si la obtención de un 0,5 sobre 10 en una prueba selectiva es suficiente para demostrar la preparación de un aspirante a la Función Pública, y, de otro lado, si afecta o no al principio de igualdad y mérito en el acceso a la función pública el que se valore hasta un 45 por 100 sobre la máxima puntuación de las pruebas los servicios prestados en una Administración Pública.

Esta institución entiende que este supuesto, permitido por la redacción de este artículo, podría suponer un serio quebranto de los artículos 14 y 103 de nuestra Constitución.

De otra parte, el artículo 5.1 permite, en una segunda convocatoria de pruebas selectivas que realicen las Corporaciones Locales, que se vuelvan a valorar los méritos en la forma señalada, a aquellos contratados o interinos que no habiendo superado la primera convocatoria se presenten a esta segunda.

Por último, la Disposición Adicional del Real Decreto 2224/85, de 20 de noviembre, permite que en estas convocatorias para ingreso en los

Subgrupos de Administración General, las Corporaciones Locales puedan reducir los programas mínimos establecidos por la Administración Pública que V.E. preside, hasta en un 25 por 100.

Junto a estos problemas apuntados y de importante consideración, quisiéramos destacar otro problema de técnica legislativa que pudiera plantear la actual redacción del artículo 2, en su apartado c).

«2.º c) El personal contratado administrativo de colaboración temporal e interino que participe en las pruebas deberá reunir, para que se le valoren los servicios, además de las condiciones generales de capacidad, los siguientes requisitos:

— Estar en posesión de los títulos exigibles para el ingreso en los respectivos subgrupos, clases especiales y categorías, de acuerdo con la normativa actualmente en vigor, o en condiciones de obtenerlos en las fechas en que termine el plazo de presentación de instancias.»

Es decir, esta redacción podría dar lugar a que se valoren los méritos de servicios prestados, por ejemplo, por un contratado que ha desempeñado funciones de Técnico o Administración General, sin tener el título de Abogado o Economista, con tal que esté en condiciones de obtenerlo en la fecha en que termine el plazo de presentación de instancias. Podría darse el supuesto de valoración de experiencia en funciones de Abogado o Economista al servicio de la Administración, sin tener el título universitario correspondiente.

Por ello, entendemos que este artículo ameritaría una redacción que aclarase el problema de la titulación y el desempeño como contratado de un puesto de trabajo en la Administración Pública, que requiera titulación superior.

D) Examen de las consecuencias que se derivan de la aplicación del Real Decreto 2224/1985

Convocadas las pruebas por las corporaciones locales al amparo de esta disposición, puede ocurrir que distintos aspirantes procedan a interponer recursos contencioso-administrativos contra las mismas o hagan llegar a la Institución del Defensor del Pueblo su queja.

Independiente del resultado de las actuaciones administrativas, la Institución deberá actuar por mandato de nuestra Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, investigando y adoptando en cada caso el acuerdo de remitir, a las corporaciones locales convocantes, una resolución en forma de recordatorio de deberes legales.

Como V.E. conoce en otra similar actuación, la Institución remitió a las Cortes Generales una recomendación sobre la Ley 24/83, de 21 de diciembre, de Medidas Urgentes de Financiación de las Corporaciones Locales, que no fue aceptada y que, sin embargo, fue declarada en parte inconstitucional por el Tribunal Constitucional, coincidiendo en los argumentos utilizados por esta Institución.

Es obvio que esta disposición, en su actual redacción, dará lugar a una gran cantidad de recursos, pues la oferta de trabajo, como todos conocemos, no es lo suficientemente amplia para garantizar una situación de pleno empleo. A la inmensa mayoría de las oposiciones de presenta una gran cantidad de personas, aspirando a colocarse en el sector público y estas personas, al igual que quienes se han dirigido a esta institución, no dudan en utilizar todos los medios legítimos que tienen para la defensa de sus derechos.

Igualmente es manifiesto que la delimitación que hace el artículo 2 .a) del citado Real Decreto permite la valoración como mérito el haber estado contratado cuando aún no se exigía la oferta pública de empleo y, por consiguiente, de los principios de mérito, capacidad y publicidad.

La posibilidad de alcanzar una puntuación tan elevada por prestación de años de servicios (hasta un 45 por 100) trae su causa, paradójicamente, en muchos casos, en un fraude de Ley. Pues como ya hemos expuesto a V.E., muchas de las contrataciones administrativas realizadas al amparo del artículo 25 del Real Decreto 3046/77 no han respetado el mandato contenido en esta disposición de no prorrogar ni renovar los contratos administrativos cuya duración se fijaba en un año máximo.

Es notorio que se podría beneficiar con el Real Decreto 2224/1985 a quien ya se benefició de una contratación sin publicidad e irregular, por no respetar la no renovación o prórroga en su caso. De igual forma, es patente que quien ha trabajado en la Administración tiene la ventaja frente a unas pruebas selectivas que le da la experiencia en el trabajo administrativo.

E) Examen del Real Decreto 2224/85 desde la Constitución Española.

No se podría enjuiciar la constitucionalidad del Real Decreto examinado, ni de la Disposición Transitoria octava de la Ley 7/85, si se exigiese como condición previa para valorar los servicios prestados el que se hubiese accedido a la situación de contratado administrativo o de funcionarios interinos por medio de convocatorias públicas, en las que se contemplaran los méritos y capacidades en condiciones de igualdad de todos los aspirantes, tal y como dispone la Ley 30/84, de 2 de agosto. Pero, entendemos, que al no hacer precisión alguna al respecto, la disposición examinada y la Ley 7/85, de 2 de agosto, no se ha contemplado una situación real, cual es la existencia de contrataciones administrativas en las Corporaciones Locales, que no se haya ajustado a los principios de publicidad, mérito y capacidad y que, incluso, vulneran las prescripciones del artículo 25 del Real Decreto 3046/77.

Si a esta regulación añadimos lo dispuesto por el artículo 22 de la Ley 30/84, de 2 de agosto, nos podríamos encontrar con convocatorias en las que se reducirían sustancialmente el número de plazas a cubrir en las ofertas de empleo público, pues como V.E. conoce, sobre esta última disposición, permite el reservar el 50 por 100 de plazas para la promoción interna entre funcionarios de subgrupos inferiores.

Ciertamente, el legislador y la Administración Pública deben velar por asegurar al máximo la protección de los derechos de este colectivo de personas, y en este sentido son dignas de todo elogio las medidas que han extendido el seguro de desempleo a los contratados administrativos y personal interior que deja de prestar servicios a las administraciones públicas, pero en todo caso la consideración que nos merecen estas personas y sus lógicas y legítimas aspiraciones a lograr una estabilidad en sus puestos de trabajo, han de conjugarse con intereses y aspiraciones igualmente legítimos del resto de los ciudadanos que desean acceder a la Función Pública.

Nuestra Constitución, en su artículo 1.º, configura como valor permanente en nuestro ordenamiento jurídico el de la igualdad, elevándolo así a valor superior del mismo, lo que comporta que en todo momento ha de prevalecer como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de noviembre de 1983.

De otra parte, el artículo 14 de la Constitución consagra el principio de igualdad ante la Ley y se ha impuesto un límite a la potestad del legislador, consistente en que las normas no creen entre los ciudadanos situaciones desiguales o discriminatorias, y, por otro lado, ha otorgado un derecho subjetivo, el poder poner en marcha los mecanismos jurídicos idóneos para restablecer la igualdad de trato (Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de noviembre de 1983).

Se contiene, por tanto, en este artículo, una fórmula abierta que prohíbe el tratamiento distinto a situaciones sustancialmente iguales, cualquiera que sea su causa, siempre que no tenga justificación razonable.

En el caso que nos ocupa, se daría cumplimiento al principio de igualdad si la valoración de méritos afectase a los contratados o interinos con los requisitos exigidos en la ley 30/84, de 2 de agosto, sobre publicidad en las contrataciones, y observancia de méritos y capacidades. Pero el artículo 2 del citado Real Decreto permite valorar como mérito la prestación de servicios en la Administración Pública cuando se ha podido ser contratado sin la observancia de estos requisitos.

La igualdad ante la Ley es, en primer término, igualdad en la configuración del texto legal (cosa que no se aprecia con claridad en la redacción de la Disposición Transitoria Octava, y menos el Real Decreto 2224/85), lo que significa que a la identidad de supuestos de hecho debe acompañar identidad en los efectos o consecuencias jurídicas, identidad que se rompe cuando se introduce para tratar de diferenciar los elementos o circunstancias carentes de razonable justificación (por ejemplo, la circunstancia de estar contratados sin mérito o selección alguna) y que cuando se produce la diferenciación debe guardarse proporcionalidad en el tratamiento jurídico.

Se podría vulnerar, por tanto (si llevan a efecto las convocatorias previstas en el Real Decreto de referencia) el derecho de los ciudadanos de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución Española, y de igual forma los artículos 14 y 103 que reconocen el derecho de igualdad ante la ley de todos los españoles y el acceso a la función pública con arreglo a los principios de mérito y capacidad.

De otra parte, el mandato que el artículo 103.1 contiene respecto de las actuaciones de toda administración pública de servir con objetividad los intereses generales y actuar de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación podría encontrarse afectado por las convocatorias que se realizasen al amparo del Real Decreto 2224/85.

Por todo lo expuesto, la recomendación que esta institución somete a la consideración de V.E. se concreta en los siguientes puntos:

1. Que se estudie la modificación del Real Decreto 2224/85, de 20 de noviembre, en el sentido de que sólo puedan beneficiarse con la valoración de méritos configurada en esta disposición aquellos contratados o interinos que hayan sido seleccionados conforme a los principios de la Ley 30/84, de 2 de agosto, y no aquellos cuyas contrataciones se realizaron por la vía del artículo 25 del Real Decreto 3046/77, de 6 de octubre, y, por tanto, sin el concurso de publicidad, oferta pública y valoración de méritos y capacidades.

2. En el supuesto de que no se acepte la anterior recomendación, sugerimos que, en ningún caso, el tiempo que se valore como servicios prestados exceda del año para las contrataciones administrativas realizadas al amparo del Real Decreto 3046/77, de 6 de octubre, pues de otro modo se estarían valorando servicios prestados a la Administración en contra de Ley, dado que estos contratos eran improrrogables, irrenovables y con una duración máxima de un año.

3. Que se estudie la posible modificación del apartado c) del artículo 2.º, en el sentido de suprimir la expresión «... o en condiciones de obtenerlos en la fecha en que termine el plazo de presentación de instancias» de suerte que no puedan valorarse como méritos los servicios prestados por contratados administrativos o interinos que no reunían la titulación necesaria para el desempeño del puesto de trabajo que estaba cubriendo.

4. Que se estudie la modificación del apartado d) del artículo 2.º que añade como requisito: «no estar vinculado, en la fecha de la convocatoria, mediante una relación de trabajo permanente, a ninguna Administración Pública», ya que el hecho de tener empleo estable en la Administración no debe servir como obstáculo para computar o no unos méritos. Pensamos que la existencia de una relación de trabajo estable con la Administración

Pública no puede suponer un obstáculo para acceder a otros puestos de trabajo dentro de la Administración, de la misma manera que no lo es para quien tiene un empleo estable en la empresa privada.

5. Que se estudie la posibilidad de modificar el número 2 de la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto 2224/85, de 20 de noviembre, que permite la reducción hasta un 25 por 100, el temario de los programas mínimos aprobados por la Dirección General de Administración Local, para los subgrupos de Administración General, pues, de otro modo, los llamados programas mínimos dejarían de ser tales; y si con esta calificación han sido aprobados por la Dirección General de Administración Local, es porque se pensaba que en ellos estaban comprendidos el mínimo de conocimientos exigibles para los funcionarios de Administración Local. Máxime cuando el principio de movilidad de funcionarios entre distintas Administraciones Públicas debe requerir una idéntica formación de funcionarios.

Las anteriores consideraciones, que por imperativo de nuestra Ley Orgánica se elevan a la consideración de V.E. en forma de recomendación, se corresponden con el deseo de esta institución de colaborar con la Administración Pública y con sus máximos responsables en la irrenunciable tarea de racionalizar, modernizar y, en su caso, adecuar el marco normativo a la Constitución, en aras de evitar que los órganos administrativos de gestión se vean en la necesidad de adoptar resoluciones en base a normas periclitadas u obsoletas y al ciudadano de sufrir las consecuencias.

Madrid, 13 de marzo de 1986.

**Recomendación dirigida al Ministro de Administración Territorial.**

**Recomendación 10/1986, de 24 de marzo, sobre el derecho fundamental a la defensa y a la asistencia letrada de los detenidos y presos.**

*(BOCG. Congreso, Serie E, núm. 34, pág. 128-130)*

Esta Institución ha realizado recientemente una visita al centro penitenciario de hombres de Carabanchel (Madrid), por haberlo así solicitado el Director del citado establecimiento, como consecuencia de la grave situación de tensión que afectaba a los internos de dicho centro, que había sido también expuesta por éstos a través de una queja general y conjunta, en la que se formulan ante esta Institución diversas pretensiones, entre las que nos permitimos destacar a V.E. la siguiente:

Un número elevado de internos han manifestado con frecuencia a esta Institución su ausencia de relación con los letrados que les son designados de oficio, los cuales, según nos manifiestan, suelen ponerse en relación con sus defendidos unos minutos antes de la celebración del juicio oral, siendo escasas sus visitas a los centros penitenciarios para establecer los contactos necesarios para el pleno ejercicio del derecho a la defensa y a la asistencia letrada, cuyo íntegro contenido abarca no sólo el momento del juicio, sino todas las actuaciones previas al mismo.

En la medida en que la misión que lleva a cabo la abogacía constituye una pieza clave sin la cual no puede llegar a ser efectivo en la práctica el contenido del artículo 24 de la Constitución, la cuestión expuesta ha merecido la preocupación de esta Institución, a la que consta la dedicación y entrega en el cumplimiento de su deber de la gran mayoría de los miembros de los Ilustres Colegios.

En esta misma línea, un criterio extensivo y favorable a la mayor efectividad de los derechos fundamentales, reiteradamente sostenido por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ha llevado a esta institución a remitir al Excmo. Sr. Fiscal General del Estado una sugerencia en relación

con las garantías del ejercicio del derecho a la defensa y a la asistencia letrada en los momentos inmediatamente anteriores a la celebración del juicio oral.

Por la importancia de estos derechos y teniendo en cuenta la trascendencia de la misión que históricamente ha venido desarrollando con eficacia la abogacía en la defensa de los derechos de los ciudadanos, esta Institución, en cumplimiento de su misión constitucional, desea poner en conocimiento de V.E. los hechos más arriba expuestos en la seguridad de que serán investigados por ese Consejo cuya especial preocupación por la efectividad de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos consta a esta Institución por las actuaciones que del mismo dimanar.

En el convencimiento de que la colaboración que de ese Consejo se solicita constituye un avance en la profundización de los valores constitucionales, agradeceríamos a V.E. informase a esta Institución sobre la realidad de la situación descrita y, caso de ser cierta, sobre las actuaciones que puedan llevarse a cabo por ese Consejo como consecuencia de este escrito.

Madrid, 24 de marzo de 1986.

**Recomendación dirigida al Presidente del Consejo General de la Abogacía.**

**Recomendación 11/1986, de 24 de marzo, sobre retrasos en la Jurisdicción penal y remisión a los centros penitenciarios, mediante telegrama, del contenido esencial del fallo de las sentencias.**

Esta institución ha realizado recientemente una visita al centro penitenciario de hombres de Carabanchel (Madrid), por haberlo así solicitado el Director del citado establecimiento, como consecuencia de la grave situación de tensión que afectaba a los internos de dicho centro, que había sido también expuesta por éstos a través de una queja general y conjunta.

Efectuada dicha visita al amparo del artículo 19 de nuestra Ley Orgánica reguladora, los internos han formulado diversas pretensiones, cuyo contenido sustancialmente remitimos a la consideración de V.E.:

I. Un número elevado de internos han manifestado a esta Institución que, en su mayoría, sólo han podido tener contacto con su abogado designado de oficio unos minutos antes de la celebración del juicio oral.

II. Nos han expuesto también la escasa rapidez con la que, a su juicio, se tramitan los recursos interpuestos ante el Tribunal Supremo y, en general, los procedimientos penales que les afectan.

III. Por último, han denunciado a esta institución la tardanza con la que las Salas sentenciadoras remiten a los centros penitenciarios los testimonios de sentencias y las liquidaciones de condena, de tal manera que, en algunos casos, los centros penitenciarios reciben dichas comunicaciones con ocho o nueve meses de retraso.

Por lo que hace referencia a la primera de las cuestiones expuestas, en la medida en que afecta de forma directa al derecho fundamental a la defensa y a la asistencia letrada legalmente reconocidos, cumpíenos poner en

conocimiento de V.E. que con esta misma fecha remitimos la oportuna comunicación al Excmo. Sr. Presidente del Consejo General de la Abogacía.

En cuanto al resto de las cuestiones que acaban de exponerse, procede someter a la valoración de V.E. las consideraciones siguientes:

Como esta Institución ha expuesto a V.E. en numerosas ocasiones, la lentitud es con carácter general, en la práctica, una de las notas características de la tramitación de todo tipo de procedimientos judiciales y en todas sus fases.

Ahora bien, si esta situación es grave en relación con todos los órdenes jurisdiccionales, pues significa una inadecuación al derecho fundamental a una tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24 C.E.), es en la Jurisdicción penal donde se manifiesta en toda su crudeza y con las más graves repercusiones.

Efectivamente, los retrasos que se producen en la Jurisdicción penal no significan sólo un mal funcionamiento del servicio público de la Justicia y una inadecuación a los derechos fundamentales que acaban de mencionarse, sino que repercuten de forma inmediata en otros derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos.

Así, esta demora en la tramitación de las causas penales, que afecta a las distintas fases del proceso criminal, y de la que supone una manifestación la tardanza en la remisión de los testimonios de sentencia a los centros penitenciarios, tiene una incidencia directa en el elevado número de presos preventivos existente en la actualidad y constituye un factor determinante de la masificación de los establecimientos penitenciarios en general y, en particular, de los grandes centros de preventivos.

En relación con esta situación no puede dejar de hacerse mención a otro de los factores determinantes de la misma, cual es la última reforma en materia de prisión preventiva llevada a cabo por la Ley Orgánica 10/84, de 26 de diciembre, aumentando considerablemente los plazos máximos de duración de la misma.

Obvia decir que la masificación aludida impide que puedan desarrollarse, en la práctica, con eficacia, en los establecimientos penitenciarios, las

actividades previstas en la legislación penitenciaria tendentes a cumplir la finalidad rehabilitadora de la pena recogida en el artículo 25 C.E.

De igual manera, la excesiva duración de la situación de preso preventivo antes expuesta incide directamente, retrasándolas, en las tareas de clasificación y tratamiento penitenciario, produciéndose también, en definitiva, situaciones nada acordes con los derechos que a los internos nuestra Constitución garantiza.

La gravedad de la situación que acaba de exponerse, unido a una preocupación por la profundización en los valores proclamados por nuestra Constitución, motivaron, entre otras actuaciones, una sugerencia de esta Institución en relación con un cambio de orientación de la legislación penal en materia de penas sustitutivas de las de privación de libertad.

No obstante, mientras permanezca la actual situación, esta Institución, en cumplimiento de su misión constitucional, desea dar traslado a V.E. de las pretensiones formuladas ante la misma por los internos del centro penitenciario de hombres de Carabanchel en la medida en que las dos cuestiones expuestas afectan a los derechos fundamentales antes mencionados y conllevan graves repercusiones en la situación de los establecimientos penitenciarios.

Nos mueve a ello el convencimiento de que la misión de defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos, que a ese Ministerio Fiscal también asigna la Constitución (art. 124), determinará una especial sensibilidad de esa Fiscalía General en la valoración de la trascendencia que, en relación con dicha misión, tienen los problemas expuestos en el presente escrito.

Guiados por la idea de que sólo desde la colaboración entre las instituciones que conforman la Administración de Justicia pueden conseguirse soluciones eficaces al problema expuesto, solicitamos a V.E. el traslado de este escrito al Consejo General del Poder Judicial por estimar puede ser de su interés y en la medida en que, de sus propias y distintas competencias, pudieran arbitrarse soluciones para paliar la grave situación relatada en el presente escrito.

En este sentido, y con independencia de las medidas que pueden adoptarse para obtener una mayor agilización en la tramitación de los procedimientos penales, esta Institución desea someter a la consideración de

esa Fiscalía General y del Consejo General del Poder Judicial la posibilidad de que las Salas sentenciadoras comuniquen mediante telegrama a los centros penitenciarios el contenido esencial del fallo, sin perjuicio de la ulterior remisión de los correspondientes testimonios de Sentencia.

Madrid, 24 de marzo de 1986.

**Recomendación dirigida al Fiscal General del Estado.**

**Recomendación 12/1986, de 2 de abril, sobre generalización de adjudicación de viviendas en régimen de arrendamiento.**

*(BOCG. Congreso, Serie E, núm. 34, págs. 1118-1119)*

En fecha 15 de julio de 1985, esta Institución acordó la admisión de la queja n.º 5.503/84, formulada por don A.S.P., quien alegaba que habiendo formulado una solicitud de vivienda de promoción pública municipal ante el «Patronato Municipal de l'Habitatge», no había recibido expresa respuesta a la misma, a pesar de las numerosas gestiones efectuadas al respecto.

En fecha 9 de diciembre de 1985, el referido Patronato emitió el siguiente informe:

«En respuesta a su escrito..., según los antecedentes que figuran en este Patronato Municipal de la Vivienda, debo comunicarle lo siguiente:

1.º La solicitud de vivienda fue presentada por el Sr. S. P. en junio de 1983 y renovada en marzo de 1984. En 1985 no ha manifestado su deseo de renovación, por lo que se ha de considerar caducada.

2.º Su petición respondía al problema de estar pagando una vivienda de alquiler con una renta mensual demasiado elevada para sus ingresos. Esta circunstancia debe aclararse diciendo que la renta era más bien módica en relación con los precios de mercado, pero que los ingresos propios eran tan escasos (unas 15.000 pesetas mensuales) que en la práctica no podía destinar casi nada a pagar la vivienda.

3.º La familia del Sr. S. P., compuesta de su esposa y tres hijos de corta edad, vive gracias a las ayudas económicas de sus familiares, que, según declaró, les facilitan unas 25.000 pesetas mensuales.

4.º En tales circunstancias, se comprende la imposibilidad del Sr. S. P. de acceder a una vivienda de promoción pública, de las pocas de que

disponemos, ya que la reglamentación de viviendas de protección oficial obliga a establecer un alquiler que, aunque más reducido que en las de renta libre, hoy en día, dado el coste de las nuevas promociones, resulta por encima de lo que el interesado podría pagar razonablemente con sus escasos ingresos.

Aún menos cabe pensar en una vivienda de compra, que, como es lógico, resulta más cara.

Todo lo hasta ahora expuesto explica que no haya podido atenderse la petición que motiva la queja, pero es preciso añadir que no es un caso aislado. En la actualidad, nuestra experiencia diaria nos muestra que son varias las familias que al carecer de recursos, o ser éstos tan mínimos, no entran en un sistema de acceso a las viviendas de protección oficial que fue pensado para una situación distinta, cuando la mayoría de familias contaba con unos ingresos fijos, de mayor o menor cuantía. Es preciso, pues, encontrar nuevas soluciones a las nuevas necesidades, sobre todo si son graves como la de referencia.

En esta línea, el Patronato Municipal de la Vivienda de Barcelona ha promovido estudios y diálogos a nivel institucional para introducir un sistema de subvenciones que atienda los casos extremos durante el tiempo preciso y que posteriormente pueda adaptarse a las necesidades reales de las familias a medida que la situación de éstas vaya mejorando.

Deseamos que en breve plazo pueda arbitrarse por las autoridades competentes un sistema, en la línea del expuesto o en otra, que sirva para dar respuesta a situaciones como las del Sr. S. P., a quien en este momento sólo podemos sugerir que solicite una ayuda de los servicios sociales.»

Del indicado informe se deduce la existencia de un grave problema de insolvencia, que afecta a un considerable grupo de ciudadanos con bajísimos niveles de ingresos familiares, lo que les impide o dificulta el acceso a una vivienda de promoción pública.

Por tal razón, esta Institución apoya la adopción de las medidas adecuadas para hacer frente al referido problema que se sugieren en el último párrafo del informe anteriormente transcrito.

A su vez, haciendo uso de la facultad que le otorga el Defensor del Pueblo, el artículo 30 de su Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, recomienda a V.E. que, en el ámbito de las promociones municipales de viviendas de protección oficial, se generalice el arrendamiento como fórmula que permita a los usuarios afrontar con más comodidad el coste de la vivienda, creándose, con carácter excepcional y complementario, unos subsidios para el abono de las rentas correspondientes, tal como preveía, en el ámbito de la promoción pública estatal, el artículo 53, párrafo 2, del Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, precepto que, por cierto, no ha sido objeto de desarrollo reglamentario.

La recomendación que se efectúa tiene su inspiración, por otra parte, en el Real Decreto 237/1985, de 6 de noviembre, de la Junta de Andalucía, sobre adjudicación de viviendas de promoción pública («B.O.J.A.», n.º 114, de 3-XII-1985), cuyo artículo 21 establece que «los adjudicatarios en régimen de arrendamiento para quienes por sus circunstancias económicas resulte excesivamente gravoso el coste mensual establecido, podrán solicitar de la Comisión Provincial de la Vivienda una deducción del cincuenta por ciento del importe de dicho coste».

La presente recomendación debe ser objeto de expresa respuesta en el término no superior al de un mes, según establece el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos.

Madrid, 2 de abril de 1986.

**Recomendación dirigida al Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Barcelona.**

**Recomendación 13/1986, de 3 de abril, sobre creación de registros generales en los juzgados.**

*(BOCG. Congreso, Serie E, núm. 34, pág. 878-879)*

Se han recibido en esta institución diversas quejas que ponían de manifiesto cierta confusión de sus promoventes en relación con las fechas de presentación de escritos destinados a surtir efecto en los correspondientes procedimientos civiles en los que aquellos estaban legalmente constituidos como parte, tramitados ante Juzgados de Primera Instancia de Madrid.

La cuestión expuesta no es sino manifestación de la confusión a que puede dar lugar el actual sistema de presentación de escritos ante los órganos jurisdiccionales en aquellas localidades en que existe un importante número de estos.

La actual dispersión que caracteriza a este sistema, al ser presentados la mayoría de los escritos, ante cada uno de los órganos jurisdiccionales ante los que deben surtir efecto, crea las condiciones favorables para que, en la práctica, pueda producirse, en algunos casos, la pérdida u olvido de algunos escritos con el consiguiente desconcierto de los ciudadanos al verse afectados en los derechos que a estos asisten.

La creación de un Registro General, que pudiera estar informatizado, prevista con carácter potestativo en la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 272.3) que centralizase todos los escritos que deben presentarse ante los diversos Juzgados de una misma localidad contribuiría, a juicio de esta Institución, una mejor y más diligente organización de la oficina judicial y permitiría un funcionamiento más eficaz del servicio público de la Administración de Justicia en estas localidades.

En este sentido, puede destacarse que si la eficacia es uno de los principios rectores de la Administración Pública en general (artículo 103.1 C.E.), tanto más debe ésta predicarse de la Administración de Justicia cuya

actuación diligente y eficaz ha sido, en cierta forma, elevada a la categoría de derecho fundamental constitucionalmente reconocido (artículo 24 C.E.), dada la importancia de la actividad que por aquella se desarrolla en la protección de los derechos e intereses de los ciudadanos.

Por todo cuanto antecede, esta Institución constitucional, al amparo de lo dispuesto en los artículos 30.1 de su Ley Orgánica reguladora y 25 de su Reglamento de Organización y Funcionamiento, ha considerado oportuno sugerir a ese Alto Organo de Gobierno del Poder Judicial, valore la conveniencia de instar ante la administración competente la posible aplicación de la previsión contenida con carácter potestativo en el artículo 272.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en aquellas localidades en que existen varios órganos jurisdiccionales.

Nos mueve a ello el considerar que la correcta organización de la oficina judicial constituye un aspecto esencial del buen funcionamiento del servicio público de la Justicia, íntimamente ligado a la real aplicación de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 C.E.

Esta Institución agradecería a V.E. le informase de las posibles actuaciones que pudieran desarrollarse al respecto por el Consejo de su digna presidencia o por los demás órganos de gobierno interno de los Juzgados.

Madrid, 3 de abril de 1986.

**Recomendación dirigida al Presidente del Consejo General del Poder Judicial.**

**Recomendación 14/1986, de 9 de abril, sobre remisión por correo certificado de las actuaciones del orden jurisdiccional penal.**

*(BOCG. Congreso, Serie E, núm. 34, pág. 879)*

Se han recibido en esta Institución escritos de V.E. de fecha y referencia arriba indicadas, en relación con el problema planteado por la interesada y registrado con el número de expediente reseñado con anterioridad.

De dichos informes se desprende que las Diligencias Previas núm. 947/82, seguidas ante el Juzgado de Instrucción de San Lorenzo de El Escorial como consecuencia de un accidente de circulación, han sido extraviadas al ser remitidas por correo ordinario, al Juzgado de Distrito de Collado Villalba el 31 de mayo de 1985.

De igual manera se informa por V.E. que «con esta fecha, dirijo oficio al Señor Juez de Instrucción de San Lorenzo de El Escorial interesándole disponga lo necesario para que, a la mayor brevedad posible se proceda a la reconstrucción de las mentadas Diligencias y verificado esto se remitan nuevamente, por correo certificado oficial al Señor Juez de Distrito de Collado Villalba para que sustancie y decida el supradicho Juicio Verbal de Faltas».

Esta institución desea agradecer a V.E. la rápida adopción de las medidas necesarias para corregir la anomalía que acaba de exponerse. No obstante, en la medida en que los hechos fundadores de la queja afectan de forma directa a derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos (artículo 24 C.E), esta institución desearía someter a la valoración del Consejo General del Poder Judicial la generalización del uso del correo certificado en la actividad que ordinariamente desarrollan los órganos jurisdiccionales de remisión de diligencias penales a otros juzgados o tribunales. Ya que, al amparo de los artículos 291 y 292 del Reglamento de los Servicios Postales, el sistema de remisión por correo certificado otorga mayores garantías para los ciudadanos, en posibles casos de pérdida.

Por todo cuanto antecede, agradeceríamos a V.E., al amparo del artículo 13 de nuestra Ley Orgánica reguladora, valorase la conveniencia de dar traslado a este escrito y de los informes por V.E. elaborados, en relación con la presente queja, al Consejo General del Poder Judicial para que por éste puedan ser debidamente valoradas las consideraciones que acaban de ser expuestas, informando posteriormente a esta institución.

Madrid, 9 de abril de 1986.

**Recomendación dirigida al Fiscal General del Estado.**

**Recomendación 15/1986, de 17 de abril, sobre puesta en práctica de la Directiva 79/7, de 19 de diciembre de 1978, de la C.E.E. (Principio de igualdad en materia de Seguridad Social.)**

*(BOCG. Congreso, Serie E, núm. 34, pág. 1057-1058)*

Aún cuando la legislación española en materia de Seguridad Social está adaptada, en términos generales, al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, subsisten, empero, determinados supuestos de discriminación por razón de sexo.

El Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, prevé, en su artículo 2.3, el mantenimiento de la condición de beneficiario en los casos de separación, reconociendo dicha condición al «cónyuge», si bien subordinado el derecho a que el mismo no sea declarado judicialmente culpable.

La Disposición Final Décima de la Ley 24/1972, de 21 de junio, de Financiación y Perfeccionamiento de la Acción Protectora del Régimen General y, a nivel reglamentario, el artículo 10.º de la Orden de 31 de julio de 1972, dispusieron que, en caso de separación de hecho, las esposas de los trabajadores pudieran beneficiarse de la prestación de asistencia sanitaria. Esta norma ha sido recogida posteriormente en el artículo 100.1 .c) de la Ley General de la Seguridad Social.

En consecuencia, la interpretación conjunta de estas normas lleva a constatar que en caso de separación judicial se prevé el mantenimiento de la condición de beneficiario de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social tanto para el hombre, como la mujer, sin efectuar ningún tipo de discriminación, por cuanto el artículo 2.3 del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, se refiere al «cónyuge». Por el contrario, en el supuesto de separación de hecho, únicamente es la esposa del trabajador quien conserva el derecho a la asistencia sanitaria, por aplicación de lo previsto en el

artículo 100.1 c) de la Ley General de la Seguridad Social, sin que, por consiguiente, tal beneficio alcance a los esposos de las trabajadoras.

Esta interpretación viene confirmada por la Resolución de 22 de julio de 1980 (BOE de 30 de julio de 1980), que se refiere a que «en los supuestos de separación matrimonial a que hace mención el párrafo tercero del apartado a) del número 3 del artículo 2.º del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, y la norma del artículo 10 de la orden de 31 de julio de 1972, el cónyuge del titular del derecho, y en caso de separación de hecho la esposa beneficiaria, para obtener la prestación de asistencia sanitaria para sí y los hijos beneficiarios que con uno y otra convivan, deberán solicitarla de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de la Provincia en que se encuentre en alta el titular».

Por su parte, la normativa reguladora de las prestaciones de asistencia social de la Seguridad Social contiene un supuesto discriminatorio similar al citado en relación a la asistencia sanitaria. En efecto, la Disposición Final Décima de la Ley 24/1972 de 21 de junio, y el artículo 10 de la orden de 31 de julio de 1972 y, con posterioridad, el artículo 36.1 de la Ley General de la Seguridad Social y el artículo 2.º, apartado e) de la Orden de 1 de diciembre de 1976, prevén la posibilidad de que, en caso de separación de hecho, las esposas trabajadoras puedan beneficiarse de las prestaciones de asistencia social, sin hacer referencia al supuesto inverso. Asimismo, el artículo 3.2 de la misma Orden, en su apartado 2. d) prevé que, en caso de separación de hecho, podrá formular solicitudes la esposa, en razón a estados o situaciones de necesidad que les afecten directamente a ella o a sus hijos que con ella convivan y a su cargo.

En relación a estos supuesto, ha de entenderse que la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, no supone modificación alguna, salvo en lo que se refiere a la eliminación del requisito de la culpabilidad contemplado en el artículo 2.3 del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, circunstancia que en nada afecta a la finalidad de esta recomendación. Habrá, por tanto, de entenderse que, tras la publicación de esta Ley se mantienen los supuestos discriminatorios descritos en relación a la separación de hecho, desde el momento en que la Norma Primera de la citada Disposición Adicional Décima se refiere exclusivamente a la separación judicial, no siendo, de otra parte, de aplicación a los mismos lo previsto en la Norma Tercera de la misma Disposición —que podría considerarse extendido a los casos de separación de hecho—, por cuanto

esta última limita sus efectos a las pensiones de viudedad y demás derechos pasivos o prestaciones por razón de fallecimiento.

De otro lado, el Baremo de Indemnizaciones de las Lesiones Permanentes no Invalidantes contiene disparidades en la valoración económica de ciertos órganos, en función del sexo del lesionado, que deben ser considerados como contrarios al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres. Así en el Anexo de la Orden 15 de abril de 1969, y de conformidad con la elevación de las tasaciones efectuadas por Orden de 5 de abril de 1974, la pérdida de la nariz se indemniza con 112.000 ptas, tratándose de mujeres, mientras que por idéntica pérdida en el caso de los varones, se recibe una indemnización limitada a 54.000 ptas. Asimismo, las deformaciones en el rostro y en la cabeza se compensan en forma diferente, puesto que aquellas que determinen una alteración importante de su aspecto se indemnizan entre 18.000 y 36.000 ptas., en el caso de las mujeres, y entre 8.500 y 17.000 ptas., tratándose de varones, mientras que por las que afectan gravemente a la estética facial o impidan alguna de las funciones de los órganos externos de la cara se abonan, respectivamente, entre 27.000 y 112.000 ptas. y entre 17.000 y 36.000 ptas.

De este modo se producen unas singulares diferencias en las tasaciones del apéndice nasal y de las deformaciones en el rostro que, al no encontrar una base sólida ni en datos sociológicos, ni en criterios estéticos, deben reputarse como discriminatorias por razón de sexo.

De otra parte, el artículo 5.º del Decreto 3722/1972, de 23 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento General del Régimen Especial Agrario, exige, como condición para quedar incluidos en el campo de aplicación de dicho régimen, que los trabajadores por cuenta propia realicen la actividad agraria en forma personal y directa en estas explotaciones, aún cuando se agrupen permanentemente con otros titulares para la ejecución de labores en común u ocupen también trabajadores por cuenta ajena, sin que ninguno de éstos tenga carácter fijo y sin que el número de jornales totales satisfechos a los eventuales supere anualmente el número de los que percibiría un trabajador fijo. A continuación, el mismo precepto determina que, por excepción, no será aplicable esta limitación relativa al empleo de trabajadores por cuenta ajena: a) Si el titular de la explotación, varón, se encuentra imposibilitado para el trabajo; b) Si el titular que sea mujer se encuentra en estado de viudedad o imposibilitada para el trabajo, especificándose seguidamente que esta norma será de aplicación, en ambos

casos, siempre que no haya hijos o parientes varones, mayores de dieciocho años, que convivan con la familia.

Por último, y en el Régimen Especial de Empleados del Hogar, el apartado dos del artículo 2.º del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, contiene una excepción a la exclusión del campo de aplicación de dicho régimen de los familiares de cabeza de familia, recogida en el apartado uno del mismo artículo, determinando, en este sentido, que tal exclusión no afectará a los familiares de sacerdotes célibes que convivan con ellos y que reúnan las demás condiciones exigidas, siempre que no tengan ningún empleado de hogar a su servicio. Este precepto se circunscribe, no obstante, a los familiares del sexo femenino, no aplicándose, en consecuencia, a los del sexo masculino.

En mérito a lo expuesto y considerando que el artículo 14 de la Constitución española prohíbe toda discriminación por razón de sexo.

Considerando que la Directiva 79/7, de 19 de diciembre de 1978, de la Comunidad Económica Europea, relativa al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, determina que dicho principio supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, y de modo particular en lo relativo, entre otros aspectos, al ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos, así como a las condiciones de duración y mantenimiento del derecho a las prestaciones.

Considerando que el ámbito de aplicación material de la citada Directiva se aplica tanto a los regímenes legales que protejan, entre otros, los riesgos de enfermedad y accidente laboral y enfermedad profesional, así como a las disposiciones relativas a la asistencia social, en la medida en que estén destinadas a completar estos regímenes.

Considerando que el supuesto relativo a la asistencia sanitaria en casos de separación de hecho se encuentra comprendido en el riesgo de enfermedad a que se refiere el artículo 3.1 a) de la citada Directiva.

Considerando que el caso relativo a la asistencia social en supuestos de separación de hecho se halla incluido en el apartado b) del núm. 1 del artículo 3.º de la citada Directiva, por cuanto el artículo 20.2 de la Ley

General de la Seguridad Social otorga a las prestaciones de asistencia social el carácter de complementarias respecto de las prestaciones básicas.

Considerando que el supuesto relativo a la indemnización de lesiones permanentes no invalidantes está incluido en el riesgo de accidente de trabajo y enfermedad profesional, mencionado en el artículo 3.1. a) de la Directiva aludida.

Considerando que los casos relativos a los Regímenes Especiales Agrario y de Empleados del Hogar se hallan igualmente afectados por lo dispuesto en el artículo 3.º, en relación al artículo 4.º, ambos de la repetida Directiva 79/7, de 19 de diciembre de 1978.

Considerando que la obligación dimanante de esta Directiva, conforme dispone su artículo 5.º, consiste en la adopción de las medidas precisas con el fin de suprimir las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato.

Considerando que, conforme a lo previsto en los artículos 2.º y 392 del Acta adjunta al Tratado relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa a la Comunidad Económica Europea y a la Comunidad Europea de la Energía Atómica, en relación al artículo 2.2 del Tratado, la Directiva 79/7, de 19 de diciembre de 1978, es aplicable a España desde el 1 de enero de 1986.

Considerando que los supuestos de diferencia de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social anteriormente descritos constituyen casos de discriminación por razón de sexo, al carecer dicha desigualdad de una justificación objetiva y razonable, siendo, por ende, contrarios al artículo 14 de la Constitución Española y a la Directiva 79/7, de 19 de diciembre de 1978.

Considerando que, aún cuando el apartado tercero de la Disposición Derogatoria de la Constitución Española determina que quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la misma, razones de seguridad jurídica aconsejan la modificación expresa de las normas en que se contienen los supuestos de discriminación por razón de sexo citados.

Considerando que la necesidad y urgencia de la eliminación de estos casos de discriminación por razón de sexo no solo se deriva de los

imperativos constitucionales, sino de la obligación que dimana de la Directiva 79/7, de 19 de diciembre de 1978, de la Comunidad Económica Europea, que requiere la adopción de las medidas precisas para su puesta en práctica, conforme a lo previsto por el artículo 189 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea y el artículo 395 del Acta de Adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa.

Considerando que, aún cuando desde hace varios ejercicios las prestaciones de asistencia social de la Seguridad Social carecen de asignación presupuestaria, razones de seguridad jurídica aconsejan la modificación del supuesto discriminatorio contenido en su regulación.

Esta Institución, en uso de las facultades que le confieren los artículos 28.2 y 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, tiene el honor de remitir a V.E. la siguiente recomendación: Que, por parte del Ministerio que V.E. dignamente regenta, se procedan a adoptar las medidas oportunas para la puesta en práctica de la Directiva 79/7, de 19 de diciembre de 1978, de la Comunidad Económica Europea, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social.

A tal efecto, a juicio de esta institución, resulta preciso, al menos, proceder a la modificación de los siguientes preceptos:

1. Artículo 100.1 .c) de la Ley General de la Seguridad Social, otorgando a los esposos de las trabajadoras, pensionistas y perceptoras de prestaciones periódicas, en caso de separación de hecho, la condición de beneficiarios de la asistencia sanitaria.

2. Artículo 36.1, párrafo segundo de la Ley General de la Seguridad Social, reconociendo la posibilidad de que, en caso de separación de hecho, el esposo de la trabajadora afiliada a la Seguridad Social se beneficie de las prestaciones de asistencia social.

3. Artículo 10 de la Orden de 31 de julio de 1972 y artículos 2.d) y 3.1.d) de la Orden de 1 de diciembre de 1976, reconociendo a los esposos de las trabajadoras, en caso de separación de hecho, la posibilidad de beneficiarse y de solicitar las prestaciones de asistencia social de la Seguridad Social.

4. Epígrafes I.2º.11, I.3º.14 y I.3º.15 del Baremo de Indemnizaciones Permanentes no Invalidantes, en el sentido de prever una indemnización de idéntica cuantía para el hombre y para la mujer.

5. Artículo 5º, Condición 3ª a, párrafos segundo y tercero del Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre, equiparando las condiciones exigidas al hombre y a la mujer y eliminado la discriminación originada por la exclusiva referencia a los hijos o parientes varones.

6. Artículo 3.2 del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, regulador del Régimen Especial de Empleados del Hogar, en el sentido de extender la excepción contenida en este precepto a los familiares del sexo masculino de sacerdotes célibes.

Agradeciendo de antemano a V.E. su preceptiva respuesta escrita en el plazo no superior a un mes a que hace referencia el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, en el sentido de si se acepta o no la recomendación formulada y, en caso negativo, las razones que se estimen para su no aceptación.

Madrid, 17 de abril de 1986.

**Recomendación dirigida al Ministro de Trabajo y Seguridad Social.**

**Recomendación 16/1986, de 17 de abril, sobre asistencia de la Seguridad Social a los minusválidos y supresión de supuestos de discriminación por razón de sexo.**

*(BOCG. Congreso, Serie E, núm. 34, pág. 1058)*

La Orden de 8 de mayo de 1970, por la que se aprobó el texto refundido de los Decretos 2421/1968, de 20 de septiembre y 1076/1970, de 9 de abril, por el que se establece y regula la asistencia de la Seguridad Social a los minusválidos, contiene determinados preceptos en los que se recoge una diferencia de trato para el hombre y para la mujer.

En este sentido, el artículo 3.º de la citada Orden, en su número uno, norma primera, apartado f), prevé que serán beneficiarios de la aportación económica prevista en el artículo anterior, las viudas de las personas comprendidas en los apartados precedentes, mientras no contraigan nuevo matrimonio, sin prever idéntica medida en favor de los viudos.

De otro lado, la norma segunda del mismo número y artículo, dispone, en relación al sujeto causante, que los demás descendientes, distintos de los hijos, y los hermanos deberán convivir con el presunto beneficiario y ser huérfano de padre o haberse producido un abandono de familia por parte de éste, o tener el mismo cumplida la edad de sesenta y cinco años, o hallarse incapacitado para todo trabajo, sin que en ninguno de estos dos últimos supuestos pueda tener dicho padre la condición de beneficiario de pensiones o de otras prestaciones periódicas de la Seguridad Social, sin recoger las mismas previsiones respecto de la madre.

Por último, y recogiendo una norma similar a la que estaba contemplada en el artículo 6.º de la Orden de 28 de diciembre de 1966 y que fue modificada, a sugerencia de esta institución, por el Ministerio que V.E. dignamente regenta, por medio de la Orden de 2 de octubre de 1985, el apartado a) del número cinco del artículo 3.º de la Orden de 8 de mayo de 1970, al hacer referencia a la determinación de la condición de beneficiario

de la aportación económica, dispone que, en el supuesto de convivencia familiar, tal condición será reconocida al padre o a la madre, cuando solo uno de ellos reúna los requisitos para poder ser beneficiario, determinando asimismo que en caso de que dicha condición pudiera darse en ambos cónyuges se considerará como beneficiario al padre, salvo que los esposos opten por que lo sea la madre, en virtud de razones fundadas, como trabajo eventual del marido u otras de análogos efectos.

De otra parte, el apartado c) del mismo número y artículo resuelve el supuesto de pluralidad de posibles beneficiarios, mediante un sistema en el que, entre otros, se contienen sendas preferencias en favor de la línea paterna sobre la materna y, a igualdad de grado, del varón respecto de la mujer.

Considerando que el artículo 14 de la Constitución Española prohíbe toda discriminación por razón de sexo.

Considerando que los supuestos descritos constituyen casos de discriminación por razón de sexo, ya que la diferencia de trato entre el hombre y la mujer, que se contiene en los preceptos aludidos, carece de una justificación objetiva y razonable.

Considerando que, aún cuando a tenor de lo previsto en el apartado tercero de la Disposición Derogatoria de la Constitución Española, quedan derogadas cuantas normas se opongan a la misma, razones de seguridad jurídica aconsejan la modificación expresa de las normas que contienen los supuestos de discriminación por razón de sexo citados.

Considerando que la adopción de medidas precisas para suprimir estos supuestos discriminatorios requiere la modificación de los preceptos en que los mismos se recogen, la cual debe efectuarse por una norma con rango de Real Decreto.

Esta Institución, en uso de las facultades que le confieren los artículos 28.2 y 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, tiene el honor de remitir a V.E. la siguiente recomendación: Que, por parte del Ministerio que V.E. dignamente regenta, se proceda a elaborar, elevando, en su caso, si así fuere preciso por el rango de la disposición, al Gobierno de la Nación, la correspondiente norma, por la que se modifique el artículo 3.º de la Orden de 8 de mayo de 1970, por la que se aprobó el texto refundido de los

Decretos 2421/1968, de 20 de septiembre y 1076/1970, de 9 de abril, por el que se establece y regula la asistencia de la Seguridad Social a los minusválidos, suprimiendo los supuestos de discriminación por razón de sexo a los que se ha hecho referencia.

Agradecemos de antemano a V.E. su preceptiva respuesta escrita en el plazo no superior a un mes a que hace referencia el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, en el sentido de si se acepta o no la recomendación formulada y, en caso negativo, las razones que se estimen para su no aceptación.

Madrid, 17 de abril de 1986.

**Recomendación dirigida al Ministro de Trabajo y Seguridad Social.**

**Recomendación 17/1986, de 29 de abril, sobre modificación del sistema de convocatorias de plazas para el Regimiento de Movilización y Prácticas de Ferrocarriles.**

*(BOCG. Congreso, Serie E, núm. 34, pág. 1.150)*

Se ha dirigido a esta institución, mediante el correspondiente escrito don F.M.P. en queja que ha recibido número AII.TC./13.496/84, poniéndonos de manifiesto la imposibilidad, por exigencias de la convocatoria, para acceder a lo que se llama «Academia de Ferrocarriles de RENFE» (sic) y ello por haber ya cumplido el Servicio Militar, señalando que no encuentra lógica tal medida, que supone una clara limitación a sus posibilidades de trabajo, que ya empiezan a desvanecerse a la edad de 19 años que tenía en el momento de interesar la solicitud.

Al entender que la pretensión del solicitante no era otra que la de participar en una de las dos convocatorias de RENFE para el ingreso, como soldado voluntario en prácticas, bien en el Regimiento de Movilización y Prácticas de Ferrocarriles, o bien en el de Zapadores Ferroviarios, se toma como base para emitir el presente informe, las convocatorias publicadas por la Red, con fecha 24 de octubre de 1984 (Circular n.º 516, relativa al Regimiento de Movilización y Prácticas de Ferrocarriles) y la de 14 de noviembre de 1984 (Circular n.º 519, para el Regimiento de Zapadores Ferroviarios), que han sido publicadas de conformidad con la Base quinta de los convenios concertados en su día entre la Jefatura del Servicio Militar de Ferrocarriles y RENFE el 18 de octubre de 1946, el que hace referencia al Regimiento de Movilización y Prácticas de Ferrocarriles, y entre los mismos Organismos citados, en noviembre de 1958 para el Regimiento de Zapadores Ferroviarios.

Ambos convenios, con las diferencias propias en razón a las futuras especialidades que habrán de ostentar los aspirantes que superen las pruebas exigidas para sus respectivas categorías profesionales, son coincidentes en su finalidad, que no es otra «que la de proporcionar a la Red, personal

teórica y prácticamente capacitado para incorporarse a su servicio, en calidad de agentes civiles, una vez finalizado el compromiso militar.»

Quiero ello decir que, de esta forma, se concreta una vía normal de selección de futuro personal laboral, utilizando unos cauces ajenos, distintos y paralelos, a los que podría tener la Red a través de sus propias academias de selección de personal.

En ambas convocatorias, tanto la que hace referencia al Regimiento de Movilización y Prácticas como la relativa al Regimiento de Zapadores, se señalan como condiciones, entre otras, generales para el ingreso, «la de ser español, soltero o viudo sin hijos y no haber pasado su reemplazo a la fase de distribución del contingente», así como «no haber prestado servicio ni estar inscrito en los Ejércitos de Tierra, Mar o Aire», con lo que claramente se producen dos exclusiones automáticas en ciudadanos que, pudiendo reunir los demás requisitos para el ingreso, sin embargo no pueden participar en las convocatorias citadas por carecer de los establecidos.

Son éstos las mujeres y los objetores de conciencia.

Examinando detenidamente cada caso en concreto que, y por lo que se refiere a las mujeres, aunque la Ley 19/84, de 8 de junio, reguladora del Servicio Militar, contempla en el art. 41 la posibilidad futura del ingreso de aquéllas en las Fuerzas Armadas, al decir que «el Servicio Militar de la mujer será regulado por la Ley que determine su participación en la defensa nacional», sin embargo tal disposición, al no haber sido aún objeto de publicación, supone automáticamente que entre en aplicación la Disposición Transitoria Segunda de la citada Ley 19/84, que rechaza la inscripción de aquéllas a nivel de alistamiento, al concretar claramente que «en tanto no se promulgue la Ley citada en el artículo 41, las mujeres no procederán a la inscripción que preceptúa el artículo 8».

Por todo ello se puede afirmar que, de esta forma, se establece y mantiene un principio de discriminación patente, que podría estar en abierta contradicción con los artículos 14 y 35 de la Constitución, en los que se recoge, en el primero de ellos, el principio de igualdad de todos los españoles ante la Ley, y en el segundo, el derecho al trabajo y a la libre profesión u oficio sin que, en ningún caso pueda existir discriminación alguna por razón de sexo, criterios éstos que son ampliamente desarrollados en el Estatuto de los Trabajadores y, concretamente en el artículo 4.2.c) al

fijar como principio inalienable de todo trabajador, «la no discriminación por razón de sexo, tanto para el empleo como una vez empleado».

Idéntica postura es la que se fija en la Convención adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de febrero de 1970, sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que ha sido ratificada por España el 17 de diciembre de 1983, cuando recoge en el art. segundo el compromiso de los Estados firmantes de seguir «una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer, comprometiéndose con tal objeto a: O adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyen discriminación contra la mujer».

En parecidos términos a los expuestos nos podríamos manifestar en relación con los objetores de conciencia, ya que al regularse aquélla en la Ley 48/84 de 26 de diciembre, y establecer un procedimiento sustitutorio del Servicio Militar, cual es la prestación social, con las variantes recogidas en el artículo 6.º del mismo, es evidente que también en estos casos y por su propia esencia, se limita la posibilidad de ingresar en la Red a los que, teniendo tal condición de objetores de conciencia, y ello por convicciones de orden religioso, ético, moral, humanitario, filosófico u otras de la misma naturaleza, quedan exentos del Servicio Militar y, con ello, incapacitados para el acceso al mundo laboral a través del medio que en el presente escrito es objeto de estudio.

Al trasladar a V.E. la queja, de acuerdo con lo previsto en el art. 54 de la Constitución y en los arts. 1, 9 y 15 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril por la que nos regimos, lo hacemos interesando información sobre planes de futuro que pueda tener RENFE con relación a próximas convocatorias de aspirantes a soldados voluntarios en prácticas, permitiéndonos sugerir a V.E., caso de que dichas convocatorias vayan a ser publicadas en los mismos términos en que actualmente lo son, y ello de conformidad con lo prevenido en el art. 30.1 de la Ley Orgánica anteriormente citada, se adopten medidas en el sentido de que, adquirida la condición de soldado voluntario en prácticas, aquélla no genere derecho alguno para una posterior integración del interesado en la Red, tal como figura reflejado en las bases del Convenio para la formación de voluntarios en prácticas que, en julio de 1971, firmó la Compañía Metropolitana de Madrid, con la Jefatura del Servicio Militar de Ferrocarril y que es el actualmente vigente en los

procesos de selección de los soldados voluntarios que han de cumplir el servicio militar en la mencionada Compañía Metropolitana.

Madrid, 29 de abril de 1986.

**Recomendación dirigida al Presidente de RENFE.**

**Recomendación 18/1986, de 7 de mayo, sobre expropiación de yacimiento arqueológico.**

*(BOCG. Congreso, Serie E, núm. 34, pág. 1112-1113)*

Se ha recibido en esta Institución escrito de queja formulado por don L.J.F., en nombre y representación de don F.S.J., don J.J.R.R. y don M.M.F., sobre expropiación del solar donde se localiza el yacimiento del Teatro Romano de Tarragona, que afectó a la Comunidad de Propietarios «Port-Tarraco».

La mencionada Comunidad hizo una oferta a ese Ministerio consistente en la percepción de 65.000.000 de pesetas en concepto de justo precio y, también, la de un solar en Tarragona de características similares al expropiado para compensar la edificabilidad que resultaba de la licencia de obras concedida por el Ayuntamiento.

Consecuentemente, este Ministerio hizo efectiva la cantidad mencionada, pero los interesados no han percibido aún solar alguno.

Asimismo, el formulante de la queja manifiesta que la expropiación no ha quedado reflejada registralmente, continuando la Comunidad de Bienes como titular del mencionado solar.

Ante tales hechos, esta institución admitió el escrito como queja, ya que en el mismo se cumplen los requisitos exigidos por los arts. 54 y 103 de la Constitución y los preceptos contenidos en la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, procediendo a solicitar la emisión del preceptivo informe del Departamento de Cultura de la Generalidad de Cataluña y del Ayuntamiento de Tarragona.

La mencionada Corporación comunica a esta institución que, con motivo de la aparición del yacimiento arqueológico del Teatro Romano, se inició expediente por el Ministerio de Cultura de declaración de Conjunto

Histórico, Artístico y Arqueológico con carácter Nacional a favor del Teatro Romano y su entorno en Tarragona, iniciándose el correspondiente expediente de expropiación.

Se mantuvieron múltiples conversaciones entre representantes del Ministerio de Cultura, de la Comunidad de Bienes «Port-Tarraco» y del Ayuntamiento en orden a dar una solución satisfactoria al problema creado para dicha Comunidad que proyectaba la construcción de viviendas en el solar objeto de expropiación, llegándose a un acuerdo en virtud del cual la Comunidad de Bienes «Port-Tarraco» cedería todos sus derechos al Estado a cambio de determinada cantidad de dinero y a la entrega de los solares necesarios para construir las viviendas proyectadas; el Ayuntamiento colaboraría cediendo al Estado las fincas correspondientes, y éste cedería, a su vez, al Ayuntamiento los terrenos donde se encuentran los restos del Teatro Romano, sin perjuicio de las facultades que correspondieran a la Administración Central o Autonómica.

Respecto a este acuerdo surgen varias dudas, cuya aclaración necesitamos para continuar con nuestras actuaciones.

1. Es preciso tener constancia sobre la existencia real de dicho acuerdo.
2. En el supuesto de que el mencionado acuerdo se llegase a adoptar, es necesario conocer el alcance del compromiso y si consta formalmente en algún documento.
3. En el caso de que el acuerdo en cuestión no conste formalmente en parte alguna, deseamos saber si constituyó un acuerdo adoptado por manifestación de voluntades sin formalizar, ya que tanto el Ayuntamiento de Tarragona como los interesados hacen alusión al mismo pero no lo justifican documentalmente.

En este último supuesto, estimamos que sería conveniente que se llevase a cabo el compromiso contraído por razones de carácter ético, ya que hay que considerar que la Comunidad de Bienes se encuentra perjudicada por la limitación del derecho de propiedad.

En razón de lo expuesto, y haciendo uso de la facultad que otorga a esta institución el art. 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, procedemos a efectuar a V.E. una recomendación consistente en la consecución del citado

acuerdo, a fin de que por la Comunidad de Bienes se obtenga la finca objeto de la permuta y pueda verse así compensada la edificabilidad que el solar expropiado permitía.

A su vez, respecto a la falta de inscripción registral a favor del Estado del solar objeto de la expropiación, indicamos la conveniencia de que, conforme al art. 2.6 de la Ley Hipotecaria, se expidan los documentos pertinentes a fin de que obre registralmente la actual titularidad de la misma.

Rogamos una respuesta concreta a la anterior recomendación en los términos que establece el párrafo 2.º del mencionado art. 30 de nuestra Ley Orgánica, así como la emisión de un informe respecto a la inscripción registral de la finca.

Madrid, 7 de mayo de 1986.

**Recomendación dirigida al Ministro de Cultura.**

**Recomendación 19/1986, de 21 de mayo, sobre consideración de los mensajeros como trabajadores por cuenta ajena, sometidos al Régimen General de la Seguridad Social.**

*(BOCG. Congreso, Serie E, núm. 34, págs. 962-963)*

En el curso del presente año 1986 diversos miembros del colectivo de trabajadores por cuenta de empresas dedicadas al servicio de despacho y entrega a domicilio de encargos por cuenta de terceros, más comúnmente conocidos como mensajeros, han comparecido en queja ante esta institución constitucional denunciando el incumplimiento por parte de sus empleadores de las obligaciones de afiliación, alta y cotización al Régimen General de la Seguridad Social, así como de diversas obligaciones empresariales en materia de retribución y descansos, cuya naturaleza de derecho mínimo necesario resulta incompatible con cualquier pacto, acuerdo o estipulación en contrario.

Aun admitiendo que los conflictos individuales o colectivos surgidos con ocasión o como consecuencia de un contrato de trabajo suscrito con empresario privado quedan fuera de las competencias asignadas al Defensor del Pueblo por el artículo 54 de la Constitución, esta institución no puede permanecer ajena, habida cuenta de la trascendencia del problema, importancia del colectivo y legitimidad de sus aspiraciones, a las fundadas reivindicaciones planteadas por este colectivo de trabajadores.

Como es bien sabido por V.I., el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores dispone la aplicación del mismo «a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona física o jurídica, denominada empleador o empresario».

Por su parte, el artículo 8.1 de la misma Ley presume la existencia de contrato de trabajo «entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro

del ámbito de organización y dirección de otro, y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél».

Planteada así la cuestión, la Magistratura de Trabajo n.º 15 de Barcelona declaró la existencia de relación laboral entre las empresas dedicadas al servicio de despacho y entrega a domicilio de encargos por cuenta de terceros con los trabajadores a su servicio, sentencia que, una vez recurrida, fue confirmada por la Sala Sexta del Tribunal Supremo en su sentencia de 26 de febrero de 1986.

El Tribunal Supremo ha entendido que la relación contractual entre los mensajeros y sus empresarios reúne todas las notas que configuran una relación jurídica como laboral, quedando, pues, tal relación incluida dentro del campo protector del Derecho de Trabajo.

Así, el servicio prestado es voluntario y retribuido, siendo indiferente, a efectos laborales, que la retribución se mida por unidad de servido y no por duración de jornada, sin que el hecho de que parte de la remuneración deba dedicarse a gastos de mantenimiento y amortización del vehículo signifique otra cosa que un gasto de la empresa suplido por el trabajador, tal como prevé el artículo 26.2 del Estatuto de los Trabajadores.

El trabajador aporta, por su parte, su actividad y recibe una remuneración por ello, siendo ajeno a los posibles riesgos o beneficios del contrato de transporte que existe entre la empresa y su cliente.

El hecho de que la ropa de trabajo que viste el trabajador y el vehículo que conduce ostenten el nombre de la empresa, constituye una exteriorización clara de su dependencia laboral, dependencia que se acentúa con la obligación impuesta al trabajador de contactar diariamente con la empresa para recibir las órdenes de trabajo oportunas, sin que la inexistencia de jornada precisa y horario determinado transformen en otra de naturaleza distinta la relación laboral entre ambas partes contractuales.

El Orden Jurisdiccional Laboral ha entendido, asimismo, que la existencia de cláusulas contractuales que permiten la realización del trabajo por medio de otras personas distintas al propio mensajero y que han de ser retribuidas por éste, no son más que, por su rara aplicación, cláusulas destinadas a desfigurar la naturaleza laboral del contrato, sin que su trascendencia logre desvirtuar aquella naturaleza.

Por todo cuanto antecede, el Defensor del Pueblo, en el ejercicio de las responsabilidades que le confieren los artículos 54 de la Constitución y 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora de esta institución, viene a recomendar a V.I. tenga a bien considerar la oportunidad de impartir las órdenes necesarias, precisas y oportunas a fin de que por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se asesore, requiera, advierta y, en su caso, levante las oportunas Actas de liquidación y de infracción, con estimación de perjuicios, a las empresas dedicadas al servicio de despacho y entrega a domicilio de encargos por cuenta de terceros, todo ello con la finalidad de que por tales empresarios se cumplan las obligaciones legales que la legislación laboral y de Seguridad Social impone a las empresas con respecto a los trabajadores que por su cuenta trabajen o presten servicios voluntarios y retribuidos.

Madrid, 21 de mayo de 1986.

**Recomendación dirigida al Director General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.**

**Recomendación 20/1986, de 21 de mayo, sobre falta de cobertura legal de la baja como demandante de empleo, acordada por el INEM, en los supuestos de no renovación de la demanda de empleo.**

*(BOCG. Congreso, Serie E, núm. 34, pág. 963-964)*

Un relevante número de trabajadores desempleados, inscritos como demandantes de empleo en las Oficinas de Colocación y perceptores algunos de prestaciones de desempleo, han venido compareciendo en queja ante esta Institución constitucional, disconformes con el proceder del Instituto Nacional de Empleo que, ante la falta de renovación de su demanda de empleo, viene procediendo a darles de baja automáticamente como solicitantes de empleo y a suspenderles, sin reanudación automática posterior, la prestación o el subsidio que estuvieren percibiendo.

Alegan, por una parte, que el Instituto Nacional de Empleo carece de cobertura legal para proceder a tan drástica medida, ya que ni la Ley 51/80, Básica de Empleo, ni la Ley 31/84, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo, como tampoco el Reglamento de Prestaciones —Real Decreto 625/85—, imponen la obligación de renovar la demanda de empleo y, por tanto, no posibilitan la cancelación unilateral por parte del INEM de una demanda de empleo correctamente practicada.

Consideran, además, que la cancelación de su demanda de empleo y la pérdida de antigüedad consiguiente no solamente dificulta su acceso a ciertos planes y programas de empleo y formación, que exigen antigüedades mínimas de desempleo, sino que, además y muy frecuentemente, su posible derecho a las prestaciones asistenciales (al amparo de las Disposiciones Transitorias Segunda y Tercera de la Ley 31/84, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo), resulta menoscabado.

Tal fue el caso, entre otros, de don D.P.A, promovente de la queja A.I.T/1.683/85, cuya investigación ante el Director General del INEM se inició por

nuestro escrito de 30 de mayo de 1985 (doc. n.º 1), cumplimentado por informe del INEM de 4 de julio (doc. n.º 2).

Como quiera que no constaba a esta institución la existencia de normas jurídicopositivas reguladoras de la renovación de la demanda de empleo y los efectos legales de su omisión, se solicitó información complementaria (doc. n.º 3), que se evacua por escrito de 10 de febrero de 1986 (doc. n.º 4).

En nuestro escrito de 24 de febrero del presente año (doc. n.º 5), indicábamos al Director General del INEM lo siguiente:

«Como quiera que en las normas legales y reglamentarias sobre la materia no se establece obligación semejante para los demandantes de empleo, es decir, la renovación cada tres meses de su demanda, y habida cuenta de que las resoluciones de ese Organismo —no publicadas, por otra parte, en el Boletín Oficial del Estado—, tienen mero valor de instrucciones internas, no pudiendo establecer limitaciones a los derechos subjetivos reconocidos en las leyes y desarrollados en los Reglamentos de aplicación, rogamos a V.I., al amparo del artículo 19.1 de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, tenga a bien informarnos sobre las disposiciones de naturaleza legal o reglamentaria que habilitan las limitaciones impuestas por las resoluciones mentadas.»

El Director General del INEM, en informe de 24 de abril de 1986 (doc. n.º 6), reconocía que «ninguna disposición legal o reglamentaria establece expresamente la obligación de renovar periódicamente la demanda», si bien entendía que de las funciones y cometidos asignados al Instituto debería deducirse la legalidad de aquella exigencia u obligación.

Planteada así la cuestión, es preciso reconocer que las resoluciones de la Dirección General del INEM —cuyo texto reproducen los documentos núms. 7, 8, 9 y 10—, no son meras instrucciones o circulares internas dirigidas por órganos superiores a los inferiores, señalándoles o recordándoles la aplicación de disposiciones legales o indicando una exégesis adecuada al espíritu y principios fundamentales de tales disposiciones; no se trata tampoco de simples circulares cuya eficacia — Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1982— (Rfa. 6421) quedaría limitada a la organización interna del Servicio, ciñéndose a interpretar el espíritu, aplicación y ejecución del Derecho positivo, sin innovar el ordenamiento jurídico ni modificar normas de rango superior.

Las resoluciones objeto de debate innovan el ordenamiento jurídico, crean obligaciones específicas para el administrado en desempleo e imponen sanciones —la pérdida de la condición de desempleado y de la antigüedad en tal situación— no autorizadas, reconocidas o facultadas por la Ley y el Reglamento.

Dicho de otro modo, las mentadas resoluciones implican no sólo una vulneración de la Ley Básica de Empleo y de la Ley de Protección por Desempleo y una invasión administrativa en materias afectadas por la reserva legal, sino también una restricción de los derechos que la ley formal reconoce al desempleado, a quien se penaliza por el incumplimiento de una obligación creada «ex novo» por la Entidad gestora del servicio de empleo y prestaciones de desempleo.

En esta línea de argumentación, conviene recordar que la potestad reglamentaria otorgada al Consejo de Ministros por el artículo 10.5 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, habrá de entenderse en función de lo establecido en el artículo 97 de la Constitución, que atribuye al Gobierno la potestad reglamentaria originaria de acuerdo con la Norma suprema y las leyes.

Consiguientemente, dicha facultad corresponde al Consejo de Ministros y a los Ministros en las materias propias de su competencia; éstas son, tras la Constitución, solamente las organizativas y, si bien no siempre, las relativas a relaciones especiales de supremacía.

Si admitimos, como es de rigor, que los ministros del Gobierno podrán dictar reglamentos administrativos, que no incidan directamente sobre las esferas de los particulares, pero no Reglamentos Jurídicos —normae agendi, que afectan directamente a los ciudadanos en cuanto tales—, resulta inevitable concluir que las autoridades administrativas inferiores están, igualmente, inhabilitadas para el ejercicio de la potestad reglamentaria originaria que sólo al Gobierno (art. 97 C.E.) corresponde.

Por todo cuanto antecede, el Defensor del Pueblo, en el ejercicio de las responsabilidades que le confieren los artículos 54 de la Constitución y 30 de la Ley Orgánica 3/81, de 6 de abril, reguladora de esta institución, viene a sugerir a V.E. la adopción de cuantas medidas fueren precisas, necesarias, oportunas y procedentes, al objeto de que:

1. Se suprima la expresada obligación, no fundada legalmente, de renovar la demanda de empleo, o, en su caso, se preparen los oportunos anteproyectos o proyectos legislativos para la adecuada cobertura legal de esa obligación de renovar la demanda de empleo y de los efectos extintivos y suspensivos que a la omisión de aquella renovación viene asignando el INEM, siempre y cuando se estimare necesaria la introducción de aquella norma, por razones objetivas, suficientemente fundadas.

2. Se requiera al Instituto Nacional de Empleo a fin de que no proceda a dar de baja como demandantes de empleo a los desempleados que no hubieran formulado la renovación, a no ser que constase fehacientemente la circunstancia de trabajador empleado de los inscritos como carentes de empleo.

3. Se proceda a revisar todos los expedientes de solicitudes de prestaciones asistenciales al amparo de las Disposiciones Transitorias Segunda y Tercera de la Ley 31/84, de 2 de agosto, que hubieren sido denegadas por el INEM por entender que la falta de renovación de la demanda de empleo implicaba la falta de inscripción como desempleado del interesado durante el período requerido.

4. Se recuerde al Instituto Nacional de Empleo que la suspensión de la prestación o subsidio de desempleo por falta de comparecencia ante el INEM del interesado, precisa requerimiento individual, supone simple suspensión mensual, no pérdida de la prestación por tal período, y exige la reanudación automática de su abono, sin que sea precisa solicitud de parte.

Madrid, 21 de mayo de 1986.

**Recomendación dirigida al Ministro de Trabajo y Seguridad Social.**

**Recomendación 21/1986, de 21 de mayo, sobre la no interposición de recursos o desestimiento de los ya interpuestos, basados en fundamentos de Derecho e interpretaciones normativas desautorizadas por la Jurisprudencia.**

*(BOCG. Congreso, Serie E, núm. 34, pág. 964-966)*

Un importante número de trabajadores por cuenta ajena, cuyos contratos de trabajo han sido resueltos unilateralmente por el empresario con ocasión o como consecuencia de despidos declarados improcedentes o nulos por la Magistratura de Trabajo, y seguidos, en vía ejecutiva, de Autos de insolvencia provisional o coincidentes con situaciones de quiebra, suspensión de pagos o concurso de acreedores, han venido compareciendo en queja ante esta Institución constitucional denunciando al Fondo de Garantía Salarial, por cuanto el citado Organismo Autónomo venía dictando resoluciones denegatorias de las solicitudes formuladas en los expedientes incoados ante el mismo, en contradicción con los criterios jurisprudenciales reiteradamente conformados tanto por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, como por el Orden Jurisdiccional Laboral.

Sustancialmente manifestaban que el Fondo de Garantía Salarial, no obstante la existencia de reiteradas sentencias dictadas, fundamentalmente, por las Salas de lo Contencioso Administrativo de las Audiencias Territoriales y por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que contenían criterios coincidentes con las pretensiones de los promotores de expedientes ante el FOGASA, ha venido aplicando interpretaciones restrictivas de los derechos de los trabajadores —no expresamente facultadas por la normativa de aplicación, ni autorizadas por la Jurisprudencia—, especialmente en lo que respecta a períodos de prescripción, fecha de iniciación de la responsabilidad del Fondo, validez de la conciliación sindical ante Magistratura, límites salariales aplicables al amparo del texto inicial del artículo 33.1 del Estatuto de los Trabajadores, situaciones de excedencia laboral, relación entre los artículos 33 y 56.4 del Estatuto de los

Trabajadores a efectos de aplicación de límites, prueba del número de trabajadores de la empresa, faltas de afiliación, alta y cotización, etc., etc.

Sin perjuicio de que el Fondo de Garantía Salarial haya aceptado las sugerencias que a tal respecto fueron formuladas por el Defensor del Pueblo y recogidas en los Informes anuales a Las Cortes Generales concernientes a los años 1983, 1984 y 1985, se viene observando, tanto a través de las alegaciones de los comparecientes en queja, como con ocasión de las investigaciones iniciadas ante el Fondo, que la Abogacía del Estado formula, con preocupante habitualidad, recursos de apelación ante el Tribunal Supremo contra sentencias dictadas por las Audiencias Territoriales, con fundamento y base en argumentos jurídicos desautorizados con reiteración por confirmada Jurisprudencia, o recursos de casación por infracción de ley ante la Sala Sexta del Tribunal Supremo, con fundamento en la falta de constancia del hecho de que la empresa tenga menos de 25 trabajadores.

La interposición de tales recursos, en base y con fundamento de argumentos y alegaciones jurídicas desautorizadas por la Jurisprudencia de los Tribunales, origina tanto un considerable retraso en el cumplimiento de las obligaciones del Fondo de Garantía Salarial y una grave y negativa incidencia en el funcionamiento de los Tribunales de Justicia, habitualmente sobrecargados de actividad, como un evidente daño y perjuicio a los trabajadores que ven paralizado su derecho al cobro anticipado de salarios o indemnizaciones hasta la resolución de los recursos interpuestos contra las sentencias de instancia, a pesar de que los propios Tribunales «ad quem» han desautorizado las interpretaciones restrictivas del FOGASA, entre otras, en materia de conciliación judicial, prescripción, excedencia, relación artículos 33 y 56.4 del Estatuto de los Trabajadores, faltas de afiliación, alta y cotización, fecha de iniciación de la responsabilidad del Fondo, etc.

La Constitución, al tiempo que define la Nación española como un Estado social y democrático de Derecho que «propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político» (art. 1 C.E.); reconoce el derecho a la tutela judicial como derecho fundamental de la persona, otorgándole, por razón de su ubicación normativa, la máxima protección constitucional (art. 24.1 C.E.) y garantiza la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 C.E.), sometiendo la actuación

administrativa al control judicial (art. 106.1 C.E.) y a la Ley y al Derecho (art. 103.1 C.E.).

Por su parte, el artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se presenten con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal.

«Tal situación se da —como argumenta la Sentencia de la Sala Sexta del Tribunal Supremo, de 27 de enero de 1986, al desestimar el recurso de casación interpuesto a nombre del F.G.S. por la Abogacía del Estado, con fundamento en la falta de constancia de que la empresa tiene menos de 25 trabajadores—, y desde el punto de vista objetivo, en quien, conocido ya el problema y las consecuencias de la existencia de una plantilla reducida, toma la postura de no comparecer en juicio o de no hacer en él alegación alguna en este sentido, con lo que se produce un muy considerable retraso en el cumplimiento de sus esenciales obligaciones, acarreando así un evidente fraude procesal, porque la circunstancia objetiva de paralizar momentáneamente, por causa sólo imputable a quien la provoca, la efectiva realización de lo que las resoluciones judiciales ordenan, constituye una vulneración al mandato constitucional que establece el derecho a la tutela judicial...»

Por todo cuanto antecede, esta institución constitucional, en el ejercicio de las responsabilidades que le confieren los artículos 54 de la Constitución y 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, y al amparo de los preceptos legales ya referidos, viene a sugerir a V.I. tenga bien valorar, en aras de una más adecuada defensa del derecho fundamental a la tutela judicial y, por razones de economía procesal, la oportunidad de impartir cuantas instrucciones fueren precisas, oportunas y necesarias al objeto de que por parte de la Abogacía del Estado no se proceda a la interposición de recursos basados en fundamentos de derecho e interpretaciones normativas desautorizadas por reiterada Jurisprudencia y, en su caso, se desista de los ya interpuestos en base a tales argumentos e interpretaciones.

Madrid, 21 de mayo de 1986.

**Recomendación dirigida al Director General de Servicios Jurídicos del Estado.**

**Recomendación 22/1986, de 21 de mayo, sobre designación de consejeros electivos representantes de los emigrantes por el Consejo de Emigración y cobertura legal de las ayudas a entidades colectivas en Europa.**

*(BOCG. Congreso, Serie E, núm. 34, pág. 966-967)*

Hemos recibido su escrito del pasado 29 de abril, correspondiente al nuestro de 15 de noviembre último, por el que admitíamos a trámite, iniciando la oportuna investigación, la queja AI.T/15.139/85, formulada ante esta institución por don R.T.A., Secretario General de la Coordinadora Europea de Asociaciones de Emigrantes.

En lo que respecta a la falta de cobertura en el Consejo de Emigración de las cinco vacantes asignadas a representantes de los emigrantes por el artículo 42 de la Ley 33, de 21 de julio de 1971, reguladora de la Emigración, permítanos, con todos los respetos, discrepar de las razones alegadas en su calendada comunicación como justificantes de la imposibilidad de proceder a la mentada cobertura.

En efecto, el Capítulo II —«Del Consejo y su Comisión Permanente»— de la Ley de 21 de julio de 1971, ordenadora de la Emigración, regula la composición del Consejo (arts. 42 y 43) y sus competencias y funciones (art. 44).

El artículo 42, párrafo cuarto in fine, dispone: «Igualmente existirán cinco consejeros electivos, representantes de los emigrantes, elegidos en la forma que reglamentariamente se determine.»

Los casi tres lustros transcurridos desde la promulgación de la Ley de Emigración impiden que la Administración Pública utilice, como argumento justificativo de la inobservancia de la Ley, las dificultades para «contrastar la representatividad que diversas organizaciones alegan».

Conviene recordar, a este respecto, que «la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa... con sometimiento pleno a la ley y al Derecho» (art. 103.1 C.E.) y que la propia «Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas..., la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos» (art. 8.3. C.E.).

Por otra parte, un Consejo de Emigración, con las competencias y funciones a que se refiere el citado artículo 43, que celebre las sesiones y deliberaciones sin la presencia de representantes de la emigración —cuando ciertas entidades en él representadas vienen percibiendo subvenciones con cargo a las leyes de Presupuestos Generales del Estado— se manifiesta preciso y necesitado, a la luz del principio fundamental de participación (arts. 1.2 y 23.1 C.E.), de una mayor apertura representativa.

Por todo ello, y en el ejercicio de las responsabilidades que la Constitución y la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo nos encomienda, sugerimos a V.I. tenga a bien considerar la oportunidad de elevar a la Autoridad las propuestas precisas y necesarias atinentes a posibilitar, con la debida urgencia, el acceso de los representantes de la emigración al Consejo a que se refiere el artículo 42 de la Ley de 21 de julio de 1971.

En lo concerniente al régimen de ayudas a las asociaciones y organizaciones sindicales establecido por la Resolución de esa Dirección General de 12-2-85 (B.O.E. de 27 de marzo de 1985), resulta obligado formular una consideración previa.

La Resolución citada excede, por el contenido de la materia objeto de regulación —fundamentalmente en lo que atañe a la delimitación de la convocatoria, criterios de adjudicación, requisitos, trámites procedimentales, subvenciones a Sindicatos y prórroga de los mandatos de las Juntas Consulares y Consejos Asesores—, de los límites impuestos a las circulares o instrucciones a que se refiere el artículo 7 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

La Resolución de 12 de febrero de 1985 no se limita, en efecto, a recordar, señalar o indicar a los órganos inferiores la exégesis de los preceptos legales de aplicación, adecuando su interpretación al espíritu y principios fundamentales de tales disposiciones; no se trata tampoco de una mera circular, cuya eficacia —Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de

octubre de 1982 (Rfa. 6421)— quedaría limitada a la organización interna del servicio, ciñéndose a interpretar el espíritu, aplicación y ejecución del Derecho Positivo, sin innovar el Ordenamiento Jurídico.

Planteada así la cuestión y tratándose de normas reglamentarias, conviene recordar que la potestad reglamentaria otorgada al Consejo de Ministros por el artículo 10.5 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, habrá de entenderse en función de lo establecido en el artículo 97 de la Constitución, que atribuye al Gobierno la potestad reglamentaria originaria de acuerdo con la Norma suprema y las leyes.

Consiguientemente, dicha facultad corresponde al Consejo de Ministros y a los Ministros en las materias propias de su competencia, es decir, asuntos organizativos y, si bien no siempre, los relativos a relaciones especiales de supremacía.

Si admitimos, como es obligado, que los ministros del Gobierno podrán dictar reglamentos administrativos que no incidan directamente sobre las esferas de los particulares, pero no reglamentos jurídicos —normae agendi que afecten a los ciudadanos en cuanto tales—, resulta inevitable concluir que las autoridades administrativas inferiores están inhabilitadas no sólo para el ejercicio de la potestad originaria que únicamente al Gobierno corresponde (art. 97 C.E.), sino también para dictar reglamentos ministeriales al no proceder delegación al respecto, por imperativo del artículo 22 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (vid. S.T.C. 27/1983, de 20 de abril).

A todo esto habría de añadirse que las disposiciones de carácter general han de elaborarse de conformidad con el procedimiento establecido en el Capítulo I del Título VI de la Ley de Procedimiento Administrativo (arts. 129 a 132).

Por otra parte, la limitación de las ayudas a favor de las organización sindicales «representadas en órganos del Instituto Español de Emigración» (norma decimotercera), con independencia de que tal norma no pueda ser introducida por mera Resolución de esa Dirección General, origina un trato discriminatorio, contrario al artículo 28.1 de la Constitución (en relación con el artículo 14), con respecto al resto de las organizaciones sindicales promotoras de acciones y proyectos en beneficio de los trabajadores

emigrantes (vid. S.T.C. de 14 de febrero, 22 de febrero y 13 de junio de 1985), y deviene, por tanto, viciada de inconstitucionalidad.

Por todo ello, venimos a sugerir a esa Dirección General tenga a bien adoptar cuantas medidas fueren oportunas y elevar a la Autoridad las propuestas pertinentes, al objeto de que las normas reguladoras de «las ayudas a Entidades Colectivas en Europa» sean adaptadas, material y formalmente, a las exigencias impuestas por la Norma Fundamental.

En otro orden de cosas, y en lo concerniente a las subvenciones aprobadas a favor de la Coordinadora Europea de Emigrantes Españoles, rogamos muy encarecidamente a V.I. tenga a bien informarnos si las ayudas concedidas han sido o no satisfechas a la referida coordinadora y, en caso positivo, en qué fechas.

Madrid, 21 de mayo de 1986.

**Recomendación dirigida al Director General del Instituto Español de Emigración.**

**Recomendación 23/1986, de 4 de junio, sobre nulidad de la Circular 17/1982, de la Dirección General de la Marina Mercante, sobre derechos laborales adquiridos.**

*(BOCG. Congreso, Serie E, núm. 34, pág. 977-978)*

Con relación a la queja A.I.T/5.721/84, interpuesta ante esta Institución por don A.L.P.T., y con respecto a los escritos que con fechas 13 de agosto de 1984, 9 de enero de 1985 y 28 de marzo del mismo año, remitidos a esta institución con motivo de la investigación iniciada sobre dicha queja, cúmplenos, con carácter previo a la recomendación que concluye esta nuestra comunicación, formular a V.I. las siguientes observaciones:

1.º La Circular 17/1981, objeto de debate, es de fecha 17 de julio de 1981, anterior, pues, al Decreto 2061/81, de 4 de septiembre, y simultánea a la vigencia del Decreto 2596/74, de 9 de agosto, que, con carácter transitorio, mantenía la vigencia del artículo 9 del Decreto 629/1963.

El referido artículo autorizaba a sustituir el personal titulado correspondiente a la tripulación mínima exigida a un buque, por el de título inmediatamente inferior, siempre que se comprobase la carencia de aquel personal. -

Por otra parte, el Decreto de 4 de septiembre de 1981, n.º 2061/81, del Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones, por el que se regulan los títulos profesionales de Marina Mercante, establece, en su Disposición Transitoria, lo siguiente:

«Los titulados anteriores con título profesional expedido por el Ministerio competente en la fecha de expedición continuarán en el uso de las atribuciones que tienen conferidas, sin perjuicio de lo dispuesto en el articulado de este Real Decreto. En el plazo de un año, deberán solicitar el canje de su anterior título por el que expide el Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones.»

Por ello, las normas 1 y 2 contenidas en la Circular han de entenderse derogadas por la misma.

Sabido es que el artículo 7 de la Ley de Procedimiento Administrativo dispone que: «Los órganos superiores podrán dirigir, con carácter general, la actividad de los inferiores, mediante Instrucciones y Circulares», entendiéndose el Tribunal Supremo —Sentencias de 20 de febrero de 1968 y 7 de noviembre de 1966, entre otras, que las Circulares son «normas administrativas internas dirigidas por órganos jerárquicamente superiores a los inferiores, señalándoles o recordándoles la aplicación de disposiciones legales o indicando una exégesis adecuada al espíritu y principios fundamentales de tales disposiciones.»

La potestad reglamentaria otorgada al Consejo de Ministros por el artículo 10.5 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, habrá de entenderse en función de lo establecido en el artículo 97 de la Constitución, que atribuye al Gobierno la potestad reglamentaria de acuerdo con la Norma suprema y con las leyes.

Consiguientemente, dicha facultad corresponde al Consejo de Ministros y a lo dispuesto en las materias propias de su competencia, no a los órganos inferiores a favor de los cuales no procede delegación al respecto, por imperativo del artículo 22 de la citada Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. (Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional 27/1983, de 20 de abril).

Las normas que contienen los números 1 y 2 de la referida circular, referente a la terminación de los contratos de trabajo suscritos a partir de enero de 1981, y a la autorización expresa por parte de esa Dirección General de los enroles de personal con título de Formación Profesional Náutico-Pesquera, con antigüedad anterior a 1 de enero de 1981, suponen una innovación del ordenamiento jurídico y una modificación del derecho positivo que transforma la circular en nula, habida cuenta de su incapacidad para incorporar al ordenamiento jurídico disposiciones innovadoras.

Por todo cuanto antecede, esta institución constitucional, en ejercicio de las responsabilidades que le confieren los artículos 54 de la Constitución y 30.1 de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, recomienda a V.I. tenga a bien dictar las órdenes oportunas al objeto de que la nulidad de la Circular

comentada sea comunicada a los organismos administrativos que corresponda.

Madrid, 4 de junio de 1986.

**Recomendación dirigida al Director General de la Marina Mercante.**

**Recomendación 24/1986, de 12 de junio, sobre revalorización de prestaciones de la Mutualidad de Previsión Social de las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana de España.**

*(BOCG. Congreso, Serie E, núm. 34, pág. 1112-1113)*

En su día compareció ante esta institución doña M. T., con domicilio en Vitoria, formulando queja, que quedó registrada en el número arriba expresado.

Sustancialmente exponía que es viuda de don J. M. E., que fue abogado de la Cámara Oficial de la Propiedad Urbana de Alava, percibiendo, por tal motivo, la correspondiente pensión de viudedad de la Mutualidad de la Previsión del Personal de las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana de España, por un importe de 5.000 pesetas, que se le abonan desde el año 1980, sin que el citado importe haya sido revalorizado desde la indicada fecha.

Admitida a trámite la citada queja, fueron solicitados informes del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, del Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana y de esa Mutualidad de Previsión Social del Personal de las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana.

A la vista de los citados informes y considerando que el artículo 2.º del Real Decreto 1879/1978, de 23 de junio, dispone que a las Entidades de Previsión Social que actúan como sustitutorias de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social les serán de aplicación las revalorizaciones y mejoras de prestaciones que se determinen en base a lo dispuesto en el artículo 92 de la Ley General de la Seguridad Social, salvo que las concedidas por las mismas fuesen superiores a los niveles obligatorios de referencia en el Sistema de Seguridad Social, efectuándose la financiación de dichas mejoras, en su caso, con cargo a los recursos que integran el patrimonio de las citadas Entidades de Previsión Social.

Considerando que en la Mutualidad de Previsión Social de las Cámaras de la Propiedad Urbana de España concurre el carácter de Entidad sustitutoria de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, resultando, por ende, afectada por lo dispuesto en el Real Decreto antes citado.

Considerando que el Real Decreto 1515/1980, de 23 de mayo, por el que se aprueba la incorporación de los mutualistas en situación de activo de la Mutualidad de Previsión Social del Personal de las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana, determina, en su Disposición Final Segunda, que respecto al censo de pasivos, que no se incorporan al Instituto Nacional de la Seguridad Social y cuyas pensiones siguen corriendo a cargo de la citada mutualidad, se estará a lo dispuesto en el artículo 2.º del Real Decreto 1879/1978, de 23 de junio, garantizando subsidiariamente el cumplimiento de las obligaciones derivadas de diversos preceptos de las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana, a través de su Consejo Superior.

Considerando que la obligación derivada de los preceptos anteriormente citados no se ve enervada por lo dispuesto en el Real Decreto 2248/1985, de 20 de noviembre, ya que lo previsto en la Disposición Transitoria Primera del mismo ha de interpretarse en relación a lo dispuesto en los Reales Decretos 1879/1978, de 23 de junio, y 1515/1980, de 23 de mayo, de forma que, al aludirse en la Disposición Transitoria antes mencionada a la continuación, por parte de las Entidades sustitutorias, del abono de las prestaciones reconocidas en favor de sus beneficiarios, ha de entenderse que a las mismas se les ha debido aplicar en su día las revalorizaciones correspondientes, conforme a lo previsto en los reales decretos anteriormente citados.

Considerando, de otra parte, que la Disposición Final Primera del Real Decreto 2248/1985, de 20 de noviembre, prevé que la integración de las Entidades afectadas por lo dispuesto en dicha norma se produzca en un plazo que se fija como máximo hasta el 4 de agosto de 1987, de modo que en tanto no se efectúe, en cumplimiento de lo que se determina en el repetido Real Decreto, la integridad de esa Mutualidad de Previsión Social del Personal de las Cámaras de la Propiedad Urbana de España y de su Consejo Superior y se asuma el pago de las prestaciones por la Entidad Gestora competente, continúan subsistentes las obligaciones que atañen en la mutualidad y, entre ellas, las derivadas de lo preceptuado por los Reales Decretos 1879/1978, de 23 de junio, y 1515/1980, de 23 de mayo.

Considerando que del análisis de la situación financiera de la mutualidad se desprende la posibilidad de que la misma haga frente a las obligaciones derivadas de las repetidas disposiciones.

Considerando que, en todo caso, la situación financiera de la mutualidad no impediría efectuar la revalorización de las prestaciones, en cumplimiento de los preceptos tan repetidamente citados, por cuanto en el caso de que la mutualidad no se encontrara en situación de solvencia se produciría la responsabilidad subsidiaria de las Cámaras de la Propiedad Urbana, a través de su Consejo Superior.

En mérito a lo expuesto, y en uso de las atribuciones que a esta institución le vienen conferidas por el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, esta Institución tiene el honor de dirigirle la siguiente recomendación: Que, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 2.º del Real Decreto 1879/1978, de 23 de junio, en relación con la Disposición Final Segunda del Real Decreto 1515/1980, de 23 de mayo, y la Disposición Transitoria Primera, apartado uno, del Real Decreto 2248/1985, de 20 de noviembre, se proceda a efectuar la revalorización de las prestaciones abonadas por esa Mutualidad de Previsión Social del Personal de las Cámaras de la Propiedad Urbana de España y de su Consejo Superior a sus beneficiarios, con efectos desde la fecha de entrada en vigor del Real Decreto 1879/1978, de 23 de junio, antes citado.

Recordatorio del deber legal que incumbe a esa Mutualidad de Previsión Social del Personal de las Cámaras de la Propiedad Urbana de España y de su Consejo Superior de proceder al cumplimiento de las obligaciones derivadas de lo dispuesto en el artículo 2.º del Real Decreto 1879/1978, de 23 de junio, y la Disposición Final Segunda del Real Decreto 1515/1980, de 23 de mayo, hasta el momento en que, en cumplimiento de la previsión contenida en la Disposición final Primera del Real Decreto 2248/1985, de 20 de noviembre, se produzca la integración en el Régimen General de la Seguridad Social de los pensionistas de esa Mutualidad de Previsión Social del Personal de las Cámaras de la Propiedad Urbana de España y de su Consejo Superior.

Le agradecemos de antemano su preceptiva respuesta escrita en el plazo no superior a un mes a que se refiere el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, en el sentido de si se acepta o no la recomendación

formulada y, en caso negativo, las razones que se estimen para su no aceptación.

Madrid, 12 de junio de 1986.

**Recomendación dirigida al Presidente de la Mutualidad de Previsión Social del Personal de las Cámaras de la Propiedad Urbana de España y de su Consejo Superior.**

**Recomendación 25/1986, de 24 de junio, sobre modificación de las condiciones de cobro y pago de la cuota de constitución del servicio telefónico en las zonas rurales.**

*(BOCG. Congreso, Serie E, núm. 34, pág. 1151)*

A lo largo de los tres años de funcionamiento esta Institución, ha sido una de las constantes mantenidas por la misma la preocupación por el problema que afecta a gran número de ciudadanos, habitantes de zonas rurales y de extrarradio, solicitantes del servicio telefónico, que se ven obligados a satisfacer elevadas cuotas de constitución, además de las de conexión y conservación.

El número de quejas recibidas en este sentido avala nuestra actuación, que ya en su día estuvo dirigida hacia una igualación de cuotas (urbana y de extrarradio) y que si bien es cierto no se ha conseguido, no lo es menos que con la publicación del Real Decreto 2248/1984, de 28 de noviembre, sobre extensión del servicio telefónico en el medio rural, permite atisbar un real mejoramiento del problema, dado que si bien no se ha modificado la cantidad que ya estaba establecida a razón de 30.830 pesetas como cuota de constitución, por cada 500 metros o fracción de tendido telefónico que sea necesario desde la central más próxima, sin embargo dicha norma contempla un principio de solución al problema al permitir que las comunidades autónomas, diputaciones provinciales y forales, cabildos y consejos insulares puedan participar o intensificar los planes de la Compañía Telefónica en su territorio, previas aportaciones económicas, y ello mediante convenio suscrito al efecto.

Aunque existen comunidades autónomas que han adquirido el firme compromiso de cubrir económicamente parte de la cuota de constitución cuando el peticionario del servicio telefónico reúna unas condiciones especiales y determinadas características profesionales y laborales, la realidad es que hay un gran número de ciudadanos que vienen obligados a satisfacer la totalidad de las cantidades exigidas y de acuerdo con las

normas apuntadas, lo que supone unos enormes desembolsos de tipo económico, que en la gran mayoría de las veces difícilmente pueden atender, y ello a pesar de que, de acuerdo con el apartado 14 del Reglamento de Servicio de Relaciones con los Abonados, aprobado por Resolución de la Delegación del Gobierno de 9 de julio de 1982 se contemple la posibilidad de un pago fraccionado en cuanto a la cuota de constitución, en una primera fase de un 20 por 100, y en una segunda, del 80 por 100 restante.

Resulta evidente de lo expuesto que la situación de desigualdad de trato que se les dispensa a los habitantes de las zonas mencionadas sigue existiendo en relación con los de las zonas urbanas, y ello en cuanto a la instalación del servicio telefónico, pues es claro que si unos y otros disfrutan de una posibilidad de pago aplazado en la cuota de conexión (el 50 por 100 en los tres primeros recibos bimestrales que pase al cobro la Compañía), en cambio los primeros —los de las zonas rurales— no disfrutan de semejante posibilidad de pago aplazado en cuanto a la cuota de conexión, verdadero obstáculo, la mayoría de las veces insalvable, para las modestas economías de los habitantes de dichas zonas rurales.

Por todo lo anterior y por así exigirlo los intereses generales es por lo que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos, nos permitimos formular a V.E. la siguiente sugerencia en el sentido de que se modifiquen las condiciones de cobro y pago de las cantidades generadas por cuotas de constitución, aplicándose a éstas el mismo trato que las establecidas para la cuota de conexión, pudiendo en cualquier caso la Compañía arbitrar el procedimiento que estime conveniente, que tienda a garantizar el total desembolso de la cantidad adeudada.

Madrid, 24 de junio de 1986.

**Recomendación dirigida al Presidente del Consejo de Administración de la Compañía Telefónica Nacional de España.**

**Recomendación 26/1986, de 2 de julio, sobre supresión de cuestionarios del Ministerio del Interior, a cumplimentar por funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía.**

*(BOCG. Congreso, Serie E, núm. 34, pág. 826)*

Esta institución constitucional ha tenido conocimiento, por una noticia aparecida en diversos medios de comunicación, de fecha 10 de los corrientes, del contenido de unos tests preparados por ese Departamento, en particular por el Gabinete Psicológico de la Policía, cuyo cumplimiento viene siendo exigido a funcionarios de ese Cuerpo en el trámite de la obtención o renovación del permiso de conducir.

En efecto, en la referida noticia se ponía de relieve que estos cuestionarios psicotécnicos son una de las pruebas necesarias, junto con un reconocimiento médico y los exámenes propios de circulación, para conseguir o renovar los carnets de las categorías B-1, B-2, C-1, C-2, D y E.

En estas fuentes se expresaba, igualmente, la disconformidad de algunos de estos agentes con algunas preguntas de los mismos, por cuanto pudieran afectar, en su caso, al ámbito de la intimidad de la persona.

A la vista de estos antecedentes, esta Institución, en virtud de lo establecido en el artículo 54 de la Constitución y en los artículos 1 y 9 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos, ha valorado la conveniencia de iniciar el cauce de oficio, admitiendo a trámite los mismos y dando traslado a V.I., a los fines de la remisión del oportuno informe preceptivo.

No obstante, previamente y en uso de las atribuciones que nos confiere el artículo 19.2 de la Ley Orgánica aludida, se ha tenido a bien solicitar la colaboración del Jefe de la Sección de Sanidad de la Dirección General de la Policía, así como de uno de los psicólogos adscritos a este Departamento,

con quienes se ha mantenido una entrevista en esta Institución constitucional.

En este acto los funcionarios nos han informado que la finalidad de aquellas

pruebas consiste en descubrir posibles alteraciones psicológicas de los aspirantes al permiso de conducir, que posteriormente, y en el caso de que los resultados sean positivos, habrían de ser completadas con otros sistemas de exploración.

Esta institución, una vez celebrada esta entrevista, y después de haber procedido a un estudio detenido de los expresados cuestionarios, se ha formado un criterio sobre el particular, y ha considerado que algunas preguntas incluidas en los mismos pudieran afectar, de manera directa, a derechos constitucionalmente reconocidos.

Entre estas preguntas, se puede dejar constancia de las siguientes:

- «1. Soy digno de la estimación de mi familia.
- 10. Experimento repugnancia por las personas del otro sexo.
- 16. He sufrido en el pasado un trauma psicológico de orden sexual que me ha marcado profundamente.
- 19. Me siento atraído por las personas de mi propio sexo.
- 20. Creo que intentan esconderme los verdaderos orígenes de mi familia.
- 24. Nunca he tenido la impresión de que una voz o poder dictara mis actos y pensamientos.

En este sentido, aunque en los tests psicotécnicos se contienen, por su propia naturaleza, preguntas que se refieren al ámbito subjetivo de la persona, éstos no han de incluir solicitud de datos que afecten a derechos fundamentales, como los reconocidos en el artículo 18.1, en cuanto garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; y en el artículo 16.1, que configura la libertad ideológica y religiosa de la persona.

En consecuencia, esta institución, en virtud de las competencias atribuidas por el artículo 30.1 de nuestra Ley Orgánica antes referida, tiene a bien efectuar a V.E. una recomendación sobre el particular, tal como se expresó a los funcionarios de la Sección de Sanidad de la Dirección General de la Policía comparecientes ante esta Institución constitucional.

Por todo ello, hechas las averiguaciones oportunas y deduciéndose de las mismas una posible infracción de los derechos fundamentales expresados, se recomienda a ese Ministerio que se modifique la sistemática de estos cuestionarios, en el sentido de que se omitan todas aquellas preguntas, y en especial las referenciadas en el presente escrito, que pudieran vulnerar los derechos contemplados en los artículo 16.1 y 18.1 de la Constitución.

Finalmente, agradeceríamos a V.E. nos informara sobre la admisión de esta sugerencia o, en su caso, de los criterios seguidos para su no adopción, tal como expresa el artículo 30.2 antes señalado.

Madrid, 2 de julio de 1986.

**Recomendación dirigida al Ministro del Interior.**

**Recomendación 27/1986, de 15 de julio, sobre gratuidad de las llamadas telefónicas de información, acerca del número de abonados y de las efectuadas a los servicios de policía gubernativa y municipal.**

*(BOCG. Congreso, Serie E, núm. 34, págs. 1151 -1153)*

Ha comparecido ante esta institución, mediante el correspondiente escrito, don A. M. L., con domicilio en Madrid, presentando queja que ha quedado registrada con el número AII.TC/3.858/86.

Sustancialmente expone que realizó gestiones ante las oficinas de la C.T.N.E., interesando información sobre la nueva edición de las guías-callejero, de las que tiene noticias que no iban a ser ya publicadas.

Recibió contestación del Director de la Zona de la calle Costa Rica, de Madrid, quien, efectivamente, le confirmó las noticias, al tiempo que le señaló la aplicación de nuevo sistema de teleproceso del Servicio de Información 003.

Entiende el firmante que lo anterior produce una serie de contratiempos a los abonados y les obliga a efectuar llamadas al Servicio de Información, lo que origina un gasto derivado de los ocho pasos de contador que produce tal llamada.

Por último, igualmente señala, en relación con las tarifas del 091 y 092, de las Policías Gubernativa y Municipal, respectivamente, que no comprende cómo un servicio de tal naturaleza puede generar un coste al ciudadano, sobre todo cuando aquél ha de ser utilizado desde una cabina pública y se carece de las monedas sueltas que exige la llamada en cuestión.

Dos, pues, son las cuestiones planteadas por el promovente de la queja, que esta Institución hace suyas y que serán objeto de consideración y estudio separadamente: en primer lugar, la supresión de las guías-callejero y

su repercusión en las llamadas de información, y, por otro lado, la utilización de los abonados de los servicios de Policía Gubernativa y Municipal a través del 091 y 092.

En cuanto al primer tema, esta institución es consciente, y en este sentido sale ya al paso de posibles objeciones, de los límites estrictos en que la Compañía ha de moverse a la hora de la publicación y distribución de las guías, que le vienen impuestas por el artículo 24 del Reglamento de Servicio que regula las relaciones entre la Compañía Telefónica Nacional de España y los abonados al servicio telefónico, aprobado por Resolución de la Delegación del Gobierno, de 9 de julio de 1982, al fijar como obligaciones concretas para la Compañía la de insertar obligatoria y gratuitamente en la guía correspondiente la identificación, lugar de instalación y número de teléfono de los abonados, completándose tal obligación con la recogida en el artículo 26 de la misma norma cuando señala que «la Compañía Telefónica está obligada a facilitar al abonado, como parte de su abono, un ejemplar de la guía telefónica en que esté incluido su teléfono, canjeable en caso de sustitución».

Ahora bien, aun reconociendo lo anterior, no puede dejar de considerarse que una medida como la que ha tomado la Compañía produce a los abonados un principio de desajuste que, en la mayoría de los casos, repercute en las economías de aquéllos, y no sólo por la gran utilización y plena aceptación que tenían los llamados callejeros, sino también porque la supresión de los mismos obliga al particular a realizar llamadas telefónicas al 003, que automáticamente genera ocho pasos de contador, número máximo de los contabilizados en los denominados «servicios tasados por contador», que entendemos excesivos si se comparan con otros servicios, como podrían ser los de información horaria, en los que el número de pasos se reduce a la mitad, pudiendo argumentarse, comparativamente, que mientras que en los primeros supuestos (petición de número de abonado) las llamadas son necesarias, forzosas e imprescindibles siempre, bien porque el abonado no disponga en ese momento de guía o bien por cualquier otro motivo, sin embargo en el segundo supuesto —cual es el de la información horaria— la llamada no siempre es necesaria en los mismos términos absolutos.

Por lo que hace referencia a las llamadas, tanto a la Policía Gubernativa como a la Municipal, se trata de servicios que el abonado utiliza siempre en caso urgente y necesario, como lo justifica la misma esencia del servicio, ya

sea para solicitar el auxilio policial de dichos Cuerpos de Seguridad, ya sea para denunciar la posible comisión de unos hechos delictivos.

En cualquiera de los supuestos contemplados y por la misma naturaleza del servicio, no se comprende cómo se puede exigir al ciudadano coadyuvante con la Policía la necesidad de utilización de monedas cuando realiza la llamada desde un teléfono público o facturarle un paso de contador si la llamada se efectúa desde un teléfono particular. Lo primero produce en la práctica que la carencia de monedas en el justo momento crítico de la necesidad de la llamada se traduzca en una falta de la misma, con las consecuencias fácilmente imaginables.

Lo segundo se puede considerar como un contrasentido, al conjugar, por un lado, la exigencia de colaboración que los servicios policiales recaban al ciudadano en multitud de ocasiones, con el cobro de unas llamadas que, en todo caso, redundan en beneficio de la sociedad.

Por todo lo anterior y por así exigirlo los intereses generales y el principio de eficacia previstos en el artículo 103 de nuestro primer texto legal, es por lo que, de conformidad con el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos, nos permitimos formular sugerencia a V.E. en un doble sentido:

1) Interesando se supriman los pasos de contador en las llamadas de información que realice el ciudadano cuando solicita el número de cualquier abonado, y ello aunque el citado número se halle incluido en la guía correspondiente.

2) Se establezca un principio de gratuidad absoluta para las llamadas que se produzcan desde cualquier teléfono a los servicios de la Policía Gubernativa y Municipal.

Madrid, 15 de julio de 1986.

**Recomendación dirigida al Presidente del Consejo de Administración de la Compañía Telefónica Nacional de España.**

**Recomendación 28/1986, de 23 de julio, sobre la aplicación del acuerdo marco de 14 de noviembre de 1985 entre el Ministerio del Interior y organizadores sindicales de policías.**

*(BOCG. Congreso, Serie E, núm. 34, pág. 973-974)*

Hemos recibido escrito del pasado 30 de junio, de la Secretaría General Técnica de ese Ministerio, correspondiente al nuestro de 30 de abril último, por el que admitíamos a trámite, iniciando la oportuna investigación, la queja AI.T/3.173/86, formulada ante esta Institución por don A. S. Y., Secretario General de la Plataforma Unitaria de Policía (se adjuntan fotocopias de ambos escritos).

Examinado el contenido de aquel escrito, las alegaciones formuladas por el promovente, así como la legislación de aplicación y la jurisprudencia relevante del Tribunal Constitucional y tribunales ordinarios, cúmplenos someter a V.E. las consideraciones siguientes, con carácter previo a la formulación de la sugerencia que concluye esta nuestra comunicación.

Los beneficios o privilegios concedidos a las centrales sindicales firmantes del Acuerdo marco de 14 de noviembre de 1985, por los puntos 2 —dedicación parcial o completa a determinadas tareas sindicales— y 4 —subvención a actividades sindicales—, alcanzan, por su naturaleza y trascendencia, tal nivel de autonomía e independencia, habida cuenta, fundamentalmente, de las finalidades que los justifican, que no permiten alegar la existencia de una estrecha conexión entre tales privilegios y la ejecución del propio Acuerdo.

Por otra parte, tales privilegios no se hallan limitados al cumplimiento efectivo de los compromisos directamente adquiridos y perfilados en el texto del Acuerdo, siendo posible que unos y otros sean ejercidos en el contexto de la total y absoluta acción sindical, trascendente más allá de lo meramente acordado que realizan los sindicatos firmantes.

La concesión, pues, de tales beneficios y privilegios a los sindicatos firmantes del Acuerdo supone, dado su carácter excluyente con respecto a los no firmantes, un recorte de un legítimo derecho fundamental que a los mismos reconoce la Constitución: el de libertad sindical.

La enumeración de los derechos comprendidos en el de libertad que contiene el artículo 28.1 de la Constitución española —en relación con los preceptos 7 y 14 del mismo texto legal— no debe considerarse, como reiteradamente ha mantenido el Tribunal Constitucional, exhaustivo, sino meramente indicativo, pues aunque dicho precepto no se refiere expresamente a derechos «de actividad», la conexión con el artículo 7 de la Constitución española y los Tratados internacionales suscritos por España en la materia evidencian que la libertad sindical comprende también el derecho a que los sindicatos fundados realicen las funciones que de ellos es dable esperar, de acuerdo con el carácter democrático del Estado y con las coordenadas que a esta institución hay que reconocer (cfr. EC. 2.<sup>a</sup> S. 29 noviembre de 1982).

«La libertad sindical implica la libertad del ejercicio para la acción sindical, comprendiendo en ella todos los medios lícitos, entre los que los Tratados internacionales ratificados por España, y especialmente los Convenios de la O.I.T. núm. 87, de 9 de julio de 1948, de Libertad Sindical, y núm. 98, de 1 de julio de 1948, Derecho de Sindicación y de Convención Colectiva, incluyen la negociación colectiva y la huelga, debiendo extenderse a la negociación de conflictos colectivos y a aquellos medios de acción que contribuyen a que el sindicato pueda desenvolver la actividad a que está llamado desde el propio texto constitucional.»

Por todo ello, conceder a los sindicatos firmantes, excluyendo a los que, en ejercicio de su derecho constitucional, decidieron permanecer al margen del Acuerdo, «para realizar funciones sindicales, de formación sindical o de representación del personal, la dedicación parcial o completa a determinadas tareas sindicales de los funcionarios de Policía que los órganos de dirección de los sindicatos o asociaciones crean necesarias para el normal desarrollo de la acción sindical», o subvencionar «en todo o en parte aquellas actividades sindicales relacionadas con la formación de afiliados y cuadros», supone, por lo excluyente de los beneficios concedidos y los objetivos que los justifican, un trato de privilegio o favor, carente de justificación objetiva y razonable, contrario a la libertad sindical de quienes, al margen de tal concesión, se ven privados de medios de acción sindical

vitales para la tarea constitucional que el artículo 7 reconoce a todos los sindicatos, sin exclusiones de carácter alguno.

Por otra parte, rogamos a V.E. tenga a bien informarnos sobre los preceptos normativos y presupuestarios que habilitan las subvenciones a que se refiere el punto 4 del Acuerdo y la cuantía de las partidas a este respecto aprobadas.

Por todo cuanto antecede, el Defensor del Pueblo, en el ejercicio de las responsabilidades que le confieren los artículos 54 de la Constitución y 30.1 de la Ley Orgánica 3/1986, de 6 de abril, reguladora de esta institución, sugiere a V.E., apelando a su sentido de justicia y sensibilidad social, imparta las órdenes oportunas al objeto de poner fin al trato de desfavor arriba mencionado y comunicar a los sindicatos no firmantes del Acuerdo el contenido de las Instrucciones dictadas al respecto.

Madrid, 23 de julio de 1986.

**Recomendación dirigida al Ministro del Interior.**

**Recomendación 29/1986, de 29 de julio, sobre la Ley 12/1986, reguladora de las atribuciones profesionales de los Arquitectos e Ingenieros Técnicos.**

*(BOCG. Congreso, Serie E, núm. 34, págs. 1204-1207)*

El día 21 del pasado mes de abril tuvo entrada a nuestro Registro (quedando incorporado a él con el núm. 2187/1986) un atento escrito de don Carlos García Cuesta, Presidente del Colegio de Ingenieros Técnicos de Obras Públicas, quien lo ratificó después mediante entrevista en esta Institución, solicitando en nombre de dicho Colegio la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 12/1986, de 1 de abril (en lo sucesivo citada como Ley 12/86), reguladora de las atribuciones profesionales de los Arquitectos e Ingenieros Técnicos.

Estudiada esa petición con el debido cuidado, y tras convergentes informes de los asesores responsables de las áreas afectadas, nuestra Junta de Coordinación y Régimen Interior, en sesión celebrada el día 26 del pasado mes de junio, según lo preceptuado por el artículo 18.1 del Reglamento de organización y Funcionamiento, emitió su preceptivo informe en el sentido de no estimar que concurrieran fundamentos jurídicos suficientes para que nuestra institución interpusiera el expresado recurso, aunque sí para formular a V.E., como Presidente del Gobierno, una «recomendación», haciendo uso de la facultad que nos está atribuida por el artículo 28.2 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos.

Dicho acuerdo de nuestra Junta de Coordinación, asumido por el Defensor del Pueblo, se basó en las siguientes consideraciones:

## I. SINTESIS DE LAS ALEGACIONES FORMULADAS EN LA PETICION DEL RECURSO

En el expresado escrito inicial del Presidente del Colegio de Ingenieros Técnicos de Obras Públicas, y en los valiosos dictámenes jurídicos a él anejos, se sostenía sustancialmente:

1. Que la Ley objeto de impugnación dispone en su artículo 2.3:

«Corresponden a los Ingenieros Técnicos de Obras Públicas todas las atribuciones profesionales descritas en el apartado primero de este artículo, en relación a sus especialidades respectivas, con sujeción, en cada caso, a las prescripciones de la legislación reguladora de Obras Públicas.»

Y concordantemente, en la Disposición Final Segunda se establece:

«Conforme a lo previsto en el número 3 del artículo 2 de la presente, por la Ley se regularán las intervenciones profesionales de los Ingenieros Técnicos de Obras Públicas cuando se trate de carreteras, puertos, ingeniería de costas, infraestructura de centrales energéticas y de ferrocarriles, presas y obras hidráulicas.»

Frente a estos preceptos, el Ilustre Colegio de Ingenieros Técnicos de Obras Públicas alega la vulneración del principio de igualdad ante la Ley y el consiguiente derecho fundamental que consagra el artículo 14 de la Constitución, en cuanto implica una discriminación para los Ingenieros Técnicos de Obras Públicas, respecto a las demás ramas de Ingeniería Técnica, ya que a éstas se les confían todas las atribuciones descritas en el artículo 2.1 de la misma Ley 12/86, mientras que los reclamantes quedan en situación de subordinación y dependencia, respecto a los Ingenieros Superiores de su especialidad, ya que mantiene la vigencia de la específica legislación en materia de Obras Públicas; desigualdad ésta que resulta agravada al no especificarse el rango de la norma reguladora aplicable.

A mayor abundamiento, esa remisión a la normativa vigente en Obras Públicas quebranta lo preceptuado en el artículo 36 de la Constitución, en la medida en que éste exige que el ejercicio de las profesiones tituladas se regule siempre mediante normas con rango de ley; y es patente que en dicha normativa de Obras Públicas se integran preceptos de carácter reglamentario (Decretos, Ordenes Ministeriales, etc.).

En consecuencia, lo dispuesto en el artículo 2.3 de la Ley objeto de impugnación viola la «reserva de ley» que se configura en dicho artículo 36 de la Constitución.

2. Se denunciaba, igualmente, la posible violación del artículo 53.1 del texto constitucional, desde el momento en que la Ley 12/86 regula un derecho fundamental, esto es, el derecho al trabajo o profesión, en este caso a los Ingenieros Técnicos de Obras Públicas, garantizado por los artículos 35 y 36 de la Constitución, y cuyo «contenido esencial», en una regulación con rango de Ley, debe ser siempre respetado, como reiteradamente ha insistido el Tribunal Constitucional, lo que se quiebra en la Ley impugnada, dado el tenor del artículo 2.3 y de la Disposición Final Segunda.

3. Finalmente, lo dispuesto en esos preceptos de la Ley 12/86 infringe, según las alegaciones de ese Colegio, el artículo 9.3 de nuestra Norma Fundamental, garantizador del principio de seguridad jurídica, desde el momento en que tales preceptos se remiten a la compleja y obsoleta normativa jurídica actualmente vigente, como se trasluce del Preámbulo, o a una futura Ley, cuyo contenido no se determina con la indispensable concreción, ni la fecha de su promulgación, con lo que se origina una grave «inseguridad jurídica» para los reclamantes.

## II. FUNDAMENTOS JURIDICOS DEL ACUERDO ADOPTADO

1. Adecuadamente interpretada, la Ley 12/86 respeta el «contenido esencial» de la profesión de los Arquitectos e Ingenieros Técnicos.

En efecto, en el artículo 1 de la misma se determina que todos los profesionales de ese grado, «una vez cumplidos los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico, tendrán la plenitud de facultades y atribuciones en el ejercicio de su profesión, dentro del ámbito de su respectiva especialidad técnica».

Y en el artículo 2.1 se especifican cuáles son las atribuciones profesionales de todos los Ingenieros Técnicos, dentro de su respectiva especialidad, desde la redacción y firma de proyectos, hasta la dirección de toda clase de industrias o explotaciones.

En este aspecto, se cumple lo dispuesto en los artículos 36 y 53.1 de la Constitución, sobre regulación por norma legal del contenido esencial del derecho de todos los Ingenieros Técnicos, incluidos, por consiguiente, los de Obras Públicas, al ejercicio de su profesión, sin excepción alguna, como seguidamente se analiza.

De lo contrario, es decir, si por las normas actualmente vigentes, u otras futuras, sobre regulación del ejercicio de la profesión de Ingenieros Técnicos de Obras Públicas, se establecieran limitaciones que afectaran a ese «contenido esencial» de su profesión, existiría violación de lo dispuesto en los artículos 36 y 53.1 de la Constitución.

2. Concordantemente, y siempre en una interpretación integradora, como procede, de los artículos 1 y 2.3 de la Ley 12/86, es de subrayar que en este último se expresa categóricamente que «corresponden a los Ingenieros Técnicos de Obras Públicas todas las atribuciones profesionales descritas en el apartado primero de este artículo, en relación a sus especialidades respectivas, con sujeción, en cada caso, a las prescripciones de la legislación reguladora de las Obras Públicas».

Es evidente que esa referencia final, en el apartado 3.º del artículo 2, a las prescripciones de la legislación reguladora de las Obras Públicas, no puede en modo alguno considerarse como una limitación al principio básico de que a los Ingenieros Técnicos de Obras Públicas les corresponden todas las atribuciones profesionales que se describen en el apartado primero del mismo artículo 2, con la sola especificidad determinada en la Disposición Final Segunda, donde se contiene una explícita remisión a lo preceptuado en el número tercero del artículo 2.º, según la cual, por Ley, se regularán las intervenciones profesionales de dichos Ingenieros Técnicos de Obras Públicas, pero solamente «cuando se trate de carreteras, puertos, ingeniería de costas, infraestructura de centrales energéticas y de ferrocarriles, presas y obras hidráulicas».

Sobre estos puntos concretos, la Ley que en su día se dicte tendrá que respetar, so pena de incurrir en inconstitucionalidad, el «contenido esencial» del derecho de los Ingenieros Técnicos de Obras Públicas al ejercicio de su profesión, en armonía con lo establecido en el artículo 2.1 de la Ley objeto de impugnación.

En otros términos, la mencionada expresión final del apartado tercero del artículo 2 de la Ley que se analiza: «con sujeción, en todo caso, a las prescripciones de la legislación reguladora de las obras públicas», ha de ser necesariamente interpretada, por coherencia legislativa, a la luz de los siguientes criterios:

a) La legislación de Obras Públicas vigente o la que se dicte en el futuro, si contradice el expresado «contenido esencial» de la profesión de Ingenieros Técnicos, no podrá aplicarse a los Ingenieros Técnicos de Obras Públicas, en virtud de lo dispuesto en los artículos 1 y 2.3 de la propia Ley 12/86; y, sobre todo, como consecuencia de la eficacia derogatoria de la Disposición Final Cuarta de esta Ley, a cuya luz han de considerarse derogadas «cuantas disposiciones de igual o inferior rango sobre atribuciones profesionales de Ingenieros y Arquitectos Técnicos se opongan a lo establecido en la presente Ley». Tal derogación afecta a todas las normas que conciernan a los Ingenieros Técnicos de Obras Públicas, puesto que en di la Disposición derogatoria no se contiene excepción alguna.

En consecuencia, han de considerarse derogadas cuantas normas actuales rijan en materia de Obras Públicas, si son contrarias a lo establecido sobre atribuciones a los Ingenieros Técnicos de Obras Públicas, en los artículos 1 y 2.3 de la Ley 12/86, sin perjuicio de lo que establezca, en su día, la Ley que se prevé en la Disposición Final Segunda, para determinado tipo de Obras Públicas, de máxima envergadura.

b) Si el legislador, al promulgar la Ley 12/86, hubiera pretendido excluir a los Ingenieros Técnicos de Obras Públicas del «contenido esencial» de las atribuciones que se señalan en el artículo 2.1, hubiera tenido que emplear la misma fórmula que se utiliza en la Disposición Adicional respecto a los Ingenieros y Arquitectos Técnicos «vinculados a la Administración Pública por una relación de servicios de naturaleza jurídico-administrativa, los cuales se regirán por sus respectivas normas estatutarias», que es un supuesto totalmente diferente del que concierne a los Ingenieros Técnicos de Obras Públicas (que no sean funcionarios de la Administración Pública).

c) Por consiguiente, ha de insistirse en que la futura Ley reguladora de intervenciones profesionales de los Ingenieros Técnicos de Obras Públicas, en lo que cabe denominar «macro obras públicas», taxativamente descritas en la Disposición Final Segunda, sólo puede referirse a ellas, y puede considerarse como una especificidad «objetiva y razonable» por razones de

su envergadura y de la conexión que tengan con las especialidades cursadas en las Escuelas respectivas, pero sin que en ningún caso viole el «contenido esencial» del derecho a la profesión, dimanante de los concretos títulos académicos de cada profesional.

En este sentido ha de tenerse presente la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, en su Sentencia núm. 83/84, de 24 de julio, cuando expresa: «Si bien el tenor literal del artículo 53.1 de la Constitución Española, que se refiere a todos los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I, impone la reserva de Ley y al legislador la obligación de respetar el contenido esencial de tales derechos y libertades, es evidente que no hay un «contenido esencial» constitucionalmente garantizado de cada profesión, oficio o actividad empresarial concreto»; y más adelante puntualiza: «que la regulación de estas profesiones, en virtud de mandato legal, está expresamente reservado a la Ley. También es claro, sin embargo, que, dada la naturaleza del precepto, esta reserva específica es bien distinta de la general que respecto de los derechos y libertades se contiene en el artículo 53.1 de la Constitución Española y que, en consecuencia, no puede oponerse aquí al legislador la necesidad de preservar ningún contenido esencial de derechos y libertades que en ese precepto no se proclaman, y que la regulación del ejercicio profesional, en cuanto no choque con otros preceptos constitucionales, puede ser hecha por el legislador en los términos que tenga por conveniente».

3. En consecuencia con lo expuesto, ha de evaluarse el principio de igualdad ante la Ley y no discriminación, consagrado por el artículo 14 de la Constitución, y su respeto por la Ley 12/86, objeto de impugnación.

A la luz de una muy reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no puede inferirse que en la regulación dada por la Ley 12/86 a las atribuciones de los Ingenieros Técnicos de Obras Públicas se quebrante el invocado principio de igualdad ante la Ley y no discriminación, constitucionalmente consagrado por el artículo 14 de nuestra Norma Suprema, puesto que la única diferencia o especificidad en las atribuciones de dichos Ingenieros Técnicos se habrá de ceñir, según la Disposición Final Segunda, a las calificables como «macro obras públicas», respecto a las que el legislador encuentre motivos objetivos y razonables para establecer, siempre por Ley, y que respete el «contenido esencial» de la profesión de dichos Ingenieros Técnicos de Obras Públicas, determinados requisitos o exigencias en función de su titulación académica y de su respectiva

especialidad técnica, como expresa el artículo 1 de la Ley objeto de impugnación.

En este aspecto importa recordar, entre otras muchas, lo sentado por las Sentencias del Tribunal Constitucional, en interpretación de dicho artículo 14 de nuestra Norma Suprema, doctrina que se recoge en la Sentencia 6/1984, de 24 de enero, según la cual:

«La doctrina sentada por este Tribunal en relación al artículo 14 de la Constitución a partir de su Sentencia 22/1981, de 2 de julio, fundamento jurídico tercero, en la cual se indicaba que el principio de igualdad contenido en el artículo 14 de la Constitución no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de trascendencia jurídica; y se añadía —siguiendo la doctrina señalada por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos— que la igualdad sólo es violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida».

Sancionada también por la Sentencia 93/1984, de 16 de octubre, y la Sentencia 99/1984, de 5 de noviembre, entre otras muchas.

### III. RECOMENDACION DEL DEFENSOR DEL PUEBLO A LAS CORTES GENERALES Y A LA PRESIDENCIA DEL GOBIERNO

Los razonamientos jurídicos que acaban de resumirse y que motivaron que nuestra Institución no estimara pertinente ejercitar su legitimación activa para interponer el solicitado recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 12/86, de 1 de abril, siempre que sus preceptos sean interpretados en la forma ya expuesta, sirven, por otra parte, de fundamento a que el Defensor del Pueblo haga uso de la facultad que le atribuye el artículo 28.2 de su Ley Orgánica (por razones de equidad y para evitar que el cumplimiento de la Ley impugnada pueda provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados) y presente la siguiente recomendación a las Cortes Generales y a la Presidencia del Gobierno:

A) Que la futura Ley reguladora de las intervenciones profesionales de los Ingenieros Técnicos de Obras Públicas (que prevé la Disposición Final Segunda de la Ley 12/86), cuando se trate de carreteras, puertos, ingeniería de costas, infraestructura de centrales energéticas y ferrocarriles, presas y obras hidráulicas, se promulgue en el menor plazo de tiempo posible, para evitar quebranto al principio de seguridad jurídica que sanciona el artículo 9.3 de la Constitución, del mismo modo que se establece en la Disposición Final Primera, apartado tercero, que «el Gobierno remitirá en el plazo de un año a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación en la que se regularán las intervenciones profesionales de los técnicos facultativos, conforme a lo previsto en el número 2 del artículo 2 de esta Ley, y de los demás agentes que intervienen en el proceso de edificación».

B) Que el desarrollo reglamentario y los actos de aplicación de la Ley 12/86, de 1 de abril, se ajusten a una interpretación que respete plenamente el «contenido esencial» del derecho de los Ingenieros Técnicos de Obras Públicas, según lo prescrito en el artículo 2.1 de la propia Ley, respetando de tal manera lo prevenido en el artículo 53.1 de la Constitución.

C) Que se consideren derogadas todas las normas vigentes, de cualquier rango, que contradigan lo dispuesto en la Ley 12/86, de 1 de abril, según determina su Disposición Final Cuarta.

Madrid, 29 de julio de 1986.

**Recomendación dirigida al Presidente del Gobierno.**

**Recomendación 30/1986, de 30 de julio, sobre interpretación del artículo 114.3 del Estatuto de personal auxiliar sanitario titulado y auxiliar de clínica.**

*(BOCG. Congreso, Serie E, núm. 34, págs. 970-971)*

Hemos recibido su escrito del pasado 16 de junio, correspondiente al nuestro de 21 de mayo último, por el que iniciábamos la oportuna investigación en torno a la queja AI.T/5.879/86, formulada ante esta Institución, por doña I. P. A.

La situación de expectativa de destino a que se refiere el artículo 114.3 del Estatuto de personal auxiliar sanitario titulado y auxiliar de clínica —en redacción dada por la Orden de 5 de abril de 1986—, no puede entenderse como retribuciones y cómputo de antigüedad, por cuanto tales consecuencias supondrían una penalización a la petición de traslado, incompatible con el artículo 40.4 del Estatuto de los Trabajadores, que habrá de ser respetado por los estatutos de personal vigentes, en lo que respecta a los derechos mínimos en aquél establecidos.

El problema radica en determinar si la normativa preconstitucional reguladora de los estatutos de personal dependiente del Instituto Nacional de la Salud conserva la plena y total vigencia o si, por el contrario, ha de sufrir alteraciones o modificaciones por impulso o exigencia constitucional.

Planteada así la cuestión, es preciso subrayar que el artículo 35 de la Constitución dispone la siguiente:

«1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.

## 2. La Ley regulará un Estatuto de los Trabajadores.»

Promulgada por especial mandato constitucional la Ley 8/1980, de 10 de marzo, reguladora del Estatuto de los Trabajadores, resulta obligado concluir que los aspectos esenciales de la relación laboral por cuenta ajena están determinados por el propio Estatuto de los Trabajadores, siendo, pues, de obligada aplicación cuando tuvieren la naturaleza de *ius cogens* o necesario a todas las relaciones laborales no expresamente incluidas por el artículo 1.3 del mencionado Estatuto de los Trabajadores.

De lo anterior ha de deducirse que las disposiciones o normas recogidas en los Estatutos de Personal aprobados por las Ordenes de 26 de abril de 1973 y 5 de julio de 1971 habrán de entenderse derogadas por el Estatuto de los Trabajadores cuando establezcan para el personal de aplicación condiciones inferiores a las señaladas con carácter general por la Ley 8/1980, de 10 de marzo.

La interpretación que antecede ha sido, por otra parte, confirmada por la Sala Sexta del Tribunal Supremo en la Sentencia de 11 de febrero de 1986, dictada en virtud del recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el INSALUD contra sentencia dictada por la Magistratura de Trabajo de Valencia.

En los Fundamentos de Derecho Primero, Segundo y Tercero, el Alto Tribunal expone las consideraciones y argumentaciones siguientes:

«Primero. El verdadero fondo del tema planteado en este proceso, tal y como indica con todo acierto el MF, radica en dilucidar si está vigente, o más bien derogada por la CE, una norma promulgada en abril de 1973 que impone se apliquen las disposiciones establecidas para los reingresos de excedencia voluntaria al personal en situación de excedencia forzosa por enfermedad o accidente, cuando solicite la reincorporación al servicio activo, una vez acredite su recuperación física (art. 45 del Estatuto de Personal Auxiliar Sanitario de la Seguridad Social, aprobado por Orden Ministerial 26 abril 1973).

Segundo. Hay que partir necesariamente, dado su prevalente rango, de la CE: propugna, en su artículo 1.1, entre otros valores superiores del ordenamiento jurídico, la igualdad; y en el 14 dispone que los españoles son

iguales ante la Ley. Ello determina que supuestos sustancialmente idénticos son acreedores a un mismo tratamiento.

Tales principios (también otros que no son del caso) son aplicables directamente; y toda norma que a ellos se oponga ha perdido vigencia a virtud de la disposición derogatoria 3.<sup>a</sup> a que contiene.

También es de tener presente que su artículo 35.2 señala que el Estatuto de los Trabajadores será regulado por Ley. De aquí que las materias afectantes, en sus aspectos esenciales, naturalmente, a la relación de trabajo, en su más amplia aceptación, están recogidas en la Ley 8/1980, de 10 de marzo, que dio cumplimiento a ese mandato.

Tercero. Entre las causas determinantes de la suspensión del contrato de trabajo, el artículo 45 de este Estatuto incluye la incapacidad laboral transitoria, apartado c), causada por accidente o proveniente de enfermedad; y el 48 prescribe el derecho del trabajador a reincorporarse a su puesto una vez superada esa situación, sin secuelas definitivas e irreversibles impeditivas del ejercicio de la profesión o de cualquier trabajo.

Esta normativa debe aplicarse a toda persona que preste servicios retribuidos por cuenta ajena, salvo las excepciones expresamente incluidas en el artículo 1.3 del citado Estatuto, entre las cuales, por contra de cuanto mantiene el organismo recurrente en el motivo tercero, no puede comprenderse el personal auxiliar sanitario y auxiliar de clínica de la Seguridad Social, dado que la disposición legal que aprueba el Estatuto especial singularizado para estos profesionales (OM 26 abril 1973) no tiene el rango de Ley exigido para que opere la exclusión y, sobre todo, no se ha actualizado en armonía con los imperativos que el ordenamiento fija. De aquí que, de cuantas disposiciones contiene este Estatuto, no estén vigentes y, por ende, aplicables, aquellas que, en cualquier medida, sitúen a quien presta servicios por cuenta ajena en condiciones inferiores a las que la Ley 8/1980 fija para situaciones idénticas.»

Por todo cuanto antecede, esta institución constitucional, al amparo de las responsabilidades conferidas por los artículos 54 de la Constitución y 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, sugiere a V.I. tenga a bien impartir las órdenes oportunas al objeto de que, en los supuestos del artículo 114.3, el personal que solicitare el traslado por

aquel artículo facultado no sufra suspensión contractual alguna ni menoscabo o disminución en sus derechos.

Madrid, 30 de julio de 1986.

**Recomendación dirigida a la Directora Provincial de la Red de Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social de Jaén.**

**Recomendación 31/1986, de 14 de septiembre, sobre denegación de subsidio temporal en favor de familiares por haber prescrito.**

*(BOCG. Congreso, Serie E. núm. 34, págs. 1047-1048)*

En su día comparecieron ante esta institución doña M.A.D.Z., con domicilio en Málaga, y doña F.F.P., domiciliada en Avila, formulando sendas quejas, que quedaron expresadas con los números arriba expresados.

Sustancialmente exponía la primera de ellas que, mediante resolución dictada por la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de Málaga, se le había denegado subsidio en favor de familiares, en base al siguiente fundamento:

«No se produce derecho económico alguno al haber prescrito el mismo, ya que desde el hecho causante, ocurrido el 1 de febrero de 1980, han transcurrido más de doce meses a la fecha de solicitud, 7 de marzo de 1983 (art. 25 de la Orden Ministerial de 13 febrero 1967).

La segunda de las reclamantes exponía que no se le había reconocido derecho a subsidio temporal por la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de Avila.

Admitidas a trámite ambas quejas, se solicitaron los oportunos informes del Instituto Nacional de Seguridad Social.

Respecto de la primera de las quejas referenciadas, la citada Entidad Gestora señalaba, en resumen, que aunque no estaba de acuerdo con la causa de denegación en que se basaba la resolución dictada por la Dirección

Provincial de Málaga, no existía derecho a la prestación solicitada en base a que:

a) La causa de denegación consistía en haberse extinguido la prestación solicitada, ya que nacida la prestación en la fecha del fallecimiento del causante, el derecho se extingue por el agotamiento de los doce meses fijados como período de duración de la prestación.

b) Porque, aunque el artículo 54 de la Ley General de la Seguridad Social determina que los efectos del reconocimiento de prestaciones se producen desde los tres meses anteriores a la solicitud, en el supuesto de la queja de referencia, al haber transcurrido más de tres meses desde la extinción del derecho, no procede el reconocimiento de ninguna mensualidad.

Se acompaña dicho informe como Documento número 1.

En cuanto a la segunda de las quejas, el Instituto Nacional de la Seguridad Social informaba que a la reclamante le había sido concedida la prestación solicitada, con fecha 8 junio 1984, por el fallecimiento de su madre, pensionista del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, cuyo óbito se produjo el 19 de enero de 1984.

Por el contrario, como quiera que con anterioridad al fallecimiento de su madre se había producido, en el año 1982, el fallecimiento de su padre, también pensionista del Régimen General de la Seguridad Social, se procedió a verificar si había existido alguna solicitud de subsidio temporal por tal evento, no existiendo constancia, en el fondo documental de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de Avila, de que la interesada hubiera formulado la oportuna solicitud.

Se añadía que la Dirección Provincial del INSS en Avila había procedido a citar a la interesada, exponiéndole las causas por las que no era posible, en la actualidad, el reconocimiento del subsidio temporal en favor de familiares por el fallecimiento de su padre.

Se acompaña dicho informe como Documento número 2.

A la vista de ambos informes, esta institución, en uso de las facultades que le confiere la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, procedió a remitir al Instituto Nacional de la Seguridad Social sendas recomendaciones, la

primera de ellas a fin de que por parte de la Dirección Provincial de dicho Instituto en Málaga se procediera de oficio a la apertura de expediente de revisión de la resolución dictada por la misma en fecha 11 de mayo de 1983, dictando en su lugar otra más ajustada a derecho en la que se reconozca a la reclamante la prestación solicitada, siempre que reuniese los requisitos exigidos para ello. La segunda, al objeto de que por la Dirección Provincial del INSS de Avila se procediera a incoar un expediente de reconocimiento de subsidio temporal a favor de familiares, derivado del fallecimiento del padre de la interesada, acaecido el 24 de abril de 1982.

Ambas recomendaciones se fundamentaban en las consideraciones que figuran en los documentos que se acompañan como Documentos números 3 y 4, dándose los mismos por reproducidos y reiterándose esta Institución en las argumentaciones contenidas en los mismos.

Mediante escritos números 3.791, de 4 de junio de 1986, y 4.726, de 3 de julio de 1986, que se acompañan como Documentos números 5 y 6, el Instituto Nacional de la Seguridad Social no ha considerado procedente aceptar la recomendación formulada por esta institución.

Dado que lo expresado en ambos escritos significa la aplicación de un criterio de orden general y teniendo en cuenta que, de conformidad con lo previsto en el artículo 3.º de la Ley General de la Seguridad Social, corresponde al Estado la ordenación de la Seguridad Social, esta institución, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, ha acordado proceder a remitir a V.E. las actuaciones seguidas con motivo de las quejas de referencia, rogando a V.E.

1. La reconsideración del criterio adoptado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social en torno a las recomendaciones formuladas por esta Institución sobre ambas quejas.

2. Que por parte del Organismo directivo competente de su Ministerio se dicte Resolución en la que se contenga un criterio de orden general acerca del problema suscitado, basado en la imprescriptibilidad del subsidio temporal en favor de familiares, por aplicación de lo previsto en el artículo 165 de la Ley General de la Seguridad Social y, en consecuencia, la improcedencia de aplicar el plazo máximo de duración de la percepción del subsidio, computado desde el hecho causante, a efectos de limitar temporalmente el plazo en que pueden presentarse las solicitudes por parte

de los interesados, con la consiguiente repercusión sobre los efectos económicos cuando la solicitud se presenta fuera de dicho plazo.

Madrid, 14 de septiembre de 1986.

**Recomendación dirigida al Ministro de Trabajo y Seguridad Social.**

**Recomendación 32/1986, de 17 de septiembre, sobre publicación de edictos en periódicos no oficiales.**

*(BOCG. Congreso, Serie E, núm. 34, pág. 879-880)*

Se han recibido en esta institución algunas quejas que ponían de manifiesto la situación de los interesados que, teniendo pendiente un proceso civil en el que habían obtenido el reconocimiento del derecho a la justicia gratuita, no podían hacer frente a los gastos que supone la inserción de edictos en periódicos no oficiales, siendo esta publicación, según se les informó, imprescindible y, como tal, exigida por el órgano jurisdiccional para la continuación del procedimiento.

En concreto, las personas que se han dirigido a esta institución habían iniciado un expediente para la obtención de una declaración de fallecimiento con la finalidad de poder acceder posteriormente a una prestación social para la que aquélla es requisito imprescindible.

Dichos expedientes se encuentran en la actualidad paralizados por carecer los interesados de recursos económicos para poder cumplir el trámite de publicación antes mencionado que les ha sido exigido.

A la vista de estos antecedentes, esta institución ha realizado un estudio de la legislación aplicable, de la que se desprende lo siguiente:

1. Efectivamente, el trámite de publicación de edictos en periódicos oficiales y no oficiales viene exigido por el artículo 2.042 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para los expedientes de declaración de fallecimiento.

2. Dicha publicación en periódicos no oficiales no se encuentra cubierta, a efectos de eximir del pago de los gastos que ello ocasiona, por los efectos de la justicia gratuita (art. 30 LEC).

3. No obstante, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, ha introducido, a juicio de esta institución, importantes modificaciones en esta materia al disponer en su artículo 236 que:

«La publicidad de los edictos se entenderá cumplida mediante la inserción, según proceda, en los “Boletines Oficiales” que señalen las leyes procesales.

La publicación en cualquier otro medio se podrá acordar a petición y a costa de la parte que lo solicite.»

4. A la luz de este precepto y en virtud de su eficacia derogatoria (art. 2.2 del Código Civil), ajuicio de esta institución, ha quedado modificada la Ley de Enjuiciamiento Civil en todos aquellos casos —y no sólo en los expedientes de declaración de fallecimiento— en los que se exige como trámite de obligado cumplimiento por las partes o alguna de ellas la publicación de edictos en medios distintos de los «Boletines Oficiales», sin que medie previa petición de parte.

5. Sin duda, la finalidad de esta modificación no es otra que la de abaratar los costes del proceso y evitar la existencia de intereses económicos que surjan directamente de la tramitación de los procesos por los órganos de la jurisdicción.

Todo ello presidido por el principio constitucional de gratuidad de la justicia (art. 119 CE), al que el legislador ha pretendido acercarse.

Por todo cuanto antecede y en la medida en que la situación expuesta afecta al acceso en condiciones de igualdad a los tribunales de Justicia y, con ello, al derecho fundamental constitucionalmente reconocido en el artículo 24 a una tutela judicial efectiva, esta institución, partiendo de un absoluto respeto a la independencia que caracteriza el ejercicio de la potestad jurisdiccional, ha valorado la oportunidad de someter a la valoración del Consejo de su digna presidencia las consideraciones antes expuestas por si fueran de su interés para las actuaciones que por el mismo se desarrollan.

Madrid, 17 de septiembre de 1986.

**Recomendación dirigida al Presidente del Consejo General del Poder Judicial.**

**Recomendación 33/1986, de 18 de septiembre, sobre expedientes de pensiones de muerte y supervivencia en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social.**

*(BOCG. Congreso, Serie E, núm. 34, págs. 1064-1065)*

Es de referencia su escrito número 1.772, de 21 de mayo de 1985, adjuntando informe de la Dirección Provincial de Salamanca relativo a la queja presentada ante esta institución por doña P.M.S. y registrada con el número arriba reseñado.

Analizado el mencionado informe en relación con el contenido, Oficio-Circular de esa Dirección General, número 7.275, de 18 de febrero de 1981, referido al abono de pagas extraordinarias a las pensiones de muerte y supervivencia, del Régimen Especial Agrario, se desprende las siguientes conclusiones:

Primera. El reconocimiento de pensiones de viudedad, orfandad y en favor de familiares, originadas por el fallecimiento de pensionistas, no constituye un supuesto de «conversión» de pensiones, ya que en estos casos no sólo se produce una variación en la naturaleza de la pensión, sino que tiene lugar un cambio en cuanto a la persona del titular de la misma. Por ello las mencionadas pensiones deben regirse íntegramente por la legislación vigente en el momento del hecho causante.

Segunda. Consecuentemente con lo anterior, las pensiones de muerte y supervivencia que, como la de la interesada, se han causado a partir de la entrada en vigor del Decreto 395/1974, de 31 de enero, deberían ir incrementadas con las pagas extraordinarias de julio y diciembre, a cuyo efecto habrá que recalcular nuevamente la base reguladora que se utilizó para obtener la pensión del causante.

Tercera. La admisión de tales criterios efectuada en el preámbulo del Oficio Circular arriba referenciado deriva, tal y como se afirma en el mismo

de la interpretación dada a los términos «revisión» y «conversión» de pensiones por la Resolución de la Dirección General de Previsión de 9 de marzo de 1967.

Cuarta. De las anteriores conclusiones se desprende que los expedientes de reconocimiento de pensiones de muerte y supervivencia causadas por pensionistas del Régimen Especial Agrario a partir de la entrada en vigor del Decreto 395/1974, de 31 de enero, se han venido resolviendo erróneamente, hasta el 18 de febrero de 1981, en que se dictó el Oficio-Circular número 7.275, de esa Entidad Gestora, al utilizarse para su cálculo la misma base reguladora del causante, y sin reconocerse a los titulares de las mismas el derecho a las dos pagas extraordinarias.

Considerando que la aplicación de lo dispuesto en el referido Oficio-Circular para la determinación de las pensiones que se estaban abonando con anterioridad, queda limitada a la previa solicitud de los titulares y con efectos únicamente del día primero del mes siguiente a esta nueva solicitud, lo que supone trasladar a los interesados los efectos perniciosos de una actuación viciada de la propia Administración.

Considerando, de otra parte, que la falta de publicidad de dicha norma de carácter interno puede suponer en muchos casos la imposibilidad de corregir los errores detectados en el cálculo de las pensiones por desconocimiento de los interesados.

Esta institución, al amparo de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, recomienda a V.I. la puesta en práctica de las siguientes medidas:

1.<sup>a</sup> Que por esa Entidad Gestora se proceda a la revisión de oficio de todos los expedientes de pensiones de muerte y supervivencia, derivadas de causantes pensionistas del Régimen Especial Agrario fallecidos con posterioridad a la entrada en vigor del Decreto 395/1974, de 31 de enero, que no tengan reconocido el derecho a la percepción de las pagas extraordinarias de julio y diciembre, retrotrayendo los efectos económicos de tal revisión a la fecha de la solicitud inicial.

2.<sup>a</sup> Que los efectos económicos de las revisiones de las pensiones de referencia, realizadas a partir del 18 de febrero de 1981, fecha del Oficio-Circular de esa Dirección General, número 7.275, se retrotraigan asimismo

a la fecha inicial de solicitud de la pensión revisada, procediéndose, en consecuencia, a la correspondiente regularización de atrasos.

Madrid, 18 de septiembre de 1986.

**Recomendación dirigida al Director General del Instituto Nacional de la Seguridad Social.**

**Recomendación 34/1986, de 1 de octubre, sobre cómputo de la retribución correspondiente a las guardias médicas, en el abono de las vacaciones y gratificaciones extraordinarias, al personal médico del Instituto Nacional de la Salud.**

*(BOCG. Congreso, Serie E, núm. 34, págs. 969-9 70)*

Hemos recibido su escrito del pasado 22 de julio, al que nos adjunta informe del Subdirector General de Personal, en relación con la problemática planteada por la queja A.I.T./1.335/86, formulada ante esta institución por don L.A.T., de Madrid.

Examinadas las alegaciones contenidas en la documentación por V.I. remitida, los argumentos de base de la queja de referencia y la legislación y jurisprudencia relativas a la retribución de gratificaciones extraordinarias y vacaciones del personal médico de la Seguridad Social, sometemos a su consideración las observaciones siguientes, con carácter previo a la formulación de la sugerencia que concluye esta nuestra comunicación.

El Tribunal Central de Trabajo y el Tribunal Supremo, en jurisprudencia reiterada, vienen declarando la necesidad de computar la retribución correspondiente a las guardias en el abono de las vacaciones y gratificaciones extraordinarias. Así, en la Sentencia de 14 de noviembre de 1984 (Ref. Aranzadi, 8650) el Tribunal Central de Trabajo desestima el recurso de suplicación interpuesto por el INSALUD en base a los considerandos siguientes:

«CONSIDERANDO» Que este Tribunal en sus sentencias de 21 de febrero y 13 de abril de 1984 (R. 1571 y 3569) ha declarado que en la retribución de las vacaciones de los Médicos de la Seguridad Social que realicen habitualmente guardias de presencia, se ha de incluir también el promedio retributivo obtenido por la realización de tales guardias en los

meses inmediatamente anteriores al disfrute de aquéllas, por cuanto que: a) Las horas trabajadas en esas guardias médicas no pueden ser calificadas como horas extraordinarias, sino como tiempo complementario de la jornada normal, tal como se declaró por el Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de mayo de 1982 (R. 3351), y como se desprende de lo que disponen el artículo 164 del Reglamento General para el Régimen, Gobierno y Servicios de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social aprobado por Orden de 7 de julio de 1972 (R. 1351), y el art. 31 del Estatuto Jurídico del Personal Médico de la Seguridad Social reformado por el Decreto de 28 de octubre de 1977 (R. 2578), en la Orden de 7 de diciembre de igual año (R. 2586); b) Por consiguiente, las cantidades abonadas para compensación del tiempo invertido en esas guardias, han de ser calificadas como honorarios, en el amplio sentido en que este término es empleado por el art. 44 del citado Estatuto de Personal, el cual se refiere de modo específico a la retribución de vacaciones, por lo que se han de reputar comprendidas aquellas cantidades en el concepto retributivo a que este precepto se refiere; c) Y aunque es cierto que al personal médico de la Seguridad Social no le son de aplicación las normas propias del Derecho de Trabajo, dado lo que establece el art. 1.3.a) del Estatuto de los Trabajadores (R. 1980, 607), no es menos cierto que, a falta de disposiciones específicas sobre la materia, ha de servir de criterio orientativo lo que disponga al respecto la normativa laboral; y así observamos que la solución que se desprende de lo expuesto en los apartados anteriores, se corrobora por el art. 7 del Convenio número 132 de la O.I.T., ratificado por España por instrumento de 16 de julio de 1974 (R. 1356), que expresa que la retribución propia de las vacaciones ha de ser equivalente a la remuneración normal o media percibida por el interesado en los meses anteriores a su disfrute.»

«CONSIDERANDO: Que el art. 35.1 del Estatuto Jurídico del Personal Médico de la Seguridad Social, aprobado por Decreto de 23 de diciembre de 1966 (R. 2396), dispone que: «El personal sanitario asistencial de la Seguridad Social percibirá dos gratificaciones anuales con motivo del 18 de julio y Navidad, que serán iguales a la remuneración media mensual de las devengadas en los seis meses anteriores a los de julio y diciembre de cada año. A estos efectos, no se computarán las cantidades percibidas por los conceptos definidos en los apartados 1.4 y 1.5 del art. 30.» Y de lo que expresa este precepto se deduce que el importe o montante de esas gratificaciones extraordinarias comprende y engloba el promedio de las cantidades que se hayan abonado al interesado por el concepto de guardias médicas en los seis meses antedichos; esto es así por las siguientes razones:

1) Este art. 35.1 habla, de modo genérico, de «remuneración», y este vocablo acoge, sin duda alguna, a las sumas que se hacen efectivas en pago de las guardias médicas realizadas, ya que estas sumas son, obviamente, remuneraciones; 2) Además el tiempo invertido en esas guardias no tiene la consideración jurídica de horas extraordinarias, sino de tiempo complementario de la jornada normal, y por ende los devengos obtenidos por tal causa no pueden ser calificados como importe o precio de horas extras, sino que forman parte de las remuneraciones generales de los médicos de la Seguridad Social, máxime cuando éstos, generalmente, vienen obligados a realizar tales guardias si lo exige la Dirección de la Institución

Sanitaria, y cuando la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1982 ha declarado que estas guardias médicas «no son algo fuera de orden o regla natural.., sino factor integrante del fin y funcionalidad de las Instituciones Sanitarias»...

Por otra parte, y más específicamente limitado al tema del cómputo de la retribución-guardias para el abono de las retribuciones, se ha pronunciado reiteradamente, asimismo, el Tribunal Central de Trabajo en múltiples ocasiones, tal como acreditan, entre otras, las referencias 7436, 7647, 7852, 7928, 8230, 8334, 8650, 9053, 9337 y 9430, todas ellas de 1984.

Por todo ello, esta institución constitucional, a la vista del Derecho positivo y jurisprudencial de aplicación, y habida cuenta de que no se ha dictado real decreto alguno que modifique los decretos enumerados en la constante doctrina del Tribunal Central de Trabajo, sugiere a V.I. tenga a bien valorar la procedencia de que:

— Se atiendan las reclamaciones formuladas al respecto por el personal médico, evitando el esfuerzo que para el mismo supone la iniciación de la vía judicial y la sobrecarga a los tribunales sociales con asuntos cuya cuestión de fondo ha sido ya resuelta por éstos reiterada y uniformemente.

— Se proceda a desistir de todo recurso de casación y suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de la Salud contra sentencias de las Magistraturas de Trabajo sobre la problemática objeto de la presente sugerencia.

— Se ajuste la política retributiva del Instituto Nacional de la Salud al criterio jurisprudencial referido, en tanto en cuanto no se modifiquen por

disposición normativa de rango igual o superior de las vigentes las obligaciones del INSALUD en materia retributiva de gratificaciones extraordinarias y vacaciones.

Madrid, 1 de octubre de 1986.

**Recomendación dirigida al Director General del Instituto Nacional de la Salud.**

**Recomendación 35/1986, de 6 de octubre, sobre indemnización a los funcionarios de Administración Local, jubilados anticipadamente por la Ley 30/1984, de 2 de agosto.**

*(BOCG. Congreso, Serie E, núm. 34, pág. 945-946)*

Desde primeros de año, se han recibido en esta institución un elevado número de quejas de funcionarios de Administración Local jubilados actuando en el ejercicio del derecho que les reconoce el artículo 54 de la Constitución, y los artículos 1, 9 y 15 de la Ley Orgánica reguladora de la Institución del Defensor del Pueblo, solicitando se eleve al Ministerio de Administración Territorial sugerencia en el sentido de que los funcionarios de Administración Local jubilados anticipadamente por mandato de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, sean indemnizados económicamente, al igual que lo son los funcionarios civiles y militares de la Administración del Estado, con una cantidad igual al importe de cuatro mensualidades de sueldo, base y grado.

Los reclamantes argumentan en su escrito de queja que solucionado este problema para los funcionarios civiles y militares del Estado jubilados, o en vías de jubilación (que sí han percibido la indemnización señalada) no se ha habilitado para los funcionarios de Administración Local, el marco legal que permita una idéntica indemnización, por lo que nace para ellos una violación del artículo 14 de la Constitución Española.

Como V.E. conoce, el artículo 28 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos, faculta a esta institución para sugerir al Órgano Legislativo competente o a la Administración Pública, la modificación de aquellas normas que en su aplicación provoquen situaciones injustas o perjudiciales para los administrados. Situación que como podrá deducir de las consideraciones que siguen, se da para los funcionarios de Administración Local.

Por ello, y al amparo de las facultades conferidas a esta institución por el artículo 28.2 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que se rige, se formula a V.E. la siguiente sugerencia:

## ANTECEDENTES

1) Con motivo de la publicación y entrada en vigor de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, sobre medidas para la reforma de la Función Pública, comparecieron en esta institución diversos colectivos o asociaciones de funcionarios públicos, así como más de tres mil quejas individuales, de diferentes cuerpos y escalas de funcionarios, que, en el uso del derecho reconocido por el artículo 54 de la Constitución Española, y los artículos 1, 9 y 15 de la Ley Orgánica reguladora de esta institución, solicitaban se interpusiera recurso de inconstitucionalidad contra la expresada norma legal, en ejercicio, por parte del Defensor del Pueblo, de la legitimación que le atribuye el artículo 32.1.b) de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos, alegando presuntas violaciones de la Constitución.

Entre dichas presuntas violaciones, los reclamantes señalaban la producida por el artículo 33 de la Ley 30/84, de medidas para la reforma de la Función Pública, que declara la jubilación forzosa de todos los funcionarios a la edad de sesenta y cinco años, sin compensación económica alguna, lo que entrañaba, según los reclamantes, la infracción de varios preceptos de la Constitución, especialmente del artículo 9.3 ya que afectaba a los principios de seguridad jurídica y de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales, y al principio de igualdad y no discriminación garantizado por el artículo 14, al haberse otorgado a otros ciudadanos, incluso funcionarios, en supuestos de jubilación forzosa, compensaciones de carácter económico; y violación del artículo 33.3 de nuestra Norma Fundamental, desde el momento en que la carencia de compensación económica indemnización implica una expropiación sin indemnización, lo que está expresamente prohibido por este artículo.

La Junta de Coordinación y régimen interior, después de un detenido estudio de las referidas quejas, acordó no interponer recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública y sí remitir una recomendación a las Cortes Generales, que adjuntamos a V.E. y que fue parcialmente aceptada por el Gobierno.

## SITUACION ACTUAL

La citada recomendación a las Cortes Generales tuvo acogida parcialmente, al recogerse en la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 50/1984, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el ejercicio económico de 1985, que el personal de la Administración Civil y Militar del Estado que se jubile forzosamente antes del transcurso de cinco años desde la entrada en vigor de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, y que como consecuencia de esta Ley vea reducida su edad de jubilación forzosa en seis o más meses, tendrá derecho a la percepción, por una sola vez y en concepto de ayuda a la nueva situación, de una cantidad igual al importe de cuatro mensualidades del sueldo base y el grado de carrera administrativa correspondiente a cada caso individual a 31 de diciembre de 1984.

De otra parte, el Real Decreto 306/1985, de 20 de febrero, dictado en desarrollo de las normas presupuestas de clases pasivas, recogió en su artículo segundo lo ordenado por la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 50/1984, de 30 de diciembre, ya comentada, desarrollándola y concretando la forma en que se reconocería y hacía efectiva la percepción de las cuatro mensualidades del sueldo base y el grado, en concepto de ayuda a la adaptación de las economías individuales a la situación causada por la jubilación anticipada. Limitando también la ayuda, como era de obligado cumplimiento, a los funcionarios de la Administración Civil y Militar del Estado jubilados anticipadamente por imperativo de la Ley 30/1984, de 2 de agosto.

A consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 30/84, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, se produjo, por tanto, un perjuicio no sólo para los funcionarios de la Administración Civil del Estado, sino para los funcionarios de Administración Local, para los que esta disposición es de obligado cumplimiento. Desde la entrada en vigor de este texto legal, si bien para el personal de la Administración Civil y Militar del Estado, se han adoptado medidas que han solventado el referido problema, para los funcionarios de Administración Local la solución ha sido parcial, a través de la Orden de 7 de marzo de 1986, del Ministerio de Administración Territorial que, en su artículo 23.3 dispone:

«El personal funcionario, en servicio activo y asegurado a la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local que se jubila forzosamente antes del transcurso de cinco años desde la entrada en vigor de

la Ley 30/1984, de 2 de agosto, y que, como consecuencia de esta Ley vea reducida su edad de jubilación forzosa en seis o más meses, tendrá derecho a la percepción, por una sola vez y en concepto de ayuda a la adaptación de las economías individuales a la nueva situación, de una cantidad igual al importe de dos mensualidades del sueldo base y el grado de carrera administrativa correspondiente a cada caso individual a 31 de diciembre de 1984.»

Tal y como señala la citada disposición, el perjuicio causado está motivado por la entrada en vigor de la Ley 30/1984, de 2 de agosto y, por ello, entendemos que la solución adoptada para el personal de la Administración Civil y Militar del Estado, debe acoger también a los funcionarios de Administración Local, perjudicados de igual forma por una necesaria reforma de toda la Administración Pública que incluye, por tanto a la Administración Local. Debe, por tanto, velar el Estado, para que sus propias resoluciones no generen una situación de desigualdad entre los distintos cuerpos de funcionarios al servicio de las administraciones públicas.

Por cuanto antecede y al amparo de las facultades conferidas a esta Institución por el artículo 28.2 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, remitimos a V.E. la siguiente sugerencia:

Habilitar el marco legal necesario que permita una igualación al régimen de indemnización por jubilación forzosa anticipada de los funcionarios civiles del Estado establecida en la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 30/1984, de 3 de agosto, para los funcionarios de Administración Local.

Las anteriores consideraciones, que, por imperativo de nuestra Ley Orgánica, se elevan a la consideración de V.E. bajo la forma de sugerencia, se corresponde con el deseo de esta institución de colaborar con la Administración Pública y con sus máximos responsables, en la irrenunciable tarea de racionalizar, modernizar y, en su caso, adecuar el marco normativo a la Constitución, en aras de evitar la existencia de discriminaciones injustas taxativamente prohibidas por nuestra Norma Fundamental.

Madrid, 6 de octubre de 1986.

**Recomendación dirigida al Ministro para las Administraciones Públicas.**

**Recomendación 36/1986, de 8 de octubre, sobre incumplimiento normativo en reserva de suelo para equipamientos sociales en urbanización de viviendas de protección oficial.**

*(BOCG. Congreso, Serie E, núm. 34, pág. 1111)*

En fecha 16 de abril de 1986, remitimos a V.E. el siguiente escrito:

«Acusamos recibo de su escrito, de fecha 11 de marzo del año en curso, en el que se emite informe relacionado con la queja n.º 12.514/85, formulada ante esta Institución por don F. R. N.

Examinado el contenido del mismo y, en particular, del proyecto de acuerdo suscrito entre el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria y el Gobierno de Canarias para la actualización del diseño urbanístico del sector en que se encuentra la Urbanización «Feria del Atlántico», deducimos que se ha iniciado una revisión o modificación de la ordenación urbanística vigente en la zona.

En tal supuesto, y a la vista del contenido del acuerdo que nos remite y, en concreto, de la cláusula 6.<sup>a</sup> del mismo, rogamos una ampliación de su informe en el sentido de aclararnos si es cierta la alegación efectuada por el formulante de la queja de que se van a construir 400 viviendas más de las previstas en el actual Plan Parcial que afecta al sector, quedando afectado, como consecuencia del incremento del volumen aplicable, el uso urbanístico de zonas destinadas a equipamientos comunitarios y espacios libres.

En cualquier caso, hemos de manifestarle que los planes y normas urbanísticas son obligatorios tanto para la Administración como para los administrados en tanto no se produzca la aprobación definitiva de su revisión o modificación, existiendo, en este último supuesto, dos limitaciones fundamentales en relación a las modificaciones tendentes a incrementar el volumen aplicable o a variar el uso urbanístico de zonas verdes y espacios libres. La primera de ellas radica en la necesidad de

compensar el aumento de volumen con la previsión de mayores espacios libres, de forma que la densidad de población se mantenga inalterada (art. 94 de la Ley del Suelo). La segunda limitación hace referencia a un serie de requisitos formales, entre los que es destacable el dictamen del Consejo de Estado, exigidos por la Ley para la efectividad de la modificación.

En todo caso, el proceso de revisión o modificación iniciado puede exigir legalmente la suspensión de licencias como medida cautelar que evite situaciones irreversibles.»

Hasta el momento presente, transcurridos seis meses desde la petición del indicado informe, no se ha procedido a la preceptiva emisión del mismo, vulnerándose, por ello, el deber de colaboración que los poderes públicos han de prestar al Defensor del Pueblo y, en concreto, el plazo máximo que, al respecto, establece el art. 18 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos.

Por ello, le rogamos, de nuevo, que curse las instrucciones pertinentes para que nos sea enviado sin demora dicho informe, con el fin de que ejerzamos la función tutelar del derecho fundamental a que la reclamación se refiere, como es el que consagra el art. 47, en relación con el art. 103, de nuestro texto constitucional.

Finalmente, y respecto a lo establecido en el apartado sexto del Acuerdo entre el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria y esa Consejería, efectuamos a V.E., haciendo uso de la facultad que otorga al Defensor del Pueblo el art. 30 de su Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, la recomendación de que se paralicen o no se inicien las obras de edificación de 784 viviendas previstas en las supermanzanas 3, 5 y 6 de la urbanización «Feria del Atlántico», en tanto no exista absoluta seguridad de que se respetarán en el planeamiento las reservas del suelo para los equipamientos sociales exigidos por el Anexo del Reglamento de Planeamiento de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio.

Madrid, 8 de octubre de 1986.

**Recomendación dirigida al Consejero de Política Territorial del Gobierno de Canarias.**

**Recomendación 37/1986, de 13 de octubre, sobre supresión de la obligación de presentar declaración del IRPF, por los pensionistas con cónyuge a cargo.**

*(BOCG. Congreso, Serie E, núm. 34, pág. 1055-1 056)*

Mediante comunicación de 24 de junio de 1986, de la que se acompaña una copia, dirigida al Instituto Nacional de la Seguridad Social, se ponía de relieve la diversa problemática observada en la tramitación de numerosas quejas coincidentes todas ellas en el hecho de que a los reclamantes se les había suprimido de sus pensiones el complemento de mínimos por cónyuge a cargo, por no haber presentado en plazo ante dicha Entidad Gestora, la correspondiente declaración de su situación familiar, aún cuando en todos los supuestos cumplían los requisitos exigibles para su percepción.

En dicha comunicación se solicitaba informe sobre las siguientes cuestiones:

1.<sup>a</sup> Fundamento legal del tratamiento dado por las sucesivas circulares del Instituto Nacional de la Seguridad Social, al incumplimiento por parte de los pensionistas de la obligación de presentar cada año una declaración de su situación familiar.

2.<sup>a</sup> Medidas adoptadas por dicho Instituto, para garantizar que las comunicaciones dirigidas a los interesados requiriéndoles la presentación de la declaración de su situación familiar, hubieran sido recibidas efectivamente por sus destinatarios.

3.<sup>a</sup> Justificación de la carga impuesta a los pensionistas, en orden a la presentación de una declaración de su situación familiar cada año, incluso en el supuesto de no haberse producido modificación alguna, respecto de la ya conocida por la Entidad Gestora, a efectos de acreditar la concurrencia de

los requisitos exigibles para el reconocimiento del complemento de mínimos por cónyuge a cargo.

Dicho informe fue evacuado mediante escrito de 14 de agosto de 1986, una copia del cual se acompaña asimismo a la presente comunicación, sometiendo su contenido a la consideración de V.E. por entender que en el mismo no quedan desvirtuadas las alegaciones contenidas en nuestro escrito de tramitación de la queja de 24 de junio de 1986.

Por todo ello, y sin perjuicio de solicitar de V.E. la remisión de un informe sobre los extremos planteados en su día al Instituto Nacional de la Seguridad Social, en orden a la posible resolución favorable de las quejas puntuales que han sido oportunamente tramitadas, esta institución, considerando que el cumplimiento riguroso de la normativa en vigor provoca de hecho situaciones injustas y perjudiciales para los administrados, al amparo de lo dispuesto en el artículo 28.2 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos:

Sugiere a V.E. que en los sucesivos Reales Decretos de revalorización de pensiones de la Seguridad Social, se suprima la obligación de presentar una declaración de sus circunstancias por parte de los pensionistas con cónyuge a cargo, especialmente en aquellos supuestos en los que tales circunstancias no han sufrido variación alguna, respecto de las ya conocidas por la Entidad Gestora.

Madrid, 13 de octubre de 1986.

**Recomendación dirigida al Ministro de Trabajo y Seguridad Social.**

**Recomendación 38/1986, de 16 de octubre, sobre modificación de criterios de reintegro de prestaciones indebidas cuando el perceptor hubiere fallecido.**

*(BOCG. Congreso, Serie E, núm. 34, pág. 1066-1 067)*

Es de referencia el escrito de V.I., n.º 2298, de fecha 26-03-86, Rfa. Expte. 3657/6/85, en el que nos remite informe relativo a la queja formulada ante esta Institución por doña J.R.V.

Damos por conforme el contenido de dicho escrito excepto en lo relativo al criterio seguido en orden al reintegro de prestaciones indebidamente percibidas, cuando la persona que haya contraído la deuda, hubiere fallecido.

En efecto, tal y como manifestábamos en nuestra anterior comunicación de 28 de noviembre de 1985, el criterio por el cual el reintegro de dichas prestaciones corresponde a los beneficiarios del causante que hubieren contraído la deuda, puede considerarse contrario a lo dispuesto en el art. 22 de la Ley General de la Seguridad Social que dispone que las prestaciones de la Seguridad Social no podrán ser objeto de retención, compensación o descuento, salvo en los dos supuestos tasados entre los que no se incluye el que aquí estamos tratando.

En consecuencia, esta institución al amparo de lo dispuesto en el art. 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos, sugiere a V.I. la modificación del criterio seguido para el reintegro de las prestaciones indebidas, cuando el perceptor de las mismas hubiere fallecido, acomodándolo a las prescripciones de los arts. 22 y 56 de la Ley General de la Seguridad Social.

Madrid, 16 de octubre de 1986.

**Recomendación dirigida al Director General del Instituto Nacional de la Seguridad Social.**

**Recomendación 39/1986, de 30 de octubre, sobre modificación del Oficio-Circular 3/1985, de 8 de enero, sobre pensiones del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez.**

*(BOCG. Congreso, Serie E, núm. 34, pág. 1065-1066)*

En su día compareció ante esta institución doña M.D.G.G., con domicilio en Santa Cruz de Tenerife, formulando queja que quedó registrada con el número arriba expresado.

Sustancialmente exponía que la Magistratura de Trabajo de Santa Cruz de Tenerife, por medio de Sentencia de 31 de julio de 1985, reconoció el derecho de la reclamante a percibir la correspondiente prestación de invalidez, con efectos desde el 28 de noviembre de 1981.

Dicha Sentencia fue recurrida por esa Entidad Gestora ante el Tribunal Central de Trabajo.

Al procederse al cálculo y al abono de la pensión reconocida y en cumplimiento de lo previsto en el art. 180 de la Ley de Procedimiento Laboral, se ha fijado en 167 ptas. la prestación correspondiente al primer pago (desde el 26-5-1985 al 31-10-1985) y se ha fijado el importe de la pensión a abonar en tanto recaiga Sentencia del Tribunal Central de Trabajo en 1.000 pts. mensuales, conforme a resolución dictada en fecha 11 de noviembre de 1985, por la Dirección Provincial de esa Entidad Gestora en Santa Cruz de Tenerife, no tomándose en consideración, por tanto, las revalorizaciones y mejoras experimentadas, en el importe de los mínimos de pensión establecidos.

Admitida la queja a trámite, fue solicitado el preceptivo informe de V.I. mediante escrito de esta Institución n.º 15.033, de 2-6-1986, el cual fue remitido por esa Entidad Gestora por medio de escrito n.º 5.689, de 1-9-1985 (Ref. 16686-86).

A la vista del citado informe y considerando que el Oficio-Circular n.º 3/1985, de 8 de enero, de esa Entidad Gestora efectúa una distinción entre aquellas Sentencias en las que en el fallo se indica expresamente que la prestación ha de abonarse con las oportunas revalorizaciones y aquellas otras en las que no se formula declaración expresa de tal circunstancia, siguiendo el criterio, en el primer caso, de abonar el importe que corresponde, incluidas las revalorizaciones pertinentes y, en el segundo, la de abonar la prestación exclusivamente por el importe que en la misma se indique.

Considerando que el reconocimiento del derecho a una prestación determinada conlleva, como consecuencia necesaria que ha de seguir a dicho reconocimiento, la de aplicar a la prestación reconocida las revalorizaciones y mejoras que se hubieran previsto o se prevean en el futuro para dicha prestación.

Considerando que, por ende, resulta inevitable entender que cuando en el fallo de una Sentencia se reconoce el derecho a una determinada prestación, sin expresión de la cuantía concreta de la misma, dicho fallo se refiere al importe en que en aquel momento se encuentre establecida la prestación correspondiente, e incluye las revalorizaciones y mejoras que se produzcan en el futuro, con una única salvedad de la posible aplicación de las normas sobre concurrencia de pensiones.

Considerando que la interpretación contenida en el Oficio-Circular 3/1985, de 8 de enero, lleva a una distinción entre prestaciones con revalorización y prestaciones sin revalorización, que no encuentra su fundamento en ninguna norma de ordenamiento jurídico.

Considerando que por parte de esa Entidad Gestora se están dictando a diario resoluciones en las que se reconoce el derecho a una prestación, calculándose su cuantía inicial conforme a los importes que corresponden en el momento de la fecha de efectos económicos de la misma, incluidas revalorizaciones pertinentes, y sin que expresamente se señale que a la pensión reconocida se le aplicarán asimismo las sucesivas que procedan, sin duda por entender que el reconocimiento del derecho a la prestación tiene como consecuencia necesaria, que se deriva de dicho acto, la aplicación de dichas revalorizaciones.

Considerando que no resulta congruente exigir que los Organos jurisdiccionales pongan un mayor celo en sus sentencias que el que esa Entidad Gestora pone en sus resoluciones, interpretando que si no se hace referencia expresa a las revalorizaciones que procedan en el correspondiente falo, el reconocimiento del derecho a la prestación no incluye las revalorizaciones procedentes.

Considerando que el artículo 180 de la Ley de Procedimiento Laboral no autoriza a efectuar la distinción que se realiza en el Oficio-Circular 3/85, de 8 de enero.

Considerando que no existe norma alguna en las disposiciones sobre revalorización de pensiones que autorice a excluir de la aplicación de aquellas los supuestos comprendidos en el artículo 180 de la Ley de Procedimiento Laboral, de modo que, una vez reconocido el derecho a una prestación, le son de aplicación las normas contenidas en dichas disposiciones.

Considerando, como consecuencia de todo ello, que la aplicación en sus propios términos de un falo judicial en el que se reconoce el derecho a una determinada prestación implica abonar la prestación por el importe que en el mismo se indique o, de no indicarse, por el que corresponda en la fecha de efectivos económicos fijada en la Sentencia o, en el supuesto previsto en el artículo 180 de la Ley de Procedimiento Laboral, en la fecha de la Sentencia, incluidas las revalorizaciones pertinentes, así como las que procedan en lo sucesivo hasta que el Tribunal Superior se pronuncie.

Considerando que son evidentes los perjuicios que acarrea a los administrados el criterio interpretativo de carácter restrictivo, recogido en el Oficio-Circular 3/1985, de 8 de enero, de esa Entidad Gestora, el cual no se encuentra sustentado, por otro lado, en ninguna norma del ordenamiento jurídico.

Esta institución, en uso de las facultades que le confiere el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, ha acordado remitir a V.I. la siguiente recomendación:

1.º Que, por parte de esa Entidad Gestora se proceda a modificar el Oficio Circular n.º 3/1985, de 8 de enero, suprimiendo la distinción que efectúan los apartados 1 y 2 del mismo, y a adoptar un nuevo criterio,

conforme al cual, en los casos previstos en el artículo 180 de la Ley de Procedimiento Laboral, se proceda a abonar la prestación reconocida en la Sentencia recurrida por el importe que corresponda, incluidas las revalorizaciones pertinentes, y aplicando asimismo las sucesivas que procedan hasta que se produzca la Sentencia del Tribunal Superior, aun cuando en la Sentencia impugnada no se formule declaración expresa con respecto a revalorizaciones.

2.º Que, conforme a la Sentencia dictada por la Magistratura de Trabajo de Santa Cruz de Tenerife, de fecha 31 de julio de 1985, se proceda a abonar a doña M. D. G. G., con efectos desde el 26-9-1985 y hasta que se dicte Sentencia por el Tribunal Central de Trabajo, la pensión de invalidez del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI) en el importe fijado para la misma en el artículo 5.º del Real Decreto 43/1985, de 9 de enero (20.400 pts. mensuales), aplicando a dicho importe la revalorización establecida en el artículo 5.º del Real Decreto 42/1986, de 10 de enero y las que procedan en el futuro conforme a las normas sobre revalorización de pensiones que se dicten, con regularización de las cantidades percibidas hasta el momento.

Madrid, 30 de octubre de 1986.

**Recomendación dirigida al Director General del Instituto Nacional de la Seguridad Social.**

**Recomendación 40/1986, de 31 de octubre, sobre modificación del criterio de edad para dirimir empates en pruebas selectivas de acceso a la Función Pública.**

*(BOCG. Congreso, Serie E, núm. 34, pág. 800-801)*

Se han recibido diversas quejas (especialmente en el ámbito de los Servicios Postales y de Telecomunicación), de personas que participaron en pruebas selectivas las cuales, a igualdad de puntuación, no obtuvieron la plaza que sí obtuvieron otros participantes por el mero hecho de tener mayor edad que aquéllos.

Dado que las quejas iniciales se referían a participantes en pruebas de acceso a Cuerpos de los Servicios Postales y de Telecomunicación, dirigimos un escrito al Director General de Correos y Telégrafos manifestándole nuestra disconformidad con que el criterio de la mayor edad pueda ser empleado para dirimir en caso de empate a quién corresponde la plaza. Ello en base a las siguientes razones y con el siguiente contenido:

«En primer lugar, no puede dejar de considerarse un tanto ilógico el criterio de la edad como sinónimo de experiencia, cuando la misma no juega papel alguno en el puesto de trabajo, en el que más bien habría de considerarse que aquélla es un factor negativo, ya que las tareas de ayudante postal no son otras que las de colaborar normalmente en el movimiento, clasificación y reparto de la correspondencia, labores éstas de gran contenido manual y corporal, en donde, con un criterio lógico, habría que estimar que la juventud es un dato favorable para el mejor desempeño de tales funciones.

Ahora bien, sin entrar en la valoración de la edad como criterio objetivo, si consideramos que aquélla, utilizada como criterio seleccionador, es contraria al principio constitucional recogido en el artículo 103.3 de nuestro Texto Constitucional, en el que se fija como únicos principios para el acceso a la función pública los de mérito y capacidad, principios éstos que han sido recogidos con carácter único y exclusivo en disposiciones posteriores y

complementarias reguladoras de situaciones de selección de personal, que iremos examinando a continuación.

Así, el Consejo de Ministros, en su reunión del 27 de febrero de 1983, aprobó un Acuerdo en relación con la selección de personal, a efectos de contratación en el sector público, que fue publicado en el B.O.E. de 12 de septiembre de 1983, como anexo a la resolución de 5 de septiembre de igual año, en el que textualmente se indica que «en ningún caso podrán tomarse en consideración, en los referidos procesos de selección, preferencias o privilegios que tengan su base en la edad, el sexo, la relación familiar ni cualquier otra circunstancia que implique vulneración de los principios de mérito y capacidad.»

Por su parte, la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, al desarrollar en el Capítulo 4.º las normas que han de objetivar la selección de personal en las distintas administraciones públicas, establece en su artículo 19 que aquéllas, para la selección del personal necesario, ya sea funcionario o laboral, habrán de garantizar, en todo caso, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad.

En desarrollo de la mencionada Ley, se dictó el Real Decreto 2.223/1984, de 19 de diciembre, aprobando el Reglamento General de Ingreso del personal al servicio de la Administración del Estado, en el que nuevamente se vuelve a recoger, dentro del Título de normas generales y en el artículo 3.º, el principio anteriormente señalado de que «todos los procedimientos de selección y acceso de personal funcionario o laboral, se realizarán mediante convocatoria pública y a través de los sistemas de concurso, oposición o concurso-oposición libre, en los que se garanticen, en todo caso, los principios de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad» y ello a pesar de que en el artículo 31 del mencionado Real Decreto y al hablar del personal no permanente, permita que se posibilite un criterio de selección de máxima agilidad en razón a la urgencia requerida para cubrir determinados puestos de trabajo antes que lo sean de forma definitiva por funcionarios de carrera.

Por todo ello, el Defensor del Pueblo, en el ejercicio de las responsabilidades que le confieren el artículo 54 de la Constitución y el artículo 30, de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que se rige esta

institución, y con fundamento en los preceptos invocados muy especialmente en el artículo 9.1 del Texto Constitucional.

Recuerda a V.I. el deber legal que alcanza a todos los órganos de todas las administraciones, de actuar con sometimiento a la Ley en general y, en el caso concreto, a los principios invocados, reguladores de los trámites de selección de personal al servicio de la Administración, de forma tal que garanticen y no vulneren los principios anteriormente señalados y recogidos en la Constitución, de mérito y capacidad, como únicos a tener en cuenta en tales procedimientos selectivos.»

La respuesta recibida en su momento a este escrito, además de algunas consideraciones respecto al caso concreto que lo había originado, fue la siguiente:

«Esta Dirección General estima que en el proceso selectivo cuestionado se observaron los principios constitucionales y reglamentarios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad y si bien es cierto que los casos de empate en las puntuaciones obtenidas se han resultado a favor del concursante de más edad, lo ha sido en atención a las razones:

a) El procedimiento es norma habitual en el acceso a los Cuerpos de la Administración Civil del Estado. A título de ejemplo se acompañan fotocopia de las convocatorias para ingreso:

— Cuerpo General Auxiliar de la Administración del Estado y Auxiliar de la Seguridad Social (B.O.E. núm. 58 de 8-3-85).

— Cuerpo de Auxiliares Postales y de Telecomunicación Escala de Oficiales (B.O.E. núm. 98 de 24-4-85).

—Cuerpo de Auxiliares Postales y de Telecomunicación Escala de Clasificación y Reparto (B.O.E. núm. 98 de 24-4-85).

b) No es el candidato más joven el más capacitado para el desempeño del trabajo que los Ayudantes Postales y de Telecomunicación tienen a su cargo por razón del esfuerzo físico que éste conlleva, toda vez que tal capacidad es proporcional a las facultades físicas del individuo, que no siempre coinciden con la edad. Precisamente para garantizar dichas facultades es para lo que los aspirantes estaban obligados a aportar una certificación expedida al

efecto por la Dirección Provincial de Sanidad y Consumo u Organismo correspondiente a la Comunidad Autónoma o bien someterse a un reconocimiento médico de los Servicios de Medicina y Seguridad e Higiene del trabajo en esta Dirección General.

c) La necesidad de agilizar el procedimiento así lo aconsejaba para no dilatarlo con cualquier otra prueba de capacitación complementaria.»

Ajuicio de esta institución, la respuesta recibida no justifica en absoluto la utilización del criterio de la edad para dirimir empates ni desvirtúa los argumentos esgrimidos en su contra. Por ello, y dado que el discutido criterio continúa utilizándose (por ejemplo en la Resolución de esa Secretaría de Estado de 17 de marzo de 1986, relativa a las pruebas de acceso para los Cuerpos General Auxiliar de la Administración Civil del Estado y Auxiliar de la Administración de la Seguridad Social) es por lo que nos dirigimos a V.E. —en su condición de Secretario de Estado para la Administración Pública, en lo que se refiere a aquellas pruebas selectivas cuya convocatoria le corresponde y en su condición de Presidente de la Comisión Superior de Personal en los demás casos— reproduciéndole el recordatorio de deberes legales antes transcrito y sugiriéndole que se adopten las medidas oportunas para que cese tal situación.

Madrid, 31 de octubre de 1986.

**Recomendación dirigida al Secretario de Estado para la Administración Pública.**

**Recomendación 41/1986, de 3 de noviembre, sobre implantación de período de descanso por adopción.**

*(BOCG. Congreso, Serie E, núm. 34, pág. 1058-1 059)*

Se ha formulado queja ante esta institución, en la que sustancialmente se expone que, habiéndose adoptado a una niña menor de edad abandonada, se solicitó de la correspondiente Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social la prestación de incapacidad laboral transitoria por maternidad, denegándose la misma por la citada Dirección Provincial del I.N.S.S., en base a que dicha prestación va dirigida a proteger la maternidad natural o biológica y no la adoptiva.

Tras un detenido análisis de los fundamentos en que se basa la queja de referencia, así como de la legislación aplicable, esta institución estima que el criterio seguido en la resolución denegatoria es correcto, de forma que el bien jurídicamente protegido a través de la regulación vigente de la situación de incapacidad laboral transitoria es el embarazo, el parto y el puerperio y, como consecuencia, la situación fisiológica en que se encuentra la mujer con ocasión de tales eventos. Esta es, de otra parte, la interpretación a que llega el Tribunal Central de Trabajo en su Sentencia de 10 de febrero de 1983 (A. 1103), al analizar un supuesto similar al expuesto en la queja de referencia.

No obstante lo anterior, no puede desconocerse que el cuidado del hijo y la recíproca adaptación de éste y sus padres es un bien digno de protegerse jurídicamente, y de modo que el ordenamiento debe contemplar su protección a través de los mecanismos que resulten adecuados a la consecución de tal finalidad, entre los que han de figurar las correspondientes prestaciones sociales, todo ello con fundamento en el artículo 39 de nuestro texto constitucional.

Ahora bien, parece aconsejable sustentar que la maternidad (o paternidad) adoptiva debe ser objeto de protección a través de unos mecanismos específicos, en lugar de aplicarse las normas relativas a la situación de incapacidad laboral transitoria.

En efecto, las normas protectoras de la maternidad (biológica o natural) benefician única y exclusivamente a la mujer, sin que tal circunstancia represente una vulneración del principio de no discriminación por razón de sexo, como expresamente señalan tanto la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 4.2), como la Directiva 79/7, de 19 de diciembre de 1978, de la C.E.E., sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social (art. 4.2.).

Por el contrario, no existe razón alguna para que, en los casos de adopción, la protección quede referida de modo exclusivo a la mujer, sino que cualquier medida que no otorgase igualdad de derechos a varones y a mujeres en estos casos implicaría una vulneración del principio de interdicción de la discriminación por razón de sexo, proclamado en el artículo 14 de la Constitución.

Por consiguiente, atendida la dificultad que representaría la aplicación de unas normas, como son las relativas a la incapacidad laboral transitoria por maternidad (natural), que tienen su fundamento en la protección del embarazo y el parto, a la paternidad adoptiva, por obvias razones que resulta ocioso explicar, no parece posible ni aconsejable la equiparación pura y simple sin matización alguna, de la maternidad biológica o natural y la maternidad-paternidad adoptiva, ya que, siendo común a ambas situaciones la necesidad de proteger el bien constituido por el cuidado de los hijos y la recíproca adaptación de estos y sus padres, por el contrario en la paternidad-maternidad adoptiva carece de objetivo la protección de un embarazo y un parto inexistente.

Por todo ello, resulta aconsejable que la solución venga dada por la implantación de medidas situadas en la línea de las denominadas «licencias parentales», dejando a la opción de los padres si es el varón o la mujer quien debe disfrutar del período que se establezca para el cuidado del hijo y beneficiarse de la percepción de la correspondiente prestación social o, en su caso, si el citado período se reparte entre ambos cónyuges.

Consideraciones similares a las expuestas movieron, sin duda, al Gobierno de la Nación a prever en el denominado «Documento Base para la reforma de la Seguridad Social», presentado a la Comisión Tripartita del Acuerdo Económico y Social (A.E.S.), la implantación de un período de descanso subsidiado en los casos de adopción plena de un menor de cinco años.

De otra parte, se da la circunstancia de que, en el ámbito de la regulación funcional, se viene aplicando en la actualidad a los casos de adopción la licencia retribuida prevista en el Decreto 1949/1967, de 20 de julio, con lo que se produce una situación de práctica desigualdad entre los adoptantes sometidos al ámbito de la normativa que afecta a los funcionarios públicos y los adoptantes incluidos en el ámbito de la legislación laboral, al no poder estos últimos acogerse al subsidio de incapacidad laboral transitoria por maternidad.

Si bien esta circunstancia no puede tacharse de discriminatoria desde el punto de vista jurídico, esta desigualdad que afecta a personas regidas por regímenes jurídicos distintos (funcional y laboral) aconseja, en el criterio de esta Institución, que se implante la previsión contenida en el «Documento Base para la reforma de la Seguridad Social», a la que antes se ha hecho mención, en evitación de situaciones injustas para los ciudadanos.

En mérito a lo expuesto, y en uso de las facultades conferidas por el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, esta Institución tiene el honor de remitir a V.E. la siguiente recomendación: Que por parte del Ministerio que V.E. dignamente regenta se proceda a elaborar el correspondiente proyecto normativo para implantar el período de descanso subsidiado en los casos de adopción, a que hace referencia el «Documento Base para la reforma de la Seguridad Social para la Comisión Tripartita del Acuerdo Económico y Social (A.E.S.)», elevando seguidamente el mismo, si así procediera por el rango de la disposición, al Gobierno de la Nación para su aprobación o, en su caso, para su remisión a las Cortes Generales.

Madrid, 3 de noviembre de 1986.

**Recomendación dirigida al Ministro de Trabajo y Seguridad Social.**

**Recomendación 42/1986, de 20 de noviembre, sobre derecho a pensión de viudedad en los casos de separación de hecho.**

*(BOCG. Congreso, Serie E, núm. 34, pág. 1069-1070)*

En su día compareció ante esta institución doña E.R.G., con domicilio en Toledo, formulando queja, que quedó registrada con el número arriba expresado.

Sustancialmente exponía que, al fallecimiento de su esposo, acaecido en el año 1985, formuló solicitud de pensión de viudedad ante la Dirección Provincial de esa entidad gestora en Toledo, siéndole denegada la prestación, en base a no existir convivencia con el causante.

Admitida la queja a trámite, fue solicitado el preceptivo informe de esa entidad gestora, el cual fue remitido a esta Institución por medio de escrito n.º 6414, de 17-10-86(Ref. 2077/6/86).

Con posterioridad a la recepción de dicho informe, se ha recibido en esta Institución carta de la reclamante, en la que se señala que ha interpuesto demanda ante la Magistratura de Trabajo.

En consecuencia, y en virtud de lo establecido por el artículo 17.2 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, procedemos a suspender las actuaciones seguidas en el caso concreto expuesto por la reclamante.

No obstante, el citado artículo 17.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, señala que dicha suspensión no impedirá la actuación del Defensor del Pueblo en relación a los problemas generales planteados en la queja correspondiente.

En consecuencia, a la vista del informe emitido por esa entidad gestora, y Considerando que como se reconoce en la Circular 30/1986, de 18 de

septiembre, resulta posible otra interpretación de lo dispuesto en la Norma Tercera de la Disposición Adicional 10.a de la Ley 30/1981, de 7 de julio.

Considerando que en la Norma Tercera de la citada Disposición Adicional Décima únicamente se hace referencia a la separación, sin especificar que dicha separación debe constreñirse a la judicial, de lo que resulta que tanto la voluntad del legislador, como la voluntad de la Ley es aludir a cualquier clase de separación (judicial, convenida o de hecho).

Considerando que tal circunstancia se evidencia desde el momento en que en la Norma Primera de la misma Disposición Adicional Décima se alude expresamente a la «separación judicial», mientras que la Norma Tercera únicamente se refiere a la «separación», sin especificar que ésta ha de ser judicial, de modo que si el legislador hubiera querido únicamente contemplar en esta última Norma la separación judicial, lo hubiera señalado expresamente, como efectivamente lo hace en la Norma Primera.

Considerando que la correcta interpretación del precepto ha de partir necesariamente de esta circunstancia, de modo que la referencia a «las causas» que hubieran determinado la separación no es un elemento que impida interpretar que aquella únicamente se refiere a la judicial, llegando así a un resultado no querido ni por el legislador ni por la Norma, debiéndose entender que la expresión «causas» hace referencia a clases o especies, y no a las razones o motivos legales que fundamentaron la resolución judicial sobre la separación.

Considerando que a esta interpretación coadyuva no sólo el principio «ubi lex non distinguit», sino también el análisis conjunto de la Norma Tercera de la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, ya que el núcleo del precepto está constituido por dos elementos básicos: «la subordinación del derecho a la pensión al requisito de la previa existencia de un vínculo matrimonial y la determinación del «quantum» de la prestación en función del tiempo de convivencia, de modo que «las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio» es un elemento accesorio, como paladinamente pone de manifiesto la propia Norma al contener la expresión «con independencia de...».

Considerando que, por tanto, desde una óptica teleológica, subordinar el derecho a la pensión a la existencia de una separación judicial significa no sólo ir más allá de la voluntad del legislador y de la ley, confrontando

precisamente con la letra y el espíritu de la norma, sino también adoptar una óptica excesivamente formalista, transformando un elemento puramente accesorio, como es la clase de separación, en un elemento esencial, que condiciona el derecho o no a la prestación, llegando por esta vía a un resultado que es ajeno a la finalidad del precepto.

Considerando, en este sentido, que si la convivencia es uno de los elementos básicos de la regulación que efectúa la Norma Tercera de la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, al condicionar al tiempo convivido el «quantum» de la prestación, restringir la separación a la judicial equivale, además, a actuar en contra de dicho elemento, puesto que supone otorgar un mejor tratamiento a quien consolida la situación de no convivencia a través de una decisión judicial que a quien no ha consolidado esa situación a través de un procedimiento judicial.

Considerando que, en idéntica dirección, habiéndose consolidado la ruptura de la convivencia por medio de una decisión judicial, esta circunstancia hace más difícil la reanudación de la vida conyugal que en los casos en que no se ha acudido a la vía judicial, de modo que el criterio restrictivo adoptado en la Circular 30/1986, de 18 de septiembre, pugna con el mandato contenido en el artículo 39 de la Constitución, al compeler a los poderes públicos a asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, el cual, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 53.3 del texto constitucional ha de informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.

Considerando que ello se evidencia desde el momento en que, para obtener la correspondiente protección social, se obliga a los cónyuges a consolidar judicialmente una situación de ruptura familiar, incluso hipotéticamente en contra de su voluntad, agravando de esa forma la ruptura producida y haciendo más dificultosa la posible reanudación de la vida en común.

Considerando que siendo los dos elementos básicos de la regulación contenida en la Norma Tercera de la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, los de existencia de vínculo matrimonial y de un tiempo de convivencia, la introducción, por la inadecuada vía de una Circular, de la necesidad de que la separación sea judicial, además de no estar amparada por la norma legal que interpreta, implica la configuración de una diferenciación cuando menos difícilmente compatible con el

principio de igualdad ante la ley, proclamado por el artículo 14 de la Constitución, al efectuar una distinción entre personas que se encuentran en la misma situación (existencia previa de vínculo matrimonial y de convivencia, y separación posterior), en función de la clase de separación (judicial, convenida o de hecho), sin que el elemento tomado en consideración para efectuar la distinción alcance, atendida la letra, el espíritu y la finalidad del precepto legal, una justificación razonable, al ser la clase de separación un elemento meramente accesorio que en nada modifica la identidad de la situación en la que, a los efectos previstos en la Norma Tercera de la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, se encuentran las personas que están, respectivamente, en las situaciones de separación de hecho, de separación convenida y de separación judicial.

Considerando que el artículo 9.2 de la Constitución garantiza el principio de legalidad y el artículo 103 determina que la Administración debe actuar con sometimiento pleno a la ley y al derecho.

Considerando que el Tribunal Central de Trabajo ha sentado el criterio de que la separación contemplada en la Norma Tercera de la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, no solamente es la judicial, sino también la convenida y la de hecho, pudiéndose citar, en este sentido, las Sentencias de 18 de enero y de 3 de marzo de 1986.

Considerando que, conforme a la última Sentencia, en la que, según se expresa en la misma, se sigue una reiterada línea resolutive en el mismo sentido, «la propia dicción de la referida Disposición Adicional 10.<sup>a</sup> en su Norma Tercera in fine habla de que el derecho a pensión que se consagra en la misma se concederá, en su caso, «con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio», lo cual significa, en un mismo entendimiento expresional, que, en sede de separación, ha sido el género de ésta el acoplado y no la especie cualificada de la denominada «separación judicial»... y por ello también han de admitirse a estos efectos las otras especies de separación, es decir, la «de hecho» y la convenida voluntariamente por los interesados cuando sean cualificadas o estén debida y notoriamente acreditadas».

Considerando que, conforme a un constante criterio de esta institución, resulta aconsejable eliminar las divergencias existentes entre los criterios seguidos en vía administrativa y los sustentados en vía jurisdiccional

laboral, con el fin, por un lado, de evitar las consiguientes molestias inútiles a los ciudadanos, obligándoles a seguir un procedimiento judicial para ver reconocido su derecho en casos en que el criterio de los Tribunales está plasmado en una línea doctrinal arraigada, y, de otro, coadyuvar a un más ágil funcionamiento de la Administración de Justicia y, por ende, de la totalidad del Estado, evitando recargar inútilmente a los Tribunales de Justicia.

En mérito a lo expuesto, esta institución, en uso de las atribuciones que le confiere el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, ha acordado remitir a V.I. la siguiente recomendación: Que se proceda a la modificación del criterio contenido en la Circular 30/1986, de 18 de septiembre, en el sentido de interpretar que la Norma Tercera de la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, contempla no sólo el supuesto de separación judicial, sino también cualquier otra clase de separación (convenida o de hecho), sin la limitación de cinco años a que se refiere el apartado d) de la instrucción primera de la citada Circular.

Madrid, 20 de noviembre de 1986.

**Recomendación dirigida al Director General del Instituto Nacional de la Seguridad Social.**

**Recomendación 43/1986, de 25 de noviembre, sobre aplicación del inciso segundo del artículo 108 de la Ley General de la Seguridad Social, de 30 de mayo de 1974, referente a prestaciones especiales.**

*(BOCG. Congreso, Serie E, núm. 34, pág. 1006-1 007)*

Agradecemos sinceramente el escrito de V.I. de fecha 15 de octubre del año en curso, en relación con la queja presentada por don A.J.A.F., en el que se expresa que la bomba de infusión de insulina solicitada por el Sr. A. es una prestación especial recogida en el inciso 2.º del Art. 108 de la vigente Ley General de Seguridad Social y las cuales no se facilitan por el Centro Directivo de Sevilla.

En relación con ello, deseamos hacer a V.I. unas consideraciones previas para seguidamente dirigirle la correspondiente sugerencia al amparo de lo que se prevé en el art. 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos.

1.º En efecto, la Seguridad Social ha de facilitar «en todo caso» las prótesis quirúrgicas fijas y las ortopédicas permanentes o temporales así como su oportuna renovación y los vehículos de inválidos, cuya invalidez lo aconseje. Y en cambio las prestaciones especiales a que se refiere en su segundo inciso el art. 108 de la Ley General de Seguridad Social son discrecionalmente prestadas en cuanto sólo pueden ser objeto de «ayudas económicas para su adquisición en los casos y según los baremos que reglamentariamente se establezcan.»

2.º Este criterio fue regulado históricamente por el INP y luego INSALUD por medio de circulares con ayudas que según los casos (por ejemplo en la Circular de 3 de enero de 1976) llegaban a 10.000 ptas.

3.º Desde que la RASSA asumió las competencias de gestión de las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social en Andalucía no se ha

contemplado la posibilidad de, al menos en supuestos de hecho de extrema necesidad, como son parados o pensionistas de bajísimas prestaciones especiales del art. 108 de la mencionada Ley. Y las mismas, como reconoce en la respuesta oficial, son normas vigentes, en las que la denegación sistemática de las solicitudes equivaldría la no aplicación práctica de la norma.

En consecuencia, sugerimos a V.I. la modificación de los criterios seguidos hasta ahora en la aplicación del segundo inciso del art. 108 de la Ley General de la Seguridad Social (Texto R. de 30 de mayo d 974) y se desarrollen las previsiones correspondientes que permitan, al menos a colectivos necesitados y de conformidad con las circunstancias sanitarias económicas y sociales, de cada caso, acceder a las prestaciones calificadas en el texto de especiales.

Madrid, 25 de noviembre de 1986.

**Recomendación dirigida al Director Gerente de la Red de Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social en Andalucía.**

**Recomendación 44/1986, de 28 de noviembre, sobre concepto de centro de trabajo a efectos de elecciones sindicales del personal laboral dependiente de la administración pública.**

*(BOCG. Congreso, Serie E, núm. 34, pág. 974 -9 76)*

Hemos recibido su escrito del pasado 10 de noviembre registrado con el número 14883 el 17 del mismo mes en el Registro General de esta institución, correspondiente al nuestro de 27 de octubre de 1986, por el que admitíamos a trámite, iniciando la oportuna investigación, la queja Al T 10.727/86, formulada ante el Defensor del Pueblo por el Presidente del Comité General de Trabajadores del Ministerio de Defensa.

Esta Institución agradece a V.E. la contestación remitida y el anuncio de la pronta remisión del informe a que hace referencia, pero, no obstante, teniendo en cuenta la urgencia de la cuestión suscitada en la queja planteada y tramitada ante V.I., así como que de demorarse las oportunas actuaciones correctoras, pudiera consolidarse la aplicación generalizada de un criterio interpretativo contrario a la legalidad vigente y posiblemente limitativo de los derechos de representación del personal afectado, se ha acordado remitir a V.I., así como al Excmo. Sr. Director General del Gabinete Técnico del Ministro de Defensa la presente recomendación de carácter urgente sin perjuicio de la que definitivamente proceda formular cuando sean recibidos los informes de referencia.

1. El epígrafe XVI. A) 1 y 2 del Acuerdo Marco para el Personal Laboral de la Administración del Estado, sus Organismos Autónomos y de la Seguridad Social, publicado en el Boletín Oficial del Estado el 7 de febrero de 1986, expone lo siguiente:

«1. El Comité de Empresa es el órgano representativo y colegiado del conjunto de los trabajadores de la Empresa o Centro de trabajo para la

defensa de sus intereses, constituyéndose en cada Centro de trabajo cuyo censo sea de 50 o más trabajadores.

2. A estos efectos podrá entenderse que constituye un único Centro de trabajo la totalidad de los establecimientos dependientes del Departamento u Organismo de que se trate, en el sentido del artículo 1.5 del Estatuto de los Trabajadores, que radiquen en una misma provincia, y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 63.2 de dicho Estatuto.»

Al amparo del párrafo 2 arriba citado, la Comisión de Interpretación, Vigilancia y Estudio del referido Acuerdo Marco dictó, el 24 de septiembre de 1986, el siguiente acuerdo:

«A los efectos de representación directa previstos en el Epígrafe XVI. A).2 del vigente Acuerdo Marco se entiende que constituye un único centro de trabajo la totalidad de Establecimientos dependientes del Departamento u Organismo del que se trate, que radiquen en una misma provincia, siempre que los trabajadores afectados se encuentren incluidos en el ámbito de aplicación de un mismo Convenio Colectivo.»

Así pues, el Acuerdo transcrito introduce un elemento configurador del instituto «centro de trabajo», no solo distinto, y a la vez contrario, al establecido tanto en el Estatuto de los Trabajadores art. 1.5), como en el Real Decreto 1311/1986 (art. 4), sobre normativa electoral, sino también incongruente y sin paralelismo tanto con la estructura de los órganos de representación en la empresa, como con el objetivo y esencia mismos de las elecciones a que alude, que lo son, como es sabido, para constituir los órganos legales de representación unitaria de los trabajadores en los centros de trabajo, de conformidad con el Título II, Capítulo 1.º, Sección 1~a, del Estatuto de los Trabajadores.

A este respecto, el artículo 63.1 L.E.T. determina que:

«1. El Comité de Empresa es el órgano representativo y colegiado del conjunto de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo cuyo censo sea de 50 o más trabajadores.

2. En la empresa que tenga en la misma provincia o municipio limítrofes dos o más centros de trabajo cuyos censos no alcancen los 50 trabajadores, pero que en su conjunto los sumen, se constituirá un Comité de Empresa

conjunto. Cuando unos centros tengan 50 trabajadores y otros de la misma provincia no, en los primeros se constituirán Comités de Empresa propios y con todos los segundos se constituirá otro.»

De todo lo que antecede debe, pues, deducirse que en cada centro de trabajo con 50 o más trabajadores habrá de constituirse un Comité de Empresa por imperativo legal configurador de una norma de derecho necesario.

Definido el centro de trabajo al amparo del artículo 1.5 como una unidad productiva con organización específica o como una unidad técnica de producción, es preciso concluir que en todos los lugares de trabajo que reúnan los requisitos de unidad y organización arriba referidos, habrán de celebrarse elecciones sindicales, habida cuenta de lo establecido en el artículo 63 antes transcrito, y artículo 62 (delegados de personal) del Estatuto de los Trabajadores, a cuyo texto nos remitimos.

La introducción convencional del criterio demarcación provincial como aglutinante de los legalmente existentes para determinar el concepto de centro de trabajo a efectos electorales, puede entenderse como contrario a la legalidad al vulnerar preceptos normativos de derecho necesario establecidos por norma parlamentaria.

La constitución de un centro de trabajo por provincia que propugna la interpretación cuya legalidad se debate, al conceder a la Administración empresario un tratamiento legal distinto del aplicado al empresario privado y carente de justificación objetiva y necesaria (artículo 14 de la Constitución y 17 del Estatuto de los Trabajadores), pudiera implicar una vulneración del principio de igualdad jurídica a que se refieren los preceptos mentados.

Por otra parte, si se impusiese por vía convencional e interpretativa una desigualdad de trato, en lo que a órganos de representación en la empresa concierne, con disminución notable de los órganos representativos en los centros de trabajo dependientes de la Administración Pública, se generaría, asimismo, una desigualdad y un trato desfavorable perjudicial para los trabajadores por cuenta ajena dependientes de la Administración del Estado, Organismos Autónomos y Administración de la Seguridad Social.

Igualmente, conviene ahora hacer referencia a que el presente problema ha sido tratado ya por diversas Magistraturas de Trabajo y, entre ellas, por los números 18 y 4 de las de Madrid.

En ambas sentencias —sentencia número 553, de 6 de noviembre de 1986, dictada en Autos 1.031/86 por la Magistratura de Trabajo número 18 de Madrid y sentencia número 665, de 25 de octubre de 1986, en Autos 909/86, de la Magistratura número 4 de la misma provincia), se sostienen criterios similares a los que han quedado expuestos.

II. Por todo cuanto antecede, el Defensor del Pueblo, en el ejercicio de las responsabilidades que le confieren el artículo 54 de la Constitución y con base a los argumentos jurídicos arriba contemplados y en los artículos 103.1, 14 y 9.3 de la Constitución española y sin perjuicio del pronunciamiento que definitivamente corresponda hacer cuando sea remitido el informe por V.I. anunciado, somete a su recta consideración, dada la urgencia de la cuestión objeto de la queja planteada, la siguiente recomendación:

— Se valore la oportunidad de convocar a la Comisión de interpretación, Vigilancia y Estudio del Acuerdo Marco para el Personal de las Administraciones Públicas, al objeto de que, visto el contenido de la presente recomendación y las decisiones judiciales adoptadas por las Magistraturas de Trabajo, se corrija, adaptándolo a la legalidad, el Acuerdo de 24 de septiembre de 1986.

— Se valore la oportunidad de redactar, en coordinación, si fuere necesario, con los ministerios implicados, las instrucciones necesarias, adoptándose las medidas precisas y convenientes al objeto de que en las elecciones a los órganos de representación en la empresa se respeten estrictamente las disposiciones de derecho necesario contenidas en el Estatuto de los Trabajadores y en sus normas de aplicación y desarrollo.

Madrid, 28 de noviembre de 1986.

**Recomendación dirigida al Ministro de Defensa y al Director General de la Función Pública.**

**Recomendación 45/1986, de 3 de diciembre, sobre normas reguladoras de concesión de anticipos y actualización de salarios del personal de las instituciones sanitarias del INSALUD.**

*(BOCG. Congreso, Serie E, núm. 34, pág. 973)*

Hemos recibido su escrito del pasado 14 de noviembre, al que adjunta informe en relación con la actualización de salarios del personal sanitario y no sanitario de las instituciones sanitarias del INSALUD.

Permítanos, en primer término, al tiempo que agradecemos la remisión del mencionado informe, formular como observación que las normas retributivas por las que se acometía la actualización de salarios, fueron promulgadas iniciado ya el segundo semestre del período anual que la actualización se refería.

Con independencia de que con anterioridad se hubieran dictado las disposiciones oportunas tendentes a la concesión de anticipos a cuenta, resulta evidente concluir que los trabajadores afectados no han recibido la total retribución hasta transcurridos más de siete meses desde la fecha de su devengo, hecho por el cual han tenido que asumir trastornos y perjuicios evidentes al ver mermada su capacidad adquisitiva como consecuencia de la demora en la percepción de los salarios adeudados.

Por todo cuanto antecede, el Defensor del Pueblo, de conformidad con el artículo 54 de la Constitución, y al amparo del artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora de esta institución, viene a recomendar a V.I. tenga a bien considerar la oportunidad de citar las instrucciones pertinentes, necesarias y convenientes al objeto de que tanto las normas reguladoras de la concesión de anticipos, como las definitivas de actualización salarial, se dicten con la prontitud que las circunstancias exigen y, en todo caso, dentro del primer, semestre del año al que el devengo se refiere.

Madrid, 3 de diciembre de 1986.

**Recomendación dirigida al Director General del Instituto Nacional de la Salud.**

**Recomendación 46/1986, de 10 de diciembre, sobre defensa del inculpado en el proceso penal (artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).**

*(BOCG. Congreso, Serie E, núm. 34, págs. 881-883)*

Se han recibido en esta institución dos escritos de V.E. en relación con la queja presentada por don A. F. F., registrada con el número de referencia arriba indicado.

Esta institución desea agradecer a V.E. la remisión de la Circular núm. 8/1978, sobre las reformas introducidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley 53/1978, de 4 de diciembre, así como de dos consultas relativas, una de ellas al derecho de asistencia letrada al detenido durante la incomunicación y, la otra, a ese mismo derecho en relación con la garantía del derecho a la entrevista reservada con el Letrado. El estudio de todo ello ha resultado de gran interés para la Institución que represento.

No obstante, del examen detallado de las mismas se observa que no se hace referencia a la cuestión sobre la que esta institución interesó de esa Fiscalía General en su escrito de fecha 18 de marzo de 1986 su criterio, relativa a los problemas de interpretación que plantea el artículo 18 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con su último párrafo, a cuyo tenor:

«Si no hubiesen designado Procurador o Letrado, se les requerirá para que lo verifiquen o se les nombrará de oficio, si, requeridos, no los nombrasen, cuando la causa llegue a estado en que se necesite el consejo de aquéllos o haya de intentar algún recurso que hiciese indispensable su actuación».

En relación con los problemas de interpretación que plantea dicho precepto, esta institución, en cumplimiento de la misión que constitucionalmente nos está encomendada de velar por el efectivo reconocimiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos, entre los

que el derecho a la defensa se encuentra (artículo 24 C.E.), desea someter a la valoración de V.E. las consideraciones siguientes:

1. El párrafo último del artículo 118 L. E. Cr., antes transcrito, establece el momento a partir del cual el nombramiento de Letrado y Procurador al inculcado se convierte en un derecho irrenunciable y adquiere un carácter preceptivo, de tal manera que si, requerido por el órgano jurisdiccional para su designación, ésta no se efectuara, se le nombrarán de oficio.

El momento en que este derecho adquiere un carácter irrenunciable lo establece la Ley de Enjuiciamiento Criminal «cuando la causa llegue a estado en que se necesite el consejo de aquéllos (Letrado y Procurador) o haya de intentar algún recurso que hiciese indispensable su actuación».

2. Ante la amplitud de los términos utilizados por el legislador, se hace necesario efectuar una previa labor de interpretación para determinar el momento concreto del proceso penal en el que se convierte en preceptivo y obligatorio el nombramiento de Letrado al inculcado para poder realizar el efectivo ejercicio de su derecho fundamental a la defensa.

A juicio de esta institución, esta interpretación debería estar enmarcada en las dos coordenadas siguientes:

De un lado, el espíritu que ha guiado las últimas reformas operadas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con la intervención del imputado en el proceso y, de otro, la configuración de la naturaleza de la cuestión debatida, no como una mera forma o garantía procesal carente de contenido constitucional, sino como una cuestión atinente a derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española.

a) En cuanto a la primera de estas cuestiones, y como es sabido por esa Fiscalía General, hasta la reforma introducida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley 53/78, de 4 de diciembre, que dio nueva redacción al artículo 118, en el proceso penal sólo se permitía la intervención del inculcado en las actuaciones sumariales, ejercitando su derecho de defensa, desde que era sometido a la condición de «procesado».

La Ley 53/78, en la nueva redacción que dio al mencionado artículo 118, reconoció la nueva categoría de «imputado», en relación con toda persona a

quien se atribuya un acto punible, permitiéndole ejercitar su derecho de defensa en su más amplia extensión, actuando en el proceso penal «cualquiera que éste sea, desde que se le comunica su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar, o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho».

Con esta finalidad, continúa señalando el párrafo segundo del citado artículo 118 que «la admisión de denuncias o querellas y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas será puesta inmediatamente en conocimiento de los presuntamente inculcados».

Así pues, dicha Ley, aunque dictada con anterioridad a la Constitución, acomodó el proceso penal, en sus fases sumarial e intermedia, a los principios constitucionales, reconocidos en el artículo 24: el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e interés legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión; el derecho a la defensa y a la asistencia de Letrado; el derecho a ser informado de la acusación formulada, y el derecho a ser sometido a un proceso público con todas las garantías.

Puede, por tanto, afirmarse que mediante la citada reforma se colocó a las partes en el proceso penal en situación de equiparación y de contradicción, evitando así la preponderancia de las partes acusadoras que, en la legislación anterior, agravaba la posición de los inculcados.

Así, en palabras de la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 64/1986 de 21 de abril, Fundamento Jurídico Segundo, dictada en el recurso de amparo 452/1985, «tras las últimas modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Sumario ha perdido una gran parte del carácter inquisitivo que en la fase anterior de nuestro derecho procesal tenía y se ha convertido en una preparación del juicio del que no está ausente la contradicción y las garantías procesales».

Esta misma interpretación se recoge en la Circular núm. 8/78 de esa Fiscalía General al entender que la reforma introducida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley 53/78, supuso «la aproximación de nuestro proceso penal al sistema acusatorio puro mediante la implantación de un equilibrio de facultades entre las partes —acusadora y acusada— desde los momentos iniciales de la instrucción».

b) No puede tampoco olvidarse, como antes se decía, que la materia objeto del presente análisis, no constituye una simple cuestión de formalidades procesales carente de contenido constitucional, sino que supone un auténtico desarrollo y configuración por el legislador ordinario de derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, como son el derecho a la defensa y a la asistencia letrada en el proceso, el derecho a un proceso con todas las garantías, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, y, en definitiva, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva con absoluta interdicción de la indefensión. Derechos éstos que, reconocidos en el artículo 24 de C . E., y sin perjuicio de su extensión a todo tipo de procesos, encuentran su marco más idóneo de aplicación en el proceso penal.

En consecuencia, toda interpretación que de esta materia se efectúe, dada su naturaleza, debe serlo en el sentido más favorable al pleno ejercicio de los derechos fundamentales afectados, por ser éste el criterio que debe presidir la interpretación de las normas que afectan a los derechos fundamentales que la Constitución reconoce, según ha declarado reiteradamente el Tribunal Constitucional.

3. Establecidos así los márgenes que deben presidir la interpretación del párrafo último del artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ésta no puede ser otra, a juicio de esta institución, que la de que el momento a partir del cual se convierte en preceptivo y obligatorio el nombramiento de Letrado al inculcado, debiera ser, cuando menos, medida cautelar y, fundamentalmente, la de la prisión provisional, debiendo permanecer en la dirección técnico-procesal del inculcado el Letrado de oficio así designado, a partir de ese momento, hasta la terminación del proceso penal en relación con el mismo.

4. Esta interpretación sería, a nuestro juicio, la más favorable al pleno ejercicio de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva con interdicción de la indefensión, y a la defensa en el proceso penal.

Sólo si al inculcado se le nombra, preceptivamente y con carácter irrenunciable Letrado y Procurador desde que se adopta en relación con el mismo una medida cautelar, puede aquél ejercitar su legítimo derecho al recurso contra dicha medida y con él, obtener una efectiva tutela judicial de sus derechos e intereses legítimos (artículo 24.1 C.E.).

Unicamente, si este nombramiento permanece a partir de ese momento hasta la terminación del proceso en relación con el encausado, puede éste ejercer realmente en la causa que contra él se sigue, su derecho constitucional a la defensa de forma continuada, participando activamente en la investigación judicial que en su actuación penal se centra, utilizando los medios de prueba pertinentes para su defensa durante la instrucción, y evitando así situaciones de auténtica indefensión.

5. Si, por el contrario, se interpretara el último párrafo del artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como en el caso concreto objeto de la presente queja, en el sentido de que el momento a partir del cual es obligatorio e irrenunciable la designación de Letrado es el «auto de conclusión del sumario», no sólo se privaría al inculcado, del derecho de recurrir contra los autos en los que se acuerde alguna medida cautelar a él atinente —y entre ellas de la prisión preventiva— y el auto de procesamiento, sino que se desarrollaría una completa investigación sumarial a sus espaldas, sin proveerle de los medios legalmente necesarios para poder participar activamente y de forma permanente en ella, a pesar de la importancia de la misma, que ha podido determinar su ingreso en prisión durante los plazos previstos en los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El derecho a la defensa no sólo adquiere relevancia en la fase de plenario — como parece desprenderse de la interpretación estricta que acaba de ser expuesta— por ser sólo la actividad probatoria que se desarrolla en el juicio oral la única que puede ser tenida en cuenta por el juzgador en la sentencia. No puede olvidarse la importancia que reviste la actividad de investigación que se desarrolla durante la instrucción y su real incidencia en relación con el desarrollo posterior de la fase de plenario.

Puede, en conclusión, afirmarse que con la interpretación estricta del artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que ha motivado el presente escrito, a juicio de esta Institución, quedan en gran manera dañados el derecho fundamental a la defensa del inculcado durante la instrucción, al no poder ofrecer la realización de pruebas durante la misma y con ello, su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

6. Por último, a juicio de esta Institución, la asistencia letrada prevista en el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal configura como derecho irrenunciable no sólo del detenido, sino también del preso, no es

suficiente para constituir el íntegro contenido del derecho fundamental del inculpado a la defensa en el proceso, tal y como antes fue interpretado, debiendo ser este precepto completado con la interpretación amplia del artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal propuesta por esta Institución.

Efectivamente, la asistencia letrada prevista en el artículo 520, sólo permitiría, por lo que aquí interesa, la designación preceptiva e irrenunciable de letrado de oficio —si no se designa ninguno por el preso—, para asistir a diligencias judiciales concretas de declaración o a reconocimientos concretos de identidad.

Esta sola intervención no llega a colmar el real contenido del derecho a la defensa del inculpado en el proceso, de forma que le permita intervenir activamente y de forma continuada en su desarrollo.

De otra parte, no puede olvidarse que la sola aplicación del artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal determinaría el nombramiento sucesivo de diversos Letrados de oficio, durante el transcurso de los plazos de prisión provisional, en el caso de que el preso tuviera que prestar ante el juez varias declaraciones o ser objeto de varios reconocimientos de identidad, rompiéndose así la permanencia en la asistencia letrada que el efectivo cumplimiento del derecho fundamental a la defensa exige.

Por todo cuanto antecede, esta institución constitucional, en cumplimiento de la misión que le asigna el artículo 54 de la Constitución Española ha valorado la conveniencia de someter a V.E. las consideraciones que anteceden, así como solicitar de esa Fiscalía General informe si existe criterio unificado en la actuación del Ministerio Fiscal en orden al momento concreto del proceso penal en que se convierte en preceptivo y obligatorio el nombramiento de letrado al inculpado aunque éste no lo solicite.

En caso de que no existiese dicho criterio unificado de interpretación, esta institución agradecería a V.E. informase a la misma de cuáles son los criterios que al respecto están siendo adoptados en la práctica en los órganos de la Jurisdicción penal.

Madrid, 19 de diciembre de 1986.

**Recomendación dirigida al Fiscal General del Estado.**

**Recomendación 47/1986, de 10 de diciembre, sobre aplicación de los artículos 8.1 y 9.1 del Código Penal (enfermos mentales).**

*(BOCG. Congreso, Serie E, núm. 34, pág. 883-885)*

Se ha recibido en esta institución informe de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias en relación con la queja presentada por doña F.G.V. y registrada con el número de referencia arriba indicado.

En dicho informe la Dirección General de Instituciones Penitenciarias nos da traslado de las normas que regulan actualmente las actividades que desarrolla la administración penitenciaria en materia de internamientos de las personas afectadas por los arts. 8.1 y 9.1 del Código Penal, así como, el régimen económico de dichos internamientos, tal y como fue solicitado por esta institución mediante escrito de 18 de junio de 1986.

Estudiadas con detenimiento estas normas —Real Decreto de 1 de septiembre de 1897 y Decreto de 6 de febrero de 1928—, en relación con la Constitución y la vigente legislación penal y penitenciaria, esta institución somete a V.E. las consideraciones siguientes:

1. La vigente Ley Orgánica General Penitenciaria y su Reglamento regulan pormenorizadamente la asistencia psiquiátrica a los detenidos, presos preventivos o penados que la requiriesen durante su estancia en un establecimiento penitenciario ordinario. En consecuencia, los preceptos del Real Decreto de 1897 y del Decreto de 1928 que hacen referencia a esta materia deben entenderse derogados.

No se hace, sin embargo, mención ni en la Ley ni en el Reglamento Penitenciario a la medida de internamiento prevista en los arts. 8.1 y 9.1 del Código Penal, para la cual, ante esta falta de previsión, habría que acudir a las normas reglamentarias antes citadas de 1897 y 1928, como complementadoras de lo actualmente dispuesto en el Código Penal.

2. Ahora bien, dichos decretos, al ser dictados durante la vigencia del Código Penal de 1870 y responder a su redacción, adolecen de importantes lagunas y no se adecuan, ni en su lenguaje ni en su contenido, a la letra ni al espíritu que ha guiado las últimas reformas de la legislación penal post-constitucional en materia de enfermos mentales que realizan actos antijurídicos.

3. Efectivamente, la redacción del Código Penal de 1870 admitía exclusivamente la eximente completa de enajenación mental. Ni la letra de aquel Código ni la interpretación jurisprudencial dada al mismo durante su período de vigencia, permitían que la enajenación mental fuese considerada como eximente incompleta.

Por ello, los decretos de 1897 y 1928 no contienen, ni podían lógicamente contener, referencia alguna a los enajenados mentales con responsabilidad criminal atenuada al amparo del vigente art. 9.1 del Código Penal, los cuales, después de la reforma operada en dicho texto legal por la Ley Orgánica 8/83, de 25 de julio, pueden, como V.E. conoce, ser objeto de la medida de internamiento en centro adecuado y de las demás medidas alternativas previstas en el art. 8.1, según la redacción que le fue, igualmente, dada a este último precepto por la citada Ley Orgánica.

4. De igual manera, el Código Penal de 1870, en redacción que se mantuvo hasta la reforma de 1932, al establecer la forma de aplicación de esta medida de seguridad postdelictual, determinaba que el internamiento era preceptivo cuando el delito cometido era «grave». Si el delito era «menos grave», decía aquel Código Penal que «el Tribunal, según las circunstancias del hecho, practicará lo dispuesto en el párrafo anterior (decretar el internamiento), o entregará al imbécil o loco a su familia, si ésta diese suficiente fianza de custodia» (art. 8.1 párrafo tercero).

Es por ello, por lo que el contenido del Real Decreto de 1897 responde en su integridad a la clasificación que pudiera desprenderse de la redacción que estos preceptos tenían en el citado Código Penal de 1870, que en nada se parece a la vigente en la que se establecen otros supuestos y diferentes medidas.

Y así, como V.E. conoce, en la actual redacción del Código Penal la aplicación de las diversas medidas que en él se contienen en su art. 8.1 no depende de la gravedad del delito cometido, sino del criterio del Tribunal en

función de los correspondientes partes facultativos, criterio este, sin duda, más adecuado a las exigencias del moderno Penal basado en el principio de culpabilidad y respetuoso con el principio de individualización de las consecuencias del delito.

5. No puede tampoco olvidarse que el lenguaje utilizado en estas normas se encuentra desde hace tiempo superado, hablándose en nuestras normas penales —ya desde el Código Penal de 1932— de «enajenación», «trastorno mental transitorio» y «Establecimiento Psiquiátrico», y no de «loco», «demente», «imbécil» o «manicomio», expresiones estas no utilizadas actualmente por la ciencia psiquiátrica y penal.

6. En cuanto al criterio existente en relación con el cumplimiento de la medida de internamiento en establecimientos psiquiátricos penitenciarios o extrapenitenciarios, el Real Decreto de 1987 en sus arts. 1 a 5, al adecuarse en su redacción al Código Penal en función del cual fue dictado y que antes fue expuesta, es, en la actualidad, insuficiente e inadecuada, pues parte, como hemos visto, de clasificaciones y conceptos que no existen o son incompletas en relación con el vigente Código Penal.

Por otra parte, tampoco puede ser de aplicación el criterio que, en función de la peligrosidad del enfermo mental, establecía el Reglamento de los Servicios de Prisiones en su art. 23.<sup>a</sup>, redactado según el Decreto de 22 de diciembre de 1967, por haber sido expresamente derogado por la Disposición Derogatoria del Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, por el que se aprueba el vigente Reglamento Penitenciario. Además, el Reglamento de los Servicios de Prisioneros tampoco contemplaba la medida de internamiento en los casos de responsabilidad criminal atenuada por ser ésta una novedad introducida en el vigente Código Penal por la Ley Orgánica 8/83.

En consecuencia, nada se dice en la vigente legislación penitenciaria en cuanto a los criterios que determinan el cumplimiento de la medida de internamiento prevista en los arts. 8.1 y 9.1 del Código Penal en los Centros Psiquiátricos penitenciarios o extrapenitenciarios.

Hasta ahora, como hemos visto, este criterio era exclusivamente el de la peligrosidad del enfermo. Pero en la actualidad, y a juicio de esta Institución, no puede olvidarse que las medidas previstas en el art. 8.1 del Código Penal ya no tienen el carácter represivo basado en la peligrosidad

del enfermo mental que ha inspirado nuestra legislación penal y penitenciaria hasta la reforma de 1983.

Esta reforma, al permitir al Tribunal sentenciador, tanto en los casos de eximente completa como incompleta, cuando lo estime procedente a la vista de los informes facultativos, adoptar la medida de internamiento u otras no privativas de libertad, ha acentuado la finalidad curativa de estas medidas sobre la aflictiva y defensiva que caracterizaba a esta materia antes de dicha reforma.

En la actualidad, al estar derogadas las normas que establecían el criterio a seguir sobre el centro de cumplimiento de la medida de internamiento, son los tribunales los que, interpretando el art. 8.1 del Código Penal, determinan si el lugar de internamiento debe ser penitenciario o extrapenitenciario.

Dadas las características, actualmente bien diferenciadas, del régimen que se aplica en estos dos tipos de centros, a juicio de esta institución, la elección de uno u otro debería, en todo caso, basarse en cuál es el centro más adecuado para que el enfermo reciba el correspondiente tratamiento tendente a su curación.

De ello debe seguirse que la configuración y el régimen de ambos tipos de centros debe estar presidida, en estos casos, por esta finalidad curativa a la que debería, por tanto, adecuarse la actividad que la Administración desarrolle al respecto.

De otra parte, en ambos casos, deberían ser de aplicación las medidas que la Ley Orgánica General Penitenciaria prevé para proteger los derechos de los internos, como es la intervención del Juez de Vigilancia, medidas que, dada la actual redacción de la Ley Orgánica General Penitenciaria, no se extienden a los internados en centros psiquiátricos extrapenitenciarios.

7. Llegados a este punto, no puede olvidarse que la verdadera eficacia de la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 8/83, cuya finalidad no era otra que permitir al Tribunal elegir entre diversas medidas la más adecuada para las necesidades del enfermo, sólo puede llevarse a efecto si son realmente cumplidas dos condiciones esenciales:

— De un lado, un control periódico, continuado y obligatorio por parte de los Tribunales de Justicia que adoptan la medida de internamiento. En

este sentido, esta Institución en sus informes a las Cortes Generales ha venido insistiendo en la necesidad de que en el Código Penal se recoja expresamente un plazo máximo en el que los tribunales deben recabar la correspondiente información facultativa.

— De otro, una completa red de servicios asistenciales, sociales y sanitarios que permitan, efectivamente, llevar a cabo el tratamiento ambulatorio, en el caso de que esta medida sea la judicialmente adoptada. Ello exige una estrecha colaboración entre la administración penitenciaria y sanitaria que debería ser impulsada.

8. Por lo que hace referencia al régimen económico de los internamientos que se efectúan al amparo de los arts. 8.1 y 9.1 del Código Penal, del informe elaborado por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias parece desprenderse que, en el caso de que el enfermo mental se encuentre en un hospital psiquiátrico penitenciario ni él, ni los obligados civilmente a prestarle alimentos deben satisfacer cuota alguna.

Sin embargo, cuando esta misma medida de internamiento se cumple en un centro psiquiátrico no penitenciario o es trasladado al mismo un interno que padece un trastorno psiquiátrico, el Decreto de 1928 permite repercutir en los obligados civilmente a satisfacer alimentos al enfermo, los gastos que genera su estancia y tratamiento, situación que persiste en la actualidad al no estar aún cubiertos por la Seguridad Social los gastos que genera el internamiento psiquiátrico (Disposición Transitoria Quinta de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad).

A la luz del principio de igualdad reconocido en el art. 14 de la C.E. tal y como ha sido reiteradamente interpretado por la jurisprudencia constitucional, no parece apreciarse razón objetiva alguna que justifique este régimen económico diferenciado en relación, no sólo con los demás internos privados de libertad, sino incluso con aquellos que se encuentran en los hospitales penitenciarios o en los establecimientos psiquiátricos penitenciarios.

9. De las consideraciones que acaban de ser expuestas se desprende que las normas que se utilizan en desarrollo de los arts. 8.1 y 9.1 del Código Penal (Real Decreto de 1897 y Decreto de 1928) son preconstitucionales y no se adecuan a la actual redacción de estos preceptos en el vigente Código Penal.

La situación de inseguridad jurídica que ello crea, es tanto más grave cuanto se trata de una materia en la que deben regir como postulados fundamentales los principios constitucionales de seguridad jurídica (art. 9.3 C.E.) y de legalidad en la ejecución de la pena, por constituir este último uno de los grandes avances del Derecho penal moderno al que la Constitución, en su art. 25.2, ha pretendido aproximarse.

Por todo cuanto antecede, esta institución constitucional, en cumplimiento de la misión que le asigna el art. 54 C.E. y al amparo del art. 30.1 de su Ley Orgánica reguladora, sugiere a V.E. valore la necesidad de:

1.º Elaborar una nueva normativa en materia de cumplimiento de la medida de internamiento prevista en los arts. 8.1 y 9.1 del Código Penal que contemple todos los supuestos que la vigente ley penal prevé, respete la finalidad curativa de dichas medidas cualquiera que sea el carácter, penitenciario o extrapenitenciario, del centro en el que se cumpla la medida de internamiento y otorgue, en ambos casos, las medidas de protección de los derechos de los internos previstas en la vigente legislación penitenciaria.

2.º Realizar las correspondientes actividades de colaboración con la administración sanitaria para que pueda ser efectivamente aplicada la medida de tratamiento ambulatorio prevista en el art. 8.1 del Código Penal.

3.º Establecer la gratuidad de los internamientos que, al amparo de los arts. 8.1o 9.1 del Código Penal, se lleven a efecto, por ser procedente, en hospitales psiquiátricos extrapenitenciarios, desapareciendo así la diferencia del régimen económico actualmente aplicable a estos internamientos que en nada se adecua al principio constitucional de igualdad.

Madrid, 10 de diciembre de 1986.

**Recomendación dirigida al Ministro de Justicia.**

**Recomendación 48/1986, de 23 de diciembre, sobre cómputo y abono de horas extraordinarias nocturnas, al personal auxiliar de clínica de la Seguridad Social.**

*(BOCG. Congreso, Serie E, núm. 34, pág. 972-9 73)*

Hemos recibido su escrito de fecha 4 de abril de 1986, en relación con el nuestro de 20 de febrero del mismo año, por el que admitíamos a trámite, iniciando la oportuna investigación, la queja AI.T/11.093/85, formulada ante esta Institución por don F.G.P.

El informe del Subdirector General de Personal, que se adjunta a su escrito, viene a entender que la expresión «35 horas en cómputo bimensual de 70», ha de entenderse como 35 horas en cómputo de 70 cada medio mes, considerando, en base a ello, como extraordinarias, solamente aquellas horas nocturnas que dentro del mismo mes superen las 70 horas de turno ordinario.

Analizadas las alegaciones formuladas por los promoventes, la documentación que obra en expediente y el contenido de los escritos de ese Organismo, el Defensor del Pueblo somete a su consideración las observaciones siguientes, con carácter previo a la formulación de la sugerencia que concluye esta nuestra comunicación.

La Magistratura de Trabajo n.º 2 de las de Gijón, en la sentencia 506, Autos 1880/85, dictada el 20 de julio de 1985, sobre conflicto colectivo iniciado, entre otros, por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, falla que «resolviendo el conflicto a que se hace referencia en los antecedentes, debo declarar el derecho de los trabajadores afectados por el mismo a percibir como extraordinarias las horas realizadas por encima de la duración reglamentaria del turno nocturno ordinario (35 horas en cómputo bimensual de 70), y ello sin el plus de nocturnidad requerido a las mismas, por lo que, en caso de abono de tales pluses, procederá una parcial compensación».

Es evidente que el término «bimensual» a que se refiere el Magistrado de Trabajo en su fallo, debe ser sustituido, por exigencias de una interpretación integral de la pretensión de las partes y de los Considerandos de la sentencia, así como por el juego de los argumentos que a continuación se transcriben, por el bimestral, es decir, en período de dos meses.

1. Porque en el Resultando 1.º de la sentencia referida se expone que el presente conflicto colectivo versa «sobre el pretendido derecho de los afectados a percibir como horas extraordinarias el importe de las que realicen por encima de las 35 al mes, o 70 en cómputo bimensual» (es decir, semestral).

2. La referida sentencia fue confirmada por la de 7 de octubre de 1985, dictada por la Sala V del Tribunal Central de Trabajo, en cuyo Fundamento de Derecho 2.º se dispone que «el recurso debe ser desestimado, ya que el pronunciamiento de instancia se ajusta a lo que previenen las ordenes de 27 de diciembre de 1983, que modifican los respectivos artículos 50 y 57, así como la de 7 de junio de 1983, respecto del Estatuto de Personal Auxiliar Sanitario y Auxiliar de Clínica, pues en ambos textos, en sus apartados número 4 se dice, con la expresión literalmente coincidente, que la jornada extraordinaria arranca de la terminación de la ordinaria»...

3. Por su parte, el Acuerdo del INSALUD con las Centrales Sindicales firmantes, sobre retribuciones para el ejercicio de 1983 y otras condiciones de contrato, dispone en el epígrafe 3.º que «la jornada nocturna para todo el personal no facultativo sin distinción de sexo ni categoría, será, a partir del 1 de mayo de 1983, de 35 horas en el cómputo bimensual de 70 horas. En noches alternas, con jornadas de 10 horas y plus de nocturnidad del 20% sobre el salario global de la hora nocturna trabajada; estableciéndose en el párrafo 3.º que «concretamente, la jornada nocturna bimensual pactada se entiende en semana de tres noches de 10 horas un mes y cuatro noches de 10 horas al mes siguiente».

Debe entenderse, pues, que al estar constituida la jornada nocturna bimensual (léase semestral) por el trabajo de tres noches de 10 horas cada una en un mes y cuatro noches de la misma duración al mes siguiente, se está pensando en 70 horas en un período de dos meses.

Por otra parte, como se trabaja solamente una semana nocturna cada mes, de 30 horas en un mes y de 40 en el siguiente, el párrafo último del

punto examinado del Acuerdo dispone: «Si dentro de una misma semana se efectuasen más de las 30 ó 40 horas, según turnos antes establecidos, las horas de más serán consideradas extraordinarias.»

4. Este mismo criterio se sostiene por otras sentencias dictadas por otras magistraturas de trabajo de la provincia.

Así, en la Sentencia n.º 87, de 12 de diciembre de 1985, dictada por la Magistratura n.º 4 de las de Oviedo, se dice en el Fundamento de Derecho único lo siguiente:

«El criterio mantenido por el Instituto Nacional de la Salud de abonar a los demandantes como horas adicionales el exceso de las 70 horas que cada dos meses han venido efectuando los demandantes durante el período reclamado, es opuesto al propio concepto de hora adicional..., por lo que su retribución debe efectuarse como horas extraordinarias, criterio recientemente confirmado por el Tribunal Central de Trabajo en sentencia de 7 de octubre de 1985»...

En igual sentido, la Sentencia n.º 33, de 13 de noviembre de 1985, dictada por la Magistratura de Trabajo n.º 4 de las de Oviedo.

5. Abundando en lo que antecede, la Magistratura de Trabajo n.º 3 de las de Oviedo, en Sentencia 590/85, dictada el 19 de octubre de 1985, considera en sus fundamentos jurídicos, lo siguiente:

«PRIMERO.—Que la variación operada en el artículo 5~0 del Estatuto de Personal Auxiliar Sanitario Titulado y Auxiliar de Clínica de la Seguridad Social, aprobado por Orden Ministerial de 26 de abril de 1973, mediante las órdenes de 7 de junio y 27 de diciembre de 1983 y la trascendencia de la novedad que en el sistema de trabajo y en su retribución se introduce en razón de las variaciones experimentadas por el propio régimen institucional en que tiene lugar el ciclo productivo de cuya importancia se hace cargo la Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de diciembre de 1982, ha sido objeto de análisis en la fundamentación de diversos pronunciamientos de la Jurisprudencia provincial, básicamente concordes en su dialéctica y conclusión.

SEGUNDO.—Que la apelación a los materiales interpretativos prescritos por el derecho común (artículo 3.º del Código Civil) se hace indispensable

en esta materia, desde el momento en que la claridad del apartado 1 del repetido artículo 5.º del Estatuto ampararía plenamente con toda evidencia las pretensiones objeto del proceso, si no viniese a quedar el sentido de sus términos abrumadoramente oscurecido (en una técnica por demás propicia a la inseguridad y a todo género de perplejidades proclives al planteamiento de innumerables litigios y precisada por ello de una delimitación jurisdiccional mucho más enérgica de lo que normalmente requieren las disposiciones formales que, al menos en abstracto, resuelven las cuestiones, en lugar de promover dudas) por su inciso final en relación con el apartado 3 del mismo artículo, cuyos términos, en cuanto suponen una habilitación para restringir por vía de turnos adicionales los derechos reconocidos al menos en la praxis anterior, deben ser interpretados en la forma que conviene a su condición limitativa de derechos, lo que no quiere decir que proceda sin más inaplicación, porque la vulneración de los derechos adquiridos (disposición transitoria 1.ª del Código Civil) no proviene automáticamente de la acotación de determinadas titularidades, sino de una efectiva y real minoración de las ventajas materiales disfrutadas (lo que aquí no se ha alegado ni probado) y porque tampoco resultaría invocable el respeto de las llamadas condiciones más beneficiosas, desde el momento en que se trata de un régimen de aplicación general, tanto antes como después de la reforma.

TERCERO.—Que una vez que se acredita que la prestación laboral de todos los actores ha sido la misma desde antes de 1983 hasta la actualidad, la aplicación a su régimen retributivo de cuanto dispone el artículo 5.º 1 del Estatuto que les es aplicable según la redacción recibida en las órdenes de 7 de junio y 27 de diciembre de 1983, debe establecerse, mientras expresamente la Dirección del Instituto no adjudique al personal afectado por el régimen de trabajos nocturnos los turnos adicionales a que se refiere el apartado 3 del artículo, de manera que, a salvo la facultad de la Dirección del centro para imponer (sea parcialmente o por grupos profesionales o de actividad) a determinados trabajadores la realización de turnos adicionales, deberán tener consideración de horas extraordinarias todas las nocturnas que se realicen por encima de 35 horas mensuales o de 70 cada dos meses y ello no solo por la indicada precisión de interpretar restrictivamente una norma que condiciona con mayor rigor que hasta su entrada en vigor los derechos que regula, sino porque el manejo en la exégesis de una disposición enormemente oscura de sus precedentes históricos y legislativos (artículo 3.0.1 del Código Civil) obliga a tener en cuenta el acuerdo del Instituto Nacional de la Seguridad Social con determinadas centrales sindicales que,

aunque no tenga ningún valor normativo ni obligacional en el seno de las relaciones jurídico privadas, pues no se trata de un convenio colectivo, aparece mencionado como base inspiradora de la reforma en la exposición de motivos de la Orden Ministerial de 7 de junio de 1983, sin que evidentemente pueda tomarse en cuenta como satisfacción de aquel condicionante por parte de la Administración demandada (de la ordenación laboral del trabajo nocturno en prestaciones ordinarias y turnos adicionales) la conducta plenamente acreditada, incluso por admisión de contrario, de haber mantenido invariado el régimen laboral anterior y denominar turno adicional a todos los trabajos que, observado aquél excedan del límite que a la jornada nocturna ordinaria adjudican los reglamentos citados, porque el concepto de adicional predica inevitablemente algún género de desviación de las pautas ordinarias de servicio, bien por especiales características o circunstanciales trances del trabajo en un momento determinado, bien por irregularidades en disponibilidades de personal, peculiaridades propias de ciertos centros o secciones o cualquier otra causa equivalente, realidades insertas en las bases de hecho previstas por la norma, que no pueden sustituirse ni hacerse presentir en virtud de meros cambios de denominación.»

Por todo ello, el Defensor del Pueblo, en ejercicio de los derechos que le confiere el artículo 54 de la Constitución, y al amparo del artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora de esta institución, viene a sugerir a V.I., de conformidad con los argumentos jurídicos precedentes, y en base a los artículos 103.1, 106 y 118 de la Constitución, considere la oportunidad de dictar las instrucciones procedentes, al objeto de que se de cumplimiento a las sentencias firmes que hayan recaído sobre el tema y se adopte por parte del Organismo de su digna dirección el criterio sostenido por los tribunales laborales, abonándose como horas extraordinarias las nocturnas que excedan del turno de 35 horas al mes, o de 70 cada dos meses.

Madrid, 23 de diciembre de 1986.

**Recomendación dirigida al Director General del Instituto Nacional de la Salud.**

**Recomendación 49/1986, de 29 de diciembre, sobre continuidad de la atención prestada a los enfermos mentales por los servicios de la Fundación del Sanatorio Psiquiátrico de Conxo (La Coruña).**

*(BOCG. Congreso, Serie E, núm. 34, pág. 1230-1231)*

Se han recibido en esta institución más de veinticinco quejas, que han sido acumuladas para su tratamiento en el expediente AII-APS/12.131/86, enviados por enfermos psíquicos o sus familiares, todos ellos de la provincia de La Coruña.

Como denominador común de su situación, sustancialmente exponen que:

«Desde el día 14 de octubre pasado, los diversos medios de comunicación de la provincia, están informando de la suspensión de la asistencia sanitaria de los once ambulatorios y tres hospitales de día, que en coordinación con el Sanatorio Psiquiátrico de Conxo, completaban los programas terapéuticos de estos enfermos, sin que al parecer, se hayan arbitrado otras soluciones alternativas para continuar la asistencia psiquiátrica.»

Para iniciar las investigaciones oportunas y en uso de las atribuciones conferidas al Defensor del Pueblo en los artículos 18 y 19 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, asesores de esta institución se desplazaron a la Comunidad Autónoma de Galicia.

A través de la documentación analizada, de visitas y entrevistas realizadas tanto con el Consejero de Sanidad como con el Presidente de la Diputación, Presidente de la Fundación del Sanatorio Psiquiátrico de Conxo, Delegado Provincial del INSALUD, e incluso con el Director-Comisionado del Ministerio de Sanidad, se han podido observar dos órdenes de problemas que queremos poner en conocimiento de V.E. con carácter previo a la sugerencia con la que termine este escrito y son:

1. Falta de coordinación en materia psiquiátrica de las distintas administraciones sanitarias, competentes por razón de materia lo que produce una situación de inseguridad en los enfermos. Coordinación que con absoluto respeto a las competencias de cada organismo, viene fijada por imperativo constitucional, y con carácter general en el artículo 103 de nuestra Carta Magna.

2. Problemas derivados del reintegro de gastos por el INSALUD a aquellos enfermos que siguen utilizando los servicios dependientes de la Fundación del Sanatorio Psiquiátrico de Conxo.

Estos dos problemas, según los datos aportados en las investigaciones realizadas, se centran fundamentalmente en el desajuste producido en el período transitorio actual, derivado del proceso de transferencias sanitarias a la Comunidad Autónoma de Galicia, y por el nuevo diseño que en materia psiquiátrica ha quedado configurado por las leyes 14/1986, de 25 de abril General de Sanidad y la 7/1985 de Bases de Régimen Local.

En definitiva esta institución ha podido observar que en esta situación convergen tres tipos de factores:

a) Inexistencia de un cauce fluido de diálogo y coordinación entre los representantes de las diferentes administraciones, por lo que no se ha llegado a la planificación de la asistencia psiquiátrica en dicha Comunidad autónoma.

b) La nueva Ley de Bases de Régimen Local no atribuye competencia a las diputaciones provinciales, en materia de sanidad. Lo que plantea la revisión de las posibles ampliaciones o modificaciones de la red asistencial existente en este momento.

c) Al no haberse realizado todavía el proceso de transferencias del INSALUD, la Comunidad autónoma gallega no tiene competencias para gestionar la atención del enfermo mental beneficiario de la Seguridad Social. Teniendo en cuenta además, que la red propia del INSALUD es del todo insuficiente para atender la demanda de la provincia.

A tenor de lo anteriormente expuesto y para encontrar una solución, esta institución entiende que se podrían arbitrar las siguientes medidas:

1. Inicio de conversaciones entre la Diputación Provincial, el INSALUD, y el Ministerio de Sanidad, presididas por el Consejero de Sanidad de la Xunta, con el fin de que se cree un Organismo Coordinador.

2. Elaboración por parte de la Consejería de Sanidad del Plan de Asistencia Psiquiátrica (con el concurso de diferentes asesores de todas las Administraciones).

3. Propuesta de convenio mientras no se efectúen las transferencias del INSALUD, entre el Ministerio de Sanidad y Consumo y la Xunta de Galicia, para la puesta en marcha de la Ley de Sanidad, en el ámbito de la asistencia psiquiátrica.

Si hasta aquí ha sido planteada la primera cuestión sobre la necesaria coordinación administrativa, queda por analizar el reintegro de gastos producidos por la asistencia psiquiátrica por el uso de los servicios dependientes del Sanatorio Psiquiátrico de Conxo.

Como V.E. bien conoce, el problema de reintegro de gastos por uso de medios ajenos a la Seguridad Social y concretamente la cobertura de la asistencia psiquiátrica ha sido una constante preocupación en la actuación del Defensor del Pueblo, y se ha planteado en los sucesivos informes parlamentarios enviados a las Cortes Generales.

En el informe correspondiente a 1983 se sugería textualmente:

«Para la mejor protección de los derechos asistenciales de los enfermos se ha propuesto una nueva redacción de los artículos 18 y 19 del Decreto 1766/1967, de 16 de noviembre, sobre asistencia sanitaria en la Seguridad Social con medios ajenos y hospitalización no quirúrgica para solucionar frecuentes quejas por:

a) Reintegros de gastos, tras errores clínicos de los servicios propios.

b) Reintegro de gastos tras soportar largas listas de espera.

c) Hospitalización no quirúrgica y reintegro de gastos tras ingresos por enfermedad mental grave o cualquier otra enfermedad grave no quirúrgica, en relación con lo que disponen los artículos 98 y 103 de la Ley General de la Seguridad Social.»

En este sentido nos permitimos recordar a V.E. que el Tribunal Central de Trabajo mantiene una jurisprudencia reiterada y constante sobre el derecho de los beneficiarios de la Seguridad Social a la prestación sanitaria en los casos de hospitalización no quirúrgica, como es la asistencia psiquiátrica.

Por su interés reproducimos la Sentencia de 4 de noviembre de 1986, que en su primer considerando afirma:

«Este Tribunal viene declarando reiteradamente en orden a las hospitalizaciones en centros psiquiátricos privados de enfermos afiliados a la Seguridad Social, que ésta viene obligada, por imperativo de lo preceptuado en el artículo 103 y concordantes de la Ley General de S.S. de 30 de mayo de 1974, en relación con los artículos 19 y 28 del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre sobre prestaciones de asistencia sanitaria, pues en el artículo 28 se incluye entre la medicina de urgencia a facilitar por la S.S. la de neuropsiquiatría y en el artículo 19 se dispone que la hospitalización no quirúrgica podrá ser acordada por la Entidad Gestora de Oficio o a propuesta del facultativo que presta la asistencia siempre que la naturaleza de la enfermedad exija un tratamiento o diagnóstico que no pueda realizarse en el domicilio del paciente o en régimen ambulatorio o que la enfermedad sea transmisible o que el estado o conducta del paciente exija una vigilancia sanitaria continua, y agrega en su segundo párrafo que cuando no pueda efectuarse en una institución de la S.S. o concertada con ella, podrá llevarse a cabo en cualquier establecimiento de la red hospitalaria nacional que cuente con instalaciones adecuadas, siendo los gastos a cuenta de la Seguridad Social, de ahí que los internamientos por causas psiquiátricas que reúnan tales requisitos sean lógica consecuencia de la asistencia integral a que tienen derecho cuantos se hayan integrados en su campo de aplicación y que tales prestaciones no tengan carácter graciable ni entren en el ámbito discrecional, pues la circunstancia de que por negligencia legislativa no se haya desarrollado y concretado reglamentariamente lo dispuesto en las invocadas disposiciones no constituye causa suficiente para que los trabajadores o sus familiares queden excluidos de protección en este tipo de enfermedades que afectan a su integridad física y capacidad laboral, si bien para que triunfe el reintegro de gastos es imprescindible conste no sólo la orden médica de internamiento sino la imposibilidad de facilitarlo por las instituciones de la Seguridad Social y de realizar el tratamiento en el domicilio del paciente o en régimen ambulatorio; tal doctrina es fruto de una constante jurisprudencia, entre la

que podemos citar la alta Sentencia de este Tribunal de 15 de marzo de 1971, 30 de enero de 1973, 20 de febrero de 1975, 30 de marzo de 1978, 6 de junio de 1979, 23 de julio de 1981, 30 de mayo de 1979.»

Tratándose de una interpretación de la Ley que como hemos dicho, es constante y reiterada, entiende esta Institución que debe ser asumida por la Administración por cuanto de lo contrario podrían producirse supuestos de manifiesta desigualdad jurídica, pues como ya ha dicho el Tribunal Constitucional (S.T.C. 103/1983 de 22 de noviembre), «la igualdad ante la Ley consiste en que cuando dos supuestos de hecho sean iguales, las consecuencias jurídicas que se extraigan de tales supuestos de hecho, han de ser asimismo iguales», y en esta misma línea, el Tribunal Constitucional, define el principio de igualdad ante la Ley «como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo, y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente a sus consecuencias jurídicas, abarcando también la igualdad en la aplicación de la Ley» (S.T.C. 2/1983, de 24 de enero).

Por todo lo expuesto y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981 por la que nos regimos, esta institución sugiere que en tanto no se tomen las medidas en orden a la adecuada atención de los enfermos psíquicos, se proceda a establecer el correspondiente convenio, entre el INSALUD y la Fundación del Sanatorio Psiquiátrico de Conxo, en virtud del cual se garantice a los enfermos la prestación de la asistencia psiquiátrica con cargo a los fondos de la Seguridad Social.

Madrid, 29 de diciembre de 1986.

**Recomendación dirigida al Ministro de Sanidad y Consumo.**

**Recomendación 50/1986, de 30 de diciembre, sobre aplicación y desarrollo reglamentario de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.**

*(BOCG. Congreso, Serie E, núm. 34, pág. 825)*

Promulgada la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, sobre Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (en lo sucesivo, citada como LOFSE), comparecieron ante esta Institución, don J.F. C., don M.F.D., el Sindicato Unificado de Policía; la Plataforma Unitaria de Policías; el Sindicato Profesional de Policías Municipales de España; el Grupo de Abogados Jóvenes de Madrid; el Ilustre Colegio de Abogados de San Sebastián y la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, mediante sendos escritos en que aduciendo diferentes motivos, solicitaban que el Defensor del Pueblo hiciese uso de la legitimación activa que le reconocen el art. 152.1 de la Constitución Española, el art. 32.1 de la Ley Orgánica 2/79, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, y el art. 29 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, e interpusiera recurso de inconstitucionalidad contra dicha Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo.

Examinadas las alegaciones formuladas, y emitido el preceptivo informe por la Junta de Coordinación y Régimen Interior de esta institución, en su reunión del día 7 del pasado mes de junio (en cumplimiento de lo preceptuado en el art. 18.1 b) de su Reglamento de Organización y Funcionamiento, aprobado por las Mesas del Congreso y del Senado el 6 de abril de 1983), el Defensor del Pueblo estimó que, con pleno respeto a cualquier otra opinión, no concurrían fundamentos jurídicos suficientes para la interposición del solicitado recurso de inconstitucionalidad, y así se lo notificó a los reclamantes.

Sin embargo, por fidelidad a los valores superiores del ordenamiento jurídico que consagra el art. 1.º de la Constitución, y teniendo en cuenta el deber de todos los poderes públicos de «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran

sean reales y efectivas; y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud» (art. 9.2 de la Constitución), el Defensor del Pueblo, tras un tiempo de necesaria reflexión y para facilitar el período de asunción de los criterios inspiradores de la LOFSE por todas las personas afectadas, ha estimado equitativo formular a V.E. una «recomendación», en uso de la facultad que le reconoce el art. 28.2 de su expresada Ley Orgánica 3/1981, precisamente al estimar que el cumplimiento riguroso de una norma puede provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados.

Dicha recomendación, que se articula al final de este escrito, se fundamenta en las siguientes consideraciones:

1. Sobre el derecho de huelga y sindicación de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad.

1. En las solicitudes presentadas por el Sindicato Unificado de Policía (S.U.P.), la Plataforma Unitaria de Policía (P.U.P.), el Sindicato de Policías Municipales de España, la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, y, a título individual, por don M. F. P., se alegaba la presunta inconstitucionalidad del art. 6, punto 8.º de la Ley, en cuanto pudiera suponer violación del art. 28.2 de la Constitución.

Es cierto que el art. 28.1 de la Constitución consagra el principio general de que «todos tienen derecho a sindicarse libremente». Pero este principio de carácter general es matizado en cuanto a su extensión, al añadir: «La Ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos Armados, o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar.»

En cuanto al derecho de huelga, el art. 28.2 declara: «Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La Ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.»

2. Configurados por los arts. 9.a); 41.2 y 51.2 de la impugnada Ley 2/86, el Cuerpo Nacional de Policía, los Cuerpos de Policía de las comunidades autónomas y el Cuerpo de Policía Local como «Institutos Armados de naturaleza civil», el ejercicio del derecho de huelga, que es una consecuencia del derecho de libertad sindical e íntimamente relacionado con él, puede ser objetivo de limitaciones o excepciones por el legislador.

En orden a estas posibles limitaciones al ejercicio del derecho de huelga, han de tenerse en cuenta los precedentes legislativos, la doctrina del Tribunal Constitucional y los Tratados y Convenios internacionales en esta materia.

### 2.1. Precedentes legislativos

La Ley Orgánica 11/85, de libertad sindical, en su art. 1.º, punto 3, exceptúa del ejercicio de los derechos sindicales a los «miembros de las Fuerzas Armadas y de los Institutos Armados de carácter militar».

Respecto a los restantes, de carácter no militar, el punto 5 del propio art. 1.º establece: «El ejercicio del derecho de sindicación de los miembros y Cuerpos de Seguridad que no tengan carácter militar, se regirá por su normativa específica, dado el carácter armado y la organización jerarquizada de estos Institutos.»

Ello entraña una opinión o concreción legislativa prevista en el art. 28.1 de la Constitución, de «limitación» del expresado derecho de sindicación, que también se encuentra en normas similares de Derecho comparado, por razones de diversa índole, como la necesidad de garantizar la neutralidad política de dichos Institutos o la dificultad de conciliar debidamente la jerarquía y disciplina militar con la libertad sindical.

La propia Ley 2/86, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, reconoce al Cuerpo Nacional de Policía el derecho a pertenecer a sindicatos, pero en consideración a su carácter de Instituto Armado de naturaleza civil impone determinadas condiciones, al ejercicio de los deberes sindicales, con apoyo a dicho art. 28 de la Constitución.

Así el art. 19 de la Ley analizada, determina:

«El ejercicio del derecho de sindicación y de la acción sindical por parte de los miembros del Cuerpo Nacional de Policía tendrá como límites el respeto de los derechos fundamentales y libertades reconocidos en la Constitución y, especialmente, el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, así como el crédito y prestigio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, la seguridad ciudadana y de los propios funcionarios y la garantía del secreto profesional. Constituirán, asimismo, límite en la

medida que puedan ser vulnerados por dicho ejercicio, los principios básicos de actuación del art. 5.º de esta Ley.»

A esos criterios responden también las limitaciones que se expresan en los arts. 20, 21, 22 y 23, el último de los cuales en su punto 2, preceptúa que, únicamente se podrán celebrar reuniones sindicales en locales oficiales, fuera de horas de trabajo y sin perturbar la marcha del servicio, previa autorización del Jefe de la dependencia.

## 2.2. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

La Sentencia 81/83, de 10 de octubre (en recurso de amparo 42/83), declaró que el ejercicio de los derechos sindicales por parte de los funcionarios policiales tiene unos condicionamientos o límites, pudiendo considerarse en aquel momento como lícitos los artículos correspondientes del Reglamento Orgánico de la Policía Gubernativa, norma entonces vigente y en base a la cual fue sancionado el recurrente. En el fundamento jurídico 3.º de esa sentencia se contiene el siguiente pronunciamiento:

«El normal funcionamiento del Cuerpo Superior de Policía exige que sus miembros estén sujetos en su actuación profesional a los principios de jerarquía y subordinación (principios éstos de la Orden de 30 de septiembre de 1981, acorde según su preámbulo y, como el mismo recurrente reconoce, con la «Declaración sobre la Policía» contenida en la Resolución 690 del Consejo de Europa), para hacer posible la garantía de la seguridad ciudadana y la protección de los derechos y deberes de los citados ciudadanos que el artículo 104.1 de la Constitución atribuye a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, entre las que se encuentra el Cuerpo Superior de Policía». Y añade que

«... esos bienes jurídicamente protegidos se pondrían en peligro si en el ejercicio de los derechos de libertad sindical y de libertad de expresión los funcionarios del citado Cuerpo que desempeñan puestos de responsabilidad sindical pudieran legítimamente realizar actos como el que merece la sanción en el caso presente.

Por esa razón el ejercicio de su libertad sindical deberá reconocer como límites esos preceptos reglamentarios, sin perjuicio de la regulación de las peculiaridades de la libertad sindical que lleve a cabo la Ley a que se refiere el artículo 28.1 de la Constitución».

Con análogo criterio, la Sentencia 91/83, de 7 de noviembre (Recurso de amparo n.º 453/1982) hace referencia a la necesaria protección de los intereses generales y de los servicios públicos, como límites al ejercicio de aquellos derechos. En su fundamento jurídico 4.º expresa:

«En el terreno constitucional debemos limitarnos a afirmar que todavía no se ha dictado la Ley que, de acuerdo con los artículos 28 y 103 de la Constitución, ha de regular las peculiaridades del ejercicio del derecho a sindicación de los funcionarios públicos, con las especialidades que en su caso procedan respecto de los pertenecientes al Cuerpo Superior de Policía, según se apunta en los convenios números 87 y 98 de la Organización Internacional de Trabajo (arts. 9.1 y 5.1, respectivamente), de tal modo que se armonice el ejercicio del derecho fundamental de sindicación en el ámbito de la Administración, y singularmente en cuanto requiera una colaboración de la misma y consecución del interés general presente en todo servicio público».

### 2.3. Tratados y acuerdos internacionales

En ese mismo sentido se manifiestan los tratados y acuerdos internacionales que han de ser tenidos en consideración como pauta interpretativa según el artículo 10.2 de la Constitución: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

En esta línea importa destacar:

a) El Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, de 16 de diciembre de 1966 (ratificado por España el 27 de abril de 1977), que en su artículo 8 garantiza en los apartados a) y c) el derecho de toda persona a fundar sindicatos y afiliarse al de su elección, así como el derecho de esos sindicatos a funcionar sin obstáculos, con las únicas limitaciones que «las que prescriba la Ley y sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público o para la protección de los derechos y libertades ajenas».

Seguidamente establece con carácter general el derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país. Pero el número 2.º de

ese mismo artículo 8 admite la posibilidad de someter a «restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las Fuerzas Armadas, de la Policía o de la Administración del Estado».

b) El Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, se refiere, con amplitud, al derecho de sindicación, sin aludir al de huelga, pero contiene referencia a «restricciones legítimas al ejercicio de aquel derecho para los miembros de las Fuerzas Armadas, Policía o Administración del Estado».

c) La Carta Social Europea, de 18 de octubre de 1961 (firmada por España el 27 de abril de 1978), en su artículo 6.4 reconoce, con carácter general, sin excluir a los funcionarios públicos, «el derecho de los trabajadores y de los patronos, en caso de conflicto de intereses, a recurrir a acciones colectivas, incluso al derecho de huelga...»

d) En relación a los convenios internacionales, sobre materias específicamente sindicales, interesa aludir a los siguientes:

a') El Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (adoptado por la O.I.T. 9-VII-1948, ratificado por España el 29-11-1977, «B.O.E.» de 11 de mayo), cuyo artículo 9º determina:

«Uno. La legislación nacional deberá determinar hasta qué punto se aplican a las Fuerzas Armadas y a la Policía las garantías previstas en el presente Convenio.

Dos. De conformidad con los principios establecidos en el párrafo 8 del artículo 19 de la Constitución de la O.I.T., la ratificación de este convenio por un miembro no deberá considerarse que menoscaba en modo alguno las leyes, sentencias, costumbres o acuerdos ya existentes que concedan a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía garantías prescritas por el presente convenio».

b') El Convenio sobre derecho de sindicación y negociación colectiva de la O.I.T., 28-VI-1951 (ratificado por España el 29-XI-1969, «B.O.E.» 28-IX-1971) preceptúa en su artículo 5:

«La legislación nacional deberá determinar el alcance de las garantías previstas en el presente convenio en lo que se refiere a su aplicación a las Fuerzas Armadas y a la Policía».

c') El Convenio n.º 151, referente a las relaciones de trabajo en la Administración Pública, de 1978, adoptado por la O.I.T. el 26-VI-1978 (y ratificado por España el 12-XII-1984) contiene en su artículo 1.º la determinación de que debe de aplicarse a todas las personas empleadas por la Administración Pública, sin perjuicio de que la legislación nacional determine «hasta qué punto las garantías previstas son aplicables a las Fuerzas Armadas y a la Policía».

e) Finalmente, hay que hacer simple referencia a reiterados casos de la O.I.T. resueltos por el Comité de Libertad Sindical, en los que se manifiesta que los Policías no tienen reconocido, con carácter general, el derecho a la huelga.

El día 8 de mayo de 1979 la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en su XXXI sesión, aprobó la resolución n.º 690, que contiene la llamada «Declaración de la Policía», en cuya exposición de motivos, literalmente se indica: «El derecho de huelga no está reconocido para los funcionarios del Estado (República Federal Alemana, Países Bajos, Luxemburgo, Bélgica...). Se ha hecho observar en el seno de la Comisión que si en estos Estados miembros los funcionarios de Policía desean obtener el derecho de huelga, deberán renunciar al Estatuto de Funcionarios. No siendo esta restricción deseable en absoluto, parece preferible no enunciar un criterio europeo en la materia.

3. Las consideraciones precedentes explican la dificultad que apreció el Defensor del Pueblo para articular el solicitado recurso de inconstitucionalidad sobre el artículo 6.8 de la Ley 2/1986, de 13 de marzo, sobre Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que limitan determinados aspectos del derecho de libre sindicación de las personas miembros de dichos Cuerpos y excluyen el derecho a la huelga.

Sin embargo, no es posible olvidar que tanto la Constitución como los pactos y acuerdos internacionales suscritos y ratificados por España se basan en el principio general de Derecho de que las restricciones a las libertades y derechos fundamentales deben tener siempre un carácter excepcional y han de ser interpretadas restrictivamente con el fin de que

prevalezca lo más posible el «contenido esencial» del derecho fundamental de que se trate, como categóricamente preceptúa el artículo 53 de nuestra Constitución, refrendado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Sentencia 6/1981, de 16 de marzo; Sentencia 11/1981, de 8 de abril).

Por ello la Junta de Coordinación y Régimen Interior del Defensor del Pueblo, simultáneamente a proponer en su preceptivo informe la no interposición del recurso de inconstitucionalidad contra los referidos preceptos de la Ley impugnada, estimó pertinente que el Defensor del Pueblo formulase una «recomendación» a V.E., como Ministro del Interior, haciendo uso de la facultad que le está atribuida por los artículos 28.2 y 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que se rige.

Dicha «recomendación» (que juntamente con las que conciernen a otros aspectos de la Ley que se analiza se recogen al final de este escrito) tiene como finalidad propugnar que las futuras normas reglamentarias sobre el ejercicio del derecho de sindicación por los miembros de los distintos Cuerpos de las Fuerzas de Seguridad reconozcan con la mayor amplitud posible el «contenido esencial» de dicho derecho, estableciendo amplios cauces de negociación colectiva, de tal suerte que la denegación del derecho de huelga o, incluso, las restricciones o limitaciones que la LOFSE establece para el propio ejercicio de la libertad sindical se vean compensadas a través de caminos de consulta y de concertación entre los representantes de dichos diferentes Cuerpos de la Policía y otras Fuerzas de Seguridad y las correspondientes autoridades administrativas.

II. Sobre el procedimiento sancionado de las faltas, establecido en el artículo 28.4 de la L.O.F.S.E.

1. En los escritos presentados por el Sindicato Unificado de Policía y por don M. F. P., a título individual, se denunciaba la posible inconstitucionalidad del procedimiento sancionador de las faltas fijado en el artículo 28.4 de la Ley 2/1986, en cuanto que el carácter inmediatamente ejecutivo de las sanciones impuestas por faltas graves podría suponer la violación del principio de tutela efectiva, sancionado por el artículo 24 de la Constitución Española.

2. La Junta de Coordinación, en su expresado acuerdo y ante esa alegación, estimó, en primer lugar, que había de tenerse en cuenta la precisión contenida en dicho artículo 28.4 de la LOFSE, referente a que las

sanciones disciplinarias impuestas a los funcionarios policiales son inmediatamente ejecutivas, no suspendiendo su cumplimiento la interposición de ningún tipo de recurso, administrativo o judicial, sin perjuicio de que la Autoridad a quien compete resolver el mismo tiene la posibilidad de suspender la ejecución de la sanción en ciertos casos.

Para apreciar la congruencia o no de ese precepto con el artículo 24 de la Constitución, ha de recordarse la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y reiterados pronunciamientos del Tribunal Supremo.

Así, la Sentencia 66/84, de 6 de junio del T.C., determina, en su fundamento jurídico 3.º, que:

«El derecho a la tutela se satisface facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un tribunal y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión».

El Tribunal Supremo, por otro lado, ha sentado análoga doctrina, entre otras, en sus sentencias de 20 de febrero de 1985 (Sala 3ª a Contencioso-Administrativo) y 20 de junio de 1985 (de la misma Sala), donde se determina que:

«La naturaleza de ser efectiva la tutela judicial expresada por el artículo 24 de la Constitución significa que sea plena y auténtica, real y sin traba alguna, llegándose a la afirmación de que si el acto administrativo sancionador se ejecuta antes de su firmeza, entonces la tutela ya no es plena ni real, sino ilusoria...

La legislación postconstitucional ofrece ejemplos de limitación al principio de ejecutividad de los actos administrativos en el ámbito sancionador, tales como la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, de 26 de septiembre, y de modo más específico, en cuanto atañe a sanciones disciplinarias, el artículo 44 de la Ley Orgánica 1/1980, de 10 de enero, del Consejo General del Poder Judicial...»

Estas limitaciones al principio de ejecutividad de los actos administrativos sancionadores, necesarias para una afirmación del principio de tutela judicial efectiva, no impiden, según esa doctrina legal, la adopción por parte de la Administración de medidas cautelares y temporalmente limitadas, ya que en otro caso la Administración podría quedar en una

situación de peligrosa ineficacia en orden a la represión de las infracciones administrativas, aunque siempre con carácter excepcional.

A esa luz, la Junta de Coordinación apreció la dificultad de impugnar por inconstitucional el referido artículo 28.4 de la LOFSE, puesto que no impide la suspensión de la sanción por los tribunales de Justicia.

3. No obstante, la Junta de Coordinación estimó que, dada la necesidad de asegurar siempre la tutela efectiva de los derechos de cualquier persona sujeta a procedimiento disciplinario, debían extremarse las garantías de los afectados en expedientes de esa índole, explicitándolas en el desarrollo reglamentario y en los actos concretos de aplicación de la LOFSE, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

a) No se menciona en su articulado que el miembro de la Policía u otras Fuerzas de Seguridad sometido a un expediente disciplinario pueda contar con el asesoramiento o defensa de un abogado de su libre elección, a diferencia de lo que certeramente ha establecido la Ley Orgánica 2/85, de 27 de noviembre, sobre Reglamento Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que prevé esa garantía para los militares sometidos a procedimientos judiciales por faltas graves y también en los casos de expedientes gubernativos.

En esa línea está igualmente la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Sentencia de 15 de julio de 1981, entre otras), al insistir en que el «contenido esencial» de los derechos fundamentales ha de ser siempre respetado, y muy en especial el derecho a la defensa que consagra el artículo 24 de la Constitución en todos los procedimientos administrativos sancionadores, máxime cuando pueden dar lugar a una privación de libertad.

Es evidente que la intervención letrada en procedimientos de esa índole, como el que previene el artículo 28.2 de la L.O.F.S.E, resulta indispensable, dado que un gran número de las conductas sujetas a expediente sancionador tiene estructura compleja y en la norma se contienen conceptos jurídicos indeterminados, para cuyo conocimiento y adecuada interpretación son necesarios conocimientos técnicos, sin los cuales la defensa puede no resultar efectiva; y a ello ha de añadirse la entidad de las sanciones que, en caso de faltas graves, puedan ser impuestas, lo que todavía crece más la pertinencia de un asesoramiento jurídico del inculcado.

b) En segundo término, y a la luz de la expresada Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional sobre las garantías que garantiza el artículo 24 de la Constitución, importa insistir en que, sin perjuicio de la ejecutividad de los actos administrativos de carácter sancionador que la Administración estime indispensable adoptar por razones del interés público y por el principio de jerarquía en los Cuerpos de Seguridad del Estado, dichas medidas han de adoptarse excepcionalmente y quedando siempre condicionadas a la decisión que adopten los tribunales de Justicia si la persona sancionada interpone el pertinente recurso contencioso-administrativo

Ambas consideraciones se reflejan en la «recomendación» que al final del presente escrito se articula.

### III. Sobre la situación de «segunda actividad»

1. El Sindicato Unificado de Policía alegó también en su escrito que la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 2/1986, al regular el pase a la situación de segunda actividad, para los funcionarios integrados en el nuevo Cuerpo Unificado, procedentes del Cuerpo de Policía Nacional, podría suponer, para ellos, una discriminación, vulnerada del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución.

Es cierto que en la LOFSE se establece una situación de segunda actividad, como situación previa a la de retiro, considerando la especial preparación que se exige a ese colectivo de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad.

En esa línea, el artículo 16.4 establece que por Ley se han de determinar las edades y causas del pase de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía a la situación de segunda actividad, atendiendo a las aptitudes físicas que demande su función; y la Disposición Transitoria Cuarta prevé que mientras no se proceda al desarrollo de la situación de segunda actividad de los miembros del Cuerpo Nacional de Policía, los funcionarios procedentes de la Policía Nacional seguirán provisionalmente el régimen vigente de dicha situación (Real Decreto 230/1982), mientras que los procedentes del Cuerpo Superior de Policía pasarán a la misma al cumplir la edad de 62 años.

Ha de tenerse en cuenta que la Policía Nacional (según dicho Real Decreto) pasaba a la situación de segunda actividad a los 56 años, por lo que, promulgada la LOFSE, se produce una notable diferencia con el personal procedente del Cuerpo Superior de Policía, que pasa a la expresada situación a los 62 años, con la repercusión que este distinto trato supone en cuanto disfrute de derechos económicos de diversa índole.

Otra posible consecuencia de esta diferenciación es que los oficiales procedentes de la Policía Nacional van a pasar a esa situación especial de retiro con antelación a los miembros del Cuerpo Superior de Policía, con lo que si se demora la publicación de la regulación definitiva sobre este aspecto, la Escala Superior y la Escala Ejecutiva pueden verse mermadas de personal procedente del Cuerpo de la Policía Nacional.

2. Pese a la indudable importancia de esos razonamientos, no es posible silenciar, y así lo estimó la Junta de Coordinación del Defensor del Pueblo, que un tratamiento diferenciador entre dos colectivos, para ser inconstitucional ha de efectuarse con módulos arbitrarios e incurriendo en auténtica discriminación.

Basta recordar la ya reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el principio de igualdad, que no excluye diferencias basadas en fundamento objetivo y razonable, y sobre el principio de tutela de los derechos adquiridos, entre muchas otras, la Sentencia de 28 de julio de 1981, en la que se declara:

«El ordenamiento jurídico, por su propia naturaleza, se resiste a ser congelado en un momento histórico determinado...; desde el punto de vista de la constitucionalidad, debemos rehuir cualquier intento de aprehender la huidiza teoría de los derechos adquiridos, porque la Constitución no emplea la expresión ‘derechos adquiridos’...»

Aunque ello no excluye que pueda la cuestión suscitarse sobre el aspecto de legalidad ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

En contrapunto, la denunciada diferenciación de la LOFSE en cuanto al pase a la situación de segunda actividad, de unos y otros miembros de los Cuerpos de Seguridad, no sería impugnabile por vicio de inconstitucionalidad, en un recurso de esa índole, sin perjuicio de lo que los afectados puedan plantear ante la Administración de Justicia ordinaria.

3. No obstante, y precisamente al hilo de las consideraciones precedentes, el Defensor del Pueblo estima necesario sugerir a V.E. que se promulguen con urgencia las normas previstas en dicha Disposición Transitoria Cuarta de la LOFSE, sobre pase a la situación de segunda actividad de los funcionarios procedentes de la Policía Nacional, en sentido igualitario.

#### IV. Recapitulación de las recomendaciones

Por todo lo expuesto, y haciendo uso de la facultad que me atribuye el artículo 28.2 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, recapitulo las sugerencias contenidas en los apartados precedentes y formulo a V.E. las siguientes «recomendaciones» en el proceso del desarrollo reglamentario de la LOFSE y en los actos concretos de su aplicación:

1.<sup>a</sup> Que se regule con la mayor flexibilidad posible el ejercicio del derecho de libre sindicación de los miembros de los Cuerpos de Seguridad del Estado para respetar al máximo su «contenido esencial», según el artículo 53.1 de la Constitución, restringiendo las limitaciones que se consideren indispensables y estableciendo, en compensación de la supresión del derecho de huelga, instrumentos de concertación entre los representantes de los funcionarios de la Policía y Cuerpos de Seguridad y las autoridades de ese Ministerio.

2.<sup>a</sup> Que en los expedientes de carácter disciplinario por faltas graves, que se imputen a funcionarios de la Policía y otros Cuerpos de Seguridad, se articule la intervención de abogados defensores libremente designados por el funcionario expedientado, y al margen de las medidas cautelares que se considere imprescindible adoptar, se ponderen al máximo las razones que aconsejen en estos casos la ejecutividad inmediata de la sanción, cuando se hubiera interpuesto recurso contencioso-administrativo por el sancionado y la Sala no se hubiera pronunciado aún a este respecto.

Madrid, 30 de diciembre de 1986.

**Recomendación dirigida al Ministro del Interior.**

**Recomendación 51/1986, formulada con ocasión del Informe a las Cortes Generales correspondiente a 1986, sobre prescripción de faltas cometidas por jueces y magistrados.**

*(BOCG. Congreso, Serie E, núm. 34, pág. 847)*

Los señores Diputados y Senadores podrán comprobar que no es infrecuente que, iniciadas, a instancias del Defensor del Pueblo, las actividades inspectoras y disciplinarias del Consejo General del Poder Judicial o de las Salas de Gobierno de las Audiencias Territoriales, e incoadas por estos Organos las correspondientes diligencias informativas, los expedientes disciplinarios concluyen con un acuerdo de sobreseimiento y archivo de los mismos por haber prescrito las faltas disciplinarias de que traían causa.

Ello es así por la brevedad de los plazos de prescripción de las faltas cometidas por los jueces y magistrados (art. 416 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Efectivamente, según dicho precepto, las faltas leves prescriben a los dos meses, las graves a los seis meses y las muy graves al año desde la fecha de su comisión.

Resulta igualmente de interés destacar que estos plazos de prescripción sólo se interrumpen con la incoación del procedimiento disciplinario propiamente dicho (art. 416.3 LOPJ): la apertura de diligencias informativas, previas a la incoación del citado procedimiento, no interrumpen, pues, la prescripción.

La brevedad de los plazos se hace aún más patente si se realiza un análisis comparativo con el régimen general de los funcionarios públicos, que es, para las faltas muy graves, seis años; para las graves, dos años, y para las leves, un mes (R.D. 33/1986, de 10 de enero).

Los plazos de prescripción que establece la Ley Orgánica del Poder Judicial son tan exiguos que la extinción de la responsabilidad disciplinaria no podría, a lo que parece, evitarse, ni siquiera con una actitud en extremo

diligente, no sólo de los órganos de gobierno de los tribunales con potestad disciplinaria, sino también de los ciudadanos que efectuaren las denuncias de los casos que les afectaran.

Puede, por tanto, concluirse que la situación a que da lugar la vigente redacción del artículo 415 de la LOPJ, a juicio de esta institución, puede, en algunos casos, convertir en ineficaz la actividad que desarrollan los órganos de inspección de juzgados y tribunales.

La importancia de la cuestión radica en que del correcto funcionamiento de servicios de inspección de los órganos jurisdiccionales —uno de los factores de legitimación de ejercicio de los titulares del Poder Judicial— depende, en buena medida, el funcionamiento eficaz de los mismos.

**Recomendación 52/1986, formulada con ocasión del Informe a las Cortes Generales correspondiente a 1986, sobre adjudicación de administraciones de Lotería.**

*(BOCG. Congreso, Serie E, núm. 34, págs. 898-899)*

Se ha recibido un número apreciable de quejas referentes a la disconformidad de los reclamantes con la adjudicación de loterías en concursos en los que habían participado.

Sin perjuicio de la dificultad de proceder a una valoración —sustitutoria de los criterios administrativos— en cada uno de los concursos, lo que no es competencia del Defensor del Pueblo, salvo que se denuncien irregularidades de tramitación, se acordó realizar una investigación conducente a esclarecer la mecánica y criterios que presiden las resoluciones de tales concursos de adjudicación de loterías.

Se efectuó esta investigación el 27 de noviembre de 1986 en el Organismo Nacional de Loterías y Apuestas del Estado, directamente con su Director Gerente.

De dicha investigación pudieron deducirse algunos puntos de interés en cuanto al procedimiento de adjudicación:

a) el procedimiento para la provisión de administraciones de loterías se realiza de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto de 29 de julio de 1985.

b) Las comisiones asesoras de cada Delegación de Hacienda emiten el informe correspondiente sobre el valor comercial de los locales propuestos por los concursantes.

c) Esta Comisión Asesora está compuesta por el Gobernador Civil como Presidente, el Delegado de Hacienda como Vicepresidente, actuando como Secretario el Jefe de la Dependencia de Relaciones con los Contribuyentes y

cuatro vocales, nombrados por el Presidente, que suelen ser casi siempre funcionarios de Hacienda y, en menor medida, del Gobierno Civil.

d) Dicha Comisión remite las Actas y la documentación presentada por los concursantes al Organismo Nacional de Loterías y Apuestas del Estado, quien a través del Patronato para la provisión de Administraciones, que examina los expedientes asistido de un Letrado del Estado, eleva propuesta de resolución en cada concurso al excelentísimo señor Ministro de Economía y Hacienda, que es quien decide.

En la anterior propuesta no entran las solicitudes a las que la Comisión Asesora hubiera otorgado una puntuación inferior a cien puntos.

e) Los resultados de los concursos se publican en el «Boletín Oficial del Estado», concediendo el plazo de un mes para formular el correspondiente recurso de reposición.

El Director puso a disposición de los Asesores que realizaron la visita todos los expedientes obrantes en el Organismo, a excepción de aquellos que habían sido remitidos a la Subdirección General de Recursos del Ministerio de Economía y Hacienda.

Manifestó, asimismo, que debe tenerse en cuenta que el citado Real Decreto 1082/85 establece una nueva normativa y filosofía, respecto a la existente anteriormente, atendiendo a motivaciones comerciales, teniendo en cuenta el conjunto de la personalidad y condiciones de los concursantes, ubicación y características del local con el que se ha concurrido. No pueden, por ello, adjudicarse las administraciones a solicitantes por el solo hecho de que se encuentren en paro, tengan graves problemas personales, económicos, etc. Ha de atenderse a la mejor preparación de los concursantes para la gestión, su solvencia, capacidad comercial, de ventas mayores, etc., junto con las características y ubicación de locales ofertados.

Finalmente, el propio Director Gerente insistió en la conveniencia de que por la Subdirección General de Recursos, se acelere la resolución de los recursos presentados, al objeto de no causar perjuicios a los interesados ni al Estado.

Aun cuando los criterios sustentados por la Dirección del Organismo Nacional de Loterías y Apuestas del Estado gozan de un fundamento

objetivo, parece, sin embargo, necesario formular algunas precisiones en cuanto al proceso de selección de los concursantes.

En concreto, la composición de las Comisiones Asesoras de las Delegaciones de Hacienda, no parece la más adecuada. Dichas Comisiones, presididas por el Gobernador Civil, vienen a estar compuestas en la práctica exclusivamente por funcionarios del Ministerio de Hacienda, cerrándose el paso de forma radical a cualquier participación de personas representativas de los sectores sociales interesados.

Teniendo en cuenta la amplísima discrecionalidad con la que actúan estas comisiones y que los expedientes rechazados no son remitidos al Organismo Nacional —lo que tampoco aparece como claramente justificado— sería extraordinariamente positivo que formasen parte como vocales de la Comisión, representantes de las Cámaras de Comercio e Industria u organización de consumidores, por ejemplo, evitando el monopolio absoluto por parte de los funcionarios del Estado y permitiendo una transparencia completa en los procesos de selección.

Se estima, asimismo, que al referido Organismo Nacional deberían remitirse también los expedientes que no hubieran alcanzado los 100 puntos indicados, teniendo en cuenta que el punto 8.7 del pliego de cláusulas administrativas establece que las Actas levantadas por las comisiones asesoras serán remitidas al Organismo Nacional junto con el resto de la documentación presentada por los concursantes.

Y si el punto 8.9 determina que no entrarán en la correspondiente propuesta aquellas solicitudes a las que la Comisión Asesora hubiera otorgado menos de 100 puntos, parece que ello se refiere a la propuesta que el Organismo Nacional ha de elevar al excelentísimo señor Ministro, como se indica en el punto 8.8, y no a una fase previa, pues se impide que el Organismo Nacional disponga del expediente completo del concurso en cuestión.

**Recomendación 53/1986, formulada con ocasión del Informe a las Cortes Generales correspondiente a 1986, sobre tributación, por IVA, de vehículos auto-turismos.**

*(BOCG. Congreso, Serie E, núm. 34, págs. 904-905)*

Como ya se ha dicho, se nos dirigieron algunas asociaciones de auto-turismos solicitando que a los vehículos denominados auto-turismos se les dé el mismo tratamientos fiscal, en el Impuesto sobre el Valor Añadido, que a los denominados auto-taxis.

Tanto el artículo 29 de la Ley 30/1985, de 2 de agosto, del Impuesto sobre el Valor Añadido, como el artículo 58 de su Reglamento, aprobado por Real Decreto 2028/85, de 30 de octubre, exceptúan de la aplicación del tipo incrementado del 33 por 100 a los auto-taxis y, en consecuencia, el tipo impositivo aplicable a las entregas, arrendamientos o importaciones de vehículos considerados como tales auto-taxis, es del 12 por 100.

Por el contrario, las entregas, arrendamientos o importaciones de los vehículos denominados auto-turismos, tributan al tipo del 33 por 100.

En dicho sentido, se pronunció la Dirección General de Tributos por Resolución de 2 de abril de 1986, consulta vinculante número 144.

Si bien lo que se plantea en las indicadas quejas no es un problema de interpretación, sino la igualdad de trato con respecto a los auto-taxis, el Reglamento Nacional de los Servicios Urbanos e Interurbanos de Transportes en Automóviles Ligeros, aprobado por Real Decreto 763/1979, de 16 de marzo, en su artículo 2.º, considera auto-taxis a los vehículos de la clase A) provistos de contador taxímetro, distinguiéndolos de la clase B), auto-turismos, al no ir provistos éstos de contador taxímetro.

La anterior diferenciación entre una y otra clase de vehículos no debiera ser causa para el distinto tratamiento fiscal si la prestación de servicios que

efectúan ambos son similares, como así es, a juicio de las Asociaciones de Auto-turismos indicadas.

Y, por otra parte, el vigente Código de la Circulación, artículo 175, no establece diferenciación en cuanto al servicio, sino únicamente en cuanto a la clase del permiso de conducir.

Finalmente, los servicios de auto-turismos se prestan, generalmente, en poblaciones de escaso número de habitantes atendiendo, a veces, servicios urgentes como traslado de enfermos, etc., sin continuidad en la prestación y escasa rentabilidad.

En consecuencia, esta institución considera que debería abordarse por el Ministerio de Hacienda el estudio del problema expuesto, al objeto de que a las entregas, arrendamientos o importaciones de vehículos denominados auto-turismos, al igual que los auto-taxis, se valore la posibilidad de aplicar el tipo impositivo del 12 por 100 en el Impuesto sobre el Valor Añadido.

Entendemos que el hecho de la distinción de una y otra clase de vehículos, fundamentada en que vayan o no provistos de contador taxímetro, no es elemento determinante y tal vez no debiera ser causa de un tratamiento fiscal distinto, sino que, atendiendo al servicio prestado, podría evitar una desigualdad en dicho tratamiento fiscal.

**Recomendación 54/1986, formulada con ocasión del Informe a las Cortes Generales correspondiente a 1986, sobre supresión de las reclamaciones económico-administrativas contra actos de entidades locales.**

*(BOCG. Congreso, Serie E, núm. 34, págs. 909-910)*

En muy reiteradas ocasiones se ha planteado ante el Defensor del Pueblo por distintos reclamantes, entre las que se encuentran las Cámaras de Comercio y de la Propiedad Urbana, los problemas suscitados por la desaparición de los tribunales económico-administrativos provinciales, como consecuencia de la aprobación y publicación de la Ley de Bases de Régimen Local de 2 de abril de 1985.

Efectivamente, hasta el presente, las reclamaciones contra los actos de las entidades locales en relación con acuerdos sobre imposición, aplicación y efectividad de tributos podían ser sustanciadas —agotada la vía previa administrativa— ante los tribunales económico-administrativos provinciales, a través de un procedimiento gratuito y extraordinariamente simplificado, que permitía la comparecencia sin abogado y procurador.

La Ley 7/1985, de 2 de abril, según lo dispuesto en sus artículos 52, 108 y 113, suprime el acceso a los tribunales económico-administrativos provinciales a estos efectos, disponiéndose que contra la denegación expresa o tácita de los recursos formulados en esta materia, «los interesados podrán interponer directamente recurso contencioso-administrativo».

Por su parte, la Disposición Transitoria Décima dispone:

«1. A los acuerdos de aprobación de presupuestos y de ordenanzas fiscales de imposición y ordenación de tributos locales, así como a los actos de aplicación y efectividad de dichas ordenanzas, aprobados o dictados por las corporaciones locales dentro del plazo de un año desde la entrada en vigor de esta Ley, les será de aplicación el régimen de reclamaciones económico-administrativas actualmente vigente.

2. Asimismo, continuarán en todo caso tramitándose en vía económico-administrativa las reclamaciones interpuestas ante los tribunales económico-administrativos provinciales y los recursos de alzada presentados ante el Tribunal Económico-Administrativo Central, con anterioridad a la fecha señalada en el número anterior y que para entonces de hallen pendientes de resolución.»

Establecido, por tanto, el acceso directo a los tribunales de lo contencioso, cabe preguntarse si ello ha supuesto un avance progresivo en la defensa de los derechos de los ciudadanos.

Sin olvidar que la reforma en este punto se basa, sin duda, en el respeto al principio de autonomía de los municipios, consagrado en la Constitución, y que difícilmente es compatible con la existencia de un instrumento directo de tutela del Estado sobre las resoluciones de las entidades locales, lo cierto es que la defensa de los legítimos derechos e interés de los ciudadanos ha resultado muy poco favorecida, por no decir perjudicada.

Sin perjuicio de que sea formalmente impecable la decisión de remitir al conocimiento y resolución de los tribunales de Justicia este tipo de reclamaciones, la realidad es que los efectos serán presumiblemente nocivos para el ciudadano.

En concreto:

a) En el primitivo régimen de control por los tribunales económico-administrativos provinciales, se había articulado un procedimiento de control, gratuito, informal y relativamente rápido y eficaz.

Con el nuevo sistema, los ciudadanos tendrán que formalizar un recurso contencioso-administrativo, con lo que ello conlleva de sometimiento al rito procesal establecido por su ley reguladora; teniendo que comparecer representado por un procurador y bajo dirección letrada.

b) La conclusión es que se pasa de un régimen bastante rápido, informal y gratuito, a otro sometido a reglas estrictas de procedimiento y que conlleva un alto costo para el ciudadano que desee formalizar una demanda.

Piénsese que un tanto por ciento altísimo de reclamaciones de esta naturaleza se refieren a la discrepancia de unos cientos o en ocasiones miles

de pesetas, sustentadas por las personas de economías más modestas, que, desde luego, tendrían que gastar más en un pleito que lo que supone el contenido de la reclamación.

Es de temer que estén articulando las bases para una mayor discrecionalidad en las actuaciones administrativas, al quedar muchos miles de legítimas reclamaciones sin formularse, debido a la complejidad y costo del nuevo procedimiento establecido.

c) Se acude a la problemática táctica de judicializar todos los conflictos entre administración y administrados, eliminando aquellos instrumentos que el tiempo había demostrado útiles y lanzando sobre una administración de Justicia, sobrecargada ya, hasta límites rayanos en el bloqueo operativo, la resolución de muchos cientos o miles de asuntos que por su naturaleza y contenido no tendrían por qué llegar a sobrecargar a los tribunales.

Añádase a ello que no parece que se hayan tomado todavía las oportunas medidas para reforzar las Salas de lo contencioso-administrativo de las Audiencias Territoriales, que habrán de resolver estos asuntos; por tanto, no es aventurado pensar que cuestiones que antes podían resolverse en el ámbito provincial en el transcurso de unos meses, pasarán años antes de que sobre las mismas se dicte sentencia.

Por todo ello, parece urgente no sólo adoptar las medidas de índole operativa para ayudar a los tribunales de lo contencioso a asumir este cargo, sino estudiar la posibilidad de articular nuevamente vías previas de fiscalización, procesalmente sencillas y accesibles para los ciudadanos como eran los tribunales económico-administrativos provinciales.

Si su desaparición se basa en la imposibilidad constitucional de mantener una tutela indirecta sobre los municipios dada la composición de dichos tribunales, cabría modificar su composición de tal forma que dicha autonomía no quede dañada por el origen o dependencia orgánica de quien realizara esa función fiscalizadora. El precedente sentado ya en cuanto a la composición de los Jurados provinciales de Expropiación podría ser tenido en cuenta a estos efectos.

El Defensor del Pueblo insiste, por tanto, sobre esta necesidad y recomienda al Gobierno que estudie la posibilidad de elaborar una norma en tal sentido, conjugando de esta forma el principio de autonomía municipal y

el control de la discrecionalidad, arbitrariedad o abuso de poder de los poderes públicos, a través de una vía accesible y operativa para el común de los ciudadanos y que evite al tiempo sobrecargar innecesariamente a los tribunales de Justicia en primera instancia.

**Recomendación 55/1986, de 5 de enero de 1987, sobre desarrollo legislativo del artículo 25 de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria, en cuanto al acceso a la Universidad.**

*(BOCG. Congreso, Serie E. Núm. 34, págs. 1201-1204)*

En el Informe a las Cortes Generales, correspondiente al año 1985, se mostraba la preocupación de esta institución acerca de los problemas que suscita la actual regulación del acceso a la Universidad. Manifestábamos entonces que:

«b) En el ámbito de la enseñanza universitaria la problemática mas profunda continua afectando al acceso en los centros de enseñanza superior: en efecto, al menos en las de Medicina, Veterinaria, Ciencias Empresariales, Informática y Bellas Artes de distintos Distritos Universitarios, acontece que el acceso a las mismas resulta enormemente difícil dada la gran afluencia de alumnado.

Esta situación quebranta el derecho al acceso al Centro de Enseñanza Universitaria libremente elegido por el aspirante, que debe concebirse en el ámbito del derecho a la educación que reconoce el artículo 27 de la Constitución, y que no debe ser objeto de los límites que, generalmente, ha venido fijando una larga tradición legislativa. Así, el artículo 36 de la Ley 14/1970, de 4 de Agosto, General de Educación, si bien establecía el libre acceso a la Enseñanza Universitaria para quienes hubieran superado el Curso de Orientación, autorizaba a las Universidades a establecer criterios de valoración para el ingreso en sus distintos centros.

Posteriormente, la Ley 30/1974, de 24 de Julio, sobre Pruebas de Aptitud para acceso a los Centros de Enseñanza Universitaria, ratificaba el criterio del artículo 36 de la Ley General de Educación y establecía en su artículo 2.º la prohibición de que, superado el Curso de Orientación y las Pruebas de Aptitud para acceso a los diversos Centros Universitarios, no deberían realizarse nuevas pruebas a tal efecto.

No obstante, el Real Decreto 2116/1977, de 23 de julio, sobre acceso a Centros de Enseñanza Superior, si bien confirma el derecho de acceso una vez superadas las pruebas de aptitud antes señaladas, en su artículo 3.º, autorizaba, por lo que a las Facultades de Medicina se refiere, al establecimiento de los límites de admisión que puedan imponer las limitaciones de capacidad material, en base a la aplicación de unos criterios de valoración.

El Real Decreto 3451/1981, de 13 de noviembre, ratifica este criterio, por lo que a los criterios de valoración se refiere.

Estos criterios, bien que en base a una razón cierta, impuesta por la falta de capacidad material de los Centros de Enseñanza Superior, implica, sin duda, un obstáculo al libre ejercicio de la vocación personal determinante de la elección de una enseñanza universitaria concreta.

Ciertamente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Septiembre de 1982 confirma este criterio del límite de admisión paralelo al límite de capacidad de cada Centro Superior. Pero no es menos cierto que los Poderes Públicos, en el ámbito de un Estado social de Derecho, se hallan sujetos a la obligación de superar toda limitación material que se oponga al ejercicio de un derecho.

De ahí que la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria, con una orientación que entendemos se halla en la línea de la reflexión anterior, establece en su artículo 25 que «el estudio en la Universidad de su elección es un derecho de todos los españoles...»

No obstante, en su artículo 26.2 vuelve a insistir en la capacidad de los Centros Universitarios como condicionamiento para el acceso a los mismos, aunque, enseguida, establece la obligación para los poderes públicos de promover una política de inversiones capaz de adecuar dicha capacidad de los centros a la demanda social de educación superior.

En cualquier caso, esta Ley Orgánica establece en su artículo 25 que «los requisitos necesarios para el acceso a la Universidad se regularán por Ley de las Cortes Generales».

Dado que, hasta la fecha, no se ha elaborado dicha norma legal de acceso es, sin duda, por lo que el Real Decreto 1005/1985, de 26 de junio viene a

regular el procedimiento para el ingreso en los Centros Universitarios para el curso 1985-86.

Tras establecer que el acceso a los Centros Superiores se producirá únicamente en base a las pruebas de aptitud, esta norma vuelve a incidir en la existencia de criterios de valoración que permitan establecer una selección de la demanda de puestos en los Centros de Enseñanza Superior impuesta por sus límites de capacidad.

Pero, a mayor abundamiento, el artículo 5.º, inciso 4 de este Decreto contiene un supuesto de segundas pruebas, posteriores a las de aptitud, que condiciona el acceso a determinados centros universitarios, en concreto, a las Facultades de Bellas Artes; en efecto, dicho precepto establece que «excepcionalmente, las Universidades, en atención a las aptitudes indispensables para el aprendizaje de las disciplinas propias de las Facultades de Bellas Artes, podrán efectuar a quienes soliciten ingresar en dichas Facultades, pruebas de evaluación de las aptitudes personales para las artes plásticas que en ningún caso consistirán en pruebas de conocimientos».

Asímismo, la Disposición Adicional Segunda a) establece que «aquellos alumnos cuya solicitud de ingreso en la Facultad de Medicina no hubiera podido ser admitida en el curso precedente, tendrá reservado el 40 por ciento de las plazas disponibles en las respectivas Facultades de Medicina, siendo condición indispensable el que se acredite haber aprobado en otra Facultad o Escuela Técnica Superior sobre las asignaturas de los estudios cursados como segunda o ulterior opción». Evidentemente, esta exigencia constituye, asímismo, otro supuesto de segundas pruebas para acceso a un centro de enseñanza superior, lo cual prescribe la antedicha Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 1982.

Todo cuanto antecede implica la necesidad de una parte, de que, a la mayor brevedad posible se lleve a efecto el doble mandato deducido de la Ley de Reforma Universitaria de 25 de agosto de 1983 en orden a la elaboración de la Ley de Acceso a los Centros Universitarios prevista en su artículo 25; y del desarrollo de la política de inversiones que adecuen capacidad en los centros y demanda social de puestos escolares en los mismos, determinada en el artículo 26».

El Real Decreto 943/1986, de 9 de mayo, por el que se regulan los procedimientos para el ingreso en los Centros Universitarios, que deroga el Decreto 1005/1985, de 26 de junio, se inspira en «la experiencia obtenida en la aplicación del referido Real Decreto», lo que «aconseja introducir modificaciones tendentes, fundamentalmente, a la revisión de los criterios de valoración utilizados, en la búsqueda de una estimación más estricta de los méritos académicos aducidos por cada aspirante a entrar en la Universidad».

La aplicación de la nueva regulación no ha impedido, sin embargo, la presentación en esta Institución de un elevadísimo número de quejas suscritas por estudiantes que, reuniendo los requisitos necesarios para acceder a la Universidad, no han sido admitidos en los Centros Universitarios que imparten los estudios a los que se sienten vocacionalmente inclinados.

La normativa vigente se basa en dos principios difícilmente conciliables. Por una parte, exige la superación de las Pruebas de Madurez para ingresar en la Universidad y, en base a ello, reconoce, a quienes las han superado, el derecho a acceder a los estudios universitarios. Por otra parte, establece que el acceso efectivo a un Centro Universitario está condicionado por la propia capacidad material de los Centros, a cuyo fin cada Universidad fijará el número de alumnos que podrán ser admitidos en cada Centro universitario, de acuerdo con los módulos objetivos establecidos por el Consejo de Universidades.

Dado que el acceso a la Universidad se concreta necesariamente en el estudio de un Centro universitario determinado, resulta que la aptitud reconocida —en las Pruebas correspondientes— puede quedar vaciada de contenido al no quedar garantizado el acceso al Centro universitario previamente elegido. No parece lógico, en efecto, que un estudiante, que desea estudiar Ingeniería de Telecomunicaciones, no se le admita en dicho Centro y se le ofrezca como alternativa el ingreso en la Facultad de Filosofía o en la Escuela Universitaria de Estudios Empresariales, pretendiendo justificar, de esta manera, el ejercicio efectivo de su derecho a estudiar en la Universidad, reconocido tras la superación de las Pruebas de Aptitud.

A este hecho hay que añadir que el título habilitante para acceder a la Universidad —superación de las pruebas de aptitud— está sometido a una

serie de variables dependientes de la fecha en que se ha obtenido —junio o septiembre—, de la existencia de una titulación previa, de la Universidad en que se ha alcanzado (Universidades que carecen del Centro universitario elegido) o de los estudios previos realizados, Formación Profesional).

Las quejas presentadas antes esta institución reflejan esta variedad de situaciones, que pueden sistematizarse en los siguientes apartados:

#### 1. Deficiencias de los baremos de selección establecidos.

La regulación vigente establece como criterio objetivo de selección, entre quienes tienen la aptitud para acceder a la Universidad, la calificación obtenida en las Pruebas de Madurez que, como es sabido, es la nota media resultante de promediar la puntuación obtenida en su día en las Pruebas de Madurez y la media del expediente académico del Bachillerato y del Curso de Orientación Universitario.

Este sistema, instaurado por la Ley 30/1974, de 24 de julio, pretende complementar la aleatoriedad de los resultados de unas pruebas específicas con el rendimiento académico del alumno en el Bachillerato y en el C.O.U. La bondad del sistema queda comprometida cuando excede el ámbito de valoración individual del estudiante y se convierte en un criterio de selección comparativo en el que una décima puede excluir a un alumno del ingreso en el Centro universitario elegido.

En efecto, las calificaciones obtenidas en los estudios previos, que pueden servir de criterio de información del rendimiento académico del estudiante, resultan cuando menos cuestionables si se utilizan como criterio de selección entre alumnos procedentes de Centros escolares diversos, donde el rigor o la flexibilidad en las calificaciones, puede provocar situaciones de manifiesta injusticia al utilizarlas como valoraciones objetivas para establecer criterios comparativos entre los aspirantes al acceso a un Centro universitario.

Al mismo tiempo, el contenido de las Pruebas de Madurez no permite garantizar, dada la diversidad de materias objetivas de valoración, la selección de los más idóneos, de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, para el acceso a un Centro Universitario determinado. El carácter común de las pruebas, en efecto, no puede seleccionar a los más idóneos, de acuerdo con su capacidad, conocimientos específicos y aptitud, para el

ingreso en un Centro universitario determinado. Por esta razón, el Real Decreto 943/1986, de 9 de mayo, autoriza la realización de pruebas específicas para el ingreso en la Facultad de Bellas Artes, «en atención a las aptitudes indispensables para el aprendizaje de las disciplinas propias» de la misma. Precedente que es de indudable aplicación a otras Facultades, especialmente, si, en atención a los principios de mérito y capacidad, se pretende seleccionar a los más idóneos.

## 2. Posible discriminación de los alumnos que superan las Pruebas de Madurez para ingreso en la Universidad.

La previsión establecida en el Real Decreto 943/1986, de 9 de mayo, de conceder prioridad en la elección de Centro a los alumnos que superan las Pruebas de Madurez en la convocatoria de junio en relación con los que la superen en la convocatoria de septiembre, es invocada en numerosas quejas, como un elemento de discriminación de estos últimos alumnos.

Ciertamente, la aplicación rigurosa de este criterio da lugar a que en numerosos Centros las plazas ofertadas se cubran únicamente con alumnos que han aprobado en la convocatoria del mes de junio, no teniendo ninguna posibilidad de acceder a dichos Centros quienes han superado dichas Pruebas en la convocatoria de septiembre.

En este supuesto, la calificación obtenida cede totalmente ante la fecha de la convocatoria, por lo que alumnos con un brillante expediente académico que, por causas ajenas a su voluntad —enfermedad, accidente, etc.— no han podido concurrir a la convocatoria de junio, se encuentran preteridos en relación con otros con calificación media inferior que han aprobado en la convocatoria de junio. Nuevamente estos criterios pueden conculcar los principios de mérito y capacidad que deben regir con carácter general el acceso a la Universidad.

## 3. Posible discriminación de los titulados universitarios.

El Real Decreto 943/1986 establece una reserva del cinco por cien de las plazas a favor de los titulados que aspiran a ingresar en Centros universitarios. Con esta medida se ha pretendido superar la discriminación en relación con estos titulados contenida en el Real Decreto 1005/1985, que reconocía prioridad absoluta, a estos efectos, a los no titulados sobre los titulados.

La adopción de esta medida correctora respecto a la normativa anterior no ha evitado que se planteen supuestos de marginación de titulados superiores que, habiendo obtenido calificaciones superiores en las Pruebas de Madurez o, incluso, siendo su calificación media universitaria superior a la de alumnos sin titulación previa, tengan estos últimos prioridad absoluta sobre aquéllos.

Más aún, la homologación a efectos de calificación media de titulaciones muy diferentes en cuanto a su dificultad y complejidad —Profesorado de EGB, Ingeniería, Medicina, Derecho, etc.—, no facilita la aplicación de los criterios de capacidad y mérito, dando lugar a situaciones tan singulares, como la expuesta por un promovente, que estando en posesión del título de Medicina no ha podido acceder a la Escuela de Enfermería por tener una calificación medio inferior a otros titulados en Profesorado de EGB, filosofía, etc.

#### 4. Posible discriminación de alumnos procedentes de Universidades que carecen de determinados Centros universitarios.

Numerosos promoventes alegan que se encuentran discriminados por carecer, en su propia Universidad, de los Centros en los que se imparten las enseñanzas que vocacionalmente han elegido. Los interesados se refieren, especialmente, a los estudios de Ingeniería de Telecomunicaciones y de Informática.

Coinciden los promoventes, en su exposición de los hechos, que al solicitar el ingreso en los Centros Universitarios, en que se imparten estas enseñanzas, los órganos competentes de la Universidad les informan que deben cursar el primer año de dichos estudios —curso común de Ingeniería— en la Universidad de origen y, posteriormente, cuando hayan superado satisfactoriamente dicho primer curso, que soliciten el traslado al Centro Universitario específico. Sin embargo, cuando están en condiciones de solicitar dicho traslado, como consecuencia de haber aprobado todas las asignaturas de primer curso, advierten que no les aplican las normas generales de acceso a la Universidad, sino los acuerdos de la Junta de Gobierno de la Universidad sobre traslados, previsto en el artículo 8.1 del Real Decreto 943/1986, de 9 de mayo.

El criterio restrictivo de dichos acuerdos hace prácticamente inviable, en la mayoría de los casos, la admisión de los traslados solicitados. Se produce,

también, en este caso un posible supuesto de trato desigual de estos alumnos en relación con los admitidos por el Centro para cursar el primer curso en el mismo, ya que estos últimos pueden acceder al segundo curso con asignaturas pendientes, mientras que los solicitantes del traslado, habiendo aprobado íntegramente el primer curso, no son admitidos en dicho Centro.

Previa petición de informe a la Universidad Politécnica de Madrid, se nos ha informado, en relación con este tema, que en dicha Universidad se han adoptado los siguientes acuerdos:

a) En relación con la Facultad de Informática, se han ofertado 20 plazas, han solicitado la admisión, procedentes de otras Universidades, 180 alumnos y han sido admitidos para cursar segundo curso 9.

b) En relación con la Escuela Técnica Superior de Ingenieros de Telecomunicación se han ofertado 80 plazas, han solicitado la admisión, procedentes de otras Universidades, 322 alumnos y han sido admitidos para cursar segundo curso 40.

Los datos expuestos son suficientemente expresivos de la fundada reclamación de los promoventes, que encuentran prácticamente cerradas las vías de acceso a los estudios vocacionalmente elegidos.

#### 5. Posible discriminación de alumnos procedentes de Formación Profesional.

El Real Decreto 943/1986, de 9 de mayo, establece que, para el ingreso en Escuelas Universitarias, los alumnos que hayan obtenido el título de Formación Profesional de Segundo Grado podrán acceder en tercer lugar, después de quienes han aprobado las Pruebas de Madurez en junio y en septiembre.

En este supuesto, teniendo dichos alumnos el requisito habilitante para acceder a dichas Escuelas, se encuentran preteridos en relación con los que han aprobado las pruebas de aptitud en la Universidad y, por consiguiente, con grandes dificultades para cursar los estudios en las Escuelas Universitarias de su elección.

Los supuestos planteados, con independencia del criterio que se sostenga sobre libre acceso a la Universidad, sin otras condiciones que las de mérito

y capacidad, requieren el desarrollo legislativo del artículo 25 de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria, al objeto de precisar los requisitos necesarios para acceder a la Universidad. Establecidos estos requisitos, las limitaciones establecidas en el artículo 26 de la misma Ley, como consecuencia de la capacidad real de los centros, deberá regularse respetando el principio de igualdad de oportunidades y, por tanto, equiparando a todos los que reúnan los requisitos exigidos para el acceso a la Universidad.

En el caso de que sea necesario limitar el acceso a un Centro determinado, atendiendo a su capacidad real, la selección consiguiente deberá estar presidida por los principios de capacidad y mérito en relación con la naturaleza específica de los estudios que se van a realizar en dicho Centro.

En consecuencia, los hechos y circunstancias descritos requieren la adopción de medidas legislativas que regulen el acceso a la Universidad, desarrollando plenamente el derecho a la educación de acuerdo con los principios de mérito y capacidad.

Por cuanto antecede, esta institución, en el ámbito de la facultad que le atribuye el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que se rige, formula a V.E. las siguientes recomendaciones:

1. El cumplimiento del mandato legal contenido en el artículo 25 de la Ley de Reforma Universitaria, de 25 de agosto de 1983, consistente en la remisión a las Cortes Generales del Proyecto de Ley regulador de los requisitos de acceso a la Universidad.

Dado que el acceso a la Universidad se concreta en el ingreso en un Centro Universitario determinado, tales requisitos deberán conjugarse con las limitaciones de capacidad establecidas en el artículo 26 de la citada Ley de Reforma Universitaria. Consecuentemente, en el supuesto de mantenerse las pruebas de acceso a la Universidad deberán relacionarse con Facultades o Escuelas concretas que permitan garantizar la admisión en las mismas teniendo en cuenta la aptitud específica para dichos estudios, haciendo efectivos los principios de capacidad y mérito reconocidos por la Constitución.

2. El desarrollo de una política de inversiones que permitan adecuar la demanda social de puestos escolares y puestos laborales con la capacidad real de los centros, de acuerdo con lo previsto en el artículo 26 de la Ley de Reforma Universitaria y las sugerencias contenidas en el Informe a las Cortes Generales, presentado por esta institución, en el año 1985.

Madrid, 5 de enero de 1987.

**Recomendación dirigida al Ministro de Educación y Ciencia.**

## INDICE ANALITICO DE RECOMENDACIONES

- Acceso a la Función Pública, **6, 7, 9, 40**
- Accidentes de trabajo
  - Responsabilidad empresarial, **4**
- Administración de Justicia
  - Notificación de sentencias, **11**
  - Publicación de edictos, **32**
  - Registro General de Juzgados, **13**
  - Remisión por correo certificado de actuaciones, **14**
- Administración local
  - Funcionarios, **9, 35**
  - Reclamaciones económico-administrativas, **54**
- Administración pública
  - Elecciones sindicales, **44**
  - Recursos contra decisiones jurisdiccionales, **21**
- Administración de lotería, **52**
- Adopción
  - Descanso por maternidad, **41**
- Arquitectos técnicos
  - Atribuciones profesionales, **29**
- Asistencia letrada, **3, 10**
- Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana
  - Mutualidad de Previsión Social, **24**
- Cuerpo administrativo de la Seguridad Social, **6**
- Cuerpo de Auxiliares Postales y de Telecomunicación, **7**
- Cuerpo Auxiliar de la Seguridad Social, **6**
- Derecho a la defensa, **46**
- Derecho a la intimidad
  - Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, **26**
- Desempleo
  - Subsidio, **20**
- Discriminación por razón de sexo
  - Minusválidos, **16**
  - Seguridad Social, **15**
- Edictos
  - Publicación, **32**
- Elecciones sindicales
  - Administración pública, **44**
- Emigrantes, **22**
- Enfermos mentales
  - Reclusos, **47**
  - Sanatorio de Conxo, **49**
- Expropiación forzosa
  - Yacimiento arqueológico, **18**
- Fuerzas y Cuerpos de Seguridad
  - Derecho a la intimidad, **26**
  - Ley, **50**
  - Organizaciones sindicales, **28**
- Funcionarios
  - Administración local, **9, 35**
  - Correos y Telégrafos, **7**
  - Oposiciones y concursos, **6, 7, 9, 40**
  - Seguridad Social, **6**

- Impuesto sobre el Valor Añadido
  - Vehículos, **53**
- Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
  - Pensionistas, **37**
- Ingenieros técnicos
  - Atribuciones profesionales, **29**
- Instituto Nacional de Empleo
  - Demandas de empleo, **20**
- Instituto Nacional de la Salud
  - Personal médico, **34**
  - Personal sanitario, **48**
  - Retribuciones, **45**
  - Instituto Social de las Fuerzas Armadas Prestación farmacéutica, **5**
- Jubilación
  - Funcionarios locales, **35**
- Jueces
  - Prescripción de faltas, **51**
- Juzgados
  - Registro general, **13**
- Magistrados
  - Prescripción de faltas, **51**
- Marina Mercante
  - Personal, **23**
- Médicos
  - Insalud, **34**
  - Mala práctica, **2**
  - Mensajeros, **19**
- Minusválidos
  - Seguridad Social, **16**
- Pensiones
  - Régimen Especial Agrario, **33**
  - Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez, **39**
  - Viudedad, **42**
- Personal sanitario de la Seguridad Social
  - Retribuciones, **48**
  - Traslados, **30**
- Policía
  - Derecho a la intimidad, **26**
  - Llamadas telefónicas, **27**
  - Organizaciones sindicales, **28**
- Prestaciones de la Seguridad Social
  - Especiales, **43**
  - Indebidas, **8, 38**
  - Subsidio temporal, **31**
- Profesores de EGB
  - Concurso de traslado, **1**
- Reclamaciones económico-administrativas
  - Entidades locales, **54**
- Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles
  - Regimiento de Movilización y Prácticas de Ferrocarriles, **17**
- Sanatorio Psiquiátrico de Conxo, **49**
- Seguridad Social
  - Cuerpo administrativo, **6**
  - Cuerpo auxiliar, **6**
  - Minusválidos, **16**
  - Personal sanitario, **30, 48**
  - Prestaciones, **8, 31, 38, 43**
  - Principio de igualdad, **15**
  - Régimen Especial Agrario, **33**
  - Viudedad, **42**
- Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez, **39**
- Sentencias
  - Notificación a presos, **11**
  - Recursos de la administración pública, **21**
- Teléfonos
  - Llamadas a la Policía, **27**
  - Zonas rurales, **25**
- Universidades
  - Acceso, **55**
- Vivienda
  - Arrendamiento, **12**
  - Equipamientos sociales, **36**