

**RECOMENDACIONES
Y SUGERENCIAS
1993**

DEFENSOR DEL PUEBLO

RECOMENDACIONES
y
SUGERENCIAS
1993

Madrid, 1994

Depósito Legal: M-33.590-1994
I.S.B.N.: 84-8782-20-8
Imprime: GALEA, S.A.

SUMARIO

	<u>Página</u>
Recomendación 1/1993, de 19 de enero , sobre requisitos para la obtención de títulos de especialidades en Ciencias de la Salud.....	11
Recomendación 2/1993, de 25 de enero , sobre abono de las becas de formación del personal investigador	14
Recomendación 3/1993, de 25 de enero , sobre imposición coactiva de reconocimiento físico	16
Recomendación 4/1993, de 10 de febrero , sobre unificación de criterio en la calificación de ejercicios de opositores, a plazas de Oficiales de la Administración de Justicia	19
Recomendación 5/1993, de 16 de febrero , sobre aplicación de reducciones por familia numerosa en los billetes del AVE.....	22
Recomendación 6/1993, de 17 de febrero , sobre proceso de asignación de destinos del voluntariado especial.....	24
Recomendación 7/1993, de 10 de marzo , sobre protección del derecho a la intimidad de los menores víctimas de un delito	26
Recomendación 8/1993, de 15 de marzo , sobre la hospitalización psiquiátrica como prestación de la Seguridad Social.....	29
Recomendación 9/1993, de 24 de marzo , sobre aplicación de las normas de seguridad e higiene en el trabajado a los funcionarios públicos.....	32
Recomendación 10/1993, de 29 de marzo , sobre selección de funcionarios de la escala sanitaria superior, en la Comunidad Autónoma de Aragón	35

Recomendación 11/1993, de 16 de abril , sobre desarrollo del proceso selectivo, correspondiente a 1992, para acceso al cuerpo de profesores de enseñanza secundaria, profesores técnicos de formación profesional y a otros cuerpos docentes	38
Recomendación 12/1993, de 19 de abril , sobre acreditación de las condiciones físicas y psíquicas para el reingreso al servicio activo de funcionarios docentes, dependientes del Ministerio de Educación y Ciencia..	42
Recomendación 13/1993, de 28 de abril , sobre falta de regulación de las actividades y productos utilizados en naturopatía y ciencias bioenergéticas...	46
Recomendación 14/1993, de 28 de mayo y 24 de junio , sobre instalación de oficinas de farmacia	49
Recomendación 15/1993, de 4 de junio , sobre selección y cese de personal interino y eventual en instituciones sanitarias de la Seguridad Social	52
Recomendación 16/1993, de 4 de junio , sobre abono del plus de residencia del personal estatutario al servicio de instituciones sanitarias de la Seguridad Social	55
Recomendación 17/1993, de 11 de junio , sobre publicidad de los procesos selectivos para el acceso a la función pública docente, en el ámbito de las islas Baleares	59
Recomendación 18/1993, de 15 de junio , sobre acceso a los concursos de traslado del sistema nacional de salud, del personal estatutario del Instituto Social de la Marina	61
Recomendación 19/1993, de 15 de junio , sobre selección de personal interino y eventual al servicio de instituciones sanitarias de la Seguridad Social	65
Recomendación 20/1993, de 15 de junio , sobre notificación e información a los interesados que han solicitado ingreso en residencias públicas de la tercera edad	68
Recomendación 21/1993, de 15 de junio , sobre información a los interesados para la obtención de plazas en centros públicos de atención a minusválidos	70
Recomendación 22/1993, de 23 de junio , sobre acreditación de las condiciones físicas y psíquicas para el reingreso al servicio activo de funcionarios docentes al servicio de la Generalidad de Cataluña	72
Recomendación 23/1993, de 23 de junio , sobre preferencia en materia de colocación de los titulares de familias numerosas.....	77

Recomendación 24/1993, de 23 de junio , sobre atribución de funciones a una sola categoría profesional	81
Recomendación 25/1993, de 25 de junio , sobre regulación de la situación de merma de facultades para el desempeño de la función docente	85
Recomendación 26/1993, de 6 de julio , sobre ayudas para la realización del proyecto de fin de carrera	89
Recomendación 27/1993, de 9 de julio , sobre proceso para la asignación de destinos	92
Recomendación 28/1993, de 9 de julio , sobre incompatibilidades de las pensiones de mutilación de la Ley 35/ 1980, con las del título II de la Ley 37/1984	102
Recomendación 29/1993, de 13 de julio , sobre programas de reducción de tiempos de espera para la realización de pruebas diagnósticas o intervenciones quirúrgicas.....	104
Recomendación 30/1993, de 15 de julio , sobre regulación de los supuestos en los que la carencia de director de tesis impide la presentación de la misma	107
Recomendación 31/1993, de 19 de julio , sobre instrucciones para la realización de registros y cacheos por miembros del Cuerpo Nacional de Policía.....	111
Recomendación 32/1993, de 20 de julio , sobre garantías en la tramitación de expedientes disciplinarios del personal militar	114
Recomendación 33/1993, de 20 de julio , sobre derechos de los usuarios del sistema sanitario público	115
Recomendación 34/1993, de 20 de julio , sobre requisitos formales de las resoluciones en materia de pensión de invalidez no contributiva	119
Recomendación 35/1993, de 30 de julio , sobre reconocimiento de pensión al personal integrado, con carácter provisional, en el Cuerpo Auxiliar Subalterno del Ejército de la II República	121
Recomendación 36/1993, de 4 de agosto , sobre adopción de medidas respecto a la tenencia y uso de armas del personal militar profesional, en supuestos de pérdida temporal de condiciones psicofísicas	124
Recomendación 37/1993, de 20 de agosto , sobre reconocimiento y abono de prestaciones familiares a funcionarios del Ayuntamiento de La Coruña....	126

Recomendación 38/1993, de 23 de agosto , sobre actuación de las Comisiones de Escolarización en la resolución de impugnaciones en materia de admisión de alumnos	128
Recomendación 39/1993, de 23 de agosto , sobre modificación normativa para la admisión de alumnos en los centros docentes sostenidos con fondos públicos.....	130
Recomendación 40/1993, de 6 de septiembre , sobre situación jurídica y asistencias de los extranjeros en España.....	136
Recomendación 41/1993, de 7 de septiembre , sobre situación jurídica y asistencial de los extranjeros en España	140
Recomendación 42/1993, de 7 de septiembre , sobre situación jurídica y asistencial de los extranjeros en España	142
Recomendación 43/1993, de 7 de septiembre , sobre situación jurídica y asistencial de los extranjeros en España	144
Recomendación 44/1993, de 19 de septiembre , sobre modificaciones efectuadas en relación con expedientes de comprobación de valores.....	147
Recomendación 45/1993, de 5 de octubre , sobre protección de menores en fronteras	149
Recomendación 46/1993, de 15 de octubre , sobre modificación de las bases de adjudicación de viviendas de promoción pública	152
Recomendación 47/1993, de 5 de noviembre , sobre necesidad de acelerar el proceso de elaboración de la Ley Básica de Vías Pecuarias.....	154
Recomendación 48/1993, de 5 de noviembre a 30 de diciembre , sobre necesidad de garantizar la conservación y defensa de las vías pecuarias.....	156
Recomendación 49/1993, de 8 de noviembre , sobre insuficiencia de datos en el periodo de información pública de expedientes de solicitud de concesión de explotaciones mineras.....	158
Recomendación 50/1993, de 8 de noviembre , sobre defectos formales de las notificaciones remitidas en procedimientos recaudatorios en vía de apremio	161
Recomendación 51/1993, de 8 de noviembre , sobre revisión de liquidación tributaria.....	163
Recomendación 52/1993, de 8 de noviembre , sobre devolución de cantidades ingresadas indebidamente.....	165

Recomendación 53/1993, de 8 de noviembre , sobre procesos de selección para la concesión de becas de investigación	167
Recomendación 54/1993, de 8 de noviembre , sobre cómputo de años de permanencia en situación de excedencia voluntaria, para el reingreso al servicio activo de funcionarios docentes	169
Recomendación 55/1993, de 17 de noviembre , sobre modificación de criterios en los certificados de características técnicas de los vehículos	172
Recomendación 56/1993, de 18 de noviembre , sobre efectos de los ascensos, a título póstumo, en las pensiones a familiares de fallecidos en la Guerra Civil.....	174
Recomendación 57/1993, de 22 de noviembre , sobre práctica profesional de los médicos residentes y sobre derechos de los usuarios del sistema sanitario público	178
Recomendación 58/1993, de 22 de noviembre , sobre confidencialidad de los datos personales y asistenciales que figuren en la historia clínica.....	183
Recomendación 59/1993, de 22 de noviembre , sobre selección del personal interino y eventual de instituciones sanitarias de la Seguridad Social.....	186
Recomendación 60/1993, de 22 de noviembre , sobre reconocimiento al derecho de pensión de viudedad al cónyuge superviviente de matrimonio declarado nulo	188
Recomendación 61/1993, de 22 de noviembre , sobre selección de personal laboral en determinada empresa pública.....	191
Recomendación 62/1993, de 9 de diciembre , sobre validez de las traducciones oficiales, realizadas por organismos y personas habilitadas para ello, de los permisos de conducir expedidos en países no comunitarios	193
Recomendación 63/1993, de 13 de diciembre , sobre reclamaciones y recursos planteados por participantes en pruebas selectivas	196
Recomendación 64/1993, de 13 de diciembre , sobre protección de los consumidores en celebración de contratos de multipropiedad	202
Recomendación 65/1993, de 17 de diciembre , sobre convocatorias de concursos de traslados.....	204

Recomendación 66/1993, de 17 de diciembre , sobre modificación de la normativa del Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos, en relación con la exigencia del pago de cuotas por períodos en los que no se ha ejercido actividad, como consecuencia de la presentación del parte de baja fuera del plazo establecido	209
Recomendación 67/1993, de 21 de diciembre , sobre devolución de precios públicos académicos indebidamente ingresados	214
Recomendación 68/1993, de 21 de diciembre , sobre control preventivo de solicitudes de licencia para establecimiento de locales de esparcimiento y ocio	219
Recomendación 69/1993, formulada con ocasión del informe a las Cortes Generales correspondiente a 1993 , sobre instrucciones que garanticen la unidad de criterio en la aplicación del artículo 20 de la Ley Orgánica 1/1992, de 11 de febrero, Sobre Protección de la Seguridad Ciudadana	221
Recomendación 70/1993, formulada con ocasión del informe de las Cortes Generales correspondiente a 1993 , sobre aplicación de medidas coercitivas por funcionarios de Prisiones	223
Recomendación 71/1993, formulada con ocasión del informe a las Cortes Generales correspondiente a 1993 , sobre derecho a la intimidad en los centros penitenciarios	226
Recomendación 72/1993, formulada con ocasión del informe a las Cortes Generales correspondiente a 1993 , sobre internos clasificados en primer grado, primera fase	229
Recomendación 73/1993, formulada con ocasión del informe a las Cortes Generales Correspondientes a 1993 , sobre suspensión de la ejecución de actos administrativos para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva	233
Recomendación 74/1993, formulada con ocasión del informe a las Cortes Generales correspondientes a 1993 , sobre modificación del régimen jurídico de la propiedad horizontal, para eliminar la exigencia de quorum alguno para la adopción de acuerdos que tengan por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas	237
Recomendación 75/1993, reflejada en el informe a las Cortes Generales correspondiente a 1993 , sobre información a los compradores de armas blancas respecto de las condiciones de su posesión y uso	239

Recomendación 76/1993, reflejada en el informe a las Cortes Generales correspondiente a 1993, sobre necesidad de dictar resolución favorable o denegatoria de la declaración de objeción de conciencia, en las solicitudes presentadas.....	242
Recomendación 77/1993, reflejada en el informe a las Cortes Generales correspondiente a 1993, sobre garantías en la concesión de permisos penitenciarios	244
Índice analítico de las recomendaciones	246

Recomendación 1/1993, de 19 de enero, sobre requisitos para la obtención de títulos de especialidades en Ciencias de la Salud.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 431).

El firmante de la queja, en su calidad de presidente de la Sociedad Española de Inmunología, planteaba diversas cuestiones relacionadas con la actual imposibilidad de obtener el título de especialista en inmunología por parte de profesionales de la sanidad que no ostenten el título de licenciado en Medicina y Cirugía, al estar reducidas en la actualidad las posibilidades de concesión de este título a las previsiones contenidas en el Real Decreto 127/1984, de 11 de enero, por el que se regula la obtención de títulos de especialidades.

A este respecto el formulante de la queja manifestaba que la Inmunología, como ciencia interdisciplinaria que es, se ejerce en la actualidad por múltiples licenciados (biólogos, médicos, químicos, farmacéuticos, veterinarios...), los cuales, independientemente de su licenciatura, pueden optar a ocupar plazas en propiedad por oposición y desarrollar su profesión en organismos académicos y científicos. Sin embargo, el requisito de ostentar el título de especialista y/o acreditar la formación como Interno Residente en Inmunología impide sistemáticamente que ciertos inmunólogos cualificados opten a ocupar plazas en propiedad por oposición en las instituciones sanitarias, o desarrollar en ellas su profesión.

El representante de este colectivo afirmaba que en octubre de 1990 le fue comunicado por el Consejo Nacional de Especialidades Médicas que se encontraba en estudio la posibilidad de regularizar la situación de aquellos profesionales que, habiendo completado su programa de formación, no habían tenido acceso al título de especialista.

Por otra parte, esta institución tuvo conocimiento de que por los organismos públicos competentes se estaba trabajando en la elaboración de un texto único que posibilitara la formación necesaria y la obtención de los

títulos de especialidades por parte de todos los profesionales de las Ciencias de la Salud.

En virtud de ello, y al amparo de lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, en julio de 1992 nos pusimos en contacto con la Dirección General de Enseñanza Superior, solicitando información al respecto.

En contestación a ello, el órgano consultado comunicó a esta institución, mediante escrito de 20 de octubre de 1992, que la problemática relacionada con los títulos de especialista para licenciados que no fueran médicos o farmacéuticos no había sido aún resuelta, a pesar de los diversos intentos llevados a cabo, al parecer, por el Ministerio de Educación y Ciencia y por el Ministerio de Sanidad y Consumo.

Según se indica en el informe de la Dirección General de Enseñanza Superior, el motivo principal por el que aún no se ha dado una solución a lo anterior estriba en la dificultad de conjugar los derechos que puedan reconocerse a estos licenciados dentro del marco de la legislación actualmente vigente sobre las especialidades sanitarias o relacionadas con las ciencias de la salud.

En este sentido, la citada Dirección General señala que los problemas para el acceso a todas y cada una de las especialidades reconocidas no sólo afectan a los licenciados a los que se refiere el formulante de la queja, sino también incluso a los propios médicos y farmacéuticos, y ello debido a que el desarrollo científico de las Ciencias de la Salud ha superado las previsiones recogidas en el Real Decreto 127/84, de 11 de enero, por el que se regula la formación médica especializada y la obtención del título de médico especialista, así como en el Real Decreto 2708/1982, de 15 de octubre, por el que se regulan los estudios de especialización y la obtención del título de farmacéutico especialista.

Por último, la Dirección General de Enseñanza Superior ha manifestado a esta institución que, a la vista de cuanto antecede, “se hace necesaria una revisión en profundidad de la legislación actualmente en vigor, que podría necesitar la promulgación de una norma con rango de ley”.

Esta necesidad, señalada por la Dirección General de Enseñanza Superior, e insistentemente reclamada a través de las numerosas quejas que en el mismo sentido vienen recibándose en esta institución, debe considerarse derivada, no sólo de la creciente demanda sanitaria de especialistas —hecho este que por sí solo debería estimarse suficientemente justificativo—, sino también de la propia exposición de motivos de la primera de las disposiciones normativas mencionadas, publicada el 31 de enero de 1984, en la que ya se indicaba que “... el nuevo Estado de las Autonomías, los acuerdos que habrán

de establecerse para integración en la Comunidad Económica Europea, las directivas de la Organización Mundial de la Salud —orientadas a alcanzar la salud para todos en el año 2000—, el desarrollo de la Ley de Reforma Universitaria, junto con la existencia de un considerable paro de jóvenes licenciados, obligarán a introducir nuevos cambios en esta legislación. Por estas razones, las innovaciones que se introducen son necesariamente transitorias y pretenden sólo avanzar algo más hasta conseguir en un próximo futuro, la mejor legislación posible en esta materia...”

Por consiguiente, al amparo de lo que establece el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que se regula esta institución, formulamos a V.E. la siguiente recomendación: «Que se proceda a la revisión y actualización de las normas que regulan los requisitos para la obtención de los títulos de especialidades en Ciencias de la Salud».

Madrid, 19 de enero de 1993.

Recomendación dirigida al Secretario de Estado de Universidades e Investigación.

Recomendación 2/1993, de 25 de enero, sobre abono de las becas de formación del personal investigador.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 602).

Respecto a las dotaciones económicas mensuales de las becas para formación del personal investigador, convocadas por esa Consejería —cuya denuncia respecto de las demoras que parecían venir produciéndose en los respectivos ingresos constituyó el único motivo de intervención de esta institución—, en el escrito de V.E. se manifiesta que la mención de la “dotación mensual” que comprende la beca no significa que los pagos deberán ser efectuados mensualmente sino que tales pagos “se vienen realizando trimestrales o semestrales”.

A continuación, en el informe de V.E. se relata el proceso contable seguido para abonar la beca de formación de personal investigador obtenida por el formulante de la queja y por el resto de beneficiarios, proceso que comienza el 8 de octubre de 1991, con la propuesta del documento contable “D” (gasto comprometido), y no finaliza hasta el mes de marzo de 1992, en el que se procede a efectuar las transferencias correspondientes a los pagos de las becas concedidas.

En primer lugar y partiendo de la primera información que en el escrito de esa Consejería se traslada, debemos señalar nuestra discrepancia con el criterio manifestado por V.E., respecto a que las dotaciones mensuales de las becas no deban ser efectuadas mensualmente. En este sentido, no parece que la interpretación de V.E. pueda considerarse avalada, no ya sólo por la literalidad de las órdenes de convocatoria de tales becas, en la que se prevén dotaciones de cantidades mensuales, sino tampoco por la propia finalidad de las mismas, que justifica la condición de disfrute de la beca de forma incompatible con cualquier otra retribución.

Por otra parte, tampoco podría estimarse excusable el dilatado ciclo contable relatado por V.E. para el pago de las dotaciones, cuya duración

parece suponer un mínimo de 5 meses desde el vencimiento de la primera mensualidad, debiendo considerarse indiferente para esta apreciación el hecho de que en la misma transferencia por la que se hizo efectiva al formulante de la queja la dotación correspondiente a los 6 primeros meses, se adelantara también el pago de los 6 últimos.

Esta institución, partiendo de la obligación de esa Consejería de abonar dotaciones de las citadas becas al vencimiento de cada mes, considera que deberían utilizarse mecanismos que, sin vulnerar la legalidad presupuestaria, permitieran el pago puntual de las cantidades, iniciando para ello el proceso contable con la antelación suficiente, o, en su caso, actualizando la compleja tramitación que hasta ahora viene utilizándose con el consiguiente perjuicio para los beneficiarios.

En atención a lo expuesto, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que se regula el Defensor del Pueblo, esta institución ha acordado formular a VE, la siguiente recomendación: «Que se adopten las medidas oportunas que permitan el abono de las becas de formación del personal investigador inmediatamente después del vencimiento de cada mes».

Madrid, 25 de enero de 1993.

Recomendación dirigida al Consejero de Cultura, Educación y Ciencia de la Generalidad Valenciana.

Recomendación 3/1993, de 25 de enero, sobre imposición coactiva de reconocimiento físico.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 91).

En el escrito de referencia, se informa sobre las actuaciones practicadas por funcionarios policiales adscritos a ese ayuntamiento que motivaron la detención y puesta a disposición judicial de la Sra. B. y de don M. M. M.

Por otra parte se manifiesta que la Sra. B. fue objeto de un cacheo minucioso en la comisaría de Centro, diligencia policial previa al ingreso a los calabozos, que como se indica en el informe no debe obviarse, ante la posibilidad de que, bien entre sus ropas o en su anatomía pueda hacerse ocultación de objetos con los que pudiera lesionarse o bien de pruebas que le pudieran inculpar, no existiendo instrucciones concretas a este respecto, y dejándose a criterio del agente la realización de esta medida.

De la documentación que se adjunta a su informe se observa la declaración efectuada por la policía doña que reconoce “indiqué a la detenida que se desnudara, orden que efectivamente cumplió, procediendo al minucioso cacheo de la misma, cuestión ésta que es habitual en los detenidos antes de ingresarlos en los calabozos”.

Intervenciones realizadas por esta institución han motivado, por ejemplo en el ámbito penitenciario, que un juzgado de vigilancia penitenciaria informara que estos registros efectuados a familiares y visitantes de presos se llevaran a cabo cuando existieran sospechas razonables de la posible producción de una alteración del orden del establecimiento o de un incumplimiento de la Ley y Reglamento Penitenciario, y que, en cualquier caso, esta posibilidad extrema debe siempre realizarse con el respeto debido a la dignidad de la persona.

Esta información debe ser completada con el criterio sostenido por la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilícito de Drogas respondiendo a la consulta formulada por la Dirección General de la Guardia

Civil sobre reconocimiento interno de los viajeros al pasar por las aduanas, siempre que la persona a reconocer no alegue embarazo, lesión u otra causa justificada. Esta consulta fue respondida el 4 de diciembre de 1984 y de ella pueden destacarse las siguientes consideraciones que transcribimos literalmente:

“La imposición coactiva del reconocimiento físico a una persona en las cavidades internas de su cuerpo no parece compatible con el derecho a la intimidad personal que garantiza el artículo 18.1 de la Constitución. Es criterio de este Fiscal Especial que, si del reconocimiento externo del cuerpo de la mujer sobre la que recayere sospechas se dedujere la posibilidad de que llevase en el interior de su organismo alguna sustancia estupefaciente y se negare a ser reconocida en su interior, incluso por personal facultativo, debe levantarse un acta en que conste dicha negativa y los signos externos que dieran pábulo a la sospecha, remitiendo el acta a la autoridad judicial para que la misma valore, según su prudente criterio, la fuerza probatoria de tales extremos”.

Por último, esta institución tramitó, de oficio, un expediente en el que a unas personas que habían sido detenidas y conducidas a una comisaría, les obligaron a desnudarse y hacer flexiones, antes de proceder a su ingreso en los calabozos de la dependencia policial.

Al parecer, según manifestó un policía a los detenidos esta práctica era habitual en esos casos y tenía como finalidad averiguar si portaban algún objeto en su cuerpo.

Entendiendo esta institución que esta práctica policial, efectuada con carácter general, podría ser inconstitucional, solicitó información al respecto de la Delegación del Gobierno, que manifestó que la citada práctica estaba expresamente prohibida.

Finalmente, la sentencia 37/1989, de 15 de febrero, del Tribunal Constitucional, establece en su fundamento jurídico séptimo lo siguiente:

“La Constitución garantiza la intimidad personal (art. 18.1), de la que forma parte la intimidad corporal, de principio inmune, en las relaciones jurídico-públicas que ahora importan, frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona, cuyo sentimiento de pudor queda así protegido por el ordenamiento, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la comunidad.

Tal afectación del ámbito de la intimidad es posible sólo por decisión judicial que habrá de prever que su ejecución sea respetuosa de la dignidad de la persona y no constitutiva, atendidas las circunstancias del caso, de trato degradante alguno (arts. 10.1 y 15 de la Constitución). ... Lo que sí es

manifiesto es que la intimidad quedó afectada o comprometida en el supuesto actual, pues en orden a la identificación del ámbito constitucionalmente protegido, por íntimas se han de tener las partes del cuerpo que se ordenaba someter a examen.”

Por todo lo anterior y tomando en consideración que los registros o cacheos no pueden llegar a comprender, con carácter general, el desnudo de la persona detenida, restringiéndose esta posibilidad a supuestos extremos en que se considere necesario por razones muy concretas, esta institución en base a lo establecido en el artículo 28 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, formula a V.E. la siguiente recomendación: «Que por V.E. se dicten las instrucciones oportunas para que los registros y cacheos, efectuados por agentes policiales afectos a ese ayuntamiento, no supongan ni una vulneración de la intimidad, ni un trato vejatorio o degradante para las personas detenidas y que, en todo caso, ante las posibles sospechas de que la persona en cuestión llevase en su interior alguna sustancia estupefaciente y se negare a ser reconocida en su interior, incluso por personal facultativo, se levante un acta en que conste dicha negativa y los signos externos que dieren pábulo a la sospecha, remitiendo el acta a la autoridad judicial para que la misma valore, según su prudente criterio, la fuerza probatoria de tales extremos».

Madrid, 25 de enero de 1993.

Recomendación dirigida al Alcalde de Madrid.

Recomendación 4/1993, de 10 de febrero, sobre unificación de criterio en la calificación de ejercicios de opositores a plazas de Oficiales de la Administración de Justicia.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 561).

Agradecemos sinceramente su atento escrito de fecha 1 de febrero de 1993, en relación con la queja que tienen planteada ante esta institución varios opositores al Cuerpo de Oficiales de la Administración de Justicia.

En dicho escrito nos comunica que por ese Ministerio se han estimado parcialmente los recursos planteados por determinados opositores que no figuraban como aprobados en la resolución de la Dirección general de Relaciones con la Administración de Justicia de 7 de septiembre de 1992 (Boletín Oficial del Estado de 15 de septiembre), por la que se publicó la relación definitiva de aspirantes que superaron las pruebas selectivas para ingreso en el Cuerpo de Oficiales de la Administración de Justicia.

En consecuencia, se ha ordenado al Tribunal calificador la revisión del segundo ejercicio, tanto de los recurrentes como de los aspirantes que figuran en la lista definitiva como aprobados, revisión que deberá efectuarse de acuerdo con los criterios valorativos contenidos en la Circular del Tribunal nº 1 de 26 de mayo de 1992.

Asimismo, en dicho escrito nos informa de la imposibilidad de revisar los exámenes de aquellos opositores que no recurrieron la lista definitiva de aprobados.

Se alega que el acto administrativo quedó consentido por la pasividad de los no recurrentes, adquiriendo firmeza, y por otra parte que la revisión de oficio del acto administrativo afectaría a los presuntos “derechos de aquellas personas que no fueron incluidas en la relación definitiva que ha sido impugnada”.

A la vista de cuanto antecede, esta institución estima necesario dar traslado a V.I. de las siguientes consideraciones:

1º El artículo 14 de la Constitución Española, que establece con carácter general el principio de igualdad de todos los españoles ante la ley, tiene su concreción, en lo que respecta al acceso a la función pública, en su artículo 23 que establece que todos los ciudadanos tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos.

Entiende esta institución que la decisión adoptada por ese ministerio en la resolución del recurso de reposición que nos ocupa pudiera vulnerar el artículo 23.2 de la Constitución española, ya que difícilmente puede predicarse la igualdad cuando se corrigen con criterios diferentes los ejercicios de los participantes en una misma prueba selectiva.

2º Se nos dice también que los opositores no recurrentes consintieron tácitamente el acto administrativo. En cuanto a esta afirmación, indudablemente puede entenderse que no recurrieron por estar conformes con la calificación que se efectuó inicialmente y con los criterios empleados en dicha calificación, pero una vez que se modifican tales criterios, como ha ocurrido en el presente caso, no puede entenderse de ningún modo que se mantuviera aquella conformidad tácita, puesto que ha variado un elemento sustancial, como es el criterio de calificación.

3º Por otra parte, se hace referencia a la gran dificultad que supone la revisión de oficio de los actos administrativos declarativos de derechos, en concreto, de los supuestos derechos derivados de la resolución de 7 de septiembre de 1992.

Y así, ese ministerio considera que sería necesario acudir a la vía del artículo 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo para la revisión de dicho acto, en cuanto que fija definitivamente la situación jurídica de los opositores suspendidos no recurrentes, situación calificada por ese ministerio como declarativa de derechos a su favor.

Indudablemente, los límites fijados en el artículo 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo para la revisión de oficio de la actuación administrativa, en los supuestos de anulabilidad, se establecen como garantía de los derechos de los administrados frente a la actuación administrativa y la facultad de revocación de sus propios actos.

Ahora bien, si no se trata de actos declarativos de derechos, como es, a juicio de esta institución, el caso de los opositores suspendidos, a los que no se les ha declarado derecho alguno, no cabe hablar de garantías de los mismos ni oponer las limitaciones que la ley establece para la revisión de oficio.

Esta institución entiende, por tanto, que no son de aplicación dichas limitaciones a efectos de impedir que puedan ser calificados sus ejercicios con arreglo al criterio de igualdad constitucionalmente exigido y antes citado.

Por todo cuanto antecede, el Defensor del Pueblo, en el ejercicio de las atribuciones conferidas por los artículos 54 de la Constitución española y 30.1 de su Ley Orgánica reguladora, se ve en la necesidad de recomendar a V.I. la adopción de las medidas oportunas en orden a que sean calificados los participantes en el segundo ejercicio de las oposiciones mencionadas con arreglo a un mismo criterio de calificación.

Madrid, 10 de febrero de 1993.

Recomendación dirigida al Subsecretario del Ministerio de Justicia.

Recomendación 5/1993, de 16 de febrero, sobre aplicación de reducciones por familia numerosa en los billetes del AVE.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 306).

Mediante escrito de fecha 7 de octubre de 1992, se dio traslado a esa Presidencia de la queja presentada ante esta institución por la Federación Nacional de Asociaciones de Familias Numerosas.

El firmante exponía que la Asociación que preside había tenido conocimiento de que RENFE no estaba aplicando a los precios de los billetes del AVE las reducciones que la legislación de protección de familias numerosas establece para todas las tarifas y complementos especiales de ferrocarril.

Con fecha 27 de octubre del presente año, esa presidencia daba respuesta a nuestra solicitud de informe en los siguientes términos:

“Todos los servicios ferroviarios ofrecen reducciones sobre los precios de las tarifas generales en todas sus clases. Sin embargo, el Reglamento que, con fecha 23 de diciembre de 1971, desarrolla la Ley de Protección a las Familias Numerosas, en su artículo nº 47, excluye, desde ese momento, los billetes que tengan consideración de transporte de lujo y hace mención expresa de los correspondientes a la ocupación de cama.

Se deduce, de esta forma, que es la propia Ley, y no RENFE, la que realiza una distinción expresa entre las diferentes clases de ferrocarril. Considera determinadas clases como “transporte de lujo”, al que se ofrecen numerosas alternativas de viaje susceptibles de ser utilizadas por el usuario del ferrocarril que no desee realizar el desembolso que supone un billete de estas características.

El AVE, como producto nuevo que es, presenta una clara analogía con un billete de cama, ya que todavía hoy RENFE ofrece numerosas alternativas de

viaje, entre las que se encuentran los trenes Talgo que también utilizan el nuevo corredor ferroviario Madrid-Sevilla.

Por todo ello, RENFE no contempla la posibilidad, por el momento, de que las familias numerosas se beneficien de descuentos en las tarifas de los billetes de tren AVE. A pesar de ello, RENFE tiene presente, en todos sus estudios de demanda de la nueva línea, las características de los viajeros del tren AVE, de forma que pueda aplicar, en caso de ser aconsejable, cualquier tipo de descuentos en un futuro próximo.”

Sin embargo, tras analizar el contenido del informe de esa presidencia, conviene precisar que el artículo 47 del Decreto 3140/1971, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Protección a las Familias Numerosas establece, para los miembros de éstas, reducciones de entre el 20% y el 50% sobre todas las tarifas y complementos especiales de ferrocarril y otros medios de transporte.

En este sentido, se especifica que, para el caso concreto del transporte ferroviario, las citadas reducciones se aplicarán sobre los precios de las tarifas generales en todas sus clases, así como sobre los complementos que se tengan establecidos para la utilización de determinados trenes, con exclusión de los correspondientes a la ocupación de la cama.

De lo anterior, parece deducirse que la única limitación que contempla el citado Reglamento a la aplicación de las reducciones mencionadas es la que afecta a los complementos por utilización de coche cama, no haciéndose en el citado artículo alguna entre “transporte de lujo” y otras alternativas de transporte, y sin que, por otra parte, pueda considerarse correcta la analogía que se hace en su escrito entre el billete de AVE y el billete de cama.

Por todo lo anterior, esta institución, de conformidad con las previsiones que contempla el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, ha acordado dirigir a V.E. la siguiente recomendación: «Que se apliquen a los precios de los billetes de AVE las reducciones que la legislación de protección de familias numerosas establece para las tarifas y complementos especiales de ferrocarril, con las únicas limitaciones que se contemplan en la misma».

Madrid, 16 de febrero de 1993.

Recomendación dirigida a la Presidenta de RENFE.

Recomendación 6/1993, de 17 de febrero, sobre proceso de asignación de destinos del voluntariado especial.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 226).

A la vista del citado informe, esta institución considera que la adopción de medidas para evitar las prácticas puestas de manifiesto, que alteran el principio de igualdad de oportunidades en la prestación del servicio militar, no responde a unos criterios objetivos.

La dificultad de acreditar las prácticas abusivas no puede suponer, en ningún caso, que se utilice como una fórmula encubierta de sanción, la medida de destinar a las demarcaciones territoriales o unidades en donde mayores sean las necesidades del servicio, a quienes de mala fe solicitan su baja sin ningún motivo específico.

De otro lado, el nuevo diseño de asignación de destinos establecido en la Orden 69/1992, de 25 de septiembre, al amparo del artículo 15.1 de la Ley Orgánica 13/1991 de 20 de diciembre, del Servicio Militar, hace aconsejable que, en todos los casos, y a fin precisamente de garantizar ese principio de igualdad de oportunidades, quepa solicitar la prestación del servicio militar en una determinada localización geográfica o unidad a todos aquellos que cumplen su servicio militar, incluso con el carácter de voluntario.

Por todo ello, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 30.1 de nuestra ley orgánica reguladora, y al objeto de evitar prácticas abusivas en la solicitud de baja de quienes acceden al servicio militar en sus modalidades de voluntariado especial y de servicio para las modalidades de mando, se ha valorado la conveniencia de formular a V.E. la siguiente recomendación: «Que durante cada año, quienes vayan a incorporarse al servicio militar, incluso en las aludidas modalidades, de carácter voluntario, suscriban el documento de petición de destino previsto en la Orden Ministerial 72/1992, de 30 de septiembre, y entren en consecuencia, dentro del proceso de asignación de destinos, previsto en dicha orden, al objeto de que si se produce su baja por motivos diferentes a los físicos, tengan un destino para el

cumplimiento del resto de su servicio militar en igualdad de condiciones que quienes acceden al mismo como militares de reemplazo con carácter forzoso».

Madrid, 17 de febrero de 1993.

Recomendación dirigida al Ministro de Defensa.

Recomendación 7/1993, de 10 de marzo, sobre protección del derecho a la intimidad de los menores víctimas de un delito.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 87).

Como V.E. conoce el Defensor del Pueblo desde el inicio de su actividad ha venido prestando especial atención a la situación de los menores en nuestro país y a la necesidad de garantizar y proteger los derechos que les reconocen tanto la Constitución y los convenios internacionales sobre la materia, como la legalidad vigente, en un esfuerzo que sabemos compartido por esa Fiscalía General.

Así, en el curso de estos años esta institución, además de las quejas singulares investigadas sobre esta materia, ha formulado diversas recomendaciones, de muchas de las cuales se ha dado traslado a V.E., que tenían por finalidad profundizar en la garantía y protección de los derechos fundamentales del menor.

En este orden de cosas, preocupa a esta institución la aparición durante estos días, en distintos medios de comunicación, de abundantes referencias a un hecho presuntamente delictivo recientemente acaecido, del que ha resultado víctima presunta una menor, al parecer, de cinco años de edad.

Esta preocupación deriva del hecho de que en estas noticias se suele hacer referencia a los datos de identificación, nombre y apellidos, de esta menor, recogándose también, en los medios que materialmente lo permiten, su imagen.

El presunto hecho delictivo antes referido es un acaecimiento público de indudable trascendencia social y consiguiente interés informativo, encontrándose amparada la información sobre dicho suceso por el legítimo ejercicio de las libertades de expresión y de información reconocidas en el artículo 20 de la Constitución.

Ahora bien, el ejercicio de ambas libertades, en la medida en que no pueden ser consideradas absolutas y carentes de límites, debe ser cohonestado, tal y como expresamente establece el artículo 20.4 de la Constitución, con los también derechos fundamentales al honor, la intimidad y la propia imagen, añadiendo dicho precepto otro límite de especial interés en relación con el caso que nos ocupa, la protección de la juventud y de la infancia.

Los dos extremos que han quedado apuntados, esto es, el esencial papel que en una sociedad democrática supone el ejercicio de las libertades de expresión y de información, y la no configuración de ambas libertades como derechos fundamentales carentes de límites, han sido suficientemente destacados por la jurisprudencia constitucional (por todas STC dictada en recurso de amparo 909/85).

Es por ello por lo que la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, establece las garantías que deben respetarse para que no se produzca una vulneración de estos derechos fundamentales, incluso cuando entren en conflicto con otros derechos fundamentales que, como las libertades de expresión y de información, se encuentren también reconocidos por la norma fundamental.

Razones obvias de protección a los ciudadanos menores de edad, aconsejaron al legislador a extremar estas garantías cuando los derechos fundamentales regulados por esta ley orgánica son atribuidos a los menores.

Esta especial protección del menor de edad deriva no sólo de las exigencias contenidas en el párrafo 4 del artículo 20 de la Constitución, sino también de algunos convenios internacionales suscritos por nuestro país, en los que se otorga una protección reduplicada al ámbito de privacidad de los menores de edad. Así, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 6 de diciembre de 1990 en su artículo 16.

En este marco, el artículo 2 de la citada ley orgánica considera como uno de los supuestos en los que no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido por la ley orgánica cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso, señalando su artículo 3 las especiales garantías que deben rodear en estos casos el consentimiento del menor, estableciendo que, salvo en los casos en que éste goce de la suficiente madurez, sus representantes legales deben otorgarlo por escrito, consentimiento éste, que carecerá de validez hasta tanto sea ratificado por el Ministerio Fiscal y, en caso de oposición, resolverá el juez.

Así pues, la previa remisión por el representante legal del menor al Ministerio Fiscal del consentimiento proyectado para su ratificación, en su caso, se configura como una auténtica *conditio iuris* de la eficacia de dicho consentimiento.

De lo expuesto se desprende que la ley orgánica mencionada otorga al Ministerio Fiscal un activo y esencial papel en la protección de los derechos fundamentales al honor, la intimidad y la imagen del menor, en directa consonancia con las competencias que al Ministerio Fiscal asigna el artículo 3.7 de su Estatuto Orgánico en orden a la protección del menor y con las funciones constitucionales del Ministerio Fiscal en relación con la defensa de la legalidad, del interés público y social y de los derechos de los ciudadanos.

Por todo cuanto antecede, esta institución ha valorado la necesidad de dirigirse a esa Fiscalía General, al amparo de lo dispuesto en el artículo 19.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, dando traslado a V.E. de estos antecedentes para que puedan ser valorados por el Ministerio Fiscal dentro del ámbito de las competencias que tiene legalmente asignadas en orden a la protección de los menores de edad.

Madrid, 10 de marzo de 1993.

Recomendación dirigida al Fiscal General del Estado.

Recomendación 8/1993, de 15 de marzo, sobre la hospitalización psiquiátrica como prestación de la Seguridad Social.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 327).

Como V.I. conoce, a lo largo de los años de funcionamiento de esta institución, se ha venido destacando el grave problema que supone la falta de cobertura, por parte de la Seguridad Social, de la hospitalización psiquiátrica, con la consecuencia, para los enfermos mentales o para sus familiares, de tener que sufragar los gastos de internamiento, a pesar de la constante jurisprudencia sobre este aspecto.

En efecto, en aquellos supuestos en que enfermos beneficiarios de la Seguridad Social son remitidos, para su oportuno tratamiento, a los hospitales psiquiátricos, son los propios pacientes quienes se ven obligados a sufragar los gastos de hospitalización aún cuando, como consecuencia de la inexistencia de camas en las instituciones del sistema, hayan sido remitidos por facultativos de la Seguridad Social.

Sobre ello, parece oportuno traer a colación la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta materia, que establece que cuando son los propios facultativos de la Seguridad Social quienes prescriben el internamiento, por ser este necesario para el tratamiento del proceso que los beneficiarios padecen, y no pueda llevarse a cabo dicho internamiento por la entidad gestora, ha de concluirse que se trata de una prestación comprendida dentro de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, que debe correr a cargo de la misma, conforme a lo dispuesto en el artículo 19.1 del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, estando, en consecuencia, obligada la Seguridad Social a reembolsar los gastos ocasionados por el internamiento del beneficiario.

En esta línea, debe resaltarse que, en contra del criterio que tradicionalmente ha venido manteniendo ese departamento, con fecha 22 de mayo de 1992, la extinguida Secretaría General para el Sistema Nacional de Salud de ese ministerio, informó a esta institución que los reintegros de los gastos que tienen su origen en el internamiento de los enfermos mentales,

beneficiarios de la Seguridad Social, deben ser asumidos por dicho sistema en aquellos casos en que hayan sido determinados por los propios facultativos de la Seguridad Social. En consecuencia, de confirmarse el criterio expuesto, se lograría la acomodación de la actuación administrativa al criterio jurisprudencial en la materia.

No obstante el atisbo de solución al asunto comentado, que se desprendía de la comunicación anteriormente reseñada, no parece haberse producido avance sustancial alguno en esta materia, a la vista del criterio sustentado en el informe de esa Secretaría General, en relación con el caso concreto planteado en esta queja.

En base a lo anteriormente expuesto, esta institución no puede compartir el criterio contenido en dicho informe, según el que la Seguridad Social prestó la asistencia sanitaria precisa, no correspondiendo a dicho sistema asumir los gastos derivados del tratamiento llevado a cabo en el sanatorio “Nuestra Señora del Rosario”, centro de atención a enfermos crónicos dependiente de la Diputación Regional de Cantabria.

A este respecto, debe recordarse, tal y como se ha puesto de manifiesto en anteriores escritos remitidos por esta institución, que el traslado de las pacientes, desde la unidad de psiquiatría del hospital “Marqués de Valdecilla” al citado sanatorio “Nuestra Señora del Rosario”, fue determinado por los especialistas de la Seguridad Social, al considerar éstos que era necesario el ingreso de las mismas en un centro de media estancia, para su adecuado tratamiento.

Considerando que de los antecedentes existentes se deduce que fue el propio servicio de psiquiatría del hospital “Marqués de Valdecilla” quien prescribió el internamiento de las hijas del reclamante, por ser necesario para el tratamiento del proceso de enfermedad que padecían, y que dicho tratamiento, que comenzó a prestarse en un centro sanitario propio de la Seguridad Social, hubo de desarrollarse posteriormente en un centro ajeno, al que fueron remitidas las pacientes por el propio servicio de la Seguridad Social que les atendía, ha de concluirse que se trata de una prestación comprendida dentro de la asistencia sanitaria de dicho sistema.

Por cuanto antecede, y en uso de las facultades que le vienen conferidas por el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, esta institución dirige las siguientes:

Recomendación: «Que por esa Secretaría General se valore la conveniencia de impartir las instrucciones oportunas, tendentes a aplicar estrictamente lo dispuesto en el artículo 19.1 del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, conforme a la interpretación contenida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de modo que el sistema de la Seguridad Social sufrague el

coste del internamiento en centros psiquiátricos de los beneficiarios de dicho sistema, en aquellos supuestos en los que los propios facultativos del sistema público sanitario prescriben tal internamiento, por ser este necesario para el tratamiento del proceso que los enfermos padecen, y no pueda llevarse a cabo en centros propios de la entidad gestora».

Sugerencia: «Que, en consonancia con la anterior recomendación, se valore la conveniencia de adoptar las medidas precisas, tendentes a satisfacer la solicitud de reintegro de gastos formulada por el promotor de la queja, por entender que la utilización de medios ajenos a la Seguridad Social fue determinada por los especialistas médicos de dicho sistema y tratarse de una prestación comprendida dentro de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social que debe correr a cargo de la misma, conforme a lo dispuesto en el referido artículo 19.1 del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre».

Madrid, 15 de marzo de 1993.

Recomendación dirigida al Secretario General de Planificación del Ministerio de Sanidad y Consumo.

Recomendación 9/1993, de 24 de marzo, sobre aplicación de las normas de seguridad e higiene en el trabajado a los funcionarios públicos.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 488).

Es de referencia su escrito en el cual nos informa sobre las actuaciones llevadas a cabo por ese ministerio a partir de julio de 1990, tendentes a universalizar el régimen de seguridad e higiene en el trabajo para todos los trabajadores.

Analizando detenidamente el contenido, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 31.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, informamos a los interesados en las quejas sobre esta materia del resultado de las actuaciones practicadas con motivo de la tramitación de la presente queja.

Asimismo nos gustaría precisarle en relación con la problemática de la seguridad e higiene de los funcionarios públicos, que el derecho a la salud en el trabajo reconocido por la Constitución española no establece diferencias en función del vínculo jurídico que une al empleado público con la Administración. Por ello, ya sea aquél laboral o funcional, son requeridas las mismas condiciones de higiene, sanitarias y de seguridad para ambos colectivos, siendo necesario, por otra parte, un tratamiento de cierto modo unificado para aquellos empleados públicos que siendo funcionarios o laborales realizan iguales o similares funciones y trabajan en las mismas dependencias.

Así, las medidas recientemente adoptadas para modernizar la Administración pública, como el Plan de Modernización y el Acuerdo Administración-Sindicatos de 16 de noviembre de 1991 hacen necesario introducir en el catálogo de los derechos funcionariales plenamente efectivos el derecho constitucional a la protección de la salud. Asimismo entendemos que las organizaciones sindicales representadas en los órganos de negociación creados por la Ley 9/1987, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al

servicio de las administraciones públicas, modificada por la Ley 7/1990, son competentes para negociar sobre las materias que la propia legislación enumera, encontrándose entre ellas las “medidas sobre salud laboral”.

En nuestra opinión, el marco adecuado donde deben de estar configuradas este tipo de medidas debe ser la futura legislación sobre prevención de riesgos laborales y de esta forma incluir al numeroso colectivo de funcionarios en las acciones preventivas y protectoras de las que tradicionalmente han estado excluidos. Asimismo entendemos, que la elaboración de la normativa sobre salud laboral es una exigencia que viene impuesta tras la aprobación de las Directivas comunitarias 89/391/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo especialmente, y la 80/1007/CEE, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes químicos, físicos y biológicos durante el trabajo.

Esta normativa comunitaria incluye en su ámbito de aplicación al personal al servicio de las administraciones públicas, con la lógica excepción de aquellas actividades específicas de la función pública que por las características que concurren en ellas resulta difícil conciliar el sistema de protección de la salud laboral, como pueden ser las actividades relacionadas con las Fuerzas Armadas, la policía y los servicios de protección civil. Todo ello trae consigo la obligación de trasladar a la legislación española los compromisos asumidos internacionalmente y, en concreto, los adquiridos en el ámbito comunitario, por lo que se refiere a la protección de la salud de los trabajadores.

Por ello, todas las actuaciones realizadas por ese departamento y que nos relatan en su informe, evidencian ciertamente la toma de conciencia del problema por parte de los departamentos implicados y, en general de todas las administraciones públicas, interesadas en ampliar la cobertura de las medidas de prevención de riesgos laborales a todos sus empleados.

Sin embargo, es lo cierto que desde que esta institución dedicó un apartado en su informe correspondiente a 1989 a esta problemática, los funcionarios públicos siguen sin tener garantizada la protección de su salud en el trabajo, pese a que el Acuerdo Administración-Sindicatos de 16 de noviembre de 1991 incluyera entre sus capítulos el de la Salud Laboral.

Pensamos que difícilmente se puede garantizar un mínimo de protección de las condiciones higiénicas y sanitarias del funcionariado si determinados derechos, como decíamos anteriormente, no pasan a formar parte del estatuto de los funcionarios públicos, de forma que las restantes medidas de tipo transitorio o provisional reconocidas en instrumentos paccionados pueden tener efectividad o no desplegar sus efectos en tanto las medidas legislativas no sean aprobadas definitivamente.

Debemos insistir por tanto en la urgencia de la adopción de esta normativa, en la medida en que, si bien España ya había asumido la existencia de determinados compromisos internacionales en esta materia, como son el Convenio 155 de la OIT sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo y el 161 de la OIT sobre los servicios de salud en el trabajo, el primero de los cuales forma parte del derecho interno al haber sido ratificado por España, tal necesidad deviene una obligación por el carácter mismo de la Directiva 89/391/CEE, en el sentido dado a este instrumento por el Tratado constitutivo de la CEE cuando establece que la directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse.

Tal resultado no es otro que la homogeneización del nivel de protección de la salud y seguridad de los trabajadores entre todos los países comunitarios y la unificación del marco legal aplicable, en este caso, a los empleados al servicio de las administraciones públicas.

En consecuencia, esta institución, en virtud de las competencias conferidas por el artículo 30 de la ley Orgánica 3/1981, ya citada, ha resuelto formular a V.E. la siguiente recomendación: «Que se proceda a la mayor brevedad posible por parte de ese ministerio, conjuntamente con el ministerio de Trabajo y Seguridad Social a agilizar las labores de elaboración de la normativa sobre seguridad e higiene en el trabajo de forma que ésta, en cumplimiento de las Directivas Comunitarias y Tratados Internacionales ratificados por España, sea aplicable a todos los empleados públicos, con independencia de que éstos tengan la consideración de funcionarios públicos o personal laboral».

Madrid, 24 de marzo de 1993.

Recomendación dirigida al Ministro para las Administraciones Públicas

Recomendación 10/1993, de 29 de marzo, sobre selección de funcionarios de la escala sanitaria superior, en la Comunidad Autónoma de Aragón.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 611).

Los promoventes, veterinarios de profesión, se quejan en relación con la convocatoria de pruebas selectivas para el ingreso en el Cuerpo Superior de Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón (Escala Sanitaria Superior - Veterinarios de Zona), efectuada por Orden de esa Consejería de 14 de diciembre de 1992 (B.O.A. 28. 12.92), en cuya base tercera se restringe la participación en las correspondientes pruebas selectivas exclusivamente a aquellos candidatos que vinieren prestando servicios a la Comunidad Autónoma como funcionario sanitario local (veterinario de zona), con anterioridad al 18 de mayo de 1989.

A la vista de las alegaciones de los promoventes, y considerando que esta queja reúne los requisitos formales establecidos en el artículo 54 de la Constitución y en los artículos 1, 9 y 15 de la Ley Orgánica 3/1981 de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, se ha decidido la admisión a trámite de la misma y 'la formulación a V.E. de las consideraciones que siguen como base de la recomendación con la que concluye esta comunicación:

Primera. El artículo 19.1 de la Ley 30/1984 de 2 de agosto establece, con el carácter de base en la materia, que "las Administraciones Públicas seleccionan su personal, ya sea funcionario, ya sea laboral, de acuerdo con su oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que se garanticen, en todo caso, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad"; principios, todos ellos, que suponen una limitación fundamental a la práctica de las pruebas restringidas que, en general, han de considerarse proscritas en virtud del artículo 23.2 de la Constitución.

Segunda. La propia Ley 30/1984 de 2 de agosto preveía algunas excepciones a la norma general, y posibilitaba que, en supuestos concretos, las comunidades autónomas pudieran realizar convocatorias en turnos restringidos para quienes, no ostentando la condición de funcionarios de carrera, prestaran ya, sin embargo, servicios en sus correspondientes Administraciones; tal es el caso de la disposición transitoria 6a 4, que prevé una excepción a la regla general del artículo 19.1, al permitir que los Consejos de Gobierno de las comunidades autónomas pudieran convocar restringidamente pruebas específicas de acceso a la función pública.

Esa posibilidad, cuya constitucionalidad desde la consideración del artículo 23.2 de la Constitución ha sido reconocida para casos excepcionales, quedaba circunscrita en la ley por la necesaria concurrencia de diversos requisitos, de los que, en el presente caso, dos resultan relevantes. Uno, de carácter personal: que se dirigieren a quienes tuviesen la condición de contratados administrativos en expectativa de acceso a su respectiva función pública; y un segundo, de carácter temporal: que los destinatarios hubieren sido contratados mediante convocatorias públicas con anterioridad al 15 de marzo de 1984.

Tercera. En el caso planteado en la presente queja no cabe incluir bajo la cobertura de la disposición transitoria 6a. 4, de la Ley 30/1984, a los funcionarios interinos especialmente contemplados en la disposición adicional 12a. de la Ley 6/1992, de 4 de mayo de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para 1992, disposición que a su vez sirve de base para la convocatoria impugnada.

Y ello por un doble motivo: en primer lugar porque la Ley 30/1984 se refiere sólo a los contratados administrativos, sin incluir por tanto a los funcionarios interinos, y en segundo lugar porque se incumple el requisito temporal que en la norma estatal se circunscribe a los contratados mediante convocatorias públicas, con anterioridad al 15 de marzo de 1984, extendiéndose dicho beneficio en la norma autonómica a los que vinieren prestando sus servicios a la Comunidad Autónoma con anterioridad al 18 de mayo de 1989.

Cuarta. Si nos atenemos a los distintos preceptos que resultan aquí de aplicación, el acceso a la función pública autonómica del personal a que se refiere la disposición adicional 12a. de la Ley 6/1992, antes citada, debe pasar necesariamente por la participación en una oposición libre, en la que eventualmente podrían valorarse los servicios efectivos previamente prestados por los funcionarios interinos, según lo previsto en la disposición transitoria 6a. 2, de la Ley 30/1984, siempre que la baremación de este mérito se mantenga dentro del límite de lo tolerable, con respeto por tanto a los repetidamente citados principios constitucionales de igualdad, mérito y

capacidad que deben regir el acceso a la función pública en los términos que reiteradamente tiene sentados el Tribunal Constitucional.

En base a las consideraciones que anteceden se ha de concluir que la convocatoria efectuada por la Orden de esa Consejería de 14 de diciembre de 1992, infringe de plano el ordenamiento jurídico, al restringir la participación en la misma exclusivamente a aquellos aspirantes que a determinada fecha prestaran ya sus servicios a esa Administración autonómica.

En consecuencia, y de conformidad con las facultades que al efecto nos confiere el artículo 30 de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, hemos de formular a V.E. la siguiente recomendación: «Que, tras los trámites procedimentales oportunos, se proceda a la anulación de la convocatoria a que se refiere la presente queja, y a su sustitución por otra en la que se respeten los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad que deben regir el acceso a la función pública en los términos fijados en el cuerpo de la presente resolución».

Madrid, 29 de marzo de 1993.

Recomendación dirigida al Consejero de Presidencia y Relaciones Institucionales de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Recomendación 11/1993, de 16 de abril, sobre desarrollo del proceso selectivo, correspondiente a 1992, para acceso al cuerpo de profesores de enseñanza secundaria, profesores técnicos de formación profesional y a otros cuerpos docentes.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 519).

Se ha recibido en esta institución el escrito en el que V.I. da contestación a la solicitud de informe que habíamos formulado en relación con varias quejas deducidas ante esta institución por titulados que solicitaron su participación en alguno de los procesos selectivos para ingreso en los Cuerpos de Profesores de Enseñanza Secundaria, Profesores Técnicos de Formación Profesional y otros, convocados por Orden de 5 de mayo de 1992.

Uno de los motivos en que se centraban las quejas mencionadas aludía a la realización de determinadas actuaciones de acuerdo con una sucesión temporal que, a juicio de los reclamantes, no parecía la más lógica o la más adecuada para garantizar el mejor desarrollo de los respectivos procesos selectivos.

En este punto el informe emitido por V.I. ofrece una amplia argumentación en torno a los condicionamientos de carácter temporal que determinaron que el desarrollo de los procesos selectivos hubiera de centrarse en un muy corto período de tiempo, lo que, según se afirma en el informe recibido, obligó a ese centro directivo a realizar ciertas actuaciones antes de la publicación de la orden de convocatoria y sobre la base jurídica que proporcionaba el real decreto por el que se procedió a la oferta de empleo público para 1992 y, al propio tiempo, a proceder a la formalización y publicación de otros de carácter preparatorio cuando ya se había iniciado en algunos casos la realización de las pruebas selectivas.

Contrastados todos los extremos mencionados en su informe y el contenido de la documentación que se nos remitía acompañando al mismo, debemos concluir, coincidiendo en este punto con las apreciaciones de los promoventes de las quejas a que nos venimos refiriendo, que el desarrollo de

los referidos procesos selectivos no respondió a la que parece debe ser la secuencia lógica de las distintas actuaciones de nombramiento de los miembros de los órganos de selección, iniciación por éstos de su cometido en orden a la organización del proceso y comienzo y desarrollo de las pruebas selectivas.

Estas circunstancias parecen haber incidido negativamente tanto en la corrección formal de determinadas actuaciones, realizadas por los órganos de selección con anterioridad a la fecha en que se hizo público su nombramiento, como en la efectividad de las facultades de impugnación de los candidatos en relación con unos actos de nombramiento que se hicieron públicos cuando algunos de ellos habían realizado ya las pruebas selectivas correspondientes.

En todo caso, y sin perjuicio de las decisiones que recaigan en la vía jurisdiccional que en su caso hayan utilizado los interesados, y dado que ninguno de los reclamantes ha hecho referencia ante esta institución a perjuicio alguno concreto derivado de las circunstancias aludidas, esta institución no considera preciso formular resolución alguna dirigida a obtener la reproducción de las actuaciones a que nos estamos refiriendo.

Sí consideramos preciso insistir en la necesidad de que en lo sucesivo esa Dirección General adopte cuantas decisiones estén en su mano para lograr que los procesos selectivos se desarrollen sin apremios de carácter temporal, como los alegados por V.I. en relación con las convocatorias realizadas el pasado año 1992, de manera que con ello se eviten formas de actuación que no contribuyen a crear entre los opositores una opinión favorable respecto a la eficacia de la gestión y a la transparencia de los procesos selectivos.

En este sentido valoramos muy positivamente que las convocatorias de procesos selectivos para acceso a la función pública docente realizadas por Ordenes de 19 y 22 de febrero últimos, se hayan producido con una notable antelación respecto a las del año pasado, y entendemos que con un margen de tiempo respecto a la iniciación del próximo curso escolar que permitirá garantizar un correcto desarrollo de los procedimientos selectivos de acceso.

Ahora bien, las mismas quejas a las que nos estamos refiriendo aluden de manera puntual al desajuste constatable entre la fecha de publicación de las listas definitivas de aspirantes admitidos al proceso selectivo, y la iniciación de las pruebas correspondientes que, en determinados casos se produjo en fechas anteriores a la de publicación de las referidas listas.

El informe recibido de V.I. admite que las actuaciones de los opositores algunos tribunales se iniciaron varias fechas antes de aquélla en que se produjo la publicación en el BOE de la resolución que elevaba a definitiva la relación de aspirantes admitidos a los procedimientos selectivos.

En el mismo escrito se detallan las instrucciones cursadas a los presidentes de los tribunales y a las unidades administrativas gestoras del proceso de selección dirigidas a facilitar la admisión a las pruebas selectivas de todos los aspirantes que comparecieran ante los tribunales.

Pues bien examinado cuanto se afirma en su informe en este aspecto específico del desarrollo de los procesos selectivos a que nos venimos refiriendo debemos manifestar a V.I. que, a juicio de esta institución, la iniciación de las pruebas selectivas en algunos tribunales, cuando los aspirantes debían participar en los mismos no habían sido formalmente admitidos con carácter definitivo a la realización de las mismas, resulta contraria a las más elementales exigencias del principio de seguridad jurídica.

En efecto desde el punto de vista que impone el referido principio jurídico, entendemos que no resulta admisible que se inicie la realización de unas pruebas selectivas en unos momentos en que no se ha adoptado, o al menos no se ha hecho pública una decisión definitiva respecto a que solicitantes reúnen los requisitos necesarios para concurrir a las pruebas y pueden, por consiguiente ser admitidos a su realización.

Esta forma de actuación ha impuesto a los opositores dos tipos de consecuencias que no resultan deseables desde la óptica del principio más arriba referido.

De una parte ha exigido que todos los candidatos que actuaron ante los tribunales los días anteriores a la publicación de las listas definitivas lo hicieron todavía en su condición de admitidos con carácter provisional al proceso selectivo y corriendo, por consiguiente, el riesgo, siquiera remoto, de que una eventual exclusión de la lista definitiva de admitidos hiciera devenir inoperante su actuación ante el tribunal.

De otra, ha determinado la consecuencia, más grave a nuestro juicio, de que ciertos candidatos admitidos en la resolución definitiva a la realización de las pruebas no pudieran realizar oportunamente las mismas.

Nos referimos a los solicitantes que fueron excluidos de las listas provisionales y que ateniéndose al contenido de dichas listas no comparecieron ante los tribunales o no lograron que éstos les permitieran en su momento la realización condicional de las pruebas.

Dado que de su informe no se desprende que se haya facilitado a estos candidatos la posibilidad ulterior de actuar ante los tribunales respectivos para la realización de las pruebas a la que les habilitaba la relación definitiva de admitidos, parece que el resultado negativo que se ha derivado de todo ello para dichos opositores es la pérdida de su derecho a la realización de

dichas pruebas y, en definitiva, de sus expectativas en orden a la eventual superación del proceso selectivo.

Las cautelas adoptadas para propiciar la admisión a las pruebas de cuantos candidatos comparecieran ante los tribunales no parecen en absoluto adecuadas en orden a evitar el resultado producido en la medida en que, según se desprende de su informe, se dirigieron exclusivamente a los tribunales y órganos administrativos encargados de la gestión de la convocatoria, en términos tales que su efectividad dependía necesariamente de que cada solicitante excluido adoptase la decisión de dirigirse a alguno de dichos órganos o de comparecer ante el tribunal, iniciativas que en ningún caso resultaban exigibles a quienes figuraban como provisionalmente excluidos en las listas elaboradas por ese centro directivo y a las que en absoluto cabe condicionar —como indirectamente parece apuntarse en su informe en referencia a determinados candidatos a los que aludíamos específicamente al solicitar el informe de V.I.— el derecho que en todo caso les asistía a realizar las pruebas selectivas a las que posteriormente se les admitió con carácter definitivo.

En consideración a todos los argumentos expuestos y en uso de las facultades reconocidas a esta institución en el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, consideramos preciso formular a V.I. las siguientes recomendaciones:

«Que por ese centro directivo se realicen cuantas actuaciones resulten precisas para determinar y elaborar una relación nominal de aquellos opositores que hubieran visto obstaculizado su derecho a realizar las pruebas selectivas a que nos referimos en el cuerpo de este escrito, por razón de la publicación de la resolución que elevaba a definitiva la relación de aspirantes admitidos, con posterioridad a la iniciación de las pruebas en algunos tribunales».

«Que asimismo se adopten cuantas medidas sean necesarias para facilitar a los referidos candidatos el ejercicio de su derecho a la realización de las pruebas selectivas a las que se les hubiera admitido ulteriormente en la ya mencionada resolución definitiva».

Madrid, 16 de abril de 1993.

Recomendación dirigida al Director General de Personal y Servicios del Ministerio de Educación y Ciencia.

Recomendación 12/1993, de 19 de abril, sobre acreditación de las condiciones físicas y psíquicas para el reingreso al servicio activo de funcionarios docentes, dependientes del Ministerio de Educación y Ciencia

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 524).

En la comunicación que nos ha remitido V.I. se da contestación a nuestra petición de aclaración respecto al eventual fundamento jurídico de una decisión adoptada por ese centro directivo y cuestionada por la promovente de la queja, que condicionaba el reingreso de una funcionaria docente al servicio activo a la aportación por la misma de un certificado acreditativo de que reunía las condiciones psíquicas necesarias para el ejercicio de la docencia.

Dicho fundamento se encontraría, en los términos del informe recibido, en el precepto del texto de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por el Decreto 315/1964, de 7 de febrero, en el que se establecen, entre otros requisitos exigibles a quienes pretendan realizar las pruebas selectivas previas al ingreso en la función pública, el de “no padecer enfermedad o defecto físico que impida el desempeño de las correspondiente funciones”.

En el mismo informe se señala que la prescripción legal transcrita se había entendido susceptible de aplicación a título analógico desde el momento en que, de acuerdo con la apreciación de esa Dirección General, el reingreso al servicio activo de un funcionario desde la situación de excedencia voluntaria en que se encontraba la funcionaria a que alude la queja que nos ha sido planteada, implicaría una especie de nuevo ingreso que autorizaría el recurso al mecanismo de la aplicación analógica, prevista en el artículo 4.1. del Código Civil.

Pues bien, con relación a la posición expresada por ese centro directivo respecto a la procedencia de recurrir en este caso a la aplicación analógica del precepto que más arriba ha quedado transcrito, esta institución está en

desacuerdo en la medida en que a nuestro juicio no concurren en el caso que estamos examinando las condiciones legalmente necesarias para proceder a dicha forma de aplicación.

En efecto, en los términos del artículo 4.1. del Código Civil, la aplicación analógica de las normas resulta sólo procedente en el caso de que éstas, aún cuando no contemplen un supuesto específico, regulen otro semejante, siempre que pueda apreciarse entre los dos supuestos identidad de razón, y a nuestro entender en el caso planteado no se dan ninguno de los supuestos de hecho a cuya concurrencia se condiciona en el Código Civil la posibilidad de utilizar al mecanismo de la analogía.

No entendemos que se dé la identidad de razón exigida en el Código Civil, entre el supuesto a que alude el precepto aplicado por esa Dirección General —dirigido a determinar las condiciones exigibles a quienes deseen concurrir a las pruebas selectivas que deben superar quienes quieran adquirir la condición de funcionario— y la situación de quienes, ostentando ya la condición de funcionario y en consideración a la misma, solicitan su participación en un concurso de traslados desde la situación de excedencia voluntaria y son admitidos al mismo por reunir todos los requisitos establecidos en la normativa vigente sobre provisión de puestos de trabajo docentes obteniendo, en concurrencia con los demás participantes, una determinada vacante administrativa.

En definitiva, a nuestro juicio no puede equipararse el supuesto de adquisición de la condición de funcionario, al de obtención de un destino administrativo por quien es ya funcionario, ni extender a este último supuesto los requisitos exigibles a quienes pretenden acceder a la función pública.

Desde este punto de vista entendemos que resulta muy poco justificada la apreciación que parece desprenderse de su informe, en el sentido de que la obtención de destino administrativo por un funcionario desde la situación de excedencia implica una suerte de nuevo ingreso en la función pública que autorizaría a someter aquélla a los mismos requisitos establecidos para este último.

Además, a nuestro juicio tampoco se puede mantener que en el punto a que venimos refiriéndonos se dé la situación de vacío normativo necesaria para recurrir a la aplicación analógica de otra norma.

En efecto, entendemos que la normativa sobre función pública vigente está concebida sobre la base de una lógica que, en el momento inicial de la carrera de los funcionarios impone la necesidad de contrastar la aptitud de los candidatos para el desempeño de las funciones propias del cuerpo al que se accede. Con esta finalidad se exige a los participantes en los correspondientes

procesos selectivos que, además de otros extremos, acrediten las condiciones de salud y físicas necesarias para su desempeño.

Una vez adquirida la condición de funcionario el sistema prevé mecanismos correctores tendentes a retirar del servicio activo, de forma temporal o definitiva, a quienes a lo largo de su carrera profesional se vean afectados por disfunciones físicas o psíquicas que obstaculicen el desempeño de sus funciones.

Estos mecanismos jurídicos específicos, básicamente el de jubilación anticipada por incapacidad, se aplican previa instrucción de los oportunos procedimientos contradictorios, que garantizan al funcionario la posibilidad de hacerse oír en el curso de su tramitación, y en definitiva la existencia de un fundamento objetivo suficiente y el acierto último de la decisión de apartar a un funcionario del ejercicio profesional a que le da derecho su condición de funcionario.

En definitiva existen preceptos específicos aplicables al supuesto de incapacidad sobrevenida del funcionario y éstos, además, establecen un sistema de garantías en beneficio básicamente del funcionario afectado, de los que se hace abstracción al proceder a la aplicación por supuesta analogía del precepto invocado por esa Dirección General.

Una vez ésto establecido debemos precisar que entendemos y compartimos las razones, derivadas de la especificidad del servicio educativo, que han llevado a ese centro directivo a adoptar la decisión cuestionada por la promovente de la queja.

Sin embargo, aún cuando el objetivo sea plenamente asumible, no nos resulta posible calificar como correcta en términos jurídicos la forma utilizada por ese centro directivo.

Si esa Dirección General considera necesario garantizar en términos más estrictos la adecuación física o psíquica de los funcionarios docentes en el momento de un eventual reingreso al servicio activo, ello debe hacerse con un fundamento jurídico suficiente y sobre la base que proporcione una norma jurídica del nivel adecuado para proceder a establecer lo que, en definitiva, significa una limitación en el estatuto jurídico de los funcionarios docentes.

En consideración a todo cuanto queda expuesto, y de acuerdo con las facultades atribuidas a esta institución por el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, esta institución considera preciso dirigir a V.I. las siguientes recomendaciones:

«Que, dado que no existe título normativo suficiente para ello, ese centro directivo no condicione el reingreso al servicio activo de funcionarios

docentes a la acreditación por los mismos de las condiciones físicas o psíquicas que en su momento se les exigieron para acceder al respectivo cuerpo docente».

«Que si considera necesario, en beneficio de un más eficaz funcionamiento de los servicios educativos, garantizar la adecuación física o psíquica de los funcionarios docentes en el momento de un posible reingreso al servicio activo en términos más estrictos de los que permite la normativa de función pública vigente, se estudie por ese centro directivo la fórmula jurídica adecuada, y se proceda en tal caso a su articulación en la disposición del nivel normativo adecuado».

Madrid, 19 de abril de 1993.

Recomendación dirigida al Director General de Personal y Servicios del Ministerio de Educación y Ciencia.

Recomendación 13/1993, de 28 de abril, sobre falta de regulación de las actividades y productos utilizados en naturopatía y ciencias bioenergéticas.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 312).

En su día compareció ante esta institución un representante de la Asociación Profesional Española de Diplomados en Naturopatía y Ciencias Bioenergéticas, presentando queja, que quedó registrada con el número arriba expresado.

Sustancialmente se refería en su queja a la necesidad de regularizar y legalizar las actividades de los referidos diplomados, destacando que el establecimiento de un marco legal en esta materia permitiría un adecuado control sobre la calidad e idoneidad de las actividades y productos utilizados en el desarrollo de su función.

Admitida a trámite la queja, se solicitó el preceptivo informe de esa Secretaría General, que ha destacado la existencia de un grupo de profesionales, cifrados en veinte mil aproximadamente, que ejerce diferentes técnicas de las llamadas “medicinas alternativas”, sin control por parte de las Administraciones sanitarias competentes.

De otra parte, y en relación con el establecimiento de un marco legal que regule la práctica de dichas actividades, se resalta que el procedimiento que se considera más adecuado es esperar a la aprobación de una Directiva Comunitaria, que defina el perfil de los citados profesionales. Directiva que se encuentra en fase de elaboración desde el año 1988.

Pese al criterio sustentado por ese departamento cabe calificar de preocupante, en el criterio de esta institución, la inexistencia de un marco legal en esta materia y, consecuentemente, la falta de un control adecuado por parte de las Administraciones sanitarias acerca de la calidad e idoneidad de las actividades y de los productos utilizados en las referidas técnicas.

En este sentido, debe resaltarse que las actividades a las que se viene haciendo referencia pueden incidir, directa o indirectamente, en la salud de los ciudadanos, siendo una innegable realidad social el hecho de que un elevado número de personas demandan tales técnicas, siendo sometidas a los correspondientes tratamientos.

Asimismo, debe dejarse constancia del notable incremento que, en los últimos años, ha experimentado la publicidad y propaganda comercial de las técnicas comentadas, mediante las que se ofrece a los ciudadanos solución a los problemas de salud que les afectan.

A este respecto, debe recordarse que la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en su artículo 18.11, determina que las Administraciones públicas desarrollarán las oportunas actuaciones, en orden al control sanitario de los productos farmacéuticos, otros productos y elementos de utilización terapéutica, diagnóstica y auxiliar y de aquellos otros que, afectando al organismo humano, puedan suponer un riesgo para la salud de las personas.

Igualmente, el artículo 24 de dicho texto legal señala que las actividades públicas y privadas que puedan tener consecuencias negativas para la salud, serán sometidas por los órganos competentes a limitaciones preventivas de carácter administrativo, de acuerdo con la normativa básica del Estado.

En la misma línea, el artículo 27 de la referida norma preceptúa que las Administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, realizarán un control de la publicidad y propaganda comerciales para que se ajusten a criterios de veracidad en lo que atañe a la salud y para limitar todo aquello que pueda constituir un perjuicio para la misma.

Por consiguiente, el marco legal al que se viene haciendo referencia garantiza al enfermo una calidad mínima en la atención que requiere, asegurando que los procedimientos que se apliquen presenten una eficacia y riesgos conocidos.

De otra parte, es menester destacar la incertidumbre en cuanto al momento en que se aprobará la aludida Directiva Comunitaria y que las circunstancias anteriormente reseñadas aconsejan establecer el oportuno marco legal en esta materia, sin perjuicio de que la regulación que se apruebe pueda ser adaptada, en su caso, al contenido de la Directiva que en el futuro pudiera adoptarse en el ámbito comunitario.

En base a lo expuesto, parece necesario proceder a la ordenación y regulación de las técnicas diagnósticas o terapéuticas no convencionales, agrupadas bajo la denominación de “medicinas alternativas”, a fin de asegurar a los destinatarios de dichas técnicas idénticas garantías a las exigibles para otras disciplinas, encuadradas en el ámbito de la medicina

oficial, sin que sea óbice para ello que España fuera, en su caso, el primer Estado en la Comunidad Europea en marcar una pauta de actuación en este campo.

Por cuanto antecede, y en uso de las facultades que le vienen conferidas por la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, esta institución ha acordado dirigir a V.I. la siguiente recomendación: «Que por esa Secretaría General de Salud se valore la oportunidad y conveniencia de iniciar las actuaciones precisas, en orden a establecer el oportuno marco legal, que regule los procedimientos diagnósticos y terapéuticos utilizados por las denominadas “medicinas alternativas” al objeto de garantizar la idoneidad de tales procedimientos».

Madrid, 28 de abril de 1993.

Recomendación dirigida al Secretario General de Salud del Ministerio de Sanidad y Consumo.

Recomendación 14/1993, de 28 de mayo y 24 de junio, sobre instalación de oficinas de farmacia.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 342).

En el informe remitido por ese Colegio, y corroborando lo expuesto por la promotora de la queja, se resalta que los Colegios Oficiales de Farmacéuticos han venido requiriendo de los solicitantes para la instalación de nuevas oficinas de farmacia el pago de cantidades diversas, en concepto de cobertura de los gastos de tramitación de los correspondientes expedientes y en virtud de los acuerdos adoptados por sus Juntas Generales.

En relación con la exigencia de tales cantidades, debe significarse que las actividades o servicios en que se concreta la tramitación de la solicitud para la instalación de oficinas de farmacia debe tener un carácter gratuito para el administrado, salvo en aquellos casos en que tales actividades o servicios devenguen una tasa o precio legalmente autorizados.

Asimismo, debe recordarse que tanto el establecimiento de tributos como el de cualquier prestación patrimonial de carácter público debe efectuarse mediante ley, tal como determina el artículo 133 de la Constitución.

En virtud de lo expuesto, y en el criterio de esta institución, los Colegios Oficiales de Farmacéuticos carecen de competencias para establecer cargas de esta naturaleza, todo ello sin perjuicio de constatar que en el reglamento colegial vigente no se encuentra expresamente recogida tal posibilidad.

Igualmente, es de destacar que el Real Decreto 909/1978, de 14 de abril, por el que se regula el establecimiento, transmisión o integración de las oficinas de farmacia, las órdenes ministeriales de desarrollo de dicho Real Decreto y la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 —norma vigente en el momento de efectuarse las comentadas solicitudes— señalan dos únicas situaciones en las que puede resultar procedente el reintegro de ciertos gastos derivados de la tramitación de los expedientes. Por una parte, los gastos de publicación de anuncios en el Boletín Oficial del Estado y, por otra, los

gastos que origine la práctica de pruebas solicitadas previamente por los interesados.

Por lo que respecta a la mención del artículo 90 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, contenida en el informe de ese Colegio, es de destacar que, efectivamente, el devengo de gastos que pueda originar la práctica de pruebas en el procedimiento administrativo estaba prevista en el referido precepto, requiriéndose, no obstante, que la prueba hubiera sido previamente solicitada por el interesado.

Del mismo modo, el artículo 81.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, determina que en los casos en que, a petición del interesado, deban efectuarse pruebas cuya realización implique gastos que no deba soportar la Administración, ésta podrá exigir el anticipo de los mismos, a reserva de la liquidación definitiva, una vez practicada la prueba.

En esta línea, parece oportuno traer a colación la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta materia (así, SS TS 19 de junio y 19 de noviembre de 1990), que en supuestos análogos (exigencia de una determinada cantidad por el Colegio Oficial de Farmacéuticos, por tramitación de un expediente de apertura de oficina de farmacia) ha señalado que tal exigencia “no viene motivada ni se halla amparada en precepto legal alguno del Estado, Comunidad Autónoma o Corporación Local, y por ello no es conforme con lo dispuesto en el artículo 133 de la Constitución, sin que pueda aducirse que esa exigencia dimana de los gastos que pueda originar legítimamente el expediente”, declarando, por tanto nulo el requerimiento colegial.

En relación con las cuotas colegiales, extremo al que, igualmente, se hace referencia en el escrito remitido por ese Colegio, es de señalar que el artículo 6.3.1) de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, autoriza a éstos a determinar su régimen económico y financiero y a fijar percepciones exigibles a sus colegiados. Ello, efectivamente, es reconocido por la sentencia de 13 de marzo de 1987, de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, que señaló que, por su naturaleza, tales cuotas no constituyen exacciones públicas que se encuentren sometidas al principio de legalidad tributaria.

No obstante, es preciso deslindar claramente lo que es actividad privada de lo que es —como se plantea en el tema objeto de análisis— actividad delegada de la Administración, debiendo subrayarse que la exigencia de cualquier cuota por parte del Colegio Oficial no puede condicionar la tramitación del expediente de apertura de oficina de farmacia.

No se puede justificar, consecuentemente, la exigencia de abonar el importe requerido por ese Colegio para la tramitación de los expedientes, al

no encontrarse constatada convenientemente la naturaleza de la obligación de pago que se impone a los interesados, entendiéndose esta institución que debe procederse a anular tales requerimientos, al no concurrir ninguna circunstancia que lo justifique, como lo son la existencia de publicación de anuncio en el Boletín Oficial o la previa petición de práctica de una prueba por el interesado.

Por cuanto antecede, y en uso de las facultades que le vienen conferidas por el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, esta institución ha acordado dirigirle las siguientes:

Recomendación: «Que por el Colegio que V.I. preside se valore la oportunidad de suprimir la exigencia de determinadas cuantías por la tramitación de los expedientes de oficinas de farmacia, cuando esta exigencia no se halle amparada en precepto legal alguno, al no ser conforme tal exigencia con lo dispuesto en el artículo 133 de la Constitución».

Sugerencia: «Que, en consonancia con la anterior recomendación, se proceda a la devolución de las cuantías exigidas a la promotora de la queja, por la tramitación de los expedientes de las oficinas de farmacia por ella solicitadas, al entender que tal requerimiento carece de base legal».

Madrid, 28 de mayo y 24 de junio de 1993.

Recomendación dirigida a los Presidentes del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Palencia y Salamanca.

Recomendación 15/1993, de 4 de junio, sobre selección y cese de personal interino y eventual en instituciones sanitarias de la Seguridad Social.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 539).

Ante esta institución compareció don A.M.M., formulando queja en la que indicaba que había prestado sus servicios profesionales como médico especialista en dermatología en un ambulatorio, perteneciente al Area Sanitaria nº 5 de Madrid y dependiente del centro sanitario "La Paz", desde octubre de 1986 hasta septiembre de 1990.

En fecha 23 de septiembre de 1990 y con motivo de la cobertura en propiedad de una plaza de facultativo especialista de área se precisaba el cese de uno de los facultativos interinos de dicha área, situación en la que se encontraban el promovente y dos médicos más. El cese recayó sobre el interesado, considerándose por éste que no se había adoptado la decisión conforme a los principios de mérito y capacidad, ni se había seguido el criterio de la antigüedad.

Solicitado informe a la Dirección Territorial del Instituto Nacional de la salud, en el mismo se indicaba, básicamente, que la antigüedad era un criterio más en relación con los ceses, pero no el único ni el preferente.

Dado que no se hacían constar cuáles eran los criterios utilizados para el cese, se solicitó informe complementario sobre dicho extremo.

En la nueva contestación de dicha Dirección Territorial se indica que el cese fue debido a estimar objetivamente como inferior el curriculum y la calidad asistencial del promovente, citándose igualmente dificultades en la coordinación con dicho facultativo para la debida atención del servicio, así como la existencia de un supuesto de incompatibilidad.

Con independencia de las circunstancias concretas que rodearon el cese del referido facultativo, queda de manifiesto la carencia de criterios objetivos

y predeterminados que rijan tanto el cese como el nombramiento de personal facultativo interino.

El estatuto jurídico del personal médico de la Seguridad Social regula la situación de interinidad, en sus artículos 5 y 51, en los que se expresa básicamente que la misma no concede derecho alguno a la plaza provisionalmente desempeñada y que la selección de este personal se efectuará mediante concurso de méritos entre los facultativos inscritos en la bolsa de trabajo del respectivo Colegio.

En cuanto al tiempo de duración de esta situación, el Real Decreto 118/1991, de 25 de enero, ha procedido a la derogación del artículo 51.1.3 del Decreto 3160/1966, de 23 de diciembre, en base a la existencia de reiterada jurisprudencia, por lo que la duración de estos nombramientos se extiende hasta la cobertura en propiedad de la plaza o hasta su amortización.

En igual sentido, se manifiesta la Instrucción de 19 de julio de 1989, de la extinta Dirección General de Recursos Humanos, Suministros e Instalaciones del Ministerio de Sanidad y Consumo, sobre vinculación de personal de las instituciones sanitarias del Instituto Nacional de la Salud, que regula los aspectos procedimentales y los modelos de contratos o nombramientos que han de expedirse.

Sobre los sistemas de selección, esta norma declara subsistentes aquellos que se vienen utilizando por las direcciones provinciales de dicho instituto, en tanto se establecen normas de carácter general, que hasta el momento presente no han sido objeto de publicación.

Esta situación facilita la coexistencia de una pluralidad de sistemas para el nombramiento de personal facultativo interino y el desconocimiento por el personal afectado de los criterios seguidos tanto en la elección del personal temporal como en los supuestos de concurrencia de varios interinos cuando la cobertura o amortización de plazas no afecta a la totalidad de las desempeñadas temporalmente.

La Constitución española en su artículo 103.3 determina que el acceso a la función pública se regirá por los principios de mérito y capacidad, los cuales han de entenderse aplicables no solo a la adquisición en propiedad de la condición de personal estatutario, sino también al nombramiento interino para la prestación de servicios en la administración sanitaria.

Por otra parte, el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración del Estado (Real decreto 2223/1984, de 19 de diciembre), que tiene carácter supletorio para todo el personal al servicio de las Administraciones públicas, reitera que los procedimientos de selección

garantizarán en todo caso los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

Por último, debe señalarse que la carencia de una regulación general para la incorporación y cese del personal facultativo interino al servicio del Instituto Nacional de la Salud, dificulta la aplicación práctica de los principios constitucionales antes indicados.

Por todo cuanto antecede y en uso de las facultades que le vienen conferidas por el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981 de 6 de abril, esta institución dirige a V.I. la siguiente recomendación: «Que se valore la conveniencia y oportunidad de proceder a la elaboración y aprobación de normas que rijan, con carácter general, la selección y cese del personal facultativo interino del Instituto Nacional de la Salud mediante la aplicación de un criterio objetivo fundamentado en los principios de mérito y capacidad».

Madrid, 4 de junio de 1993.

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

Recomendación 16/1993, de 4 de junio, sobre abono del plus de residencia del personal estatutario al servicio de instituciones sanitarias de la Seguridad Social.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 543).

Ante esta institución se formularon quejas por don P.E.R y don I.F.R, registradas con los números de referencia arriba indicados, en las que exponían que habiendo desempeñado servicios con carácter interino en el hospital “Ntra. Sra. de la Candelaria”, de Santa Cruz de Tenerife, en la categoría de auxiliares administrativos de instituciones sanitarias, pasaron, sin solución de continuidad, a desempeñar en propiedad sendas plazas de la misma categoría, en virtud de nombramientos expedidos el día 8 de enero de 1992. Señalaban que la cuantía de la indemnización por residencia que habían percibido durante el año 1991 había sido minorada, con efectos desde la fecha de toma de posesión como titulares de las plazas y consideraban al respecto que se había aplicado incorrectamente la disposición transitoria segunda de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1992.

Solicitado el preceptivo informe de esa Dirección General, en el mismo se indicaba que las cuantías fijadas a los interesados lo fueron en cumplimiento de las instrucciones dictadas por la extinta Dirección General de Recursos Humanos y Organización del Ministerio de Sanidad y Consumo en fecha 27 de marzo de 1992. A tal efecto se señalaba que estas instrucciones preveían que el personal que tomase posesión a partir del día 1 de enero de 1992 percibiría la indemnización por residencia en las mismas cuantías fijadas para los funcionarios públicos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 30/1984 y que se encontraban reflejadas en el apartado primero de las citadas instrucciones. Por ello, en el criterio de esa Dirección General las cuantías que, en concepto de indemnización por residencia, venían percibiendo los interesados, se acomodaban a la normativa aplicable.

En relación con los hechos descritos, resulta necesario significar que la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1992, expresa en su disposición transitoria segunda lo siguiente: “No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, el personal de las instituciones sanitarias del Instituto Nacional de la Salud, percibirá la indemnización por

residencia en las áreas del territorio nacional que la tienen reconocida en idénticas cuantías a las que correspondan en el año 1992 a los funcionarios incluidos en el ámbito de aplicación de la citada Ley 30/1984, salvo que las establecidas en el año 1991 hubieran sido superiores en cuyo caso se continuarán percibiendo estas últimas sin incremento alguno”

Para la aplicación de lo previsto en la citada disposición transitoria, por Resolución de 2 de enero de 1992, la Secretaría de Estado de Hacienda dictó una serie de instrucciones, reproduciendo en su apartado 3.3 prácticamente *ad pedem literae* el contenido del párrafo segundo de la disposición transitoria segunda de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1992 antes transcrito.

Al objeto de acomodar estas normas al personal de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social y para la consiguiente concreción de las cuantías a reflejar en sus nóminas, la extinta Dirección General de Recursos Humanos y Organización del Ministerio de Sanidad y Consumo dictó unas instrucciones en fecha 27 de marzo de 1992 en las que se indicaba, en su apartado segundo, que, conforme a lo previsto en la citada disposición transitoria de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, el personal estatutario que venía percibiendo indemnización por residencia en 1991 en cuantías superiores a las establecida para el personal funcionario continuaría percibiendo las mismas sin incremento alguno. Por su parte, en el apartado cuarto de las mismas intrusiones se señalaba que “el personal que tome posesión a partir de 1 de enero de 1992, en las zonas geográficas que tienen fijada indemnización por residencia, ésta será retribuida en las cuantías establecidas en la instrucción primera”, la cual indicaba que la indemnización por residencia se percibiría en cuantía idéntica a la que correspondía en el año 1992 a los funcionarios incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 30/1984.

Estas instrucciones, sin embargo, no contemplaban expresamente el supuesto en el que se encuentran ambos reclamantes, es decir, el de aquellas personas que desempeñando una plaza con carácter interino pasan, sin solución de continuidad, a desempeñar una plaza en propiedad. En relación con la situación de estas personas, se plantea, por tanto, el problema de determinar si resulta de aplicación lo previsto en el apartado segundo de las instrucciones antes citadas o, por el contrario, si es de aplicación lo previsto en el apartado cuarto de las mismas instrucciones, de modo que de optarse por la primera solución estas personas continuarían percibiendo, en concepto de indemnización por residencia, las mismas cuantías reconocidas en el año 1991, mientras que de estimarse aplicable el apartado cuarto, pasarían a ver reducida la cuantía de esta indemnización hasta el importe previsto en el apartado primero de las tan repetidas instrucciones. Más en concreto, en el caso de los reclamantes la cuantía ascendería a 12.869 pts. en el primer caso y a 6.660 pts. en el segundo.

Centrado el problema en determinar cuál de los apartados antes citados es aplicable, resulta necesario partir de la consideración de que la disposición transitoria segunda de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, se refiere literalmente al “personal de las instituciones sanitarias del Instituto Nacional de la Salud”, sin que, por tanto, efectúe distinción alguna entre el personal interino y el que desempeñe una plaza en propiedad. De ahí se desprende que el personal interino que tenía reconocida una determinada cuantía, en concepto de indemnización por residencia, en el año 1991 continuaría percibiendo idéntica cuantía, sin incremento alguno, pero también sin merma alguna, durante el año 1992. Por ello, si al supuesto de que una persona que viniese desempeñando una determinada plaza con carácter interino en el año 1991 y, posteriormente, en el año 1992 pasara ininterrumpidamente a desempeñar la plaza en propiedad, se aplicasen las previsiones contenidas en el apartado cuarto de las tan repetidas instrucciones, resultaría que la persona en esta situación obtendría un tratamiento perjudicial en relación con quienes, desempeñando una plaza con carácter interino antes del año 1992 han seguido durante dicho año desempeñando dicha plaza con el mismo carácter.

Por consiguiente, una interpretación lógica y sistemática de las instrucciones dictadas en fecha 27 de marzo de 1992 por la extinta Dirección General de Recursos Humanos y Organización del Ministerio de Sanidad y Consumo lleva a la conclusión de que a la situación en que se encuentran los reclamantes debe aplicarse lo dispuesto en el apartado segundo de dichas instrucciones.

De otra parte, el propio tenor literal de este apartado segundo lleva a considerar que lo previsto en el mismo es de aplicación no sólo al personal con plaza en propiedad, sino también al personal interino, así como a quienes, durante el año 1992, hayan pasado de la segunda de las situaciones citadas a la primera de ellas, ya que, el contenido de este apartado segundo no autoriza a excluir este supuesto. A tal efecto, debe tenerse en cuenta que la disposición transitoria segunda de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, se refiere literalmente al “personal de las instituciones sanitarias del Instituto Nacional de la Salud”, sin distinción alguna en función de la naturaleza del vínculo jurídico en base al cual se prestan los servicios. Por consiguiente, al referirse el apartado segundo de las instrucciones dictadas en fecha 27 de febrero de 1992 por la extinta Dirección General de Recursos Humanos y Organización al “personal estatutario” debe entenderse que se está haciendo alusión no sólo al personal en propiedad, sino también al personal interino, por cuanto la disposición transitoria segunda de la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 1992 engloba a ambas clases de personal, no autorizando, en consecuencia, en virtud del principio *ubi lex non distinguit...*, a realizar una diferencia de tratamiento en razón de la modalidad de prestación de los servicios.

A esta solución se llega además inevitablemente, si se tiene en cuenta que al personal interino le resulta de aplicación un régimen retributivo idéntico que al personal que desempeña una plaza de igual categoría y contenido en propiedad, como se desprende indubitadamente de la cláusula tercera de los contratos suscritos por los interesados para la prestación de sus servicios con carácter interino.

De todo ello se desprende que no resulta de aplicación en el presente supuesto lo previsto en el apartado cuarto de las instrucciones de 27 de marzo de 1992, debiendo entenderse que lo dispuesto en el mismo se refiere a quien tomara posesión en las zonas geográficas que tienen fijada indemnización por residencia y no viniera percibiendo en dicho momento el referido concepto salarial en cuantía superior a la establecida en el apartado primero.

Por consiguiente, es forzoso concluir que, no distinguiendo ni la disposición transitoria segunda de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, ni el apartado segundo de las instrucciones de 27 de marzo de 1992, entre el personal que desempeña plaza en propiedad en instituciones sanitarias de la Seguridad Social y el personal interino, el paso de la segunda a la primera de estas situaciones carece de toda repercusión cuando quienes se encontraban en aquella en el año 1991 acceden, sin solución de continuidad, a una plaza en propiedad a lo largo del año 1992, debiendo los mismos continuar en la percepción de la indemnización por residencia, en la cuantía que ya tenían reconocida, si la misma, como sucede en el caso de los reclamantes, es superior a la fijada para el año 1992 para el caso de los funcionarios a los que resulta de aplicación la Ley 30/1984.

En mérito a lo expuesto, y en uso de las facultades que le vienen conferidas por el artículo 30 de la Ley 3/1981, de 6 de abril, esta institución dirige a V.I. la siguiente recomendación: «Que se valore la oportunidad y conveniencia de aplicar lo previsto en el apartado segundo de las instrucciones dictadas por la extinguida Dirección General de Recursos Humanos y Organización del Ministerio de Sanidad y Consumo a quienes habiendo desempeñado sus servicios como personal interino a lo largo del año 1991 pasaron con posterioridad a dicho año a desempeñar ininterrumpidamente una plaza en propiedad en las instituciones sanitarias de la Seguridad Social, reconociéndoles, en consecuencia, el derecho a continuar en que la venían percibiendo durante el año 1991, con la regularización de las cantidades que proceda».

Madrid, 4 de junio de 1993.

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

Recomendación 17/1993, de 11 de junio, sobre publicidad de los procesos selectivos para el acceso a la función pública docente, en el ámbito de las islas Baleares.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 518).

La promovente de la queja denuncia ante esta institución las dificultades que se derivan para los opositores residentes en las islas del archipiélago balear de la forma en que actualmente se hacen públicas las listas de opositores que han superado el proceso selectivo para acceso al Cuerpo de Maestros, antes de su publicación en el BOE.

En concreto señala la interesada, residente en la isla de Menorca, que las listas se hacen públicas en el tablón de anuncios de la Dirección Provincial del Ministerio de Educación y Ciencia en Baleares, situada en Palma de Mallorca. Este órgano periférico no proporciona información telefónica sobre su contenido, lo que obliga a todos los opositores aprobados o no aprobados que no residen en dicha isla a desplazarse a ella para conocer el resultado con tiempo suficiente para presentarse a la prueba obligatoria de idioma catalán, y esto en unas fechas veraniegas en que en muchas ocasiones resulta muy complicado obtener billete en algún medio de transporte.

Al informar a la reclamante de la tramitación que hemos considerado oportuno seguir con su queja, le hemos manifestado que la publicidad de las listas de opositores que describe en su escrito parece ajustarse a los términos de las últimas convocatorias selectivas a que alude en su escrito, y en concreto a la publicada por Orden ministerial de 5 de mayo de 1992, y que, desde este punto de vista, no resulta cuestionable la regularidad de la actuación seguida al respecto por la Dirección Provincial competente.

Sin perjuicio de lo anterior no deja de ser cierto que el sistema de publicidad previsto en dichas convocatorias, aunque eficaz en líneas generales, puede resultar insuficiente en la Comunidad Autónoma de Baleares, en consideración tanto a la peculiar configuración insular de su territorio como al hecho de que los opositores deban someterse

inmediatamente después de haber superado el proceso selectivo a una prueba de idioma, en función de la cual les resulta necesario conocer los resultados obtenidos antes de la publicación de la correspondiente lista en el BOE.

La convocatoria selectiva para acceso al Cuerpo de Maestros correspondiente a este año realizada por Orden ministerial de 19 de febrero de 1993 (BOE del día 25 de febrero siguiente) establece en su número 43 una publicidad de las listas en los órganos periféricos del Ministerio de Educación y Ciencia similar a la que en las de años anteriores ha generado los problemas que denuncia la reclamante, con la sola novedad de prever su publicación en las subdirecciones territoriales existentes en la provincia de Madrid.

Pues bien, a la vista de todo lo expuesto esta institución considera oportuno formular a V.I., en uso de las facultades atribuidas a esta institución por el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, las siguientes sugerencias y recomendaciones:

«Sugerimos a V.I. que por ese centro directivo se cursen las instrucciones oportunas a los tribunales que vayan a actuar en la Comunidad Autónoma de Baleares, para obtener la publicación de las listas de admitidos en las oficinas administrativas de las distintas islas del archipiélago de forma simultánea a su publicación en la Dirección Provincial del Ministerio de Educación y Ciencia, en Palma de Mallorca».

«Al propio tiempo creemos preciso recomendar a V.I. que en las sucesivas convocatorias selectivas para acceso al Cuerpo de Maestros, y con el mismo objetivo de facilitar el conocimiento inmediato de los resultados obtenidos, se contemple un sistema de publicación de las listas de opositores que han superado el proceso selectivo específico para el ámbito territorial de Baleares».

Madrid, 11 de junio de 1993.

Recomendación dirigida al Director General de Personal y Servicios del Ministerio de Educación y Ciencia.

Recomendación 18/1993, de 15 de junio, sobre acceso a los concursos de traslado, del sistema nacional de salud, del personal estatutario del Instituto Social de la Marina.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 621).

En su día tuvo entrada en esta institución queja presentada ante el Valedor do Pobo por don J.M.B., en la que indicaba que, siendo celador del Instituto Social de la Marina, había solicitado el traslado a centros dependientes del Instituto Nacional de la Salud, siéndole denegado el mismo. Asimismo, señalaba que tal negativa se había producido pese a realizar labores conjuntas en ambos organismos y finalizaba sosteniendo que esta situación era discriminatoria respecto de la que correspondía a determinados auxiliares de cénica del citado Instituto, que sí habían sido integrados en centros sanitarios del Instituto Nacional de la Salud.

Admitida a trámite dicha queja fueron solicitados informes del Instituto Social de la Marina, de la Dirección General de Recursos Humanos de esa Consejería y de la Dirección General del Instituto Nacional de la Salud.

En el primero de los citados informes se indicaba que el promotor de la queja es efectivamente celador de dicho Instituto y presta sus servicios en... Se añadía que en la Dirección Provincial correspondiente no constaba la solicitud de traslado del interesado, por lo que cabría deducir que habría sido presentada ante el Instituto Nacional de la Salud o bien ante el Servicio Gallego de Salud, dado el traspaso de recursos efectuado. Concluía indicando que la disposición adicional duodécima del Real Decreto 118/1991, de 25 de enero, sobre selección de personal estatutario y provisión de plazas en las instituciones sanitarias de la Seguridad Social, prevé la posibilidad de acceso del personal estatutario fijo del Instituto Social de la Marina a las plazas convocadas mediante los sistemas que regula tal Real Decreto.

Por su parte, en el informe evacuado por la Dirección General de Recursos Humanos, Dependiente de esa Consejería, se señalaba que, en efecto, el interesado es personal del Instituto Social de la Marina, correspondiendo la gestión del mismo a la referida entidad gestora y no

siendo competente el Servicio Gallego de Salud para realizar cualquier acto en esta materia, que sería nulo de pleno derecho a tenor del artículo 47.a) de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958.

Igualmente, se indicaba que a este personal no le resultaría de aplicación el Estatuto de Personal no Sanitario de la Seguridad Social, por no estar incluido en su ámbito de aplicación y en el supuesto de aplicación analógica de tal norma correspondería la misma al Instituto Social de la Marina, y no a órganos administrativos ajenos que vulnerarían con ello el principio de competencia administrativa, resultando, en base a lo expuesto, imposible acceder a la petición del interesado.

Asimismo, la Dirección General del Instituto Nacional de la Salud expresaba que al tener atribuidas esa Comunidad Autónoma las competencias en materia sanitaria, el Servicio Gallego de Salud posee la facultad de asumir o no la disposición adicional duodécima del Real Decreto 118/1991, de 25 de enero, incorporándola a la normativa específica que dicte en materia de traslados. Añadía que en el concurso de traslados convocado por resolución de esa Dirección General de fecha 25 de febrero de 1993 se contempla la posibilidad de participación del personal estatutario fijo con plaza en propiedad en las instituciones sanitarias de la Seguridad Social gestionadas por el Instituto Social de la Marina, si bien, obviamente, circunscribiéndose las plazas únicamente a los centros de gasto gestionados por el Instituto Nacional de la Salud.

Sobre el contenido de los referidos informes y en suma sobre la cuestión planteada por el promovente, hay que referirse, en primer lugar, al régimen jurídico aplicable al personal del Instituto Social de la Marina y, por consiguiente, a la posible aplicación al mismo del Estatuto del Personal no Sanitario de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, respecto del cual hay que señalar que, precisamente, la exclusión de su ámbito de aplicación ha sido determinante, en el criterio de la Dirección General de Recursos Humanos de esa Consejería, para rechazar la pretensión del interesado.

En relación con esta cuestión, hay que indicar que el régimen jurídico de este personal ha carecido hasta el año 1986 de una normativa específica, como pone de relieve la Circular 7/1986, de 7 de mayo, del Instituto Social de la Marina, lo que ha dado lugar, en expresión textual de la misma, a “relaciones jurídicas complejas de no fácil definición”.

Sin embargo, esta Circular establece en su preámbulo, con rotundidad y como principio básico, la aplicación de los estatutos de personal sanitario y no sanitario al personal que ostente nombramiento definitivo. En consecuencia, su instrucción octava indica que al personal que haya obtenido el nombramiento definitivo en concurso oposición y se encuentre

incorporado al servicio le serán aplicables, siempre que ello sea legalmente posible dadas las estructuras concretas de los servicios del Instituto Social de la Marina, los regímenes jurídicos del personal que presta servicios en el Régimen General de la Seguridad Social.

En segundo lugar, debe hacerse referencia a la competencia de la Comunidad Autónoma gallega sobre el régimen jurídico del personal estatutario a su servicio y a las previsiones que en sus propias disposiciones puedan existir sobre la cuestión planteada por el promotor de la queja.

El Estatuto de Autonomía de Galicia (Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril) atribuye a esta Comunidad Autónoma, en concordancia con el artículo 149.18a. de la Constitución española, el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación del Estado en las materias de régimen estatutario del personal a su servicio (art. 28) y sanidad interior (art. 33), si bien el ejercicio de estas competencias se realizará de conformidad con las normas reglamentarias de carácter general que dicte el Estado (art. 37).

En las disposiciones reguladoras de la función pública gallega (Ley 4/1988, de 26 de mayo, modificada parcialmente por la Ley 4/1991, de 8 de marzo) se expresa que el personal de la Seguridad Social, regulado por los estatutos de personal facultativo, sanitario no facultativo y no sanitario, continuará rigiéndose por dicha normativa, hasta que se dicte su legislación específica (disposición adicional cuarta de la primera ley citada).

Hasta el momento presente la Comunidad Gallega no ha procedido a la elaboración de una normativa propia de provisión de puestos de trabajo a través del sistema de traslado para el personal de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social de su ámbito territorial y, por lo tanto, no contempla una regulación análoga a la establecida en la disposición adicional duodécima del Real Decreto 118/1991, de 25 de enero, lo que origina que el personal estatutario fijo del Instituto Social de la Marina no puede acceder, por vía de traslado, a plazas convocadas por el Servicio Gallego de Salud, mientras que sí puede participar en los concursos voluntarios de traslados efectuados por el Instituto Nacional de la Salud. Por consiguiente quienes ostentan plaza en las instituciones del Instituto Social de la Marina ubicadas en el territorio de esa Comunidad no podrían trasladarse a puestos sanitarios de la misma, pero sí a los que radican en otras comunidades.

Esta paradójica situación puede, por otra parte, estimarse no acorde con lo preceptuado en la Ley General de Sanidad, que en su artículo 84 prevé un régimen uniforme para el personal del Servicio Nacional de Salud, conceptuando como normativa básica, y por ello de general aplicación, los aspectos relativos a provisión de puestos de trabajo y derechos de este personal.

A mayor abundamiento, la disposición final decimoquinta de dicha ley sienta como principio que el personal englobado en el futuro estatuto marco, podrá ocupar indistintamente puestos de trabajo en las Administraciones sanitarias del Estado o de las comunidades autónomas.

En base a las consideraciones expuestas y en uso de las facultades que le vienen conferidas por el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, esta institución dirige a V.E. la siguiente recomendación: «Que se adopten las medidas oportunas en orden a que la normativa sobre provisión de puestos de trabajo en el Servicio Gallego de Salud, contemple la posibilidad de acceso a los concursos de traslado del personal estatutario fijo que desempeña plaza en propiedad en las instituciones sanitarias de la Seguridad Social gestionadas por el Instituto Social de la Marina».

Madrid, 15 de junio de 1993.

Recomendación dirigida al Consejero de Sanidad de la Junta de Galicia.

Recomendación 19/1993, de 15 de junio, sobre selección de personal interino y eventual, al servicio de instituciones sanitarias de la Seguridad Social.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 540).

Ante esta institución compareció doña C.P.G., auxiliar de clínica, presentando queja en la que exponía que, habiendo sido citada por el Hospital “Río Hortega” para prestar sus servicios con carácter temporal, acreditó, mediante informe médico, la imposibilidad de realizar dicha prestación. Pese a que las normas establecidas por el centro sanitario prevén la reserva del derecho a la contratación a quienes, habiendo sido citados, se encuentran de baja médica, la interesada indicaba que no había sido llamada con posterioridad, no siendo contestadas las reclamaciones formuladas en tal sentido.

Admitida a trámite la queja y recabados informes de esa Dirección Provincial, de los mismos se desprende que la interesada figuró en las relaciones de personal a contratar con una puntuación, durante 1991, de 2,41 puntos, y que las necesidades de personal de este tipo fueron cubiertas con personas que alcanzaban hasta 2,50 puntos de valoración, por lo que no la correspondía trabajar durante dicho año. En el año 1992, en el que le fue adjudicada una puntuación de 2,51 puntos los criterios seguidos para la contratación fueron, en primer lugar, citar a quienes, habiendo prestado servicios en el año anterior, no habían completado doce meses y posteriormente y por orden de puntuación, a quienes no hubieran prestado servicios con anterioridad en el Hospital “Río Hortega”. Dado que la interesada estuvo contratada en el año 1987, no le correspondió ser contratada en dicho año y por este motivo.

De lo expuesto se deduce que la modificación de los criterios observados para la contratación de personal, primando en el año 1992 a quienes no habían completado doce meses de servicios temporales y seguidamente a quienes no trabajaron nunca en dicho centro hospitalario, ha privado a la

interesada de sus expectativas de contratación conforme a la valoración de sus méritos.

Por otra parte, cabe resaltar en el presente caso la falta de proporcionalidad entre los servicios prestados en su día y las consecuencias derivadas de dicha prestación. Esta desproporción queda patentizada si se tiene en cuenta que un contrato de interinidad de tan solo tres meses y cuatro días, correspondiente además a una prestación de servicios desarrollada en el año 1987, trae por consecuencia la exclusión de la contratación cinco años más tarde.

De acuerdo con nuestra Constitución, el acceso a la función pública ha de acomodarse a principios de igualdad, mérito y capacidad. Tales principios tienen su reflejo tanto en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, como en el Real Decreto 2223/1984, de 19 de diciembre, que aprueba el Reglamento General de Ingreso del personal al servicio de la Administración del Estado. Estas normas tienen carácter supletorio para todo el personal al servicio de dicha Administración, de acuerdo con el artículo 1.5 de la ley citada y por ello resultan aplicables, de modo inmediato, al personal estatutario tanto en las pruebas que regulan el acceso a las plazas en propiedad como a la cobertura temporal de las mismas.

Como norma directamente aplicable, el Real Decreto 118/1991, en su disposición adicional cuarta, establece que la vinculación con carácter temporal al servicio de las instituciones sanitarias del Instituto Nacional de la Salud se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la necesaria agilidad y eficacia y con respeto en todo caso a los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Si bien es cierto que la jurisprudencia constitucional reconoce el amplio margen de que goza la Administración en la regulación de los procedimientos selectivos y en la determinación de los méritos y capacidades a considerar, no lo es menos que esta libertad está limitada por la necesidad de no crear desigualdades que, por ajenas o incompatibles con los referidos principios, hayan de considerarse arbitrarias o irrazonables. En este sentido, cabe citar la sentencia del Tribunal Constitucional 67/1989, de 18 de abril.

El criterio seguido por esa Dirección Provincial en las contrataciones de 1992, una vez cubiertos doce meses de prestación de servicios por quienes ya los desempeñaron en 1991, consistente en contratar a aquellas personas que no desempeñaron en años anteriores tales servicios, supone de hecho otorgar preferencia a quienes carecen de experiencia y preferir a quienes disponen de la misma, por lo que cabe concluir que el referido criterio se aparta de aquellos que serían lógicos en orden a la selección del personal e implica, igualmente, excluir a personas que gozan de preferencia en base a unos

méritos previamente fijados y conforme a los cuales se han elaborado las listas de contratación.

Por otra parte, el referido criterio parece obedecer más a pautas que son propias de una política de fomento de empleo que a la búsqueda por la Administración sanitaria del personal más idóneo para proceder a la cobertura de sus necesidades temporales, y en la cual han de regir, como ha quedado expuesto, los principios constitucionales de mérito y capacidad.

De todo ello se desprende la necesidad de que se adopten las medidas oportunas a fin de que la selección de personal de carácter temporal se acomode a los principios constitucionales antes indicados.

Por cuanto antecede y en uso de las facultades que le vienen conferidas por el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, esta institución dirige a usted la siguiente recomendación: «Que por parte de esa Dirección Provincial se adopten las medidas oportunas a fin de que la selección del personal que preste servicios en las instituciones sanitarias de la Seguridad Social con carácter temporal se acomode a los principios de mérito y capacidad a que se refieren los artículos 23 y 103 de la Constitución, no excluyendo, consecuentemente a quienes acrediten haber prestado servicios con anterioridad en un determinado establecimiento sanitario».

Madrid, 15 de junio de 1993.

Recomendación dirigida al Director Provincial del Instituto Nacional de la Salud en Valladolid.

Recomendación 20/1993, de 15 de junio, sobre notificación e información a los interesados que han solicitado ingreso en residencias públicas de la tercera edad.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 588).

En el escrito de queja que en su día formuló la interesada se exponía que había solicitado ante la Consejería de Integración Social de la Comunidad de Madrid una plaza para ingresar en una residencia de la tercera edad, habiendo recibido notificación del Jefe del Servicio Social de la Tercera Edad en la que se hacía constar lo siguiente: “Con relación a su solicitud de ingreso en alguna de las Residencias de Ancianos dependientes de esta Consejería, lamento comunicarle que, según la valoración de su expediente, creemos que su ingreso no podrá realizarse con la prontitud que hubiéramos deseado, ya que existen bastantes personas en lista de espera cuyas circunstancias sociales, familiares, económicas, etc., revisten mayor gravedad que las suyas”.

Según el informe remitido por esa Consejería, el escrito en el que se comunica a la solicitante la imposibilidad momentánea de acceder a su pretensión constituye una información al interesado sobre el estado de tramitación de su expediente, en este caso de oficio, de índole semejante a la prevista en el artículo 62 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958.

En relación con lo expuesto, es necesario reseñar, en primer lugar, las especiales características del procedimiento que se sigue desde que los interesados presentan la correspondiente solicitud de plaza en centros de la tercera edad hasta que se ven satisfechas sus pretensiones. Las mencionadas particularidades derivan de la existencia de constantes variaciones tanto por lo que a las circunstancias de los solicitantes se refiere, lo que conlleva sucesivos cambios en la puntuación concedida, como por lo que respecta a las disponibilidades de plazas en los centros, por cuanto se producen bajas, traslados, permutas, etc.

Sin perjuicio de lo cual, aún considerando, tal como se ha hecho constar en el informe remitido por ese organismo, que la notificación que se efectúa a los interesados informando sobre la imposibilidad de acceder a sus pretensiones al ser inferior el número de las plazas ofertadas con la demanda de las mismas, sea un acto de mero trámite, y la resolución del expediente se lleve a cabo una vez que se conceda la plaza solicitada, parece conveniente que las citadas notificaciones estén provistas de una serie de elementos.

En efecto, al poner en conocimiento de los administrados que, al menos temporalmente, sus intereses no podrán verse satisfechos, dicha notificación deberá determinar la puntuación obtenida en la baremación efectuada por el órgano administrativo, especificando los puntos concedidos en virtud de las circunstancias familiares, sociales, económicas, etc. Y todo ello con objeto de otorgar una mayor transparencia al proceso de baremación, a fin de posibilitar a los interesados reclamar en los supuestos de disconformidad con la puntuación efectuada conforme a los diferentes factores.

Por otro lado, como quiera que la Administración no puede garantizar a los ciudadanos el momento en que podrán obtener la plaza en la residencia de la tercera edad, dada la diferencia entre la oferta y la demanda, parecería igualmente oportuno mantener informados periódicamente a los peticionarios acerca de las posibilidades de ver satisfechas sus pretensiones.

Por cuanto antecede, esta institución, en uso de las facultades que le vienen conferidas por el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, procede formular a V.I. la siguiente recomendación:

«Que en las notificaciones a los interesados poniendo en conocimiento de éstos la imposibilidad momentánea de acceder a una plaza de residencia de la tercera edad, se haga constar la puntuación total obtenida conforme a la baremación efectuada, especificando, en todo caso, los puntos concedidos por cada uno de los factores sociales, económicos, familiares o de cualquier otra índole que han sido valorados».

«Que se estudie la posibilidad de instaurar un sistema de información periódica a los solicitantes de plaza de residencias de la tercera edad, hasta tanto puedan verse satisfechas las pretensiones de los interesados, especificando el lugar que ocupan en la lista de espera».

Madrid, 15 de junio de 1993.

Recomendación dirigida a la Directora General de Servicios Sociales especializados de la Comunidad Autónoma de Madrid.

Recomendación 21/1993, de 15 de junio, sobre información a los interesados para la obtención de plazas en centros públicos de atención a minusválidos.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 591).

En el escrito de queja que en su día formuló la interesada, se exponía que su hermano, F.C.M., había solicitado, en mayo de 1990, ante la Consejería de Integración Social de la Comunidad de Madrid, el ingreso en un centro de atención de minusválidos psíquicos, habiéndole sido notificada resolución del Servicio Regional de Bienestar Social en la que se le comunicaba que había obtenido 12 puntos en la baremación realizada y, en consecuencia, quedaba en lista de espera para las nuevas plazas que existieran. Finalmente, alegaba la reclamante que desde mayo de 1990 no había vuelto a obtener noticia alguna en relación con su solicitud.

Según el informe remitido por ese organismo, los solicitantes de plazas de centros de atención de minusválidos de la Comunidad Autónoma de Madrid reciben información escrita una vez valorada su solicitud, pero aún no se ha establecido un sistema de información periódica posterior, facilitándose ésta al interesado siempre que lo solicita.

En relación con lo expuesto, es necesario reseñar, en primer lugar, las especiales características del procedimiento que se sigue desde que los interesados presentan la correspondiente solicitud de plaza en centros para personas con minusvalía hasta que ven satisfechas sus pretensiones. Las mencionadas particularidades derivan de la existencia de constantes variaciones, tanto por lo que a las circunstancias de los solicitantes se refiere, lo que conlleva sucesivos cambios en la puntuación concedida, como por lo que respecta a las disponibilidades de plazas en los centros, por cuanto se producen bajas, traslados, permutas, etc.

Sin perjuicio de ello, y a la vista del contenido de la resolución administrativa por la que se comunica al interesado la imposibilidad momentánea de ver satisfecha su pretensión, parece conveniente que dichas notificaciones estén provistas de una serie de elementos.

En efecto, al poner en conocimiento de los administrados que, al menos temporalmente, sus intereses no podrán verse satisfechos, dicha notificación debería determinar la puntuación obtenida en la baremación efectuada por el órgano administrativo, especificando los puntos concedidos en virtud de las circunstancias familiares, sociales, económicas, etc. Y todo ello con objeto de lograr la mayor transparencia del proceso de baremación, y a fin de posibilitar a los interesados reclamar en los supuestos de disconformidad con la puntuación obtenida conforme a los diferentes factores.

Por otro lado, como quiera que la Administración no puede garantizar a los ciudadanos el momento en que podrán obtener la plaza en algún centro de atención a personas con minusvalía, dada la diferencia entre la oferta y la demanda y teniendo en cuenta, además, las dificultades presupuestarias para ampliar las plazas de internado según se indicaba en el informe remitido a esta institución en septiembre de 1992, parecería igualmente oportuno mantener informados periódicamente a los peticionarios acerca de las posibilidades de ver satisfechas sus pretensiones, en lugar de limitarse a proporcionar esta información, en forma sistemática cuando sea solicitada.

Por cuanto antecede, esta institución, en uso de las facultades que le vienen conferidas por el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, procede formular a V.I. la siguiente recomendación:

«Que en las notificaciones a los interesados por las que se ponga en conocimiento de éstos la imposibilidad momentánea de acceder a una plaza en un centro de atención de minusválidos, se haga constar la puntuación total obtenida conforme a la baremación efectuada, especificando, en todo caso, los puntos concedidos por cada uno de los factores sociales, económicos, familiares o de cualquier otra índole que hayan sido valorados».

«Que se estudie la posibilidad de implantar un sistema de información periódica a los solicitantes de plazas en centros de atención de minusválidos hasta tanto puedan verse satisfechas las pretensiones de los interesados, especificando el lugar que ocupan en la lista de espera».

Madrid, 15 de junio de 1993.

Recomendación dirigida a la Directora General de Servicios Sociales Especializados de la Comunidad Autónoma de Madrid.

Recomendación 22/1993, de 23 de junio, sobre Acreditación de las condiciones físicas y psíquicas para el reingreso al servicio activo de funcionarios docentes, al servicio de la Generalidad de Cataluña.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 525).

Sobre el asunto objeto de la queja de referencia hemos recibido sucesivos informes de esa Consejería, de los que se desprende el cambio de criterio experimentado en torno a la procedencia del reingreso del funcionario docente a que se refería dicha queja, en el destino que había obtenido en concurso de traslados.

La efectividad del reingreso se vio inicialmente obstaculizada al no aportar el funcionario un certificado médico, a cuya presentación se condicionó la incorporación y toma de posesión de su destino, decisión para cuya adopción las autoridades competentes de esa Consejería se apoyaron, según se afirmaba en el primer informe recibido de V.E., en una previsión contenida en la convocatoria del concurso de traslados en la que participó el reclamante de acuerdo con la cual los profesores que obtuviesen destino desde la situación de excedencia debían aportar un certificado facultativo acreditativo de que no padecían enfermedad ni defecto físico o psíquico incompatible con el ejercicio de la docencia.

Más adelante, y según se afirmaba atendiendo a las consideraciones jurídicas contenidas en un informe elaborado por la Secretaría General del Departamento, se nos informó de la modificación del punto de vista inicial y de la decisión que en consecuencia se había tomado de acordar el reingreso del funcionario al puesto que le había sido adjudicado en la resolución de la convocatoria del concurso.

Por último y cumplimentando parcialmente el requerimiento formulado por esta institución, que consideró necesario conocer el contenido del informe que determinó la decisión de reingreso adoptada, se nos ha remitido lo que parece ser una transcripción de las conclusiones contenidas en dicho informe.

En las referidas conclusiones se señala que de la no aportación de la certificación médica prevista en la convocatoria no es jurídicamente posible extraer consecuencia alguna negativa en orden al reingreso de un funcionario, por lo que se aconseja la supresión del requisito en futuras convocatorias y el reingreso del profesor en la plaza que le fue adjudicada.

Por último debemos precisar que en ninguno de los sucesivos informes recibidos se expresa la línea a que en lo sucesivo vaya a ajustar su actuación esa Consejería y los centros de ella dependientes, en el aspecto a que se refiere la queja a que nos estamos refiriendo.

Pues bien, llegada a este punto la tramitación de la queja mencionada, esta institución considera preciso expresar su acuerdo con las conclusiones expresadas en el informe que sirvió de base a la decisión de reingreso del funcionario a que alude la presente queja, expresar los argumentos en que se apoya tal coincidencia de criterio, y formular por último las recomendaciones de actuación con las que se concluye este escrito.

En efecto, consideramos, de una parte, que no existe prescripción alguna expresa en la normativa sobre función pública vigente que autorice a condicionar a la acreditación médica a que nos venimos refiriendo el reingreso de los funcionarios al servicio activo desde la situación de excedencia, y en definitiva a impedir, en base a la no aportación a dichos efectos de una certificación facultativa, la incorporación de éstos al ejercicio administrativo a que las da derecho su condición de funcionarios y la obtención de una vacante previa su participación en los procesos previstos en la normativa sobre provisión de puestos de trabajo.

Ni las leyes sobre función pública —Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero, y Ley 17/1985, de 23 de julio, de la Función Pública de la Administración de la Generalidad de Cataluña— ni las reglamentaciones específicas sobre situaciones administrativas y provisión de puestos de trabajo, contienen a nuestro juicio preceptos que autoricen a establecer en las convocatorias de concurso de traslados dicho condicionamiento a efectos del reingreso de un funcionario al servicio activo.

Por lo demás, entendemos que la referida exigencia tampoco puede ampararse en una supuesta aplicación analógica al supuesto de reingreso de un funcionario, de los requisitos establecidos en el artículo 30.1 del texto articulado de la ley de funcionarios más arriba citada, para ser admitido a la realización de las pruebas selectivas previas al ingreso en la función pública docente.

En relación con la aplicación analógica del referido precepto, que se apuntaba en uno de los informes enviados por esa Consejería como fundamento de la exigencia contenida en la convocatoria a la que consumó al reclamante, debemos manifestar que esta institución discrepa con dicha analogía desde el momento en que, a nuestro entender, no concurren en el caso que estamos examinando las condiciones legalmente necesarias para proceder a dicha forma de aplicación.

En efecto, en los términos del artículo 4.1. del Código Civil, la aplicación analógica de las normas resulta sólo procedente en el caso de que éstas, aún cuando no contemplen un supuesto específico, regulen otro semejante, siempre que pueda apreciarse entre los dos supuestos identidad de razón, y a nuestro entender en el caso planteado no se dan ninguno de los supuestos de hecho a cuya concurrencia se condiciona en el Código civil la posibilidad de utilizar al mecanismo de la analogía.

No entendemos que se dé la identidad de razón exigida en el Código Civil, entre el supuesto a que alude el precepto aplicado por esa Dirección General —dirigido a determinar las condiciones exigibles a quienes deseen concurrir a las pruebas selectivas que deben superar quienes quieran adquirir la condición de funcionario— y la situación de quienes, ostentando ya la condición de funcionario y en consideración a la misma, solicitan su participación en un concurso de traslados desde la situación de excedencia voluntaria y son admitidos al mismo por reunir todos los requisitos establecidos en la normativa vigente sobre provisión de puestos de trabajo docentes obteniendo, en concurrencia con los demás participantes, una determinada vacante administrativa.

En definitiva, a nuestro juicio no puede equipararse el supuesto de adquisición de la condición de funcionario, al de obtención de un destino administrativo por quien es ya funcionario, ni extender a este último supuesto los requisitos exigibles a quienes pretenden acceder a la función pública.

Además, a nuestro juicio tampoco se puede mantener que en el punto a que venimos refiriéndonos se dé la situación de vacío normativo necesaria para recurrir a la aplicación analógica de otra norma.

En efecto, entendemos que la normativa sobre función pública vigente está concebida sobre la base de una lógica que, en el momento inicial de la carrera de los funcionarios impone la necesidad de contrastar la aptitud de los candidatos para el desempeño de las funciones propias del cuerpo al que se accede. Con esta finalidad se exige a los participantes en los correspondientes procesos selectivos que, además de otros extremos, acrediten las condiciones de salud y físicas necesarias para su desempeño.

Una vez adquirida la condición de funcionario el sistema prevé mecanismos correctores tendentes a retirar del servicio activo, de forma temporal o definitiva, a quienes a lo largo de su carrera profesional se vean afectados por disfunciones físicas o psíquicas que obstaculicen el desempeño de sus funciones.

Estos mecanismos jurídicos específicos, básicamente el de jubilación anticipada por incapacidad, se aplican previa instrucción de los oportunos procedimientos contradictorios, que garantizan al funcionario la posibilidad de hacerse oír en el curso de su tramitación, y en definitiva la existencia de un fundamento objetivo suficiente y el acierto último de la decisión de apartar a un funcionario del ejercicio profesional a que le da derecho su condición de funcionario.

En definitiva existen preceptos específicos aplicables al supuesto de incapacidad sobrevenida del funcionario y éstos, además, establecen un sistema de garantías en beneficio básicamente del funcionario afectado, de los que se hace abstracción al proceder a la aplicación por supuesta analogía del precepto invocado por esa Consejería.

Una vez ésto establecido debemos precisar que entendemos que han sido razones derivadas de la especificidad del servicio público educativo, a que se refiere el procedimiento de provisión en el que obtuvo destino el profesor a que alude la presente queja, las que sin duda han llevado al órgano administrativo competente a adoptar la decisión que ha sido denunciada ante esta institución.

Sin embargo, aún cuando el objetivo sea plenamente asumible, no parece la más correcta en términos jurídicos la fórmula utilizada por ese centro directivo, al introducir en una convocatoria de provisión una exigencia documental y proceder después a una interpretación de la misma, sin el respaldo normativo suficiente.

Si esa Consejería considera necesario garantizar en términos más estrictos la adecuación física o psíquica de los funcionarios docentes en el momento de un eventual reingreso al servicio activo, ello debe hacerse con un fundamento jurídico suficiente y sobre la base que proporcione una norma jurídica del nivel adecuado.

En consideración a todo cuanto queda expuesto, y de acuerdo con las facultades atribuidas a esta institución por el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, esta institución considera preciso dirigir a V.E. las siguientes recomendaciones:

«Que, dado que no existe título normativo suficiente para ello, ese centro directivo no condicione el reingreso al servicio activo de funcionarios

docentes a la acreditación por los mismos de las condiciones físicas o psíquicas que en su momento se les exigieron para acceder al respectivo cuerpo docente».

«Que si se considera necesario, en beneficio de un más eficaz funcionamiento de los servicios educativos, garantizar la adecuación física o psíquica de los funcionarios docentes en el momento de un posible reingreso al servicio activo en términos más estrictos de los que permite la normativa de función pública vigente, se estudie por esa Consejería la fórmula jurídica adecuada, y se proceda, dentro del marco de las disposiciones básicas reguladoras de la función pública docente, a su articulación en la disposición del nivel normativo adecuado».

Madrid, 23 de junio de 1993.

Recomendación dirigida al Consejero del Departamento de Enseñanza de la Generalidad de Cataluña.

Recomendación 23/1993, de 23 de junio, sobre preferencia en materia de colocación de los titulares de familias numerosas.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 377).

Con motivo de la queja presentada ante esta institución por doña M.C.M., se solicitó a V.I. información sobre si eran aplicadas por ese Instituto las previsiones establecidas en la Ley y en el Reglamento de Protección a las Familias Numerosas respecto de las preferencias en la colocación que dichas normas establecen.

En concreto, la Ley 25/1971, de 19 de octubre, de Protección a las Familias Numerosas establece, en su artículo 9, que los titulares de familia numerosa tendrán prioridad para ser empleados en cualquier puesto de trabajo siempre que reúnan la aptitud, el conocimiento y las demás condiciones exigidas para desempeñarlo. Por su parte, el reglamento de esta ley (Decreto 1340/1971, de 23 de diciembre) establece, en su artículo 22, que los titulares de familias numerosas gozarán del derecho de ser propuestos con carácter preferente por las oficinas de colocación de la Organización Sindical (hoy Instituto Nacional de Empleo) para ocupar los puestos de trabajo a que hace referencia la ley.

En la contestación dada por esa Dirección General se manifiesta que el artículo 22 del decreto anteriormente citado no puede ser tenido en cuenta por el Instituto Nacional de Empleo porque “resultaría contrario a lo establecido en los artículos 14 y 103.1 de nuestra Constitución pues el primero prohíbe la discriminación por razón de cualquier circunstancia personal, y el segundo sanciona la objetividad que debe regir la actuación de la Administración, y es claro que el hecho de ser titular de familia numerosa es una circunstancia personal que no deberá ser tenida en cuenta del modo que prescribe dicho artículo 22 del Real Decreto 3140/71 si se pretende realizar una actuación administrativa que sirva a los intereses generales de acuerdo al principio de objetividad contenido en el artículo 103 de la Constitución antes mencionado.”

No compartiendo esta institución el criterio y el razonamiento expuesto por esa Dirección General, exponemos a V.I. las consideraciones que siguen con carácter previo a la recomendación con que se concluye el presente escrito:

I. La determinación de políticas que favorezcan la colocación o que concedan ayudas para obtener empleo a determinados colectivos de trabajadores es una práctica habitual, no sólo en las políticas de empleo de los diferentes gobiernos postconstitucionales de nuestro país, sino en las del resto de los países de nuestro entorno político y económico. En la actualidad se siguen manteniendo instrumentos legales que tienden a facilitar la colocación de personas en atención a sus especiales circunstancias sociofamiliares, y el propio Instituto Nacional de Empleo utiliza dicho criterio en la selección de personal que realiza en virtud de los acuerdos de colaboración entre dicho Instituto y las corporaciones locales.

II. El artículo 14 de la Constitución española no establece un principio de igualdad absoluta que impida tomar en consideración la existencia de causas objetivas que razonablemente justifiquen la desigualdad de tratamiento legal, y mucho menos que excluyan la necesidad del establecimiento de un trato desigual que recaiga sobre supuestos de hecho que en si mismos son desiguales y tengan por función precisamente contribuir al restablecimiento o promoción de la igualdad real, ya que en tal caso la diferencia de régimen jurídico no sólo no se opone al principio de igualdad, sino que aparece exigida por dicho principio y constituye el instrumento ineludible para su efectividad.

El principio de igualdad prohíbe la discriminación, que se produce cuando una distinción de trato carece de una justificación objetiva y razonable, y en el caso que tratamos la desigualdad encuentra plena justificación y razonabilidad desde la consideración de otros bienes jurídicos, como es la familia, cuya protección social económica y jurídica debe ser asegurada por los poderes públicos, conforme exige el artículo 39.1 de nuestra Constitución. En este sentido, no cabe duda de que dentro de la protección que los poderes públicos están obligados a prestar a la familia pueden tenerse en cuenta las especiales características y circunstancias que concurren en aquellas cuyo número de hijos puede constituir y, de hecho en ocasiones constituye, un grave obstáculo para el debido disfrute por parte de sus miembros de los bienes económicos, sociales y culturales, entre los que se encuentra, obviamente, el empleo.

III. De otra parte, es cierto que, como ha declarado el Tribunal Constitucional, la Constitución, como norma suprema inmediata, sin necesidad de esperar a su desarrollo por el legislador ordinario en lo que concierne a los derechos fundamentales y libertades públicas, entre los que indudablemente se encuentra el artículo 14 (así, STC 81/1982, de 21 de

diciembre, fundamento jurídico 2º). De otra parte, la eficacia derogatoria de la Constitución permite considerar carente de todo valor, desde el mismo momento de la entrada en vigor del texto constitucional, a todo precepto preconstitucional que se oponga al citado artículo (así, STC 7/1983, de 14 de febrero, fundamento jurídico 2º). De este modo, la eficacia directa e inmediata con que queda revestido, como también acaece respecto del resto de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, el derecho a la igualdad del artículo 14 de la Constitución y la extensión de esta vinculación a la totalidad de los poderes públicos, conforme determina el artículo 53.1 del texto constitucional, unida a la eficacia derogatoria del mismo, no sólo permite, sino que incluso obliga a cualquiera de estos poderes a inaplicar cualquier norma anterior a la Constitución que entre en confrontación con el repetido artículo 14. Desde esta perspectiva, ningún reproche merecería el criterio adoptado por el Instituto Nacional de Empleo, al inaplicar la preferencia establecida por el artículo 22 del Decreto 3140/1971, de 23 de diciembre, en favor de los titulares de familias numerosas, por considerarla contraria al derecho de igualdad constitucionalmente reconocido, ya que la aplicación conjunta del citado artículo 14 y de la disposición derogatoria tercera de la Constitución le ofrecería la necesaria cobertura jurídica para ello, si bien, en beneficio de una mayor garantía del principio de seguridad jurídica y para despejar cualquier duda que pudiese surgir al respecto, se hubiera podido —y, aún, debido—, a la par de proceder a esta inaplicación, promover la derogación expresa de los preceptos en cuestión.

Sin embargo, si esto es así, tampoco es menos cierto que la eficacia derogatoria de la Constitución no debe operar respecto de aquellas disposiciones preconstitucionales que son susceptibles de ser reconducidas por la vía interpretativa al marco constitucional, como se desprende “a contrario” de la sentencia del Tribunal Constitucional 8/1983, de 18 de febrero, fundamento jurídico 3º in fine. A este respecto, no cabe desconocer el principio de conservación de la norma, siempre que pueda ser interpretada conforme a la Constitución, tal y como ha manifestado el Tribunal Constitucional. Este, en efecto, ha declarado que “la Constitución ha optado por un criterio de continuidad del ordenamiento jurídico, como lo evidencia lo establecido en su disposición derogatoria 3, que admite la efectividad de las normas anteriores en cuanto no se opongan a ella” (STC 76/1986, de 9 de junio, fundamento jurídico 2º), añadiendo que “la promulgación de la Constitución no ha roto la continuidad del orden jurídico preconstitucional más que con respecto a aquellas normas que no pueden ser interpretadas de conformidad con la Constitución” (STC 32/1981, de 28 de julio, fundamento jurídico 6º).

En consecuencia, ello hubiera obligado a ese Instituto, antes de inaplicar el artículo 22 del Decreto 3140/1971, de 23 de diciembre, a realizar una tarea hermenéutica a través de la cual se debería haber averiguado si era posible conciliar con el texto constitucional la preferencia establecida en el artículo

22 del Decreto 3140/1971, de 23 de diciembre, pudiéndose llegar por esta vía a una interpretación armonizadora, como antes se ha expuesto, conforme a la cual la repetida preferencia resulta acorde con el artículo 14 del texto constitucional, al estar dotada de la suficiente objetividad y razonabilidad la diferenciación en el tratamiento legal que se desprende del precepto cuestionado.

En mérito a lo anteriormente expuesto, y de conformidad con las atribuciones que le vienen conferidas por el artículo 30 de la ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, esta institución dirige a V.I. la siguiente recomendación: «Que por esa Dirección General se valore la conveniencia y oportunidad de dictar las correspondientes instrucciones para permitir la efectiva aplicación por las Oficinas de Empleo de la preferencia en materia de gestión de la colocación que establece para los titulares de familias numerosas el artículo 22 del Decreto 3140/1971, de 23 de diciembre».

Madrid, 23 de junio de 1993.

Recomendación dirigida al Director General del Instituto Nacional de Empleo.

Recomendación 24/1993, de 23 de junio, sobre atribución de funciones a una sola categoría profesional.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 541).

Ante esta institución se presentó en su día escrito por don RM.F., solicitando la interposición de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en fecha 9 de febrero de 1993, recaída en recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Madrid, de 4 de diciembre de 1991.

En esta última sentencia se desestimaba la pretensión del promotor de la queja, el cual presta sus servicios como peluquero en una institución sanitaria dependiente del Instituto Nacional de la Salud, realizando habitualmente, desde su ingreso, rasurados quirúrgicos. Consideraba el interesado que tal función no corresponde a su categoría profesional, ni es propia de su oficio, trayendo para ello a colación el artículo 13.10 del Estatuto de Personal no Sanitario al servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, aprobado por orden de 5 de julio de 1971, conforme al cual corresponde a la categoría de peluquero llevar a cabo “todos los trabajos propios de su oficio, en relación con los enfermos ingresados en la Residencia”, así como el artículo 75.11 del Estatuto de Personal Sanitario no Facultativo de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, aprobado por Orden de 26 de abril de 1973, que encomienda a las auxiliares de enfermería la tarea de “colaborar con el personal auxiliar sanitario titulado en el rasurado de enfermos”, señalando al efecto que ante la indefinición de la primera de las normas citadas, la cual no incluye expresamente la función de realizar los rasurados quirúrgicos, habrá de entenderse que la misma excede de las funciones atribuidas a la categoría de peluquero.

Frente a esta argumentación, el Juzgado de lo Social nº 3 de Madrid señala en su sentencia que el Estatuto de Personal no Sanitario al servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social no contiene la indefinición

que se alega. En efecto, el artículo 14.2.15 establece, dentro de las funciones atribuidas a los celadores, que “en caso de ausencia del peluquero o por urgencia en el tratamiento, rasurarán a los enfermos masculinos que vayan a ser sometidos a intervenciones quirúrgicas en aquellas zonas de su cuerpo que lo requiera”. De ahí concluye el juzgador que la función de realizar el rasurado quirúrgico es propia de los peluqueros, siempre que sea realizado a enfermos masculinos, ya que para las enfermas el rasurado quirúrgico está encomendado al personal auxiliar sanitario titulado, con el que colaboran las auxiliares de enfermería. Añade el Juzgado de lo Social que carece de incidencia alguna el hecho de que las pruebas de acceso a la categoría profesional de peluquero no comprendan la realización de rasurados quirúrgicos, ya que en las mismas sólo se trata de seleccionar a quienes demuestran la actitud profesional y la idoneidad requeridas para realizar las tareas que integran esta profesión, sin que sea preciso que dichas pruebas comprendan todas y cada una de las tareas a realizar.

En el recurso de suplicación interpuesto, el interesado parece alegar la posible vulneración del principio constitucional de igualdad, ya que en la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en fecha 9 de febrero de 1993, se señala que “si es obligación de los celadores el rasurado quirúrgico de los enfermos masculinos en ausencia del peluquero, es evidente que, presente éste, la obligación le corresponde llevarla a cabo como todos los trabajos propios de su oficio en relación con los enfermos ingresados y sin perjuicio del rasurado quirúrgico de las mujeres que su estatuto encarga a las Auxiliares de Enfermería y Personal Auxiliar Sanitario Titulado, sin discriminación por razón de sexo que pueda deducirse del relato de hechos probados de la sentencia impugnada, cuando la distinta morfología y patología de varones y hembras (sic) pueda justificar perfectamente el distinto trato otorgado”.

Esta institución no ha considerado procedente la interposición de recurso de amparo, ya que, de una parte, el hecho de que en las pruebas de acceso a la categoría de peluquero no se incluyan pruebas específicas que demuestren la idoneidad profesional para realizar rasurados quirúrgicos es una cuestión de mera legalidad, que resulta intrascendente en el plano constitucional y, de otra, al no apreciarse la vulneración del derecho de igualdad, en su vertiente negativa de discriminación por razón de sexo. En efecto, respecto de esta última circunstancia es menester señalar que el artículo 75 del Estatuto de Personal Sanitario no Facultativo de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social y el artículo 14 del Estatuto de Personal no Sanitario al servicio de las Instituciones Sanitarias, que atribuyen las funciones de rasurado quirúrgico a las auxiliares de enfermería y a los celadores —y, a contrario, a los peluqueros—, fueron aprobados, con anterioridad a la Constitución de 1978, en un momento en el que a la categoría de celador solo podían acceder los hombres y a la de auxiliares de enfermería sólo las mujeres, lo que explica que la función de realizar el rasurado quirúrgico fuera

encomendada a dos categorías distintas, para cuyo acceso se exigía diferente titulación y que estaban integradas una de ellas sólo por personal de sexo masculino y la otra sólo por personal del sexo femenino.

Tras la entrada en vigor de la Constitución, tanto mujeres como hombres pudieron acceder indistintamente a ambas categorías, de modo que, interpretadas las normas reglamentarias antes citadas con arreglo a la Constitución, la función de rasurado quirúrgico debe entenderse atribuida a las tres categorías profesionales (peluqueros, celadores y auxiliares de enfermería), con independencia del sexo, por lo que se concluye, a través de este razonamiento hermenéutico, en la inexistencia de la discriminación denunciada.

Sin embargo, es lo cierto que, pese a no darse un supuesto discriminatorio, esta situación, en virtud de la cual tres categorías de personal diferentes, con titulación también distinta, pueden desempeñar una función idéntica, entraña un elemento perturbador para la correcta prestación del servicio sanitario, de lo que es palmaria demostración la reclamación formulada por el interesado.

En efecto, como antes se ha expresado, a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1978, el acceso a las categorías profesionales antes citadas debe entenderse abierto a todos los posibles candidatos, sin discriminación alguna por razón de sexo. En este sentido, cabe citar la nota circular nº 20/1983, de 25 de marzo, de la Dirección General del Instituto Nacional de la Salud, que reconocía expresamente la posibilidad de que las categorías profesionales mencionadas pudieran ser desempeñadas indistintamente por personas de ambos sexos.

De este modo, se llega a una situación que dista muy mucho de ser satisfactoria. En efecto, de la dicción literal de los preceptos estatutarios se deriva la atribución de la función de rasurado quirúrgico a distintas categorías profesionales según el sexo de los enfermos, dándose la circunstancia de que con anterioridad a la Constitución de 1978 esta atribución diferenciada podía venir explicada por el hecho de que el acceso a las categorías profesionales antes citadas quedaba reservado bien a los hombres —celador y peluquero—, o bien a las mujeres —auxiliares de enfermería—. Sin embargo, tras la aprobación de la Constitución, tal diferenciación queda desprovista de todo fundamento, al poder acceder indistintamente las personas de ambos sexos a estas categorías. Se desemboca así de una situación particularmente confusa, ya que una interpretación de estos preceptos conforme a la Constitución lleva a concluir, como antes se ha indicado, que la función de rasurado quirúrgico puede ser llevada a cabo en la actualidad por varias categorías profesionales, circunstancia ésta que demanda introducir las modificaciones precisas para clarificar dicha situación, de modo que ello redunde en la correcta prestación del servicio sanitario.

En mérito a lo expuesto, y en uso de las facultades que le vienen conferidas por el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, esta institución dirige a V.E. la siguiente recomendación: «Que por parte de ese ministerio se valore la oportunidad y conveniencia de modificar los preceptos correspondientes de los estatutos de personal sanitario no facultativo de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social y de personal no sanitario al servicio de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social, a fin de atribuir a una sola categoría profesional la función relativa a la realización de los rasurados quirúrgicos».

Madrid, 23 de junio de 1993.

Recomendación dirigida al Ministro de Sanidad y Consumo.

Recomendación 25/1993, de 25 de junio, sobre regulación de la situación de merma de facultades para el desempeño de la función docente.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 527).

Hemos recibido un escrito de fecha 13 de enero de 1993, suscrito por el Subsecretario del departamento, en el que se da contestación a sucesivas comunicaciones de esta institución en las que, con ocasión de las quejas a cuyo número de referencia se hace mención más arriba, reiterábamos a V.E. el contenido de la recomendación que formulamos a ese ministerio con fecha 24 de noviembre de 1988, en orden a la regulación de la situación de los profesores de enseñanza no universitaria que se encuentren afectados de merma de facultades para el desempeño de su función docente.

En el informe mencionado se señalan las dificultades que existen para definir un cuadro de enfermedades profesionales, en sentido estricto, que se deriven del ejercicio de la docencia, circunstancia de la que, según parece deducirse del informe recibido, se desprendería la imposibilidad de abordar la elaboración de la normativa más arriba aludida.

Por lo demás, según ahora se manifiesta en dicho escrito se considera que ese departamento dispone ya de los instrumentos jurídicos suficientes para dar una respuesta adecuada a la situación de estos profesores y para obtener la normalización de la vida académica de los centros docentes que en ocasiones se ve alterada por la actuación de estos últimos.

Desde nuestro punto de vista la cuestión primordial no es la discusión jurídico formal respecto al grado de vigencia del artículo 81 de la Ley de Educación Primaria o sobre la procedencia práctica de su aplicación analógica a profesores no pertenecientes al Cuerpo de Maestros, como tampoco resulta a nuestro juicio especialmente significativo en orden a la posible solución normativa de la situación de estos profesores, la dificultad existente en cuanto a la definición de un cuadro previo de enfermedades profesionales.

Entendemos que la cuestión a considerar por ese departamento en relación con el problema es si en la situación normativa actual, cualquiera que sea la vigencia que se concede al precepto más arriba mencionado, queda razonablemente atendido el principio de seguridad jurídica en referencia a los profesores afectados por el problema mencionado.

Dicho principio exigiría, a nuestro juicio, que existiese un grado de definición suficiente a nivel normativo tanto de las situaciones en que un profesor puede o debe ser apartado del ejercicio de la docencia o en que dicho ejercicio deba ser objeto de algún tipo de condicionamiento o limitación, como del procedimiento que debería seguirse en tales casos con la finalidad de salvaguardar el ejercicio por los profesores de sus facultades de intervención contradictoria en el mismo y de garantizar el acierto de la decisión, y, por último, de las distintas medidas o soluciones que procede adoptar en cada caso para corregir la situación.

Debería asimismo considerarse si en la situación actual queda suficientemente salvaguardado en todos los casos el derecho de los alumnos a recibir enseñanza en las condiciones adecuadas, lo que obviamente incluye el derecho a que los profesores que la imparten reúnan a lo largo de toda su trayectoria profesional las condiciones psicológicas, pedagógicas y demás necesarias para el correcto ejercicio de la función docente.

Desde nuestro punto de vista la respuesta a ambas cuestiones es en estos momentos negativa.

No creemos preciso insistir de nuevo en una descripción detallada de las vacilaciones con que los órganos competentes en cada caso se enfrentan a estas situaciones ante la inexistencia de un instrumento jurídico que establezca al menos un principio de definición o sienta los criterios a tener en cuenta para determinar la conveniencia de adoptar decisiones que afecten al regular ejercicio de la docencia por determinados profesores, ni en la negativa repercusión que tal circunstancia genera en los propios profesores y en el ámbito escolar en que los mismos prestan sus servicios.

Sí queremos insistir en que no es infrecuente que estas situaciones se manejen haciendo uso de recursos disciplinarios, aún cuando las propias autoridades administrativas que adoptan o proponen la adopción de tales decisiones sean conscientes de la falta de adecuación de dicha fórmula para obtener una solución efectiva del problema planteado.

En este sentido no podemos dejar de referirnos a uno de los informes emitidos por la Dirección Provincial de ese departamento en Asturias, en el curso de la tramitación de la primera de las quejas de las que venimos tratando.

El informe de la Dirección Provincial se refería a una profesora a la que, dada la inadecuación del planteamiento pedagógico que aplicaba a sus alumnos de Preescolar, que ya se había puesto de manifiesto en su anterior destino docente del que había sido trasladada en ejecución de una anterior sanción, se le instruyó un nuevo expediente disciplinario ya que al parecer no corrigió su actuación pese a los requerimientos de sus superiores. Dicho expediente concluyó con la imposición de la sanción de traslado con cambio de residencia.

Durante la prolongada tramitación del mismo, que se dilató exactamente dos años, la profesora, aún cuando percibió regularmente sus retribuciones, permaneció en una situación atípica de apartamiento de la docencia.

Pues bien, la Dirección Provincial afirmaba literalmente para explicar la inejecución de la sanción impuesta a la profesora: “La sanción de traslado con cambio de residencia no se ha ejecutado habiéndose producido la prescripción de plazo. A tal situación se llegó al ponderar que la medida, dada la situación de la interesada, no resultaba procedente ni para el servicio ni para ella misma”.

Ante el evidente vacío de regulación mencionado, cuya existencia admitió en su momento la Subsecretaría de ese Ministerio, que reconoció además la necesidad urgente de aprobar una normativa que regulase la situación de los profesores afectados por la denominada usualmente “merma de facultades”, no parece fácilmente admisible que las dificultades surgidas para definir un cuadro de enfermedades derivadas del ejercicio de la función pública docente constituyan un obstáculo suficiente en orden al tratamiento normativo del problema.

Si la referida vía de aproximación al mismo se ha revelado como infructuosa después de realizados los oportunos estudios, entendemos que la relevancia del problema apuntado y las consecuencias negativas que se derivan de la actual situación normativa tanto para los profesores como para el propio servicio educativo, exigen que el Ministerio de Educación y Ciencia intente otras fórmulas alternativas que permitan dar una solución normativa adecuada a la situación de estos profesores y a los problemas que su actuación determina en los centros.

En consecuencia, debemos reiterar a V.E. la recomendación que en su momento formulamos en orden a la regulación de la situación de los profesores afectados por merma de facultades, cuyos términos literales reproducimos a continuación:

«Que en el plazo más breve posible, y previos los estudios que se consideren necesarios, se proceda a regular la situación de los profesores que se encuentren afectados de merma de facultades para el desempeño de la

función docente en los niveles de Educación Infantil, Enseñanza Primaria y Enseñanzas Secundarias».

Madrid, 25 de junio de 1993.

Recomendación dirigida al Ministro de Educación y Ciencia.

Recomendación 26/1993, de 6 de julio, sobre ayudas para la realización del proyecto de fin de carrera.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 443).

El interesado, estudiante de 6º y último curso en la Escuela Técnica Superior de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos de la Universidad de Cantabria nos comunicaba que tras solicitar beca para realizar tales estudios —simultáneamente al proyecto fin de carrera, tal y como prevén los planes de estudios correspondientes—, le había sido concedida únicamente la “ayuda para libros” (22.000 pts.), denegándose expresamente, tras la correspondiente reclamación, la ayuda para el proyecto fin de carrera” (50.000 pts.) por no haber superado en el año académico anterior este sexto y último curso.

La queja presentada se basaba en que, a juicio del solicitante, esta denegación y los motivos en los que se basaba suponía que si deseaba obtener la citada ayuda ahora denegada debía demorar en un año la obtención del título al que facultaban los estudios que estaba realizando.

La admisión y posterior tramitación de esta queja nos conducen a efectuar las siguientes conclusiones:

La ayuda para la realización del proyecto de fin de carrera constituyó en el curso académico 1990-91 una nueva modalidad de ayuda creada para aquellos estudios en que fuera necesaria su superación para la obtención del título, y cuya finalidad se dirigía, —según se destacaba en el preámbulo de la Orden de 7 de junio de 1990, sobre requisitos académicos, económicos y procedimentales para la concesión de becas y ayudas al estudio para dicho curso académico— “a la culminación de la labor realizada con los alumnos que han venido disfrutando de beca durante los cursos de su carrera”.

En virtud de ello, el artículo 3 de la Orden Ministerial de 8 de junio de 1990, por la que se convocaron becas y ayudas al estudio en los niveles universitario y medio para el curso 1990-91 y en idénticos términos, artículo 3 de las posteriores órdenes ministeriales que han venido convocando becas y

ayudas al estudio en estos niveles para los cursos posteriores hasta el presente (Ordenes Ministeriales de 31 de mayo de 1991 —BOE de 11 de junio— y de 12 de junio de 1992 —BOE de 25 de junio—) enumera en su primer apartado los componentes que podrá comprender cada una de tales becas —incluyendo entre ellos, sin ninguna limitación o excepción, la “ayuda para gastos derivados de la realización del proyecto de fin de carrera”— y establece en su apartado segundo lo siguiente: “la cuantía de la beca será igual a la suma de componentes a que tenga derecho cada alumno, según las normas contenidas en los artículos siguientes”.

Estudiadas con detenimiento las normas a las que este precepto se refiere, así como la aplicación que de las mismas se viene realizando por los órganos competentes, —según se desprende de los informes de esa Dirección General recabados con ocasión de la tramitación de la presente queja— cabe deducir que la concesión de la referida ayuda para el proyecto de fin de carrera se condiciona en efecto, y sin excepción alguna, a que el alumno solicitante haya superado todas las asignaturas del último curso de la carrera —a excepción del proyecto de fin de carrera— en el curso académico anterior a aquél para el que tal ayuda se solicita.

El cumplimiento de esta condición ha supuesto, al parecer, para él la imposibilidad de obtener esta ayuda en el mismo año académico en el que realizó el 6º y último curso de Ingeniería de Caminos, Canales y Puertos, en la Universidad de Cantabria, a pesar de que, según se deduce de lo dispuesto en las normas que recogen el plan de estudios de esta carrera —Orden de 30 de septiembre de 1982, por el que se aprueba el plan de estudios de la Escuela Técnica Superior de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos de la Universidad de Cantabria, y en el Acuerdo de 17 de noviembre de 1987, del Consejo de Universidades, por la que se homologa el plan de estudios de las especialidades establecidas por dicha universidad, para la referida Escuela Técnica Superior, y conducente a la obtención del título oficial de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos—, el proyecto de fin de carrera imprescindible para conseguir su título universitario, se realiza a lo largo del 6º y último curso de la carrera, es decir, de forma simultánea a éste.

Es fácil presumir que el supuesto analizado —que, pese a ser el único conocido por esta institución, sin duda se producirá con alguna frecuencia en la tramitación de solicitudes de beca— motivará en no pocos casos que aquellos alumnos que han venido disfrutando de beca a lo largo de toda la carrera, e igualmente aspiren a obtenerla para el proyecto de fin de carrera, demoren en un año la finalización de sus estudios, consecuencia ésta que con independencia de cualquier otra valoración, puede no resultar coincidente con la finalidad perseguida cuando fue incluida esta nueva modalidad de beca o ayuda de carácter general entre las convocadas por el Ministerio de Educación y Ciencia en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6º del Real Decreto 2298/1983, de 28 de julio, por el que se regula el sistema de

becas y otras ayudas al estudio de carácter personalizado (BOE de 27 de agosto).

Por consiguiente y al amparo de lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora de esta institución, formulamos a V.I. la siguiente recomendación: «Que la ayuda para gastos derivados de la realización del proyecto de fin de carrera, en aquellos estudios en que sea necesaria su superación para la obtención del título correspondiente, pueda disfrutarse por el solicitante de forma simultánea con cualquier otro componente de beca o ayuda que pueda corresponderle para la realización del último curso de la carrera».

Madrid, 6 de julio de 1993.

Recomendación dirigida al Director General de Formación Profesional Reglada y Promoción Educativa.

Recomendación 27/1993, de 9 de julio, sobre proceso para la asignación de destinos.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 215).

Como V.E. ya conoce, esta institución ha realizado desde noviembre del pasado año una investigación referente al proceso de asignación de destinos para el reemplazo de 1993, habiendo recabado a estos efectos cuanta información se ha podido obtener al objeto de tener una visión de conjunto, lo más amplia posible, y poder, en consecuencia, evaluar en qué forma y con qué garantías se ha llevado a efecto dicho proceso.

Esta investigación es fruto de la constante preocupación de la institución del Defensor del Pueblo en su labor de supervisión para que el servicio militar se realice con todas las garantías debidas, como una de las formas que reconoce el artículo 30 de la Constitución de participación en la defensa nacional de los españoles.

En este sentido, la investigación realizada ha buscado en qué medida el proceso de asignación de destinos ha contado con las garantías debidas para que no haya fraudes o desviaciones que quebranten el principio de igualdad de oportunidades, que debe presidir este proceso.

Por ello, en uso de las atribuciones que le confiere el artículo 24 de la Constitución y artículos 1, 9 y 19 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, el Defensor del Pueblo, en el marco del Convenio de Colaboración entre el Ministerio de Defensa y esta institución, firmado en Madrid el 24 de julio de 1990, y según lo establecido en el artículo 56.2 de la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar, ha procedido a tramitar aquellas quejas presentadas ante la institución, que han servido como antecedente de hecho sobre el que se ha desarrollado el conjunto de la investigación relativa al proceso de asignación de destinos para el reemplazo de 1993.

Para un mayor conocimiento de V.E. se exponen a continuación una serie de consideraciones con carácter previo a las recomendaciones con las que se finaliza este escrito, según el siguiente esquema:

1. MARCO NORMATIVO.

Durante el debate suscitado en el seno de la Ponencia creada por la Comisión de Defensa del Congreso de los Diputados para elaborar un documento sobre el futuro servicio militar, se llegó a la conclusión general de que la estructuración de la defensa nacional debía seguir basándose en el mantenimiento del contingente obligatorio, si bien, con ciertos matices como el de entender el servicio militar por la población como una aportación efectiva y útil a la defensa de nuestro país.

En este sentido, en el dictamen de la Comisión final se señalaba que el futuro proyecto de Ley Orgánica del Servicio Militar debería concretar determinadas circunstancias que contribuyesen a mejorar las condiciones de la prestación del servicio, entre ellas: atender a las preferencias de los jóvenes respecto del lugar de la prestación, de acuerdo con las necesidades de la defensa nacional; hacer coincidir, dentro de las posibilidades que se establezcan, el momento de la incorporación con el que haya manifestado previamente el interesado, y regular un sistema eficaz de prórrogas de incorporación al servicio militar.

Puede decirse por tanto que la nueva ordenación jurídica del servicio militar se asienta en una serie de principios que vertebran todo el conjunto de disposiciones que la integran, considerándose dentro de esta ordenación, como uno de sus principios, el de prever un cierto abanico de opciones personales para la prestación del servicio militar.

Efectivamente, a lo largo de la tramitación del texto finalmente aprobado por el Congreso de los Diputados, se insistió por parte de distintas formaciones políticas en la conveniencia de flexibilizar las condiciones de prestación del servicio, combinando a tal efecto las necesidades operativas de los ejércitos con una cierta capacidad de elección por parte de los jóvenes, posibilitando que éstos mostraran sus preferencias en cuanto al momento de incorporación, localización geográfica, Ejército y áreas de cometidos en los que desearían prestar su servicio en filas.

Con la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, se ha diseñado un nuevo servicio militar conciliando, como señala el preámbulo de la citada ley “elementos tradicionales de nuestro ordenamiento jurídico con una renovada perspectiva actual...”.

La aplicación de este criterio a lo largo de 1992, para hacer efectivo el mandato legal sobre el reemplazo de 1993, se ha materializado en las siguientes disposiciones: Real Decreto 1312/1992, de 30 de octubre por el que se determina la cuantía de los efectivos del reemplazo de 1993; Orden Ministerial 61/1992, de 31 de julio, por la que se aprueba el modelo de ficha de inscripción para el alistamiento del año 1992; Orden Ministerial 66/1992,

de 9 de septiembre, por la que se determina la previsión de los efectivos de reemplazo; Orden Ministerial 66/1992, de 25 de septiembre, por la que se aprueban las normas para la asignación de destinos y se establece el calendario de incorporación del reemplazo de 1993; Orden Ministerial 70/1992, de 25 de septiembre, por la que se constituye la Comisión del Reemplazo Anual.

2. METODO PARA EL DESARROLLO DE LA INVESTIGACION.

La investigación llevada a cabo por la institución del Defensor del Pueblo, ha contado en todo momento con la colaboración del Ministerio de Defensa y se ha desarrollado a lo largo de cuatro meses concretándose en las siguientes actuaciones.

Primero. Al inicio de la misma, asesores de la institución mantuvieron una entrevista con responsables de la Dirección General de Servicio Militar (Subdirección de Planes y Estudios), quienes expusieron cual había sido el proceso seguido para llevar adelante lo dispuesto en la Orden Ministerial 69/1992, de 25 de septiembre.

En esta entrevista se pudo constatar el esfuerzo singular desarrollado por la estructura del Ministerio de Defensa, especialmente organizada a este fin, dado el corto espacio de tiempo de que se dispuso en esta ocasión y ser la primera vez que se afrontaba el reto de informatizar y ofrecer un eficaz resultado con un reemplazo completo cuya composición era de 220.491 personas y una oferta de plazas de 50.600.

Segundo. Se procedió a dar traslado al Ministerio de Defensa, a lo largo de los meses de enero, febrero y marzo de un total de 51 quejas remitidas a la institución, de las que 45 han sido enviadas a través de la Oficina del Defensor del Soldado y 6 remitidas directamente al Defensor del Pueblo, por diversos afectados.

Posteriormente y hasta el momento de elaborar este informe se han recibido directamente otras 19 quejas de las que 16 han sido admitidas y enviadas al Ministerio de Defensa, encontrándose todavía en trámite.

En la contestación oficial facilitada por el Ministerio de Defensa con relación al primer bloque de las 51 quejas citadas, además de darse una explicación de las circunstancias que han concurrido en cada caso concreto, de la que se dará oportuno traslado a los interesados, se señala, con carácter general, que se habían tomado en consideración 48 casos al estar uno de ellos repetido y otros 2 responder a solicitudes formuladas por terceras personas que no ha sido posible relacionar con ningún alistado.

Asimismo se indica que de los 48 casos ya se tenía conocimiento de 40 (83,33%) que fueron resueltos de la siguiente manera: se atendió a 5 solicitudes, se denegaron 33 y se suspendió la incorporación a filas en 2 de ellos por tener declarada la objeción de conciencia.

En el informe se advierte que de las 33 solicitudes de cambio del destino asignado, 24 de ellas fueron atendidas respecto a la preferencia solicitada por los interesados sobre el mes de incorporación.

Por otro lado, el Ministerio de Defensa participó que en 35 casos lo que se solicitaba era un cambio de demarcación territorial por haber sido destinado a guarniciones extrapeninsulares, en particular a Ceuta y a Melilla, resultando que en 6 ocasiones se solicitaba el cambio del mes de incorporación, incluido un caso que pretendía el cambio de mes de incorporación a pesar de que se le había asignado el solicitado en primer lugar.

En los dos casos en que se negaba la adjudicación de una plaza no solicitada ya habían sido corregidos previamente por la Dirección General de Servicio Militar pues los interesados habían alegado tal circunstancia por los cauces previstos en las normas de asignación de destinos. En ambas ocasiones se había debido a un error en la grabación de los datos.

Por último se significa en el informe oficial que todos los casos expuestos estaban previstos en las normas para la asignación de destinos para el reemplazo de 1993, aprobadas por Orden Ministerial 69/1992, de 25 de septiembre.

Tercero. Con el fin de completar la investigación, y en uso de las atribuciones que prevé el artículo 19.2 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, se procedió a visitar las instalaciones donde se había llevado a efecto el proceso informático de asignación de destinos levantándose la correspondiente acta.

La visita se inició recorriendo los bajos del edificio de viviendas militares que se encuentra ubicado en la calle ... de Madrid, lugar en el que se llevó a efecto el proceso de grabación, habiéndose comprobado que en el mismo existían varias estancias vacías en las cuales se desarrolló la labor de introducir los datos en el ordenador y tres estancias en las que debidamente ordenadas y archivadas por centros de reclutamiento y a su vez, dentro de éstos, por apellidos, se encontraban las fichas y su documentación correspondiente, referentes a las solicitudes de plaza y preferencia, remitidas en su día.

Según manifestaciones del Subdirector General de Estudios y Planes de la Dirección General del Servicio Militar, está previsto que estas fichas

permanezcan allí almacenadas durante un año por si fuese necesaria su utilización ante una eventual reclamación.

Asimismo, en uno de los archivos se encontraban los sobres cerrados que llegaron fuera de plazo según reflejaba el sello de registro de entrada estampado en dichos sobres.

Durante la visita girada a estas instalaciones se expuso a los asesores del Defensor del Pueblo el trabajo desarrollado en una de las salas dedicada a la recepción y codificación de las fichas y de otras dos salas dedicadas a la grabación.

Igualmente se informó que durante el tiempo que duró este trabajo el lugar permaneció custodiado por una pareja de la Guardia Civil todo el tiempo.

Asimismo, se pudo comprobar la existencia de las fichas que se encuentran apartadas del resto con la clave 06, clave ésta utilizada para codificar aquellas solicitudes que por tener un error en el Documento Nacional de Identidad no eran admitidas en el momento de su grabación.

En definitiva y a juicio de esta institución el archivo permite la búsqueda de los documentos remitidos por los interesados, ante una eventual reclamación, puesto que, no solamente se encuentran las fichas, sino los certificados y otros documentos incorporados a las solicitudes remitidas por los interesados en su día.

Como dato complementario se señaló que con vistas al nuevo proceso para 1994 y como consecuencia de la utilización futura de medios informáticos más potentes se introducirán nuevos elementos de garantía como son: a) quedará registrado en cada grabación el nombre de la persona que la ha llevado a efecto; b) el ordenador sacará una ficha con los datos que han sido introducidos que se remitirá al interesado para que éste pueda comprobar que responden a los que en su momento él remitió.

Cuarto. Como complemento de esta investigación el Ministerio de Defensa ha remitido a esta institución en los meses de febrero y marzo una voluminosa documentación con todos los listados y estadillos elaborados al amparo del programa informático creado para todo el proceso, así como, un documento sintetizador de la actividad llevada a cabo, recogiendo en el mismo datos estadísticos sobre las manifestaciones de preferencia y de solicitud de plazas, de envíos postales devueltos, de participación, de adjudicación de plazas así como del apoyo informático con que se ha contado para todo el proceso.

En este sentido, esta institución ha dispuesto de una información general exhaustiva comprensiva no sólo del modo informático de trabajo, sino también respecto de los resultados obtenidos.

Quinto. A la vista de todos los datos recabados, se ha procedido por el Defensor del Pueblo a analizar todo el proceso seguido en dos sentidos. Uno relativo a cuestiones que inciden en el marco jurídico y otro relativo a la aplicación práctica del sistema diseñado.

3. CONSIDERACIONES.

3.1. Ambito jurídico.

De los primeros datos ofrecidos se constató que el proceso que recogía la Orden Ministerial 69/1992, de 25 de septiembre, se había diseñado buscando compaginar la capacidad de auto-organización de los ejércitos con la posibilidad de ofrecer, a quienes se van a incorporar a los mismos como militares de reemplazo, un abanico de preferencias, para así lograr, por un lado, una optimización de los recursos humanos de las Fuerzas Armadas y, por otro, evitar en la medida de lo posible perjuicios innecesarios a los españoles que cumplen con un deber constitucional.

La combinación de ambos elementos ha supuesto que la Orden Ministerial 69/1992 contenga una serie de garantías reflejo de la entonces en vigor Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 y ahora de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que debe completarse en la actualidad, y para el futuro, con lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal.

Sobre esta base la investigación se ha dirigido a comprobar en qué medida la orden ministerial reunía el mayor número posible de garantías en evitación, como ya hemos señalado anteriormente, de posibles lagunas que pudieran originar desviaciones en el proceso que quebrasen la igualdad de oportunidades que debe presidir el mismo.

3.1.1. Orden Ministerial 69/1992.

El desarrollo normativo de la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar, en lo relativo al proceso de asignación de destinos para 1993, se ha llevado a cabo mediante el conjunto de órdenes ministeriales, señaladas en el apartado 1. de este informe, constituyendo la Orden Ministerial 69/1992 el núcleo esencial sobre el que se asienta todo el proceso.

Del análisis de esta disposición se desprende la necesidad de concretar, para futuros procesos, varios aspectos recogidos en la misma a fin de aumentar el nivel de garantías, en la forma que a continuación señala.

Primero. Si bien en la Orden 69/92 se determina en su apartado 5º, al establecer el calendario de las operaciones para la asignación de destinos, que finalizado el proceso se informará “a los interesados de la plaza asignada o, en su caso, del ejército, demarcación territorial y mes de incorporación al servicio militar” y que al día siguiente se expondrán “en el Centro Provincial de Reclutamiento los listados de destinos del personal del reemplazo de 1993 de la previsión correspondiente” no obstante, parece oportuno que, dadas las características del proceso, ese listado definitivo sea objeto de publicidad de forma similar a como se prevé en el artículo 60 de la Ley 30/1992, de 26 de diciembre, al amparo precisamente de la propia justificación que en dicho precepto se determina de que “lo aconsejan razones de interés público apreciadas por el órgano competente”.

Segundo. Se advierte la falta de un listado definitivo que se haga público justo antes del momento de iniciarse el proceso informático de asignación de destinos, al objeto de permitir a los afectados comprobar que los datos por ellos alegados son correctos y en consecuencia, serán los que definitivamente sean introducidos en el ordenador, en similitud a lo que pudiera ser la elaboración de un censo electoral.

En este sentido, debería contemplarse la posibilidad de abrir un período de alegaciones que permitiese la subsanación de los posibles errores habidos en la elaboración de ese listado, lo que permitiría, además, hacer efectivo el derecho de rectificación de los datos de carácter personal objeto de tratamiento automatizado, tal y como señalan los artículos 4 y 5 de la Ley 5/1992.

Tercero. No se recoge en la orden con suficiente claridad la tradicional forma de presentación de documentos, en todo este tipo de convocatorias públicas, dificultando las posibles reclamaciones respecto al momento de la recepción de las solicitudes por parte del Ministerio de Defensa, de similar forma a como lo ha venido regulando, la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 en sus artículos 65 y 66 y ahora lo prevé la Ley 30/1992 en sus artículos 37, 38 y 70.

Con ello se trataría de facilitar la presentación de las solicitudes en las diversas formas que se prevén en las aludidas disposiciones, ante oficinas de correos, representaciones diplomáticas u oficinas consulares de España en el extranjero o registros en general de la Administración del Estado o de las Comunidades Autónomas.

Cuarto. Cabe señalar la imprecisa redacción de la disposición adicional 5.4, de la Orden Ministerial cuando afirma que “no será posible realizar ningún cambio de mes de incorporación o región o zona después de la asignación de destino. Sólo se atenderán con carácter excepcional, aquellas peticiones, debidamente justificadas, que se deriven de circunstancias sobrevenidas”. Este aspecto cobra especial relieve porque no han sido infrecuentes las quejas planteadas ante esta institución, constatándose que las resoluciones denegatorias a las peticiones de cambio de mes de incorporación o región o zona, carecen de motivación dado el amplio margen de discrecionalidad que otorga al Ministerio de Defensa la citada disposición adicional, que debería acotarse a efectos de una mayor seguridad jurídica.

Este elemento de garantía se inspira en la nueva filosofía que preside el artículo 54.1 f) de la Ley 30/1992 en el que se señala la necesidad de motivar las decisiones de la Administración, incluido cuando éstas se adopten en el ejercicio de potestades discrecionales.

3.1.2. Cuadernillo de información

Para poder llevar a efecto el proceso se remitió a los interesados junto con el formato de solicitudes un “cuadernillo de información” para poderlas cumplimentar correctamente.

En el mismo se aprecia que determinado tipo de documentos que deben ser remitidos junto a la solicitud, y de los que depende la posibilidad de acceder o no a alguna de las opciones, no aparecen reflejados en ninguna de las disposiciones aludidas en el apartado 1 de este informe, pudiendo ello implicar una falta de seguridad jurídica y sobre todo la duda razonable respecto a una aplicación estricta del principio de igualdad de oportunidades al que nos venimos refiriendo en todo el proceso.

Por otro lado, y en esta misma línea, no se especifica qué tipo de certificados son los que deben acreditar la circunstancia de tener un familiar en primer grado que se encuentre imposibilitado para valerse por sí mismo, ni el tipo de certificado que demuestre el nivel de experiencia para ocupar determinados destinos. Por último, tampoco se determina la titulación que debe presentarse en aquellos casos en que se aleguen estudios en el extranjero que no hayan sido convalidados.

En definitiva, el “cuadernillo”, sin pretender que su finalidad no sea otra que la de servir de guía a quienes van a manifestar sus opciones o preferencias, debe evitar la ambigüedad en general, y en particular, la sombra de duda respecto a aquellos elementos que sirven de referencia obligada para dar contenido, precisamente, a las distintas opciones o preferencias de los futuros militares de reemplazo.

3.2. Ambito de aplicación del sistema informático.

Si bien de la información facilitada por ese departamento se desprende que la labor para la grabación de las fichas ha sido desarrollada por la empresa concesionaria y esta labor de grabación se ha producido con la supervisión de personal del Ministerio de Defensa, esta institución entiende que dado que este proceso tiene vocación de futuro y que anualmente se va a llevar a efecto, parecería lógico que por parte del Ministerio de Defensa se intentase contar con un mayor número de personas con condición de funcionarios, que interviniese más directamente en estas labores al objeto de garantizar un mayor nivel de seguridad en el uso de la información que se graba.

A este respecto es necesario tener en consideración lo previsto en los artículos 9 y 10 de la Ley 5/1992 relativo a la seguridad de los datos y al deber de secreto que se impone a todas aquellas personas encargadas del tratamiento de datos de carácter personal automatizados.

No olvidemos, por otra parte, que el proceso de grabación, dada su magnitud, precisa contar con una infraestructura que garantice al máximo que las solicitudes que son remitidas por los interesados se graben con todas las garantías posibles y previsiblemente con una mayor espacio de tiempo ya que de la investigación llevada a efecto por esta institución se desprende que el proceso para 1993 contó con no más de 18 días naturales, tiempo durante el que se manejaron 337.321 fichas.

Conviene resaltar por último las previsiones contenidas en la Ley 5/1992 respecto a la conservación de estas fichas. A este respecto se ha de tener en cuenta que es necesario conservar las fichas remitidas para su grabación por cuanto este es el único soporte documental de todo el proceso y por otro lado es este documento el que da sentido a lo previsto en el artículo 6 de la Ley 5/1992 en cuanto que en él consta el consentimiento del afectado para el tratamiento de los datos de carácter personal que ha de facilitar a la Administración.

4. CONCLUSIONES.

El proceso de asignación de destinos para 1993, ha querido ofrecer, a quienes cumplen con el deber constitucional de participar en las tareas de la defensa nacional, a través del servicio militar, determinadas opciones que les facilite su incorporación y su cumplimiento, tratando de evitar las inevitables distorsiones que en su vida civil puede ocasionarles.

En definitiva, aunque el proceso puesto en marcha en 1992, ha tenido las dificultades de no contar con el suficiente tiempo y la falta de experiencia, al ser la primera vez que se utilizaba; no obstante, a juicio de esta institución,

después de la exhaustiva investigación y análisis de los datos proporcionados, no se desprende ninguna irregularidad sustantiva que invalide dicho proceso, incluso alguna de las disfunciones reseñadas ya han sido corregidas de oficio.

Sin embargo, y en aras a una mayor seguridad jurídica que dé respaldo a todo el proceso de asignación de destinos, y que haga realidad el principio de igualdad de oportunidades, sería preciso que en el futuro se concretasen y mejorasen algunos aspectos del mismo.

En este sentido, sería conveniente que el nuevo sistema cuente con mejores elementos de información, mayores garantías para los interesados y en suma una claridad que permita, en todo caso, el conocimiento de los límites del proceso, en esta fase inicial del cumplimiento del servicio militar, a quienes son llamados al mismo.

Por todo ello y en virtud de lo dispuesto en el artículo 30.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora, se ha valorado la conveniencia de formular a V.E. las siguientes recomendaciones:

«Que de forma específica se incorpore a la normativa reguladora de futuros procesos de asignación de destinos todas aquellas cuestiones señaladas en el apartado 3 de este escrito como garantía de la aplicación efectiva del principio de igualdad de oportunidades que debe presidir los mismos».

«Que se concreten y aclaren en el denominado “cuadernillo de información” todos aquellos elementos susceptibles de influir específicamente en las opciones o preferencias manifestadas por los interesados».

«Que se adopten todas aquellas medidas, tanto en materia de personal como de infraestructura, que permitan desarrollar el proceso con las mayores garantías, respecto al tratamiento de la documentación remitida por los interesados».

Madrid, 9 de julio de 1993.

Recomendación dirigida al Ministro de Defensa.

Recomendación 28/1993, de 9 de julio, sobre incompatibilidad de las pensiones de mutilación de la Ley 35/1980, con las del título II de la Ley 37/1984.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 553).

Debemos reiterar a V.I. que las presentes actuaciones se iniciaron al haber tenido conocimiento esta institución de que en este expediente y en otros se estaban produciendo fallos del Tribunal Económico-Administrativo Central en los que, al revisar resoluciones de ese centro directivo que denegaban la compatibilidad de pensiones reconocidas al amparo del Título II de la Ley 37/1984 y de la Ley 35/1980, se declaraba de forma expresa la compatibilidad de dichas pensiones.

En este sentido, el párrafo primero del artículo 11 de la citada Ley 35/1980, dispone que “las pensiones reconocidas al amparo de esta Ley serán compatibles con cualesquiera otros haberes del Estado y demás entes territoriales, de la Seguridad Social y de otros entes públicos que tengan su fundamento en causas distintas”.

Por su parte, el párrafo primero del artículo 11.2 del Real Decreto 1033/1985, de 19 de junio, de desarrollo de la Ley 37/1984, en la redacción dada al mismo por el Real Decreto 2559/1986, de 12 de diciembre, establece explícitamente que “la percepción de la pensión (del Título II de la citada Ley 37/1984) será incompatible con la de otras pensiones abonadas con cargo a crédito de Clases Pasivas y que se hayan causado por hechos relacionados con la guerra civil 1936-1939 y al amparo de la legislación especial en la materia, sin perjuicio de las pensiones de mutilación concedidas al amparo de las Leyes 35/1980, de 26 de junio y 6/1982, de 29 de marzo y del Decreto 670/1976, de 5 de marzo”.

Del inciso final de este último precepto se deduce, a juicio de esta institución, la compatibilidad de las repetidamente citadas pensiones, en contra del criterio que esa Dirección General viene aplicando.

En el más reciente de los fallos del Tribunal Económico-Administrativo Central a que hemos tenido acceso, de fecha 30.04.93, dicho organismo

manifiesta que, según tiene reiteradamente declarado, “es compatible el percibo de la pensión reconocida por el Título II de la Ley 37/1984 con la totalidad de las prestaciones reconocidas al amparo de la Ley 35/1980, por declarar el artículo 11 de ésta la compatibilidad de la pensión de mutilación que reconoce con cualesquiera otros haberes del Estado que tengan su fundamento en causas distintas, siendo distintas las causas de ambas pensiones pues en la primera la causa son unos servicios que se reputan prestados como teniente a las Fuerzas Armadas de la República durante la guerra y la causa de la segunda es la perturbación física o psíquica, de carácter permanente, derivada de heridas o enfermedades sufridas en dicha guerra civil, como consecuencia de acción bélica o acto de servicio específico, teniendo igualmente declarado este Tribunal que en el concepto de pensiones de mutilación están comprendidas tanto la retribución básica, como la remuneración sustitutoria de trienios y la compensatoria por cantidades no percibidas y el concepto denominado pensión”.

La diferencia de criterio en relación con este asunto entre ese centro gestor y el mencionado Tribunal Económico-Administrativo Central está provocando que, desde dos órganos de un mismo departamento de la Administración central, se dé un tratamiento diferente a situaciones de hecho idénticas, ya que los pensionistas que, en su momento, presentaron la correspondiente reclamación económico-administrativa contra la declaración de incompatibilidad están obteniendo resoluciones favorables a sus intereses y comparativamente perjudicados, los que, por cualquier circunstancia, no formularon dicha reclamación.

Por todo ello parece conveniente, a esta institución, sugerir a ese organismo que valore la posibilidad de revisar de oficio los expedientes afectados por el problema expuesto, a fin de realizar un tratamiento igual de la compatibilidad de las referidas pensiones.

En consecuencia, de conformidad con el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, el Defensor del Pueblo formula a V.I. la siguiente recomendación: «Que por esa Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas del Ministerio de Economía y Hacienda se valore la adopción de las medidas necesarias a fin de que se declare la compatibilidad entre las pensiones reconocidas a un mismo titular conforme a la Ley 35/1980, de mutilados excombatientes de la zona republicana, y Título II de la Ley 37/1984, de militares del Ejército de la II República, y se proceda a la revisión de oficio a la que está facultado, de todos los expedientes afectados».

Madrid, 9 de julio de 1993.

Recomendación dirigida al Director General de Costes de Personal y Pensiones Públicas.

Recomendación 29/1993, de 13 de julio, sobre programas de reducción de tiempos de espera para la realización de pruebas diagnósticas o intervenciones quirúrgicas.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 570).

En la comunicación remitida por ese Servicio de Salud, se destaca que, en el mes de junio del año 1990, el paciente acudió al Servicio de Urología del Hospital de Sagunto, remitido por el Servicio de Urología del Hospital “La Fe”, de Valencia, en orden a que se le efectuara una “linfadenectomía” para evaluar la poliquimioterapia administrada, no decidiéndose su realización hasta el mes de octubre del citado año, es decir, varios meses después de haberse determinado su necesidad por el citado Hospital “La Fe”, añadiéndose que tal prueba no pudo llevarse a cabo al haberse agravado el estado del paciente, que falleció posteriormente.

A este respecto, conviene recordar los siguientes extremos:

1. Don F.J.G., padecía un grave proceso de enfermedad, del que fue tratado durante varios meses en el Hospital “La Fe”, de Valencia.

2. Una vez finalizado el reseñado tratamiento, los especialistas médicos del citado centro sanitario determinaron la necesidad de llevar a cabo una linfadenectomía, siendo remitido para tal fin al Hospital de Sagunto.

3. En el precitado Hospital de Sagunto, se incluyó al paciente en lista de espera, falleciendo éste nueve meses después de haberse determinado la necesidad de efectuar la referida prueba, sin que la misma se llevara a cabo.

De los datos expuestos, se infiere que, en el caso concreto comentado, no se garantizó una rápida y correcta asistencia sanitaria ante la situación de necesidad que presentaba el paciente.

Igualmente, debe resaltarse que, pese a la gravedad del estado del enfermo, tal y como evidencia el desenlace del proceso, en el referido

Hospital de Sagunto se procedió a incluir al usuario en la correspondiente lista de espera, sin valorar la especial situación del mismo.

Con independencia de la naturaleza y de la evolución del proceso que afectaba al paciente, no puede entenderse que, pese a la gravedad de su estado y, consecuentemente, la necesidad de llevar a cabo con la mayor rapidez posible la oportuna prueba de diagnóstico, no se concediera al mismo un trato preferente de actuación y se le incluyera, en cambio, en una extensa lista de espera, que impidió que se realizara dicha prueba, al fallecer el usuario nueve meses después de haberse determinado su necesidad.

En este sentido, debe recordarse que la Ley General de Sanidad, en su artículo 6.4, impone a las Administraciones públicas sanitarias que sus actuaciones estén orientadas a garantizar la asistencia sanitaria en todos los casos de pérdida de salud y, en su artículo 7, que tales actuaciones estarán regidas por los principios de eficacia y celeridad.

En esta misma línea, el artículo 46b) de la citada ley destaca, como característica fundamental del sistema nacional de salud, la organización adecuada para prestar una atención integral a la salud, comprensiva tanto de la promoción de la salud y prevención de la enfermedad como de la curación y rehabilitación.

Finalmente, deben ser objeto de especial consideración aquellos supuestos de dolencias graves con riesgo de la vida de los pacientes que, como en el caso comentado, son incluidos en listas de espera cuando la intervención quirúrgica o la realización de las oportunas pruebas de diagnóstico son urgentes, entendiéndose esta institución que en tales supuestos, si es materialmente imposible la intervención puntual en centros públicos o concertados, debería informarse al beneficiario de su gravedad y de la necesidad de llevar a cabo con carácter urgente la intervención o prueba precisa en cualquier centro privado, con derecho al reintegro de los gastos.

Por cuanto antecede, y en uso de las facultades que le vienen conferidas por el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, esta institución dirige a V.I. la siguiente recomendación:

«1. Que por ese Servicio de Salud se valore la conveniencia y oportunidad de adoptar las medidas oportunas, en orden a establecer programas de reducción de tiempo de espera, en el Hospital de Sagunto para la realización de pruebas de diagnóstico o de intervenciones quirúrgicas, en aquellas unidades o servicios con listas de espera más extensas de lo razonablemente deseable.

2. Que, igualmente, se considere la conveniencia de dictar las instrucciones precisas para que en el citado hospital se conceda un trato

preferente de actuación a todos aquellos procesos de enfermedad que, una vez determinada su gravedad, exigen llevar a cabo con la mayor rapidez posible la oportuna intervención, quirúrgica o diagnóstica, informando a los usuarios, en tales supuestos y cuando sea materialmente imposible la intervención puntual en centro público o concertado, acerca de la gravedad del proceso y de la necesidad de que la intervención o prueba prevista se lleve a cabo en cualquier centro privado, con derecho al reintegro de gastos».

Madrid, 13 de julio de 1993.

Recomendación dirigida al Director del Servicio Valenciano de Salud.

Recomendación 30/1993, de 15 de julio, sobre regulación de los supuestos en los que la carencia de director de tesis impide la presentación de la misma.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 439).

La Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria estructura los estudios universitarios en tres ciclos. La superación del tercero de ellos da derecho a la obtención del título de doctor.

El mismo texto legal, partiendo de la consideración del tercer ciclo como un factor decisivo para promover la calidad de la enseñanza y para potenciar la investigación, confiere a los cursos de doctorado la finalidad de especializar al estudiante y formarlo en las técnicas de investigación, dentro de un área de conocimientos.

El artículo 31 de la citada Ley de Reforma Universitaria establece que los cursos de doctorado deberán comprender al menos dos años, y que se realizarán bajo la dirección de un departamento universitario, siendo éste configurado como el órgano básico universitario cuya misión primordial es organizar y desarrollar la investigación y las enseñanzas propias de su respectiva área de conocimiento.

El mismo precepto dispone que la superación de los cursos de doctorado faculta al alumno para presentar un trabajo original de investigación, cuya aprobación da derecho a obtener el título de doctor. Respecto a la organización de los referidos cursos de doctorado, así como al procedimiento concreto para acceder al título de doctor, el texto legal citado prevé que sean los estatutos de cada universidad los que determinen su regulación, de acuerdo a los criterios que para la obtención del título de doctor aprobara el Gobierno a propuesta del Consejo de Universidades.

Por su parte, el Real Decreto 185/1985, de 23 de enero, reguló el tercer ciclo de estudios universitarios, así como la obtención y expedición del título de doctor y otros estudios post-graduados, todo ello al amparo de la

disposición final primera de la Ley de Reforma Universitaria, la cual, sin perjuicio de las facultades inherentes a la autonomía universitaria que dicha ley desarrolla, habilita al Gobierno para dictar las disposiciones necesarias para la aplicación de la misma en las materias que sean de la competencia del Estado.

Este precepto, que ha sido posteriormente modificado por Reales Decretos 86/1987, de 16 de enero; 1397/1987, de 13 de noviembre; 537/1988, de 27 de mayo, y 823/1989, de 7 de julio, recoge en su articulado, entre otros aspectos, los requisitos académicos para el acceso a los estudios de doctorado y para la obtención del título de doctor, la organización y contenido esencial de los programas de doctorado y el procedimiento para la elaboración y defensa de la tesis doctoral.

La aprobación de la tesis doctoral por parte de un tribunal nombrado al efecto constituye el último eslabón de los estudios de doctorado así como el paso inmediatamente anterior a la obtención del título de doctor, tras haber obtenido el total de créditos exigidos, así como el correspondiente reconocimiento de suficiencia para el desarrollo de tareas de investigación.

Respecto a este trámite, consistente en la elaboración de un trabajo original de investigación sobre una materia relacionada con el campo científico, técnico o artístico propio del programa de doctorado realizado, el artículo 7 del Real Decreto 185/1985, de 23 de enero, establece que el doctorando debe presentar, antes de terminar el programa de doctorado, un proyecto de tesis doctoral que debe ir avalado por el director o directores de la misma.

Terminada la elaboración de la tesis doctoral, el artículo 8 del mencionado texto normativo prevé igualmente que su presentación sea previamente autorizada por el director de aquella, quien deberá además informar al tribunal encargado de juzgarla, antes de que éste decida acerca de si procede o no la realización del trámite de defensa de la tesis.

La previsión que esta normativa recoge acerca de la figura del director de la tesis doctoral ha originado en los últimos años la presentación de algunas quejas ante esta institución por alumnos que se encuentran realizando los estudios de tercer ciclo, debido a que ni el Real Decreto 185/1985, de 23 de enero, —pese a prever detalladamente las condiciones que se requieren para ser director de tesis doctorales— ni ninguno de los estatutos de las universidades españolas posibilitan soluciones alternativas para aquellos supuestos en los que por circunstancias excepcionales y no siempre relativas a las aptitudes y capacidad investigadora de los doctorados, éstos no consiguen un director de tesis que les resulta imprescindible.

En efecto, las reclamaciones dirigidas a esta institución, que han sido puestas ya de manifiesto en anteriores informes anuales, reflejan la dificultad que en ocasiones continúa suponiendo para alumnos que ya han finalizado el programa de doctorado, e incluso obtenido el reconocimiento de suficiencia por parte del departamento universitario para el desarrollo de las tareas de investigación, lograr la aceptación de un docente para que avale su proyecto de tesis doctoral ante el departamento, y dirija posteriormente el desarrollo de la misma hasta iniciar el trámite de la lectura de la tesis.

Cabría pensar que tales dificultades fueran habitualmente sustanciadas por las Comisiones de Doctorado que al efecto deben existir en cada universidad y en este sentido informamos a los doctorados que por tal motivo acuden a esta institución, y por supuesto también les informamos de que no es admisible obligar a un doctor a dirigir un trabajo de investigación contra su voluntad.

Sin embargo, inquieta al Defensor del Pueblo el hecho de haber comprobado, con motivo de la tramitación de algunas quejas, que no siempre las referidas Comisiones logran resolver estas dificultades, lo que puede provocar en algunos casos situaciones como la planteada en la queja 1998/92, presentada por un alumno de la Universidad Complutense de Madrid que realiza sus estudios de tercer ciclo en el departamento de Ingeniería Química y que, pese a las numerosas gestiones personales efectuadas durante casi dos años ante la Comisión de Doctorado de la Universidad Complutense de Madrid y ante el propio departamento, no había logrado que le fuera asignado un nuevo director de su tesis doctoral, —cuya elaboración estaba ya muy avanzada—, tras haber renunciado en octubre de 1990 a continuar con la dirección de la misma el inicialmente asignado.

Puestos en contacto en julio de 1992 con el Rector de la citada universidad, este órgano nos comunicó que “el tema planteado por el interesado tiene difícil solución y a pesar de que la Comisión de Doctorado ha realizado distintas gestiones desde el principio, no resulta posible obligar a profesor alguno para que dirija una tesis doctoral cuyo proyecto no ha avalado previamente”.

En este sentido, la normativa vigente reguladora del tercer ciclo de estudios universitarios no señala criterio alguno para conocer qué procedimiento sería el adecuado en supuestos como el planteado en el departamento de Ingeniería Química de la Universidad Complutense de Madrid, habida cuenta que al parecer ni en éste, ni en supuestos similares trasladados a esta institución, las respectivas universidades han considerado procedente promover la utilización de la excepcional vía que prevé el artículo 7.7 del Real Decreto 185/1985, de 23 de enero.

Sin perjuicio de ello, y en lo que hace a la queja a la que nos venimos refiriendo, hemos vuelto a dirigirnos al Rector de la Universidad Complutense de Madrid, para que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 7.5 del Real Decreto 185/1985, de 23 de enero, que regula el tercer ciclo de estudios universitarios, sea valorada la conveniencia de ampliar el plazo de presentación de la tesis doctoral elaborada por el interesado.

Al margen de lo anterior, y con carácter general, esta institución entiende que sería conveniente articular algún mecanismo excepcional que permitiese solucionar aquellos casos como el que se ha referido en este escrito en los que el doctorando no puede disponer de un director de tesis una vez agotados todos los intentos conducentes a este fin.

No se trata con ello de cuestionar la figura del director de tesis doctoral —base fundamental del sistema español de estudios de tercer ciclo y garante último del excelente nivel de los trabajos doctorales de investigación— ni de hacer su presencia optativa en el régimen de estos estudios; únicamente se pretende contemplar los supuestos excepcionales —alumnos procedentes de otros países o universidades, o que desarrollan su trabajo investigador en campos muy novedosos, entre otros posibles supuestos— en los que podrían encontrarse doctorados que reuniendo los restantes requisitos no puedan por causas ajenas a su competencia y capacidad conseguir un director de tesis.

Tampoco pretende esta institución ofrecer o postular soluciones concretas a esta problemática, sino dejar constancia expresa de la misma para que las autoridades competentes en cada caso adopten las soluciones a su entender más convenientes.

Por todo ello y al amparo de lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley Orgánica, 3/81, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, se formula a V.E. la siguiente recomendación: «Que se promuevan las modificaciones oportunas en la regulación actual de los estudios conducentes a la obtención del título de doctor para que con carácter excepcional y en los supuestos concretos que se estimen oportunos puedan ser evaluados trabajos de investigación de doctorados que no dispongan de director de tesis a fin de determinar su aptitud para alcanzar el grado de doctor».

Madrid, 15 de julio de 1993.

Recomendación dirigida al Presidente del Consejo de Universidades.

Recomendación 31/1993, de 19 de julio, sobre instrucciones para la realización de registros y cacheos, por miembros del Cuerpo Nacional de Policía.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 49).

En el informe de referencia, entre otras consideraciones, se participa que las lesiones que fueron reconocidas al reclamante pudieron, al parecer, producirse por cuanto esta persona en el forcejeo que tuvo con funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía cayó al suelo golpeándose la cabeza.

Por otra parte, se informa que por estos hechos se siguen diligencias previas en el Juzgado de Instrucción núm. 8 de León, por lo que, con esta misma fecha se ha solicitado información sobre el particular al Fiscal General del Estado.

No obstante lo anterior, de la documentación aportada, respecto de las diligencias que fueron instruidas en la comisaría de policía de León, los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía con carnets profesionales núms...., manifiestan que el interesado empezó a dar patadas y puñetazos en la puerta de los calabozos “en el momento en que le dijeron que debía quitarse la ropa para ser cacheado”.

En este sentido, esta institución entiende que estas diligencias policiales constituyen una imposición coactiva sobre aspectos vinculados al respeto y a la intimidad establecidos en el artículo 18 de la Constitución, estimando que esta medida debe ser llevada a cabo sólo en aquellos casos en que sea estrictamente necesario y efectuarse siempre con el respeto debido a la dignidad de la persona.

Así, intervenciones realizadas por esta institución han motivado, por ejemplo en el ámbito penitenciario, que un juzgado de vigilancia penitenciaria informara que estos registros efectuados a familiares y visitantes de presos se llevaran a cabo cuando existieran sospechas razonables de la posible producción de una alteración del orden del

establecimiento o de un incumplimiento de la Ley y Reglamento Penitenciario, y que, en cualquier caso, esta posibilidad extrema debe siempre realizarse con el respeto debido a la dignidad de la persona.

Esta información debe ser completada con el criterio sostenido por la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico ilícito de Drogas respondiendo a la consulta formulada por la Dirección General de la Guardia Civil sobre reconocimiento interno de los viajeros al pasar por las aduanas, siempre que la persona a reconocer no alegue embarazo, lesión u otra causa justificada. Esta consulta fue respondida el 4 de diciembre de 1984 y de ella pueden destacarse las siguientes consideraciones que transcribimos literalmente:

“La imposición coactiva del reconocimiento físico a una persona en las cavidades internas de su cuerpo no parece compatible con el derecho a la intimidad personal que garantiza el artículo 18.1 de la Constitución. Es criterio de este Fiscal Especial que, si del reconocimiento externo del cuerpo de la mujer sobre la que recayere sospechas se dedujere la posibilidad de que llevase en el interior de su organismo alguna sustancia estupefaciente y se negare a ser reconocida en su interior, incluso por personal facultativo, debe levantarse un acta en que conste dicha negativa y los signos externos que dieren pábulo a la sospecha, remitiendo el acta a la autoridad judicial para que la misma valore, según su prudente criterio, la fuerza probatoria de tales extremos”.

Por último, esta institución tramitó, de oficio, un expediente en el que a unas personas que habían sido detenidas y conducidas a una comisaría, les obligaron a desnudarse y hacer flexiones, antes de proceder a su ingreso en los calabozos de la dependencia policial.

Al parecer, según manifestó un policía a los detenidos, esta práctica era habitual en esos casos y tenía como finalidad averiguar si portaban algún objeto en su cuerpo.

Entendiendo esta institución que esta práctica policial, efectuada con carácter general, podría ser inconstitucional, solicité información al respecto de la Delegación del Gobierno, que manifestó que la citada práctica estaba expresamente prohibida.

Finalmente, la sentencia 37/1989, de 15 de febrero, del Tribunal Constitucional, establece en su fundamento jurídico séptimo lo siguiente:

“La Constitución garantiza la intimidad personal (art. 18.1), de la que forma parte la intimidad corporal, de principio inmune, en las relaciones jurídico-públicas que ahora importan, frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona, cuyo

sentimiento de pudor queda así protegido por el ordenamiento, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la comunidad.

Tal afectación del ámbito de la intimidad es posible sólo por decisión judicial que habrá de prever que su ejecución sea respetuosa de la dignidad de la persona y no constitutiva, atendidas las circunstancias del caso, de trato degradante alguno (arts. 10.1 y 15 de la Constitución). ... Lo que sí es manifiesto es que la intimidad quedó afectada o comprometida en el supuesto actual, pues en orden a la identificación del ámbito constitucionalmente protegido, por íntimas se han de tener las partes del cuerpo que se ordenaba someter a examen.”

Por todo lo anterior y tomando en consideración que los registros o cacheos no pueden llegar a comprender, con carácter general, el desnudo de la persona detenida, restringiéndose esta posibilidad a supuestos extremos en que se considere necesario por razones muy concretas, esta institución en base a lo establecido en el artículo 28 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, formula a V.I. la siguiente recomendación: «Que por ese Departamento se dicten las instrucciones oportunas para que los registros y cacheos, efectuados por agentes del Cuerpo Nacional de Policía no supongan ni una vulneración de la intimidad, ni un trato vejatorio o degradante para las personas detenidas y que, en todo caso, ante las posibles sospechas de que la persona en cuestión llevase en su interior alguna sustancia estupefaciente y se negare a ser reconocida en su interior, incluso por personal facultativo, se levante un acta en que conste dicha negativa y los signos externos que dieren pábulo a la sospecha, remitiendo el acta a la autoridad judicial para que la misma valore, según su prudente criterio, la fuerza probatoria de tales extremos».

Madrid, 19 de julio de 1993.

Recomendación dirigida al Secretario General Técnico del Ministerio del Interior.

Recomendación 32/1993, de 20 de julio, sobre garantías en la tramitación de expedientes disciplinarios del personal militar.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 502).

Esta institución considera, tras la investigación practicada en esta queja, que en conjunto la actuación del expediente disciplinario a don V.L.M., ha adolecido de la natural continuidad que debe presidir este tipo de actuaciones, toda vez que los hechos objeto de sanción revisten unas características muy particulares y, por otro lado las garantías del propio procedimiento, como es el caso del cambio de Instructor y Secretario durante un mes como consecuencia de las vacaciones de verano, no parece responder a los principios de seguridad jurídica y continuidad que este tipo de procedimientos deben de tener.

Por todo ello, esta institución estima, aún a pesar de las consideraciones vertidas tanto por la Dirección General de la Guardia Civil como por ese departamento, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 30.1 de nuestra ley orgánica reguladora, la conveniencia de formular a V.I. la recomendación de que se extremen al máximo las garantías señaladas en la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas en toda la tramitación de los procedimientos por falta grave.

Madrid, 20 de julio de 1993.

Recomendación dirigida al Director General del Gabinete del Ministro de Defensa.

Recomendación 33/1993, de 20 de julio, sobre derechos de los usuarios del sistema sanitario público.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 310).

En su día compareció ante esta institución don M.H.H., formulando queja que quedó registrada en el número arriba expresado.

Sustancialmente exponía que su madre, doña M.H.G., sufrió en el año 1982 una pérdida de conocimiento que fue achacada, según el reclamante, por el médico que le atendió, a “la tensión”. De tal episodio le quedó una desviación de la trayectoria de la visión en el ojo izquierdo.

Al poco tiempo, empezó a acusar pérdida de la audición en el oído derecho, que fue, según el reclamante, imputada por el facultativo que prestó la asistencia a “un catarro mal curado”.

En el verano de 1990 y ante la falta de mejoría por los diversos tratamientos impuestos, fue remitida a consulta de neurología del Hospital Clínico de Salamanca, siendo solicitado en fecha 17 de diciembre de 1990, por el especialista de dicho servicio, la realización de TAC. cerebral, que había de llevarse a cabo en el Hospital “Virgen de la Vega”.

Habiendo recabado información ante la demora en la citación para realizar esta prueba, en agosto de 1991 se indica por el Servicio que había de llevarlo a cabo, que no se había recibido petición alguna en relación con la citada paciente.

La prueba en cuestión fue realizada finalmente con carácter urgente, siendo diagnosticada la paciente, el día 5 de noviembre de 1991, de tumor cerebral.

Ingresada con igual carácter el día 12 del mismo mes y año en el Servicio de Neurocirugía del Hospital “Virgen de la Vega”, por el facultativo que realizó la intervención se informó a los familiares que la extirpación del

tumor presentaba dificultades y que, aunque no era previsible, podía quedar algún tipo de secuelas. La intervención fue realizada el día 10 de diciembre de 1991, siendo trasladada la paciente a la unidad de cuidados intensivos, la cual, según el interesado, no proporcionó una información puntual de la evolución de la enferma, siendo facilitados los pormenores de su evolución de modo parcial y ante la insistencia de sus allegados.

El día 12 de diciembre de 1991 se comunica a los familiares que la paciente sufre un edema cerebral y al día siguiente se encuentra clínicamente muerta, ofreciéndose la alternativa del fallecimiento en el hospital o del alta voluntaria y del traslado a su domicilio, optándose por esta última, y falleciendo la paciente el día 13 del mismo mes y año.

Solicitado informe clínico a la unidad de cuidados intensivos, se niega el mismo, extendiéndose tan solo un parte de terminación de asistencia dirigido al médico de cabecera.

Admitida la que a trámite, fue solicitado el informe de esa entidad gestora, el cual fue remitido en fecha 21 de octubre de 1992, considerándose necesario por esta institución la ampliación del mismo, la cual fue cumplimentada por esa Dirección Provincial en fecha 7 de junio de 1993, acompañando al efecto informe elaborado por la Inspección de Servicios Sanitarios.

Este informe concluye expresando que en la asistencia prestada a la madre del interesado fueron utilizados los medios de diagnóstico y de tratamiento al alcance de los facultativos, no concurriendo en la actuación de los mismos negligencia ni mala práctica profesional.

Asímismo, se expresa en este informe, entre otros extremos, que la dilación en la realización de la tomografía axial computerizada no debió incidir de modo sustancial en la evolución de la tumoración de la paciente y en la operabilidad de la misma, señalándose al respecto que la enferma fue remitida al hospital por la sordera que padecía, la cual no tenía ninguna relación con el tumor cerebral que fue más tarde diagnosticado.

A la vista de los hechos manifestados por el promotor de la queja, contrastados con los informes emitidos por esa Dirección Provincial, cabe concluir lo siguiente:

a) La solicitud de TAC. cerebral efectuada el día 19 de noviembre de 1990 en la consulta externa de neurología del Hospital Clínico no fue tramitada, no encontrándose explicación a esta anomalía.

b) Solicitada nuevamente el 21 de agosto de 1991, con carácter urgente, la exploración es efectuada el día 5 de noviembre, justificándose el retraso por

la gran demanda de dicha exploración y la disposición de un solo scanner, en aquel momento, en el complejo hospitalario, lo que obligaba a dar prioridad a los casos de urgencia vital, procurándose satisfacer lo antes posible el resto de los casos urgentes.

c) Dado que a raíz de la intervención efectuada el día 10 de diciembre, la enferma fue diagnosticada de coma sobrepasado, la familia solicitó el alta voluntaria, siéndoles entregado únicamente un parte de terminación de la asistencia del siguiente tenor literal: “petición familiar (el marido e hijos) al haber sido intervenida de tumoración cerebral y presentar silencio bioeléctrico cerebral”. A este respecto, se señala en el primero de los informes remitidos que es criterio de la unidad de cuidados intensivos cumplimentar exclusivamente el referido parte de terminación de asistencia cuando el alta es solicitada de modo voluntario por los familiares del enfermo.

Relatados los antecedentes fácticos, es preciso significar, en primer término, que la Constitución española recoge en su artículo 103.1 el principio de eficacia en la actuación de la Administración pública.

Igualmente, la Ley General de Sanidad, en su artículo 7, establece que los servicios sanitarios adecuarán su organización y funcionamiento a los principios de eficacia, celeridad, economía y flexibilidad.

Difícilmente puede apreciarse la observancia de estos principios en el presente caso, habida cuenta del retraso sufrido en la realización del TAC, a causa del extravío de la solicitud, al que se acumula, además, el producido tras la reiteración de tal petición en agosto de 1991. En definitiva, dicha prueba sufre una demora muy próxima al año.

Sobre este extremo no puede tenerse en cuenta la aseveración de que tal dilación “no debió incidir de manera sustancial en la evolución de la operabilidad del tumor”, pues tal consideración pudo ser apreciada en el momento de conocer el resultado de dicha prueba, pero nunca en aquel en que fue solicitada. Por otra parte, resulta obvio que su realización puntual y, por consiguiente, la valoración de la intervención quirúrgica con un año de antelación, únicamente podía ir en beneficio del estado de salud de la paciente.

Por otra parte, la Ley General de Sanidad en su artículo 10, apartado 11, establece el derecho del enfermo o sus familiares a recibir el informe de alta una vez finalizada la estancia en la institución hospitalaria, sin que en el precepto se recoja matización alguna en función de la causa por la que se produce la finalización de la asistencia, siendo, por tanto, predicable de todos los supuestos posibles de alta (prescripción facultativa, voluntaria o fallecimiento). Sin embargo, el criterio mantenido por la unidad de cuidados

intensivos es facilitar en caso de alta voluntaria un parte de terminación de la asistencia, cuyo destinatario es el facultativo de medicina general, y que, por su escueto contenido, no puede entenderse como sustitutivo del informe del alta ni satisface el derecho a la información con la extensión reconocida en el apartado 5 del citado precepto, a cuyo tenor la misma ha de ser completa incluyendo diagnóstico, pronóstico y tratamiento.

Por cuanto antecede y en uso de las facultades que le vienen conferidas por el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, esta institución dirige a Vd. la siguiente recomendación:

«1. Que se valore la conveniencia y oportunidad de implantar medidas de control interno dirigidas a una mejora en el trámite de las peticiones de pruebas diagnósticas que eviten, en lo sucesivo, el extravío de las mismas.

2. Que en los supuestos de alta voluntaria se proceda por todos los servicios médicos del complejo hospitalario de Salamanca y, en especial, por la unidad de cuidados intensivos a la entrega al paciente o a sus familiares del informe de alta, con la extensión y contenido que prevé el artículo 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad».

Madrid, 20 de julio de 1993.

Recomendación dirigida al Director Provincial del Instituto Nacional de la Salud en Salamanca.

Recomendación 34/1993, de 20 de julio, sobre requisitos formales de las resoluciones en materia de pensión de invalidez no contributiva.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 582).

Ante esta institución se tramita expediente de queja, promovido pro doña E.R.V. En su escrito de queja, la promovente venía a manifestar su disconformidad con la denegación de la pensión no contributiva de invalidez por no estar afectada de una disminución de su capacidad orgánica y funcional igual o superior al 65%.

Estudiado el antedicho escrito de la promovente, así como la documentación que junto al mismo nos fue remitida, se procedió a admitir a trámite la queja, ya que, a juicio de esta institución, la notificación desestimatoria de la pensión no se acomodaba a lo establecido en el artículo 5, apartado 3 del Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo, por el que se desarrolla la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas. Esta falta de adecuación al precepto derivaba del hecho de que no se había dejado constancia de la excepción establecida en dicha norma, y relativa a la inaplicación de los plazos que han de transcurrir para solicitar la revisión del grado de minusvalía cuando se acredite la variación de los factores personales o sociales valorados.

Con fecha 14 de mayo de 1993, se recibe informe de la Secretaría General de esa Consejería en el que se reconoce que no estaba plasmada en la reseñada resolución desestimatoria esta concepción, si bien dicho defecto formal no vicia de nulidad, ni tan siquiera de anulabilidad, la resolución recaída.

En relación con lo expuesto, se ha de reiterar que sobre el fondo del asunto no se advierte actuación irregular en las actuaciones llevadas a efecto en el presente supuesto. Asimismo, esta institución comparte el criterio mantenido por esa Consejería al considerar que el reseñado defecto formal no es causa de nulidad ni anulabilidad de la resolución.

Efectivamente, el hecho de no incluir en las resoluciones denegatorias la salvedad recogida en el artículo 5.3 del Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo, no ha de ser causa de nulidad o anulabilidad de dichas resoluciones, habida cuenta de que no se cumplen los requisitos establecidos para estos casos en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, de aplicación al presente supuesto, conforme a lo previsto en la disposición transitoria segunda de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Esta circunstancia, sin embargo, no consta para poner de manifiesto la necesidad de que, en aras de proporcionar a los ciudadanos una información más rigurosa de acuerdo con la normativa vigente, se haga constar la salvedad establecida en el artículo 5.3 del ya mencionado Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo, en todas las resoluciones denegatorias de las pensiones no contributivas por invalidez o, en su caso, de las reclamaciones previas, cuyo motivo de desestimación haya sido no alcanzar el grado de minusvalía exigido.

En efecto, en caso contrario, cabría inducir a error a los ciudadanos, de modo que, estando facultados para solicitar un nuevo reconocimiento de los Equipos de Valoración y Orientación al haberse producido una modificación de los factores personales o sociales, de conformidad con los baremos establecidos en la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de 8 de marzo de 1984, podrían, no obstante, por la información contenida en la resolución, no llevar a cabo dicha acción hasta transcurridos dos años, si se trata de la primera revisión o un año para las revisiones sucesivas.

Por cuanto antecede, esta institución, en uso de las facultades que le confiere el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, dirige a V.E. la siguiente recomendación: «Que en las resoluciones administrativas emanadas de esa Consejería sobre expedientes de pensiones no contributivas en su modalidad de invalidez, o sobre reclamaciones previas en la misma materia, se haga constar expresamente la salvedad establecida en el apartado tercero del artículo 5 del Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo, en el sentido de informar a los interesados de que la limitación temporal establecida en dicho precepto para solicitar la primera revisión de su grado de minusvalía o las sucesivas revisiones, no será de aplicación en los supuestos en que se acredite suficientemente la variación de los factores personales o sociales que en su día fueron valorados».

Madrid, 20 de julio de 1993.

Recomendación dirigida al Consejero de Sanidad y Asuntos Sociales de la Comunidad Autónoma de Canarias.

Recomendación 35/1993, de 30 de julio, sobre reconocimiento de pensión al personal integrado, con carácter provisional, en el Cuerpo Auxiliar Subalterno del Ejército de la II República.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 555).

En su escrito se manifiesta que el informe solicitado con motivo de la presente queja, referido a la discriminación sufrida por determinados integrantes del Cuerpo Auxiliar Subalterno del Ejército (CASE) de la II República, nos será remitido en el plazo más breve posible.

A este respecto, reiteramos a V.I. que las presentes actuaciones se iniciaron como consecuencia de la queja registrada con el número y referencia arriba indicados, como consecuencia de la resolución denegatoria de reconocimiento de pensión al amparo del Título II de la Ley 37/1984, a pesar de que el interesado había presentado un nombramiento publicado en el Diario Oficial número 77 de 31.03.38, como maestro herrador forjador provisional del CASE.

Dado que las solicitudes de reconocimiento de pensión al amparo de dicho Título II de la Ley 37/1984 se habían resuelto con anterioridad favorablemente por ese centro directivo, los representantes de esta institución hicieron constar su disconformidad con la interpretación que había motivado la desestimación antes referida en el acta correspondiente a la reunión celebrada en ese centro gestor en fecha 7.05.92, manifestando que al personal integrado en el CASE con carácter provisional se le había reconocido la asimilación militar a todos los efectos.

Posteriormente, el Defensor del Pueblo recibió nuevas quejas suscritas por ciudadanos que, integrados en el Ejército de la II República con las categorías de maestro armero, maestro herrador forjador y similares, habían solicitado pensión conforme a la Ley 37/1984, obteniendo resoluciones desestimatorias con las que se mostraban en desacuerdo por diversas razones, entre las que destacaba el hecho, ya explicado, de que solicitudes similares presentadas con anterioridad se habían resuelto favorablemente.

Estas circunstancias dieron lugar a una petición de informe de esta institución a fin de que se concretara el criterio seguido para fundamentar el reconocimiento de pensiones a los integrantes del citado CASE provisional, confirmando el eventual cambio de criterio que motivó las desestimaciones antes referidas.

Consecuencia de las actuaciones descritas fue la emisión, en fecha 30.12.92, de un informe por parte de esa Dirección General en el que, en esencia, se manifestaba que en los años inmediatamente posteriores a la publicación de la citada Ley 37/1984 se resolvieron favorablemente las peticiones formuladas por el personal aludido, por entender que se encontraban incluidos en el Título II de dicho texto legal.

No obstante, con ocasión de una de las propuestas de reconocimiento de pensión a favor de un antiguo miembro del CASE, la Intervención Delegada en ese centro interpuso un reparo formal al estimar que no procedía dicho reconocimiento, planteándose la correspondiente discrepancia ante la Intervención General de la Administración del Estado.

La citada Intervención General confirmó el criterio de la Intervención Delegada, dictando resolución que fue notificada a ese centro directivo el 6 de abril de 1987, momento a partir del cual, al no haberse hecho uso de la posibilidad de plantear nuevamente la discrepancia ante el Consejo de Ministros, se desestimaron las peticiones de pensión de dicho personal.

El referido informe finalizaba concretando el criterio del centro gestor con respecto a los integrantes del CASE, en el sentido de que el personal ingresado con carácter permanente tiene derecho a pensión de carácter civil conforme a la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, dada su condición de funcionarios civiles al servicio de la Administración militar, mientras que el personal incorporado con carácter eventual o provisional durante la contienda tiene derecho a los beneficios del Título II de la Ley 37/1984, siempre que quede probada su asimilación militar de, al menos, suboficial, y ello porque sus miembros tuvieron la condición de militares por asimilación a las categorías o empleos respectivos.

De todo lo expuesto cabe concluir que, al haberse limitado esa Dirección General a seguir el criterio fijado por la Intervención General a partir de la indicada fecha con respecto al no reconocimiento de pensiones conforme al Título II de la Ley 37/1984 a los integrantes del denominado CASE provisional, se ha producido un tratamiento desigual entre dichos integrantes por cuanto sus peticiones se han resuelto favorablemente desde entonces, sin que se den razones o fundamentos suficientes ajuicio de esta institución que justifiquen el cambio de posición.

Por todo ello, el Defensor del Pueblo estima que, en uso de las atribuciones reconocidas a esa Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas en el párrafo final de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 39/1992, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1993, se adopten las medidas necesarias para corregir la desigualdad a la que se ha hecho referencia.

En consecuencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, esta institución formula a V.I. la siguiente recomendación: «Que por esa Dirección General, de conformidad con la autorización contenida en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 39/1992, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1993, se dicte una resolución mediante la que se establezca el derecho del personal integrado con carácter provisional en el Cuerpo Auxiliar Subalterno del Ejército (CASE) de la II República durante la guerra civil a obtener el reconocimiento de pensión conforme al Título II de la Ley 37/1984, de 22 de octubre, siempre que reúnan los demás requisitos exigidos por las disposiciones legales de aplicación».

Madrid, 30 de julio de 1993.

Recomendación dirigida al Director General de Costes de Personal y Pensiones Públicas.

Recomendación 36/1993, de 4 de agosto, sobre adopción de medidas respecto a la tenencia y uso de armas, del personal militar profesional, en supuestos de pérdida temporal de condiciones psicofísicas.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 509).

Como V.I. recordará, el problema planteado en el presente expediente hacía referencia a la cuestión general relativa al control por parte de la Administración militar sobre la tenencia y uso de armas, tanto las propiamente del servicio como las particulares de los profesionales de las Fuerzas Armadas.

En la contestación que nos ha sido remitida, se pone de relieve, entre otros extremos, que la posesión de armas particulares amparadas bajo la licencia tipo E no requería la emisión de informe de aptitud. No obstante, se pone de manifiesto que esta normativa se halla próxima a concluir ante la entrada en vigor del Real Decreto 137/1993, de 29 de enero.

Examinado con detenimiento el citado Real Decreto, se comprueba que, en efecto, el mismo viene a completar el control que ha de tener la Administración sobre la tenencia y uso de armas particulares también para los militares profesionales y, en particular, para todos aquéllos que se encuentran en situación distinta a la de servicio activo.

Ciertamente, el artículo 117 de la referida disposición otorga al Ministerio de Defensa una facultad de carácter discrecional para la concesión de licencia de armas a los militares profesionales ajenos al servicio activo, previendo que esta concesión ha de venir condicionada con la previa acreditación de las aptitudes psicofísicas de su titular. Aún cuando esta previsión viene a subsanar la carencia de control actualmente existente sobre armas particulares que poseen militares profesionales, así como otros miembros de cuerpos armados, se ha tomado en consideración que el citado Real Decreto 137/1993, en su Disposición Transitoria Segunda, prevé un plazo de dos años para la adaptación al régimen establecido en la nueva normativa.

De igual modo, se ha examinado el Real Decreto 1385/1990, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Adquisición y Pérdida de la Condición de Militar y de situaciones administrativas del personal militar profesional, que contempla, en su artículo 23, el procedimiento a seguir ante la pérdida temporal de condiciones psicofísicas previéndose la permanencia en situación de servicio activo por un período máximo de dos años, transcurrido el cual pasará a la situación de disponible, en cuyo caso se iniciaría el expediente de declaración de no aptitud para el servicio por insuficiencia de condiciones psicofísicas.

A tenor del citado artículo, pudiera darse que un militar profesional en esta situación disponga de su arma reglamentaria durante dos años al encontrarse todavía en situación administrativa de servicio activo.

Las limitaciones de carácter psicofísico durante un período que puede llegar a ser de dos años, así como el plazo de dos años de adaptación a la nueva normativa que afecta directamente a los supuestos del personal en situación de retirado, merecen ser tomadas en consideración por los graves riesgos que puede entrañar en cuanto a la tenencia y uso de armas por personas que no reúnen las condiciones psicofísicas adecuadas y precisen una actuación particularizada de la Administración en orden al seguimiento más individualizado de las vicisitudes que puedan incidir en el uso de las armas.

En atención a ello, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 28.2 de nuestra ley orgánica reguladora, se ha valorado la conveniencia de formular a V.I. las siguientes sugerencias:

«Que ante supuestos de pérdida temporal de condiciones psicofísicas de militares profesionales, se adopten las oportunas medidas, con independencia de la situación administrativa, respecto a la tenencia y uso de armas del personal militar profesional».

«Que en el caso del personal militar profesional en situaciones distintas a la de servicio activo se haga un seguimiento puntual de las condiciones psicofísicas de los mismos por si fuese preciso adoptar la medida de retirada del arma particular por falta de aptitudes».

Madrid, 4 de agosto de 1993.

Recomendación dirigida al Director General del Gabinete del Ministro de Defensa.

Recomendación 37/1993, de 20 de agosto, sobre reconocimiento y abono de prestaciones familiares a funcionarios del Ayuntamiento de La Coruña.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 683).

Analizado detenidamente el informe remitido, esta institución se ve en la obligación de formular a V.I. las siguientes consideraciones.

1º La disposición adicional novena de la Ley 31/1991, de Presupuestos Generales del Estado para 1992, sustituye las antiguas prestaciones de ayuda familiar por las nuevas prestaciones familiares por hijo a cargo, reguladas en la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, y en las disposiciones dictadas en su desarrollo.

2º Dicha sustitución que la Ley 31/1991, refiere a los Regímenes Especiales de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, de las Fuerzas Armadas y de los Funcionarios de la Administración de Justicia, resulta de aplicación, asimismo, a los funcionarios Locales en virtud de la remisión contenida en el artículo 157 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, conforme al cual la ayuda familiar del personal al servicio de las corporaciones locales, que tengan derecho a ella, serán las mismas que correspondan al personal al servicio de la Administración del Estado.

3º En cuanto a la gestión de tales prestaciones, resulta de aplicación, por la misma remisión normativa antes citada, la previsión contenida en el apartado 3 a) de la propia disposición adicional novena, según la cual dicha gestión corresponderá a las unidades y órganos administrativos que tenían encomendada las antiguas prestaciones por ayuda familiar, cuando se trate de hijos a cargo menores de dieciocho años.

4º De conformidad con todo lo anteriormente expuesto, parece evidente que las prestaciones familiares por hijo a cargo deben ser gestionadas, en el caso de los funcionarios locales, por las propias corporaciones locales

responsables del pago de las antiguas ayudas familiares a que aquéllas han venido a sustituir, sin que sea necesaria la aprobación de normativa alguna que venga a cubrir la laguna legal denunciada en la conclusión de su escrito y que, como ha quedado argumentado, no existe.

En base a cuanto antecede, esta institución, en ejercicio de las facultades que nos confiere el artículo 54 de la Constitución y el artículo 30 de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, ha resuelto formular a esa alcaldía la siguiente recomendación: «Que, previos los trámites procedimentales oportunos, se reconozca el derecho de los promoventes de las quejas de referencia y, en su caso, de cuantos otros funcionarios se encuentren en la misma situación, a las prestaciones familiares por hijo a cargo reguladas en la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, y se proceda, en consecuencia, al abono de su importe con los atrasos devengados desde enero de 1992».

Madrid, 20 de agosto de 1993.

Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de La Coruña.

Recomendación 38/1993, de 23 de agosto, sobre actuación de las Comisiones de Escolarización, en la resolución de impugnaciones en materia de admisión de alumnos.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 392).

Se ha recibido en esta institución el nuevo informe solicitado de esa Dirección Provincial, en relación con la queja formulada por doña M.N.R, registrada con el número de referencia arriba indicado.

En este último escrito se insiste en la regularidad de los procesos de admisión y baremación de alumnos seguidos en el Colegio Público “Isaac Peral” de esta capital, para el presente curso escolar 1992-93.

Esta afirmación parece referida tanto al proceso inicial, que motivó una reclamación de la madre del alumno ante la Comisión de Escolarización de Carabanchel, como el realizado con posterioridad para decidir el mejor derecho de dos alumnos, uno de ellos el hijo de la promovente de la queja, para ocupar la única vacante que se había producido en el mismo centro.

Al margen de esta afirmación —que no aparece en absoluto razonada en referencia al primero de los procesos de admisión, respecto al que la interesada entendió que había determinado indebidamente, por un error en la elaboración de las listas, la asignación de plaza a alumnos con menos puntuación que su hijo— lo cierto es que la Comisión de Escolarización ya mencionada dictó en su momento una resolución sobre la reclamación previamente formulada por la madre del alumno, resolviéndola favorablemente e instando a la interesada a presentarse en el centro docente para proceder a la matriculación del alumno.

Asegura ahora esa Dirección Provincial que el mencionado acuerdo debe entenderse en el marco de las competencias atribuidas a las Comisiones de Escolarización por la Orden Ministerial de 9 de marzo de 1989, entre las que no se encuentra en ningún caso la de decidir qué alumnos han de ser admitidos dado que éste último es responsabilidad del Consejo Escolar del centro.

Siendo esto así no se entiende con qué fundamento la Comisión de Escolarización de Carabanchel dictó un acuerdo inequívocamente estimatorio de la reclamación, cuyos términos literales llevaron a la interesada a entender favorablemente resuelta la misma y concedida la plaza de Educación Infantil solicitada y, por consiguiente, la indujeron a desistir de la utilización de las vías de reclamación y recurso que le concedía la normativa vigente en materia de admisión de alumnos, a través de las cuales podría eventualmente haber obtenido la satisfacción de su pretensión.

En definitiva, la actuación de la Comisión de Escolarización de Carabanchel, que según viene a desprenderse de su escrito sólo dispone de las facultades originariamente atribuidas en la Orden 9 de marzo de 1989 ya mencionada, al crear la apariencia de que la reclamación a que nos venimos refiriendo había sido estimada y disuadir con ello a la interesada de la utilización de vías de impugnación eficaces contra el acuerdo de no admisión dictado por el Consejo Escolar del centro, determinó una evidente indefensión a la reclamante.

Esta institución, en base a las consideraciones anteriores, en uso de las facultades que le vienen atribuidas por el artículo 30.1. de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, y una vez examinados los términos en que la nueva normativa reguladora de la admisión en los centros docentes —Real Decreto 377/1993, de 12 de marzo, y Orden de 1 de abril siguiente— configura las vías de impugnación procedentes contra los acuerdos dictados en la materia, que sólo podrán ser objeto de recurso ordinario ante los Directores Provinciales del Ministerio de Educación y Ciencia, ha considerado oportuno formular a V.I. la siguiente recomendación: «Que esa Dirección Provincial instruya en lo sucesivo a las Comisiones de Escolarización respecto al ámbito de sus competencias y específicamente en el sentido de que no deben entrar a resolver las impugnaciones que se formulen en materia de admisión de alumnos en los centros docentes, cometido éste para el que no les faculta la normativa vigente».

Madrid, 23 de agosto de 1993.

Recomendación dirigida al Director Provincial de Educación y Ciencia de Madrid.

Recomendación 39/1993, de 23 de agosto, sobre modificación normativa para la admisión de alumnos, en los centros docentes sostenidos con fondos públicos.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 397).

Con fecha 24 de marzo último se publicaba en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto 377/1993, de 12 de marzo, por el que se regula la admisión de alumnos en centros sostenidos con fondos públicos de Educación Infantil, Educación Primaria y Educación Secundaria y, pocas fechas después, el 7 de abril siguiente, la Orden de 1 de abril de 1993 por la que, en desarrollo del anterior, el Ministerio de Educación y Ciencia regula el procedimiento de admisión en los mismos centros.

Ambas disposiciones vienen a derogar la anterior normativa de admisión, constituida por el Real Decreto 2375/1985, de 18 de diciembre, y por la Orden de 9 de marzo de 1989, cuya aplicación había determinado ciertas limitaciones al ejercicio del derecho de libre elección de centro docente por parte de los alumnos y de sus padres, que esta institución puso de manifiesto en relación con la queja que nos fue formulada por don A.RS., y que dió lugar a la formulación por el Defensor del Pueblo de una recomendación a V.E., de la que nos permitimos adjuntar fotocopia, dirigida a obtener la articulación de un procedimiento de admisión que permitiese a los alumnos la obtención de una plaza escolar en los centros de segunda o tercera opción en igualdad de condiciones con quienes los hubiesen solicitado en primer lugar.

Pues bien, pese a señalar V.E. en la preceptiva contestación a la recomendación de referencia que la solución del problema, del que según se afirmaba era consciente el Ministerio de Educación y Ciencia, se produciría en la nueva normativa de admisión que entonces se estaba elaborando, y a cuya publicación nos referimos al inicio de este escrito, lo cierto es que el estudio del contenido de dicha normativa y la reiteración de quejas en el mismo sentido de la que motivó nuestra recomendación —referidas ya al proceso de admisión para el próximo curso, primero en que las referidas

disposiciones han sido objeto de aplicación—, no permiten entender superada la situación que dió origen a la intervención de esta institución.

En efecto, aunque los términos en que está concebida la autorización que se concede al Ministerio de Educación y Ciencia en el artículo 5.4 del Real Decreto 377/1993, para regular el procedimiento de admisión, —de forma que “las Comisiones de Escolarización puedan atender las opciones realizadas por los padres o tutores de los alumnos, en el caso de que éstos no hayan obtenido plaza en el centro en el que presentaron su solicitud”— parecían inicialmente destinados a crear el marco adecuado para que el departamento regulase el procedimiento de manera que obviase el problema a que nos venimos refiriendo, lo cierto es que otras previsiones del mismo Real Decreto y de la Orden de 1 de abril de 1993 vienen a precisar el alcance de la habilitación conferida al Ministerio de Educación y Ciencia, de forma tal que en definitiva viene a reproducirse el esquema procedimental cuyas deficiencias denunció en su momento el Defensor del Pueblo.

Nos referimos en concreto al artículo 17.2.d del Real Decreto 377/1993 y al número decimosexto de la Orden de 1 de abril, preceptos de los que se deduce que el sistema actual no supone modificación alguna respecto al anterior en el punto específico a que se refiere nuestra recomendación, desde el momento en que, de acuerdo con lo que en los mismos se establece, y con la aplicación práctica que de ellos se ha realizado en el último proceso de admisión, las facultades de opción de los alumnos que no han obtenido plaza en el primer centro solicitado continúa reduciéndose a las plazas que queden vacantes en los centros una vez realizada la admisión provisional de los alumnos que las solicitaron como primera opción.

Esta institución, una vez examinado el contenido de las normas administrativas mencionadas, así como el sentido de las quejas que se nos han formulado en relación con su aplicación, no puede sino reiterar los argumentos ya expresados en la recomendación formulada en 5 de octubre de 1992 y solicitar a V.E. la realización de cuantas actuaciones sean precisas para que el Ministerio de Educación y Ciencia proponga o apruebe las modificaciones normativas necesarias para obtener el objetivo a que se hará referencia en la primera de las recomendaciones con las que se concluye el presente escrito.

Aún cuando no parece preciso insistir en los argumentos expresados en nuestra recomendación de 5 de octubre de 1992, sí consideramos preciso señalar aquí que la nueva normativa de admisión contiene ciertas previsiones que contribuyen a profundizar en las limitaciones reales que el actual procedimiento determina para que los alumnos obtengan plaza en los centros de segunda o ulteriores opciones.

Nos referimos a la restricción que se impone a los alumnos y a sus padres en el momento de solicitar plaza en los centros docentes, al señalarse en el Real Decreto 377/1993 que sólo podrá presentarse una única solicitud en la que se indicarán por orden de preferencia los centros en que se desee ser admitido.

Por su parte, la Orden de 1 de abril concreta las consecuencias que se derivan de la presentación de más de una solicitud, precisando, que de ser detectada esta circunstancia, ninguna de las peticiones formuladas se tendrá en cuenta, procediéndose a la escolarización de los alumnos de acuerdo con lo establecido para los supuestos en que éstos no son admitidos en el centro de primera opción.

En definitiva los alumnos, o sus padres, que pretendan hacer valer su derecho a la libre elección de centro, en los términos en que les viene atribuido en la LODE, es decir a través de un procedimiento cuyo resultado venga determinado en todos los casos por la aplicación de los criterios de admisión previstos en dicha ley orgánica, no encuentran en la normativa actual un cauce suficiente para ello, ni formulando la única solicitud a que autoriza dicha normativa, ya que en tal caso y de acuerdo con el procedimiento actual sólo entrará en plena concurrencia con el resto de las solicitudes en el centro de primera opción; ni presentando varias instancias para centros diferentes, sistema que aunque inicialmente les garantiza que su solicitud será resuelta en los distintos centros en base a la aplicación de los criterios legales de admisión y en concurrencia con las de los demás alumnos, está sujeto a la eventualidad de que se detecte la multiplicidad y, en consecuencia, no se tengan en cuenta las opciones ejercitadas en las solicitudes de admisión.

El Defensor del Pueblo entiende que esta última limitación, aunque desde luego resulte explicable con planteamientos estrictamente organizativos, sólo resultaría aceptable desde la óptica más sustantiva del derecho a la libre elección de centro si el procedimiento de admisión garantizase en todo caso y sin necesidad de recurrir al mecanismo de las solicitudes múltiples, el más pleno ejercicio del mencionado derecho a la libre elección de centro.

En este sentido debemos señalar que han sido numerosos los padres de alumnos que conocedores de las consecuencias limitativas de dicho derecho que se derivan de la normativa actual en los casos en que los alumnos no obtienen plaza en el primer centro solicitado formularon más de una petición en centros distintos y manifiestan su malestar ante la aplicación por las autoridades educativas de las consecuencias previstas para los supuestos de presentación de varias solicitudes, que consideran injusta en la medida en que con dicha conducta sólo pretendieron garantizar a sus hijos la posibilidad de obtener plaza en los centros de segunda y posteriores opciones en concurrencia real con los alumnos que solicitaron dichos centros en primer

lugar, posibilidad que de hecho les niega la actual configuración del proceso de admisión, contraviniendo con ello el espíritu y la finalidad de los preceptos de la LODE aplicables al caso.

En relación con estas últimas quejas parece necesario señalar que sus promoventes apuntan en algunos casos a la existencia de un factor añadido que les indujo a confusión respecto a la procedencia de formular más de una petición de admisión.

Se refieren en concreto los interesados a los términos del actual modelo de solicitud oficial de admisión, incorporado como anexo a la Orden de 1 de abril de 1993 ya varias veces mencionada en el que, a diferencia del anterior, no se contiene precisión, aviso o instrucción alguna de la que se desprenda que los solicitantes deben formular una sola solicitud de admisión.

Aunque ciertamente la normativa de admisión, en la que se expresa de forma clara dicha limitación, debe exponerse en los tabloneros de anuncios de los centros docentes durante el desarrollo del proceso correspondiente, no parece que esta fórmula de publicidad, en el caso de que como es presumible haya sido puntualmente observada, resulte suficiente a los efectos a que nos venimos refiriendo y como lo acreditan tanto las manifestaciones de los reclamantes como la reiteración significativa de casos similares que según los datos de que disponemos se han producido en el ámbito de gestión de ese departamento.

Para ello esta institución considera conveniente recomendar que se modifique el modelo de solicitud mencionado, en los términos que se formulan en la segunda de las recomendaciones de este escrito, de manera que se eviten los problemas de interpretación que su utilización parece haber originado en la última convocatoria de admisión.

Por último procede hacer referencia a un tercer problema generado por la aplicación de las normas de admisión que según es posible deducir de las quejas y consultas que se nos formulan en la materia no parece tener carácter aislado, sino que resulta una práctica que podría calificarse como habitual entre quienes solicitan plazas en los centros docentes sostenidos con fondos públicos.

Nos referimos al falseamiento de los datos sobre domicilio de la unidad familiar a la que pertenece el alumno que suele producirse a través de la aportación con la solicitud de admisión de un certificado de empadronamiento, que los ayuntamientos expiden sin comprobación alguna y sobre la base de la mera declaración de un nuevo domicilio por el solicitante aunque sea distinto del que consta en el correspondiente padrón municipal.

Concedores de esta circunstancia son muy frecuentes los casos en que los padres declaran para obtener el certificado que aportarán en el proceso de admisión, un domicilio incluido en el ámbito de influencia del centro, diferente al habitual del alumno, para obtener así la puntuación máxima correspondiente al criterio de proximidad domiciliaria.

El sentido de la reciente modificación de las normas administrativas reguladoras de la admisión de alumnos, que han supuesto un incremento considerable de la incidencia relativa del criterio de proximidad domiciliaria, respecto a la de los demás criterios de admisión previstos en la Ley Orgánica Reguladora del Derecho a la Educación, parece hacer ahora imprescindible la adopción de medidas dirigidas a garantizar al máximo la adecuación a las circunstancias reales de los alumnos de los datos aportados por éstos en orden a la valoración de los criterios establecidos a efectos de admisión en los centros docentes y con ello, en definitiva, la objetividad real de los resultados que se deriven de los procesos de admisión en los centros docentes sostenidos con fondos públicos.

Así pues, ha parecido necesario formular a V.E. la tercera y última de las recomendaciones que cierran el presente escrito dirigida a instar de ese departamento el estudio, aplicación y en su caso incorporación a la normativa vigente, de mecanismos dirigidos a impedir, o al menos a obstaculizar, y a sancionar las conductas mencionadas.

En base a la argumentación expuesta y en uso de las facultades atribuidas a esta institución por el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, se ha considerado preciso formular a V.E. las siguientes recomendaciones:

«Primera. Que por ese Ministerio se proponga o se apruebe la modificación de las normas que actualmente regulan el procedimiento de admisión de alumnos en centros docentes sostenidos con fondos públicos de Educación Infantil, Educación Primaria y Educación Secundaria de manera que dicho procedimiento permita a los alumnos la obtención de puesto escolar en los centros docentes de segunda o posteriores opciones en igualdad de condiciones, es decir en plena concurrencia por aplicación de los criterios legales de admisión, también con todos quienes hubieren solicitado dichos centros en primer lugar.

Segunda. Que se proceda a la modificación del modelo oficial de solicitud de admisión que se publica como anexo de la Orden de 1 de abril de 1993, por la que se regula el procedimiento de admisión de alumnos en los centros sostenidos con fondos públicos de los niveles educativos ya mencionados, de forma que en el mismo se señale expresamente que, de acuerdo con la normativa vigente, debe presentarse una única solicitud de admisión y se

precisen, asimismo, las consecuencias, que en dichas normas se establecen, para los supuestos en que los solicitantes presenten más de una instancia.

Tercera. Que, por último, se estudien fórmulas —que sin duda exigirán la colaboración de las autoridades locales competentes— dirigidas a evitar o dificultar el falseamiento de los datos sobre domicilio familiar de los alumnos que se aportan a efectos de admisión en los centros docentes y que, asimismo, se estudien e incorporen, en su caso, a la normativa de admisión de alumnos, mecanismos que permitan detectar los supuestos en que se produzca y proceder a la adopción de las medidas que resulten necesarias para corregir los resultados indebidamente obtenidos, ajustándose a las circunstancias reales de los alumnos».

Madrid, 23 de agosto de 1994.

Recomendación dirigida al Secretario de Estado de Educación.

Recomendación 40/1993, de 6 de septiembre, sobre situación jurídica y asistencial de los extranjeros en España.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 135).

Ante la nueva reordenación ministerial por la que este departamento ha asumido competencias relativas a cuestiones laborales y sociales en materia de inmigración, esta institución se congratula por ello al considerar que con esta medida se ha dado un paso importante para alcanzar un tratamiento global a la problemática de extranjería en España, como respuesta más eficaz a las cuestiones de integración de los extranjeros en nuestro país.

En este sentido, el Defensor del Pueblo en el marco de las competencias que constitucionalmente le han sido atribuidas, da traslado a V.E. de las conclusiones finales y del dossier elaborado junto con todos los elementos de trabajo utilizados en la serie de reuniones que se han llevado a cabo en el primer semestre de 1993 con las Organizaciones No Gubernamentales: Cáritas Española, Cruz Roja Española, Delegación Diocesana de Inmigrantes y Asociación Pro-Derechos Humanos, en la sede de esta institución, en las que se abordaron, tanto desde la óptica de la experiencia de estas ONG como del Defensor del Pueblo, aquellos aspectos más relevantes que presenta en la actualidad la situación jurídica de los extranjeros en España, con la finalidad —como se señala en el acta resumen de las reuniones—, de hacer “acopio de información que sirviese al fin último que preside la actividad diaria de todos los concurrentes a estas reuniones, de defensa de los derechos fundamentales de la persona, teniendo como referencia lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución española”.

En estas reuniones se han abordado diversas materias relativas a entradas, expulsiones y centros de internamiento; problemas sobre permisos de trabajo y residencia; servicios sociales e integración de los inmigrantes; estado de cobertura de los extranjeros en España y funciones de las ONG frente al fenómeno de la inmigración.

Dada la variedad de asuntos, se ha considerado que el método más eficaz para abordar todos los problemas que se han suscitado en las reuniones de trabajo, es dirigirse en el marco de las competencias que al Defensor del Pueblo le otorga la Constitución y su ley orgánica reguladora, a los diferentes departamentos ministeriales con competencias en materia de extranjería, por lo que, sin perjuicio de las recomendaciones que específicamente se formularán a V.E., al final de este escrito, nos permitimos significarle, resumidamente, qué otras recomendaciones se han formulado al Ministerio del Interior, al Ministerio de Asuntos Exteriores y al Fiscal General del Estado.

Al Ministerio del Interior, en la línea ya apuntada en el informe anual de 1992 se le ha significado la necesidad de que en materia de entradas, centros de internamiento y permiso de residencia, se den las necesarias condiciones de objetividad que eviten los problemas que a diario surgen en las intervenciones de los funcionarios de este departamento, con especial recordatorio, de que se respeten los derechos fundamentales en los casos de detención de extranjeros dentro del marco del artículo 13 de la Constitución española.

Del Ministerio de Asuntos Exteriores se solicita un tratamiento preferente en cuanto a la expedición de visados, con carácter general, y de forma específica para aquellos casos de reunificación familiar dada la trascendencia humana que revisten.

Por último, al Fiscal General del Estado se le ha indicado, en la línea definida por esta institución que dió origen a la Instrucción 6/1991 de la Fiscalía General del Estado, la necesidad de que intensifique su participación en la defensa de los derechos de los extranjeros en función del propio mandato que dimana del Estatuto del Ministerio Fiscal.

Esta institución considera que con estas recomendaciones se abordan los temas más preocupantes debatidos en las reuniones con las ONG y en los que estos departamentos y el Ministerio Fiscal tienen competencia.

Y ya, en relación al ministerio que V.E. dirige, esta institución en el ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 54 de la Constitución y los artículos 1 y 9 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora de la misma, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la citada ley orgánica, formula a V.E. las siguientes recomendaciones:

«1. Que en el ámbito de competencias de carácter laboral asumidas por ese departamento se adopten por V.E. las medidas que considere oportunas en las siguientes cuestiones:

a.) Que la solicitud de permiso de trabajo, tanto el inicial como el de renovación, no conlleve la petición de documentación innecesaria evitando que el proceso se alargue innecesariamente, dando con ello cumplimiento a lo previsto en el artículo 350 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

b.) Que los documentos requeridos dependan únicamente de la diligencia del extranjero interesado y no de terceras personas sin que se le exija acreditar a aquel el cumplimiento de obligaciones que corresponden a terceros.

c.) Que se notifiquen las resoluciones sobre las solicitudes de permiso de trabajo y residencia a la persona interesada, o persona en quien delegue, y no a través del empresario que lo contrata.

d.) Que las tasas a abonar en las solicitudes reflejen el precio real del servicio que se presta evitando el posible carácter disuasivo de la misma.

e.) Que la Inspección de Trabajo refuerce su actuación de control y sanción sobre la contratación irregular y las condiciones de trabajo infralegales de los trabajadores.

2. Que se promuevan aquellos convenios y acuerdos necesarios, tanto con el Ministerio de Educación y Ciencia como con las Comunidades Autónomas y Ayuntamientos, que permitan llevar a cabo una acción en política educativa y de integración para extranjeros tendente a conseguir los siguientes objetivos:

a.) Promover una formación intercultural instrumental básica vinculada a una mejora de las condiciones laborales, a una formación ocupacional y, en todo caso, a la calidad de vida real del sujeto, y adaptarla a las necesidades de la persona que aprende en lugar de que ésta tenga que adaptarse a un sistema educativo que no tiene en cuenta su diversidad.

b.) Que se adopten aquellas medidas que favorezca el aprendizaje del castellano y lengua local por los colectivos de extranjeros no hispanohablantes como un medio imprescindible para relacionarse con la población autóctona e integrarse en la vida cotidiana, acceder a, y participar en, instituciones y entidades cívicas como asociaciones de vecinos, de padres de alumnos, recreativas, etc. y acceder a los servicios sociales.

c.) Que se impulsen los programas de formación de adultos entre la población extranjera, favoreciendo el acceso de los inmigrantes a los cursos de formación profesional, como modo de capacitación socio-laboral y una forma más de encuentro intercultural.

3. Que se constituya una comisión permanente que tenga por finalidad el seguimiento de las necesidades reales de la población inmigrante en España, que sirva de punto de encuentro entre la Administración y las Organizaciones No Gubernamentales, para un mejor aprovechamiento de los recursos destinados a dar respuesta eficaz a los problemas de inmigración.

4. Que, en todo caso, todas las actuaciones que en materia de extranjería se adopten, tengan como finalidad primordial lograr la integración de los extranjeros en nuestro país en evitación de que se desarrollen en el seno de la sociedad española sentimientos de xenofobia o racismo, como proyección directa del mandato recogido en el artículo 13 de nuestro texto constitucional».

Madrid, 6 de septiembre de 1993.

Recomendación dirigida a la Ministra de Asuntos Sociales.

Recomendación 41/1993, de 7 de septiembre, sobre situación jurídica y asistencial de los extranjeros en España.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 135).

A lo largo del primer semestre de 1993 se llevaron a efecto en esta institución una serie de reuniones de trabajo con las Organizaciones No Gubernamentales Cáritas Española, Cruz Roja Española, Delegación Diocesana de Inmigrantes y Asociación Pro-Derechos Humanos, en las que se abordaron, desde la óptica de la experiencia de estas ONG como de la institución del Defensor del Pueblo, todos aquellos aspectos que presenta en la actualidad la situación jurídica de los extranjeros en España, tratando de hacer, como se señala en el acta resumen de las reuniones, “acopio de información que sirviese al fin último que preside la actividad diaria de todos los concurrentes a estas reuniones, de defensa de los derechos fundamentales de la persona, teniendo como referencia lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución Española”.

En estas reuniones se han abordado diversas materias relativas a entradas, expulsiones y centros de internamiento; problemas sobre permisos de trabajo y residencia; servicios sociales e integración de los inmigrantes; estado de cobertura de los extranjeros en España y funciones de las ONG frente al fenómeno de la inmigración.

Concluidas las reuniones y elaborada un acta resumen de las mismas, se ha considerado oportuno trasladar a las distintas instituciones del Estado con responsabilidad en el fenómeno migratorio, copia de este acta y aquellas sugerencias, recomendaciones o recordatorios de deberes legales que les afectan de una forma directa.

En relación a esa Fiscalía General y tomando en consideración lo expuesto en el acta que se adjunta, el Defensor del Pueblo, en la línea de colaboración institucional que preside la relación entre ambas instituciones, como es ejemplo la Instrucción 6/1991, de esa Fiscalía, sobre garantías en las

autorizaciones judiciales de internamiento de extranjeros sometidos a procedimientos de expulsión, ruego a V.E.

«Se intensifique la participación de la Fiscalía General del Estado, en la protección de los derechos de los extranjeros, en los procedimientos de expulsión, en función del propio mandato que dimana del Estatuto del Ministerio Fiscal, en cuanto defensor de la legalidad vigente».

«Se incrementen las visitas periódicas a los centros de internamiento de extranjeros por parte del Ministerio Fiscal, al objeto de supervisar la aplicación de la Instrucción 6/1991, de 23 de octubre, de la Fiscalía General del Estado, antes referenciada».

Madrid, 7 de septiembre de 1993.

Recomendación dirigida al Fiscal General del Estado.

Recomendación 42/1993, de 7 de septiembre, sobre situación jurídica y asistencial de los extranjeros en España

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 135).

A lo largo del primer semestre de 1993 se llevaron a efecto en esta institución una serie de reuniones de trabajo con las Organizaciones No Gubernamentales Cáritas Española, Cruz Roja Española, Delegación Diocesana de Inmigrantes y Asociación Pro-Derechos Humanos, en las que se abordaron, desde la óptica de la experiencia, de estas ONG como de la institución del Defensor del Pueblo, todos aquellos aspectos que presenta en la actualidad la situación jurídica de los extranjeros en España, tratando de hacer, como se señala en el acta resumen de las reuniones, “acopio de información que sirviese al fin último que preside la actividad diaria de todos los concurrentes a estas reuniones, de defensa de los derechos fundamentales de la persona, teniendo como referencia lo dispuesto en el art. 13 de la Constitución Española”.

En estas reuniones se han abordado diversas materias relativas a entradas, expulsiones y centros de internamiento; problemas sobre permisos de trabajo y residencia; servicios sociales e integración de los inmigrantes; estado de cobertura de los extranjeros en España y funciones de las ONG frente al fenómeno de la inmigración.

Concluidas las reuniones y elaborada un acta resumen de las mismas, se ha considerado oportuno trasladar a los distintos departamentos ministeriales implicados en el fenómeno migratorio, copia de este acta y aquellas sugerencias, recomendaciones o recordatorios de deberes legales que les afectan de una forma directa.

En relación a ese departamento y tomando en consideración lo expuesto en el acta que se adjunta, el Defensor del Pueblo, en el ejercicio de las responsabilidades que le confieren los artículos 54 de la Constitución y 1 y 9 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora de esta institución y al

amparo de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la citada ley orgánica, formula a V.E. las siguientes recomendaciones:

«1. Mejorar la información que se ofrece sobre los requisitos para la obtención de visado, según la finalidad del viaje.

2. Dar un tratamiento preferente en los casos de visado para reunificación familiar.

3. Motivar las resoluciones denegatorias de solicitud de visado al amparo de lo previsto en el artículo 54 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre».

Madrid, 7 de septiembre de 1993.

Recomendación dirigida al Ministro de Asuntos Exteriores.

Recomendación 43/1993, de 7 de septiembre, sobre situación jurídica y asistencial de los extranjeros en España

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 135).

A lo largo del primer semestre de 1993 se llevaron a efecto en esta institución una serie de reuniones de trabajo con las Organizaciones No Gubernamentales Cáritas Española, Cruz Roja Española, Delegación Diocesana de Inmigrantes y Asociación Pro-Derechos Humanos, en las que se abordaron, desde la óptica de la experiencia, de estas ONG como de la institución del Defensor del Pueblo, todos aquellos aspectos que presenta en la actualidad la situación jurídica de los extranjeros en España, tratando de hacer, como se señala en el acta resumen de las reuniones, “acopio de información que sirviese al fin último que preside la actividad diaria de todos los concurrentes a estas reuniones, de defensa de los derechos fundamentales de la persona, teniendo como referencia lo dispuesto en el art. 13 de la Constitución Española”.

En estas reuniones se han abordado diversas materias relativas a entradas, expulsiones y centros de internamiento; problemas sobre permisos de trabajo y residencia; servicios sociales e integración de los inmigrantes; estado de cobertura de los extranjeros en España y funciones de las ONG frente al fenómeno de la inmigración.

Concluidas las reuniones y elaborada un acta resumen de las mismas, se ha considerado oportuno trasladar a los distintos departamentos ministeriales implicados en el fenómeno migratorio, copia de este acta y aquellas sugerencias, recomendaciones o recordatorios de deberes legales que les afectan de una forma directa.

En relación a ese departamento y tomando en consideración lo expuesto en el acta que se adjunta, el Defensor del Pueblo, en el ejercicio de las responsabilidades que le confieren los artículos 54 de la Constitución y 1 y 9 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora de esta institución y al amparo de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la citada ley orgánica, formula a V.E. las siguientes recomendaciones:

«A. Entradas.

1. Que a los extranjeros que por cualquier razón se inadmita, se les informe con toda precisión y claridad, y por escrito, de los motivos del rechazo y de los recursos que puedan, en su caso, interponer, autoridad ante quien hacerlo, y plazo para ello.

2. Que se continúe con las medidas encaminadas a dotar las zonas donde se ubican a los extranjeros inadmitidos, de todo lo necesario que garantice su estancia en razonables condiciones, facilitándoseles, asimismo, la posibilidad de comunicar y relacionarse con sus familiares y amigos.

3. Que se estudie la posibilidad de la creación de un cuerpo de policía especializada de fronteras, dotado de los medios humanos y materiales necesarios.

B. Centros de internamiento.

1. Como esta institución ha venido poniendo de manifiesto en sus informes anuales, elaboración de un reglamento de régimen interior para estos centros en el que queden definidos los derechos y deberes de los extranjeros internados.

2. Elaboración de un programa informático que permita a todos los jueces del territorio nacional conocer la situación del extranjero que le es presentado para que acuerde su internamiento.

3. Elaboración de un documento que permita identificar y conocer cuál es la situación del extranjero que abandona un centro de internamiento sin haber podido ser documentado con el fin de que el mismo le permita acceder a determinadas prestaciones de tipo asistencial, de las que pueden ser facilitadas por las ONG.

4. Necesidad de dotar a los centros de internamiento de los medios materiales y humanos necesarios en el cumplimiento de sus funciones.

C. Permisos de residencia.

Evitar la duplicidad en la documentación exigida en la solicitud de visado y el posterior permiso de residencia, en base a lo establecido en el artículo 35 apartado 1) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre».

Recordatorios de deberes legales:

«A. Entradas.

Que los funcionarios competentes, encargados de examinar si los extranjeros que pretenden entrar en nuestro país cumplen los requisitos legales, adopten sus decisiones con la mayor objetividad posible ateniéndose estrictamente a lo establecido en nuestro ordenamiento, evitando adoptar decisiones que se basen en meras presunciones.

B. Expulsiones.

1. Presencia real y efectiva de intérpretes en todos aquellos casos en que un extranjero sea detenido por infracción de la normativa vigente.

2. No adopción de resoluciones de expulsión basadas exclusivamente en la existencia de antecedentes policiales.

C. Centros de internamiento.

Cumplimiento, en todos sus términos, por las autoridades gubernativas de la Instrucción 6/1991, de 23 de octubre, de la Fiscalía General del Estado, sobre garantías en las autorizaciones judiciales de internamiento de extranjeros sometidos a procedimientos de expulsión».

Madrid, 7 de septiembre de 1993.

Recomendación dirigida al Ministro del Interior.

Recomendación 44/1993, de 19 de septiembre, sobre modificaciones efectuadas en relación con expedientes de comprobación de valores.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 238).

Agradecemos sinceramente el informe de V.E. en el que se nos facilita la información requerida con ocasión de la queja formulada ante esta institución por don L.M.R

Examinado el contenido del citado informe observamos que en la resolución que se nos acompaña del recurso de reposición presentado por el interesado contra la nueva valoración de la vivienda transmitida, efectuado por los técnicos de la Dirección Territorial de esa Consejería de Economía y Hacienda, se incluye entre los medios de defensa la posibilidad de promover la tasación pericial contradictoria prevista en el artículo 52.2 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, en su nueva redacción del artículo 79.2 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991.

Sin embargo, no se expresa en la citada resolución ni ante que órgano debe promoverse dicha tasación pericial contradictoria, ni la condición de que los honorarios del perito del sujeto pasivo serán satisfechos por éste.

Ajuicio de esta institución, y como se desprende de diversas quejas recibidas, la ausencia de estas explicaciones, en casos similares, ha creado confusión entre los administrados y producido indefensión frente a la Administración, que no ha cumplido, a estos efectos, lo previsto en el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, aplicable a este supuesto, de acuerdo con lo establecido en la disposición transitoria segunda de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ya que como señala abundante jurisprudencia las previsiones contenidas en el citado artículo no deben interpretarse en su sentido literalista, sino conforme a criterios de

lógica y razón, de forma que se garanticen los derechos e intereses de los administrados.

Por todo lo anteriormente expuesto y de conformidad con lo establecido en el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, esta institución formula a V.E. la siguiente recomendación: «Que en las notificaciones de las resoluciones adoptadas en recursos contra comprobaciones de valores efectuadas por la Administración, al comunicar a los interesados la posibilidad de promover la tasación pericial contradictoria, regulada en el artículo 52 de la Ley General Tributaria, en su redacción de la Ley 31/1990, se incluya la referencia al organismo ante el que la misma se ha de solicitar, así como la condición de que los honorarios del perito del sujeto pasivo serán satisfechos por éste».

Madrid, 19 de septiembre de 1993.

Recomendación dirigida al Consejero de Economía y Hacienda de la Generalidad Valenciana.

Recomendación 45/1993, de 5 de octubre, sobre protección de menores en fronteras.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 162).

El pasado día 30 de septiembre y con motivo de la queja formulada ante esta institución por diversas entidades, se inició la correspondiente investigación ante la Delegación del Gobierno de Valencia, ampliada al día siguiente a las autoridades gubernativas de Barcelona, respecto a la situación en que se encontraban diez polizones, al parecer, menores de edad la mayoría de ellos, a bordo del buque ... fondeado en el puerto de Valencia.

En primer lugar, esta institución dirigió inmediatamente un escrito de petición de información a la Delegación del Gobierno de la Comunidad Valenciana y al conocer en la mañana del día 1 que el citado buque había partido con destino al puerto de Barcelona, trasladando a los menores sin que se hubiese adoptado ninguna medida de protección jurídica con respecto a los mismos, se desplazaron dos delegados del Defensor del Pueblo a Barcelona, al objeto de conocer, in situ, qué medidas de protección se habían adoptado por las autoridades respecto a los menores, comprobándose que éstos habían sido desembarcados y que se encontraban en la comisaría sita en la plaza de España a disposición del Grupo de Menores (GRUME) y bajo la protección del Ministerio Fiscal, debidamente atendidos.

Los delegados de esta institución estuvieron presentes en la comisaría desde las 13 horas hasta aproximadamente las 19 horas del mismo día, hora en que se acordó el internamiento de los citados menores en un centro específico de la Generalidad de Cataluña.

En este lapso de tiempo, además de la presencia del Ministerio Fiscal, estuvieron presentes la Subdirectora General de la Secretaría General de Política Interior, expresamente desplazada al efecto por ese departamento desde Madrid, y un representante del Alto Comisionado de Naciones Unidas para Ayuda al Refugiado (ACNUR) para comprobar la situación de los interesados.

Como cuestión previa, esta institución no entra a valorar si en este supuesto concurrieron las circunstancias de solicitud de refugio o asilo, según lo preceptuado en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y al Protocolo de Nueva York de 1967 ratificado por España en junio de 1968, así como la legislación nacional al respecto, toda vez que estaban presentes los responsables administrativos e instituciones competentes para la efectiva tutela de los menores en estos supuestos.

No obstante y como consecuencia de todos estos hechos, y a la vista de la información facilitada hasta ahora por la Delegación del Gobierno de Valencia, esta institución quiere formular a V.E. las siguientes consideraciones:

1. Desde hace tiempo se viene comprobando que en aquellos casos en que entran en colisión cualesquiera circunstancias relacionadas con problemas migratorios con la condición de minoría de edad, prima el interés de dar una respuesta eficaz al problema migratorio de control en frontera obviando la debida protección jurídica del menor.

2. Este hecho implica conculcar la normativa interna española por cuanto, tanto el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal como el Código Civil, expresan claramente la obligación que, por ministerio de la ley, tienen todas las autoridades de prestar una especial protección al menor, máxime cuando estos se encuentran desamparados.

En igual medida estos hechos suponen una clara dejación de las obligaciones contraídas por España en el ámbito internacional y, en concreto, con relación a la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 31 de diciembre de 1990.

3. Aunque a juicio del Defensor del Pueblo no existen dudas sobre la capacidad jurídica de los menores a tenor del artículo 22 de dicha Convención, la realidad es que en la investigación que esta institución ha llevado a cabo se ha podido comprobar la existencia de negligencias y omisiones en la adopción de medidas inmediatas que paliasen la condición de desamparo y de falta de condiciones higiénico-sanitarias en que se encontraban los diez jóvenes polizones a bordo del buque ... mientras se encontraba fondeado en el puerto de Valencia.

Por todo ello, el Defensor del Pueblo en virtud de lo dispuesto en el artículo 30.1 de nuestra ley orgánica reguladora, ha enviado un recordatorio de deberes legales a la Delegación del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Valencia, que se acompaña al cuerpo de este escrito, así como la contestación a la primera petición de informe que le fue solicitado.

Al mismo tiempo, en virtud del precepto antes citado, formula a V.E. las siguientes recomendaciones:

«Que se proceda a la apertura de la correspondiente investigación para el esclarecimiento de las responsabilidades a que hubiere lugar, ante la falta de adopción de las oportunas medidas por la Delegación del Gobierno de Valencia el pasado día 30 de septiembre, respecto a las condiciones de desamparo en que se encontraban los diez jóvenes, la mayoría de ellos menores de edad».

«Que como ampliación, en todo caso, a las recomendaciones que con fecha 7 de septiembre del presente año fueron formuladas en materia de extranjería en general a ese departamento, se dicten instrucciones precisas a todos los puestos fronterizos para que se eviten en lo sucesivo situaciones de incumplimiento de las actuales normas en vigor, respecto a la protección de menores que se encuentran en situación de desamparo, de forma que la condición de minoría de edad y el superior interés del niño, previsto en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, primen siempre respecto de las circunstancias que puedan concurrir en el caso concreto, relacionadas con problemas migratorios».

La aludida instrucción deberá contemplar en todo caso, el recordatorio del deber legal que incumbe a todas las autoridades de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal la situación de desamparo de cualquier menor, sea o no extranjero, a fin de que aquél pueda hacer valer sus competencias en materia de protección del menor en la forma y condiciones que señala el artículo 3.7 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

Madrid, 5 de octubre de 1993.

Recomendación dirigida al Ministerio del Interior.

Recomendación 46/1993, de 15 de octubre, sobre modificación de las bases de adjudicación de viviendas de promoción pública.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 657).

Ha comparecido ante esta institución un vecino de Zaragoza, formulando queja en la que expone que no fue admitida a trámite su solicitud de vivienda municipal de alquiler con destino a familias con bajos ingresos económicos por sobrepasar los ingresos brutos anuales de su unidad familiar el máximo establecido que equivale a dos veces el salario mínimo interprofesional.

Si bien el interesado reconoce que, efectivamente, sus ingresos anuales ascienden a 2.026.309 pesetas, con lo que incumple este requisito, sin embargo argumenta que se debería tener en cuenta, tanto en su caso como en otros que se puedan producir, la pensión alimenticia que por separación o divorcio se tenga que pagar anualmente.

Examinado el contenido de la queja presentada, esta institución ha considerado que, de acuerdo con las bases aprobadas por ese ayuntamiento, reguladoras de la adjudicación de las aludidas viviendas, no existe irregularidad alguna en la actuación de la Sociedad Municipal de la Vivienda que legitime la intervención de esta institución en este caso concreto, y así lo reconoce el propio interesado.

Sin embargo, atendiendo a su solicitud de que en un futuro se eviten situaciones como la que a él le ha afectado y que le ha impedido poder participar en el proceso de adjudicación de esas viviendas sociales en alquiler, nos hemos puesto en contacto con la Sociedad Municipal de la Vivienda a fin de ampliar la información facilitada por el promovente.

De acuerdo con dicha información, resulta que se procede a sumar a los ingresos brutos obtenidos por un solicitante las cantidades que perciben tanto él como los hijos a su cargo en concepto de pensión alimenticia, recogida en el convenio regulador contenido en la resolución judicial de separación o divorcio, por lo que, en ocasiones, se excluyen peticiones porque el total de

los ingresos percibidos por ambos conceptos supera el doble del salario mínimo interprofesional.

Por el contrario, no se deducen esas pensiones alimenticias de los ingresos brutos percibidos por aquellas personas que tienen que abonarlas, lo cual puede dar lugar a que resulten excluidas solicitudes de personas cuya capacidad económica real es inferior al límite de dos veces el salario mínimo interprofesional debido a la transferencia de sus ingresos producida en cumplimiento de una decisión judicial.

Por tal razón, esta institución cree que las actuales bases de baremación, además de adolecer de una cierta incongruencia, podrían dar lugar a situaciones específicas de desigualdad.

Por lo expuesto, y de conformidad con lo que disponen los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, procedemos a formular la siguiente recomendación: «Esta institución considera oportuno recomendar a esa corporación que, si lo estima procedente, se incluya en las próximas bases que han de regular las adjudicaciones de viviendas de promoción pública promovidas por ese ayuntamiento un apartado en el que se especifique que, en las personas separadas y/o divorciadas que tengan la obligación de pagar pensiones alimenticias y efectivamente demuestren estar al corriente de sus pagos, se deducirá el importe anual de las mismas de los ingresos brutos anuales que perciba su unidad familiar, a fin de conocer si la cantidad resultante sobrepasa el máximo de ingresos que esté establecido».

Madrid, 15 de octubre de 1993.

Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Zaragoza.

Recomendación 47/1993, de 5 de noviembre, sobre necesidad de acelerar el proceso de elaboración de la Ley Básica de Vías Pecuarias.
(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 280).

En relación con la queja presentada por la Coordinadora de Organizaciones de Defensa Ambiental, y que se tramita con el número de referencia arriba indicado, esta institución, valorando la importancia de las cuestiones planteadas, resolvió iniciar una investigación general sobre la situación de las vías pecuarias.

En consecuencia, nos dirigimos al Instituto para la Conservación de la Naturaleza y a todas las Comunidades Autónomas, con excepción de las insulares, solicitando los correspondientes informes para evaluar los problemas que afectan a este valiosísimo espacio natural.

Una vez recibidos los informes solicitados, esta institución ha procedido a un detenido estudio de los mismos, del que ha extraído, con carácter general, el convencimiento de que no se ha realizado hasta el presente una gestión que garantice eficazmente la conservación y mejora de las vías pecuarias.

Teniendo en cuenta los graves problemas que afectan a este bien de dominio público, y que se han puesto de manifiesto con motivo de la investigación en curso, esta institución considera de especial importancia la promulgación de una nueva normativa reguladora de las vías pecuarias que, superando las insuficiencias de la vigente Ley y Reglamento, sirva como instrumento que permita abordar con mayor eficacia los problemas planteados en la actualidad.

En el informe de fecha 9 de septiembre de 1992 remitido por el Instituto Nacional para la Conservación de la Naturaleza se manifestaba que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 149.1.23 de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre legislación básica en materia de vías pecuarias, y siguiendo las directrices del programa ministerial, el ICONA había elevado a la superioridad una propuesta de

anteproyecto de “Ley Básica de Vías Pecuarias” que actualmente se halla en fase de estudio, y cuyas líneas maestras responden a una concepción estrictamente conservacionista de la red viaria que, al tiempo que posibilite toda una serie de usos y actividades compatibles con el tránsito ganadero (senderismo, acampada, ocio y turismo, etc.), asegure la defensa de esta herencia patrimonial y garantice su preservación para las generaciones venideras.

Por cuanto antecede, y de acuerdo con la facultad que se atribuye a esta institución por el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, formulamos a V.E. la siguiente recomendación: «Que se adopten las medidas necesarias para acelerar el proceso de elaboración del anteproyecto de Ley Básica de Vías Pecuarias que actualmente se halla en fase de estudio».

Madrid, 5 de noviembre de 1993.

Recomendación dirigida al Ministro de Agricultura, Pesca y Alimentación.

Recomendación 48/1993, de 5 de noviembre a 30 de diciembre, sobre necesidad de garantizar la conservación y defensa de las vías pecuarias.
(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 279).

En relación con la queja presentada por la Coordinadora de Organizaciones de Defensa Ambiental, y que se tramita con el número de referencia arriba indicado, esta institución, valorando la importancia de las cuestiones planteadas, resolvió, en su momento, iniciar una investigación general sobre la situación de las vías pecuarias.

En consecuencia, nos dirigimos al Instituto para la Conservación de la Naturaleza y a todas las Comunidades Autónomas, con excepción de las insulares, solicitando los correspondientes informes para evaluar los problemas que afectan a este valiosísimo espacio natural.

Una vez recibidos los informes solicitados, esta institución ha procedido a un detenido estudio de los mismos, del que ha extraído, con carácter general, el convencimiento de que no se ha realizado hasta el presente una gestión que garantice eficazmente la conservación y mejora de las vías pecuarias.

Especialmente grave resulta el hecho de que la insuficiencia de los trabajos de deslinde, clasificación y amojonamiento realizados hasta el momento en las diferentes Comunidades ponen de manifiesto una indeterminación de la situación territorial de las vías pecuarias, que condiciona la posibilidad de una defensa eficaz de este patrimonio, especialmente, en el caso de las ocupaciones ilegales.

Teniendo en cuenta los distintos aspectos que afectan a la administración y gestión de este bien de dominio público, y en tanto que no se ultime el proceso de elaboración del nuevo manco legal adecuándolo a los problemas presentes, esta institución considera necesario que cada una de las Administraciones implicadas cumpla eficazmente, en el marco de sus competencias, con todas las obligaciones que se derivan de la normativa

vigente, utilizando al máximo los instrumentos legales previstos en dichas normas.

En este sentido debe destacarse lo dispuesto en el artículo 2.2. de la Ley 22/1974, de 27 de junio, de Vías Pecuarias, en relación con la clasificación, deslinde, amojonamiento y reivindicación de las vías pecuarias, así como lo previsto en el artículo 2.3. de la citada norma, en relación con su conservación, mejora y vigilancia específica.

Por cuanto antecede, y de acuerdo con la facultad que se atribuye a esta institución por el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, formulamos a V.E. la siguiente recomendación: «Que se adopten cuantas medidas sean necesarias para garantizar la conservación y defensa eficaz de las vías pecuarias, impulsando los trabajos de clasificación, deslinde y amojonamiento de las mismas, y ejercitando los instrumentos legales previstos en la normativa vigente para restablecer este patrimonio a su primitivo estado, en el caso de ocupaciones ilegales».

Madrid, 5 de noviembre de 1993.

Recomendación dirigida al:

Consejero de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía.

Consejero de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Junta de Castilla y León.

Consejero de Agricultura, Ganadería y Montes de la Diputación General de Aragón.

Consejero de Agricultura de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Consejero de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Generalidad de Cataluña.

Consejero de Economía de la Comunidad de Madrid.

Consejero de Agricultura y Comercio de la Junta de Extremadura.

Consejero del Medio Ambiente del Gobierno de La Rioja.

Consejero de Medio Ambiente de la Generalidad Valenciana.

Consejero de Medio Ambiente de la Región de Murcia.

Recomendación 49/1993, de 8 de noviembre, sobre insuficiencia de datos en el período de información pública de expedientes de solicitud de concesión de explotaciones mineras.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 565).

Agradecemos el escrito de V.E., en relación con la queja formulada ante esta institución por la Asociación Cívico Medio Ambiental de Santa María de Piedramuelle, Sograndio y San Juan de Priorio, en la que se ponían de manifiesto determinadas insuficiencias de la información pública en la tramitación de solicitudes de concesión directa de explotaciones mineras.

En el citado escrito, se admite que la información pública practicada en relación con los expedientes de concesión directa 30416, 30418, 30419, 30421 y 30422, no se ajustaba en cuanto a su literalidad a lo dispuesto en el artículo 70.2 del Reglamento General para el Régimen de la Minería, aprobado por Real Decreto de 25 de agosto de 1978, que prevé la apertura de un periodo de información pública con el fin de que cuantos tengan la condición de interesados puedan personarse en el expediente.

Pero, al mismo tiempo, se señala que desde la perspectiva de la legislación minera la resolución que en su día pudiera adoptarse afectaría, según el espíritu de la propia ley, a los titulares de derechos mineros, a los que parece otorgarse la condición de únicos interesados en estos expedientes.

En relación con estas manifestaciones, consideramos necesario señalarle que, a juicio de esta institución, la redacción del artículo 70.2 del Reglamento General para el Régimen de la Minería no justifica, en ningún caso, una restricción del concepto de interesado a los titulares de derechos mineros.

En este sentido, le recordamos que el artículo 23 de la Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1958, considera interesados, entre otros, a aquellos cuyos intereses legítimos, personales o directos puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

En consecuencia, esta institución considera que no sólo debe darse cumplimiento a lo previsto literalmente en el citado artículo 70.2, sino que deben adoptarse las medidas necesarias para que queden efectivamente garantizados los derechos de todas aquellas personas que ostenten intereses, en los términos del artículo 23 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que puedan resultar afectados por la resolución por la que se otorga una concesión directa de explotación.

En relación con los criterios de delimitación de los terrenos objeto de las solicitudes de concesión, esa Consejería se remite a lo dispuesto en los artículos 98.1, 99.1, 3 y 4 del Reglamento General para el Régimen de la Minería, resaltando que tanto los permisos de investigación o de explotación, como las concesiones de explotación, deberán solicitarse y serán otorgados sobre una extensión determinada y concreta, medida en cuadrículas mineras, definiéndose su perímetro por coordenadas geográficas. A esta referencia legislativa se añade que al proceder a la apertura de la información pública, y delimitar la concesión directa por medio de coordenadas geográficas, se está cumpliendo con lo establecido en la propia legislación minera.

En nuestro escrito de fecha 30 de marzo de 1993, dirigido a esa Consejería, se manifestaba que la delimitación de los terrenos por medio de coordenadas geográficas constituye, sin duda, garantía de exactitud, pero no se consideraba suficiente para un período de información pública dirigido a posibilitar la personación de cuantos tengan la condición de interesados.

En este sentido, debe destacarse que lo previsto en los artículos 98 y 99 del Reglamento General para el Régimen de la Minería tiene como objetivo garantizar que los derechos que se solicitan y otorgan se refieran a una extensión que quede perfectamente delimitada, mientras que lo dispuesto en el artículo 70 del citado Reglamento tiene como finalidad posibilitar la personación en el expediente de cuantos tengan la condición de interesados. Por tanto, el respeto a la finalidad de esta norma exige, a nuestro juicio, que complementariamente se proceda a identificar los terrenos por algún procedimiento que sea accesible a las personas sin especiales conocimientos técnicos.

Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas, y en el marco de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, se ha acordado formular a V.E. la siguiente recomendación: «Que en la tramitación de solicitudes de concesión directa de explotación minera, así como en cualquier otra a la que sea aplicable lo previsto en el artículo 70 del Reglamento General para el Régimen de la Minería aprobado por el Real Decreto 2857/1978, de 25 de agosto, los anuncios y edictos que abran el período de información pública se realicen de forma que, en garantía de los derechos de los interesados, se identifiquen los terrenos objeto de las solicitudes no sólo por medio de coordenadas

geográficas, sino, al mismo tiempo, por algún procedimiento que sea accesible a las personas sin especiales conocimientos técnicos».

Madrid, 8 de noviembre de 1993.

Recomendación dirigida al Consejero de Industria, Turismo y Empleo del Principado de Asturias.

Recomendación 50/1993, de 8 de noviembre, sobre defectos formales de las notificaciones remitidas en procedimientos recaudatorios en vía de apremio.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 635).

Agradecemos el escrito de S.S., en relación con la queja formulada ante esta institución por doña MAC., en la que se ponían de manifiesto determinadas irregularidades en el contenido de unas providencias de apremio dictadas por ese ayuntamiento.

En el citado escrito se reconoce que existen apreciables errores en la matrícula del Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica. En este sentido, se señala que la movilidad de la población de esa localidad, el volumen de documentos de alta, cambios de domicilio, transferencias y bajas, degradan la calidad de la información que remite la Jefatura Provincial de Tráfico.

Asimismo, nos comunica que el procedimiento ejecutivo de cobranza, que había dado lugar a la queja de la interesada, fue anulado en la reunión que la Comisión de Gobierno Municipal celebró el día 7 de mayo de 1993, siendo notificado el correspondiente acuerdo a la interesada mediante oficio de fecha 11 de mayo del mismo año.

Por último, se afirma que los presuntos defectos en los documentos-formularios que la recaudación municipal diseña no han podido ser constatados por esa alcaldía, y que las referencias legales en abreviatura se acompañan con el número de disposición y su denominación, requisitos incuestionables de identificación.

En relación con lo anterior, le recordamos que en nuestro oficio de fecha 2 de julio de 1993 poníamos en su conocimiento que, a nuestro juicio, las notificaciones de la Recaudación municipal de ese ayuntamiento no cumplían con lo previsto en el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, ni con lo previsto en el artículo 103 del Reglamento

General de Recaudación aprobado por Real Decreto 1684/1990, de 20 de diciembre.

En dichos artículos se establece que toda notificación deberá contener la expresión de los recursos que contra el acto notificado procedan, el órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para su interposición.

De lo manifestado por ese ayuntamiento parece deducirse que considera suficiente para el cumplimiento de los citados preceptos la siguiente expresión:

“... contra la presente podrá interponer los recursos especificados en el Art. 177 del RGR, en relación con el Art. 14 de la Ley 39/88, reguladora de las Haciendas Locales y Art. 108 de la Ley 7/85, reguladora de Bases de Régimen Local.”

Esta institución considera poco afortunada la afirmación de que el Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 1684/1990, de 20 de diciembre, resulta perfectamente identificado por las siglas RGR. No obstante, aún en el caso de que se hubiera hecho una mención precisa y completa al citado reglamento, no se habría dado cumplimiento a las previsiones legales al faltar la mención expresa de los recursos procedentes, del órgano ante el que hubieran de presentarse, y del plazo de interposición. La ley no autoriza a que estas menciones se hagan de forma indirecta y, por tanto, deberán recogerse expresamente en el texto de la notificación, no resultando admisible que la propia Administración realice una interpretación restrictiva de los requisitos que deben cumplir las notificaciones en garantía de los derechos de los administrados.

Por cuanto antecede, y de acuerdo con la facultad que se atribuye a esta institución por el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, formulamos a S.S. la siguiente recomendación: «Que toda notificación practicada por ese ayuntamiento, y en especial las que se refieran al procedimiento de recaudación en vía de apremio, haga una mención expresa y completa de los recursos procedentes, de los órganos ante los que puedan interponerse y del plazo para su interposición, evitando las expresiones que dificulten la comprensión por parte de los administrados de las normas jurídicas que están siendo aplicadas y de los derechos que éstas les reconocen».

Madrid, 8 de noviembre de 1993.

Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Las Rozas (Madrid).

Recomendación 51/1993, de 8 de noviembre, sobre revisión de liquidación tributaria.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 634).

Agradecemos el escrito de S.S., en relación con la queja formulada por doña C.L.S., en la que se cuestionaba la procedencia de una tasa de recogida de basuras.

En el citado escrito, se señala que no se considera procedente la revisión de la liquidación de la tasa correspondiente al ejercicio 1989, en base al incumplimiento por la reclamante de la obligación de comunicar la variación de los datos que figuran en la matrícula del tributo, con independencia de que posteriormente se haya acreditado la no realización del hecho imponible.

En relación con estas manifestaciones, consideramos necesario recordarle que el artículo 26 de la Ley General Tributaria establece que el hecho imponible de las tasas consiste en la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de Derecho público que se refieran, afecten o beneficien a los sujetos pasivos, cuando concurren determinadas circunstancias que no es necesario especificar a los efectos que pretendemos. Por tanto, para que se realice el hecho imponible, presupuesto que configura al tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria, es necesario que la prestación del servicio se refiera, afecte o beneficie al sujeto pasivo.

Por otra parte, los hechos imposables de las tasas pueden tener carácter instantáneo o duradero, y en este último caso puede surgir una obligación del contribuyente de informar a la Administración sobre las variaciones con relevancia fiscal y especialmente sobre la no repetición o reiteración del hecho imponible. A esta obligación parece hacer referencia ese ayuntamiento, cuando menciona lo previsto en la Ordenanza Fiscal reguladora del tributo, en sus artículos 7 y 8, en cuanto al procedimiento de elaboración del padrón que servirá de base para los documentos cobratorios correspondientes.

No obstante, esta institución considera que el criterio adoptado por esa corporación de no considerar procedente la revisión de la liquidación de una tasa, aunque no se haya producido el hecho imponible, en base al incumplimiento por el contribuyente de la obligación de comunicar la variación de los datos que figuran en la matrícula, no es ajustado a Derecho.

En este sentido, le recordamos que el artículo 118.1 de la Ley General Tributaria dispone que las presunciones establecidas por las leyes tributarias pueden destruirse por la prueba en contrario, salvo en los casos en que aquéllas lo prohíban. A mayor abundamiento, el artículo 119 de la citada ley establece que la Administración tributaria tendrá el derecho de considerar como titular de cualquier bien, derecho, empresa, servicio, actividad, explotación o función a quien figure como tal en un registro fiscal u otros de carácter público, salvo prueba en contrario.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, y en el marco de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, se ha acordado formular a S.S. la siguiente recomendación: «Que por ese ayuntamiento se modifique el criterio de no considerar procedente la revisión de una liquidación tributaria, basándose exclusivamente en el incumplimiento por el contribuyente de la obligación de comunicar la variación de los datos que figuran en la matrícula o padrón del tributo, prescindiendo de la posibilidad de destruir por la prueba en contrario las presunciones establecidas en las leyes tributarias».

Madrid, 8 de noviembre de 1993.

Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Socuéllamos (Ciudad Real).

Recomendación 52/1993, de 8 de noviembre, sobre devolución de cantidades ingresadas indebidamente.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 633).

Agradecemos el escrito de S.S., en relación con la queja formulada ante esta institución por don J.T.C, en nombre y representación de una entidad mercantil, en la que se cuestionaba la actuación de esa corporación en un procedimiento para la devolución de unas cantidades ingresadas indebidamente.

En el citado escrito se admite que esa corporación ordenó, por resolución de 12 de junio de 1992, la devolución a la citada sociedad de 8.063.735 pts., importe de una tasa por el otorgamiento de una licencia urbanística y que se expidió el correspondiente mandamiento de pago. No obstante, se señala que la situación de la Tesorería no permitió la referida devolución en el mencionado ejercicio económico, quedando el crédito automáticamente anulado.

Por último, se manifiesta que para proceder a la referida devolución previamente deberán haberse ingresado durante el ejercicio actual por el concepto indicado la cantidad suficiente para ello, y que en ese momento se expedirá un nuevo mandamiento de pago y, posteriormente, se procederá a su abono siempre que la situación de la Tesorería lo permita.

Estudiado detenidamente el contenido del informe citado, consideramos necesario recordarle lo previsto en el Real Decreto 1163/1990, de 21 de septiembre, que viene a desarrollar lo previsto en el artículo 155 de la Ley General Tributaria en lo que se refiere al procedimiento de devolución de ingresos indebidos.

El artículo 13 de la citada norma establece que cualquier devolución de naturaleza tributaria se realizará con cargo al concepto presupuestario que refleje los ingresos tributarios de la misma naturaleza que aquél que originó la devolución y se aplicará al presupuesto corriente.

Dicha aplicación se realizará en todo caso, aunque en el concepto concreto del presupuesto de ingresos no exista recaudación suficiente que minorar e incluso aunque hubiera desaparecido dicho concepto presupuestario.

Este mismo criterio es el recogido por el apartado 6º de la disposición 7ª de la Orden de 22 de marzo de 1991, por la que se desarrolla el Real Decreto 1163/1990 de 21 de septiembre.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, y en el marco de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, formulamos a S.S. la siguiente recomendación: «Que ese ayuntamiento proceda, sin dilaciones injustificadas, a la devolución de los ingresos indebidos efectuados en la Tesorería del ayuntamiento, ateniéndose a lo dispuesto en el Real Decreto 1163/1990 de 21 de septiembre, que regula el procedimiento para la devolución de ingresos indebidos de naturaleza tributaria, y en la Orden de 22 de marzo de 1991, que lo desarrolla».

Madrid, 8 de noviembre de 1993.

Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Cullera (Valencia).

Recomendación 53/1993, de 8 de noviembre, sobre procesos de selección para la concesión de becas de investigación.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 446).

De los datos recabados con ocasión de la tramitación de la queja presentada por don J.T.B., se deduce que, en efecto, tras solicitar el interesado una beca del Programa Nacional de Formación del Personal Investigador, Subprograma de Formación del Profesorado Universitario, convocado mediante Resolución de 13 de noviembre de 1992, de la Secretaría de Estado de Universidades e Investigación, la Comisión de Investigación de la Universidad de Zaragoza dirigió a ese departamento una propuesta de selección de candidatos en la que el formulante de la queja figuraba en primer lugar.

Paralelamente, al parecer la Diputación General de Aragón informó a la Comisión Nacional de Selección de los nombres de los beneficiarios de las becas de Investigación para 1992 convocadas por Decreto 117/1992, de 7 de julio, por dicho organismo autónomo, y solicitó que se intentara evitar la adjudicación de una nueva beca a alguno de dichos beneficiarios debido a que, al no estar previstas las sustituciones en el mencionado programa regional, cualquier renuncia a beca implicaría una disminución del esfuerzo regional en la formación de investigadores.

Según se manifiesta por V.I., en uno o dos casos se permitió que el beneficiario de más de una beca predoctoral eligiese la que fuese de su interés renunciando a la otra, al entender la Comisión Nacional de Selección —con acertado criterio, a nuestro juicio— que carecía de argumentos suficientes para discriminar en cual de los subprogramas los beneficiarios de más de una beca realizaría un mayor servicio a la comunidad española de investigadores, y que por tanto la mejor opción era dejar en manos del beneficiario la decisión y, posteriormente, adjudicar la beca rechazada al siguiente candidato.

Por el contrario, comprobamos que en el caso concreto del firmante de la queja, sin tener en cuenta tal criterio, se decidió que fuera excluido de la lista de beneficiarios de las becas del Programa Nacional de Formación de Personal Investigador, al haber obtenido con anterioridad una beca de investigación de las convocadas por la Diputación General de Aragón, negando por tanto al interesado en este caso el derecho a optar por una o por otra.

Ello permite deducir, a juicio de esta institución, que la Comisión Nacional de Selección ha considerado la previa obtención de otra beca de investigación por el solicitante propuesto como un criterio de selección adicional tras haber recibido la solicitud de la Diputación Provincial de Aragón encaminada a evitar una disminución del esfuerzo regional en la formación de investigadores.

Lo anterior, que podría entenderse consecuencia de una favorable labor de coordinación general de la investigación científica y técnica a la que se refiere el artículo 12.3.d) de la Ley 13/1986, de Fomento y Coordinación General de la Investigación Científica y Técnica, ha constituido, a nuestro juicio y con independencia de cualquier otra valoración, una inobservancia de lo dispuesto en el apartado 6 del anexo V de la Resolución de 13 de noviembre de 1992, de la Secretaría de Estado de Universidades e Investigación, en la que se recogen las normas para la selección de candidatos del Subprograma de Formación de Profesorado Universitario, sin hacer mención alguna a la posibilidad de excluir candidatos por ser ya beneficiarios de otra beca de investigación.

Debe tenerse en cuenta al respecto que en todo proceso selectivo promovido por la Administración pública, las convocatorias, juntamente con sus bases, una vez publicadas convenientemente, vinculan a la Administración pública y a los órganos de selección que deban valorar los méritos de los participantes. Por tanto, cualquier criterio de selección adicional que hubiera sido estimado oportuno incluir entre los recogidos en el apartado 6 antes citado, debiera haber observado las formalidades en cuanto a su publicación que resultan legalmente exigibles.

En consecuencia, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, recordamos a V.I. su deber legal de observar todos los extremos contenidos en las correspondientes bases de convocatoria, en los procesos selectivos que para la concesión de becas para la investigación se sigan en dicho departamento.

Junto a lo anterior, y en base a los mismos fundamentos jurídicos, formulamos a V.I. la siguiente recomendación: «Que en lo sucesivo, en los supuestos en los que por aplicación del principio de coordinación general de la investigación científica y técnica deban ser valoradas determinadas circunstancias, como criterios de selección para la concesión de becas para la investigación, sean aquéllas debidamente incluidas sin excepción en las correspondientes bases».

Madrid, 8 de noviembre de 1993.

Recomendación dirigida al Director General de Investigación Científica y Técnica.

Recomendación 54/1993, de 8 de noviembre, sobre cómputo de años de permanencia en situación de excedencia voluntaria, para el reingreso al servicio activo, de funcionarios docentes.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 523).

Nos dirigimos de nuevo a V.I. en relación con la queja formulada ante esta institución por don J.R.G., sobre la cual solicitamos en su momento un informe de ese centro directivo que permitiera a esta institución valorar la adecuación jurídica de determinadas previsiones de las convocatorias de traslados para funcionarios de cuerpos docentes que viene convocando el Ministerio de Educación y Ciencia.

De acuerdo con los términos habituales de las convocatorias para provisión de puestos de trabajo entre funcionarios docentes, los profesores que participan en los concursos de traslados desde la situación de excedencia voluntaria por interés particular se ven en la necesidad de acreditar que han permanecido en dicha situación el tiempo mínimo de dos años que se establece en el artículo 29.3.c, de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, en referencia al momento de finalización del plazo de presentación de solicitudes que se establezca en la convocatoria respectiva.

Según se manifiesta en el informe remitido por esa Dirección General en relación con la queja de referencia, las previsiones mencionadas vienen basándose en una interpretación jurídica según la cual el requisito de permanencia en la situación de excedencia mencionada, constituiría un requisito de participación en la convocatoria.

En consecuencia, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 11 del Real Decreto 28/1990, de 15 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los funcionarios de la Administración del Estado el mencionado requisito de permanencia en la situación de excedencia voluntaria debe reunirse “en la

fecha en que termine el plazo de presentación de instancias. . .”, para tomar parte en el correspondiente procedimiento de provisión.

Pues bien, esta institución debe manifestar a V.I. que disiente de la interpretación mencionada y considera más ajustada a la literalidad de los preceptos en que se basa dicha interpretación la posible vía de actuación que parece sugerirse para futuras convocatorias en el párrafo final de su escrito.

En este sentido creemos necesario señalar que el requisito de permanencia de dos años en la situación de excedencia voluntaria por interés particular, establecido en el ya citado artículo 29.3 c) de la Ley de Medidas para la reforma de la Función Pública y recogido en el artículo 19 del vigente reglamento de situaciones administrativas, aprobado por Real Decreto 730/1986, de 11 de abril, no constituye, a nuestro entender, un requisito de participación en los procedimientos de provisión de puestos de trabajo, ni resulta por ello aplicable al mismo lo establecido en el artículo 11 del Real Decreto 28/1990, de 15 de enero, también mencionado.

Antes bien, de acuerdo con los términos literales de los preceptos legales y reglamentarios que se refieren a la necesidad de permanecer en la citada situación administrativa un determinado tiempo mínimo, dicha permanencia debe entenderse como una condición exigible exclusivamente en el momento del reingreso al servicio activo, por lo que, a nuestro juicio es en el momento de la reincorporación a un destino administrativo en el que debe haberse completado por el funcionario el mencionado período de permanencia y al que las respectivas convocatorias para provisión de plazas deben referir el cumplimiento del referido condicionamiento legal.

Debemos hacer notar que la interpretación que propone esta institución coincide básicamente con la que ese departamento viene realizando, en las mismas convocatorias de provisión de puestos de trabajo, del requisito legal de permanencia de dos años en el destino definitivo obtenido antes de participar en concursos de traslados sucesivos, requisito que en las referidas convocatorias se entiende concurrente en aquellos profesores en condiciones de acreditar el transcurso de los dos años mencionados, desde la toma de posesión del último destino definitivo, en la fecha de finalización del curso escolar en el que se gestione la convocatoria.

Por lo demás, parece que la aplicación y articulación en sucesivas convocatorias de la solución propuesta, no debe plantear problemas de carácter práctico desde el momento en que tanto el Real Decreto 895/1989, de 14 de julio (modificado por Real Decreto 1664/1991, de 8 de noviembre, y las convocatorias dictadas en su ejecución para funcionarios del cuerpo de maestros, como las convocatorias relativas a la provisión de puestos de trabajo entre funcionarios de los Cuerpos de Profesores de Enseñanza Secundaria, Profesores Técnicos de Formación Profesional, y de los que

impartan Enseñanzas Artísticas y de Idiomas, determinan con una precisión suficiente, en referencia al inicio de las actividades de comienzo del curso académico siguiente, las fechas en que debe tener lugar la toma de posesión de los nuevos destinos obtenidos.

Por último, es preciso señalar que la interpretación hasta ahora realizada por ese departamento además de no resultar acorde con el tenor literal de los preceptos mencionados se traduce, dada la considerable prolongación que experimenta el desarrollo de los procesos de provisión docentes, en la imposición de hecho a los profesores de unos condicionamientos temporales para el reingreso más gravosos que los que vienen estrictamente establecidos en las prescripciones normativas mencionadas.

En consideración a los argumentos expuestos y en uso de las facultades atribuidas a esta institución por el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, formulamos a V.I. la siguiente recomendación: «Que en las convocatorias de concursos de traslados para funcionarios de cuerpos docentes que en lo sucesivo deba elaborar ese centro directivo, se remita el cómputo de los dos años de permanencia en la situación de excedencia voluntaria por interés particular, que se establece en la normativa vigente para el reingreso al servicio activo, al momento en que deba producirse de manera efectiva dicho reingreso, es decir, a la fecha de toma de posesión e incorporación del funcionario al destino obtenido en el concurso».

Madrid, 8 de noviembre de 1993.

Recomendación dirigida al Director General de Personal y Servicios del Ministerio de Educación y Ciencia.

Recomendación 55/1993, de 17 de noviembre, sobre modificación de criterios en los certificados de características técnicas de los vehículos.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 284).

En relación con la queja planteada ante esta institución por don LAB., le recordamos que, con fecha 13 de febrero de 1991, nos dirigimos a esa Subsecretaría sugiriendo la conveniencia de proceder a una modificación del criterio seguido por el Real Decreto 2140/1985 en cuanto a la consignación en el certificado de características técnicas del vehículo de la potencia fiscal en C.V.F., despreciando los decimales resultantes de aplicar la expresión correspondiente del Código de la Circulación.

En contestación a este escrito, el Director General de Servicios de ese ministerio nos manifestó, con fecha 20 de marzo de 1991, que según un informe de la Dirección General de Política Tecnológica estaba en trámite la oportuna modificación de la citada norma.

Posteriormente, la Dirección General de Servicios nos confirmó que ya estaba elaborada la propuesta de modificación del Real Decreto 2140/1985. Sin embargo, con fecha 23 de julio de 1992, nos manifestó que, según un nuevo informe de la Dirección General de Política Tecnológica, las propuestas de modificación que estaban en trámite debían ser reconsideradas con el fin de poner en consonancia lo dispuesto en el mencionado Real Decreto y lo previsto en la directiva 92/52 CEE.

Por último, en contestación a una nueva solicitud de informe, se ha recibido un escrito, de fecha 20 de agosto de 1993, de la Dirección General de Política Tecnológica manifestando que, una vez estudiada la Directiva 92/53/CEE sobre homologación de vehículos, se ha comprobado que en la misma no se hace referencia al procedimiento de cálculo de la potencia fiscal, ni a la forma de expresarla. En consecuencia, señala este informe, se va a proceder a la modificación del punto referente a este asunto en el Real

Decreto 2140/1985, en línea con lo que se establece en el Código de la Circulación.

Debe destacarse que lo manifestado en este último informe viene a reiterar, en cuanto a los trámites para la modificación de lo dispuesto en el Real Decreto 2140/1985, lo manifestado por la misma Dirección General con fecha 20 de marzo de 1991.

En consecuencia, esta institución ha considerado la conveniencia de dirigirse nuevamente a esa Subsecretaría para hacerle saber que no nos parece suficientemente justificada la demora en los trámites para la modificación de lo dispuesto en dicho Real Decreto.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, y en el marco de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, se ha acordado formular a S.S. la siguiente recomendación: «Que se adopten las medidas necesarias para evitar aplazamientos injustificados en los trámites para la modificación del criterio recogido en el Real Decreto 2140/1985, de 9 de octubre, en cuanto a la consignación en el certificado de características técnicas del vehículo de la potencia fiscal en C.V.F., despreciando los decimales resultantes de aplicar la expresión correspondiente del Código de la Circulación».

Madrid, 17 de noviembre de 1993.

Recomendación dirigida al Subsecretario de Industria y Energía.

Recomendación 56/1993, de 18 de noviembre, sobre efectos de los ascensos, a título póstumo, en las pensiones a familiares de fallecidos en la Guerra Civil.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 557).

Agradecemos sinceramente el escrito de V.I., en el que se nos facilita la información requerida con ocasión de la queja formulada ante esta institución por doña E.S.L.

En dicho informe, ese centro directivo se ratifica en los criterios que sirvieron de base para fundamentar la resolución dictada el 23 de marzo de 1993 en el expediente núm. 51/102-41, mediante la que se desestimó la petición de mejora de pensión de viudedad efectuada por la interesada con motivo del ascenso a título póstumo que fue otorgado a su difunto marido con posterioridad a su fallecimiento en acción de guerra, por estimar que dicho ascenso no puede ser considerado por imperativo de lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Ley 5/1979, de 18 de septiembre, de pensiones, asistencia social y médico-farmacéutica a familiares de fallecidos como consecuencia de la guerra civil.

Esta institución estima que la interpretación que del citado artículo 4.2 viene realizando esa Dirección General en la resolución del presente caso y de otros similares, podría considerarse restrictiva, con el consiguiente perjuicio para los afectados.

Las disposiciones dictadas en los últimos años dentro de lo que se ha denominado “legislación de amnistía” han contemplado soluciones para los funcionarios civiles y militares que sufrieron represalias a consecuencia de su participación en la guerra civil o por motivos ideológicos mediante la reconstrucción de sus hipotéticas carreras profesionales y el reconocimiento de los derechos pasivos que pudieran corresponder a los causantes y a sus familiares en las condiciones más favorables.

En este sentido, la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, estableció en su artículo 6 que al personal militar condenado por delitos amnistiados se le reconocerían los derechos pasivos que correspondieran a su situación, “en las condiciones más beneficiosas”. En cuanto a los funcionarios civiles, el artículo 7 del mismo texto legal ordenó la reintegración en la plenitud de sus derechos activos y pasivos, reconociéndoles la antigüedad que les correspondiese “como si no hubiera habido interrupción en la prestación de los servicios”.

Por su parte, los artículos 2 y 3 del Real Decreto Ley 6/1978, de 6 de marzo, por el que se reguló la situación de los militares que tomaron parte en la guerra civil, establecieron que al citado personal se le señalaría el haber pasivo tomando en consideración los servicios prestados hasta el 17 de julio de 1936, y el tiempo transcurrido desde el 18 de julio del mismo año hasta la fecha en que hubieran cumplido la edad reglamentaria para el retiro a efectos de trienios, añadiendo que, para fijar la edad en que les hubiera correspondido el retiro y determinar el sueldo regulador, se tomaría como base el empleo que, de haber continuado en activo, les hubiera correspondido por antigüedad en el momento de cumplir dicha edad.

Estas referencias legales, que limitamos a normas dictadas con anterioridad a la promulgación de la Ley 5/1979 y cuyos criterios se repiten en la legislación de amnistía aprobada con posterioridad, demuestran, a nuestro juicio, la inequívoca voluntad del legislador de reparar de forma amplia y generosa las situaciones de injusticia derivadas de la guerra civil y de la ausencia de libertades en el régimen político preconstitucional.

En este contexto se publicó la Ley 5/1979, cuyo artículo 4.2 dispuso inicialmente lo siguiente:

“Para los profesionales de las Fuerzas Armadas y Fuerzas de Orden Público, la cuantía de las pensiones contempladas en el presente artículo será equivalente al doscientos por ciento de la base reguladora que correspondería en la actualidad al causante, atendiendo a la graduación y años de servicio que tenía en el momento de su fallecimiento”.

El último inciso del precepto transcrito tiene su justificación, en línea con lo manifestado anteriormente, en la circunstancia de que en estos casos no resultaría procedente reconstruir la hipotética carrera militar del causante, siguiendo la técnica legislativa habitual en la regulación de las prestaciones por muerte y supervivencia. El aparente efecto perjudicial que esta técnica pudiera producir con respecto a los derechos pasivos de los militares que no fallecieron en la guerra civil quedaría sobradamente compensado al establecerse el importe de la pensión en el doscientos por ciento de la base reguladora que correspondería al causante el 29 de septiembre de 1979, fecha

de entrada en vigor de la Ley 5/1979 conforme a lo previsto en su disposición final primera.

La Ley 42/1981, de 28 de octubre, sobre fraccionamiento en el pago de atrasos de pensiones derivadas de la guerra civil, establece en su artículo 2 una nueva redacción del citado artículo 4.2 de la Ley 5/1979, en los siguientes términos:

“Las viudas, los hijos incapacitados desde antes de cumplir los 23 años de edad para atender a su subsistencia y los padres de los profesionales de las Fuerzas Armadas y de Orden Público, con los requisitos exigidos por la legislación general de Clases Pasivas, tendrán derecho a pensión equivalente al doscientos por ciento de la base reguladora que correspondería en la actualidad al causante, atendiendo a su graduación y años de servicio que tuviera en el momento de su fallecimiento. Para las huérfanas no incapacitadas desde antes de los 23 años, la pensión será del cien por cien de la base reguladora”

Debemos resaltar que la nueva redacción sustituye “la graduación” por “su graduación”. Consideramos que este detalle, que a primera vista pudiera parecer intrascendente, viene a reforzar la posición que aquí mantenemos, en la medida en que resultaría más difícil argumentar que un ascenso otorgado a título póstumo a un militar fallecido en campaña no implica un cambio en “su graduación”.

A partir de los argumentos precedentes, consideramos más ajustada al espíritu y finalidad de la norma y a los antecedentes históricos y legislativos la interpretación de que la referencia temporal al momento del fallecimiento del causante, recogida en el repetido artículo 4.2 de la Ley 5/1979, sólo debe entrar en juego con respecto al concepto mencionado inmediatamente antes de dicha referencia —los años de servicio— y no en lo que se refiere a la graduación del causante, que debe ser la que efectivamente alcanzó en su carrera profesional, incluyendo los eventuales ascensos a título póstumo, con la única excepción de aquéllos en los que de forma expresa se indique su carácter meramente honorífico.

De otra forma, y en la actual interpretación de ese centro, se habría reconocido al causante un ascenso “para todos los efectos” que, en la práctica, no produciría ninguno.

En consecuencia, de conformidad con el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, el Defensor del Pueblo formula a V.I. la siguiente recomendación: «Que por esa Dirección General se adopten las medidas necesarias a fin de que en los reconocimientos de pensión efectuados al amparo del artículo 4.2 de la Ley 5/1979, de 18 de septiembre, de pensiones a familiares de fallecidos en la guerra civil, se tengan en cuenta los eventuales

ascensos a título póstumo otorgados a los causantes, con excepción de aquéllos en los que de forma expresa se haga referencia a su carácter honorífico».

Madrid, 18 de noviembre de 1993.

Recomendación dirigida al Director General de Costes de Personal y Pensiones Públicas.

Recomendación 57/1993, de 22 de noviembre, sobre práctica profesional de los médicos residentes y sobre derechos de los usuarios del sistema sanitario público.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 310).

Tal y como se señalaba en nuestra primera comunicación, la promotora de la queja refería:

1. Que el paciente ingresó en el servicio de urgencias del Hospital “Marqués de Valdecilla”, de Santander, a las 1,30 horas del día 18 de junio de 1990.

2. Que, a las 2.40 horas del citado día, el paciente fue trasladado a la planta novena norte del hospital, en donde, poco después, comenzó a toser y a expulsar sangre, razón por la que se llamó a un facultativo, que se limitó a suministrar “valium 5” y “Seguril EV”.

3. Que, sobre las 8 horas del referido día y habida cuenta que el estado del enfermo empeoraba progresivamente, sin que fuera atendido adecuadamente por el servicio médico y de enfermería, los familiares del paciente se vieron obligados a localizar a un médico especialista en cardiología, presentando el paciente en ese momento un estado crítico, como consecuencia de un edema pulmonar agudo derivado de la ruptura de una válvula aórtica que le fue implantada en el año 1980.

4. Que, una vez localizado el especialista en cardiología, inmediatamente se procedió a suministrar oxígeno al enfermo y a preparar la oportuna intervención quirúrgica, que se llevó a cabo poco después con resultados satisfactorios.

5. Que, en el período comprendido entre las 3 y las 8 horas del repetido día, el paciente no fue asistido por facultativo alguno a pesar de su estado crítico.

6. Que, durante el período en que el enfermo estuvo ingresado en la reseñada planta novena norte, únicamente fue atendido por un médico interno y residente, que no prestó la asistencia que requería el paciente.

7. Que, formulada la oportuna reclamación, la dirección médica del hospital señaló, en un primer escrito, que el paciente fue visto y diagnosticado correctamente por, al menos, cuatro médicos diferentes y, en una segunda comunicación, que tan solo fue atendido por un facultativo.

8. Que, a título de resumen, durante el tiempo que el paciente permaneció en la repetida planta novena solamente fue asistido una vez por un médico interno y residente, que no prestó los cuidados que el enfermo requería, circunstancia ésta que obligó a los familiares a localizar a un especialista en cardiología.

Del informe remitido por esa Dirección Territorial, al que se acompaña un dictamen emitido por un catedrático de cardiología, se desprende que, de conformidad con lo expuesto por la promotora de la queja, durante su estancia en una de las plantas de hospitalización del centro, el paciente fue atendido exclusivamente por personal en período de formación.

A este respecto, una mención especial merece el criterio sustentado por el citado catedrático del servicio de cardiología del Hospital Universitario Valdecilla, al señalar que, en el curso de la asistencia prestada al paciente, “no se valoró correctamente el pronóstico... y que la falta de experiencia, esperable en un médico residente en período de formación, en la valoración de estos cuadros es la causa que determina, a mi juicio, actuaciones como la realizada en este caso.”

Por consiguiente, y en el criterio del mencionado catedrático, no parece que se prestaran los cuidados objetivamente debidos, si bien, posteriormente, se corrigió la actuación profesional, una vez que los familiares lograron localizar a un especialista en cardiología.

Sin perjuicio de reconocer la existencia de formas de control y supervisión de la práctica profesional de los médicos internos y residentes, implantadas en los centros sanitarios, es de resaltar la situación de tales facultativos, alumnos en períodos de formación en las unidades docentes de los hospitales, que, tal y como señala el artículo 4.1.a) del Real Decreto 127/1984, de 11 de enero, desarrollan en los centros una práctica profesional programada y supervisada, a fin de alcanzar de forma progresiva los conocimientos y la responsabilidad necesarios para ejercer la especialidad de modo eficiente.

En este sentido, se considera que el deber de cuidado, que informa la relación médico-enfermo, exige que aquel esté en posesión de los

conocimientos, preparación y experiencia práctica necesarios para el establecimiento de los diagnósticos y la prescripción de los tratamientos, ya que la actividad médica debe desarrollarse con criterios profesionales fundamentados en el estudio y la experiencia.

En esta línea, se estima que el citado Real Decreto, al establecer la programación y supervisión de la práctica profesional de los médicos en período de formación, pretende salvaguardar el derecho del enfermo al nivel de cuidados que sea razonable y adecuado para su salud, sin que tal supervisión pueda, en modo alguno, entenderse como una actuación paralela del médico especialista respecto de la del médico interno.

No puede olvidarse, por otra parte, que las actividades docentes desarrolladas por el personal de plantilla de los centros tienen que ser compatibles con las funciones primordiales de la asistencia a la población beneficiaria de la Seguridad Social.

En este aspecto, esta institución entiende que la programación y supervisión de los médicos internos y residentes debe contemplarse desde una doble óptica. Por una parte, desde el punto de vista de formación responsable del médico y, por otra, en relación con la necesidad de que toda institución sanitaria ofrezca a los enfermos el nivel óptimo de cuidados que requiere el caso concreto.

Por lo que al primer aspecto se refiere, la vía del médico interno y residente, sistema de formación mayoritariamente hospitalaria, permite la adquisición de conocimientos prácticos y teóricos siguiendo un programa docente en centros acreditados.

No obstante, en tanto se adquiere tal formación especializada, se considera, atendiendo a la calidad de los servicios médicos, que deberían extremarse las medidas de control y supervisión de las actuaciones desarrolladas por tales profesionales, para permitir, en los supuestos en que el ejercicio de la actividad no se efectúe de modo suficiente, al no haberse adquirido todavía el nivel de conocimientos necesarios, corregir tal actuación, evitándose posibles malas prácticas.

De otra parte, es de resaltar la afirmación contenida en el dictamen emitido por el referido catedrático de cardiología, en el sentido de que las anotaciones reflejadas por un médico interno en la historia clínica del aludido paciente, están refrendadas por una firma irreconocible y que deberían adoptarse las oportunas medidas, en orden a que tales firmas fueran legibles.

Tal circunstancia, es decir, la existencia de una firma no legible, fue aducida por el Servicio de Atención al Paciente del Hospital “Marqués de Valdecilla” que, en contestación a una reclamación planteada por la esposa

del paciente y mediante escrito de 26 de julio de 1991, señaló que no había sido posible identificar a uno de los dos médicos que atendieron al enfermo durante su estancia en una planta de hospitalización, al ser ilegible la firma, motivo por el cual no podía determinarse la identidad de este facultativo.

Con independencia de que existen medios suficientes para determinar qué profesional prestó la correspondiente asistencia, llama la atención el tenor de la contestación dada a la citada reclamación, mediante la que se pretende obviar la información demandada en base a razones de carácter organizativo del centro, que, en modo alguno, pueden imputarse a los usuarios.

A este respecto, debe recordarse que, entre los derechos de los usuarios del sistema sanitario público, contemplados en el artículo 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, se encuentra el relativo “a que se le asigne un médico, cuyo nombre se le dará a conocer, que será su interlocutor principal con el equipo asistencial. En caso de ausencia, otro facultativo del equipo asumirá tal responsabilidad”.

Igualmente, es menester destacar la falta de correspondencia entre las diferentes comunicaciones enviadas a la promotora de la queja, en relación con los facultativos que atendieron al paciente, durante su estancia en una planta del hospital. Así, mediante escrito de 2 de febrero de 1991, la dirección médica del hospital señaló que “en el espacio que va desde las tres horas de la madrugada a las ocho horas fue visto y diagnosticado correctamente por al menos cuatro médicos diferentes...”, mientras que en el citado escrito, de fecha 26 de julio de 1991, la citada dirección médica informó que únicamente se había podido identificar a uno de los médicos que atendieron al enfermo, durante la noche que estuvo ingresado en la planta novena norte, dado que no fue posible identificar al otro médico, al tener la firma ilegible.

Por cuanto antecede, y en uso de las facultades que le vienen conferidas por el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, esta institución ha acordado dirigirle la siguiente recomendación:

«1. Que por esa Dirección Territorial se valore la conveniencia de dictar las instrucciones oportunas, al objeto de que en el Hospital de la Seguridad Social “Marqués de Valdecilla” se proceda, con carácter general, a supervisar la práctica profesional de los médicos residentes, tal y como determina el Real Decreto 127/1984, de 11 de enero.

2. Que, igualmente, se considere la conveniencia de adoptar las medidas oportunas, en orden a que en las anotaciones reflejadas por los facultativos en las historias clínicas de los usuarios quede plenamente acreditada, en todos los casos, la identidad del facultativo correspondiente, de modo que pueda determinarse el profesional concreto al que corresponde la anotación clínica.

3. Que, asimismo, se dicten las instrucciones pertinentes, a fin de que las resoluciones recaídas, respecto a las reclamaciones formuladas por los usuarios ante el servicio de atención al paciente del Hospital “Marqués de Valdecilla”, reflejen fielmente los hechos acaecidos, evitándose así la falta de correspondencia entre resoluciones recaídas sobre el mismo aspecto».

Madrid, 22 de noviembre de 1993.

Recomendación dirigida al Director Territorial del Instituto Nacional de la Salud en Madrid.

Recomendación 58/1993, de 22 de noviembre, sobre confidencialidad de los datos personales y asistenciales que figuren en la historia clínica.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 95).

Tal y como se indicaba en nuestra anterior comunicación, el promotor de la queja señalaba que, con fecha 16 de febrero de 1993, fue atendido en el consultorio de la Seguridad Social de la calle Castelló de Madrid, como consecuencia de una reyerta con otra persona, que, igualmente, fue atendida en el citado consultorio, resaltando que, una vez dispensada la asistencia, los profesionales sanitarios del centro facilitaron un documento a la otra persona que participó en la citada reyerta, en el que figuraban sus datos personales y el tipo de asistencia que se le prestó, circunstancia ésta que, a su juicio, suponía una vulneración de su derecho a la intimidad.

De la documentación remitida por esa Dirección Territorial, y de conformidad con lo expuesto por el promotor de la queja en este aspecto, se desprende que, efectivamente, los profesionales sanitarios del referido centro facilitaron a una tercera persona los aludidos datos de carácter personal, si bien tal actuación pretende justificarse por el hecho de que el interesado firmó, sin coacción física ni moral, un documento en el que figuraba su identificación y la asistencia sanitaria que se le dispensó.

Esta institución debe mostrar su firme y expresa disconformidad con la reseñada actuación, que ha dado lugar a que se hayan puesto a disposición de una tercera persona, además de forma precisa, los datos personales y asistenciales de un usuario. Igualmente, no puede compartirse, en modo alguno, que se pretenda justificar tal actuación so pretexto de que el usuario firmó en un “parte de asistencia”, considerando que dicha firma permitiría difundir su contenido.

A tal efecto, cabe comenzar recordando que el artículo 18.1 de la Constitución española garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, aspecto pormenorizadamente regulado en la

Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

A este respecto, la citada ley determina, en su artículo 1, que el reseñado derecho fundamental, garantizado en el artículo 18 de la Constitución, será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, y, en su artículo 7.4, que tendrá la consideración de intromisión ilegítima la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.

En el ámbito sanitario, el reseñado derecho tiene su traducción, en primer lugar, en el artículo 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, conforme al cual los usuarios de los servicios del sistema sanitario público tienen derecho al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad y a la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público.

Asimismo, el artículo 61 del citado texto legal determina que debe quedar plenamente garantizado el derecho del enfermo a su intimidad personal y familiar y el deber de guardar el secreto por quien, en virtud de sus competencias, tenga acceso a la historia clínica.

Reiterada doctrina del Tribunal Constitucional ha señalado que la intimidad personal y familiar consagrada en el artículo 18 de la Constitución se configura como un derecho fundamental, estrictamente vinculado a la propia personalidad, que implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, salvaguardando un espacio de intimidad personal que queda sustraído a intromisiones extrañas.

En este mismo sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo considera como intromisión ilegítima en la intimidad, la mera divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona (STS, de 28-10-1986), y sostiene que invade claramente el respeto que merece el derecho a la intimidad personal el facilitar noticias sobre personas concretas —relativas a su salud, profesión, etc.— y datos tendentes a que puedan ser identificados los afectados (STS de 18-7-1988).

De otra parte, debe subrayarse que el Decreto 3160/1966, de 23 de abril, por el que se aprueba el Estatuto Jurídico del Personal Médico de la Seguridad Social, en su artículo 66, tipifica como falta grave el quebranto del sigilo profesional, deber que se encuentra recogido, igualmente, en los Estatutos Generales de la Organización Médica Colegial.

A tenor de lo expuesto, la comentada actuación de los profesionales sanitarios, facilitando datos de carácter personal, obtenidos en el curso de su

actuación profesional, no parece, en absoluto, compatible con las garantías legales a las que se ha hecho referencia.

En esta línea, debe recordarse que los servicios sanitarios se prestarán de modo que se garantice a los usuarios la plena efectividad de sus derechos, circunstancia ésta que exige a los poderes públicos la adopción de las medidas precisas para la consecución de tal fin.

Por cuanto antecede, y en uso de las facultades que le vienen conferidas por el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, esta institución le dirige la siguiente recomendación: «Que por parte de esa Dirección Territorial se valore la conveniencia de impartir las instrucciones precisas, en orden a que en el consultorio de la Seguridad Social, ubicado en la calle Castelló número 63, de Madrid, así como en el resto de las instituciones sanitarias dependientes de esa Dirección, se adopten las medidas oportunas, que permitan mantener la confidencialidad de toda la información relacionada con el proceso de enfermedad de los usuarios, garantizándose el derecho, constitucionalmente reconocido, a la intimidad personal».

Madrid, 22 de noviembre de 1993.

Recomendación dirigida del Director Territorial del Instituto Nacional de la Salud en Madrid.

Recomendación 59/1993, de 22 de noviembre, sobre selección del personal interino y eventual de instituciones sanitarias de la Seguridad Social.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 540).

Son de referencia los informes emitidos por esa Dirección Provincial, relativos a la queja planteada ante esta institución por doña C.M.H.

En los mismos se justifica la incorporación, en los baremos de personal médico a contratar en el año 1992, de los méritos relativos a la residencia previa en la comunidad autónoma y de la prestación de servicios en centros concertados en su día y que en la actualidad tengan rescindido dicho concierto, y se finaliza indicando que el hecho de no establecerse un sistema rotatorio de las listas obedece a los inconvenientes que en la prestación de la asistencia supondría contratar a personal carente de experiencia.

Sobre el aspecto relativo a la valoración de la residencia previa en la comunidad autónoma durante un período de cinco años ya se formuló anteriormente una recomendación a esa Dirección Provincial en el sentido de eliminar de los baremos tal circunstancia, que en ningún caso podía tenerse en cuenta, al tratarse de una circunstancia ajena a los principios de mérito y capacidad.

Dicha recomendación fue aceptada por la Dirección General de esa entidad gestora, que manifestó que se procedía a cursar las órdenes oportunas a la Dirección Territorial de la misma en esa comunidad autónoma en el sentido indicado.

Por lo que se refiere al no establecimiento de un sistema rotatorio, esta institución considera que la justificación dada por esa Dirección Provincial resulta suficiente para estimar que el procedimiento seguido se acomoda a los principios constitucionales de mérito y capacidad, sin vulnerar, de otro lado, el principio de igualdad.

En cuanto a los servicios prestados en centros concertados, el baremo no contempla como mérito aquellos desempeñados en centro con concierto vigente, mientras que valora los efectuados en centro con concierto rescindido. Incluso, tales servicios son puntuados de modo idéntico a los llevados a cabo en centros dependientes del Instituto Nacional de la Salud.

La inclusión de los servicios prestados en los baremos se dirige a reconocer la experiencia profesional adquirida por la realización de funciones idénticas o similares a las que se desarrollan en la red propia del Instituto Nacional de la Salud. Por ello, carece de justificación objetiva el distinto tratamiento dado a unos y a otros servicios por cuestiones ajenas a la cualificación que su ejercicio supone, como son la vigencia o rescisión del concierto de asistencia sanitaria.

Este criterio significa otorgar, por tanto, un beneficio a determinadas personas en perjuicio de aquellas otras que, pudiendo acreditar similar experiencia, no ven reconocida, en forma injustificada, la misma por circunstancias que son extrañas al mérito y a la capacidad que han de determinar la preferencia en la contratación.

La Administración, a la hora de determinar los méritos que serán tomados en consideración, goza de un amplio margen de discrecionalidad, reconocido por la jurisprudencia, pero no es menos cierto que el mismo no puede cristalizar en desigualdades ajenas, no referidas o incompatibles con los principios recogidos en el artículo 103 de la Constitución, creando, de este modo, diferencias de trato arbitrarias entre los concursantes. En este sentido, se ha manifestado la sentencia 67/1989, de 18 de abril de 1989, del Tribunal Constitucional.

Por cuanto antecede, y en uso de las facultades que le vienen conferidas por el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, esta institución dirige a esa Dirección Provincial la siguiente recomendación: «Que se valore la oportunidad y conveniencia de contemplar en los baremos de méritos aplicados para la contratación de facultativos los servicios prestados en centros sanitarios concertados cuyo concierto se halle vigente, en igualdad de condiciones con los desarrollados en centros con concierto rescindido».

Madrid, 22 de noviembre de 1993.

Recomendación dirigida al Director Provincial del Instituto Nacional de la Salud en Santa Cruz de Tenerife.

Recomendación 60/1993, de 22 de noviembre, sobre reconocimiento al derecho de pensión de viudedad, al cónyuge superviviente de matrimonio declarado nulo.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 360).

En su día compareció ante esta institución doña H.M.M., exponiendo que por resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social en Madrid, se le había denegado la pensión de viudedad que había solicitado, “por no existir vínculo matrimonial con el causante, al haber sido declarada la nulidad del matrimonio, no dándose, por tanto, el estado de viudedad que exige el artículo 160 de la Ley General de la Seguridad Social, de 30 de mayo de 1974”.

Estimando que lo dispuesto para el divorcio es aplicable, por razón de analogía, a la nulidad del matrimonio, se solicitó informe de la Dirección General del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Mediante escrito nº ..., de fecha 6 de junio de 1990, dicha entidad gestora comunica que la interesada interpuso demanda ante el Juzgado de los Social nº 6 de Madrid, que dictó sentencia el 26 de marzo de 1990, y contra la que se interpuso por el citado Instituto recurso de suplicación.

Igualmente, se manifestaba en el último párrafo del informe de referencia que “si la sentencia que dicte el Tribunal Superior de Justicia sobre el recurso de suplicación, y si del estudio de las sentencias que formulen los Tribunales se desprendiese criterio contrario al mantenido por esta Entidad Gestora, se variaría el mismo. Por otra parte, y de acuerdo con lo establecido por la Ley de Procedimiento Laboral, se le abonará a la interesada la pensión de viudedad que le ha sido reconocida por la sentencia del Juzgado de lo Social, desde la fecha de notificación de la misma y hasta tanto no se pronuncie el Tribunal Superior de Justicia”.

Atendiendo a lo anteriormente transcrito, así como a las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia (entre otras, sentencia del

Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 12 de marzo de 1991 (Ar. 2232) y sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de julio de 1991 (Ar. 4716), mediante escrito de 19 de febrero de 1993, se insta nuevo informe de la repetida Dirección General del Instituto Nacional de la Seguridad Social, a fin de conocer si se ha variado el criterio sobre el asunto objeto de la queja.

En el informe remitido, se significa que se mantiene el criterio de no reconocer el derecho a la pensión de viudedad en caso de nulidad, con base en los siguientes fundamentos:

“— La regla tercera de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, únicamente reconoce derecho a la pensión de viudedad en los casos de separación o divorcio, no contemplando el supuesto de matrimonios declarados nulos.

— La distinta conceptualización dogmática de la nulidad, con respecto a la separación o al divorcio, ya que mientras en el primer caso se parte de la inexistencia del matrimonio en el segundo se presupone la existencia de un vínculo perfecto.

— El distinto juego de las pensiones alimenticias entre cónyuges, que existen en casos de separación y divorcio pero no en los de nulidad, en los que simplemente puede concederse una indemnización en favor del cónyuge de buena fé”.

Después de traerse a colación los argumentos citados, se señala, no obstante, que los mismos no son defendidos por parte de la doctrina, que tiende a asimilar la nulidad con los supuestos de separación y de divorcio, habiendo asumido, igualmente, esta segunda postura, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de febrero de 1985, así como diferentes sentencias de los órganos jurisdiccionales inferiores, estimando dicha entidad gestora conveniente no modificar el criterio administrativo, hasta tanto no se consolide definitivamente un criterio jurisprudencial.

Igualmente, se aduce que atendiendo al carácter provisional de las reglas establecidas en la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, cuya regulación definitiva deberá incluirse en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, se considera oportuno esperar el criterio legislativo que, en definitiva, contengan tales normas.

Relatados los antecedentes, de los que se desprende el criterio de la Dirección General del Instituto Nacional de la Seguridad Social adverso al reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad en caso de matrimonio declarado nulo, resulta preciso indicar que no puede compartirse dicho criterio, y ello en base a que aún cuando la declaración de nulidad comparta

que no existió matrimonio ni vínculo *ex tunc*, no invalida los efectos ya producidos respecto al o a los contrayentes de buena fe, que se presumen (art. 79 del Código Civil), por lo que los efectos jurídicos del matrimonio cesan *ex nunc*, desde la fecha de nulidad.

Dicho criterio ha sido mantenido por la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1985 (Ar. 634), a la que se alude en el informe de la mencionada Dirección General del Instituto Nacional de la Seguridad Social, y en la que se señala que si es verdad que las reglas 1ª y 3ª de la disposición adicional décima de la Ley de 7 de julio de 1981 no regulan específicamente las situaciones derivadas de nulidad del matrimonio y sólo contemplan las de separación y divorcio, entre éstas últimas y las primeras existe una clara identidad de razón, pues si el divorcio disuelve el matrimonio y hace desaparecer el vínculo conyugal *ex nunc*, es decir, desde la fecha de la sentencia, la declaración de nulidad, aunque comporta que no existe matrimonio ni vínculo *ex tunc*, desde el principio, no invalida los efectos ya producidos respecto al o a los contrayentes de buena fe, que se presume, es decir, que también cesan *ex nunc*, al ser declarada la nulidad, los efectos jurídicos del matrimonio; identidad que no sólo autoriza sino que exige que lo dispuesto para la mujer divorciada sea aplicable por razón de analogía a la mujer cuyo matrimonio se anuló y, por tanto, que a ésta corresponda también el derecho a la pensión de viudedad.

De otra parte, debe citarse la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1992, (Ar. 10367), en la que a sensu contrario, se indica que subsisten, conforme al artículo 79 del Código Civil, en el matrimonio declarado nulo, los efectos producidos respecto de los hijos y de los cónyuges en el caso de que haya existido buena fe.

En mérito a lo expuesto, y en uso de las facultades que le vienen conferidas por el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, esta institución dirige a V.I. la siguiente recomendación: «Que se valore la oportunidad y conveniencia de dictar instrucciones dirigidas a modificar el criterio mantenido por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, de manera que se reconozca el derecho a la pensión de viudedad al cónyuge superviviente de matrimonio declarado nulo».

Madrid, 22 de noviembre de 1993.

Recomendación dirigida al Secretario General para la Seguridad Social.

Recomendación 61/1993, de 22 de noviembre, sobre selección de personal laboral en determinada empresa pública.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 546).

En su día fue recibido en esta institución el informe remitido por esa Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos, relativo a la queja formulada por don M.P.F., sobre criterios para la realización de contratos eventuales e interinos en la fábrica sita en Palazuelo (Cáceres).

En el informe remitido se reconoce que “cuando se trata de sustituciones por vacaciones, por enfermedad, etc. y en general situaciones imprevistas y por cortos períodos de tiempo estas contrataciones se procura hacerlas con hijos de trabajadores que se encuentren en situación de desempleo, que generalmente ya han estado trabajando en otras ocasiones en la fábrica y tienen cierta experiencia.

Sin embargo, esta institución no comparte las razones contenidas en el informe remitido para justificar la preferencia en la contratación, si bien circunscrita a contratos temporales, de familiares de trabajadores de la fábrica de Tabacalera S.A., en Palazuelo (Cáceres) y ello por las siguientes razones:

I. El artículo 14 de la Constitución establece el principio de igualdad jurídica de todos los españoles ante la ley, imponiendo la igualdad ante la misma, “sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

II. Por su parte, el artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores considera como nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario, que contengan discriminaciones favorables, por razón, entre otros motivos, de los vínculos de parentesco con otros trabajadores de empresa, estableciendo, además, en el número 2 del artículo 17, una reserva

de ley para regular las exclusiones, reservas y preferencias para ser contratado libremente.

III. A mayor abundamiento, la Resolución de 5 de septiembre de 1983 por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de julio de 1983, en relación con la selección de personal a efectos de contratación en el sector público (B.O.E. nº 218, de septiembre), dispone:

“Para la selección de personal contratado en el ámbito de la Administración del Estado, sus Organismos, Entidades y Empresas de ellos dependientes, deberá darse a las vacantes y ofertas de empleo la publicidad adecuada para que las mismas puedan ser conocidas en el necesario carácter de generalidad, debiendo siempre comunicarse a las correspondientes Direcciones Provinciales del Instituto Nacional de Empleo.

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 en cualquier otra circunstancia que implique vulneración de los principios de igualdad, mérito y capacidad.

En caso de que, para el debido cumplimiento de lo ordenado en los dos apartados anteriores, existieran obstáculos derivados de convocatorias, circulares, cláusulas de negociación colectiva o de cualquier otro tipo, se procederá a la iniciación e impulso entre las actuaciones y trámite precisos para su anulación”.

En atención a lo anteriormente expuesto, esta institución en uso de las facultades que le confiere el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, dirige a V.I. la siguiente recomendación: «Que se adopten las medidas oportunas para suprimir las preferencias en la colocación en la fábrica de Tabacalera, S.A. de Palazuelo (Cáceres), que se otorgan a los familiares de los empleados de la misma, dándose a las ofertas de empleo la publicidad que prevé la normativa aplicable y, en concreto, comunicándose dichas ofertas a la correspondiente Dirección Provincial del Instituto Nacional de Empleo».

Madrid, 22 de noviembre de 1993.

Recomendación dirigida al Delegado del Gobierno en el Monopolio de Tabacos.

Recomendación 62/1993, de 9 de diciembre, sobre validez de las traducciones oficiales realizadas por organismos y personas habilitadas para ello, de los permisos de conducir expedidos en países no comunitarios.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 198).

Agradecemos su atento escrito de fecha 18 de marzo del presente año, en el que nos contesta a la queja planteada por don F.D.G., y registrada con el número arriba indicado.

En el informe de referencia, se participa, en síntesis, que los documentos a que se hace referencia en los artículos 261, apartado II y 267, apartado III del Código de la Circulación, en los que se alude a la necesidad de aportar una traducción oficial de los permisos de conducción de otros países, son documentos distintos que tienen, en consecuencia, dos finalidades también distintas.

El argumento central que se esgrime en el informe emitido por esa Dirección General reside en que el artículo 267, apartado III, se refiere al canje de un permiso extranjero por el nacional español y para esta actuación “se hacía necesario que una entidad pudiese dar informe a la Administración de a qué clase de permiso correspondía el que era objeto de traducción y, por ello, en base a la condición de Cámara Oficial Automóvil Club de España, R.A.C.E. (artículo 15 del Código de la Circulación), se procedió a requerir la traducción de los permisos objeto de canje a dicho organismo.”

Examinados nuevamente los citados artículos del Código de la Circulación, así como otros antecedentes jurídicos que pudieran ser de aplicación, esta institución quiere expresar a V.I. que no comparte el criterio interpretativo de esa Dirección General por las siguientes razones:

En primer lugar, y como V.I. expresa en el informe remitido, el legislador que dictó el Decreto de 25 de septiembre de 1934, aprobando el Código de la Circulación, estimó necesaria la colaboración de una entidad privada, como era la Cámara Oficial Automóvil Club de España, en la actualidad R.A.C.E.,

para que facilitase un informe a la Administración sobre la clase de permiso extranjero de circulación, el cual era objeto de traducción por parte de dicha entidad privada.

No cabe duda que en el año 1934 la habilitación concedida a una entidad no pública, como era la Cámara Oficial Automóvil Club de España, para desempeñar una función de carácter público de colaboración sobre esta materia, referente a canjes de permisos extranjeros, venía justificada en razón del incipiente parque automovilístico existente en nuestro país en aquellas fechas y, por consiguiente, los escasos medios que la Administración pública de aquella época destinaba a esta finalidad.

Como quiera que en el momento actual por esta institución se ha comprobado que la actividad que desarrolla el R.A.C.E. se circunscribe a realizar la traducción oficial del permiso extranjero que desea ser canjeado, sin que por parte de esta entidad se emita informe alguno sobre el tipo de permiso a canjear, parece que la razón que en su día presidió para habilitar a dicho organismo a colaborar en este control administrativo sobre canjes de permisos extranjeros ha perdido su justificación por lo que la citada entidad se ciñe únicamente a realizar una traducción del permiso a la que se le atribuye carácter oficial.

Teniendo en cuenta ello, no se alcanza a entender la justificación que existe entre la traducción oficial que efectúa el R.A.C.E. en los expedientes de canje cuando las traducciones oficiales de permisos para conducir de países extranjeros la pueden realizar la Oficina de Interpretación de Lenguas de Asuntos Exteriores, por los intérpretes jurados, por los Cónsules españoles en el extranjero, por los Cónsules en España del país que haya expedido el permiso o por el Real Automóvil Club de España, tal y como previene el artículo 261, apartado II del Código de la Circulación, vigente de conformidad con la Ley de Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial.

Igualmente, debe valorarse el hecho de que una entidad no pública como es el R.A.C.E. tenga atribuido con carácter exclusivo la función de realizar las traducciones de los permisos de conducir para solicitar el canje de estos permisos, pudiera ir en detrimento de las funciones encomendadas a los intérpretes jurados, cuyo carácter oficial viene suficientemente acreditado por su carácter de funcionarios públicos del Ministerio de Asuntos Exteriores.

Esta habilitación en exclusiva podría, asimismo entenderse como una limitación no suficientemente justificada a los derechos de los consumidores y usuarios, reconocidos en la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, toda vez, que les obliga de un modo unilateral a utilizar unos servicios de una entidad privada cuando los mismos pueden ser prestados por otros profesionales que también gozan de

carácter público, tal y como dispone el artículo 261, apartado II del Código de la Circulación.

Por todo lo expuesto, esta institución ha considerado oportuno trasladar a V.I. nuestro criterio sobre el asunto que nos ocupa y, de acuerdo con el artículo 30.1 de la Ley 3/1981, de 6 de abril, reguladora de esta institución, formular la siguiente recomendación: «Que, por parte de esa Dirección General, se cursen las instrucciones oportunas para dar validez a las traducciones oficiales realizadas por los organismos y personas habilitadas para esta función, de acuerdo con el artículo 261, apartado II, del Código de la Circulación, en los expedientes de canje de permiso de conducir expedidos en países no comunitarios».

Madrid, 9 de diciembre de 1993.

Recomendación dirigida al Director General de Tráfico.

Recomendación 63/1993, de 13 de diciembre, sobre reclamaciones y recursos planteados por participantes en pruebas selectivas.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 470).

Del contenido de su informe, y de las manifestaciones efectuadas por el promovente se desprenden los siguientes hechos:

1º El interesado participó en las pruebas selectivas para el ingreso en la Escala de Gestión de Empleo del INEM, convocadas por resolución de esa Subsecretaría de 20 de septiembre de 1991, habiendo sido excluido de las mismas por considerar el tribunal calificador que no había superado el segundo ejercicio, toda vez que siendo necesario contestar correctamente al menos 29 de las 38 preguntas definitivas de que constaba la prueba (al parecer de las 40 preguntas propuestas se anularon 2 por no tener una respuesta lógica), el tribunal estimó como correctas únicamente 28 de sus contestaciones.

2º Disconforme con dicha apreciación, el promovente solicitó del Tribunal I coordinador, con fecha 14 de febrero de 1992, la revisión de su examen, recibiendo por toda respuesta un escrito comunicándole que no había lugar a rectificación alguna, y reiterándole que el número de respuestas correctas de su ejercicio era de 28 y se requerían 29 para superar el ejercicio, respuesta que se le dió sin ofrecerle la posibilidad de ver el examen, tal y como había solicitado.

3º Con fecha 24 de febrero cursó una segunda petición ante el mismo tribunal, solicitando nuevamente que se le mostrara su examen, por considerar que el número de sus respuestas correctas era de 29, y al no obtener contestación reiteró su solicitud telefónicamente el 1 de abril, consiguiendo, finalmente, el 24 de dicho mes que el secretario del tribunal le enseñara su ejercicio, y tras una revisión del mismo quedaron confirmadas sus estimaciones, respecto del número de respuestas acertadas que coincidía con el requerido para superar el examen.

4° Teniendo claro el resultado de su examen, y considerando que solamente debería haber, según las bases del ejercicio, una respuesta correcta para cada pregunta, solicitó, con fecha de 5 de mayo, al presidente del tribunal una relación de las respuestas que se habían considerado correctas, y su amparo legal, o que, al menos, se le precisara cuál de las 29 respuestas consideradas correctas por el aspirante, y legalmente contrastadas, no se ajustaba al criterio del tribunal. Esta petición la cursó acompañando relación de las 29 respuestas correctas de su ejercicio y su correspondiente fundamento legal.

5° No habiendo recibido contestación alguna a su última petición, y habiéndose publicado las listas definitivas de los aspirantes aprobados en el Boletín Oficial del Estado de 13 de mayo, interpuso con fecha 30 de mayo siguiente el oportuno recurso de alzada ante esa Subsecretaría de Trabajo y Seguridad Social, recurso que al no ser resuelto dió lugar a la presentación de la presente queja, y a su ulterior admisión a trámite, mediante comunicación de 14 de octubre de 1992.

6° El 3 de diciembre de 1992, transcurridos ya más de seis meses desde la interposición del antes citado recurso de alzada, y habiendo mediado la admisión a trámite de esta queja, esa Subsecretaría dicta resolución desestimando la pretensión del recurrente, fundando la misma en la no aportación de prueba alguna que pudiera invalidar la actuación del tribunal calificador, a la que se califica de “estrictamente ajustada a las normas del proceso selectivo que constituyen su ley, y a las que han de atenerse tanto la Administración como los participantes en la convocatoria”, y alegando determinada jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con el principio de discrecionalidad técnica de los órganos de calificación que hace irreversible sus juicios, siempre que se emitan de conformidad con la convocatoria.

7° A la vista de esta última resolución, y considerando que la misma se limitaba a reproducir un modelo tipo de denegación, dirigimos a esa Subsecretaría nueva comunicación, el 9 de marzo de 1993, poniendo de manifiesto que de los datos aportados por el promovente resultaba claro que el tribunal calificador había incurrido en un evidente error de hecho que, en ningún caso, podría ser encuadrado, tal y como se hacía en el fundamento de derecho segundo de la resolución de esa Subsecretaría a que se ha aludido en el apartado anterior, dentro del margen de discrecionalidad técnica de los órganos calificadores y, en consecuencia, dicho juicio sería revisable en vía administrativa.

8° En base a tales consideraciones se cursó la oportuna solicitud de informe complementario, que tras ser requerido nuevamente el 20 de agosto siguiente, nos fue remitido el pasado 24 de septiembre, mediante escrito en el que, por fin, se reconoce, según tenor literal “... la existencia de un error de

hecho en el cómputo de las contestaciones formuladas por el reclamante, que obliga a considerar como válidas 29 en lugar de las 28 estimadas, modificación que, según se indica, daría derecho al opositor a continuar con el proceso selectivo, al superar el nivel mínimo exigido en esta prueba”.

De los hechos hasta aquí relacionados se desprenden las siguientes conclusiones:

Primera. Por parte de esa Administración se ha tardado más de año y medio en comprobar y reconocer la utilización de un criterio erróneo en la corrección de las pruebas selectivas de referencia, y ello a pesar de haber mediado tres reclamaciones previas del interesado ante el tribunal calificador, que de haber sido debidamente atendidas hubieran dado lugar a una simple rectificación de errores, con anterioridad a la resolución definitiva del proceso selectivo, además del subsiguiente recurso de alzada asimismo desestimado.

Segunda. Parece evidente, por consiguiente, que tanto las reclamaciones iniciales como el recurso de alzada fueron resueltos, en su día, sin una mínima comprobación previa de la certeza de las alegaciones del promovente, comprobación que únicamente se ha efectuado, y ello tras sendos requerimientos de esta institución, a raíz de la tramitación de la presente queja.

Tercera. El resultado de tal actuación supone que lo que en un principio pudiera considerarse como un mero error de hecho, consistente en la adopción por el tribunal de un criterio equivocado de corrección, se haya transformado en una actuación arbitraria, tanto del propio tribunal como de esa Subsecretaría, al rechazar indebidamente las sucesivas reclamaciones.

Cuarta. Centrándonos en la resolución de esa Subsecretaría de 3 de diciembre de 1992, se observa que su único fundamento de derecho aplicable al fondo de la reclamación, está redactado en forma de modelo-tipo que al parecer se utiliza indiscriminadamente sean cuales fueren las causas que los interesados aleguen para recurrir frente a las decisiones de los tribunales de procesos de selección.

Esta conclusión, que en este supuesto concreto supone la eliminación por la vía del hecho de la garantía jurídica fundamental contenida en el derecho de recurso, se basa en los siguientes datos.

4.1. El citado fundamento de derecho comienza centrandó la cuestión litigiosa de forma equivocada, toda vez que circunscribe la misma “... a la valoración de los méritos del recurrente en la fase de concurso.”, cuando lo que realmente planteaba el interesado, como ya ha quedado demostrado, es el

error del tribunal a la hora de corregir determinadas preguntas de un ejercicio de la oposición.

4.2. Esta sensible diferencia en la determinación del objeto del recurso va seguida de una serie de manifestaciones que nada tienen que ver con la realidad de los hechos, según han quedado determinados en la relación de los mismos efectuada al comienzo de esta comunicación, y así, se afirma que "... no se aduce, con prueba eficaz, en el planteamiento impugnatorio alguna otra de carácter formal que pudiera invalidar la actuación del tribunal calificador, estrictamente ajustado, por otro lado, a las normas del proceso selectivo. .

4.3. Finalmente, el fundamento de derecho aquí cuestionado, concluye aduciendo determinada jurisprudencia según la cual la apreciación de las condiciones o méritos de los participantes en oposiciones y concursos es de la exclusiva competencia del tribunal u órgano que ha de decidirlos o resolverlos, y ello por aplicación del principio de "discrecionalidad técnica" que hace irreversibles sus juicios, siempre que se emitan de conformidad con las normas de la convocatoria, requisito este último que esa Subsecretaría declara cumplido en el presente caso, lo que le lleva a desestimar el recurso.

Todas estas circunstancias nos llevan a reiterar aquí nuestra convicción de que la tardía resolución del recurso de alzada interpuesto por el promovente, acordada como ya se ha dicho tras la admisión a trámite de la presente queja, se ha adoptado sin agotar lo más mínimo los medios de comprobación de los hechos alegados y sin tener en cuenta las pruebas aportadas por el recurrente, lo que configura una actuación administrativa en contra de los principios constitucionales de eficacia y sometimiento pleno a la ley y al Derecho (artículo 103.1 CE), y contraria, asimismo a los principios de legalidad, seguridad jurídica, responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos garantizados, con carácter general, por el artículo 9 de la Constitución.

Dicha actuación ha originado una situación de indefensión del interesado a quien además de impedírsele el acceso a la plaza para la que había acreditado los méritos requeridos en la convocatoria, según se reconoce ahora, se le niega una resolución motivada y congruente de su recurso, y se le obliga en último extremo a acudir a la vía contenciosa, solución ésta desechada por el interesado por considerarla excesivamente lenta y gravosa.

Quinta. Al margen de lo anterior, y para agotar las conclusiones a que nos ha llevado la tramitación de esta queja, hemos de referirnos a la aplicación indiscriminada del antes aludido principio de "discrecionalidad técnica" de los órganos de selección y calificación como obstáculo insalvable para modificar sus decisiones.

Dicho principio, que como se ha expuesto, sirvió de fundamento para desestimar el recurso de alzada del interesado, se vuelve a alegar en el último informe de esa Subsecretaría de 24 de septiembre pasado, en el que se afirma literalmente lo que sigue:

“... la Administración no es competente para revisar el juicio emitido por los mismos (los tribunales calificadoros), según recoge la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 27 de abril de 1990”.

Tal afirmación, según queda formulada en su informe, debe rechazarse de plano, toda vez que ni la sentencia alegada expresamente, ni la jurisprudencia y doctrina existentes sobre el particular permiten una postura tan rotunda, que de ser posible supondría la inexistencia de límites a la discrecionalidad técnica de los órganos calificadoros.

Frente a semejante pretensión cabe oponer que la discrecionalidad técnica de los tribunales calificadoros, incluso en el posicionamiento más extremo, está en todo caso sometida al control de legalidad formal de su actuación, y de su conformidad a las normas aplicables al procedimiento selectivo, y todo ello sin perjuicio de las facultades de la Administración para rectificar en cualquier momento los errores materiales o de hecho.

En definitiva, esta institución entiende que el error de hecho padecido en su momento, al no computarse como válida una de las respuestas correctas en el segundo ejercicio de la fase de oposición, error reconocido en el informe que V.I. nos remite, y que no fue corregido de oficio, ni tampoco en vía de reclamación o recurso, ha impedido al interesado la continuación del proceso selectivo en el que participaba, dañándose con ello su patrimonio jurídico y sin que las garantías procesales a su alcance (reclamaciones y recursos) hayan permitido su defensa y restablecimiento.

Frente a ello, no es de recibo el insólito criterio al que se hace referencia en el cuarto párrafo de su informe del pasado 23 de septiembre, sostenido, al parecer, por los presidentes de los tribunales calificadoros, los cuales coinciden en “... no estimar oportuno intervenir en un proceso cuya materia se hubiera encontrado *sub iudice* de haberse interpuesto ... el recurso contencioso-administrativo...”. Tamaña aseveración, de resultar aceptable, implicaría la destrucción íntegra de todas las garantías extrajudiciales, ya que con dicho criterio sería improcedente intervenir en cualquier asunto susceptible de ser planteado ante los tribunales.

Sin embargo, tal limitación “potencial” no se encuentra plasmada en ninguna forma de nuestro ordenamiento jurídico, el cual sólo establece los límites que resultan necesarios para el adecuado mantenimiento y la recta utilización del principio de independencia judicial, en aquellos casos en los que la intervención de otras autoridades o poderes públicos dotados de alguna

competencia, pudiera interferir en la función jurisdiccional. Precisamente, en el caso concreto de esta institución, su Ley Orgánica reguladora (artículo 17.2) prohíbe su intervención en el “examen individual de aquellas quejas sobre las que esté pendiente resolución judicial...” y sin que ello impida “... la investigación sobre los problemas generales planteados en las quejas presentadas”.

Así pues, en base a cuanto acaba de argumentarse, esta institución en el ejercicio de las responsabilidades 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, del Defensor del Pueblo, ha resuelto formular a V.I. la siguiente sugerencia: «Que en el ejercicio de las facultades revisorias de sus propios actos, y de conformidad con las normas procedimentales que resultan de aplicación, se proceda a anular la resolución de esa Subsecretaría referenciada en el cuerpo de este escrito y, en su lugar, se dicte otra en la que entrando en el fondo de la reclamación planteada se resuelva la misma en base a los hechos que han quedado probados».

Formular, asimismo, a V.I. la siguiente recomendación: «Que se den las instrucciones oportunas para que las reclamaciones y recursos que se planteen por los participantes en las pruebas selectivas convocadas por ese órgano directivo, se resuelvan expresamente mediante resoluciones motivadas y congruentes con las pretensiones de los interesados».

La procedente recomendación ha de hacerse extensiva a esa Subsecretaría, en lo relativo a la resolución de los recursos frente a las decisiones de los tribunales calificadoros, que deberán llevarse a cabo, asimismo, mediante resoluciones particularizadas y ajustadas a las cuestiones planteadas por los recurrentes.

Madrid, 13 de diciembre de 1993.

Recomendación dirigida al Subsecretario de Trabajo y Seguridad Social.

Recomendación 64/1993, de 13 de diciembre, sobre protección de los consumidores en celebración de contratos de multipropiedad.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 461).

Solicitada información a ese departamento sobre la concreta queja planteada por el formulante contra la sociedad promotora y, con carácter general, sobre los problemas que la multipropiedad ocasiona en España desde la perspectiva de la protección de los derechos contemplados en el artículo 51 de la Constitución española, el informe evacuado enfatiza en que las cláusulas del contrato, varias de ellas nulas de pleno derecho, y la vaguedad y confusión de los términos de la relación “vician de raíz el consentimiento otorgado, y ello conduce a la nulidad declarada por el artículo 1265 del Código Civil”. En consecuencia la vía a seguir sería “lógicamente el ejercicio de la correspondiente acción civil”.

Todo ello no impide, continúa el informe, la consideración de la actividad de la sociedad denunciada como infractora de la Ley 26/1986 y constitutiva eventualmente de un ilícito penal, pero, el desconocimiento del domicilio de los responsables hace prácticamente imposible su persecución.

Pues bien, esta institución considera que efectivamente concurre un aspecto de índole jurídico privado en el establecimiento de relaciones sobre la multipropiedad, pero también que está presente el deber de tutela de los derechos de los consumidores y usuarios por las administraciones públicas.

Igualmente debe reconocerse la dificultad existente en cuanto al ejercicio de las potestades públicas, especialmente la sancionadora, respecto de sociedades en algunos casos volátiles o meramente aparentes, lo que puede postular la conveniencia de una regulación específica. Pero parece indudable que en ausencia, parece que temporal, de la misma, la legislación vigente establece mecanismos públicos de protección de los consumidores como las campañas institucionales de información, la realización de estudios de información al consumidor sobre un determinado producto o servicio, la educación y formación de consumidores, el fomento de las asociaciones de

consumidores y la adopción de medidas sancionadoras a comportamientos infractores, previstos todos ellos en la Ley 26/1984.

Por todo ello y en tanto no se produzca una legislación específica que de un tratamiento singular al reciente fenómeno denominado multipropiedad, el Defensor del Pueblo en el ejercicio de lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora de esta institución, procede a formular la siguiente recomendación: «Que por las administraciones públicas competentes en materia de protección de consumidores y usuarios se ejerzan las competencias para las que les habilita la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en cuanto a la prevención, control, información, fomento y ejercicio en su caso de la potestad sancionadora, de modo que con carácter general los consumidores puedan ver satisfechos el derecho a la protección de sus legítimos intereses económicos, a la información y a la protección jurídica, técnica y administrativa, con ocasión de la celebración de contratos denominados “multipropiedad”, independientemente de la configuración jurídica que éstos reciban en su día».

Madrid, 13 de diciembre de 1993.

Recomendación dirigida al Director General del Instituto Nacional de Consumo.

Recomendación 65/1993, de 17 de diciembre, sobre convocatorias de concursos de traslados.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 482).

Es de referencia el escrito de V.I. en el que nos remite información relativa a las quejas presentadas ante esta institución por doña A.F.M. y doña E.G.G., y registradas con los números de expedientes arriba reseñados.

Del contenido de su informe, y puesto en relación con el de la Dirección Provincial de León de la Tesorería General de la Seguridad Social que se nos remitía adjunto al mismo, se desprenden las siguientes conclusiones:

1. Las dos promoventes de esta queja se vieron privadas de su derecho a acceder a los puestos de trabajo a que optaban en el concurso de traslado de referencia, aún contando con méritos baremables suficientes para ello, a causa de diversos problemas surgidos en cuanto a la acreditación formal de dichos méritos, lo que ha supuesto que dichos destinos fueren asignados finalmente a otros candidatos con menor puntuación.

2. Los citados problemas de acreditación de los méritos baremables — circunscritos en concreto a la antigüedad en el desempeño de anteriores puestos de trabajo— derivan todos ellos del funcionamiento, en este caso incorrecto, de las diversas instancias administrativas intervinientes en el procedimiento de resolución del concurso en cuestión, como se desprende de los siguientes hechos emitidos tanto en su informe como en el de la Tesorería Territorial de León:

2.1. En primer lugar, y como hecho determinante de los subsiguientes problemas, ha de citarse la existencia de numerosos errores en la mecanización de las solicitudes de los concursantes. Según los datos de que disponemos, y en lo referente a los funcionarios del INSS y de la Tesorería Territorial de León, los errores detectados alcanzaron a 104 de los 237 participantes en el concurso, entre ellos, las promoventes de la queja.

La existencia de tales errores dió lugar, según las previsiones de la convocatoria, a la remisión de los listados iniciales a las distintas unidades de personal para su distribución entre los funcionarios afectados, a quienes se

imponía la obligación de aportar las pruebas documentales oportunas que acreditaran la certeza de los datos corregidos, y ello, en el plazo perentorio establecido a tal efecto, y al que nos referiremos a continuación.

2.2. El segundo factor causal de la situación denunciada en la queja lo constituye el incumplimiento por parte de distintas instancias administrativas de las instrucciones dictadas al efecto por la Subdirección General de Planificación y Ordenación de Recursos Humanos de la Seguridad Social, dependiente de esa Dirección General.

En efecto, las citadas instrucciones preveían que los denominados “documentos anexo III”, conteniendo los datos que debían ser confirmados o ratificados por los interesados, se emitirían por los servicios informáticos el día 16 de enero de 1992, y se enviarían a las unidades provinciales para su distribución entre los funcionarios afectados, a quienes se concedía un plazo de diez días para que expresaran su conformidad o desacuerdo con los mismos, exigiéndose en este último supuesto la aportación de las correspondientes pruebas documentales que, en todo caso, deberían ser remitidas como fecha límite el 31 de enero.

Pues bien, incumpliendo tales previsiones, los listados definitivos —al parecer se enviaron otros el 20 de enero que fueron anulados por incorrectos—, no se emitieron hasta el 27 de enero, resultando, por tanto, imposible el cumplimiento del resto de las previsiones que, como ya se ha dicho eran, de un lado conceder a los interesados un plazo de diez días para aportar la documentación requerida, y de otro proceder a su remisión a esa Dirección General como fecha tope el 31 de dicho mes.

2.3. Como tercera causa concurrente ha de mencionarse la falta de flexibilidad para hacer frente a la anómala situación planteada por el imposible incumplimiento simultáneo de los dos requisitos antes mencionados.

Dicha situación fue abordada por la Tesorería Territorial de León, optando por remitir los listados rectificadas junto con una certificación de la veracidad de las modificaciones introducidas, tras las oportunas comprobaciones con la documentación obrante en los respectivos expedientes personales.

Tanto los listados como las certificaciones fueron remitidas con fecha 5 de febrero y, según el informe de la Dirección Provincial de León, unos diez días después se le requirió telefónicamente por la antes mencionada Subdirección General el envío de la documentación individualizada, que avalara las variaciones de datos, requerimiento que fue atendido con fecha 24 de febrero, alegando la unidad informante no haber podido proceder a su remisión con mayor prontitud por la carencia de personal en la Secretaría

Provincial y por el elevado número de rectificaciones que fue necesario introducir en los listados originales, que alcanzaban, como se ha indicado antes, a más del cuarenta por ciento de los concursantes destinados en el INSS y en la Tesorería de León.

3. La anterior conclusión nos lleva directamente a cuestionar diversas afirmaciones contenidas en su informe pretendiendo justificar la actuación de esa Dirección General en el caso aquí planteado.

3.1. Así, el informe comienza aludiendo al elevado número de solicitudes generadas por la convocatoria del concurso para añadir que “la simple lectura de los datos referidos indican la complejidad de su resolución, que no puede hacerse de otro modo que no sea a través de un sofisticado sistema informático dirigido desde la Gerencia de Informática de la Seguridad Social”.

3.2. Más adelante, el propio informe concluye que “dado el volumen de la convocatoria... se hizo imposible prorrogar por más tiempo el envío de documentos cuya espera hubiera hecho interminable su resolución, lo que llevó a esta Dirección General a la inadmisibilidad de aquéllos cuando se recibieron fuera de plazo”.

Semejantes alegaciones quedan desvirtuadas por los hechos puestos de manifiesto en la tramitación de esta queja. En efecto, parece cuando menos improcedente aludir a la “sofisticación” de un sistema informático que ha generado tan elevado número de errores y que, en último extremo, depende para su operatividad de la aportación personal por parte de cada interesado de las pruebas documentales oportunas acreditativas de la veracidad de las correcciones introducidas en los datos iniciales.

Más difícil de entender, incluso, resulta la pretendida justificación de inadmitir los documentos recibidos fuera de plazo, alegando una excesiva dilación de la resolución del concurso, y ello en base a una doble consideración:

En primer lugar porque, como ya ha quedado constancia, fue la propia Administración la que incumplió los plazos que ella misma se; había impuesto.

Y en segundo lugar, y no menos importante, porque la causa de la dilación del procedimiento se deriva directamente de la exigencia de la acreditación, mediante prueba documental presentada por cada concursante, de unos datos suficientemente conocidos con anterioridad, pues como se reconoce en el informe de la Tesorería Territorial de León todos los documentos exigidos constaban ya en los expedientes personales de los interesados.

Parece evidente que cualquier sistema informático, incluso los menos sofisticados, harían posible la interconexión de los datos de las terminales de cada una de las dependencias administrativas y el acceso inmediato a los mismos por parte de esa Dirección General, y más cuando, como en el presente caso, se trata de un dato —el de la antigüedad— perfectamente conocido sin necesidad de mayores pruebas.

Pues bien, no sólo no se han utilizado las posibilidades que ofrece la informática, precisamente para agilizar el acceso a determinados datos y, por tanto, para abreviar el procedimiento de resolución de un concurso calificado de complejo por el elevado número de participantes, sino que ni siquiera se admitieron las certificaciones de los responsables de personal de las distintas unidades administrativas, y a pesar de todo ello se pretende justificar la actuación de esa Dirección General en base a la necesidad de agilizar un procedimiento que, como se ha tratado de demostrar, desde el inicio no se ha hecho otra cosa que complicar.

4. Cuantas consideraciones han quedado expuestas hasta el momento nos llevan a concluir, asimismo, que la actuación de esa Dirección General, en el caso presente, no se ha ajustado a los principios constitucionales de eficacia y sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, tanto en el momento de resolver el concurso como en el posterior de la resolución del recurso de reposición interpuesto por las promoventes.

Resulta evidente que la exigencia de acreditar documentalmente la antigüedad a los participantes en el concurso no se adecua a las normas de economía, celeridad y eficacia (art. 20.1 L.PA), con arreglo a las cuales debe desarrollarse toda actuación administrativa, resultando, además, contraria a las previsiones contenidas en el Reglamento General de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración del Estado, cuyo artículo 14.5º dispone que los méritos se acreditarán documentalmente con la solicitud de participación “salvo que dichos datos obren en poder de la Administración”, principio elemental de economía procesal que, con posterioridad a los hechos aquí controvertidos, ha sido explicitado con carácter general en el artículo 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que incluye entre los derechos de los ciudadanos el de no tener que presentar documentos que ya se encuentren en poder de la Administración actuante.

5. Por último, hemos de dejar constancia de que la tramitación de estas dos quejas revela un incumplimiento general de las previsiones contenidas en el Reglamento del Registro Central de Personal y Normas de Coordinación con los de las restantes Administraciones públicas, aprobado por Real Decreto 1405/1986, de 6 de junio, en desarrollo del artículo 13 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública,

especialmente las referidas a la obligación de los registros informatizados de dar acceso telemático al Registro Central de Personal para la actualización interactiva de los datos de personal que preceptivamente deben inscribirse en el mismo (artículo 17), así como las relativas a la acomodación de los procedimientos de todos los Registros de Personal de forma “que posibiliten la utilización recíproca de la información contenida en los mismos” (artículo 18), y el correlativo acceso a las bases de datos del Registro Central de Personal por parte de las distintas Administraciones públicas (artículo 19).

6. En definitiva, y volviendo al comienzo, esta institución ha llegado a la convicción de que una concatenación de hechos achacables en exclusiva a las diferentes instancias administrativas intervinientes en el procedimiento de resolución del concurso de referencia —errores en los sucesivos listados, incumplimientos de plazos, interpretación restrictiva de determinados preceptos procesales e inobservancia de otros— ha producido un perjuicio cierto a las promoventes de estas dos quejas quienes, aún contando con méritos baremables suficientes, se han visto privadas de su derecho a acceder a los puestos de trabajo a los que optaban, y que finalmente fueron asignados, de forma indebida, a otros candidatos con menor puntuación.

En consecuencia, y en base a cuanto acaba de argumentarse, esta institución en el ejercicio de las responsabilidades que le confiere el artículo 54 de la Constitución, y al amparo del artículo 30-1º de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, ha resuelto formular a V.I. la siguiente recomendación: «Que se adopten las medidas oportunas para que el procedimiento aplicable a los concursos de traslado que se convoquen por ese órgano directivo, se ajuste a los principios de economía celeridad y eficacia a que debe adecuarse toda actuación administrativa, evitando la reiteración de trámites innecesarios y respetando muy especialmente el derecho de todo ciudadano a no tener que presentar documentos que ya se encuentren en poder de la Administración actuante».

Formular, asimismo, a V.I. la siguiente sugerencia: «Que de conformidad con las normas procedimentales que resultan de aplicación, se proceda a reconocer a las promoventes de las quejas el derecho a una compensación adecuada a los perjuicios que se les ha ocasionado, como consecuencia de la incorrecta actuación de las distintas instancias administrativas intervinientes en la resolución del concurso de traslados, a que se refieren las dos quejas de que aquí se trata».

Madrid, 17 de diciembre de 1993.

Recomendación dirigida al Director General de Personal del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Recomendación 66/1993, de 17 de diciembre, sobre modificación de la normativa del Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos, en relación con la exigencia del pago de cuotas por períodos en los que no se ha ejercido actividad, como consecuencia de la presentación del parte de baja fuera del plazo establecido.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 352).

Desde el comienzo de la actividad de esta institución, se han venido formulando numerosas quejas, en las que los interesados manifiestan su disconformidad con los procedimientos de recaudación de cuotas seguidos por diferentes Direcciones Provinciales de la Tesorería General de la Seguridad Social, exigiéndoles la cotización a los regímenes especiales de los trabajadores autónomos y de empleados de hogar, por períodos en los que las personas afectadas no han ejercido actividad que diera lugar a inclusión en el campo de aplicación de dichos regímenes.

Tal exigencia está motivada por el hecho de no haber presentado el parte de baja en tiempo y con las formalidades establecidas, ante las Direcciones Provinciales o Administraciones de la Seguridad Social competentes, al producirse el cese en la actividad correspondiente, por lo que subsiste la obligación de cotizar hasta que se produzca dicha presentación.

Las razones alegadas por la mayoría de los reclamantes en sus escritos de queja, se refieren fundamentalmente a la falta de información clara y precisa sobre la obligatoriedad de comunicación de la baja y las consecuencias derivadas de dicho incumplimiento; emisión de los requerimientos del pago de cuotas con excesivo retraso desde que se produjo el cese en el trabajo (en algunos casos más de tres años); y también la aportación de pruebas acreditativas del cese efectivo en la actividad por parte del trabajador afectado y el comienzo de una nueva, causando alta en el régimen de la Seguridad Social correspondiente.

Examinadas las circunstancias de hecho concurrentes en cada caso, así como las alegaciones planteadas por los interesados, la mayor parte de las quejas recibidas han sido admitidas a trámite, llevándose a cabo la preceptiva investigación ante la Tesorería General de la Seguridad Social, aunque, al corresponder la casi totalidad de dichas quejas a la exigencia del pago de cuotas al régimen especial de los trabajadores autónomos, las actuaciones llevadas a cabo por esta institución se han dirigido preferentemente a las consecuencias que se han producido para las personas que habiendo estado en alta en dicho régimen, no han comunicado la baja dentro de plazo.

De los informes emitidos sobre la citada cuestión, cabe distinguir el distinto tratamiento dado a los requerimientos correspondientes a períodos anteriores a la vigencia del Real Decreto 497/1986, de 10 de febrero, por el que se modificaron determinados artículos del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, regulador del Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos, y aquellos otros formulados con posterioridad a dicha vigencia.

Respecto a los primeros, y de acuerdo con la interpretación dada a la disposición transitoria del citado Real Decreto, cuyo criterio fue recogido en la Circular nº 2-035, de 11-9-89, de la Tesorería General de la Seguridad Social, la mayor parte de las quejas planteadas quedaron resueltas satisfactoriamente.

No ha ocurrido lo mismo con las situaciones producidas a partir del 13 de marzo de 1986, fecha de entrada en vigor del citado Real Decreto 497/1986, al exigirse el pago de las cuotas hasta el último día del mes natural en que el interesado comunique la baja ante la Dirección Provincial o Administración de la Seguridad Social que resulte competente, de acuerdo con lo establecido al respecto en el artículo 13.2 del Decreto 2530/1970, según la nueva redacción dada al mismo.

Esta institución ha dejado constancia de esta problemática en diversos informes presentados a las Cortes Generales. Más, en concreto, en el correspondiente al año 1987, se ponía de manifiesto que el incumplimiento, por parte del ciudadano afectado, de un acto instrumental, como es el relativo a la obligatoriedad de presentación del parte de baja, no puede primar sobre los aspectos sustantivos de la relación primordial establecida, por lo que deberían adoptarse criterios interpretativos flexibles y, de no ser ello posible, valorar la procedencia de modificar la normativa reguladora de esta materia.

Al margen de lo anterior, de las investigaciones realizadas y de datos facilitados por los interesados, se podía constatar que, en la mayoría de los casos, los requerimientos del pago de cuotas formulados se venían notificando a los sujetos responsables, una vez transcurridos varios años desde que se produjo el cese en la actividad por cuenta propia, lo que suponía que las cantidades reclamadas fueran muy elevadas, y cuyas graves

consecuencias, en gran medida, podían haberse evitado, si por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social se hubiera actuado con mayor celeridad en el control de la falta de ingreso de las cuotas, dando lugar con ello a la comprobación de la falta de comunicación de la baja. Por ello, esta institución, mediante escrito de fecha 4 de febrero de 1992, formuló al mencionado servicio común la siguiente recomendación:

1. “Que, mediante el procedimiento que resulte más apropiado, se facilite información a los trabajadores que formalicen su alta en el régimen especial de los trabajadores autónomos y a los que ya se encuentren en dicha situación en el mismo, sobre la obligación de comunicar la baja en el supuesto de cese en la actividad que dio lugar a su inclusión en el campo de aplicación del citado régimen especial.

2. Que se adopten las medidas que resulten más eficaces, al objeto de que el control de la recaudación en el repetido régimen especial se realice con una mayor celeridad, lo que daría como resultado la comprobación del incumplimiento de la presentación de la baja por parte de los trabajadores que ya hubieran cesado en la actividad, con lo que se les causarían menores perjuicios económicos”.

La citada recomendación fue aceptada, señalándose respecto del punto primero de la misma que se estaba procediendo a elaborar unos folletos divulgativos, en los que se resaltarían de forma especial las consecuencias derivadas de no solicitar en tiempo la baja en el régimen especial ante las Direcciones Provinciales y Administraciones de la Seguridad Social.

En relación con el segundo aspecto, relativo al excesivo tiempo que transcurre desde el momento en que se devengan las cuotas hasta que se efectúa la reclamación de las mismas, se señalaba que dicho período se había reducido prácticamente a un año, existiendo el propósito de seguir reduciéndolo progresivamente.

No obstante lo anterior, en la actualidad se siguen recibiendo escritos de queja sobre el citado asunto, lo que hace presumir que las medidas que se hayan podido adoptar como consecuencia de la mencionada recomendación, no han producido los efectos esperados. Tal circunstancia, ha llevado a esta institución a hacer un nuevo análisis y tratamiento de la repetida cuestión, formulando al respecto las siguientes consideraciones:

1ª La exigencia de la presentación del parte de baja puede considerarse como una obligación de carácter administrativo, con efectos meramente declarativos de la extinción de la relación jurídica de Seguridad Social constituida al efecto, la cual está basada en la existencia del ejercicio de una actividad que dé lugar a inclusión en el campo de aplicación del régimen de la Seguridad Social de que se trate.

Sin embargo, de acuerdo con lo establecido en la normativa vigente en la materia, la comunicación de la baja se encuentra íntimamente relacionada con la obligación de cotizar, ya que si no se ha presentado el parte de baja en los plazos y con formalidades establecidos, una vez que se hubiera producido el cese en la actividad, la citada obligación no se extingue hasta tanto se produzca la comunicación en regla.

Por lo tanto, el incumplimiento de la obligación administrativa impuesta al sujeto interesado, primaría sobre el elemento sustantivo de la relación jurídica, basada en el ejercicio efectivo de la actividad laboral, produciendo unos graves perjuicios económicos, pues las cuotas reclamadas pueden alcanzar importes muy elevados, en el supuesto de que por parte de las Direcciones Provinciales de la Tesorería se formulen los requerimientos con una demora excesiva, como viene sucediendo en muchos casos, lo que iría en contra de los principios de justicia y equidad.

De otra parte, además de las consecuencias señaladas, la falta de comunicación de la baja, en tiempo y forma, se encuentra tipificada en el artículo 13 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, como infracción leve, sancionada con la multa correspondiente, por lo que a través de dos vías administrativas distintas se estarían exigiendo responsabilidades de naturaleza pecuniaria por la falta de cumplimiento del requisito formal de cursar el parte de baja, una vez producido el cese en el ejercicio de la actividad correspondiente.

2ª Como ya se ha puesto de manifiesto, las actuaciones seguidas por esta institución se han producido prioritariamente, como consecuencia de los requerimientos de pago de cuotas al régimen especial de los trabajadores autónomos, por omisión de la comunicación de la baja por parte de los trabajadores.

A tal respecto, cabe significar que con anterioridad a la modificación efectuada por el Real Decreto 497/1986, de 10 de febrero, del artículo 13 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, regulador del Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, la obligación de cotizar se mantenía durante el período en el que el trabajador concurrieran las condiciones determinantes de su inclusión en el campo de aplicación, extinguiéndose al vencimiento del último día del mes en que las mismas dejaran de concurrir.

De acuerdo con ello, la exigencia de la cotización se encontraba directamente relacionada con el ejercicio de la actividad, es decir, quedaba vinculada al aspecto sustantivo de la relación jurídica establecida, antecedente que debería ser objeto de consideración a la hora de dar solución a la cuestión suscitada.

3ª Por último, es preciso resaltar que en un gran número de quejas recibidas, los interesados, al dejar de realizar la actividad por cuenta propia, han iniciado otra, por la que han causado nueva alta en el régimen de la Seguridad Social de que se trate, produciéndose una doble cotización, sin que la efectuada al régimen especial de trabajadores autónomos, por el período de retraso en la presentación de la baja, surta efectos para las prestaciones, al tratarse de cotizaciones realizadas por personas indebidamente en alta.

En mérito a lo anteriormente expuesto, esta institución, en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, ha acordado dirigir a V.I. la siguiente recomendación:

«Que, manteniendo obligatoriedad de comunicar la baja en el plazo y formalidades establecidos, se estudie la conveniencia de modificar el artículo 13.2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, regulador del Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos, en el sentido de que la obligación de cotizar se extinga al vencimiento del último día del mes natural en que dejen de concurrir en la persona de que se trate las condiciones y requisitos determinantes de su inclusión en el campo de aplicación del mismo, arbitrando para ello los medios de prueba que se consideren suficientes para acreditar el cese efectivo en la actividad.

Que, igualmente, se valore la oportunidad de extender el contenido de la citada modificación al régimen especial de empleados de hogar».

Madrid, 17 de diciembre de 1993.

Recomendación dirigida al Secretario General para la Seguridad Social.

Recomendación 67/1993, de 21 de diciembre, sobre devolución de precios públicos académicos indebidamente ingresados.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 423).

Es de referencia el escrito de V.E. en el que se da traslado de la información requerida por esta institución, respecto al sistema de devolución de los precios públicos académicos indebidamente cobrados por esa universidad.

Si bien debemos en primer lugar lamentar que en el informe que se nos traslada no se especifique, —como lo hacía esta institución constitucional en su solicitud— que el criterio que se nos manifiesta es también aplicado para la devolución de las tasas de matrícula a los alumnos que ya las habían hecho efectivas pese a carecer de alguno de los requisitos indispensables para la formalización de las matrículas, no obstante el estudio detenido del contenido del referido informe, así como el de otras quejas planteadas ante esta institución sobre el mismo asunto, nos permite significar a V.E. cuanto sigue.

Partimos de considerar que la administración y cobro de los precios públicos por la prestación de servicios académicos universitarios es una materia reservada a las propias universidades, quienes, en virtud de la autonomía económica y financiera que les reconoce la Ley de Reforma Universitaria, están legitimadas para exigir el pago de los precios públicos fijados previamente por los órganos administrativos competentes, como contraprestación del aprovechamiento que los alumnos universitarios realizan de los servicios públicos ofertados por las universidades para realizar estudios conducentes a la obtención de títulos oficiales.

En virtud del procedimiento que para el cobro de los precios públicos prevé la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, las universidades exigen a los estudiantes el pago de los precios públicos de forma anticipada al momento en que se inicia la prestación de los servicios académicos que justifican su exigencia, esto es, desde antes del comienzo del curso académico, debiendo los estudiantes acreditar documentalmente haber

hecho efectivo dicho pago con carácter previo al acto mismo de la formalización de la correspondiente matrícula para cursar los estudios correspondientes, y ello sin perjuicio de la posibilidad del pago fraccionado del precio, o de la exención total del mismo al amparo de lo dispuesto en las normas que anualmente regulan el establecimiento de estos precios y de las convocatorias de becas y ayudas al estudio.

Lo anterior implica, por tanto, que en el momento en el que es exigido el pago de este precio público académico, las universidades deben haber observado no sólo si están ellas o no en condiciones de prestar legalmente el servicio público académico que deben ofrecer a cambio del precio, sino también si el obligado al precio lo está para utilizar este servicio, circunstancia ésta que debe comprobarse a nuestro juicio, en un trámite previo al de la exigencia del pago y precisamente con ocasión del estudio y valoración de la solicitud de matrícula del alumno.

Es evidente que por motivos de la obligada celeridad administrativa con la que las universidades deben actuar en cada comienzo de curso, no es difícil que se produzcan supuestos en los que tras haber admitido provisionalmente a un alumno para realizar unos estudios específicos, e inmediatamente después de haber exigido el previo pago de los precios públicos como requisito para admitir a trámite su solicitud de matrícula, las universidades comprueben que el solicitante no estaba en posesión de todos los presupuestos legales indispensables para cursar tales estudios.

En estos supuestos, en los que lo que procede es anular la matrícula, debe entenderse del mismo modo procedente la devolución de los precios públicos pagados por anticipado, siendo éste un criterio compartido por las universidades en su conjunto según reflejan documentalmente las quejas que por otros motivos se reciben en esta institución.

Sin embargo, con ocasión de la tramitación de, entre otras, la queja Q/15356/93 presentada por doña M.N.A., hemos comprobado que el criterio que aquí se manifiesta no parece ser coincidente con el habitualmente utilizado por esa Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Según se deduce de los datos recogidos en el expediente de queja, una vez formalmente aceptado su acceso a esa universidad y previo pago del importe de los precios públicos, le fue anulada su matrícula al haberse comprobado que tenía agotadas las convocatorias en una de las asignaturas del curso anterior.

No obstante, el derecho a la devolución del importe de los precios por la matrícula le ha sido denegado, dado que en esa universidad este derecho parece quedar limitado sin exclusión al supuesto previsto en el artículo 27.5 de la Ley de Tasas y Precios Públicos, que dispone cuanto sigue:

27.5 “Cuando por causas no imputables al obligado al pago del precio no se realice la actividad, no tenga lugar la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público o no se preste el servicio, procederá la devolución del importe que corresponda o, tratándose de espectáculos, el canje de las entradas, cuando ello fuera posible”.

Junto a lo anterior, la sucesión de acontecimientos que don RV.L., alumno de esa universidad, nos relata en la queja Q/16614/93, y que exponemos a continuación, parece también reflejar la, a nuestro juicio, dudosa idoneidad del criterio utilizado por esa Universidad Nacional de Educación a Distancia para denegar la devolución de precios públicos cuando se comprueba que la solicitud de acceso que el alumno presentó en plazo y forma era potencialmente denegatoria, y pese a ello se resolvió favorablemente, exigiendo el previo pago del precio público para formalizar la matrícula correspondiente.

Según se deduce de los datos que nos aporta la mencionada queja, el estudiante de la Universidad Politécnica de Madrid que había finalizado en dicha universidad los tres cursos de Ingeniería Técnica de Telecomunicaciones, obtuvo la aceptación expresa de V.E. para realizar en esta universidad estudios de Ciencias Físicas, mediante notificación fechada el 16 de octubre de 1992.

Al encontrarse realizando el acto mismo de la formalización de la matrícula en la Universidad Nacional de Educación a Distancia, le fue exigida la acreditación documental del pago de los precios públicos de ésta como requisito previo a la formalización de su matrícula, a lo que el interesado respondió que deseaba que fuera revisado su expediente antes de liquidar los precios.

El personal de esa Universidad Nacional de Educación a Distancia que atendió dicho trámite dió al parecer conformidad a la documentación aportada, por lo que el alumno efectuó el preceptivo pago de 73.069 pts. en concepto de matrícula, y la formalizó con fecha 20 de octubre de 1992.

Avanzado ya el curso académico, mediante notificación fechada el 10 de marzo de 1993, desde el Negociado de Alumnos de Ciencias Físicas de la Universidad Nacional de Educación a Distancia se le comunicó lo siguiente:

“Con fecha 25 de febrero de 1993 y una vez revisada la inscripción de matrícula presentada por don RV.L. para el actual curso académico, le fueron requeridos los siguientes requisitos: fotocopia compulsada del documento que justifique tener el proyecto fin de carrera.

Una vez transcurrido el plazo establecido en la vigente Ley de Procedimiento Administrativo, se procede, con esta fecha, al archivo del expediente”.

Es evidente que el interesado no pudo aportar el documento requerido por esa universidad en el plazo concedido de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley de Procedimiento Administrativo, dado que ello era imposible por no haber realizado el Proyecto Fin de Carrera. Sin embargo, esta circunstancia académica había sido al parecer debidamente puesta en conocimiento de la encargada en recepcionar los documentos exigidos para formalizar la matrícula, lo que no fue obstáculo para que fuera admitida a trámite.

Posteriormente, el interesado solicitó la devolución del importe efectuado en concepto de matrícula, solicitud que fue denegada por resolución de V.E. de 10 de marzo de 1993, “por no darse las circunstancias previstas en el artículo 27.5 de la Ley 8/1989, de Tasas y Precios Públicos de 13 de abril (Boletín Oficial del Estado de 15 de abril)”.

Similar situación plantea la queja Q/7083/92, presentada por doña M.L.V., cuyo contenido, al que ahora nos remitimos, ya trasladamos a V.E. el 21 de agosto de 1992 y reiteramos el 16 de abril de 1993 sin que hasta el día de hoy haya tenido entrada en esta institución el informe solicitado.

Por último debemos aquí mencionar la queja Q/18334/93, presentada por doña E.M.L., estudiante de Derecho de esa universidad, quien, tras formalizar su matrícula para el curso 1992-93 en el mes de octubre de 1992 y habiendo satisfecho previamente el importe de 52.595 pts. en concepto de precios públicos académicos, le fue anulada la matrícula en mayo de 1993 sin derecho a reintegro por no haber aportado el resguardo de haber abonado las tasas de traslado de expediente de la Universidad de Vigo.

El denominador común de los supuestos relatados es la inicial admisión en esa Universidad Nacional de Educación a Distancia para realizar los estudios de que se trate, y la formalización de la matrícula previo pago de los precios públicos, todo ello antes del comienzo del curso académico, y una vez iniciado éste y en ocasiones concluido, se procede a la anulación de la matrícula sin derecho a la devolución de precios públicos tras la comprobación de que el alumno no cumplía los requisitos imprescindibles para ser admitido para realizar los estudios correspondientes.

A esta institución no le suscita duda alguna el carácter de exigibilidad que debe concederse al obligado cumplimiento de los requisitos académicos precisos para el ingreso en cada uno de los centros universitarios para realizar unas enseñanzas determinadas, extremos estos respecto de los cuales en

modo alguno pueden considerarse causantes del inicio de la investigación sobre los hechos que dieron lugar a estas quejas.

Sin embargo entendemos que la observancia de tales presupuestos debe ser atendida por los centros universitarios con carácter previo a la admisión del ingreso de los precios públicos para seguir las enseñanzas a que éstos autorizan. Por el contrario, si por celeridad administrativa se admite este ingreso —en este caso se exige— en momento anterior a la comprobación de los requisitos mínimos para seguir tales enseñanzas, de ninguna manera estimamos admisible que la anulación de matrícula que la situación evidentemente provoca deba ir acompañada de la penalización que supone la denegación del derecho a devolución de los precios públicos abonados, pues de lo contrario y sin perjuicio de otras posibles valoraciones, se estaría colocando a los alumnos de esa universidad en una sostenida situación de clara indefensión por el desconocimiento de los numerosos requisitos que se le presuponen al solicitar la admisión en la misma, debiendo necesariamente acudir a la vía contencioso-administrativa para intentar recuperar las cantidades abonadas.

En virtud de tales consideraciones, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, formulamos a V.E. la siguiente recomendación: «Que en lo sucesivo se conceda a los alumnos de esa universidad el derecho a la devolución de los precios públicos por servicios académicos previamente ingresados, cuando deba proceder la anulación de la matrícula por faltar alguno de los requisitos indispensables para su formalización».

Junto a lo anterior, y al amparo de las mismas consideraciones y preceptos legales sugerimos a V.E. que se proceda a la devolución de los precios públicos ya abonados a favor de esa universidad por doña M.N.A.; don R.V.L.; doña M.L.V. y doña E.M.L., en los que la anulación de la correspondiente matrícula se haya producido ante la ausencia de alguno de los requisitos imprescindibles para poder formalizarla.

Madrid, 21 de diciembre de 1993.

Recomendación dirigida al Rector de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Recomendación 68/1993, de 21 de diciembre, sobre control preventivo de solicitudes de licencia para establecimiento de locales de esparcimiento y ocio.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 643).

Agradecemos su informe en el que nos contesta a la queja formulada por doña MAG.

En el mismo acredita el control de la actividad desarrollada por diversos establecimientos mediante el otorgamiento o denegación de licencia de apertura previo informe favorable de la Comisión Provincial de Saneamiento.

Sin embargo se reconocen en el informe las dificultades del control de los ruidos y molestias en período estival, dificultades que alcanzan a los propios titulares de los establecimientos autorizados, una vez éstos se llenan. El ayuntamiento manifiesta además que el incumplimiento del horario de cierre pone de manifiesto la competencia del Gobierno Civil el cual, según aduce el ayuntamiento y confirma el Gobierno Civil en informe de septiembre de 1993, está ejerciendo sus funciones con absoluta diligencia.

A pesar de ello, el índice de conflictividad entre vecinos, turistas, titulares de establecimientos está creciendo según alega tanto la formulante de la queja en nuevos escritos, como el Gobierno Civil y la prensa escrita (La Opinión - El Correo en diversos artículos y crónicas del verano de 1993).

Ello, no puede ignorarse, está en relación directa con el grado de concentración de establecimientos de ocio cuyas actividades ha autorizado ese ayuntamiento.

Esta institución no puede desconocer que el turismo constituye una fuente de recursos que el Ayuntamiento de Galende legítimamente puede utilizar para la promoción, desarrollo económico y bienestar de la comunidad, pero parece indudable que la autorización indiscriminada de actividades, a veces poco conciliables, si están demasiado próximas (ocio y descanso nocturnos),

o la concentración excesiva de las mismas, puede ir en detrimento, del desarrollo, el bienestar y la calidad de vida perseguidos.

La decisión de estas cuestiones es de la exclusiva competencia municipal dentro de los parámetros generales del ordenamiento.

Por lo expuesto, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, Procedemos a formular la siguiente recomendación: «Que por el Ayuntamiento de Galende se acentúen sus competencias en cuanto al control preventivo de solicitudes de licencia para el establecimiento de locales de esparcimiento y ocio, al objeto de evitar que, por su grado de concentración o relativa incompatibilidad con otras actividades igualmente lícitas, se produzcan situaciones de conflicto entre los vecinos, turistas o titulares de actividades, en detrimento del bienestar, el desarrollo y la calidad de vida de los mismos».

Madrid, 21 de diciembre de 1993.

Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Galende (Zamora).

Recomendación 69/1993, Formulada con ocasión del informe a las Cortes Generales correspondiente a 1993, sobre instrucciones que garanticen la unidad de criterio en la aplicación del artículo 20 de la Ley Orgánica 1/1992, de 11 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 84).

Como resultado final de estas actuaciones, esta institución entiende que los hechos reflejan una clara problemática en la aplicación de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, y en concreto de su artículo 20, que puede concretarse, a raíz de la sentencia del Tribunal Constitucional, en la falta de criterios por parte de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad respecto a la correcta utilización del artículo 20, en sus justos términos, cuyas consecuencias son, como ha señalado la sentencia del Alto Tribunal ya referenciada, «una situación que va más allá de una mera inmovilización de la persona, instrumental de prevención o de indagación, y por ello, ha de ser considerada como una modalidad de privación de libertad» (fundamento jurídico número 4).

Por todo ello, no se puede dejar de insistir en la preocupación que esta institución ha venido reiteradamente manifestando en todas las comparecencias parlamentarias habidas durante 1993 sobre los problemas que se han detectado en la aplicación de determinados preceptos de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana.

En este sentido sería necesario que al objeto de adecuar la actuación de todos los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado a los principios y pautas señalados por el Tribunal Constitucional en los fundamentos jurídicos tres a seis de su sentencia, se dicten por el Ministerio del Interior las correspondientes instrucciones que garanticen, en todo caso, unidad de criterio en la aplicación del artículo 20 de la aludida ley.

De todas estas consideraciones, sin perjuicio de dejar constancia en el presente informe, se dará traslado en forma de recomendación al Ministerio de Justicia e Interior al amparo del artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981 de 6 de abril.

Recomendación 70/1993, formulada con ocasión del informe a las Cortes Generales correspondiente a 1993, sobre aplicación de medidas coercitivas por funcionarios de prisiones.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 72).

Como ha podido apreciarse, la mayoría de las quejas recibidas o iniciadas de oficio, en relación con presuntos malos tratos en nuestros centros penitenciarios, al ser investigadas ponían de manifiesto que no se trataba de tales, sino de la aplicación legítima de medidas coercitivas por parte de los funcionarios de prisiones, tendentes a corregir comportamientos violentos o de resistencia por parte de los internos.

A estas medidas se refiere el artículo 45 de la Ley Orgánica General Penitenciaria a cuyo tenor:

«1. Sólo podrán utilizarse, con autorización del Director, aquellos medios coercitivos que se establezcan reglamentariamente en los casos siguientes:

- a) Para impedir actos de evasión o de violencia de los internos.
 - b) Para evitar daños de los internos a sí mismos, a otras personas o cosas.
 - c) Para vencer la resistencia activa o pasiva de los internos a las órdenes del personal penitenciario en el ejercicio de su cargo.
2. Cuando ante la urgencia de la situación se tuviere que hacer uso de tales medios, se comunicará inmediatamente al director, el cual lo pondrá en conocimiento del juez de vigilancia.
3. El uso de las medidas coercitivas estará dirigido exclusivamente al restablecimiento de la normalidad y sólo subsistirá el tiempo estrictamente necesario.

4. En el desempeño de sus funciones de vigilancia los funcionarios de instituciones penitenciarias no podrán utilizar armas de fuego.»

Por su parte, el Reglamento Penitenciario dispone en su artículo 123 que:

«1. A los efectos prevenidos en el artículo 45 de la Ley, se consideran medios coercitivos: el aislamiento provisional, la fuerza física personal, las defensas de goma, los sprays de acción adecuada y las esposas.

2. La utilización de estos medios, sin perjuicio del cumplimiento de las demás exigencias que establece el citado artículo 45 de la Ley Orgánica, será comunicada inmediatamente al juez de vigilancia, haciendo constar los motivos de la misma.»

Así pues, la legislación penitenciaria prevé el uso legítimo de la fuerza física en relación con los internos en los términos expuestos, estableciendo como garantía básica, la intervención del juez de vigilancia.

Ahora bien, el adecuado funcionamiento y eficacia de la garantía judicial legalmente prevista para estos supuestos, requiere, de un lado, que la comunicación que el centro efectúe al juez, tal y como reclama el precepto reglamentario transcrito, sea motivada y, de otro, una postura activa de la jurisdicción.

La existencia de posibles abusos en la utilización de estas medidas coercitivas sólo puede ser evitada si en la comunicación que se remite al juzgado constan con exactitud las circunstancias específicas que han determinado su adopción, qué medidas concretas de las reglamentariamente previstas han sido adoptadas y su exacta duración, ya que son éstos, fundamentalmente, los extremos sobre los que habrá de versar el correspondiente control de la jurisdicción.

Por ello, en las investigaciones que se han llevado a cabo, hemos solicitado información sobre el contenido concreto de la comunicación enviada por los centros al juzgado de vigilancia en cumplimiento de la ley penitenciaria y sobre la resolución adoptada, en su caso, al respecto por el órgano jurisdiccional.

Como ha podido apreciarse, de la lectura de los apartados anteriores se desprende que, en la mayoría de los casos, las comunicaciones que los centros remiten al juzgado son tan extremadamente esquemáticas que no permiten conocer al órgano jurisdiccional si concurren o no los presupuestos legalmente necesarios para la aplicación de estas medidas coercitivas ni su intensidad o duración.

De otra parte, como ha podido también observarse, en los supuestos investigados por esta institución, los juzgados de vigilancia, en la mayoría de los casos expuestos, no suelen tampoco solicitar de los centros información complementaria alguna.

A la vista de cuanto antecede, esta institución considera necesario que las comunicaciones que los centros remitan a los juzgados de vigilancia en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, contengan la motivación a que ha venido haciéndose referencia y todos cuantos datos permitan el imprescindible control que al órgano jurisdiccional le está encomendado por la normativa penitenciaria, cuya efectividad reclama por otra parte, una postura activa de la jurisdicción.

Recomendación 71/1993, formulada con ocasión del informe a las Cortes Generales correspondiente a 1993, sobre derecho a la intimidad en los centros penitenciarios.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 91).

Las investigaciones que acaban de ser expuestas nos llevan a plasmar en el presente informe algunas consideraciones en relación con las prácticas que han quedado reflejadas, relativas a los desnudos, flexiones y pruebas radiológicas que se realizan en algunos casos a los internos.

La obligación legal de la Administración penitenciaria de velar por la retención y custodia de los internos, así como por su vida e integridad (artículos 1 y 3.4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria) conlleva, sin duda, un deber correlativo de garantizar la seguridad y conseguir una convivencia ordenada en los centros penitenciarios (artículos 41.1 de la ley orgánica mencionada y artículo 8 del reglamento).

A estas finalidades —sin olvidar nunca el fin primordial resocializador constitucional y legalmente previsto— responden diversas medidas limitativas de los derechos de los internos que se encuentran debidamente previstas en la ley y posteriormente desarrolladas en el reglamento.

Entre ellas se encuentran los cacheos y registros en las personas de los internos a los que se refiere el artículo 23 de la Ley Orgánica General Penitenciaria al disponer que «los registros y cacheos en las personas de los internos, sus pertenencias y locales que ocupen, los recuentos, así como las requisas de las instalaciones del establecimiento, se efectuarán en los casos, con las garantías y periodicidad que reglamentariamente se determinen y dentro del respeto. a la dignidad de la persona».

Por su parte, el Reglamento Penitenciario prevé esta medida de «cacheo de su persona y registro de sus enseres» para los preventivos en su artículo 29; para los penados en centros de régimen cerrado y departamentos

especiales, estos cacheos o requisas están previstos en el artículo 46; y, para los establecimientos de régimen abierto, se encuentran prohibidos por el artículo 45.

Por su parte, el artículo 76 de este reglamento, encuadrado dentro del Capítulo VI, Seguridad y Vigilancia, del Título II, del Régimen Penitenciario, al establecer las actividades a través de las cuales debe organizarse la vigilancia y seguridad interior de los centros penitenciarios, prevé, entre otras, «los registros de ropas y enseres de los internos», así como las «requisas de... las celdas o dormitorios y de los locales de uso común», debiendo redactarse partes de todos los registros y requisas, con indicación del resultado, que deberán firmarse por los funcionarios que los hayan efectuado.

Como puede observarse, los preceptos indicados desarrollan expresamente, entre otras medidas, la forma específica en que deben realizarse los recuentos de internos o las requisas de las celdas y otros espacios, sin entrar a desarrollar de manera concreta como deban practicarse —a salvo, claro está, la indicación del necesario respeto a la dignidad de la persona— los cacheos y registros personales, ni si en este último supuesto se encuentran incluidas las modalidades a que hacen referencia las investigaciones expuestas y, en concreto, los desnudos integrales, las flexiones, así como las pruebas radiológicas.

En cualquier caso, todas estas medidas inciden de forma grave en el derecho a la intimidad de los internos, suponiendo una limitación al mismo que, aún cuando pudiera entenderse factible en atención a la redacción del artículo 25.2 de la Constitución («el condenado a pena de prisión que estuviese cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este capítulo, excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria») requiere, en cuanto limitaciones que son a un derecho fundamental, someterse de forma escrupulosa al régimen que para la limitación de aquéllos ha establecido la jurisprudencia constitucional, esto es, que se apliquen únicamente en supuestos de excepcionalidad, con adecuada motivación y en base a criterios de proporcionalidad.

Resultaría pues, rechazable, desde el punto de vista constitucional, la realización de tales prácticas sin los requisitos que acaban de exponerse, de forma indiscriminada o con finalidad sancionadora y para ello, la garantía judicial deviene inevitable.

Es la autoridad judicial y en concreto el juez de vigilancia penitenciaria el que debe controlar que tales requisitos, ínsitos a la limitación de los derechos fundamentales, sean respetados por la Administración penitenciaria.

Para ello, a juicio de esta institución, —y sin perjuicio de que una regulación legal redundaría en beneficio de la seguridad jurídica— resultaría necesario que tales prácticas fueran, en todo caso, inmediatamente comunicadas a la autoridad judicial, expresándose de forma motivada las circunstancias de excepcionalidad y proporcionalidad que han concurrido en cada caso concreto, en forma análoga a la previsión contenida en los artículos 45 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 123 del Reglamento en relación con las medidas coercitivas.

Por último, en cuanto a las pruebas radiológicas, y debido a que éstas pudieran incidir en la salud de los internos, a los anteriores requisitos habría que añadir la necesidad de que se respeten los criterios que en cuanto a justificación, optimización y limitación de dosis han sido establecidos por la Comisión Interministerial de Protección Radiológica e incluidos en el Reglamento de protección sanitaria contra las radiaciones ionizantes, aprobado por Real Decreto 2519/1982, de 12 de agosto, y modificado por Real Decreto 1753/1987, de 25 de noviembre, que incorporan a nuestra legislación las Directivas comunitarias 80/836/EURATOM y 84/467/EURATOM.

Recomendación 72/1993, formulada con ocasión del informe a las Cortes Generales correspondiente a 1993, sobre internos clasificados en primer grado, primera fase.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 124).

Trascendiendo del caso concreto objeto de la presente investigación de oficio, y a la vista de las quejas recibidas y de las visitas realizadas a los departamentos de régimen especial de los centros penitenciarios de Alicante, Almería, Badajoz, El Dueso, Madrid III, Madrid W y Puerto de Santa María I, esta institución ha valorado la necesidad de reflejar en el presente informe las consideraciones que a continuación se exponen en relación con la situación especial de los internos clasificados en primer grado de tratamiento e incluidos en el fichero de internos de especial seguimiento antes mencionado. Todo ello sin perjuicio de las reflexiones contenidas en otro apartado en relación con las exploraciones radiológicas y su incidencia en el derecho a la intimidad y en la salud de los internos.

a) Desde el inicio de su actividad y por lo que a la Administración penitenciaria se refiere, esta institución ha manifestado una especial preocupación por la situación de los internos clasificados en primer grado de tratamiento que ha sido siempre reflejada en sus informes parlamentarios.

Esta especial preocupación deriva de la mayor severidad, legalmente prevista, para este grado clasificatorio en el que se incluyen los presos caracterizados por su extrema peligrosidad o inadaptación a la vida penitenciaria.

Esta circunstancia ha determinado que por parte del Defensor del Pueblo se haya venido reclamando un mayor esfuerzo de la Administración penitenciaria en orden a conjugar el carácter legalmente restrictivo de este grado clasificatorio, con la ineludible finalidad reeducadora que la Constitución predica de la pena, que no puede ser, en ningún caso, obviada para este grupo de internos.

b) Durante el año 1991 se produjo la aparición de sendas circulares internas tendentes a concretar el régimen aplicable al primer grado clasificatorio.

De un lado, la circular de 2 de agosto de aquel año especificaba el distinto régimen aplicable a cada una de las tres fases en que la Administración ha dividido el primer grado de tratamiento. De otro, la de 2 de octubre, modificó la anterior sólo en lo relativo al régimen aplicable a la primera fase.

En el informe parlamentario correspondiente al año 1991, esta institución realizó ya algunas consideraciones en torno al contenido de ambas circulares, cuyo tenor conviene reproducir en el presente informe:

«Sin duda, la Administración penitenciaria, en cumplimiento de su deber de tratamiento y custodia de la población reclusa, así como de velar por el respeto a la vida y a la integridad física de internos y funcionarios, debe utilizar los medios que se encuentren legalmente a su alcance para impedir que en nuestras cárceles se produzcan rechazables situaciones de desorden, amontonamiento o agresiones a internos o a funcionarios.

Pero la adopción de estas medidas, entre las que se encuentra la aplicación de un régimen más severo, legalmente previsto, a los internos que participan en estas situaciones, no puede hacernos perder de vista el principio constitucional resocializador.

Y así, preocupa a esta institución que el severo régimen previsto para los internos más peligrosos, que son los que se encuentran en la primera fase aludida, al prolongarse en el tiempo, no genere en la práctica más agresividad de la que se ha pretendido evitar con su aplicación, en detrimento del principio constitucional mencionado.

La permanencia en este restrictivo régimen, durante periodos prolongados puede generar un deterioro de la personalidad que obstaculice en gran medida la progresión del tratamiento de estas personas.

Como en anteriores informes hemos señalado, la propia situación genera agresividad, la agresividad provoca conductas sancionables y éstas impiden la progresión de grado.

De otra parte, no puede olvidarse que el régimen previsto en la última circular mencionada llega casi a agotar las previsiones que en cuanto a seguridad y rigor se recogen en nuestra legislación penitenciaria.

Esta circunstancia determina que desde esta institución se reclame una especial sensibilidad y pulcritud en su aplicación para evitar posibles extralimitaciones que serían siempre rechazables y, en su caso, perseguibles.»

c) En el momento de elaborar el presente informe ha transcurrido ya un tiempo razonable para perfilar las consideraciones que acaban de ser expuestas a la vista de las quejas recibidas y de las visitas realizadas a los centros que albergan a este grupo de internos.

La primera observación se refiere a la naturaleza jurídica de las circulares antes mencionadas.

Prescindiendo del debate doctrinal existente al respecto, es lo cierto que no puede atribuirse a las mismas naturaleza de norma jurídica escrita, en cuanto no concurre en ellas un requisito esencial para su conocimiento y eficacia cual es el de su publicación (artículo 9.3 C.E.).

Efectivamente, a pesar de que dichas circulares concretan, precisan e incluso restringen o amplían previsiones contenidas en la ley o el reglamento penitenciario, caracterizándose su contenido por una auténtica innovación del ordenamiento jurídico, no se ha utilizado el instrumento adecuado a su verdadero contenido, esencialmente normativo, sino por el contrario, una mera circular interna.

Sería pues, conveniente que las concreciones del régimen aplicable al primer grado de clasificación penitenciaria se recogieran en una norma jurídica escrita, debidamente publicada, garantizándose así su conocimiento, tanto por los internos como por los jueces de vigilancia penitenciaria, evitándose la utilización de otros instrumentos jurídicos, como las circulares internas, que si bien pueden resultar idóneos en el ámbito de la jerarquía administrativa, no resultan aptos para la innovación del ordenamiento, al ser ésta una función propia de las normas jurídicas.

Por otra parte, de las quejas recibidas y de las visitas realizadas a los centros penitenciarios ha podido también observarse que no resulta infrecuente que algunos internos permanezcan clasificados en la denominada primera fase del primer grado de tratamiento durante prolongados periodos de tiempo.

Ajuicio de esta institución, la necesidad de conjugar el principio constitucional resocializador con la mayor severidad del régimen legalmente aplicable a esta situación penitenciaria, demanda una revisión de la situación personal y penitenciaria de estos internos con una mayor frecuencia que la legalmente prevista (artículos 65.4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 43.3 y 243.4 del Reglamento Penitenciario), revisión ésta que debería ser tanto más frecuente a medida que la situación se prolonga en el tiempo.

En otro orden de cosas, la compleja situación en que suelen encontrarse los internos clasificados en el primer grado penitenciario y, fundamentalmente, en su primera fase, parece también requerir que en la

realización de estas revisiones periódicas y frecuentes intervinieran, en todo caso, profesionales especializados que pudieran efectuar dictámenes de naturaleza multidisciplinar y complementarios a los que se efectúan de ordinario, de tal forma que pudiera abordarse de la forma más completa posible las peculiares circunstancias concurrentes en la situación individualizada de cada interno.

Y por último, no puede dejar de insistirse en la preocupación que esta institución viene reiteradamente manifestando, por la ausencia de actividades que en la práctica está caracterizando a este grado clasificatorio y fundamentalmente a su primera fase.

Como hemos venido exponiendo en nuestros informes parlamentarios, el primer grado penitenciario se caracteriza, entre otros extremos, por una limitación de las actividades en común, pero no por su exclusión absoluta.

Por ello, sería conveniente un mayor esfuerzo por parte de la Administración penitenciaria para promover un aumento de las actividades en estos departamentos que, con el imprescindible control, limitación o vigilancia, favorezca la evolución y progresión de estos penados, ya que el específico grado en que se encuentran no puede suponer, como venimos insistiendo, merma alguna en cuanto a la finalidad resocializadora de la pena (queja 9315608).

De todas estas consideraciones, sin perjuicio de dejar constancia de las mismas, en el presente informe, se dará traslado en forma de recomendación a la Administración penitenciaria, al amparo del artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril.

Recomendación 73/1993, formulada con ocasión del informe a las Cortes Generales correspondiente a 1993, sobre suspensión de la ejecución de actos administrativos para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 122).

En la queja 9318780 el reclamante solicitó la intervención del Defensor del Pueblo por ser, en su opinión, esta institución la única que podría evitar la inmediata demolición de una construcción ordenada por un acuerdo del Ayuntamiento de Torres de la Alameda.

Los hechos, alegados en la queja eran los siguientes:

El día 6 de mayo de 1993, el Ayuntamiento de Torres de la Alameda, de Madrid, dictó acuerdo de demolición de una construcción realizada por determinada sociedad.

La entidad afectada formuló recurso de reposición, cuya resolución desestimatoria puso fin a la vía administrativa e hizo ejecutivo el acto administrativo que ordenaba la demolición.

La empresa titular de la construcción interpuso entonces un recurso contencioso administrativo y pidió, en pieza separada, la suspensión del acto recurrido. Tal actuación procesal fue comunicada al ayuntamiento, mediante certificación acreditativa del planteamiento de la cuestión incidental de suspensión ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con el ruego de que demorase la demolición hasta que hubiese pronunciamiento jurisdiccional al respecto.

Sin embargo, el pleno del ayuntamiento, en sesión del día 2 de septiembre de 1993, desestimó dicha petición y acordó la demolición forzosa para el día 10 de septiembre posterior, con lo que, por razones de tiempo, se hacía imposible una decisión jurisdiccional sobre la medida cautelar de suspensión solicitada.

La entidad formulante de la queja se encontró, por consiguiente, con la ausencia de mecanismos legales para paralizar la ejecución de un acto administrativo que era susceptible de causar perjuicios irreparables y sobre cuya ejecución forzosa se había pedido el control judicial.

Y esa fue la razón del auxilio solicitado al Defensor del Pueblo quien, tras dictar resolución de inadmisión de la queja, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 17.1 de su ley orgánica, por estar el asunto en trámite de procedimiento judicial, sometió a la consideración del alcalde la procedencia de suspender la ejecución de la demolición proyectada, por el tiempo necesario para que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se pronunciase sobre la ejecutividad del acuerdo municipal impugnado, ya que, en el supuesto de que éste se suspendiese por el citado tribunal, se producirían daños de difícil reparación.

El Ayuntamiento afectado no atendió tal petición, razón por la cual, habida cuenta de la existencia de casos en la práctica de características parecidas, resulta conveniente efectuar una reflexión al respecto y plantear la conveniencia de modificación del artículo 123.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 7.2 de la Ley sobre Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, en el sentido de que la Administración pública autora del acto impugnado debería demorar su ejecución, salvo casos excepcionalmente tasados, hasta tanto no exista una resolución judicial firme acerca de la petición de suspensión formulada por el actor.

En los preceptos citados se prevé la posibilidad de pedir la suspensión de la efectividad del acto impugnado, petición que «se sustanciará en pieza separada», a cuyo efecto se establece una tramitación (dictámenes, informes; audiencia de las partes demandadas y coadyuvantes...), cuya realización en el tiempo permite a la Administración ejecutar el acto, en estricto cumplimiento de lo establecido en los artículos 94 y 95 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, antes de que el tribunal se pronuncie sobre la suspensión pedida, en función de que los daños y perjuicios que tal ejecución hubiere de ocasionar sean irreversibles o de difícil reparación, haciendo ponderación, por otra parte, de los intereses públicos en juego.

De ocurrir semejante eventualidad se podría vulnerar, en opinión del Defensor del Pueblo, el artículo 24.1 de la Constitución, ya que, con la precipitación en la ejecución, se impide de facto que la ejecutividad pueda ser objeto de revisión jurisdiccional.

Impedir este resultado, mediante la modificación legislativa propuesta, sería, por otra parte, conforme con la doctrina del Tribunal Constitucional, quien, en su sentencia 66/1984, de 6 de junio (F.D. 3), mantuvo el criterio de

que «estando abierto el control judicial, por la ya incidental con ocasión de la impugnación del acto, de modo que se garantice la valoración de los intereses comprometidos por la ejecutividad, o por la suspensión, intereses que son, junto a los de las partes en eventual litigio, los intereses generales, el contenido esencial del derecho a la tutela judicial no padece».

La rigurosidad de la regla de la no suspensión, añade el Tribunal, arbitrando, para las hipótesis estimatorias del recurso, difíciles fórmulas reintegrativas o permitiendo situaciones irreversibles, podría dañar el derecho a la tutela judicial y justificaría que desde la idea del artículo 24.1 de la Constitución se reinterpretasen los preceptos aplicables (entre ellos, el artículo 122.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

El derecho a la tutela, en definitiva, se satisface pues 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. Pero para ello, es preciso que la Administración pública no ejecute el acto hasta tanto no exista control judicial sobre su ejecutividad.

En el caso antes planteado, la entidad recurrente y formulante de la queja no gozó en la práctica de dicha garantía, ya que se procedió a la demolición antes de que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid tuviese oportunidad de pronunciarse sobre la suspensión de la misma. Por esta razón, se vio afectado su legítimo derecho a gozar de la tutela judicial efectiva de los tribunales en lo referente a la revisión jurisdiccional de la ejecución forzosa del acto recurrido con carácter previo a la sentencia firme que a la postre se dictase.

La anterior observación no empece la adecuación a la Constitución del sistema de ejecutoriedad de los actos administrativos.

En efecto, dicho sistema se halla sólidamente fundamentado en el ordenamiento jurídico español, tal como es constatable, entre otros, en los artículos 44, 45, 101, 102 y 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, hoy sustituidos por el artículo 94 de la Ley de 26 de noviembre de 1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; y el artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a cuyo tenor «la interposición de un recurso contencioso-administrativo no impedirá a la Administración ejecutar el acto o la disposición objeto del mismo, salvo que el Tribunal acordare, a instancia del actor, la suspensión».

El fundamento de dicha técnica jurídica se asienta en la potestad de autotutela de la Administración, que ha merecido el reconocimiento del Tribunal Constitucional, entre otras, en la Sentencia 22/1984, de 17 de febrero, en la que se declara que «la potestad de la Administración de

autoejecución de las resoluciones y actos dictados por ella, se encuentra en nuestro Derecho positivo vigente legalmente reconocida y no puede considerarse que sea contraria a la Constitución». Y que, si bien es verdad que el artículo 117.3 de la Constitución atribuye al monopolio de la potestad jurisdiccional consistente en ejecutar lo decidido a los jueces y tribunales establecidos en las leyes, no es menos cierto que el artículo 103 reconoce como uno de los principios a los que la Administración pública ha de atenerse, el de eficacia «con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho», siendo un instrumento al servicio de dicha eficacia, entre otros, el de la potestad de autotutela o de autoejecución practicable genéricamente por cualquier Administración pública con arreglo al artículo 103 de la Constitución.

Recomendación 74/1993, formulada con ocasión del informe a las Cortes Generales correspondiente a 1993, sobre modificación del régimen jurídico de la propiedad horizontal, para eliminar la exigencia de quorum alguno para la adopción de acuerdos que tengan por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 718).

1. La Ley 3/1990, de 21 de junio ha modificado el artículo 16 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, en relación con la adopción de acuerdos que tengan por finalidad facilitar el acceso y movilidad de los minusválidos en el edificio de su vivienda. A partir de la indicada norma legal cuando los acuerdos que impliquen aprobación o modificación de reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad o en los estatutos «tengan por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso y movilidad de las personas con minusvalía, bastará el voto de las 3/5 partes del total de los propietarios que a su vez representen las 3/5 partes de las cuotas de participación».

2. Sin embargo, se considera que la modificación sigue siendo insuficiente, desde la perspectiva de las normas especiales protectoras de los minusválidos, tales como la Ley 13/1982, de 7 de abril, y demás disposiciones reglamentarias de desarrollo, así como teniendo en cuenta los artículos 9 y 49 de la Constitución que imponen la integración real de los minusválidos en los grupos sociales, económicos, culturales, laborales, recreativos, etc. evitando su aislamiento y marginación.

La cuestión, referida a un caso similar al planteado en la queja referenciada, fue estudiada por una sentencia de 20 de junio de 1990 de la Audiencia Provincial de Bilbao, publicada con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/1990, de 21 de junio, por el que se modificó la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal. En uno de los fundamentos de derecho de la sentencia se afirma «Sin perjuicio de que ante futuras controversias análogas a la actual pudiera la Sala eventualmente plantear cuestión de inconstitucionalidad pues pese a que el legislador ordinario con la

nueva norma, al exigir ahora mayoría de los 3/5 frente a la unanimidad anterior prevenida en el artículo 16, pretende, en un esfuerzo de sensibilidad a favor de los minusválidos y su efectiva integración, —hacer más fácil la efectividad del derecho de todos los ciudadanos a la igualdad (artículo 14 de la Constitución)—, esta modificación incurre —a juicio de la Sala— en el error de dejar las cosas cualitativamente como antes, esto es, abandonar a la voluntad de un grupo de comuneros (ante todos, y ahora 3/5) la decisión relativa al goce o no de un ciudadano (el minusválido) de un derecho fundamental, olvidando el artículo 9 de la Constitución según el cual la tutela de estos derechos corresponde a los poderes públicos (legislativo, ejecutivo y judicial), pero también a todos los ciudadanos, y por ende, a la junta de propietarios, que no podrá en ningún caso, y siempre que concurren las condiciones fácticas enumeradas en nuestra resolución, adoptar un acuerdo que vulnere cualquier derecho fundamental proclamado en el texto constitucional».

El criterio jurisprudencial anteriormente expuesto es plenamente compartido por el Defensor del Pueblo que recomienda al Ministerio de Justicia la elaboración de un proyecto de ley que modifique la Ley de 21 de julio de 1960, de Propiedad Horizontal, que establezca la no exigencia de quorum alguno para la adopción de acuerdos cuando se trate de efectuar obras, en edificios en régimen de propiedad horizontal, que tengan por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso y movilidad de las personas con minusvalía.

Recomendación 75/1993, reflejada en el informe a las Cortes Generales correspondiente a 1993, sobre información a los compradores de armas blancas respecto de las condiciones de su posesión y uso.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 209).

Merece especial atención en este apartado un grupo de quejas en las que se aborda la problemática surgida respecto a la posesión de armas punzantes de venta libre y las subsiguientes sanciones impuestas a los poseedores de las mismas, aún cuando no aparece de una forma especialmente clara el tipo objeto de sanción por estos hechos ni en el Reglamento de Armas ni en la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana.

Ante la gran cantidad de quejas recibidas durante este año (9317554, 9318886, 9319348, 9319577...), todas ellas relacionadas con la imposición de multas por portar objetos punzantes de venta libre en establecimientos públicos, esta institución ha iniciado una investigación general ante el Ministerio del Interior.

Así, en la queja 9317554 el interesado exponía que fue denunciado por miembros de la Guardia Civil por llevar, entre los utensilios para una acampada que iba a realizar junto con un grupo de amigos, una navaja de 19,5 cm., siéndole impuesta a consecuencia de estos hechos una sanción económica.

Contra la mencionada sanción interpuso los pertinentes recursos, haciendo constar, entre otras cuestiones, que la navaja era propiedad de otro de los integrantes del grupo, siendo confirmada la sanción en todos sus extremos.

Admitida la queja a trámite, se ha participado por el Ministerio del Interior, que estas armas están totalmente prohibidas, no sólo para tenencia, sino incluso su fabricación e importación.

Examinada la contradicción existente entre la comunicación enviada por el Ministerio del Interior y la realidad expuesta por los ciudadanos, en el sentido de que este tipo de armas son de venta libre, se recabó nueva información en este sentido del Ministerio del Interior, siendo manifestado por este departamento que si bien está prohibida la tenencia y el uso de navajas no automáticas cuya hoja exceda de 11 cms., si se permite la comercialización de dichas navajas para su tenencia exclusivamente en el propio domicilio, con fines de ornato y coleccionismo.

A pesar de que existe una cobertura legal para estos casos, lo cierto es que las personas que han acudido a esta institución por haber sido sancionados al portar esas navajas han puesto de manifiesto su desconocimiento de esta prohibición o la falta de información sobre las consecuencias que implica su uso.

La apreciación en el ámbito administrativo sancionador de los principios de derecho penal relativos al error, recogidos ya en el Código Penal, hacen necesario plantear la exigencia que tales principios debieran ser de aplicación en los expedientes administrativos sancionadores aludidos, toda vez que como se ha acreditado, existe desconocimiento por parte de los interesados sobre los efectos últimos que el vigente Reglamento de Armas determina respecto a la posesión y uso de estas navajas.

Asimismo, cabe hacer una reflexión, siguiendo la argumentación anterior, respecto a la obligación que compete a la Administración de exigir a quienes se dedican a la venta al público de estas armas, que informen de manera inequívoca a los compradores respecto de las condiciones sobre su posesión y uso.

Es por ello por lo que esta institución se ha dirigido al Ministerio del Interior planteando las siguientes recomendaciones:

«1. Que se adopten las medidas oportunas, al objeto de que todos los documentos que por la Administración puedan ser utilizados en la tramitación de expedientes relativos al Reglamento de Armas reúnan los requisitos legales oportunos y, en concreto, hagan mención a aquellos preceptos que no se encuentren actualmente derogados.

2. Que se dicten instrucciones precisas a las intervenciones de armas, al objeto de que se exija a los establecimientos abiertos al público, en los que se venden armas blancas que por sus características no suelen ser objeto de uso por particulares si no es con arreglo a las prescripciones del vigente Reglamento, para que se advierta a los interesados que no pueden ser portadas por los mismos de forma libre.

3. Se extremen las medidas de vigilancia por parte de las unidades de la Guardia Civil encargadas de la intervención de armas, al objeto de que no se vendan libremente armas blancas que puedan ser consideradas prohibidas por la ley en establecimientos abiertos al público.»

Recomendación 76/1993, reflejada en el informe a las Cortes Generales correspondiente a 1993, sobre necesidad de dictar resolución favorable o denegatoria de la declaración de objeción de conciencia, en las solicitudes presentadas.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 133).

En la queja 9317480, los representantes de una asociación indicaban que, por orden expresa dada, al parecer, por el Director General de Asuntos Religiosos y de Objeción de Conciencia, el Consejo Nacional de Objeción de Conciencia estaba requiriendo, en algunos casos, que los solicitantes de la condición de objetor completasen su solicitud con una serie de datos, en concreto, titulación académica profesional, sector en el que preferentemente desea realizar la prestación social sustitutoria y ocupación laboral.

En dichas comunicaciones igualmente se indicaba: «transcurridos tres meses, sin cumplimentar lo arriba referido, se procederá a la caducidad del expediente, con el archivo de las actuaciones realizadas».

Se procedió a solicitar información ante el Consejo, sobre la fundamentación legal de esas peticiones, así como la fundamentación para dictar resolución de archivo de la solicitud, en lugar de estimar o desestimar las solicitudes, excluyendo a los solicitantes de la vía de recursos, prevista en la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, reguladora de la Objeción de Conciencia y de la Prestación Social Sustitutoria y en su Reglamento.

En el informe del Consejo, entre otras cuestiones, se indicaba:

«La resolución de archivo se fundamenta en la falta de requisitos formales de la petición, que impide al consejo conocer sobre el fondo del asunto. No es que se deniegue el reconocimiento de la condición de objetor sino que no puede ser examinado, como sucede en todos los casos de defecto formal.

A estos efectos hay que advertir que el art. 4 de la Ley 48/84 sólo regula la decisión del Consejo respecto al fondo de la cuestión, pero presupone el

cumplimiento de los requisitos formales establecidos. La subsanación de los defectos de forma es una fórmula beneficiosa para el solicitante cuya finalidad no es otra que facilitar la resolución. El mismo art. 11 del Reglamento del Consejo, citado en su escrito, prevé resoluciones de expedientes “sin haber resuelto sobre el fondo”.

Por último, el Consejo evidentemente no excluye la posibilidad de recurso alguno, que podrán ser interpuestos conforme al art. 58 de la Ley 30/92 (“cualquier otro que estimen procedente”). Se indican los recursos ordinarios contra la resolución de archivo sin que el Consejo estime necesario indicar también los extraordinarios, como es el previsto en la Ley 62/78, cuya indicación no se ha venido considerando necesaria en la práctica de las Administraciones Públicas. Sin embargo, no hay inconveniente en hacerlo como ya se practica en las “denegaciones” al resolver el fondo del asunto.»

A la vista de lo anterior, esta institución se ha dirigido al Consejo Nacional de Objeción de Conciencia y a la Dirección General de Asuntos Religiosos y de Objeción de Conciencia, formulando la siguiente recomendación:

«Si la solicitud presentada por los interesados para obtener la condición de objetor de conciencia, reúne los requisitos mínimos necesarios como son los datos personales, situación militar del solicitante y exposición detallada de los motivos de conciencia, el Consejo Nacional de Objeción de Conciencia deberá dictar resolución favorable o denegatoria de la declaración de objeción de conciencia, advirtiéndole al interesado de los posibles recursos, tanto en vía ordinaria como extraordinaria, que caben contra la misma.»

Recomendación 77/1993, reflejada en el informe a las Cortes Generales correspondiente a 1993, sobre garantías en la concesión de permisos penitenciarios.

(BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 126).

La relación que indudablemente existe entre el régimen de permisos penitenciarios y el principio constitucional de reeducación y reinserción social, determina la inclusión en este apartado de una queja recibida en el curso del año 1992 en relación con esta cuestión.

En dicha queja se hacía referencia a un concreto acontecimiento ampliamente reflejado en los medios de comunicación, relativo a un delito presuntamente cometido por un interno, durante el transcurso de un permiso de salida que le había sido concedido por un juez de vigilancia penitenciaria.

Trascendiendo de este concreto suceso, en la queja de referencia se solicitaba la intervención del Defensor del Pueblo, con carácter general, en relación con el actual funcionamiento de nuestro sistema penitenciario en materia de permisos de salida y, en concreto, de los mecanismos legal y reglamentariamente existentes para aunar el principio constitucional de resocialización al que dichos permisos responden, con las necesarias cautelas que deben adoptarse en su concesión para la adecuada protección del interés social.

Sin duda, una de las garantías más idóneas que nuestra ley establece para conseguir una correcta utilización del sistema de permisos penitenciarios se encuentra en la propia figura del juez de vigilancia penitenciaria al que corresponde autorizar dichos permisos, entre otros casos, cuando su duración sea superior a dos días [art. 72.2.i) de la Ley Orgánica General Penitenciaria], tras los correspondientes informes de los equipos técnicos o las juntas de régimen, en su caso.

Por ello, y en la medida en que la figura del juez de vigilancia penitenciaria se erige en pieza clave del adecuado funcionamiento de nuestro sistema penitenciario, constituye una preocupación de esta institución el adecuado funcionamiento de esta estructura judicial, para lo cual resulta imprescindible su plena dotación, formación adecuada en relación con esta función específica y su adecuada carga competencial que le permitan desarrollar su función con la eficacia constitucionalmente exigida.

A la vista de estos antecedentes, esta institución inició la correspondiente investigación de carácter general, tanto ante el Consejo General del Poder Judicial, en lo relativo a la situación actual de la estructura de Juzgados de vigilancia penitenciaria, como ante la Secretaría General de Asuntos Penitenciarios, en relación, por un lado, con la dotación y funcionamiento de los equipos de observación y tratamiento puesto que, en aquellos permisos de salida cuya duración sea superior a las 48 horas, son los encargados de elaborar los correspondientes informes sobre los que el juez de vigilancia penitenciaria habrá de valorar la concesión o denegación de los mismos, y por otro, acerca de sí por parte de la Administración penitenciaria se había arbitrado algún sistema que permita a los jueces de vigilancia penitenciaria recabar, cuando lo estimen necesario, informes psiquiátricos o de otra índole, complementarios de los emitidos por los equipos, con carácter previo a la autorización o denegación de dichos permisos.

INDICE ANALITICO DE RECOMENDACIONES

- Actividades clasificadas
- Galende (Zamora), **68**
- Administración de Justicia
- Oposiciones, **4**
- Ancianos
- Residencias, **20**
- Armas blancas
- Posesión y uso, **75**
- Asistencia sanitaria
- Confidencialidad historia clínica, **58**
- Derechos de los usuarios, **33;57**
- Becas y ayudas
- Investigación, **2; 53**
- Proyecto fin de carrera, **26**
- Centros docentes
- Admisión alumnos, **38;39**
- Extranjeros, **40;41;42;43**
- Familias numerosas
- Empleo, **23**
- Tarifas Renfe, **5**
- Farmacias
- Instalación, **14**
- Fármacos
- Productos, **13**
- Fuerzas y cuerpos de seguridad
- Artículo 20 L.O. 1/1992, **69**
- Expedientes disciplinarios, **32**
- Reconocimiento físico, **31**
- Registros y cacheos, **31**
- Tenencia y uso de armas, **36**
- Intervenciones médicas
- Tiempos de espera, **29**
- Intimidad
- Menores, **7**
- Prisiones, **71**
- Registros y cacheos, **31**
- Investigación
- Becas, **2**
- La Coruña
- Prestaciones familiares, **37**
- Menores
- Fronteras, **45**
- Intimidad, **7**
- Minas, **49**
- Minusválidos
- Barreras arquitectónicas, **74**
- Plazas en centros públicos, **21**
- Objeción de conciencia
- Servicio militar, **76**
- Pensiones
- Clases pasivas, **60**
- Guerra civil, **28;35;56**
- Invalidez, **34**
- Permisos de conducir
- Traducciones oficiales, **62**
- Personal
- Concursos de traslado, **18;65**
- Docente, **11;12;22;25;54**
- Laboral, **61**
- Militar, **32**

Plus de asistencia, **16**
Prestaciones familiares, **37**
Sanitario, **24**
Seguridad e higiene, **9**
Selección, **4;10;15;17;19;59;61;63**
Prestaciones de la Seguridad Social
Hospitalización psiquiátrica, **8**
Prisiones
Intimidad, **71**
Medidas coercitivas, **70**
Permisos, **77**
Primer grado, **72**
Renfe
Familias numerosas (reducciones), **5**
Servicio militar
Destinos, **27**
Voluntariado especial, **6**
Tasas
Académicas, **67**
Tercera edad
V. ancianos

Títulos académicos
Ciencias de la salud, **1**
Trabajadores
Autónomos, **66**
Tributos
Comprobación de valores, **44**
Devolución, **52**
Liquidación tributaria, **51**
Vía de apremio (notificaciones), **50**
Tutela judicial
Actos administrativos, **73**
Universidades
Tesis doctoral, **30**
Vehículos automóbiles
Características técnicas, **55**
Vías pecuarias, **47;48**
Vivienda
Multipropiedad, **64**
Promoción pública, **46**