

**RECOMENDACIONES  
Y  
SUGERENCIAS  
2006**



**DEFENSOR DEL PUEBLO**

**RECOMENDACIONES  
Y  
SUGERENCIAS  
2006**

Madrid, 2007

## **España. Defensor del Pueblo**

Recomendaciones y sugerencias 2006 / Defensor del Pueblo – Madrid : Defensor del Pueblo, 2007. – [398] p.; 24 cm

ISBN: 978-84-87182-01-3

1. Resoluciones – Recomendaciones – España – Defensor del Pueblo I. Título.



Se permite la reproducción total o parcial del contenido de esta publicación, siempre que se cite la fuente. En ningún caso será con fines lucrativos.

© Defensor del Pueblo

Eduardo Dato, 31 - 28010 Madrid

Correo electrónico: [servicio.publicaciones@defensordelpueblo.es](mailto:servicio.publicaciones@defensordelpueblo.es)

Internet: <http://www.defensordelpueblo.es>

ISBN: 978-84-87182-01-3

Depósito legal: M-30750-2007

## SUMARIO

	<i><u>Página</u></i>
<b>Recomendación 1/2006, de 2 de enero</b> , sobre adopción de medidas para que todos los solicitantes puedan realizar pruebas libres de acreditación de conocimientos en la Comunidad de Madrid . . . . .	17
<b>Recomendación 2/2006, de 2 de enero</b> , sobre modificación de normativa de admisión de alumnos de Madrid para que puedan tenerse en cuenta variaciones significativas de las rentas familiares . . . . .	21
<b>Recomendación 3/2006, de 2 de enero</b> , sobre advertencia al Ayuntamiento de Colmenarejo de irregularidad al ordenar la aplicación de un criterio de admisión que no responde a la normativa . . . . .	25
<b>Recomendación 4/2006, de 3 de enero</b> , sobre resolución expresa . . . . .	29
<b>Recomendación 5/2006, de 11 de enero</b> , sobre la reducción de horario que afecta a algunos profesores tutores . . . . .	33
<b>Recomendación 6/2006, de 11 de enero</b> , sobre límites de las facultades de los Consejos de Escolarización de la Comunidad autónoma . . . . .	39
<b>Recomendación 7/2006, de 12 de enero</b> , para que se suprima la exigencia de aportar certificado de antecedentes penales cuando el solicitante es mayor de edad, para la obtención de tarjeta de familiar de residente comunitario . . . . .	43
<b>Recomendación 8/2006, de 13 de enero</b> , sobre reformas legislativas en relación con los accidentes de tráfico . . . . .	47

---

	<i>Página</i>
<b>Recomendación 9/2006, de 13 de enero</b> , para que se clausure el centro de atención a menores extranjeros no acompañados de Los Llanos Pelados (Fuerteventura), trasladando a los menores acogidos a unas instalaciones idóneas y reorientando el proyecto socioeducativo . . . . .	53
<b>Recomendación 10/2006, de 13 de enero</b> , para que se clausure el centro de atención a menores extranjeros no acompañados de Los Llanos Pelados (Fuerteventura), trasladando a los menores acogidos a unas instalaciones idóneas y reorientando el proyecto socioeducativo . . . . .	57
<b>Recomendación 11/2006, de 20 de enero</b> , sobre inclusión en impresos de preinscripción en centros docentes de Cataluña, de información sobre derechos lingüísticos de los alumnos . . . . .	61
<b>Recomendación 12/2006, de 25 de enero</b> , para que en los procedimientos de devolución los interesados puedan hacer uso de su derecho a solicitar asistencia jurídica y ésta se preste de manera efectiva e individualizada en todas sus fases . . . . .	65
<b>Recomendación 13/2006, de 27 de enero</b> , relativa a que se dicten las instrucciones oportunas para que, cuando se trate de determinar la responsabilidad de funcionarios de la Policía Nacional denunciados por la presunta comisión de un delito, y los denunciantes o los testigos de los hechos denunciados pudiesen estar incurso en un ilícito administrativo, no se adopten medidas contra los mismos que dificulten o impidan su asistencia al correspondiente juicio o el pleno ejercicio del derecho que les corresponde a obtener la tutela judicial efectiva . . . . .	67
<b>Recomendación 14/2006, de 27 de enero</b> , sobre resolución expresa . .	71
<b>Recomendación 15/2006, de 7 de febrero</b> , sobre establecimiento de criterios sobre la equivalencia de las calificaciones de estudios totales universitarios homologados . . . . .	75
<b>Recomendación 16/2006, de 7 de febrero</b> , sobre la imprecisa redacción de una norma autonómica sobre precios públicos universitarios, respecto a los requisitos para la exención . . . . .	79
<b>Recomendación 17/2006, de 10 de febrero</b> , para que las solicitudes de los ciudadanos sean recepcionadas y tramitadas regularmente para su resolución, según proceda en Derecho . . . . .	81

---

	<i>Página</i>
<b>Recomendación 18/2006, de 10 de febrero</b> , sobre la recepción de comunicaciones personales en los centros educativos . . . . .	85
<b>Recomendación 19/2006, de 10 de febrero</b> , sobre adopción de medidas inmediatas, para que los ciudadanos que lo soliciten dispongan de la versión en castellano, de los documentos expedidos por el Ayuntamiento . . . . .	87
<b>Recomendación 20/2006, de 13 de febrero</b> , sobre información a los ciudadanos de las restricciones de la circulación, que sean necesarias como consecuencia de obras u otros eventos a través de la página web del Ayuntamiento y, además, mediante carteles en los portales, escritos en los buzones u otros medios que se consideren adecuados para conseguir la más amplia difusión de las medidas que se vayan a adoptar, en aras a que todos los ciudadanos afectados tengan cumplido y anticipado conocimiento de las mismas . . . . .	91
<b>Recomendación 21/2006, de 22 de febrero</b> , sobre condiciones de aplicación de medidas contra la contaminación acústica . . . . .	93
<b>Recomendación 22/2006, de 28 de febrero</b> , sobre el deber de respetar los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso a la función pública . . . . .	103
<b>Recomendación 23/2006, de 28 de febrero</b> , sobre la necesidad de que se garantice el acceso de los aspirantes discapacitados a la función pública, en condiciones de igualdad, mérito y capacidad . . . . .	107
<b>Recomendación 24/2006, de 1 de marzo</b> , sobre la falta de resolución de un expediente de responsabilidad patrimonial . . . . .	111
<b>Recomendación 25/2006, de 1 de marzo</b> , sobre modificación del calendario de las pruebas de acceso a la Universidad de Cataluña . . . .	115
<b>Recomendación 26/2006, de 8 de marzo</b> , sobre la conveniencia de adecuar los recursos en materia de transporte sanitario de carácter urgente, a las necesidades de la población residente en la Comunidad de Madrid . . . . .	119
<b>Recomendación 27/2006, de 14 de marzo</b> , para que se articule un procedimiento que permita conocer las circunstancias que han determinado la emisión de un informe gubernativo desfavorable, con	

SUMARIO

---

	<i>Página</i>
salvaguada del derecho a la intimidad y a la propia imagen de la persona a la que se refiera . . . . .	123
<b>Recomendación 28/2006, de 14 de marzo</b> , sobre la condición de interesado en el procedimiento sancionador y el acceso a cualesquiera documentos no nominativos, contenidos en expedientes de cualquier procedimiento administrativo terminado, sea éste sancionador o no . . .	125
<b>Recomendación 29/2006, de 14 de marzo</b> , sobre cumplimiento de las bases de las convocatorias de ayudas Séneca para movilidad de estudiantes . . .	129
<b>Recomendación 30/2006, de 14 de marzo</b> , sobre la condición de interesado en el procedimiento sancionador y el acceso a cualesquiera documentos no nominativos, contenidos en expedientes de cualquier procedimiento administrativo terminado, sea éste sancionador o no .	133
<b>Recomendación 31/2006, de 14 de marzo</b> , sobre la tramitación de las solicitudes de baja en la colegiación . . . . .	139
<b>Recomendación 32/2006, de 22 de marzo</b> , para que se adopten las medidas oportunas, a fin de resolver las disfunciones advertidas en las dependencias del negociado documento nacional de identidad-pasaportes de la Comisaría Local de Alcobendas (Madrid) y que pueda ofrecerse a los ciudadanos que acudan a las mismas un servicio eficaz . . . . .	145
<b>Recomendación 33/2006, de 22 de marzo</b> , sobre condiciones de reanudación de una actividad molesta de temporada . . . . .	147
<b>Recomendación 34/2006, de 23 de marzo</b> , sobre solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de Medidas Sanitarias Frente al Tabaquismo y Reguladora de la Venta, el Suministro, el Consumo y la Publicidad, y contra el Real Decreto-ley 2/2006, de 10 de febrero, por el que se modifican los tipos impositivos del impuesto sobre las labores de tabaco, se establece un margen transitorio complementario para los expendedores de tabaco y timbre, y se modifica la mencionada Ley 28/2005 . . .	151
<b>Recomendación 35/2006, de 5 de abril</b> , sobre la expedición de un carné profesional a los funcionarios . . . . .	157
<b>Recomendación 36/2006, de 5 de abril</b> , sobre la aprobación de la relación de puestos de trabajo . . . . .	161

	<i>Página</i>
<b>Recomendación 37/2006, de 10 de abril</b> , sobre modificación de su normativa interna. Se planteó para que se permita a los reclusos que han de pernoctar en uno o más centros penitenciarios con motivo de sus traslados de prisión, para que puedan disponer de la posibilidad de acceder a ropa limpia de sus equipajes en los centros de tránsito, sin que esto sea óbice para que los mismos queden custodiados en el lugar destinado al efecto . . . . .	165
<b>Recomendación 38/2006, de 19 de abril</b> , sobre identificación de los funcionarios . . . . .	167
<b>Recomendación 39/2006, de 20 de abril</b> , sobre el acceso a territorio nacional de familiares de ciudadanos comunitarios . . . . .	169
<b>Recomendación 40/2006, de 21 de abril</b> , para que los menores de países no miembros de la Unión Europea tutelados por ciudadanos españoles, o a los que resulta de aplicación el régimen comunitario, se les aplique también dicho régimen cuando su vínculo sea equiparable a la tutela dativa . . . . .	175
<b>Recomendación 41/2006, de 21 de abril</b> , para que se impartan instrucciones a fin de que los menores extranjeros, tutelados por la Administración, cuenten con asistencia letrada en los procedimientos de solicitud de asilo . . . . .	179
<b>Recomendación 42/2006, de 12 de mayo</b> , sobre la conveniencia de adoptar las medidas necesarias para reducir la extraordinaria demora, en la aplicación de los tratamientos que se realizan en la Unidad del dolor de la Fundación Hospital Alcorcón . . . . .	183
<b>Recomendación 43/2006, de 16 de mayo</b> , sobre la obligación que tienen las unidades orgánicas de licencias y de urbanismo del Ayuntamiento de actuar de forma coordinada . . . . .	185
<b>Recomendación 44/2006, de 18 de mayo</b> , sobre indemnización económica por días de vacaciones no disfrutadas . . . . .	189
<b>Recomendación 45/2006, de 25 de mayo</b> , para que entre los espacios reservados para el estacionamiento de los vehículos de las personas con movilidad reducida, además de las zonas ya previstas del municipio, se incluya el espacio más próximo al domicilio de las mismas, si su situación económica no les ha permitido disponer de aparcamiento	

	<i>Página</i>
privado, e incluso en estos casos cuando el acceso a la vivienda sea más fácil desde la vía pública que desde dichos aparcamientos privados . . . .	199
<b>Recomendación 46/2006, de 5 de junio</b> , sobre solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de Medidas Sanitarias Frente al Tabaquismo y Reguladora de la Venta, el Suministro, el Consumo y la Publicidad, y contra el Real Decreto-ley 2/2006, de 10 de febrero, por el que se modifican los tipos impositivos del impuesto sobre las labores de tabaco, se establece un margen transitorio complementario para los expendedores de tabaco y timbre, y se modifica la mencionada Ley 28/2005 . . . . .	201
<b>Recomendación 47/2006, de 7 de junio</b> , sobre apertura del correspondiente expediente disciplinario, contra los agentes que sean denunciados por hechos susceptibles de ser calificados como faltas disciplinarias, sin perjuicio de suspender la tramitación del mismo hasta que se declare firme la sentencia que se dicte en su día . . . . .	207
<b>Recomendación 48/2006, de 8 de junio</b> , sobre la validación de titulaciones para el alta en el Colegio de Administradores de Fincas . . . .	209
<b>Recomendación 49/2006, de 9 de junio</b> , sobre diferencia del tratamiento fiscal en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, de las transmisiones mortis causa de padres a hijos y entre cónyuges, en las comunidades autónomas de régimen común y en las forales . . . . .	215
<b>Recomendación 50/2006, de 16 de junio</b> , sobre resolución expresa . . .	225
<b>Recomendación 51/2006, de 26 de junio</b> , sobre motivación de los actos administrativos . . . . .	229
<b>Recomendación 52/2006, de 26 de junio</b> , sobre la oportunidad de dictar instrucciones precisas, en orden a la aplicación de la técnica “inyección intracitoplásmica de espermatozoides” a todas aquellas personas con problemas de fertilidad, que reúnan las condiciones personales establecidas en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida . . . . .	235
<b>Recomendación 53/2006, de 5 de julio</b> , sobre el contenido de las convocatorias de las pruebas de aptitud que se celebren en la Universidad de Murcia para la homologación de títulos . . . . .	239

	<i>Página</i>
<b>Recomendación 54/2006, de 13 de julio</b> , para la reforma de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección a Testigos y Peritos en Causas Criminales . . . . .	243
<b>Recomendación 55/2006, de 14 de julio</b> , para que se proceda con la mayor celeridad a una reforma del Reglamento General de Circulación, en la cual se establezcan las obligaciones y responsabilidades apropiadas para garantizar la seguridad de los menores que viajen en vehículos autotaxi . . . . .	247
<b>Recomendación 56/2006, de 24 de julio</b> , para atender la demanda de copias de documentos . . . . .	249
<b>Recomendación 57/2006, de 24 de julio</b> , para que se promuevan las oportunas reformas legislativas en las leyes procesales que así fuera necesario, para que se garantice el pago de los honorarios profesionales de los peritos designados por los órganos judiciales, en fase de ejecución en materia laboral, cuando se declare la insolvencia del ejecutado . . . . .	251
<b>Recomendación 58/2006, de 24 de julio</b> , sobre contestación expresa a escritos presentados . . . . .	255
<b>Recomendación 59/2006, de 25 de julio</b> , sobre la conveniencia de crear una bolsa de trabajo para cubrir las bajas temporales de los funcionarios del Servicio Público de Empleo Estatal, incluyendo en ella a los aspirantes que hayan superado alguna prueba en una convocatoria pública de selección, salvo que los interesados manifiesten expresamente su voluntad en contra . . . . .	259
<b>Recomendación 60/2006, de 25 de julio</b> , sobre la necesidad de revisar la información contenida en los folletos editados y distribuidos en el marco del programa Zona Clave, coordinado por la Unidad de Coordinación del Plan sobre Drogas de Asturias, así como la página web de ese mismo programa, al objeto de ajustar sus contenidos a los criterios objetivos aceptados por la comunidad científica, haciendo mayor hincapié en los efectos nocivos para la salud del consumo de drogas . . . . .	261
<b>Recomendación 61/2006, de 7 de agosto</b> , sobre declaración de herederos y liquidación del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones . . . . .	265
<b>Recomendación 62/2006, de 8 de septiembre</b> , sobre legitimación para intervenir en expedientes sancionadores . . . . .	269

---

	<i>Página</i>
<b>Recomendación 63/2006, de 8 de septiembre</b> , sobre redacción en castellano de documentos de la Administración autonómica catalana, destinados a surtir efectos fuera de su ámbito territorial . . . . .	273
<b>Recomendación 64/2006, de 25 de septiembre</b> , sobre el incremento de la dotación de medios humanos y líneas telefónicas, para la atención del público en las centralitas de la Jefatura Provincial de Tráfico de Barcelona y de la Jefatura Local de Tráfico de Sabadell . . . . .	275
<b>Recomendación 65/2006, de 25 de septiembre</b> , para que se otorgue igualdad de trato a todos los beneficiarios del servicio de suministro de agua que presta el Ayuntamiento . . . . .	277
<b>Recomendación 66/2006, de 27 de septiembre</b> , sobre obligación de liquidar el Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte a través de vía telemática, para lo cual se requieren una serie de medios que no están al alcance de cualquier ciudadano, como son un ordenador personal, una conexión de alta velocidad a Internet, una impresora y unos conocimientos básicos de informática . . . . .	279
<b>Recomendación 67/2006, de 27 de septiembre</b> , sobre adopción de las medidas oportunas para que el servicio de cita previa, para canjes de permisos de conducción, mejore significativamente la atención que presta a los ciudadanos, de manera que no sea necesario realizar innumerables llamadas para poder entrar en comunicación telefónica con dicho servicio. Asimismo, sobre la adopción de las medidas oportunas para que la Jefatura Provincial de Tráfico de Madrid mejore la atención que presta a los ciudadanos que pretenden canjear un permiso de conducción, evitando que los trámites tengan una duración excesiva . . . . .	283
<b>Recomendación 68/2006, de 29 de septiembre</b> , sobre suspensión indebida de la tramitación de expedientes . . . . .	285
<b>Recomendación 69/2006, de 29 de septiembre</b> , sobre suspensión indebida de la tramitación de expedientes . . . . .	289
<b>Recomendación 70/2006, de 15 de noviembre</b> , para que elimine la exigencia de aportar acta de manifestaciones o declaración notarial individual del reagrupante en la solicitud de visados en régimen comunitario . . . . .	293

	<i>Página</i>
<b>Recomendación 71/2006, de 16 de noviembre</b> , para que se doten nuevas plazas de personal en las oficinas encargadas de la renovación y expedición del documento nacional de identidad y de pasaporte en las Comisarías de Santa Engracia y de Pío XII, de Madrid . . . . .	297
<b>Recomendación 72/2006, de 16 de noviembre</b> , para que se tramite una reforma del Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, en el sentido de incluir en los supuestos del artículo 8 para renovar el documento nacional de identidad antes de los tres meses de su fecha de expiración, el desplazamiento de residencia a otro país de la Unión Europea, expidiéndose en ese caso como nuevo documento nacional de identidad y no como duplicado del anterior . . . . .	299
<b>Recomendación 73/2006, de 16 de noviembre</b> , para que se aumente el número de líneas y operadores que atienden la centralita en la Jefatura Provincial de Tráfico de Madrid, así como que se establezca un medio de fiscalización interna del funcionamiento de las líneas de atención al público, que controle el tiempo medio de atención de modo que, cuando se constate el reiterado bloqueo de las mismas, se aumenten líneas y operadores hasta garantizar la operatividad y efectividad del servicio . . . . .	301
<b>Recomendación 74/2006, de 16 de noviembre</b> , para que la devolución del permiso de conducir original se documente, mediante la correspondiente firma de acreditación de la recepción por parte del titular o de su representante, en los expedientes de canje de permiso de conducir . . . . .	303
<b>Recomendación 75/2006, de 16 de noviembre</b> , para que se proceda a cubrir las vacantes en la plantilla de examinadores de la Jefatura Provincial de Tráfico de Guipúzcoa y, además, que se convoquen plazas de examinadores en número suficiente para hacer frente a las necesidades ocasionales que se producen en las distintas jefaturas de tráfico, de modo que sea posible cubrir dichas necesidades sin merma del servicio en las otras jefaturas . . . . .	305
<b>Recomendación 76/2006, de 16 de noviembre</b> , para que cuando se proceda a tramitar una información reservada por denuncias de hechos graves en materia de malos tratos y análogos, en los que aparezcan imputados funcionarios penitenciarios, tales actuaciones sean realizadas por funcionarios que no pertenezcan a la plantilla del centro donde presuntamente se han producido los hechos denunciados . . . . .	307

---

	<i>Página</i>
<b>Recomendación 77/2006, de 16 de noviembre</b> , para que se adopten las medidas oportunas para preservar el derecho a la intimidad de los menores de edad, afectados en procedimientos de separación o divorcio, procurando que los órganos judiciales, con ocasión de publicar por edictos las resoluciones dictadas en dichos procedimientos, omitan datos tales como nombre, apellidos y domicilio de esos menores o cualesquiera otros que permitan su identificación . . . . .	309
<b>Recomendación 78/2006, de 16 de noviembre</b> , para que se adopten las medidas oportunas para preservar el derecho a la intimidad de los menores de edad, afectados en procedimientos de separación o divorcio, procurando que los órganos judiciales, con ocasión de publicar por edictos las resoluciones dictadas en dichos procedimientos, omitan datos tales como nombre, apellidos y domicilio de esos menores o cualesquiera otros que permitan su identificación . . . . .	313
<b>Recomendación 79/2006, de 17 de noviembre</b> , sobre falta de respuesta a una solicitud de información de una asociación de vecinos . . . .	317
<b>Recomendación 80/2006, de 20 de noviembre</b> , para que en los casos de denegación de entrada en nuestro país se permita a los ciudadanos disponer de sus bienes y documentos, a excepción de aquellos necesarios para su eventual retorno, expidiéndose el correspondiente recibo de aquellos que sean retenidos o puestos a disposición de terceros . . . . .	319
<b>Recomendación 81/2006, de 21 de noviembre</b> , sobre denegación del carné de transporte interurbano gratuito para pensionistas, discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales con una incapacidad del 33 por 100 por razón de nacionalidad . . . . .	323
<b>Recomendación 82/2006, de 22 de noviembre</b> , para que se dé prioridad a la reforma del Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas, para que incluya la obligatoriedad de que los fabricantes y los vendedores informen a los compradores de armas de fuego de imitación y ciertas armas blancas, a través de indicaciones escritas, de las condiciones de uso y tenencia de las mismas, de acuerdo con lo que a este respecto establece la legislación vigente, en orden a prevenir la comisión de infracciones por desconocimiento de la normativa aplicable . . . . .	327
<b>Recomendación 83/2006, de 12 de diciembre</b> , sobre presunto fraude en sociedades inversoras en bienes tangibles. La disposición	

	<i>Página</i>
adicional cuarta de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, excluye a las sociedades de inversión de bienes tangibles de la protección de las entidades de carácter financiero, ya que las considera como aquellas que comercializan objetos de carácter especial: obras de arte, antigüedades, sellos y otros bienes asimilables . . . .	329
<b>Recomendación 84/2006, de 12 de diciembre</b> , sobre la necesidad de agilizar la tramitación de la reforma legislativa del régimen disciplinario de la Guardia Civil . . . . .	337
<b>Recomendación 85/2006, de 12 de diciembre</b> , sobre la conveniencia de modificar el artículo 37.4 del vigente Estatuto de los Trabajadores, incluyendo en el mismo la ampliación del permiso de lactancia en los casos de parto múltiple, en las mismas condiciones establecidas en la regulación del permiso de maternidad . . . . .	339
<b>Recomendación 86/2006, de 12 de diciembre</b> , sobre tramitación de las solicitudes de permiso de maternidad con opción a favor de los padres	341
<b>Recomendación 87/2006, de 12 de diciembre</b> , relativa a que en los supuestos de entrega del boletín de denuncia, cuando el propietario o conductor se persona en el depósito municipal para retirar un vehículo, previamente sancionado con la retirada de la vía pública por la comisión de una infracción, se exprese el hecho de la entrega del boletín de manera que no pueda confundirse con la “entrega en mano” inmediatamente posterior a la comisión de la infracción . . . . .	345
<b>Recomendación 88/2006, de 12 de diciembre</b> , sobre los anuncios incluidos en la web municipal que afectan a procesos selectivos . . . .	347
<b>Recomendación 89/2006, de 12 de diciembre</b> , sobre el requisito de nacionalidad en el acceso a la función pública . . . . .	353
<b>Recomendación 90/2006, de 13 de diciembre</b> , para que se adopten las medidas pertinentes, a fin de que se cumplan todas las garantías legales en la identificación de indocumentados menores de edad, y que las resoluciones de expulsión o devolución que erróneamente les afectan sean eliminadas de los registros policiales . . . . .	359
<b>Recomendación 91/2006, de 13 de diciembre</b> , para que se incremente la dotación de la plantilla en la oficina expendedora del documento nacional de identidad en Alcalá de Henares, Madrid . . . . .	363

	<i>Página</i>
<b>Recomendación 92/2006, de 13 de diciembre</b> , sobre el incremento de la dotación de plantilla en las oficinas expendedoras del documento nacional de identidad en Sevilla. Asimismo, que se establezca un sistema de cita previa para la renovación o expedición del documento nacional de identidad, que no obligue a hacer cola desde la madrugada hasta el momento en que cada día se otorgan los números de espera . . . . .	365
<b>Recomendación 93/2006, de 13 de diciembre</b> , para que se incremente la dotación de plantilla en la oficina expendedora del documento nacional de identidad de la calle Balmes, número 11, de Barcelona . . . . .	367
<b>Recomendación 94/2006, de 13 de diciembre</b> , para que se proceda a la trasposición de la Directiva 2005/71/CE a la normativa española, especialmente respecto a la reagrupación inicial de familiares de investigadores y científicos de terceros países, así como que se establezcan normas similares para los familiares de profesores universitarios con vinculación temporal en labores exclusivamente docentes . . .	369
<b>Recomendación 95/2006, de 13 de diciembre</b> , sobre atención, en los cambios de vestuario que precisen, a los niños que inicien el segundo ciclo de la educación infantil en colegios públicos de la Comunidad . . . . .	373
<b>Recomendación 96/2006, de 13 de diciembre</b> , sobre acreditación de los servicios laborales en el sector doméstico, a efectos de adjudicación de plazas en centros de atención socioeducativa a niños menores de tres años . . . . .	375
<b>Recomendación 97/2006, de 13 de diciembre</b> , sobre adopción de decisiones relativas a la admisión en centros sostenidos con fondos públicos, aplicando conjuntamente todos los criterios de admisión . . .	379
<b>Recomendación 98/2006, de 13 de diciembre</b> , sobre atención en los cambios de vestuario a niños que inicien el segundo ciclo de educación infantil en colegios públicos de Castilla y León . . . . .	383
<b>Recomendación 99/2006, de 22 de diciembre</b> , para que se inspeccione la Oficina Consular de la Embajada de España en Islamabad, y se revise el procedimiento seguido para la tramitación de visados . . .	389
<b>Índice analítico</b> . . . . .	397

**Recomendación 1/2006, de 2 de enero, sobre adopción de medidas para que todos los solicitantes puedan realizar pruebas libres de acreditación de conocimientos en la Comunidad de Madrid.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 422)*

Es de referencia su escrito de fecha 13 de octubre último (s/ref.: salida 09/161583.1/05, de 16 de noviembre), con el que adjunta informe elaborado por la Dirección General de Centros Docentes de esa Consejería, sobre la queja formulada por doña (...), inscrita en el registro de esta Institución con el número arriba indicado.

En la citada queja se cuestionaba el establecimiento de un cupo máximo de alumnos libres en las escuelas oficiales de idiomas, a efectos de realización en las mismas de las pruebas libres de certificación de conocimientos de las distintas lenguas que se impartan en cada una de ellas, circunstancia que, en el caso de determinados idiomas, había impedido la realización de las pruebas a todos los solicitantes.

En el informe ahora aportado por V. E. se alude a la complejidad de la evaluación de las citadas pruebas –reguladas mediante Orden 1633/2005, de 21 de marzo, de esa Consejería, por la que se regula la evaluación para la obtención de los certificados elemental y de aptitud, correspondientes a los ciclos elemental y superior del primer nivel de las enseñanzas especializadas de idiomas–, como determinante de la decisión de establecer el cupo de alumnos libres que pueda asumir cada escuela, para la realización en cada uno de los idiomas y ciclos de las citadas pruebas cuya adecuada valoración requiere la utilización de un tiempo considerable y la dedicación de un número amplio de profesores.

Se puntualiza asimismo en el informe aportado que las enseñanzas de idiomas, como en general todas las de régimen especial, no tienen

carácter obligatorio ni para los solicitantes ni para la Administración, deduciéndose, de forma implícita de dicha puntualización que, a juicio de esa Consejería, no existe razón jurídica alguna que imponga a esa administración educativa el deber de admitir a la realización de las pruebas específicas mencionadas a todos los solicitantes.

Admitido el carácter no obligatorio de las enseñanzas de idiomas, y teniendo igualmente en cuenta que los cupos establecidos, según se manifiesta en el informe remitido, han permitido atender en su totalidad las solicitudes de realización de las pruebas de certificación en todos los idiomas mayoritarios, esta Institución entiende necesario realizar algunas consideraciones en base a las cuales se formulará, al término de este escrito, una recomendación dirigida a posibilitar el acceso a dichas pruebas a todos los alumnos libres que lo soliciten.

Parece necesario recordar que la promovente de la queja a la que se viene haciendo referencia, que solicitó y no logró ser admitida a la realización de las pruebas libres de certificación correspondientes al ciclo elemental del idioma catalán a causa del establecimiento del cupo mencionado, se vio con ello privada de toda posibilidad de acreditar conocimientos del citado idioma en la forma que se establece en las convocatorias para ingreso a determinados cuerpos docentes.

Se trata, en efecto, de un idioma del que, al igual que otros que se mencionan en su informe, existe una oferta muy reducida de plazas en las escuelas oficiales, de manera que muy pocos alumnos pueden formalizar su matrícula oficial en los mismos, siendo, por consiguiente, la matriculación en las pruebas libres de certificación el único sistema a través del cual pueden obtener la expedición por una escuela de idiomas de certificaciones acreditativas de conocimiento de las lenguas respectivas.

Sin embargo, el vigente reglamento de ingreso, acceso y adjudicación de nuevas especialidades en los cuerpos docentes que imparten enseñanzas escolares del sistema educativo y en el cuerpo de inspectores de educación –aprobado mediante Real Decreto 334/2004, de 27 de febrero, en el que, de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, se establece que el sistema de ingreso en la función pública docente será el de concurso-oposición–, al determinar las bases a las que deben ajustarse los baremos de méritos para el ingreso en los citados cuerpos docentes contempla en el apartado de formación académica los conocimientos de idiomas, deduciéndose de la configuración del mérito correspondiente en las citadas bases que tan sólo resultan valorables estos conocimientos cuando se acrediten mediante titulaciones expedidas por las escuelas oficiales de idiomas.

Siendo esto así, y supuesta la muy limitada oferta de plazas oficiales que para determinados idiomas realizan las escuelas oficiales de idiomas de la Comunidad de Madrid, no parece aceptable desde el punto de vista del principio de igualdad a efectos de ingreso a la función pública docente que el acceso al único procedimiento al que pueden acudir los participantes en los procesos selectivos en el ámbito de la Comunidad de Madrid para obtener los títulos expedidos por las referidas escuelas, es decir, la admisión a las pruebas libres de certificación ya mencionadas, se vea restringida en función del establecimiento de un cupo que, según se admite en su informe, ha impedido de hecho su realización a un cierto número de alumnos que deseaban realizar pruebas de idiomas catalán, euskera, gallego, italiano y portugués.

Tal resultado impide, o al menos coloca en peor posición de cara a la acreditación del mérito correspondiente en los procedimientos selectivos para ingreso en los cuerpos docentes mencionados y, en definitiva, a la superación del proceso selectivo, a estos últimos solicitantes entre los que se encuentra la promovente de la queja, frente a quienes solicitaron y tuvieron la posibilidad de realizar en todos los casos las pruebas libres de acreditación para idiomas distintos de los mencionados.

Esta Institución, que considera cuestionables desde el punto de vista del principio de igualdad ya referido las consecuencias que se derivan de la situación expuesta y que entiende, por otra parte, que, dada la limitada oferta de plazas oficiales que en su conjunto realizan las escuelas oficiales de idiomas, debería potenciarse al máximo las alternativas existentes para la obtención de las certificaciones oficiales que expiden las referidas escuelas, considera preciso formular a V. E. la siguiente recomendación:

“Que de cara a sucesivas convocatorias de pruebas libres para la obtención de los certificados que expiden las escuelas oficiales de idiomas de la Comunidad de Madrid, se arbitren todas las medidas necesarias, si es preciso, de ampliación de los medios personales y materiales que requiera su organización y evaluación, para que todos quienes soliciten participar en las mismas sean admitidos a su realización, cualquiera que sea el nivel e idioma, de los implantados en las respectivas escuelas, de los que pretendan examinarse”.

Madrid, 2 de enero de 2006.

**Recomendación dirigida al Consejero de Educación. Comunidad de Madrid.**



**Recomendación 2/2006, de 2 de enero, sobre modificación de normativa de admisión de alumnos de Madrid para que puedan tenerse en cuenta variaciones significativas de las rentas familiares.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 427)*

Es de referencia su escrito de fecha 3 de octubre último (s/ref.: salida 09/161590.0/05, de 16 de noviembre), con el que adjunta informe de la Dirección General de Centros Docentes de esa Consejería, relacionado con quejas formuladas por don (...) y doña (...), inscritas en el registro del Defensor del Pueblo con el número arriba indicado.

Las quejas venían formuladas por padres, solicitantes de plazas escolares para sus hijos en el último proceso de admisión de alumnos para el curso 2005-2006, que expresaban su malestar ante el hecho de que la Orden 1848/2005, de 4 de abril (*BOCM* de 6 de abril siguiente), por la que se establece el procedimiento para la admisión de alumnos en centros docentes sostenidos con fondos públicos de segundo ciclo de educación infantil, educación primaria, educación secundaria y educación especial, no contemple, como en la normativa reglamentaria que venía rigiendo con anterioridad en la referida materia, la posibilidad de que, a efectos de atribución a los solicitantes de plazas de la puntuación correspondiente al criterio de rentas de la unidad familiar, se tengan en cuenta las rentas familiares posteriores al ejercicio fiscal que se toma como referencia en cada proceso de admisión, en aquellos casos en que con posterioridad a dicho ejercicio se hubiesen producido empeoramientos significativos de los niveles de ingresos familiares.

En el informe aportado por V. E. se manifiesta, para explicar la modificación que en el extremo apuntado ha experimentado la normativa sobre admisión de alumnos, que la misma es consecuencia

del procedimiento por el que se ha optado a efectos de acreditación de las rentas familiares, mediante la aportación por la administración tributaria, previa autorización de las familias, de información fiscal relativa al último ejercicio económico cerrado a efectos fiscales por la referida Administración.

Obteniendo los datos económicos valorables directamente de la administración tributaria, se pretende garantizar la fiabilidad de los datos económicos obviando prácticas –reiteradamente denunciadas ante el Defensor del Pueblo por los participantes en los procesos de admisión y puestas de manifiesto por esta Institución a lo largo de la tramitación de distintas quejas y en sucesivos informes anuales en los que se ha reiterado la adopción de iniciativas dirigidas a la erradicación de dichas prácticas– que distorsionaban, en perjuicio de los solicitantes que declaraban sus rentas reales, los resultados de los procesos de admisión.

Sin embargo, parece que la finalidad de garantizar al máximo la fiabilidad de los datos económicos aportados por los interesados en los procesos de admisión y el establecimiento del concreto procedimiento arbitrado para su obtención, que esta Institución comparte plenamente, no deberían constituir un obstáculo para el establecimiento de sistemas alternativos de acreditación que permitan tener en cuenta eventuales variaciones sustanciales de las rentas familiares producidas con posterioridad al último ejercicio fiscal cerrado tomado como referencia en cada proceso de admisión, máxime si se tiene en cuenta que, dadas las fechas en que se desarrollan los procesos de admisión para cada curso, anteriores a las de cierre de la campaña del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente al ejercicio inmediatamente anterior, las rentas valorables son las del ejercicio fiscal anterior en dos años a aquel en el que se desarrolle el proceso de admisión, lapso de tiempo en el que, dada su prolongación, existen mayores posibilidades de que se produzcan variaciones significativas de las rentas de algunos solicitantes, que sería necesario tener en cuenta al baremar sus solicitudes de plaza.

Así era en la normativa reglamentaria vigente con anterioridad en la que también la documentación fiscal a tener en cuenta –copia de la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas entonces aportada por el propio interesado– hacía también referencia al último ejercicio fiscal cerrado, como se ha dicho, anterior en dos años al de celebración del respectivo proceso de admisión y en la que, al propio tiempo, se arbitraban procedimientos alternativos de acreditación de las rentas familiares para los supuestos en que, una vez cerrado el ejercicio económico correspondiente, se hubiesen producido modificaciones sustanciales en las mismas.

Entiende, en definitiva, esta Institución que el mismo objetivo a que tiende el procedimiento de acreditación de las rentas familiares ahora arbitrado, que no es otro que el de conseguir que la puntuación que se asigne a los alumnos en concepto de rentas familiares a efectos de admisión responda a las circunstancias económicas reales de las familias, exige de manera ineludible que se establezcan sistemas de acreditación alternativos para aquellos supuestos en que el establecido con carácter general no garantice la consecución de dicho objetivo.

Se trata, por otra parte, de un punto de vista que se recoge en la propia normativa reglamentaria vigente, aunque sólo en relación con las familias que hayan llegado a España con posterioridad al ejercicio económico de referencia, para las que, en la ya mencionada Orden 1898/2005, de 4 de abril, de esa Consejería, se prevé el establecimiento de un procedimiento alternativo para la justificación de la información económica que aporten a los procesos de admisión de alumnos.

Así pues, la propia normativa sobre admisión aprobada por esa Consejería parece entender compatible la consecución del objetivo de fiabilidad máxima de los datos económicos aportados que se pretende a través del nuevo sistema de obtención de dichos datos establecido en la misma, con la articulación de otros sistemas alternativos, posibilidad que, a juicio de esta Institución, debería hacerse extensiva a supuestos como los planteados por los promoventes de la queja, rodeándola, desde luego, de cuantas garantías se juzguen necesarias para garantizar la adecuación a la realidad de los datos aportados.

Esta Institución, tomando en consideración cuanto queda expuesto, entiende preciso, en uso de las facultades que le atribuye el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, formular a V. E. la siguiente recomendación:

“Que en la normativa reglamentaria en la que se establece el procedimiento para la admisión de alumnos en centros docentes sostenidos con fondos públicos de la Comunidad de Madrid, se introduzcan las modificaciones necesarias para hacer posible que la puntuación que se otorgue a los alumnos solicitantes de plaza en dichos centros en concepto de rentas de la unidad familiar responda, en todos los casos, a las circunstancias económicas reales de las familias y también en los supuestos en que dichas rentas hubieran experimentado variaciones significativas, con posterioridad al ejercicio fiscal que se tome como referencia en el respectivo proceso de admisión”.

Madrid, 2 de enero de 2006.

**Recomendación dirigida al Consejero de Educación. Comunidad de Madrid.**



**Recomendación 3/2006, de 2 de enero, sobre advertencia al Ayuntamiento de Colmenarejo de irregularidad al ordenar la aplicación de un criterio de admisión que no responde a la normativa.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 422)*

Es de referencia su escrito de fecha 15 de noviembre último (s/ref.: salida 09/167216.5/05, de 24 de noviembre), con el que adjunta informe sobre la queja planteada por don (...), e inscrita en el registro de esta Institución con el número arriba indicado.

Del informe y documentación aportados viene a deducirse que, una vez contrastada la inadecuación a la normativa sobre admisión de alumnos en centros docentes sostenidos con fondos públicos, del baremo aplicado a efectos de adjudicación de plazas y de elaboración de la lista de espera a los efectos de cobertura de vacantes sobrevenidas en la escuela infantil (...), de la localidad de Colmenarejo (Madrid), se indicó al referido centro la necesidad de que elaborase unas nuevas listas aplicando únicamente los criterios y el baremo de admisión establecidos en la referida normativa (Orden 2057/2005, de 12 de abril, sobre admisión de alumnos en los centros sostenidos con fondos públicos que imparten primer ciclo de educación infantil para el curso 2005-2006).

El informe aportado confirma que, tal y como manifestó en su momento ante esta Institución el promovente de la queja, los criterios aplicados a efectos de elaboración de las listas definitivas de alumnos admitidos y no admitidos en el referido centro, cuya modificación se ha ordenado al mismo, respondieron a instrucciones cursadas por el ayuntamiento de la localidad, titular de la escuela infantil, en las que se indicaba al centro la necesidad de que en el proceso de escolarización se diese prioridad a los alumnos empadronados en Colmenarejo, frente a los solicitantes de otras localidades.

Las referidas instrucciones contravienen la normativa legal vigente en materia de admisión de alumnos –Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación– en la que, al establecerse los criterios que deben presidir la admisión de alumnos en todos los centros sostenidos con fondos públicos –entre los que sin duda han de entenderse incluidos todos los centros cuyo titular, como en el supuesto que se viene mencionando en este escrito, sea un poder público–, no se contempla el establecimiento de prioridad alguna en la admisión en beneficio de alumnos residentes o empadronados en municipios determinados.

A mayor abundamiento, el convenio de colaboración suscrito entre la Comunidad de Madrid-Consejería de Educación y el Ayuntamiento de Colmenarejo sobre colaboración en materia de educación infantil, en el que se establecen los términos de la referida colaboración para garantizar la coordinación, funcionamiento y financiación de las escuelas de educación infantil de titularidad del referido Ayuntamiento, de cuyo texto se adjunta copia entre la documentación remitida junto con el informe aportado, señala de manera expresa que, entre otros aspectos, en materia de admisión de alumnos las mencionadas escuelas se regirán por la orden que para cada curso apruebe esa Consejería, que, al igual que el resto de las administraciones educativas autonómicas, cada una de ellas, dentro de sus respectivos ámbitos de actuación, tiene atribuidas por la citada ley orgánica facultades para el desarrollo de las previsiones legales mencionadas.

En definitiva, el Ayuntamiento de Colmenarejo no resulta facultado por la normativa legal vigente para el establecimiento de criterios de admisión de alumnos distintos de los que en la misma se contemplan, desarrollados para este curso por esa Consejería a través de la ya mencionada Orden 2057/2005, de 12 de abril, en uso de las facultades que al efecto tiene legalmente atribuidas, tal y como, por lo demás, se señala expresamente, en términos acordes con las disposiciones educativas mencionadas, en el convenio de colaboración también mencionado.

En consecuencia, ha parecido necesario a esta Institución, en uso de las facultades que tiene atribuidas por el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, formular a V. E. la siguiente recomendación:

“Que por esa Consejería se advierta al Ayuntamiento de Colmenarejo de la irregularidad en que incurrió, al dictar instrucciones sobre admisión de alumnos en un centro docente de su titularidad, en las que se contemplaba un criterio preferencial no previsto en la normativa legal y reglamentaria que resulta de aplicación, y se inste del mismo Ayuntamiento que en procesos de admisión sucesivos

ajuste su intervención a las prescripciones, especialmente relativas a los criterios valorables a efectos de elaboración de las listas en base a las cuales procede a la adjudicación de plazas, que se contienen en la referida normativa”.

Madrid, 2 de enero de 2006.

**Recomendación dirigida al Consejero de Educación. Comunidad de Madrid.**



**Recomendación 4/2006, de 3 de enero, sobre resolución expresa.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, págs. 424-425)*

Se ha recibido su informe, en relación con la solicitud formulada por esta Institución en el expediente de queja arriba indicado.

De su contenido se desprende que no se ha resuelto expresamente el recurso de reposición planteado por el promotor de la queja, medida atribuida a diversas razones, bien por haber facilitado al interesado información verbal sobre las cuestiones planteadas en el recurso, por el excesivo número de recursos formulados por el mismo interesado, por el cuestionamiento permanente de la actuación de esa Administración u otras, aun cuando no se expone ni el número de recursos u otros escritos de reclamación formulados, ni la envergadura de los mismos. Lo cierto, sin embargo, es que se opta por no facilitar una resolución expresa a un recurso administrativo eligiendo que opere el silencio administrativo.

Nuestro criterio, contrario al sostenido por esa Administración, se fundamenta en que no queda al arbitrio de aquélla la resolución del recurso formulado, sino que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en su artículo 42 contempla la obligación de resolución expresa en todos los procedimientos y establece el sistema de recursos, al hilo de la exposición de motivos de la Ley 4/1999 de modificación de la Ley 30/1992, con la finalidad de reforzar las garantías jurídicas de los ciudadanos frente a la actuación de la Administración. En ese orden de cosas, el artículo 107 de la mencionada Ley habilita a los interesados para la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición frente a las resoluciones y actos de trámite, si estos últimos inciden en el fondo del

asunto, que podrán fundarse en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad establecidos en los artículos 62 y 63 de aquella Ley.

De otra parte, el artículo 117.2 de la mencionada Ley establece el plazo máximo de un mes para dictar y notificar la resolución del recurso de reposición, por tanto, se fija el plazo para dar cumplimiento a esa resolución, que deberá ser motivada, de acuerdo con el artículo 54.1 b).

En suma, el marco jurídico vigente configura un sistema de garantías del ciudadano en su relación con la Administración que descansa sobre mecanismos de participación de los ciudadanos, a través de la formulación y resolución de los recursos que el ordenamiento jurídico establece, cuya finalidad responde a hacer compatible la actuación eficaz de la Administración con el ejercicio de los derechos de los ciudadanos y, en consecuencia, ese sistema debe responder a su propia naturaleza garantista, lo que conlleva la necesidad de resolver expresamente, como regla general, los recursos que se formulen y que esa resolución se encuentre motivada y notificada a los interesados con indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa; recursos y plazos que procedan para interponerlos, toda vez que, si la Administración soslaya esa actuación, puede incidir en el propio ejercicio del derecho del administrado, lo que supone, como primera consecuencia, que el ciudadano se vea impelido a ejercitar el mismo con escasa información en la que fundar el ejercicio de su derecho en la vía jurisdiccional establecida en la legislación ordinaria.

En esa línea, esta Institución estima necesario hacer reparar a esa entidad en que el concepto de indefensión aplicado al procedimiento administrativo, exige colocarse en una perspectiva dinámica o funcional, por tanto, contemplando el procedimiento administrativo en su conjunto, y el acto administrativo final, como resultado de la suma de las distintas actuaciones y trámites de diversa naturaleza, en los que el ciudadano va teniendo oportunidades sucesivas de defenderse y de poner de relieve a la Administración sus puntos de vista.

Desde esta perspectiva, donde hablar del principio de defensa es nombrar el principio de contradicción cuya efectividad debe asegurarse en vía administrativa, es desde donde han de contemplarse los distintos estadios del procedimiento, sin perder de vista el artículo 113 de la Ley 30/1992 que atribuye a la resolución del recurso la estimación, en todo o en parte, de las pretensiones formuladas o la desestimación de las mismas y que resolverá cuantas cuestiones, tanto de forma como de fondo, plantee el procedimiento, incluso aquellas no alegadas por el interesado.

El encadenamiento de estas circunstancias cobra así especial relieve en orden a valorar la ausencia de resolución expresa en contradicción con los principios que rigen la actuación administrativa, donde, al principio de eficacia es posible añadir el principio de confianza legítima que conforme al artículo 3.1 de la última ley citada debe presidir la actuación administrativa. En suma, la resolución de un recurso de esta índole constituye, además, un deber de la Administración, que confirma y fundamenta su voluntad, expresada en el acto que concluye el proceso selectivo, que facilita el control jurisdiccional del acto al dar a conocer su motivación; el porqué de su actuación, y constituye una garantía del ciudadano para el ejercicio de su defensa frente a la resolución impugnada.

Por las razones expresadas el Defensor del Pueblo ha resuelto recomendarle, en uso de las atribuciones conferidas en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que se rige esta Institución:

“Que se adopten las medidas oportunas para que, en adelante, se dicte resolución expresa a los recursos formulados por los interesados, de conformidad con el artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre”.

Así como formularle la siguiente sugerencia:

“Que, de no haberse llevado a cabo, se proceda a resolver expresamente el recurso de reposición formulado el 23 de junio de 2005, motivando el sentido de tal resolución, decidiendo cuantas cuestiones, tanto de forma como de fondo, plantee el procedimiento, teniendo en cuenta todos los efectos jurídicos que se debían haber derivado de la resolución indicada, incluida la habilitación del plazo correspondiente para la interposición de acciones tanto en vía administrativa, si procede, como en vía jurisdiccional”.

Madrid, 3 de enero de 2006.

**Recomendación dirigida al Presidente de la Diputación Provincial de Burgos.**



**Recomendación 5/2006, de 11 de enero, sobre la reducción de horario que afecta a algunos profesores tutores.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 418)*

Se ha recibido su último informe, así como diversos escritos de los interesados que han sido incorporados a la queja que se tramita ante esta Institución con el número arriba referenciado.

En la misma línea en que se ha venido examinando la cuestión de la posible laboralidad de algunos profesores tutores de la UNED, se presentan por los citados comparecientes algunas objeciones respecto a la oposición por parte de esa Universidad a aplicar el contenido de lo dispuesto en la disposición adicional segunda del Real Decreto 2005/1986, de 25 de septiembre, de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, sobre régimen de la función tutorial en los centros asociados, que permitiría integrar a algunos de estos docentes en el régimen general de la Seguridad Social.

Por otra parte, se añade en esta comparecencia, la discrepancia que sostienen los reclamantes respecto a las reducciones horarias que han experimentado en su dedicación docente, constituye, a su juicio, una arbitrariedad, al existir una relación de causa-efecto entre la consideración de la UNED de que han sobrepasado una dedicación superior a las 75 horas anuales de las establecidas en el artículo 3 del citado Real Decreto y el efecto de reducir su horario, con la finalidad de no verse obligada esa Universidad a introducir las modificaciones que potestativamente permite la disposición adicional segunda de la indicada norma, al prever que "... con carácter excepcional y siempre que así lo aconsejen las necesidades docentes existentes, el Patronato de un centro asociado o, en su caso, el órgano que haga las veces del mismo podrá introducir modificaciones al régimen tutorial, tanto con carácter general como en relación a un número

determinado de profesores tutores, en función de su dedicación académica”.

Una vez centrado cuál es el objeto del debate en esta nueva comparecencia, y por lo que respecta a la primera de las cuestiones planteadas, debe recordarse que el Defensor del Pueblo, 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, formuló ante ese Rectorado una recomendación<sup>1</sup>, en la que se consideró que una adecuada interpretación de las normas que regulan el ejercicio de los derechos contenidos en el artículo 35.1 y 41 de la Constitución, posibilitaría adaptar para este profesorado una solución que no les privase del derecho constitucional a integrarse en el régimen público de la Seguridad Social, en los términos que prevé el artículo 7 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

Dicha recomendación no ha surtido efecto, porque no fue finalmente aceptada por esa Universidad y, posteriormente, aunque nuestros órganos jurisdiccionales no se han pronunciado abiertamente sobre la negativa a considerar la no laboralidad de los servicios prestados por los tutores de la UNED que exceden de la franja horaria establecida, hay que reconocer que tampoco han afirmado lo contrario, por lo que la vía de reconocimiento jurisdiccional que podría haberse esperado de dicha instancia no se ha producido y por lo tanto el resultado no ha sido en absoluto nada favorecedor a las pretensiones que vienen postulando los reclamantes durante estos últimos años.

Aunque es evidente que los comparecientes ya conocen cuál es la situación expuesta, ese es un aspecto del que esta Defensoría debe partir y que condiciona *in limine* cualquier actuación que pueda ir más allá de lo que nuestros tribunales hayan establecido y de lo que esa Administración, en el marco de un procedimiento de queja, haya expresado ante el Defensor del Pueblo, por lo que, con estos antecedentes no resultaría posible incidir nuevamente en aspectos de un problema que, conforme a la naturaleza de los hechos, la posición de nuestros tribunales y la situación jurídica que define el campo de actuación del Defensor del Pueblo, ya condujeron en su momento a la conclusión de nuestras actuaciones dando cuenta a las Cortes Generales, de acuerdo con lo dispuesto en la citada Ley Orgánica 3/1981.

Sin embargo, la cuestión que ha sido estudiada detenidamente durante estos años a través de este procedimiento de queja, debe ser

---

<sup>1</sup> Recomendación 8/2002, publicada en el volumen correspondiente al año 2002 de esta serie.

objeto de nuevo análisis a raíz de los nuevos datos que los interesados introducen en sus escritos, en los que han venido expresando su situación de desconcierto e inquietud, como consecuencia del contenido de un informe no oficial –pero sí indicativo– al que han tenido acceso, emitido por el asesor jurídico de la UNED, en relación con una propuesta de Real Decreto sobre la función tutorial.

Se afirma en las conclusiones del citado informe que la conversión de los profesores-tutores con dedicación superior a las 75 horas anuales en personal contratado en régimen laboral a tiempo parcial, no se opone al vigente Real Decreto 2005/1986, que, por el contrario, contempla implícitamente esa posibilidad sin necesidad de llevar a cabo ninguna reforma normativa, al facultar en su disposición adicional segunda a los patronatos de los centros asociados para introducir modificaciones al régimen tutorial, tanto con carácter general, como en relación a un número determinado de profesores-tutores, en función a su dedicación académica.

Al margen de las dificultades que se presentan –que no deben obviarse y que se reproducen en dicho informe– y que condicionan la laboralidad de este profesorado, al cumplimiento de los principios constitucionales de acceso a la función pública docente universitaria, se considera positivo que por vez primera, y a través de un texto emitido en el seno de dicha Universidad, se advierta de la posibilidad de que dicho profesorado tutor pueda considerarse como personal contratado en régimen laboral, y que esta relación pueda ser concertada por tiempo indefinido.

Esta declaración, aun cuando no se adecua a las manifestaciones de voluntad, de juicio o de conocimiento, que se desprenden naturalmente de todo acto administrativo caracterizado por su ejecutividad e impugnabilidad, constituye objetivamente una manifestación de voluntad interna, realizada en atención a una consulta y cuyos efectos, desde el punto de vista operativo y de defensa de los derechos que se ventilan en este procedimiento de queja, no deben resultar indiferentes.

En todo caso, teniendo en cuenta la claridad interpretativa que se deduce de dicho texto, no se alcanza a comprender en qué aspectos concretos de la reclamación de estos profesores tutores podría considerarse –como lo hace ese Rectorado– que la misma resulta tendenciosa, parcial o subjetiva.

A lo anteriormente expuesto, debe añadirse que a esta Institución no le sorprende, como sí le ocurre a los interesados, el hecho de que pueda parecer contradictoria la posición de esa citada Universidad, en los distintos momentos en que se ha sustanciado este conflicto jurídico.

A este respecto, debe indicarse que no es lo mismo la función que debe ejercer la Administración, desde la posición de demandada en un concreto proceso judicial, como aquella otra función genérica y objetiva basada en la idea de servicio, a través de la cual, mediante la potestad reglamentaria y el propio dinamismo que reclama la acción administrativa, puedan innovarse determinadas pautas de conducta que, como en el supuesto que nos ocupa, han dado lugar a situaciones consentidas por la propia Universidad y que han causado a los interesados consecuencias injustas.

En la línea del informe del asesor jurídico de la UNED, esta última hubiera sido la conducta más razonable del órgano de gobierno de dicha Universidad, sin embargo, consciente de las situaciones preexistentes de estos profesores tutores, que durante muchos años han tenido una dedicación docente superior a las 75 horas anuales a las que hace referencia el artículo 3 del Real Decreto 2005/1986 citado, y pese a los informes realizados en el marco de una actividad administrativa consultiva, lo cierto es que esa Administración no ha dado una respuesta adecuada al problema planteado, no sólo en orden a reconocer que estos tutores han sido gravados con una carga mas allá de lo establecido en la norma sin reciprocidad alguna en cuanto a dicha prestación, sino también en cuanto a la conducta, a nuestro juicio inmotivada, respecto a su reducción horaria, que pugna, a nuestro juicio, con los principios de buena fe y de confianza legítima que deben acompañar a cualquier actuación administrativa.

Esta Defensoría desconoce los motivos organizativos y de atención a las necesidades educativas, que han llevado a la Administración a la adopción de la reducción horaria de su función tutorial; en todo caso debe indicarse que el Defensor del Pueblo carece de las competencias necesarias para introducir otros criterios distintos a los adoptados por esa Administración en el ejercicio de sus potestades autoorganizatorias.

Sin embargo, esta Institución entiende que si bien esa Administración, al establecer dicha reducción, se habría liberado parcialmente del motivo esencial que ha dado lugar a esta queja, no debe olvidarse de que esa no era la respuesta idónea para este profesorado frente al problema expuesto. Es más, quizá con esta conducta revisora basada en una reducción de horario para todos estos profesores, implícitamente pudiera estarse reconociendo que la situación expuesta era anormal o disfuncional, por lo que, lejos de haberse adoptado una medida restrictiva como la que se ha adoptado a través de una especie de *reformatio in peius* para estos docentes, lo más conveniente hubiera sido tratar de analizar la problemática expuesta, teniendo en cuenta la

situación de hecho en la que se han encontrado estos ciudadanos, que han venido prestando a la comunidad académica unos servicios con una dedicación que necesariamente ha contribuido a la mejora de la calidad educativa de esa Universidad.

En razón a todo lo expuesto, esta Defensoría considera que la situación en la que se encuentra este profesorado se ha agravado, tanto por la sensible pérdida de sus retribuciones económicas al haber sido reducido su horario, como porque después de muchos años de haber prestado servicios docentes a esa Universidad con carácter de exclusividad, se les priva ahora de la estabilidad fáctica en la que desempeñaban sus funciones y, en consecuencia, jurídicamente se les aboca a un futuro incierto desde el punto de vista profesional.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la equiparación que se predica en el artículo 5 del Real Decreto 2005/1986 de la actividad tutorial respecto de los becarios de docencia e investigación de las fundaciones, no ha sido mantenida en la disposición adicional primera del Real Decreto 1326/2003, de 24 de octubre, por el que se aprueba el estatuto del becario de investigación, toda vez que la misma prevé que esta norma no será de aplicación a los tutores de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, que, de acuerdo con la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre de Universidades, se regirán por su normativa específica.

Las consecuencias de dicha exclusión son las de no poder acceder, como sí lo han hecho los becarios, a los beneficios del sistema de Seguridad Social, por medio de una inclusión en su régimen general, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7.5 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

En definitiva, desde una posición más abierta, como la contenida en el informe del asesor jurídico de la UNED, y de acuerdo con una interpretación en el sentido más favorable a la defensa de los derechos constitucionales de los reclamantes, sería deseable que esa Universidad, contando con la participación de todos los miembros de la comunidad universitaria, examinara nuevamente la situación en la que dicho personal se encuentra, en la medida en que pueda reconocerse una situación que compense los altos periodos de dedicación empleados en sus tareas docentes, bien a través de los medios de tutela que ofrece la propia acción administrativa, o a través de propuestas de promoción normativa o reglamentaria que permitan dar solución a las reivindicaciones expuestas, dentro de un nuevo régimen jurídico de los profesores tutores de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Por otra parte, al margen del propio perjuicio que ha causado a los interesados la disminución de horario de tutorías, esta Defensoría ha apreciado, a través de las comparecencias de estos docentes, que las decisiones adoptadas por los centros asociados de la UNED, en relación a los recortes citados de horario que han padecido, no han sido debidamente motivadas en los términos que contempla la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por lo que dicha actuación, teniendo en cuenta que ha supuesto la modificación y corrección sustancial de la dedicación horaria de dichos docentes, no debe impedir el establecimiento de unos niveles de transparencia adecuados, basados en criterios de decisión que sean objetivos y razonables.

En todo caso, constituye un deber de buena administración encontrar una salida respecto a los problemas expuestos por este profesorado que no implique un empeoramiento o agravamiento de su situación inicial.

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, y conscientes de las dificultades que desde el punto de vista constitucional y legal puedan apreciarse para resolver esta problemática, he resuelto formular la siguiente recomendación:

“Que se realicen las acciones necesarias para encontrar una solución al problema de reducción horaria, que afecta a algunos profesores tutores, como consecuencia a haber rebasado las 75 horas anuales a las que se refiere el artículo 3 del Real Decreto 2005/1986”.

Igualmente, sobre la base de los preceptos anteriormente citados y en la línea propuesta en la anterior resolución, se ha acordado formular ante V. E. la siguiente sugerencia:

“Que por ese Rectorado se den las instrucciones oportunas a los patronatos de los centros asociados de la UNED para que las decisiones que se adopten, en relación con las reducciones horarias del citado profesorado, sean debidamente motivadas y notificadas, de acuerdo con los trámites exigibles de audiencia al interesado y requisitos de motivación contenidos en los artículos 54, 84 y 89 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

Madrid, 11 de enero de 2006.

**Recomendación dirigida al Rector de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.**

**Recomendación 6/2006, de 11 de enero, sobre límites de las facultades de los Consejos de Escolarización de la Comunidad autónoma.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 421)*

Formulada queja ante esta Institución por don (...) y doña (...), inscrita en el registro del Defensor del Pueblo con el número arriba indicado, se dio por admitida al estimar que reunía los requisitos legalmente establecidos y, analizados los antecedentes aportados por los reclamantes en relación con la cuestión planteada, se formuló a V. E. sugerencia dirigida a que por esa Consejería se adoptaran las medidas precisas para contrastar la adecuación a Derecho de la actuación seguida por el colegio público (...), de Guadalajara, a que hacía referencia la citada queja, en el proceso de admisión de alumnos de educación infantil de tres años para el curso académico 2004-2005.

Una vez recibido el informe elaborado por el Servicio de Inspección Educativa para atender la resolución mencionada, se dio traslado del referido informe a los reclamantes para que formularan, en relación con el mismo, las alegaciones que estimasen pertinentes, a la vista de cuyo contenido y de la información previamente aportada por esa Consejería parece necesario a esta Institución realizar algunas consideraciones, en base a las cuales se formulará la recomendación con la que concluye el presente escrito.

De los datos ahora obrantes en el expediente de la queja mencionada se desprende, en efecto, que el Consejo Provincial de Escolarización de Guadalajara, en el período de reclamación abierto para la impugnación por los solicitantes de las listas provisionales de admisión de alumnos correspondientes al proceso de admisión ya mencionado, permitió que determinados solicitantes introdujeran

modificaciones en las instancias de admisión inicialmente realizadas, y en concreto en los datos consignados en relación con los distintos criterios valorables a efectos de admisión, en términos que les permitieron obtener una puntuación superior a la que les hubiese correspondido en base a los datos inicialmente consignados en las referidas solicitudes.

Tal forma de actuación pretende fundamentarse en el informe aportado por V. E. en base a las facultades que la normativa sobre admisión de alumnado en los centros docentes sostenidos con fondos públicos, vigente en el ámbito de gestión de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, atribuye a los consejos provinciales de escolarización para resolver las reclamaciones que formulan los interesados en los procedimientos de admisión, facultades que, según se entiende en el citado informe, comprenderían la de tomar la decisión de aceptar cambios en los datos consignados en las solicitudes inicialmente formuladas en relación con los criterios valorables a efectos de admisión.

Sin embargo, a juicio de esta Institución, ni en la normativa específica sobre admisión de alumnos vigente en esa Comunidad autónoma –Decreto 22/2004, de 2 de marzo, sobre admisión de alumnos en los centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, y Orden de 12 de marzo siguiente, dictada en su desarrollo–, ni en las normas procedimentales vigentes se contiene prescripción alguna que autorice a realizar la interpretación que, de las facultades implícitas en la función de resolver reclamaciones que se encomienda a los consejos provinciales de escolarización en los procesos de admisión de alumnos, se realiza en el informe mencionado.

Se trata, en efecto, de una vía –nos referimos a la de reclamación administrativa contra las resoluciones provisionales en el ámbito de procedimientos como los de admisión de alumnos, que la vigente ley procedimental califica como de concurrencia competitiva– dirigida a que los interesados en el mismo dispongan de la oportunidad de poner de manifiesto ante el órgano competente eventuales errores en el examen y valoración de los datos y documentación aportados con su solicitud, y a que, a su vez, la Administración, al reexaminar aquellos a la vista de las argumentaciones realizadas por los interesados, tenga la posibilidad de depurar las resoluciones provisionales de eventuales errores, garantizando así en mayor medida el acierto de la decisión definitiva que se adopte al término del procedimiento.

Es pues una vía estrictamente de impugnación de la decisión provisional adoptada, desde el punto de vista de su adecuación a la normativa de aplicación y a los datos y documentos aportados dentro del

plazo de presentación de solicitudes de admisión, que nunca puede interpretarse como una nueva oportunidad de que determinados interesados, modificando los términos de su solicitud, formulen en definitiva una petición distinta de la inicial y pretendan, en base a la misma, obtener la corrección de contenidos de las listas provisionales de admisión cuando éstos han sido fruto de la aplicación de la normativa vigente y responden al contenido de la solicitud y documentación aportadas dentro del plazo reglamentario.

El plazo de presentación de solicitudes en el ámbito de los procedimientos de admisión de alumnos, como en general en los procedimientos de concurrencia competitiva, tiene carácter preclusivo, como se deduce, en el caso de los procesos de admisión, de la normativa ya mencionada aprobada para el ámbito de gestión de esa Consejería, en las que se contienen prescripciones de las que se desprende que las solicitudes formuladas fuera del plazo que para cada curso se establezca, no son tenidas en cuenta en el procedimiento ordinario de asignación de plazas y no concurren a tales efectos con las formuladas dentro de las fechas establecidas, sino que son consideradas tan sólo a efectos de asignación de los puestos que hubiesen quedado vacantes una vez adjudicados puestos escolares a las solicitudes formuladas dentro de plazo.

Dicha prescripción resulta, a juicio de esta Institución, obviada al admitirse la reformulación de solicitudes de admisión, una vez concluido el plazo fijado para la presentación de solicitudes de plaza y por la interpretación que en su apoyo se mantiene en el informe aportado, en el que además se justifica dicha forma de actuación, apuntando que con ella se pretendió facilitar y atender a los ciudadanos en el logro de sus derechos, en el marco que suponía el nuevo procedimiento de escolarización establecido en las normas reglamentarias ya mencionadas.

Sin embargo, la obtención de dicha finalidad, si en efecto se constató que las modificaciones introducidas en la normativa de admisión respecto de la vigente para cursos anteriores, había en efecto inducido a los solicitantes de plaza a cometer errores al cumplimentar y documentar sus instancias, hubiera exigido la adopción de iniciativas que garantizaran por igual a todos los solicitantes la introducción de las correcciones oportunas en sus respectivas solicitudes, a través de una eventual reapertura del plazo de presentación de solicitudes o, previamente, de la utilización del procedimiento de subsanación y mejora de solicitudes antes de la iniciación del procedimiento, en lugar de recurrir al procedimiento efectivamente utilizado que tan sólo ha permitido la modificación de sus solicitudes iniciales y la obtención de puntuaciones mayores que las que se

habrían derivado de su solicitud inicial a algunos peticionarios, que decidieron formular reclamaciones, en detrimento de la mayoría, que, desconocedores de que a través de la citada vía de impugnación se estaban de hecho aceptando modificaciones de las peticiones formuladas, entendieron que debían atenerse a los términos de sus solicitudes iniciales de plaza.

Esta Institución, aunque entiende, como ya se ha apuntado, que tal forma de actuación ha beneficiado a determinados reclamantes en detrimento de otros, no dispone de datos que permitan individualizar qué alumnos resultaron perjudicados por la forma de actuación cuestionada ni, en concreto, determinar si dicha indebida forma de actuación fue determinante en cuanto a la inadmisión en el centro de la hija del promovente de la queja. Por ello, y tomando sobre todo en consideración que el marco jurídico, dentro del que debe desenvolverse la actuación del Defensor del Pueblo, impide a éste realizar actuaciones que vayan en detrimento de terceras personas, que en este caso afectarían a situaciones de escolarización ya consolidadas, no considera procedente sugerir la adopción de medidas tendentes a la modificación de las decisiones sobre admisión en su momento adoptadas, relativas al curso 2004-2005.

No obstante, en base a la argumentación que ha quedado expuesta, sí entiende preciso, en uso de las facultades que le atribuye el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, formular una recomendación de orden general, dirigida a obviar la reproducción sucesiva de actuaciones como la que viene describiéndose en este escrito, en los términos que se expresan a continuación:

“Que por esa Consejería se cursen instrucciones expresas a los Consejos de Escolarización que se constituyan de cara a sucesivos procesos de admisión de alumnos, para que su actuación, al examinar y resolver sobre las reclamaciones que se formulen contra las resoluciones provisionales de los referidos procedimientos, se produzca en todos los aspectos en términos acordes con la normativa sobre admisión de alumnos en centros sostenidos con fondos públicos y reguladora del procedimiento administrativo vigente y, en concreto, para que, atendiendo a la referida normativa, decidan sobre dichas reclamaciones tomando únicamente en consideración el contenido de las solicitudes iniciales de admisión y la documentación, aportadas dentro de los plazos establecidos al efecto”.

Madrid, 11 de enero de 2006.

**Recomendación dirigida al Consejero de Educación y Ciencia. Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.**

**Recomendación 7/2006, de 12 de enero, para que se suprima la exigencia de aportar certificado de antecedentes penales cuando el solicitante es mayor de edad, para la obtención de tarjeta de familiar de residente comunitario.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 419)*

Se acusa recibo a su atento escrito en el que nos contesta a la queja planteada por don (...), abogado del centro de atención a trabajadores inmigrantes de (...) y registrada con el número arriba indicado.

En su escrito sostiene, en lo que se refiere a la exigencia de aportación de visado de residencia a los familiares de español o ciudadano comunitario, al amparo de lo previsto en el Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, que la posibilidad de no exigirse visado cuando concorra alguno de los supuestos previstos en dicha norma ha de ser considerada como excepción y, por ello, interpretarse restrictiva y taxativamente, de modo que puede denegarse dicha excepción si se aprecia que concurre mala fe del solicitante aun cuando tenga encaje en alguna de las situaciones enumeradas en el apartado c) del número 3 del artículo 11 del referido Real Decreto.

Con posterioridad al informe remitido por esa Comisaría General, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictó una Sentencia el 14 de abril de 2005, en la que declaró que España había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de las Directivas 68/360/CEE, 73/148/CEE, 90/365/CEE y 64/221/CEE, todas del Consejo, al no adaptar correctamente estas directivas al ordenamiento jurídico interno y, en particular, al imponer a los nacionales de un país tercero, que sean miembros de la familia de un nacional comunitario que ha ejercido su derecho de libre circulación, la obligación de obtener un visado de residencia para la expedición de un permiso de residencia.

La norma impugnada en el recurso que dio lugar a la referida sentencia fue el Real Decreto 766/1992, de 26 de junio. Como V. I. sobradamente conoce, este Real Decreto fue derogado por el Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, si bien en esta última norma se mantiene prácticamente en los mismos términos la regulación referida a la obtención de visado de residencia y la posibilidad de exención de visado.

Según ha conocido extraoficialmente esta Institución, tras hacerse pública la Sentencia del Tribunal de las Comunidades Europeas de 14 de abril de 2005, la Dirección General de Inmigración dictó una Instrucción, de fecha 6 de junio de 2005 en la que, con la finalidad de dar cumplimiento a la sentencia, señaló que debe considerarse no aplicable el contenido del artículo 11.3 c) del Real Decreto 178/2003, por el que se establece la obligación, por parte de familiares de ciudadanos comunitarios o de nacionales de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuando éstos no sean a su vez ciudadanos comunitarios o nacionales de los citados Estados, de acompañar la correspondiente solicitud de tarjeta de familiar de residente comunitario, entre otra documentación, de visado de residencia en el pasaporte o solicitud de exención de éste.

En consecuencia, rogamos a V. I. confirme a esta Institución la realidad de la información recibida extraoficialmente, remitiendo copia de la instrucción en su caso dictada sobre este asunto.

De otro lado, en lo que se refiere a la petición de antecedentes penales a los familiares de ciudadanos comunitarios que solicitan la tarjeta de residencia sin haber obtenido previamente visado, se señala en su informe que no se exigen con carácter general, sino sólo a los familiares contemplados dentro del ámbito de aplicación del artículo 2 del Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, mayores de edad penal que pudieran acogerse a una exención de visado “cuando teniendo encaje en algunas de las situaciones contempladas en su artículo 11, letra c), números 1º a 10º, además justifican las causas que les impiden la obtención del preceptivo visado de residencia”.

Del contenido de dicho informe se desprende, por tanto, que al menos con anterioridad a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de fecha 14 de abril de 2005, se exigía con carácter general la presentación de visado a los familiares de españoles o de ciudadanos comunitarios para la obtención de tarjeta de residencia. Si no se aportaba visado, se exigía con carácter general la solicitud de exención de visado, y junto a esta solicitud en todos los casos en los que el solicitante era mayor de edad se le requería la presentación de certificado de antecedentes penales, si bien finalmente

el criterio para la concesión de exención de visado era restrictivo. Se desprende por tanto con nitidez que la petición de certificado de antecedentes penales a los solicitantes de tarjeta de familiar de ciudadano comunitario está vinculada a su carencia de visado de residencia y a la solicitud de exención de visado.

El Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, no recoge expresamente la obligación de que se acompañe dicho documento junto a la solicitud de exención de visado. No obstante, esa Comisaría General justifica esta práctica en la aplicación supletoria de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de conformidad con lo establecido en el número 2 de la disposición final segunda del referido Real Decreto.

Dicha disposición adicional dispone la aplicación de las normas de carácter general contenidas en la Ley Orgánica 4/2000 con carácter supletorio “y en la medida en que no se opongan a lo dispuesto en los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas, así como en el Derecho derivado de los mismos”.

Esta Institución desconoce si, tras la tantas veces citada sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, se ha modificado el criterio mantenido hasta ahora en lo relativo a la petición de antecedentes penales. No obstante, resulta necesario señalar que, una vez declarado por dicho Tribunal que la imposición a los nacionales de un país tercero, que sean miembros de la familia de un nacional comunitario, de la obligación de obtener un visado de residencia para la expedición de permiso de residencia es contraria a las directivas comunitarias, no resulta aceptable que, a esa obligación indebidamente impuesta por el ordenamiento jurídico interno español, pueda anudarse otro requisito como es la presentación del certificado de antecedentes penales.

En cualquier caso, y sin necesidad de realizar un análisis de dicha sentencia, es necesario señalar que conforme establece el artículo 6 de la Directiva 73/148/CEE del Consejo, para la expedición de la tarjeta de residencia el Estado miembro únicamente podrá exigir al solicitante que:

- a) presente el documento que le haya permitido entrar en el territorio, y
- b) aporte la prueba de que está incluido en alguna de las categorías contempladas en los artículos 1 y 4.

En consecuencia, a juicio de esta Institución, la petición del certificado de antecedentes penales en el supuesto examinado es contraria al Derecho comunitario, sin que por tanto pueda operar la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, con carácter supletorio o subsidiario.

Por todo cuanto antecede, esta Institución ha considerado necesario dirigir a V. I. la siguiente recomendación, al amparo de lo previsto en el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril:

“Que por esa Comisaría General se impartan las instrucciones oportunas para que cese la práctica de solicitar, a los familiares mayores de edad de ciudadanos comunitarios o de otros ciudadanos nacionales de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que posean la nacionalidad de un tercer Estado, la presentación de certificados de antecedentes penales para la tramitación de tarjeta de residencia, aun en los casos en los que esta solicitud se realice sin aportar el correspondiente visado”.

Madrid, 12 de enero de 2006.

**Recomendación dirigida al Comisario General de Extranjería y Documentación. Ministerio del Interior.**

**Recomendación 8/2006, de 13 de enero, sobre reformas legislativas en relación con los accidentes de tráfico.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 419)*

Como consecuencia de las numerosas quejas recibidas y de las entrevistas mantenidas con algunas asociaciones de familiares de víctimas de accidentes de tráfico, esta Institución decidió iniciar una investigación de carácter general para conocer con detalle cuál es en la práctica la respuesta que nuestro ordenamiento jurídico da a los accidentes de tráfico.

Dentro de esa investigación se solicitó la colaboración de la Dirección General de Tráfico, especialmente para conocer si en estos momentos existía en nuestro país alguna previsión en orden a reformar los artículos que dentro del Código Penal tipifican y sancionan este tipo de infracciones.

En la contestación recibida desde la citada Dirección General, se hizo constar que la concreción del concepto “imprudencia grave” corresponde a la jurisprudencia, ya que la normativa en vigor en nuestro país no precisa ese concepto. Efectivamente, tal y como indicó la Dirección General de Tráfico, ni el Código Penal, ni la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial delimitan ese concepto, describiendo aquellas conductas imprudentes que por sus consecuencias puedan ser calificadas como muy graves.

Basta con repasar algunas sentencias dictadas por los tribunales para darse cuenta de cómo comportamientos que conllevan un alto reproche social, son sancionados como simple falta. Así, por ejemplo, un Juzgado de Instrucción de Madrid, el 21 de octubre del año 2005, sancionó como falta de imprudencia el atropello de un peatón, que a las 14.15 horas cruzaba una de las principales calles de Madrid (la

calle Alcalá) por un “paso de cebra”. Como consecuencia de ese atropello el peatón sufrió traumatismo craneoencefálico, traumatismo ocular, fractura abierta de la tibia, parálisis del nervio ciático y uretorragia postraumática, quedándole como secuela síndrome posconmocional, pérdida de la agudeza visual, artrosis postraumática y cicatrices. El autor de esa falta fue sancionado con 30 días de multa con una cuota diaria de 5 euros, es decir 150 euros.

El ejemplo que se acaba de exponer se reitera de manera frecuente en nuestros tribunales de justicia.

Precisamente por ello, en las reuniones mantenidas con las asociaciones de familiares de víctimas de accidentes de tráfico, los responsables de esas asociaciones han expresado de manera unánime su malestar con la legislación española en esa materia, pues la consideran sumamente generosa hacia el infractor, ya que muchos de los comportamientos son imprudencias graves con resultados a veces de pérdidas de vidas y sin embargo, se sancionan como simples faltas de imprudencia con una pena de multa.

Consideran esas asociaciones que todavía en nuestra sociedad se tolera, comprende y perdona a los autores de esas imprudencias, por lo que es necesario concienciar a la población ante un fenómeno que ya se empieza a definir como “violencia vial”. Buena parte de esa comprensión y perdón se produce al ser indemnizadas las víctimas o sus familiares por las compañías aseguradoras, dando así la sensación de que el daño ha quedado totalmente resarcido. Sin embargo, las graves secuelas o la pérdida de la vida, son de imposible reparación.

Detrás de cada caso concreto en el que se ha perdido una vida o han perdurado secuelas invalidantes para realizar una vida y una actividad laboral normal, existe un grave problema social.

Durante los últimos 10 años, el número de personas fallecidas en accidentes de circulación ha descendido un 18 por 100 y el de heridos graves un 39 por 100. Sin embargo, el número de accidentes se ha incrementado en un 12 por 100 y el de heridos leves en un 36 por 100, según los datos que facilita la Dirección General de Tráfico.

En este momento, en España los accidentes de circulación son la primera causa de muerte de la población española de menos de 39 años, siendo los varones de 18 a 20 años los que más riesgo tienen de ser víctimas en un accidente. Dentro de las causas más frecuentes que provocan los accidentes se encuentra el exceso de velocidad en un 29 por 100 de los casos y el consumo de alcohol aparece en un 36 por 100 de los conductores fallecidos.

Los datos que se acaban de exponer y el número de quejas, cada vez más frecuentes en las que los ciudadanos exponen sus dramáticas situaciones familiares, como consecuencia de haber sido víctimas de algún accidente de tráfico, han llevado a esta Institución a estudiar este problema en uno de sus aspectos: la respuesta que el Código Penal ofrece a estos comportamientos ilícitos.

Precisamente cuando se estaba realizando la presente recomendación, una ciudadana remitió una queja en la que expresaba su desconocimiento e indignación con la decisión adoptada por un juzgado de instrucción de Extremadura, que después de un año de tramitar un procedimiento penal había declarado el hecho falta. Se trataba de un accidente de tráfico en el que el conductor de un vehículo marca Mercedes que circulaba a más de 165 km/h, había invadido el carril izquierdo de circulación saltando la mediana y colisionando frontalmente con otro turismo, que era ocupado por cuatro personas, que fallecieron en el acto, junto con el copiloto del vehículo Mercedes, resultando ileso el conductor de este último. En el atestado no se realizó la prueba de alcoholemia al conductor del Mercedes.

Nuestro Código Penal vigente, después de la modificación sufrida por la Ley Orgánica 15/2003, regula los delitos contra la seguridad del tráfico en los artículos 379 a 385, tipificándose la imprudencia grave como falta en el artículo 621. En este último caso debe tenerse en cuenta que en esas infracciones, que en el caso de los accidentes de tráfico son la inmensa mayoría, para poder perseguir el ilícito penal es necesario la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

Esa previsión legal no se ajusta en estos momentos a la realidad del tráfico rodado, ni es adecuada para hacer frente a la alta siniestralidad que tiene nuestro país. Toda imprudencia que se cometa con ocasión de la conducción de un vehículo tiene que ser merecedora de un reproche penal aun cuando se haya producido la satisfacción indemnizatoria.

Además de cuanto se acaba de exponer, existen otras dos cuestiones que en la práctica vienen a dificultar el trabajo diario de los tribunales de justicia a la hora de juzgar este tipo de comportamientos. En primer lugar el Código Penal parte de una distinción entre la imprudencia grave y la imprudencia leve, debiendo ser necesariamente la imprudencia grave para que se sancione como delito, mientras que en el caso de las faltas, la imprudencia puede ser tanto grave como leve. El problema esencial radica en que el Código Penal no proporciona, a diferencia de lo que ocurre en otros países, el criterio válido para establecer tal graduación, quedando por tanto esa diferenciación en manos de los tribunales.

En el caso de Francia, país que en las últimas dos décadas ha pasado de 16.617 personas fallecidas en 1972 a 7.242 en el año 2002, el Código Penal tras la reforma realizada con la Ley 2003-495, cuenta con un artículo 221-6-1, en el que de manera expresa se sanciona la imprudencia con una pena de 7 años de prisión y multa de 100.000 euros cuando el conductor haya sobrepasado en 50 km/h o más la velocidad máxima autorizada. En el caso de imprudencias en las que se origina a la víctima una incapacidad laboral total durante más de tres meses, la pena será de 2 años de prisión y multa (art. 221-7).

La segunda de las cuestiones a tratar es la que se refiere al tratamiento que viene dándose al delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas. Debe tenerse en cuenta que, tal y como se ha señalado, un 36 por 100 de los conductores fallecidos tenían alcohol en sangre. Según la jurisprudencia es necesario que concurren dos elementos para poder condenar, uno de carácter objetivo –el grado de impregnación alcohólica– y otro de carácter subjetivo –la influencia de dicha ingesta en cada persona–.

La necesidad de prueba sobre la influencia del alcohol en la conducción ha sido reiteradamente exigida en nuestra jurisprudencia. Esta necesidad viene recogida, entre otras, en las sentencias del Tribunal Constitucional de 19 de abril y de 15 de noviembre de 2004, en donde se hace constar que el delito del artículo 379 del Código Penal no constituye una infracción meramente formal, pues para imponer la pena no basta con comprobar a través de la pertinente prueba de alcoholemia que el conductor ha ingerido alcohol o alguna otra sustancia mencionada en el citado artículo, sino que es necesario que se acredite que la ingestión ha afectado a la capacidad psicofísica del conductor y como consecuencia de ello, a la seguridad en el tráfico, que es el bien protegido por dicho delito.

Con ello se deja al juzgador la libre valoración sobre la cuestión; tal valoración judicial ha de tener en cuenta el nivel de alcohol derivado de la prueba de alcoholemia, pero también otras cuestiones que es necesario que los agentes intervinientes reflejen en el atestado.

Asimismo, aunque para estas conductas esté previsto una pena privativa de libertad, al amparo de los artículos 80 y 81 del Código Penal, esta puede ser suspendida, lo que en la práctica ocurre, por lo que la sanción se reduce a penas pecuniarias.

La última memoria, correspondiente al año 2004, que ha sido presentada por el Fiscal General del Estado en el mes de septiembre del presente año 2005, contiene una magnífica exposición de los problemas que en la práctica están originando los delitos relativos a la seguridad vial. La extensión de ese apartado impide su reproducción

en este momento; ahora bien, una de las propuestas finales que aparecen en el mismo merece ser reproducida al menos en parte, por su claridad y precisión en el diagnóstico. Se indica en esa propuesta que “una serena reflexión en la valoración de la entidad del riesgo creado con la conducción de vehículos y de las consecuencias que de ciertas conductas se derivan para las víctimas y sus familiares, conduce a la conclusión de que es necesaria una mayor eficacia en la represión de tales actitudes incívicas, partiendo de las premisas de que no sólo es delito la conducción ética, y de que en los supuestos en que se producen resultados de muerte o lesiones, deben incardinarse como delito otras conducciones que socialmente son valoradas como de grave imprudencia, y no sólo las conducciones absolutamente temerarias.

Resulta interesante la experiencia de países como Francia, que ha conseguido una reducción muy significativa en el número de accidentes de fallecimientos, en gran parte con unas medidas inequívocamente sancionadoras.

Es necesario que vaya extendiéndose una mayor conciencia de los verdaderos riesgos derivados de la conducción a velocidades inadecuadas, hasta que socialmente sea valorada como insolidaria y peligrosa la conducción excesivamente rápida, y ello pese a la publicidad y a los estímulos del mercado que parecen primar la rapidez y la potencia de los nuevos vehículos, especialmente destinados a un público joven.

Pero en tanto no se alcanza dicha concienciación general, resulta necesario incrementar la protección del conjunto de los usuarios mediante la sanción de los grandes infractores, que pueden actualmente disfrutar de una sensación de impunidad, al ser en la práctica excepcional que la causación de una o varias muertes, incluso en casos de conducción temeraria, comporte efectivo ingreso en prisión”.

Como consecuencia de todo lo anterior, una institución de la naturaleza y funciones del Defensor del Pueblo no puede permanecer impasible ante un fenómeno que día a día genera un número importante de fallecimientos, y provoca al mismo tiempo graves perjuicios al derecho a la integridad física de muchos ciudadanos. Parece inevitable que entre otros muchos aspectos, se deba realizar una reforma legislativa para adecuar la respuesta penal a la auténtica gravedad que en la sociedad actual tienen los accidentes de tráfico.

Por todo ello, teniendo en cuenta la iniciativa legislativa que ese Ministerio tiene en la materia que se viene tratando, esta Institución al amparo de lo dispuesto en el artículo 30 de su Ley Orgánica reguladora y en la medida en que la cuestión expuesta afecta a derechos

fundamentales constitucionalmente reconocidos, se ha valorado la conveniencia de dar traslado a V. E. de la siguiente recomendación:

“1. Que se promuevan las oportunas reformas legislativas a fin de que los hechos derivados de accidentes de tráfico reciban en el Código Penal la sanción adecuada en función de su gravedad, concretando dicho texto en función de las circunstancias que aparezcan en cada caso, cuando la imprudencia es muy grave, grave o leve.

2. Dadas las graves consecuencias que este tipo de comportamientos ilícitos generan en la sociedad y la frecuencia con la que se cometen, sería necesario que esa reforma legal considerara que en todos los casos, haya denuncia o no del perjudicado, esa clase de acciones delictivas tengan que ser perseguidas de oficio, siendo por ello obligatoria la intervención del Ministerio Fiscal.

3. Que se imparta formación adecuada sobre esta clase de procedimientos, de cara a lograr una mayor preparación y conocimiento de los órganos de la Administración de justicia que intervienen en el enjuiciamiento de estos delitos.

4. Que se aproveche la reforma que ahora se solicita para introducir unas instrucciones o protocolos precisos para que todos los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, con competencia en esta materia, cuando elaboren los atestados, trabajen con unos criterios uniformes y homogéneos para todo el territorio nacional. Que también se dote de una formación adecuada a dichos Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado en esta materia.

5. Que una parte de las multas recaudadas por esta clase de infracciones penales se destine obligatoriamente a la atención de las víctimas y sus familiares, facilitándoles la asistencia médica y la ayuda económica que precisen como consecuencia de los accidentes de tráfico”.

Madrid, 13 de enero de 2006.

**Recomendación dirigida al Ministro de Justicia.**

**Recomendación 9/2006, de 13 de enero, para que se clausure el centro de atención a menores extranjeros no acompañados de Los Llanos Pelados (Fuerteventura), trasladando a los menores acogidos a unas instalaciones idóneas y reorientando el proyecto socioeducativo<sup>2</sup>.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 431)*

Durante el pasado mes de junio esta Institución llevó a cabo, en el curso de sus habituales actividades de supervisión, una visita a diversas instalaciones y centros administrativos de la isla de Fuerteventura, entre los que se encontraba el Centro de atención a menores extranjeros no acompañados de Los Llanos Pelados.

A consecuencia de dicha visita se ha elaborado un acta, de cuyas conclusiones se da traslado a V. E. para su conocimiento:

1. Parece existir una discrepancia sobre la naturaleza del centro visitado, ya que el Cabildo lo considera un centro de primera acogida y la Administración autonómica estima que es un Centro de atención a menores extranjeros (en adelante CAME). En cualquier caso, su función práctica es la de un centro de atención a menores no acompañados, más allá de la primera acogida.

2. A tenor de los datos recabados, se estima que la situación general del centro es incompatible con la función que debe desempeñar. Ha de llamarse especialmente la atención sobre varias cuestiones determinantes para llegar a esta conclusión, tales como el estado del vallado que impide efectuar un control efectivo sobre el acceso y la salida de los acogidos, las muy deficientes condiciones

---

<sup>2</sup> Recomendación 10/2006 de este volumen.

higiénico-sanitarias de la práctica totalidad de las instalaciones, y el acusado deterioro de casi todas sus dependencias.

3. A la vista de esta situación se estima que el centro debiera ser clausurado, trasladando a los menores acogidos a otras instalaciones más dignas en las que sea posible ofrecerles una atención y educación integral en un marco de convivencia adecuado, tal y como exige la legislación.

4. Incluso el uso de las instalaciones actuales como recurso de primera acogida para situaciones de emergencia, sólo resultaría admisible si se efectuaran sustanciales reformas que permitieran devolver las dependencias a un estado adecuado y por periodos de tiempo limitados.

5. Esta Institución comprende que la actitud y los problemas que plantean determinados menores dificulte la convivencia y el trabajo con el resto de los menores acogidos. Ahora bien, esta explicación no resulta suficiente para justificar la lamentable situación del centro visitado ni la aparente falta de perspectivas para cambiar ese estado de cosas. Frente a esta situación, habría de partirse de un análisis individualizado, diseñando un programa de intervención específico con estos menores que hacen del conflicto su modo habitual de actuación, a fin de evitar que la actitud de unos pocos condicione la actuación con el conjunto de los residentes en el CAME y menoscabe su seguridad y posibilidades de desarrollo e integración.

6. Durante la visita quedó de manifiesto la ausencia en la práctica de un proyecto socioeducativo adecuadamente articulado. Se haría necesario reorientar la marcha del centro y la programación del mismo.

7. También llamó la atención de esta Institución el alto índice de absentismo escolar apreciado y la falta de medidas para ofrecer una atención suplementaria a estos menores.

8. Deberían desarrollarse de manera habitual programas de educación para la salud entre los acogidos en el centro.

9. Con carácter general, debiera procederse por el personal de cocina a guardar muestras de los alimentos preparados en el centro a disposición de los servicios sanitarios, con el fin de controlar su preparación y disponer de medios para detectar eventuales focos de intoxicación. Asimismo debería revisarse periódicamente por personal cualificado el equilibrio dietético de los menús.

10. Se desprende de los datos recabados que este centro incumple la normativa establecida en materia de personal, en especial respecto

de los técnicos que deben integrarse en su plantilla. Las administraciones responsables de la tutela y guarda de los menores deben establecer las oportunas salvaguardas para asegurar que, sea cual fuere la forma de prestación del servicio, este quede encomendado a profesionales que estén en posesión de las titulaciones exigidas.

11. Respecto al proceso para documentar y regularizar a los menores, se ha comunicado la existencia de retrasos, que serán analizados caso por caso para determinar si tales retrasos efectivamente existen y las razones que los motivan. Se estima necesario un seguimiento respecto de las solicitudes de autorización laboral a favor de menores acogidos, para conocer el trámite que se ha dado a las mismas y la decisión finalmente adoptada.

12. Al parecer ha existido una implicación insuficiente de la Fiscalía local, en relación con la situación del centro y con los problemas ocasionados por varios menores. Estimamos que debiera abrirse una investigación sobre este extremo por la Fiscalía General del Estado a fin de conocer y evaluar las actuaciones que se hayan podido desplegar.

Habida cuenta de la preocupante situación del centro y dado que la tutela sobre los menores acogidos corresponde a esa Administración autonómica, esta Institución, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos, debe formular la siguiente recomendación:

“Que se promuevan las medidas oportunas para trasladar el Centro de atención a menores extranjeros no acompañados de Fuerteventura, a unas nuevas instalaciones que permitan superar la actual situación de deterioro material de dicho centro.

Asimismo, que se pongan en marcha actuaciones para reorientar de manera sustancial el proyecto socioeducativo de este centro, de modo que pueda estar en condiciones de cumplir con los objetivos que marca la legislación aplicable.

Con independencia de lo anterior, esta Institución desearía que el informe que debe remitir V. E. se extendiera sobre otros asuntos que también se mencionan en las conclusiones; en concreto, sobre los siguientes:

— Previsiones que se hayan adoptado o esté previsto adoptar para el tratamiento individualizado de los menores cuya actuación dificulta la convivencia en los centros.

— Tiempo medio de tramitación de las solicitudes de autorización de residencia y criterios de esa Consejería en relación con la solicitud

de autorizaciones laborales a favor de menores extranjeros en edad laboral. En concreto se desearía conocer cuál fue el informe de esa Consejería en relación con la solicitud de autorización de trabajo que, al parecer, se instó desde el CAME de Fuerteventura a favor de uno de los menores acogido en el mismo”.

Madrid, 13 de enero de 2006.

**Recomendación dirigida a la Consejera de Empleo y Asuntos Sociales. Comunidad Autónoma de Canarias.**

**Recomendación 10/2006, de 13 de enero, para que se clausure el centro de atención a menores extranjeros no acompañados de Los Llanos Pelados (Fuerteventura), trasladando a los menores acogidos a unas instalaciones idóneas y reorientando el proyecto socioeducativo<sup>3</sup>.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 434)*

Como V. I. conoce, durante el pasado mes de junio esta Institución llevó a cabo, en el curso de sus habituales actividades de supervisión, una visita a diversas instalaciones y centros administrativos situados en la isla de Fuerteventura, entre los que se encontraba el Centro de atención a menores extranjeros no acompañados de (...).

En el curso de la misma, a la que asistió en parte la señora Consejera de Asuntos Sociales de ese Cabildo, pudieron visitarse detenidamente las distintas dependencias del centro y cambiar impresiones con el personal del mismo y con varios de los menores allí acogidos.

A consecuencia de dicha visita se ha elaborado un acta, de cuyas conclusiones se da traslado a V. I. para su conocimiento:

1. Parece existir una discrepancia sobre la naturaleza del centro visitado, ya que el Cabildo lo considera un centro de primera acogida y la Administración autonómica estima que es un Centro de atención a menores extranjeros (en adelante CAME). En cualquier caso, su función práctica es la de un centro de atención a menores no acompañados, más allá de la primera acogida.

---

<sup>3</sup> Recomendación 9/2006 de este volumen.

2. A tenor de los datos recabados, se estima que la situación general del centro es incompatible con la función que debe desempeñar. Ha de llamarse especialmente la atención sobre varias cuestiones determinantes para llegar a esta conclusión, tales como el estado del vallado que impide efectuar un control efectivo sobre el acceso y la salida de los acogidos, las muy deficientes condiciones higiénico-sanitarias de la práctica totalidad de las instalaciones, y el acusado deterioro de casi todas sus dependencias.

3. A la vista de esta situación se estima que el centro debiera ser clausurado, trasladando a los menores acogidos a otras instalaciones más dignas en las que sea posible ofrecerles una atención y educación integral en un marco de convivencia adecuado, tal y como exige la legislación.

4. Incluso el uso de las instalaciones actuales como recurso de primera acogida para situaciones de emergencia, sólo resultaría admisible si se efectuaran sustanciales reformas que permitieran devolver las dependencias a un estado adecuado y por periodos de tiempo limitados.

5. Esta Institución comprende que la actitud y los problemas que plantean determinados menores dificulte la convivencia y el trabajo con el resto de los menores acogidos. Ahora bien, esta explicación no resulta suficiente para justificar la lamentable situación del centro visitado, ni la aparente falta de perspectivas para cambiar ese estado de cosas. Frente a esta situación, habría de partirse de un análisis individualizado, diseñando un programa de intervención específico con estos menores que hacen del conflicto su modo habitual de actuación, a fin de evitar que la actitud de unos pocos condicione la actuación con el conjunto de los residentes en el CAME y menoscabe su seguridad y posibilidades de desarrollo e integración.

6. Durante la visita quedó de manifiesto la ausencia en la práctica de un proyecto socioeducativo adecuadamente articulado. Se haría necesario reorientar la marcha del centro y la programación del mismo.

7. También llamó la atención de esta Institución el alto índice de absentismo escolar apreciado y la falta de medidas para ofrecer una atención suplementaria a estos menores.

8. Deberían desarrollarse de manera habitual programas de educación para la salud entre los acogidos en el centro.

9. Con carácter general, debiera procederse por el personal de cocina a guardar muestras de los alimentos preparados en el centro a disposición de los servicios sanitarios, con el fin de controlar su

preparación y disponer de medios para detectar eventuales focos de intoxicación. Asimismo debería revisarse periódicamente por personal cualificado el equilibrio dietético de los menús.

10. Se desprende de los datos recabados que este centro incumple la normativa establecida en materia de personal, en especial respecto de los técnicos que deben integrarse en su plantilla. Las administraciones responsables de la tutela y guarda de los menores deben establecer las oportunas salvaguardas para asegurar que, sea cual fuere la forma de prestación del servicio, este quede encomendado a profesionales que estén en posesión de las titulaciones exigidas.

11. Respecto al proceso para documentar y regularizar a los menores, se ha comunicado la existencia de retrasos, que serán analizados caso por caso para determinar si tales retrasos efectivamente existen y las razones que los motivan. Se estima necesario un seguimiento respecto de las solicitudes de autorización laboral a favor de menores acogidos, para conocer el trámite que se ha dado a las mismas y la decisión finalmente adoptada.

12. Al parecer ha existido una implicación insuficiente de la Fiscalía local, en relación con la situación del centro y con los problemas ocasionados por varios menores. Estimamos debiera abrirse una investigación sobre este extremo por la Fiscalía General del Estado a fin de conocer y evaluar las actuaciones que se hayan podido desplegar.

Habida cuenta de la grave situación del centro y en atención a la competencia que está reconocida a esa Administración por parte de la legislación autonómica de protección de menores en relación con la ejecución de las medidas de amparo, esta Institución, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos, debe formular la siguiente recomendación:

“Que se adopten las medidas necesarias para trasladar el Centro de atención a menores extranjeros no acompañados de Fuerteventura a unas nuevas instalaciones, procediéndose a la clausura de las actuales dependencias.

Que, asimismo, se adopten las medidas necesarias para superar las carencias y deficiencias que se han puesto de manifiesto, de modo que sea posible reorientar la marcha general del centro y desarrollar un proyecto socioeducativo acomodado a las características y dificultades de intervención que presenta la población usuaria”.

Madrid, 13 de enero de 2006.

**Recomendación dirigida al Presidente del Cabildo Insular de Fuerteventura.**



**Recomendación 11/2006, de 20 de enero, sobre inclusión en impresos de preinscripción en centros docentes de Cataluña, de información sobre derechos lingüísticos de los alumnos.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, págs. 426-427)*

En el año 2000, a raíz de la presentación de varias quejas por parte de padres de alumnos que entonces iniciaban la escolarización de sus hijos en el ámbito territorial de esa Comunidad autónoma, se iniciaron actuaciones ante ese Departamento tendentes a conocer los motivos por los cuales los impresos de preinscripción en centros docentes sostenidos con fondos públicos no contenían espacio alguno específicamente destinado a conocer cuál fuera la lengua materna de los alumnos, para escolarizarlos en ella en su primera enseñanza, ni tampoco espacio alguno destinado a informar a los padres de los alumnos sobre el derecho de sus hijos a recibir su primera enseñanza en su lengua habitual de acuerdo con lo establecido en la Ley 1/1998, de 7 de enero, de Política Lingüística.

La tramitación de estos asuntos se suspendió atendiendo a lo establecido en el artículo 17 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, una vez que por parte de ese Departamento se informó a esta Institución de la interposición de un recurso contencioso-administrativo sobre esta cuestión (recurso número 657/1999) que se encontraba pendiente de resolución ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Mediante escrito de fecha 19 de octubre de 2000, se informaba a ese Departamento de la suspensión mencionada haciendo, no obstante, expresa mención en dicho escrito a la posición favorable de esta Institución constitucional a fin de que “tanto en el ámbito escolar como en cualquier otro, se proporcione en todo momento a los ciudadanos toda la información relativa a la configuración estatutaria y legal de sus derechos lingüísticos, y ello como instrumento para que dispongan de los datos

necesarios para que puedan ejercitarlos en su integridad dentro de los términos en que les vienen atribuidos por el ordenamiento jurídico”.

Cinco años más tarde –y sin que el parecer antes expresado del Defensor del Pueblo hubiera tenido reflejo alguno en la práctica administrativa de ese Departamento– se iniciaron nuevas actuaciones en el expediente arriba referenciado, toda vez que esta Institución fue informada de que los impresos de preinscripción seguían adoleciendo de las mismas carencias ya citadas, y ello a pesar de que el procedimiento contencioso administrativo antes mencionado había sido resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña mediante Sentencia 1062/2004 en la que, entre otras cosas, se declaraba la obligación de esa administración educativa “de adoptar las medidas necesarias para que en el modelo oficial se pregunte por su lengua habitual a los padres o tutores de los niños preinscritos en los cursos escolares en centros sostenidos con fondos públicos por su lengua habitual, antes del inicio de la matriculación, a fin de poder hacer efectivo su derecho a recibir en aquélla la primera enseñanza...”.

Mediante escrito de fecha 7 de diciembre del pasado año 2005, que tuvo entrada en esta Institución el día 19 siguiente, remite V. E. el informe que esta Institución había solicitado sobre las razones por las que los impresos de preinscripción mantenían las carencias citadas pese a la resolución jurisdiccional ordenando su corrección. En dicho informe justifica V. E. la desatención al pronunciamiento jurisdiccional contenido en la Sentencia 1062/2004, por una parte, en la discrecionalidad de la que dispone esa Administración para determinar la forma de dar cumplimiento a la previsión legal del artículo 21.2 de la Ley 1/1998 y, por otra, en el hecho de que la resolución judicial del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña no haya devenido firme al haber sido recurrida en casación ante el Tribunal Supremo.

Esta Institución no cuestiona la potestad discrecional de la que indudablemente dispone esa Administración para articular el modo a través del cual deba cumplir sus deberes legales. De hecho, las diversas previsiones que se mencionan en su informe contenidas en la normativa vigente, a fin de que los alumnos puedan recibir la primera enseñanza en su lengua habitual y para que sus padres o tutores puedan ejercer este derecho, son valoradas muy positivamente por esta Institución en la medida en que –como V. E. precisa en su informe– posibilitan que el derecho sea ejercitado no sólo en el momento de la incorporación al sistema educativo sino en cualquier momento posterior.

Sin embargo, también es verdad que ha sido precisamente en la revisión del ejercicio de esa potestad discrecional donde el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña declaró entender “ponderadamente más conforme con el ordenamiento jurídico” la incorporación en el impreso de preinscripción del derecho de los niños a recibir la primera enseñanza en su lengua habitual, puesto que ello –afirma literalmente el Tribunal– “... coadyuvará a la mayor efectividad del derecho, legalmente contemplado y al más eficaz cumplimiento de la obligación de la Administración de garantizar este derecho, aumentando razonablemente (de forma sencilla, añadiendo un par de nuevas casillas en el impreso de preinscripción) los medios necesarios para hacerlo efectivo y facilitando su ejercicio por padres y tutores, todo ello a la luz de los principios contemplados en el artículo 9 de la Constitución”.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que según una encuesta oficial de esa Comunidad Autónoma [(*Encuesta de usos lingüísticos en Cataluña 2003* (EULC03)], incluida en el programa anual de actuaciones estadísticas del año 2004 y realizada a partir de la firma de un convenio de colaboración entre la Secretaría de Política Lingüística del Departamento de la Presidencia y el IDESCAT, el número de ciudadanos mayores de 15 años que declararon que el castellano era su primera lengua ascendió a 2.929.100, siendo 2.424.700 el número de los que declararon al castellano como lengua propia y de 2.410.300 el de los que declararon al castellano como lengua habitual.

Frente a esta realidad, y aunque en su informe no se proporcionan datos al respecto, parece ser que el número de alumnos que ejercitan su derecho a recibir la primera enseñanza en su lengua habitual es muy escaso (menos de 50 según declaraciones a la prensa –diario *El Mundo*, del jueves 12 de enero de 2006– de un alto cargo de ese departamento), lo que induce a pensar que, o bien los alumnos no son conocedores de su derecho, o bien encuentran trabas o dificultades para ejercitarlo.

En esta situación, el Defensor del Pueblo entiende que por parte de ese Departamento debieran llevarse a cabo cuantas iniciativas se consideren oportunas, adicionales a las ya puestas en marcha por esa Administración, para que los derechos lingüísticos de los alumnos puedan ser eficaz y plenamente ejercidos. Cabe suponer que suscitará una grave preocupación en ese Departamento el hecho de que frente a las cifras oficiales de ciudadanos que declaran al castellano como lengua habitual, tan solo un exiguo medio centenar de alumnos solicite ejercitar su derecho a recibir la primera enseñanza en dicha lengua.

Entre estas medidas sigue considerando esta Institución que debería incluirse la relativa a la incorporación en los impresos de preinscripción, por un lado, de información sobre el derecho a recibir la primera enseñanza en la lengua habitual y, por otro, de espacios específicos en los que los padres o tutores optasen por la enseñanza en esa lengua habitual o la otra cooficial en esa Comunidad autónoma. Como pone de manifiesto la resolución jurisdiccional antes mencionada, una iniciativa de este carácter coadyuvaría a la mayor efectividad del derecho aumentando razonablemente y de forma sencilla los medios necesarios para hacerlo efectivo y facilitando su ejercicio a padres y tutores.

Por todo ello, y con independencia de que el pronunciamiento judicial que finalmente recaiga en el recurso de casación actualmente en trámite confirme o no la obligación de esa Administración de modificar el impreso de preinscripción y matriculación de alumnos en centros sostenidos con fondos públicos, esta Institución ha considerado procedente formular a V. E. al amparo del artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, la siguiente recomendación:

“Que en las normas de preinscripción y matrícula del alumnado en centros sostenidos con fondos públicos se incluyan las correspondientes previsiones, a fin de que los impresos de preinscripción incluyan información clara y suficiente sobre el derecho de los alumnos a recibir la primera enseñanza en su lengua habitual y, asimismo, espacios adecuados para que los padres y tutores informen a la administración educativa de cuál es la lengua habitual del alumno y cuál la lengua por la que optan para que éste reciba la primera enseñanza”.

Madrid, 20 de enero de 2006.

**Recomendación dirigida a la Consejera del Departamento de Educación, de la Generalitat de Cataluña.**

**Recomendación 12/2006, de 25 de enero, para que en los procedimientos de devolución los interesados puedan hacer uso de su derecho a solicitar asistencia jurídica y ésta se preste de manera efectiva e individualizada en todas sus fases.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 425)*

Los días 10 y 11 de octubre de 2005 un equipo de la Institución, al frente del cual se encontraba la Adjunta Primera, realizó una visita a la Ciudad Autónoma de Melilla a fin de llevar a cabo una investigación, sobre las actuaciones administrativas desplegadas con motivo de la entrada en la ciudad de grupos de ciudadanos extranjeros vulnerando el perímetro fronterizo.

A raíz de todo lo actuado en dicha visita se ha llegado a una serie de conclusiones, que se trasladan a V. I. por medio del documento que adjunto se acompaña, al objeto de que en conocimiento de las mismas pueda adoptar las medidas pertinentes en lo que afecta a esa Corporación a los fines de que los problemas que han quedado de manifiesto no se reproduzcan.

En particular, esta Institución, en atención a lo establecido en el artículo 30.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora, ha estimado necesario formular a V. I. la siguiente recomendación:

“Que se adopten las medidas necesarias para asegurar que en los procedimientos de devolución que se tramiten dentro de esa demarcación colegial, en los que los interesados hagan uso de su derecho de solicitar asistencia jurídica, dicha asistencia se preste de manera efectiva e individualizada durante todas las fases del expediente.

Asimismo, que se establezca por ese Colegio, bien con sus propios efectivos o a través del auxilio de otros colegios de abogados,

un sistema que asegure la disponibilidad inmediata de un número suficiente de letrados para ofrecer la debida cobertura en situaciones de emergencia jurídica, a fin de que el número de ciudadanos a asistir o la especial complejidad de su situación no conlleve una disminución del rigor jurídico con que debe realizarse cada una de esas asistencias”.

Madrid, 25 de enero de 2006.

**Recomendación dirigida al Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Melilla.**

**Recomendación 13/2006, de 27 de enero, relativa a que se dicten las instrucciones oportunas para que, cuando se trate de determinar la responsabilidad de funcionarios de la Policía Nacional denunciados por la presunta comisión de un delito, y los denunciantes o los testigos de los hechos denunciados pudiesen estar incurso en un ilícito administrativo, no se adopten medidas contra los mismos que dificulten o impidan su asistencia al correspondiente juicio o el pleno ejercicio del derecho que les corresponde a obtener la tutela judicial efectiva.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, págs. 418-419)*

Agradecemos su atento escrito, en el que nos contesta a la queja planteada por don (...), registrada con el número arriba indicado.

En dicho escrito se señala, por lo que se refiere a la apreciación de esta Institución de que existe una relación de causa-efecto entre la detención de los tres ciudadanos colombianos el día 9 de febrero de 2004 y su no comparecencia en el Juicio de Faltas 2053/2003, celebrado en fecha 8 de marzo de 2004 en el Juzgado de Instrucción número 2 de Madrid, que dicha apreciación es infundada por las razones que se exponen a continuación.

“En primer lugar hay que poner de manifiesto que el día de la detención, 9 de febrero de 2004, los ciudadanos colombianos sabedores, por habérselo comunicado los agentes previamente a su comparecencia ante la autoridad judicial, que finalizada ésta serían trasladados a la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación a fin de comprobar su situación, pidieron protección al titular de dicho Juzgado que, lejos de ampararles, les informó que si se encontraban en situación irregular en territorio español, «la Policía tenía que hacer su trabajo».

En este sentido, podría valorarse también que el temor o amedrentamiento a que se alude por esa institución a ser detenidos de nuevo por la Policía, lo era realmente a no obtener una regularización de su situación en España, entendiéndose que su intención era evitar su expulsión en los supuestos previstos en los artículos 57 y 59 de la Ley de extranjería (Ley Orgánica 4/2000), o mejorar su posición de cara a una estancia regular, utilizando para ello la vía judicial.

En este orden de ideas, no se debe olvidar que el señor (...) salió en libertad del centro de internamiento de extranjeros, en cumplimiento del Auto del Juzgado de Instrucción número 46, de 20 de febrero de 2004, que estimó el recurso de reforma interpuesto por su abogado, con la obligación de comparecer todos los miércoles en la Comisaría correspondiente a su domicilio mientras se sustancie el referido expediente de expulsión. Esta circunstancia pone de manifiesto que a partir de dicha fecha, caso de necesitar practicar su detención, la Policía podía hacerlo a través de la respectiva Comisaría.

Pero es que además, la detención el día del juicio –8 de marzo de 2004– era improcedente e innecesaria desde un punto de vista operativo y jurídico, pues de una parte, con toda probabilidad, iba a ser imposible la materialización de la expulsión (desde luego no se ajusta la salida de un vuelo de expulsados para salvaguardar la defensa de los funcionarios en el juicio), y, de otra, el Reglamento de extranjería prohíbe el acuerdo de un nuevo internamiento sobre la base del mismo expediente de expulsión.

Por otro lado, no se debe olvidar que uno de los testigos, el señor (...), se hallaba ingresado en el centro de internamiento de extranjeros el día del juicio, por lo que perfectamente el abogado defensor pudo citarlo a declarar, lo mismo que asesorar al señor (...) aconsejándole su comparecencia. El porqué no lo hicieron escapa al conocimiento de este centro directivo.

Por consiguiente, se considera que los funcionarios actuaron deteniendo a los ciudadanos colombianos, cuya estancia en España era irregular, porque así se lo exige la ley, y, a pesar de las evidencias a las que alude esa Institución, no resulta totalmente probado que la causa de la incomparecencia fuese el temor a una nueva detención, de acuerdo con la argumentación que se acaba de exponer.”

En relación con el contenido de dicho informe y, especialmente, por lo que se refiere a las razones expuestas por ese centro directivo para negar la relación de causa-efecto entre la detención de los ciudadanos colombianos y su incomparecencia al juicio de faltas celebrado el 8 de marzo de 2004, esta Institución ha valorado la

conveniencia de poner en su conocimiento las siguientes consideraciones:

Aun en el supuesto de que en la detención de los ciudadanos colombianos no hubiese ninguna intención de proteger o favorecer a los policías denunciados, no es razonable sostener que tras las detenciones y la posterior incoación de los expedientes de expulsión, que se produjeron el mismo día en que acudían al Juzgado a testificar en relación con la denuncia por malos tratos formulada, los ciudadanos detenidos no establecieron ninguna relación entre el hecho de su detención y el procedimiento judicial seguido a instancia suya contra los agentes de la Policía Nacional denunciados.

Por otra parte, en el informe de esa Dirección General se afirma que, con motivo de los juicios en que comparecen funcionarios de la Policía Nacional en calidad de denunciados, constituye una práctica habitual consultar en las bases de datos de la Dirección General de la Policía los antecedentes del denunciante y de los testigos para determinar la existencia de posibles requisitorias. A juicio de esta Institución, esta práctica no puede justificar aquellas actuaciones de los agentes de la Policía Nacional que, en casos como el que nos ocupa, aprovechan la ocasión para trasladar al denunciante y a los testigos a las dependencias policiales para proceder a incoarles un expediente de expulsión y solicitar su internamiento, cuando dicha actuación supone una vulneración o restricción del derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales.

El derecho fundamental acogido en el artículo 24 de la Constitución Española de obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales, predicable de todos los sujetos jurídicos, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, supone, entre otras cosas, que en todo proceso judicial deba respetarse el derecho de cada una de las partes contendientes, mediante la oportunidad dialéctica de alegar y justificar procesalmente el reconocimiento judicial de sus derechos o intereses.

El artículo 53.1 de la Constitución dispone que los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del título I vinculan a todos los poderes públicos y que sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades. Por tanto, la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales no sólo afecta a la actividad legislativa, sino que afecta también a los otros poderes públicos.

La noción de contenido esencial de los derechos fundamentales nos indica que a la hora de evaluar la constitucionalidad de una medida limitadora es necesario realizar un juicio acerca de su justificación, el

examen de la adecuación de la medida limitadora al bien que mediante ella se pretende proteger, el examen de la necesidad de la lesión del derecho para el fin pretendido, por no existir una alternativa menos gravosa, y la valoración de si la lesión es proporcionada al fin que con ella se pretende.

Todo derecho fundamental restringe el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo y, de ahí «la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales han de ser interpretados con carácter restrictivo y en el sentido más favorable a la eficacia y esencia de tales derechos», siendo exigible una «rigurosa ponderación de cualquier norma o decisión que coarte su ejercicio» (Sentencia del Tribunal Constitucional número 159/1986).

Por todo cuanto antecede, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, hemos considerado conveniente recomendar a V. E.:

“Que valore la oportunidad de dar las instrucciones oportunas para que, cuando se trate de determinar la responsabilidad de funcionarios de la Policía Nacional denunciados por la presunta comisión de un delito y los denunciados o los testigos de los hechos denunciados pudiesen estar incurso en un ilícito administrativo, no se adopten medidas contra los mismos que dificulten o impidan su asistencia al correspondiente juicio o el pleno ejercicio del derecho que les corresponde a obtener la tutela judicial efectiva”.

Madrid, 27 de enero de 2006.

**Recomendación dirigida al Director General de la Policía.  
Ministerio del Interior.**

**Recomendación 14/2006, de 27 de enero, sobre resolución expresa.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 423)*

Se ha recibido su informe en relación con la queja, formulada por don (...), y en cuanto a la falta de contestación expresa al escrito de reclamación y al subsiguiente recurso de alzada, en relación con un procedimiento selectivo.

De su contenido, del que se extrae que dicha carencia respondería a la falta de recursos personales y materiales suficientes, dado el número de tareas encomendadas a ese Ayuntamiento, sin perjuicio de lo cual, se indica como posible solución que con arreglo a la regulación comprendida en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la falta de respuesta en plazo supone la desestimación del recurso.

Nuestra discrepancia, en lo que concierne a la actuación de esa Administración local, se centra en la falta de resolución expresa al recurso de alzada planteado, y nuestro criterio se fundamenta en que no queda al arbitrio de aquélla la resolución del recurso formulado, sino que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en su artículo 42 contempla la obligación de resolución expresa en todos los procedimientos y establece el sistema de recursos, al hilo de la exposición de motivos de la Ley 4/1999 de modificación de la Ley 30/1992, con la finalidad de reforzar las garantías jurídicas de los ciudadanos frente a la actuación de la Administración. En ese orden de cosas, el artículo 107 de la mencionada Ley habilita a los interesados para la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición, frente a las resoluciones y actos de trámite, si

estos últimos inciden en el fondo del asunto, que podrán fundarse en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad establecidos en los artículos 62 y 63 de aquella Ley.

De otra parte, el artículo 115.2 de la mencionada Ley establece el plazo máximo de tres meses para dictar y notificar la resolución del recurso de alzada, por tanto, se fija el plazo para dar cumplimiento a esa resolución, que deberá ser motivada, de acuerdo con el artículo 54.1 b).

En suma, el marco jurídico vigente configura un sistema de garantías del ciudadano en su relación con la Administración, que descansa sobre mecanismos de participación de los ciudadanos a través de la formulación y resolución de los recursos que el ordenamiento jurídico establece, cuya finalidad responde a hacer compatible la actuación eficaz de la Administración con el ejercicio de los derechos de los ciudadanos y, en consecuencia, ese sistema debe responder a su propia naturaleza garantista, lo que conlleva la necesidad de resolver expresamente, como regla general, los recursos que se formulen, y que esa resolución se encuentre motivada y notificada a los interesados, con indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa; recursos y plazos que procedan para interponerlos, toda vez que, si la Administración soslaya esa actuación, puede incidir en el propio ejercicio del derecho del administrado, lo que supone, como primera consecuencia, que el ciudadano se vea impelido a ejercitar el mismo con escasa información en la que fundar el ejercicio de su derecho en la vía jurisdiccional establecida en la legislación ordinaria.

En esa línea, esta Institución estima necesario hacer reparar a ese Ayuntamiento en que, el concepto de indefensión aplicado al procedimiento administrativo, exige colocarse en una perspectiva dinámica o funcional, por tanto, contemplando el procedimiento administrativo en su conjunto, y el acto administrativo final, como resultado de la suma de las distintas actuaciones y trámites de diversa naturaleza, en los que el ciudadano va teniendo oportunidades sucesivas de defenderse y de poner de relieve a la Administración sus puntos de vista.

Desde este punto de vista, donde hablar del principio de defensa es nombrar el principio de contradicción cuya efectividad debe asegurarse en vía administrativa, es desde donde han de contemplarse los distintos estadios del procedimiento, sin perder de vista el artículo 113 de la Ley 30/1992 que atribuye a la resolución del recurso la estimación, en todo o en parte, de las pretensiones formuladas, o la desestimación de las mismas y que resolverá cuantas cuestiones, tanto de forma como de fondo, plantee el procedimiento, incluso aquellas no alegadas por el interesado.

El encadenamiento de estas circunstancias cobra así especial relieve en orden a valorar la ausencia de resolución expresa en contradicción con los principios que rigen la actuación administrativa, donde, al principio de eficacia es posible añadir el principio de confianza legítima que, conforme al artículo 3.1 de la última ley citada, debe presidir la actuación administrativa. En suma, la resolución de un recurso de esta índole constituye, además, un deber de la Administración, que confirma y fundamenta su voluntad, expresada en el acto que concluye el proceso selectivo, que facilita el control jurisdiccional del acto al dar a conocer su motivación; el porqué de su actuación, y constituye una garantía del ciudadano para el ejercicio de su defensa frente a la resolución impugnada.

Por último, parece posible establecer que la resolución al recurso forma parte de un proceso selectivo ya previsto, desconociendo además, tanto la complejidad de los procesos a los que se alude, así como la existencia, por ejemplo, de una carga excesiva en la resolución de los mismos, circunstancias que tampoco se mencionan y que no deben primar por encima de las garantías aludidas, sin perjuicio de que la escasez de medios materiales y personales a los que se alude puedan igualmente ser objeto de otras medidas que coadyuven a paliar ese exceso de trabajo.

Por las razones expresadas, el Defensor del Pueblo ha resuelto recomendarle, en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 30 de la Ley 3/1981, de 6 de abril, por la que se rige esta Institución:

“Que se adopten las medidas oportunas para que, en adelante, se dicte resolución expresa a los recursos formulados por los interesados, de conformidad con el artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre”.

Así como formularle la siguiente sugerencia:

“Que, de no haberse llevado a cabo, se proceda a resolver expresamente el recurso de alzada formulado el 14 de mayo de 2005, motivando el sentido de tal resolución, decidiendo cuantas cuestiones, tanto de forma como de fondo, plantee el procedimiento, teniéndose en cuenta todos los efectos jurídicos que se debían haber derivado de la resolución indicada, incluida la habilitación del plazo correspondiente para la interposición de acciones, tanto en vía administrativa, si procede, como en vía jurisdiccional”.

Madrid, 27 de enero de 2006.

**Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Galapagar (Madrid).**



**Recomendación 15/2006, de 7 de febrero, sobre establecimiento de criterios sobre la equivalencia de las calificaciones de estudios totales universitarios homologados.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, págs. 417-418)*

Desde hace varios años se encuentra abierta en esta Institución una investigación en relación con la actual ausencia de criterios, para establecer la equivalencia de las calificaciones contenidas en los expedientes académicos de los titulados que han obtenido en España la homologación de sus títulos universitarios extranjeros por los correspondientes españoles, en los supuestos en los que deba efectuarse la ponderación de las calificaciones de los estudios totales universitarios extranjeros, ausencia que se viene manteniendo a pesar de la enorme trascendencia que tiene una correcta y equitativa ponderación a la hora de que el titulado que obtuvo la homologación deba alegar sus méritos académicos, para someterse a los procedimientos de selección para el acceso a la Universidad a través del cupo de reserva para titulados, o a cualquier otro proceso selectivo en el que tales méritos sean susceptibles de valoración.

Durante la tramitación de esta investigación el Defensor del Pueblo ha efectuado numerosas consultas ante el Consejo de Coordinación Universitaria, y algunas de las respuestas ofrecidas por este órgano permitieron considerar que existía el propósito en ese Departamento de establecer los criterios que sirvieran de base a la equivalencia entre calificaciones extranjeras y españolas de los títulos universitarios que han obtenido la homologación (se adjunta una copia de las mismas).

El Acuerdo que finalmente se llevó a cabo, de 25 de octubre de 2004, del Consejo de Coordinación Universitaria, estableció los criterios generales a que habrán de ajustarse las universidades en materia

de convalidación y adaptación de estudios cursados en centros académicos españoles o extranjeros (*BOE* número 63, de 15 de marzo de 2005), señalando la Secretaría General del Consejo de Coordinación Universitaria, mediante escrito dirigido posteriormente a esta Institución, que sería el apartado dos del número dos el criterio aplicable a la cuestión debatida, según el cual “las asignaturas convalidadas tendrán la equivalencia en puntos correspondiente a la calificación obtenida en el centro extranjero de procedencia. A estos efectos, las universidades deberán establecer las correspondientes equivalencias entre las calificaciones numéricas o cualitativas obtenidas en el centro extranjero y las calificaciones previstas en el Real Decreto 1125/2003, de 5 de septiembre, por el que se establece el sistema europeo de créditos y el sistema de calificaciones en las titulaciones universitarias de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional”.

El detenido análisis de los distintos apartados de que consta el citado Acuerdo, permite deducir que se trata de los criterios a que habrán de ajustarse las universidades en materia de adaptación y convalidaciones de estudios cursados en centros académicos españoles (apartado uno) o extranjeros (apartado dos), a efectos de la continuación de los mismos.

Por otra parte, los criterios generales en materia de convalidación de estudios universitarios extranjeros, contenidos en el apartado 2 del Acuerdo, se refieren a las materias susceptibles de convalidación, y los tres supuestos en los que puede solicitarse la convalidación: cuando los estudios extranjeros no hayan concluido con la obtención de un título; cuando obtenido el título extranjero no se haya solicitado la homologación; o cuando habiéndola solicitado hubiera sido denegada, supuestos todos ellos referidos a estudios que no han sido homologados.

Persisten por tanto en esta Institución las dudas respecto a cuáles serían los criterios que deben seguir las universidades españolas, cuando se trata de las calificaciones de los estudios totales –no parciales– universitarios extranjeros que ya han obtenido la homologación, cuestión que constituye el objeto de la presente investigación.

Solicitada al Consejo de Coordinación Universitaria una aclaración específica sobre el particular, su secretaria general señala que “parece razonable que las universidades utilicen los criterios mencionados en el apartado dos.2 del citado Acuerdo, a efectos de determinar la equivalencia de las calificaciones obtenidas en los estudios universitarios extranjeros conducentes a la obtención de un título que ha obtenido la posterior homologación en España”.

Sin embargo precisa el Consejo de Coordinación Universitaria en su oficio que el establecimiento de tales criterios por dicho órgano excedería de la previsión contenida en el artículo 36.1 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, en cuya virtud, “el Consejo de Coordinación Universitaria regulará los criterios generales a que habrán de ajustarse las Universidades en materia de convalidación y adaptación de estudios cursados en centros académicos españoles o extranjeros, a efectos de continuación de dichos estudios”.

A este respecto el órgano de consulta continúa su oficio recordando que la habilitación conferida por la citada Ley Orgánica de Universidades no permite al Consejo de Coordinación Universitaria entrar a regular los criterios que deben ser utilizados por las universidades, a la hora de ponderar las calificaciones obtenidas en los estudios totales universitarios extranjeros que han obtenido la homologación a un título universitario español, dado que ello no constituye convalidación de estudios a efectos de continuación de los mismos.

Ciertamente la Ley Orgánica de Universidades precisa en su artículo 36 las competencias reglamentarias que corresponden al Consejo de Coordinación Universitaria y al Gobierno en materia de convalidación o adaptación de estudios, equivalencia de títulos y homologación de títulos extranjeros, y hace recaer sobre las competencias de este último, previo informe del Consejo de Coordinación Universitaria, la regulación de las condiciones de homologación de títulos extranjeros de educación superior.

El desarrollo reglamentario de esta norma no aborda sin embargo la cuestión que justifica este escrito, por lo que cabe afirmar que dejar al criterio de cada universidad la conveniencia de aplicar o no a los titulados los criterios aconsejados por el Consejo de Coordinación Universitaria para establecer la ponderación de las calificaciones de sus títulos –cuando ello va a ser decisivo en los distintos procesos selectivos en los que deban alegar méritos académicos–, supone, a juicio del Defensor del Pueblo, un impedimento para considerar que el sistema de homologación diseñado por el Real Decreto 285/2004, de 20 de febrero –modificado por Real Decreto 309/2005, de 18 de marzo–, permite que la incorporación de los titulados extranjeros se realiza en total pie de igualdad con las exigencias requeridas a los titulados por el sistema educativo nacional, pese a ser uno de los objetivos perseguidos por esta disposición normativa, según se desprende de su preámbulo.

En consecuencia, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 149.1.30ª de la Constitución, y en el artículo 36.2 b) de la Ley

Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, se procede a formular a V. E. la siguiente recomendación:

“Que sean establecidos los criterios sobre la equivalencia que corresponde aplicar a las calificaciones de los estudios totales universitarios extranjeros que han obtenido la homologación”.

Madrid, 7 de febrero de 2006.

**Recomendación dirigida al Secretario de Estado de Universidades e Investigación. Ministerio de Educación y Ciencia.**

**Recomendación 16/2006, de 7 de febrero, sobre la imprecisa redacción de una norma autonómica sobre precios públicos universitarios, respecto a los requisitos para la exención.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 421)*

Se ha recibido en esta Institución escrito de V. E. de fecha 25 de noviembre de 2005, sobre la queja presentada por don (...), registrada con el número arriba indicado.

Como V. E. conoce, la misión encomendada por la Constitución al Defensor del Pueblo es la defensa de los derechos comprendidos en el Título I de nuestra norma fundamental, a cuyos efectos podrá supervisar la actividad de la Administración.

En lógica consecuencia con este mandato constitucional y con la cobertura de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que se rige, el Defensor del Pueblo puede iniciar y proseguir, de oficio o a petición de parte, cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos y resoluciones de la Administración pública y sus agentes, en relación con los ciudadanos (art. 9.1), siendo esta misma Ley la que establece la obligación de todos los poderes públicos de colaborar con el Defensor del Pueblo en sus investigaciones.

Este deber de colaboración exige que se emitan los informes requeridos, sin cuestionar la procedencia o no de la solicitud de informe a uno o a otro organismo.

Señalado lo anterior, se hace por otra parte difícil admitir que se considere improcedente por V. E. que el Defensor del Pueblo haya resuelto, en el curso de una investigación, solicitar un informe sobre la interpretación de una norma al autor de la misma, máxime cuando la investigación la justifica una queja, cuyo objeto es la

discrepancia con la modificación del criterio interpretativo que venía utilizándose para la producción de actos administrativos, por parte de quien tiene que aplicarla –en este caso la Universidad–, a partir de un informe emanado por los servicios jurídicos de ese órgano autonómico, cuyo contenido, dedicado en su totalidad a intentar disipar la divergencia de criterios sobre el sentido de la norma, tampoco alcanza a disipar todas las dudas que generan sus imprecisos términos.

Al margen de lo anterior, el informe de V. E. no ha permitido a esta Institución constitucional desempeñar la labor que le ha sido encomendada, todo lo cual motivará la inclusión de cuanto antecede en el informe que será elevado a las Cortes Generales para su conocimiento.

Por último y al amparo de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la mencionada Ley Orgánica reguladora del Defensor del Pueblo, procedemos a formular a V. E. la siguiente recomendación:

“Que en las sucesivas normas que proponga esa Consejería, para la fijación de los precios públicos de enseñanzas conducentes a la obtención de títulos oficiales de la Universidad de Extremadura, se evite la imprecisa redacción que viene repitiéndose respecto a los requisitos para aplicar la exención prevista para los terceros y ulteriores hijos dependientes de sus padres”.

Madrid, 7 de febrero de 2006.

**Recomendación dirigida al Consejero de Hacienda y Presupuesto. Junta de Extremadura.**

**Recomendación 17/2006, de 10 de febrero, para que las solicitudes de los ciudadanos sean recepcionadas y tramitadas regularmente para su resolución, según proceda en Derecho.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 417)*

En el primer momento posible, acusamos recibo al informe remitido por esa Delegación del Gobierno, en relación con la queja formulada por don (...), y registrada con el número arriba indicado.

En el informe remitido por V. E. se viene a mantener que el rechazo de la documentación que el interesado pretendía presentar era procedente ya que no le iba a ser otorgada la residencia a su hija, al ponerse de manifiesto que la menor había abandonado en distintas ocasiones el territorio nacional.

Se señala, asimismo, que es frecuente que ante la imposibilidad de acogerse a determinados procedimientos, el extranjero sea remitido a esa Delegación del Gobierno para ver si tiene cabida su problema en las autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales que se gestionan en esa sede. En el presente caso, sin embargo, tampoco encajaba el caso expuesto por el interesado en el supuesto de hecho previsto por la normativa para el otorgamiento de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales.

Esta Institución, a la vista de lo expuesto, debe poner de manifiesto que no es posible compartir el criterio expresado en el informe remitido por esa Delegación, teniendo en cuenta las consideraciones siguientes:

El artículo 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dedicado a los derechos de los ciudadanos,

establece en su apartado *h*) que los ciudadanos tendrán derecho “al acceso a los registros y archivos de las Administraciones Públicas en los términos previstos en la Constitución y en ésta u otras leyes”.

El artículo 38 de la citada Ley está dedicado a los Registros y en su apartado 1 dispone que «Los órganos administrativos llevarán un registro general en el que se hará el correspondiente asiento de “todo escrito” o comunicación que sea presentado o que se reciba en cualquier unidad administrativa propia».

En el informe recibido se hace caso omiso de las normas vigentes del procedimiento administrativo, como sucede al negar a un ciudadano la posibilidad de presentar una solicitud en los registros administrativos, sobre la base de que la persona que atendió al ciudadano conocía las circunstancias concurrentes y, con mayor o menor fundamento, opinaba que la solicitud que el interesado pretendía presentar iba a ser denegada.

Entendemos que tal actuación, además de poder vulnerar la normativa vigente, supone, en esencia, entrar a analizar el fondo del asunto, función que no está asignada a los registros y que deja en absoluta indefensión al ciudadano solicitante.

En lo que se refiere a la decisión adoptada por determinados funcionarios, de remitir a los ciudadanos a otras dependencias con el fin de que se evalúe si su caso encaja en algún supuesto de hecho previsto por la vigente normativa, le manifestamos que no entendemos procedente dicha actuación dado que, en la mayoría de los casos, obliga al ciudadano a traslados inútiles con la correspondiente pérdida de tiempo para ellos y para las personas que en las nuevas dependencias han de atenderlos.

Teniendo en cuenta que en Madrid no existe Oficina de Extranjeros, únicamente entenderíamos adecuado que se diera información a los ciudadanos para que acudan a otras dependencias cuando las solicitudes que éstos pretendan plantear se estén gestionando, de forma indubitada, en esas otras dependencias, sin que parezca siquiera razonable en otras circunstancias enviar a los ciudadanos de un lugar a otro.

La actuación anterior debe realizarse en cumplimiento del artículo 35 antes citado que establece en su apartado *i*) el derecho de los ciudadanos a ser tratados con respeto y deferencia por las autoridades y funcionarios “que habrán de facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones”.

Esta Institución entiende que la orientación que ha de facilitarse a los ciudadanos debe ser realizada por personal técnico, capacitado

para evaluar en profundidad el asunto que el ciudadano plantee, con el fin de evitarle perjuicios. No dudamos de que esa Delegación encontrará alternativas adecuadas, sin que ello suponga menoscabar las normas procedimentales al impedir a los ciudadanos presentar las solicitudes en las dependencias administrativas.

Por todo lo anterior, esta Institución, en atención a lo establecido en el artículo 30.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora, ha estimado procedente formular a V. E. la siguiente recomendación:

“Que se emitan las instrucciones pertinentes para que las solicitudes que deseen presentar los ciudadanos sean recogidas en las distintas dependencias administrativas, con el fin de que sobre las mismas se dicte la resolución correspondiente, de conformidad con lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre”.

Madrid, 10 de febrero de 2006.

**Recomendación dirigida al Delegado del Gobierno en la Comunidad de Madrid.**



**Recomendación 18/2006, de 10 de febrero, sobre la recepción de comunicaciones personales en los centros educativos.**  
(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 421)

Se ha recibido su informe de fecha 26 de octubre de 2005 (s/ref.: 20050080017100, de 26 de octubre de 2005), en relación con la queja presentada por don (...), tramitada con el número arriba indicado.

Atendiendo a las circunstancias que dieron lugar al hecho que se denuncia y que han sido expresadas tanto en el escrito de comparencia del interesado, como en el informe evacuado por esa Administración, esta Institución no dispone de datos suficientes que permitan deducir la existencia de intencionalidad en descubrir secretos o de vulnerar el derecho de intimidad, máxime, teniendo en cuenta que la persona que procedió a la apertura de la correspondencia ha pedido disculpas a la persona afectada.

Ahora bien, frente a la posible justificación de que ha de procederse a la apertura de cualquier correo que llega al centro docente sugiriendo a todo el personal que utilice el domicilio particular para recibir la correspondencia privada y evitar estos inconvenientes, aparte de dejar patente el hecho de que el destinatario no es responsable de la voluntad del remitente en la elección del domicilio, debe indicarse que la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales, ha de venir justificada atendiendo a la estricta observancia del principio de proporcionalidad, siendo necesario como ha señalado la Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de julio de 2000, que tal medida sea susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad) y finalmente si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de

ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

En este marco, el Defensor del Pueblo considera, como lo vienen haciendo nuestros tribunales que "... la inviolabilidad de la correspondencia es una de las garantías básicas de toda sociedad, consagrada en los textos constitucionales históricos de nuestro país y en el actual artículo 18 de la Constitución. La reserva asociada a la correspondencia integra así mismo una norma de convivencia cívica, sobradamente conocida por los ciudadanos por escasa que sea su formación" (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 8ª, de 17 de octubre de 2001).

A la vista de lo anteriormente expuesto, esta Institución aprecia que, desde el punto de vista autoorganizativo o del interés público, y aunque también aparezca como dirección el centro en el que el destinatario presta sus servicios, no resulta necesario abrir una correspondencia que está dirigida a una concreta persona; debiendo entenderse que, únicamente podrá asumirse irremediamente este inconveniente, cuando se haya producido por un error involuntario y por lo tanto desprovisto de la intencionalidad que podría derivarse de alguna instrucción que, de apoderar dicho comportamiento, quebraría el recto sentido interpretativo y el alcance del citado derecho fundamental.

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, procede comunicarle que he resuelto formular ante esa Consejería la siguiente recomendación:

"Que, con la finalidad de preservar el derecho fundamental contenido en el artículo 18 de la Constitución, se den por ese Departamento las instrucciones oportunas a los centros docentes dependientes de esa Consejería para que, en lo sucesivo, no se proceda sin consentimiento de sus destinatarios a la apertura de ninguna comunicación personal recibida por correo postal, destinada a cualquier trabajador del centro, que se haya dirigido a la dirección de estos establecimientos públicos".

Madrid, 10 de febrero de 2006.

**Recomendación dirigida al Consejero de Educación de la Junta de Castilla y León.**

**Recomendación 19/2006, de 10 de febrero, sobre adopción de medidas inmediatas, para que los ciudadanos que lo soliciten dispongan de la versión en castellano, de los documentos expedidos por el Ayuntamiento.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 424)*

Es de referencia escrito de fecha 16 de noviembre de 2005 (s/ref.: salida 34694, de 14 de diciembre), emitido por el consejero delegado de ese Ayuntamiento, con el que aporta el informe solicitado en relación con el asunto suscitado por don (...), promovente ante esta Institución de la queja cuyo número de inscripción en el registro del Defensor del Pueblo ha quedado indicado más arriba.

En el informe aportado, después de describirse sucintamente los hechos que dieron lugar a la formulación de la queja planteada por el interesado –al que la Oficina Municipal de Atención al Ciudadano de ese Ayuntamiento no proporcionó el documento, acreditativo del cambio de domicilio con el que figuraba en el padrón municipal, a que previamente se había procedido por dicha Oficina, en la lengua castellana demandada por el reclamante, ni le entregó tampoco en esta lengua el impreso de reclamación que solicitó para formular queja sobre el hecho anterior–, se hace una extensa referencia a los preceptos constitucionales y legales y a la normativa propia de ese Ayuntamiento, en los que, según se admite, se fundamenta el derecho de los ciudadanos a obtener, si así lo solicitan, la versión castellana de los documentos expedidos, en concreto, por los ayuntamientos, así como de los impresos necesarios para la realización de determinados trámites ante las referidas administraciones.

No obstante lo anterior, es decir, a pesar del indiscutible derecho que asiste a los ciudadanos a obtener los documentos e impresos mencionados en la lengua española oficial del Estado, de cuanto se

manifiesta en el informe remitido se desprende que el punto en que se encuentra el proceso de normalización de la documentación administrativa que se ha encomendado a la ya citada Oficina Municipal de Atención al Ciudadano, de reciente creación, no permite atender solicitudes como la formulada por el promovente de la queja al no haberse iniciado todavía el proceso de normalización de documentos administrativos de carácter específico, como los que mencionaba el reclamante, proceso dentro del cual, según se asegura, está prevista la elaboración de versiones de los mismos en lengua castellana.

La explicación aportada no parece de recibo a esta Institución, de una parte porque las normas jurídicas en que se fundamentan los derechos lingüísticos de los ciudadanos que ya han quedado mencionados tienen su origen en preceptos contenidos en la Constitución Española aprobada en 1976, en el Estatuto de Autonomía de Cataluña, que data del año 1979, y en las leyes sobre normalización lingüística sucesivamente vigente en el ámbito de esa Comunidad autónoma, la primera de las cuales se remite al año 1983, sin que, por consiguiente, resulte admisible que hasta el momento, a pesar del prolongado período de tiempo transcurrido no se hayan arbitrado por ese Ayuntamiento las medidas necesarias para garantizar la efectividad de los repetidos derechos lingüísticos, máxime cuando en el propio reglamento municipal para el uso de la lengua catalana por el Ayuntamiento de Tarragona, aprobado en el año 1992, se establece taxativamente que ese Ayuntamiento deberá disponer de impresos en versión castellana destinados a los ciudadanos que los soliciten.

De otra parte, e incluso haciendo abstracción del tiempo transcurrido desde la aprobación de las normas en las que se sustentan los derechos lingüísticos de los ciudadanos en sus relaciones con las administraciones públicas, no parece tampoco razonable a esta Institución que la efectividad de los citados derechos resulte condicionada por razones de carácter organizativo como las alegadas en el informe remitido, derivadas de la creación y entrada en funcionamiento de determinada oficina municipal, ni que dicha efectividad se vea, además, adicionalmente pospuesta en función del ritmo establecido para la realización por dicha oficina de las actuaciones de normalización de documentos administrativos que, entre otras, se le han encomendado.

La explicación mencionada revela un entendimiento inadecuado del concepto de Administración pública, aparato constituido para servir con objetividad los intereses generales y a los ciudadanos, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho y cuyos condicionamientos organizativos no pueden por ello erigirse en obstáculo para la efectividad de estos últimos.

En base a las consideraciones que quedan expuestas esta Institución, en uso de las facultades que tiene atribuidas por el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, considera preciso formular a V. E. la siguiente recomendación:

“Que se adopten cuantas medidas resulten precisas para garantizar de forma inmediata y con independencia del desarrollo del proceso organizativo y de normalización de documentos administrativos que se encuentra en curso, que los ciudadanos que así lo soliciten obtengan en lengua castellana los documentos administrativos emitidos por ese Ayuntamiento de Tarragona, así como que se pongan a su disposición, en el mismo caso, la versión en castellano de los modelos que deban utilizar para la realización de trámites determinados ante ese Ayuntamiento”.

Madrid, 10 de febrero de 2006.

**Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Tarragona.**



**Recomendación 20/2006, de 13 de febrero, sobre información a los ciudadanos de las restricciones de la circulación, que sean necesarias como consecuencia de obras u otros eventos a través de la página web del Ayuntamiento y, además, mediante carteles en los portales, escritos en los buzones u otros medios que se consideren adecuados para conseguir la más amplia difusión de las medidas que se vayan a adoptar, en aras a que todos los ciudadanos afectados tengan cumplido y anticipado conocimiento de las mismas.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 433)*

Agradecemos el escrito de V. E. (referencia: CS/nm), de fecha 19 de enero de 2006, en relación con la queja presentada en esta Institución por don (...), registrada con el número arriba indicado.

En el informe de referencia se participa que, con el fin de paliar las molestias que los cortes de circulación pudieran causar a los vecinos, se informó a los ciudadanos de dichas restricciones de tráfico a través de la página web del Ayuntamiento de Madrid.

Esta Institución considera que dicha información, además de incluirla en la citada página web, lo cual es positivo, convendría que fuera más directa y amplia, pues no todos los vecinos afectados tienen acceso a Internet e incluso, aquellos que sí lo tengan, podrían no visitar la página web del Ayuntamiento para conocer qué medidas, eventos, etc., les pueden afectar en un momento concreto.

En el asunto de que trae causa esta queja, el evento duraba unas horas y ya se ha celebrado (Fiesta de la Bicicleta del 2 de octubre de 2005). No obstante, sería bueno, a criterio de esta Institución, que en otros que pudieran celebrarse más adelante, los ciudadanos fuesen informados de las restricciones de tráfico tanto en Internet como en

sus portales o viviendas, mediante carteles o escritos en los buzones, u otros medios. Es en este sentido, y en aras de evitar molestias innecesarias a los ciudadanos, en el que hay que entender la recomendación que ahora se formula.

Por ello y al amparo de lo establecido en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, vengo en formular a V. E. la siguiente recomendación:

“Que se informe a los ciudadanos de las restricciones de la circulación que sean necesarias como consecuencia de obras u otros eventos a través de la página web del Ayuntamiento y, además, mediante carteles en los portales, escritos en los buzones u otros medios que se consideren adecuados para conseguir la más amplia difusión de las medidas que se vayan a adoptar, en aras de que todos los ciudadanos afectados tengan cumplido y anticipado conocimiento de las mismas”.

Madrid, 13 de febrero de 2006.

**Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Madrid.**

**Recomendación 21/2006, de 22 de febrero, sobre condiciones de aplicación de medidas contra la contaminación acústica.**

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 421)

Se ha recibido su escrito (s/rf. salida n.º 0365S/46.912/2005), referente a la queja formulada por doña (...).

Visto el informe recibido, el parecer de esta Defensoría es el que se expone en el cuerpo de este escrito, lo cual fundamenta la resolución que figura al final.

**I**

Ante todo, no podemos compartir algunos criterios utilizados por esa Dirección General, muy relevantes, con que es tratada la pretensión objeto de la queja. Primordialmente nos referimos a tres:

Primero, considerar que no es coherente la pretensión sobre la rectificación de la contaminación acústica con que se cubra la autopista; sin embargo esta Defensoría considera que ambas pretensiones son distintas pero coherentes, es decir se pretende evitar el impacto acústico *mediante* el cubrimiento de la autopista. La queja, pese a referirse a la segunda pretensión, se centra manifiestamente en la primera, o sea dejar de padecer ruido excesivo originado en la C-58.

El segundo criterio a que nos referimos es el del límite de su acción, en cuanto a que “respecto a la contaminación acústica la Dirección General de Carreteras sólo está obligada a cumplir aquello que se establece en la Ley 16/2002”. Como veremos, a nuestro juicio el campo de la acción prestacional (actividad no limitativa de derechos individuales) de una administración en un Estado social y democrático no viene determinado únicamente por las obligaciones legales; y además estas obligaciones –que esa Dirección General no

describe— derivan también de otras disposiciones legales y reglamentarias, entre ellas las relativas a las carreteras.

En tercer lugar, esta Defensoría no puede estar de acuerdo con que la acción administrativa en procura de una carretera no ruidosa dependa de que una gran parte de los edificios próximos a la autopista C-58 en Ripollet sean posteriores a la construcción de la autopista, ni que mucho después de construida el Ayuntamiento de Ripollet haya continuado otorgando licencias de construcción en su proximidad. Es decir, el derecho constitucional a disfrutar de una vivienda salubre y digna en un ambiente adecuado (artículos 43, 45 y 47 de la Constitución) no depende sino de que tenga lugar en edificaciones válidas (con licencia válida otorgada conforme a planeamiento urbano válido).

Acerca de estos tres puntos hemos de volver detenidamente más adelante.

## II

Lo anterior no perjudica que esta Defensoría valore positivamente que esa Dirección General haya estudiado la contaminación acústica producida por la C-58 sobre los edificios próximos conforme a la Resolución 726/V del Parlamento de Cataluña. De ello se trata y en tal sentido la queja no deja de quedar atendida en buena parte. Pero ha de insistirse en que la pretensión del Fòrum Soterrem l'Autopista por la eliminación del impacto acústico no parece desconectada del cubrimiento de la autopista. Es decir, uno de sus efectos podría ser indudablemente convertir el espacio ocupado en espacio verde, pero de esto no se sigue que la pretensión no responda a la problemática acústica; parece evidente que sí sería una respuesta, más allá de los innegables e igualmente evidentes problemas (técnicos, funcionales) que cuestionen la viabilidad.

Es decir, el órgano de carreteras actúa como debe cuando, primero, estudia el ruido existente; después examina las soluciones posibles, eficaces y viables, y finalmente implanta la solución elegida. Así lo requiere la legislación vigente, vigente desde hace décadas aunque las disposiciones hoy día aplicables hayan actualizado los textos, que no en realidad instaurado de nuevo cuño las obligaciones que conciernen a la administración de carreteras. A continuación se ofrece una explicación de estas afirmaciones.

## III

La reclamante soporta ruido excesivo a causa de un vial que discurre más o menos próximo a su casa; y por tanto pide que se atienda con efectividad su derecho constitucional a una vivienda digna, en

un ambiente adecuado y salubre. Toca pues a la Administración, en su ámbito de competencias, restaurar el medio y promover las condiciones para aquella efectividad; dicho de otro modo, proteger y mejorar la calidad de la vida de quienes habitan un edificio residencial afectado por ruido viario excesivo.

A juicio de esta Institución, el problema que subyace no tiene que ver con la época de construcción de la carretera y la vivienda. Nuestro sistema social y jurídico impone, como que es jurídico-democrático, la coordinación de sus acciones por las administraciones de carreteras y urbanística (de Ripollet y de Cataluña en nuestro caso) y que cooperen en la obtención de una solución al problema. Ello pasa por que, comprobada la magnitud de la contaminación acústica que padece la reclamante, la administración de carreteras adopte las medidas correctoras que le corresponden.

No parece que pueda rechazarse válidamente la queja porque la carretera sea anterior al edificio residencial afectado. No por haber sido construida antes que los edificios residenciales, tiene la carretera “mejor derecho” que las viviendas:

A.1. No sería el dato de la fecha de la construcción lo que permitiría establecer una prioridad, sino la fecha de la aprobación definitiva de los respectivos planes (de carreteras y urbanísticos) conforme a los cuales se construyeron las viviendas y la carretera. De hecho, tanto la ley impone soluciones en esta línea (fechas de la licencia de la vivienda y de la aprobación del proyecto o estudio y de la declaración de impacto ambiental de la carretera) que deben ser aplicadas con amplitud e interpretadas *pro cives* si no se quiere desnaturalizar el sentido y finalidad de los derechos constitucionales de los ciudadanos (disposición transitoria tercera y artículos 12, 13 y 38 de la Ley 16/2002 de Protección contra la contaminación acústica, y concordantes de la Ley 37/2003 del Ruido). Obsérvese además que estos preceptos no quedan cumplimentados con la mera adopción de planes de medidas para minimizar el impacto acústico, sino que han de ser ejecutados y lograr efectiva y realmente tal objetivo.

A.2. Los ayuntamientos no pueden rectificar la planificación viaria que corresponde a la Generalidad; les es impuesta por el planeamiento de carreteras. Tampoco la Ley de Urbanismo [antes la Ley del Suelo estatal, y con la reinstauración de la Generalidad el Decreto Legislativo 1/1990, después la Ley 2/2002 y ahora el Decreto Legislativo 1/2005; también la Ley 23/1983, de 21 de noviembre, de Política Territorial, artículos 5.1 e), 11.4] ha sido nunca obstáculo para que la Generalidad, y antes la Administración General del Estado, impusieran sus determinaciones, prohibieran o impidieran construcciones contrarias a sus determinaciones viarias y de la normativa

básica de edificación (artículos: 39 de la Ley de Carreteras de 1974; 27 y 38 de la Ley de Carreteras de 1988 para la legislación estatal; lo mismo que los artículos 12.3 y 15.3 de la Ley catalana 7/1993 de Carreteras, y la NBE-CA).

A.3. Si ambas construcciones se planificaron y ejecutaron con arreglo a la ley, entonces las obras públicas han de coexistir con la zona urbanizable o urbana inmediata, y no puede pretenderse que la administración de carreteras tenga la facultad de mantener el vial por debajo de las debidas condiciones de insonorización. Si el edificio residencial se construyó conforme a un plan urbanístico válido y conforme a las NBE (esa Dirección General no ha aducido lo contrario), entonces nada hay que imponer a esa construcción más allá de esas exigencias constructivas. Simplemente, un ayuntamiento dispone de autonomía suficiente para determinar si un suelo es urbanizable y edificable, siempre que no vulnere las determinaciones de los planes de la Generalidad, y ésta siempre queda enterada, cuando menos, de los planes urbanísticos antes de su aprobación. Si el Ayuntamiento de Ripollet otorga licencias en zonas aledañas a la carretera es porque hay un plan urbanístico que así lo permite, y si en la zona existe o cabe prever que existirá una afección acústica (previsión que corresponde realizar sobre la C-58 a la Generalidad) entonces no es el Ayuntamiento quien propiamente establecerá la limitación a urbanizar y edificar si no es por medio de la aplicación de las disposiciones legales y reglamentarias sobre carreteras.

Al contrario:

A.1'. Los planes y programas de inversiones de carreteras siempre han de mantenerse coordinados con la política territorial y urbanística (el ya mencionado artículo 12 junto con el 10 de la Ley 7/1993). La coordinación es obligatoria para las dos entidades, la urbanística y la de carreteras.

A.2'. Los conflictos entre planes siempre han sido y siguen siendo dirimibles por la Generalidad, por lo que es a ésta a quien compete mantener en las debidas condiciones una carretera de su titularidad, literalmente "impuesta" a las edificaciones existentes o programadas; y si ahora es ruidosa es que la carretera fue mal diseñada entonces, fue dotada insuficientemente, o simplemente ha quedado desactualizada por desarrollos urbanísticos o edificatorios posteriores, siempre que éstos sean válidos (no estamos hablando de urbanizaciones ilegales ni clandestinas). Es cierto que la Ley estatal de Carreteras de 1974 acentuó el problema promovido por el planeamiento de los años 60, que permitían incorporar a la red del Estado calles, caminos y cuantas vías municipales y provinciales fueran precisas, a veces con auténticas agresiones a las ciudades. Pero desde

1972 la Ley de protección del ambiente atmosférico obliga a los titulares de focos emisores a respetar los niveles de emisión establecidos por el Gobierno, y hoy por las comunidades autónomas y las entidades locales. Y desde al menos los años 60 se dispone de ordenanzas municipales sobre el ruido ambiental, con clasificación de zonas por usos e intensidades edificatorias. Un proyecto de carretera que no tuviese en cuenta estos primeros estándares era un proyecto incompleto, después y antes de 1986, cuando se instaura el método de previsión que denominamos de “evaluación de impacto ambiental”.

A.3'. El titular de una carretera no puede escudarse en haber tolerado junto a sus vías una urbanización y edificación ilegales a menos que conste su informe vinculante rotundamente contrario a la actuación urbanístico-residencial o su impugnación resuelta (como previene la legislación de carreteras, artículo 33 de la Ley de 1993 y todo su título V), incluso hasta la constitución de servidumbres acústicas. Es decir, que haya “culpa” de la administración urbanística o de los particulares. Pero si resulta que no hay tal ilegalidad, que no hay culpa de terceros, entonces es el titular de la carretera quien debe completar sus elementos funcionales antirruído, y costear el aislamiento acústico, apropiado a los estándares ambientales “actuales”. En suma, si una carretera es o deviene ruidosa conforme a los niveles vigentes, entonces es defectuosa y no se conserva en armonía con las exigencias ambientales actuales.

Ante la queja cabría argumentar que no hay obligación de insonorizar la carretera porque ya está insonorizada conforme al entero entramado ambiental y técnico actualmente vigente, lo que esa Dirección General no aduce.

El esquema legal es otro, donde los constructores de viviendas las ejecutan y los propietarios las conserven conforme al planeamiento urbanístico y las NBE; y el dueño de la carretera cuida de que sus planes, proyectos y viario sean conformes a las exigencias ambientales, en la construcción y en la explotación durante toda la vida útil de la carretera. Esto incluye insonorizarla y mantenerla insonorizada, puesto que:

1. La seguridad viaria incluye la seguridad acústica; las instalaciones y elementos funcionales de una carretera comprenden los antirruído. Por tanto hay que atender las quejas redactando los proyectos técnicos que conduzcan al acondicionamiento del trazado, que comprenda la “modernización” de una carretera.

2. La vinculación positiva a la ley (por la cual la Administración sólo puede hacer aquello que la ley le permite —en nuestro caso, a través de un proyecto de obras—) es un argumento válido para contrarrestar agresiones perpetradas por el poder público a los ciudadanos, pero

no para que el poder público rechace reclamaciones de los ciudadanos por la contaminación ambiental originada en una carretera donde se superan los límites de ruido, los vigentes cuando se proyectó o los actuales cuando hay que conservarla y modernizarla, puesto que estamos ante una función prestacional, no limitativa de derechos civiles.

3. Las obligaciones de la administración (estatal) de carreteras se encontraban ya claramente establecidas en la Ley 51/1974, que hubo de aplicarse para la planificación, diseño y construcción de gran parte de nuestras carreteras; y en las vigentes Ley estatal 25/1988 y catalana 7/1993. Según el artículo 21.1 de la Ley catalana la explotación de la carretera comprende las operaciones de conservación y mantenimiento. La C-58 tuvo que planificarse conforme a los requerimientos propios de toda previsión, con fijación de objetivos y prioridades y en consideración a la función que desempeñe la carretera en el sistema de transportes y en la política territorial, teniendo en cuenta la categoría y características de los núcleos urbanos o centros de actividad a que sirve. Esta exigencia, de quedar incumplida u obsoleta, hace del plan de carreteras un plan necesitado de revisión.

4. El proyecto tuvo que prever los derechos expropiables, entre ellos incluso antes de la Constitución de 1978 –desde entonces ya con elementos de derecho fundamental– el derecho al ambiente adecuado a una vida digna, de modo que si no hubo previsión suficiente de la contaminación acústica que iba a producirse durante toda la vida útil de la carretera en función de la NBE aplicable, se ha implantado entonces por vía de hecho una servidumbre o gravamen acústico que ha quedado sin registro ni indemnización; en consecuencia la administración de carreteras ha de corregir este defecto, pues hay personas padeciendo ruido (artículo 106.2 de la Constitución). Las zonas de servidumbre y afección no completan las inmisiones posibles o reales, cargas ni sujeciones que pesan sobre vecinos, usuarios, propietarios en general, titulares todos de derechos –algunos fundamentales– que la administración de carreteras no puede transgredir, pues no está eximida del deber general que atañe a los poderes públicos de mantener la indemnidad de los particulares ante cualquier daño o perjuicio que les irroge si no tienen el deber de soportarlo, si es evaluable e imputable a la administración pública de infraestructuras. Esto puede y debe atenderlo el departamento de carreteras.

5. En cuanto a los elementos funcionales de la carretera, en este caso antirruido, los defectos deben corregirse con carácter inmediato mediante el correspondiente estudio y consecuente proyecto de conservación y mantenimiento.

6. Los particulares y los ayuntamientos no son responsables de que un estudio de planeamiento de carreteras no defina correctamente el año-horizonte ni las características recomendables, las limitaciones derivadas del planeamiento territorial y de los transportes, ni de que los estudios previos fallen en la valoración de “todos” los efectos de la carretera, ni de que el anteproyecto evalúe erróneamente la mejor solución ni su planteamiento permita concretarla. Finalmente no son responsables los contribuyentes –más bien son acreedores de indemnización– porque el proyecto de trazado no defina correctamente los bienes y derechos afectados, “todos” los bienes y derechos afectados.

Esto es así independientemente de las fechas de construcción de la carretera y de la vivienda de la reclamante. No hay carretera sin explotación, y explotar la carretera comprende conservarla y mantenerla en servicio fluido, seguro y cómodo. Esto obliga hacia 1980 –y mucho antes como puede comprobarse fácilmente en los servicios de documentación de la administración de obras públicas– a que la carretera no sea ruidosa en términos de los estándares entonces existentes y de los previsibles según el año-horizonte.

Lo anterior no se refiere sólo a los proyectos de “construcción” de carreteras. Estaríamos ante una interpretación incorrecta de la normativa ambiental. Si es obligatorio conservar una carretera, y no concibiéndose la conservación sin un proyecto técnico, entonces la normativa contra el ruido, sea la estatal, la catalana o la de Ripollet según los casos, es aplicable al proyecto técnico de “conservación” de la carretera, incluso para exigirse su formulación, previo o simultáneo estudio de impacto acústico.

Es cierto que los planes o programas de carreteras no solían, en los años 80 y hacia atrás, contener previsiones sobre acciones correctoras de contaminación acústica. Pero entonces hay una causa de revisión del plan de carreteras, pues:

1º. La explotación de las carreteras comprende en todo momento las operaciones de conservación y mantenimiento, en particular las actuaciones encaminadas a la restauración y protección ambientales.

2º. Queda sometido a la normativa antirruído cualquier emisor acústico que origine contaminación por ruidos o vibraciones que afecten a la población o al medio ambiente y esté emplazado o se ejerza en Cataluña.

3º. Esta normativa antirruído establece los niveles, límites, sistemas, procedimientos e instrumentos de actuación necesarios para el control eficiente por parte de las administraciones públicas del cumplimiento de los objetivos de calidad en materia acústica.

4º. La interesada ha reclamado porque los objetivos de calidad acústica no se alcanzan en un área específica.

Entonces la conclusión es que el órgano de carreteras ha de adoptar las medidas necesarias para lograr el cumplimiento de los objetivos de calidad establecidos; y efectuar las operaciones encaminadas a restaurar el ambiente acústico contaminado por el tráfico rodado en las inmediaciones del lugar. Esto en un procedimiento coordinado para obtener soluciones efectivas en régimen de cooperación. La Generalidad no goza de la facultad de mantener en uso una carretera ruidosa sin corregir tal defecto, original o sobrevenido.

Esta Institución no puede ni debe entrar en cuestiones esencialmente técnicas, pero sí en su encuadramiento jurídico:

— Elementos funcionales antirruido: Son siempre competencia y responsabilidad del órgano de obras públicas (en nuestro caso el Departamento de Política Territorial y Obras Públicas, para las carreteras catalanas), por deficiencia o necesaria actualización y a título de conservación y mantenimiento de la carretera.

— Aislamiento de las edificaciones por los particulares: Ha de ser financiado por éstos sólo si consta que la edificación no se planificó, proyectó o construyó conforme a las normas y planes aplicables y siempre que se reaccionara por la administración en consecuencia; en caso contrario, corresponde financiarlo al “responsable” de la inspección administrativa defectuosa, de la programación o proyectos de obras viarias insuficientes o sobrepasados y que precisen actualización; todo ello a título de indemnización.

La razón de ser de las obligaciones expresadas en la Ley 16/2002 se encuentra a juicio de esta Defensoría en todo lo anterior. Sin embargo el Departamento de carreteras no justifica haberlas satisfecho. Únicamente expresa que ha hecho estudios sobre la contaminación acústica producida por la C-58 sobre los edificios próximos, existentes en Ripollet (Resolución 726/V del Parlamento) y que hay propuestas soluciones basadas en sistemas de apantallamiento acústico. No menciona plazos ni en qué fase se encuentra la obtención práctica y efectiva de esas soluciones; ni tiene en cuenta que otras leyes, como el Código Civil, la de Expropiación Forzosa, la de Procedimiento Común de 1992 (título X), imponen también la de prevenir y eventualmente indemnizar lesiones; y que la Ley de Carreteras de 1993 y la planificación de éstas requieren la conservación de los viales en condiciones adecuadas. Tampoco consta que, a título de limitación general no indemnizable de derechos, la administración de carreteras haya constituido una carga o servidumbre acústica sobre los predios aledaños; de modo que la afección física, real y

existente, ha sido impuesta por la vía de los hechos, probablemente sobre edificaciones ahora patrimonializadas; y por tanto estas cargas son singulares, es decir indemnizables.

#### IV

Considerando lo anterior, esta Defensoría estima procedente dirigir a la Dirección General de Carreteras las siguientes advertencias y propuestas, en primer lugar en forma de recordatorio de deberes legales:

“1º. La adopción de medidas de previsión, reducción de la contaminación acústica y cobertura de daños y perjuicios, evitables o no, es obligatoria para la Administración pública, también cuando las reclamaciones se producen respecto de construcciones posteriores o muy posteriores a las más modernas instalaciones, cuyas afecciones acústicas, si no están formalmente declaradas, no pueden tenerse como limitaciones generales de la propiedad no indemnizables, sino como afecciones singulares en último término indemnizables (artículo 40 de la Ley 7/1993 de Carreteras)”.

“2º. La superación en el entorno de una infraestructura de los niveles de impacto acústico, imputable a la actividad del emisor viario, confiere a los propietarios de las viviendas afectadas el derecho a obtener el aislamiento suplementario sobre el determinado en la normativa edificatoria y de habitabilidad, en su caso con aislamiento acústico de ventanas. De este modo, debe velar por el establecimiento de ayudas y subvenciones para minimizar el impacto acústico de las edificaciones que existen en las zonas de ruido (artículo 13.3 de la Ley 16/2002 de Protección contra la contaminación acústica).”

En segundo lugar esta Defensoría dirige a la Dirección General de Carreteras la siguiente recomendación:

“Se recomienda aplicar la normativa vigente, de carreteras y de protección contra la contaminación acústica, bajo el siguiente criterio: Quien tenga patrimonializada la edificación (construcción conforme con licencia válida, planeamiento urbanístico válido) sin tacha en tiempo y forma de la Administración, y especialmente si es objeto de uso como vivienda, tiene derecho al aislamiento acústico adicional necesario para asegurar que en su interior no se superan los límites de ruido fijados por la normativa edificatoria y ambiental, a cargo del titular de la carretera”.

Madrid, 22 de febrero de 2006.

**Recomendación dirigida al Director General de Carreteras. Ministerio de Fomento.**



**Recomendación 22/2006, de 28 de febrero, sobre el deber de respetar los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso a la función pública.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 423)*

Agradecemos su informe en relación con nuestra solicitud en el expediente de queja arriba indicado.

Una vez estudiado el mismo resulta posible deducir, en el marco de un Convenio específico de colaboración para la puesta en marcha de un Centro Guadalinfo en los municipios de la provincia de Córdoba de menos de 10.000 habitantes, en cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto 72/2003, de 18 de marzo, de Medidas de Impulso de la Sociedad del Conocimiento en Andalucía y dentro de las actuaciones correspondientes a ese municipio, en los términos establecidos en la adhesión a ese convenio y sus anexos, que la labor de selección y contratación de un trabajador en las tareas de dinamizador del Aula Guadalinfo de esa localidad, recayó en ese Ayuntamiento en colaboración con un técnico de formación que realizó las entrevistas a los aspirantes, dentro de la tarea de seguimiento y coordinación de la actividad encomendada a la Diputación provincial.

En ese orden de cosas, de la información suministrada se desprende que el proceso para la selección del aspirante a ese puesto se llevó a cabo a través de un Bando del Ayuntamiento en el que, tras informar públicamente a todos los vecinos acerca de la contratación a realizar, se comunicaba que debía acompañarse a la solicitud el currículum, acreditando la titulación poseída, que, como mínimo, sería de formación profesional de 2º grado, rama Informática – técnico en desarrollo de aplicaciones informáticas.

El proceso selectivo consistió en una entrevista en la que se valoró, conforme a las pautas establecidas en el referido convenio, la “capacidad de movilización de la población”, en primer lugar, y “los conocimientos en tecnologías de la información y la comunicación”, prueba realizada por el técnico mencionado ajeno a la Corporación municipal en el que recayó también la tarea de proposición del aspirante más capacitado para el puesto.

Pues bien, llegados a este punto, si bien puede advertirse que el proceso de selección cumplió formalmente las condiciones establecidas para su desarrollo, éste no guardó, a nuestro juicio, las debidas garantías que deben asegurar, como un mínimo común denominador, la igualdad y los principios de mérito y capacidad que deben presidir estas actuaciones conforme al artículo 14 en relación con el artículo 103 de la Constitución que, aunque no se inscriben en el marco de una contratación de personal propio de aquella Hacienda local sí se encuentran en el ámbito de una contratación pública temporal, razón por la que tales principios se irradian a estos procedimientos.

Las específicas características de la Administración pública y, sobre todo, su sujeción a la imparcialidad en su actuación y el servicio al interés general constituyen el eje central de su funcionamiento. Ello justifica que el personal que presta servicios por cuenta de aquéllas sea seleccionado de forma diferente pero a través de procedimientos que aseguren el cumplimiento de los principios constitucionales citados como elemento de garantía del sistema, lo que se ha venido reconociendo como característica diferencial por la jurisprudencia del orden social que contempla con especial relevancia el cómo influye la naturaleza del empleador en la modulación y atemperamiento del sistema laboral (Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de junio y 26 de octubre de 1992 y 26 de noviembre de 1993).

Y esto ocurre, y bajo esta perspectiva debe analizarse, como quiera que las condiciones en las que el proceso selectivo se llevó a cabo, no garantizaban plenamente la concurrencia de aquellos principios.

Así, no se establecía en lo que a modo de convocatoria se enunciaría en el Bando de la Alcaldía de 28 de enero de 2005, cuáles eran los méritos a tener en cuenta, puesto que la posesión de la titulación indicada constituía un requisito para la admisión del aspirante, como tampoco consta la existencia de un baremo que ponderara aquellos. Estas circunstancias impiden garantizar plenamente el cumplimiento de los principios aludidos, toda vez que se desconoce conforme a qué parámetros han sido evaluados los méritos y capacidades de los aspirantes, valoración que tampoco ha tenido un reflejo numérico, sólo un orden de preferencia otorgado por el entrevistador.

Estas condiciones impuestas a la valoración de las candidaturas de los aspirantes, así como el sistema utilizado, a través de una entrevista por un técnico especializado cuando, como éste apuntaba en una de las comunicaciones cursada a ese Ayuntamiento, su labor era asesorar a un órgano de selección –se habla de la existencia de algún tipo de tribunal de selección– como órgano constituido en el seno de esa Corporación, imposibilitan la labor de control de esa actividad de selección así como la posible impugnación de la elección por otros candidatos.

En lo que se refiere a la segunda cuestión planteada, acerca del procedimiento seguido por esa entidad local para la selección del personal a su servicio, contamos, como se ha comunicado, con que el procedimiento más generalizado se produce mediante oferta genérica del Servicio Andaluz de Empleo, desconociendo en qué términos llega a materializarse cada proceso selectivo.

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, he resuelto formular la siguiente recomendación:

“Que, en adelante, ese Ayuntamiento adopte, en las convocatorias de personal cuya selección tenga atribuida, las medidas necesarias que garanticen la preservación de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad que deben regir los mismos de acuerdo con el artículo 14 en relación con el artículo 103.1 de la Constitución y, en consecuencia, que se fijen previamente por el tribunal de selección, los méritos, su baremo y la publicidad de aquellos”.

Madrid, 28 de febrero de 2006.

**Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de El Viso (Córdoba).**



**Recomendación 23/2006, de 28 de febrero, sobre la necesidad de que se garantice el acceso de los aspirantes discapacitados a la función pública, en condiciones de igualdad, mérito y capacidad.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 425)*

Se ha recibido su último informe, referente a la queja formulada por don (...), que fue registrada en esta Institución con el número arriba indicado.

A la vista de la información remitida, dos son las consideraciones que se plantean a esta Institución.

De una parte, en relación con la exclusión del promotor de la queja del proceso selectivo, cuestión por la que nos interesábamos, parece posible deducir que, a nuestro juicio, tal exclusión atendió a una interpretación excesivamente rigurosa e incluso impropia y no ajustada a las propias bases del proceso selectivo.

Así, en verdad, antes de analizar la base tercera, en la que se hace radicar la causa de exclusión por no expresar en el certificado de discapacidad presentado que tal discapacidad no resultaba impeditiva para el desempeño del puesto de trabajo, consideramos que hay que reparar en el contenido de la base segunda donde se establecen los requisitos a reunir por los candidatos.

La letra f) de esa base expresa, en lo que aquí interesa y cumplidos los restantes requisitos:

“Tener una discapacidad igual o superior al 33 por 100, para lo que harán constar expresamente en su solicitud que reúnen las condiciones exigidas en este apartado, sin perjuicio de su posterior justificación”.

De la documentación aportada se deduce que el interesado presentó un certificado acompañando a la solicitud acreditativo de una discapacidad, aun cuando, ciertamente, no figura en el mismo el último requerimiento al que hace alusión el segundo párrafo de la base tercera.

No obstante, una interpretación que haga posible cumplimentar la base segunda, letra *f*), de una forma razonable y proclive a la manifestación de voluntad expresada en la solicitud, permite establecer que la presentación, con aquella, de un certificado acreditativo de poseer la discapacidad en el grado indicado, sin perjuicio de su posterior justificación, hubiera debido permitir la participación del candidato, no solo en una interpretación lógica y en beneficio de dicha participación sino, también, porque una vez acreditada la concurrencia de la minusvalía a través del indicado certificado, la carencia observada sobre la expresión de la compatibilidad funcional con el puesto podía haber sido requerida dentro del trámite de subsanación de la solicitud ya que, de otra forma, se desconocería en la selección la aplicación de los principios de igualdad en el acceso, y el reconocimiento del mérito y capacidad que pueda reunir el aspirante discapacitado de conformidad con el artículo 14 en relación con el artículo 103 de la Constitución.

Ello nos lleva a que la resolución de 5 de noviembre de 2004, por la que se resolvió tal exclusión, plantee dos causas que la fundamentan, de las cuales, la primera, la no acreditación de la minusvalía, no se corresponde con el contenido del certificado aportado por el interesado, mientras que la segunda pudo seguir el trámite de subsanación que no fue ofrecido al interesado como expresamente se habilitaba para ello en la base sexta.

A esta interpretación vendría a ayudar el contenido del entonces vigente artículo 19 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, que figura en el propio texto de la base tercera, del que solo parece posible deducir su clara inclinación por favorecer la participación del aspirante discapacitado en igualdad de condiciones del resto de participantes, relegando a una fase posterior a la admisión al proceso la acreditación de esa condición, permitiendo la asistencia y participación condicionada al desarrollo de las pruebas, en caso de dudas acerca de su capacidad funcional, dudas que deja para su resolución a través del dictamen correspondiente y hasta tanto éste se produzca.

A mayor abundamiento, tal interpretación se acomoda igualmente a dar cumplimiento –de la misma manera– a la exigencia contenida en las bases acerca de la presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de otros requisitos, en particular, los comprendidos en las letras *d*) y *e*) que deberá efectuarse posteriormente,

llamando poderosamente la atención que ambos, por distinta causa, constituyen igualmente y de no reunirse, una condición impeditiva para el desempeño de la función a la que se aspira.

En ese sentido se observa que la letra *d*): “No padecer enfermedad o defecto físico alguno que le impida el desempeño de las funciones correspondientes”, presenta una naturaleza muy similar a la que nos ocupa y, parece claro, que no pueden resultar de peor condición los aspirantes minusválidos que los que aquí se contemplan.

Sin embargo, sin desconocer las facultades reconocidas a los órganos de selección, y a pesar de lo argumentado anteriormente, debemos concluir, no obstante, que, en este supuesto, el promotor de la queja solicitó y obtuvo el reintegro de tasas por derechos de examen, actuación que supone la manifestación de voluntad de finalizar su participación en el procedimiento selectivo lo que, unido al principio de seguridad jurídica establecido en el artículo 9 de la Constitución, nos conduce a la preservación de las actuaciones realizadas en dicho proceso sin perjuicio de que, con fundamento en la tesis antes sostenida, debamos formular, 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, la siguiente recomendación:

“Que, en adelante, en los procesos selectivos de personal que convoque esa Diputación Provincial, se garantice la aplicación de los artículos 14 en relación con el 103 de la Constitución y, en consecuencia, la concurrencia del principio de igualdad en el acceso y subsiguientemente, de los principios de mérito y capacidad a los aspirantes discapacitados, regulando en las bases el acceso y participación en el proceso de selección en igualdad de condiciones que los demás aspirantes”.

Madrid, 28 de febrero de 2006.

**Recomendación dirigida al Presidente de la Diputación Provincial de Jaén.**



**Recomendación 24/2006, de 1 de marzo, sobre la falta de resolución de un expediente de responsabilidad patrimonial.**  
(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 420)

A través del Procurador del Común de Castilla y León se han recibido los antecedentes de la queja presentada ante dicha Institución por doña (...), actuando en nombre de la (...), provincia de España, de la empresa (...), de doña (...), y doña (...) y doña (...), estas tres últimas como herederas de don (...), queja que ha sido registrada con el número de expediente arriba reseñado.

Entre dichos antecedentes figura un informe de esa Presidencia de 3 de enero de 2006, enviado al Procurador del Común en contestación a una solicitud cursada durante la tramitación de esta misma queja, a la vista de cuyo contenido esta Institución se ve en la obligación de someter a V. E. las siguientes consideraciones como fundamento de la resolución con la que se concluye la presente comunicación:

Primera. El objeto de la queja de referencia versaba sobre la falta de resolución de un expediente de responsabilidad patrimonial iniciado mediante solicitud de 13 de julio de 1998, a raíz de la cual se dictó resolución de esa Confederación el 30 de septiembre de 1998 teniendo por interpuesta la reclamación, sin que hasta la fecha se haya resuelto expresamente el expediente.

Segunda. En el informe de referencia, tras una detallada exposición de las vicisitudes de la reclamación en cuestión, remontándose incluso al momento en que los daños se produjeron, se viene a concluir, como justificación de la ausencia de resolución del expediente, que ya ha vencido el plazo máximo para que la misma hubiera sido dictada y, por tanto, debe entenderse desestimada la solicitud del interesado, al haber tenido expedita la vía para la interposición

de los recursos procedentes ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Se estaría manteniendo, por tanto, la tesis de que se trataría de un procedimiento caducado por la inactividad de los interesados, al no haber hecho uso de las posibilidades que las normas de aplicación establecen para recurrir en los supuestos de inactividad de la Administración.

Tercera. Dicha conclusión incurre, a juicio de esta Institución, en el error de considerar como una obligación de actuar lo que en los preceptos que se alegan como fundamento de la misma se configura como mera posibilidad al alcance de los interesados en los supuestos de inactividad de la Administración. Así, y no de otra manera, hay que entender la repetida utilización del potestativo “podrán”, tanto en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJ-PAC), artículos 43, 44, 142.3º y 143.3º, como en el Real Decreto 429/1993, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial (arts. 13.3º y 17.2º), y mucho más si se tiene en cuenta que la regulación del silencio administrativo efectuada por la LRJ-PAC, antes y después de la modificación operada por la Ley 4/1999, aparece sistemáticamente a continuación de un precepto que impone a la Administración la obligación de resolver expresamente.

Cuarta. No puede, por tanto, admitirse una tesis como la mantenida en su informe que hace derivar unas consecuencias del silencio administrativo que no se corresponden en absoluto con la postura mantenida por el Tribunal Supremo, según una reiterada doctrina que sería ocioso citar, conforme a la cual el silencio administrativo es una simple ficción legal, de efectos estrictamente procesales, que opera siempre a favor del administrado.

En efecto, conforme a una jurisprudencia muy consolidada, el silencio negativo de la Administración deja abierta la vía del recurso contencioso-administrativo en los plazos establecidos, pero ello no excluye el mantenimiento del deber de la Administración de resolver, que imponían, tanto el artículo 94 de la Ley del Procedimiento Administrativo de 1958, como los artículos 42.1º y 43.1º segundo párrafo de la Ley 30/1992 (LRJ-PAC), y que se ha mantenido, e incluso aclarado, en la Ley 4/1999 de modificación de la LRJ-PAC. (Ver por todas la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, de 23 diciembre de 2000.)

Según dicha doctrina, no se produce, propiamente, un acto administrativo de sentido desestimatorio, sino que estamos precisamente

ante una ausencia de acto al que no es posible ligar ningún efecto jurídico material, al ser el silencio administrativo, como ya se ha dicho, una simple ficción a efectos estrictamente procesales limitados a abrir la vía del recurso en beneficio del particular recurrente, a quien la Administración no responde expresamente a sus peticiones. Esto es, se trata de una mera posibilidad para el administrado, que siempre puede utilizar la solución de esperar a una resolución expresa quedando abierta la posibilidad de interponer los recursos procedentes.

Quinta. Para finalizar, debe recordarse que el Tribunal Supremo, al poner en relación el silencio administrativo negativo y el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución Española, ha afirmado siempre que la Administración tiene, en todo caso, el deber de resolver expresamente y que el acto dictado tardíamente no puede estar exento de revisión jurisdiccional.

Ya se ha dicho antes, pero conviene repetir aquí, que el silencio administrativo es una ficción que la ley establece en beneficio del que inició un procedimiento para que pueda entender desestimada su pretensión y deducir frente a esta denegación presunta la impugnación que en cada caso proceda, o esperar confiadamente a que la Administración cumpla su deber dictando una resolución expresa, siquiera sea tardía, sin que sea admisible que la Administración pretenda obtener un beneficio derivado de su actitud pasiva para sacar una consecuencia perjudicial para el administrado, y menos aún que para ello se invoque una doctrina, la del silencio administrativo, que está concebida precisamente en su beneficio.

En base a cuantas consideraciones han quedado expuestas, y teniendo en cuenta que, según las previsiones del artículo 17.2º de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, esta Institución ha de velar “porque la Administración resuelva expresamente, en tiempo y forma, las peticiones y recursos que le hayan sido formulados”, al amparo de lo dispuesto en el artículo 30 de nuestra Ley Orgánica reguladora, se formula a V. E. la siguiente recomendación:

“Que por esa Presidencia se den las instrucciones oportunas para que se reanude la tramitación del expediente de responsabilidad patrimonial objeto de la presente queja, hasta su resolución expresa que deberá ser notificada debidamente a los interesados”.

Madrid, 1 de marzo de 2006.

**Recomendación dirigida a la Presidenta de la Confederación Hidrográfica del Duero. Ministerio de Medio Ambiente.**



**Recomendación 25/2006, de 1 de marzo, sobre modificación del calendario de las pruebas de acceso a la Universidad de Cataluña.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 421)*

Ha comparecido ante esta Institución un ciudadano exponiendo en su queja que su hija había realizado en esa Comunidad autónoma las pruebas de acceso a la Universidad en la convocatoria de junio de 2005, y relataba la dificultad que halló para poder formalizar su inscripción en la Universidad de Zaragoza donde deseaba iniciar sus estudios universitarios, debido a que las tarjetas con las calificaciones de las pruebas fueron entregadas a los alumnos en esa Comunidad autónoma el día 7 de julio de 2005, fecha en la que estaba ya concluido el plazo de preinscripción en la universidad de su elección.

Efectuadas en un primer momento algunas gestiones de carácter informativo sobre la situación que trasladaba el interesado —coincidente por otra parte con la planteada por otros ciudadanos que acudieron en consulta a esta Institución acerca de las distintas fechas y plazos académicos para poder acceder sin errores a las distintas universidades en virtud del sistema del distrito abierto—, esta Institución comprobó que la dificultad que afectó a la hija del compareciente se presentaba igualmente para los alumnos que realizaron en esa Comunidad Autónoma de Cataluña las pruebas de acceso y deseaban preinscribirse en cualquier otra universidad española, cuya fecha de preinscripción también finalizaba antes del 7 de julio de 2005 [universidades de: Aragón (5 de julio); Illes Balears (1 de julio); Canarias (6 de julio); Cantabria (5 de julio); Castilla-La Mancha (1 de julio); Castilla y León (5 de julio); Madrid (5 de julio); Valencia (5 de julio); Galicia (5 de julio); La Rioja (5 de julio); Navarra (5 de julio); Murcia (7 de julio), y País Vasco (1 de julio)].

Dada la premura que afecta al calendario académico universitario durante el proceso de adjudicación de plazas del distrito abierto, ya totalmente implantado en España, esta Institución realizó un seguimiento directo por vía telefónica de esta situación, comprobando que en todos los supuestos las distintas universidades admitieron las solicitudes de preinscripción fuera de plazo, cuando el motivo había sido originado por la imposibilidad de aportar a tiempo la tarjeta de calificación de las pruebas de acceso realizadas, si bien en algunos casos, como el que le afectó a la hija del promovente de la presente queja, esta solución requirió también el traslado urgente de los interesados a las universidades elegidas para aportar personalmente la tarjeta expedida por los órganos correspondientes de la Generalidad de Cataluña.

Sin perjuicio de ello, el Defensor del Pueblo resolvió efectuar un análisis pormenorizado de los distintos procedimientos habilitados en las universidades para llevar a cabo los procesos de adjudicación de plazas a los alumnos, con el fin de comprobar si quedan en ellas garantizados el derecho de todos los estudiantes a cursar estudios en la universidad de su elección, y si el proceso de adjudicación de plazas del distrito abierto se lleva a cabo de manera efectiva y controlada.

El actualmente derogado Real Decreto 69/2000, de 21 de enero, por el que se ha regulado el último proceso selectivo para el ingreso en los centros universitarios de los estudiantes que reúnan los requisitos legales necesarios para el acceso a la Universidad, dispone en su disposición adicional cuarta que para una mejor coordinación del denominado distrito abierto –en cuya virtud dichos estudiantes pueden solicitar plaza en la universidad de su elección, con independencia de la universidad donde hayan superado la prueba de acceso–, el Ministerio de Educación y Ciencia, a propuesta del Consejo de Coordinación Universitaria, debe establecer el procedimiento, plazos y demás previsiones que con carácter general resulten de aplicación en las solicitudes y adjudicación de plazas.

Como consecuencia de esta previsión el Ministerio de Educación y Ciencia ha venido anualmente fijando, entre otras, las fechas límite para el periodo de preinscripción, señalando que debe estar abierto, como mínimo, hasta los primeros días del mes de julio. Por tanto, si en virtud de lo anterior la mayor parte de las universidades españolas cerraron el plazo de preinscripción en esa fecha, los alumnos que realizaron las pruebas de acceso en las universidades de Cataluña difícilmente pudieron efectuar con normalidad la preinscripción en cualquier otra universidad del Estado, si fue ese su deseo, dado que las calificaciones de las pruebas no estuvieron disponibles en esa Comunidad autónoma antes de que concluyera el plazo de preinscripción en muchas universidades del resto de España, todo lo cual

implica, a juicio de esta Institución, la imposibilidad de considerar atendidas las disposiciones del Ministerio de Educación y Ciencia por las que anualmente se ha desarrollado la disposición adicional cuarta del Real Decreto 69/2000, de 21 de enero –norma que conserva su vigencia hasta que sea expresamente derogada la Ley 30/1974, de 24 de julio–, en las que reiteradamente se ha venido señalando la obligación de las comunidades autónomas de ajustar los calendarios de las pruebas de acceso a estudios universitarios, para hacer posible el cumplimiento de las fechas señaladas para efectuar la preinscripción en la universidad española elegida por los alumnos para iniciar sus estudios universitarios.

En virtud de la competencia que el artículo 42 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, reconoce al Consejo de Coordinación Universitaria por Acuerdo de 11 de mayo de 2005, ha fijado las fechas límite de preinscripción, de publicación de listas de admitidos y de inicio del periodo de matriculación para el curso 2006-2007, señalando, en lo que afecta al periodo para la preinscripción, que deberá estar abierto como mínimo hasta el 6 de julio de 2006, inclusive.

Cabe entender, por tanto, con el objeto de permitir que los estudiantes, que realicen en las universidades de esa Comunidad autónoma las pruebas de acceso a la Universidad en las convocatorias del año 2006, puedan solicitar plaza en la universidad de su elección, para cursar primeros ciclos de estudios universitarios en el curso 2006-2007, se hace preciso que para el establecimiento del calendario de las pruebas en esa Comunidad autónoma se tengan en cuenta por ese Departamento de Universidades, Investigación y Sociedad de la Información las fechas fijadas por el Consejo de Coordinación Universitaria en su Acuerdo de 11 de mayo de 2005 (*Boletín Oficial del Estado* de 9 de diciembre).

En consecuencia, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, esta Institución procede a formular a V. E. la siguiente recomendación:

“Que en esa Comunidad autónoma se ajuste el calendario de las pruebas de acceso a estudios universitarios, para hacer posible el cumplimiento de las fechas fijadas por el Consejo de Coordinación Universitaria para la preinscripción de los alumnos en cualquier universidad”.

Madrid, 1 de marzo de 2006.

**Recomendación dirigida al Consejero del Departamento de Universidades, Investigación y Sociedad de la Información. Generalitat de Cataluña.**



**Recomendación 26/2006, de 8 de marzo, sobre la conveniencia de adecuar los recursos en materia de transporte sanitario de carácter urgente, a las necesidades de la población residente en la Comunidad de Madrid.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, págs. 422-423)*

Acusamos recibo a su atento escrito (s/ref. 07/296125.905) en el que nos contesta a la queja planteada por los familiares de doña (...), registrada con el número arriba indicado.

Tal y como se reflejaba en nuestra anterior comunicación, los familiares de la señora (...) pusieron de relieve, entre otras consideraciones, que, ante la extrema gravedad de su estado de salud, se solicitó atención urgente al Servicio 112, petición que fue trasladada al SUMMA, y que un facultativo de este último servicio no llegó al domicilio de la paciente hasta una hora después de la primera demanda de asistencia, limitándose a certificar su fallecimiento.

En el informe enviado por esa Viceconsejería se refleja que, con base en los datos facilitados telefónicamente por los mencionados familiares, se dispuso una unidad de atención domiciliaria con carácter urgente y una ambulancia para un posible traslado; que veinte minutos después de la demanda inicial de atención se recibió una nueva llamada en el Servicio de urgencias médicas, comunicando que era posible que la paciente no respirara, circunstancia por la que se dictaron instrucciones básicas por teléfono para iniciar una resucitación cardiopulmonar; y que, no obstante lo anterior, se mantuvo la primera asistencia médica asignada, que estaba acudiendo al domicilio.

Las consideraciones precedentes no desvirtúan, antes bien confirman, la información reflejada por los interesados en la presente queja en relación con el periodo de tiempo transcurrido desde que se

solicitó asistencia con carácter urgente hasta que la mencionada unidad accedió al domicilio de la paciente.

Como V. I. conoce, esta Institución viene prestando una especial atención a las urgencias y emergencias sanitarias, en la medida en que esta modalidad de atención es una de las que mejor define y caracteriza los servicios sanitarios de una comunidad.

Esta inquietud del Defensor del Pueblo está motivada no solo por el significativo número de quejas formuladas por ciudadanos residentes en la Comunidad de Madrid en relación con este servicio, sino, fundamentalmente, por las conclusiones obtenidas en algunas de las investigaciones practicadas por esta Institución, en cuyo marco se ha constatado el anormal funcionamiento de la Administración en algunos casos, destacando, por su extraordinaria gravedad, demoras en atención de carácter urgente.

Si bien desde esa Consejería se ha informado, en diferentes ocasiones, acerca de la adopción de medidas para mejorar el servicio de transporte sanitario, lo cierto es que se siguen formulando quejas ante el Defensor del Pueblo sobre esta materia, de las que se desprende que todavía persisten graves carencias en esta modalidad de atención.

Para ilustrar lo anterior, y a título meramente de ejemplo, se detallan seguidamente dos de las investigaciones llevadas a cabo últimamente por esta Institución en este ámbito.

La primera de ellas (...) en relación con la situación de un paciente que debió esperar durante doce horas una ambulancia para su traslado a un centro hospitalario, extraordinaria demora que adquiere todavía una mayor dimensión si se tiene presente el grave proceso de enfermedad que le afectaba. Sobre este aspecto, esa Viceconsejería informó que la mencionada demora, calificada como excepcional, obedeció a la gran demanda asistencial y a la saturación del servicio.

La segunda de las investigaciones (...) guarda relación con la demora de aproximadamente dos horas y media en la llegada de una ambulancia solicitada por un facultativo de un centro de salud, ante un grave proceso de enfermedad. En este supuesto, esa Viceconsejería señaló que, en el momento de la petición del transporte, existían tres peticiones de ambulancias pendientes de ser cubiertas y que los hechos ocurrieron en unas fechas en las que se produjo una saturación del servicio.

Teniendo presente el alcance y naturaleza de las quejas planteadas, que afectan con carácter general al funcionamiento del transporte sanitario en la Comunidad de Madrid, y en virtud de lo

dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, esta Institución ha acordado dirigir a V. I. la siguiente recomendación:

“Que por esa Consejería se valore la conveniencia de proceder a un exhaustivo estudio sobre la adecuación de los recursos en materia de transporte sanitario de carácter urgente a las necesidades y demandas de la población residente en la Comunidad de Madrid, en orden a determinar en qué medida deberían incrementarse tales recursos para evitar la saturación del servicio, tal y como acaece en ocasiones, y lograr una asistencia de calidad en esta modalidad de atención”.

Madrid, 8 de marzo de 2006.

**Recomendación dirigida al Viceconsejero de Asistencia e Infraestructuras Sanitarias. Comunidad de Madrid.**



**Recomendación 27/2006, de 14 de marzo, para que se articule un procedimiento que permita conocer las circunstancias que han determinado la emisión de un informe gubernativo desfavorable, con salvaguarda del derecho a la intimidad y a la propia imagen de la persona a la que se refiera.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 430)*

Se ha recibido en esta Institución un elevado número de quejas de ciudadanos extranjeros que han pretendido acogerse al proceso de normalización, establecido en la disposición transitoria tercera del Real Decreto 2393/2004, y que han visto desestimadas sus pretensiones, por obrar en los expedientes que les afectan informe gubernativo desfavorable a la concesión de sus solicitudes de autorización de trabajo y residencia.

Esta Institución considera que la mera existencia de un informe gubernativo desfavorable no puede determinar per se la denegación de las autorizaciones de residencia. Es necesario conocer el contenido del informe para saber si razonablemente debe conducir a la denegación de la solicitud o, por el contrario, si las circunstancias en él recogidas no constituyen razones de orden público o seguridad pública a partir de las cuales pueda dictarse una resolución denegatoria conforme a Derecho.

Las resoluciones dictadas por las distintas delegaciones y subdelegaciones del Gobierno a las que ha tenido acceso esta Institución, se limitan a recoger el sentido desfavorable del informe gubernativo que determina la denegación de la solicitud, sin especificar las concretas circunstancias a las que se refiere dicho informe.

La falta de constancia del concreto contenido del informe gubernativo constituye, a juicio de esta Institución, una ausencia de motivación de la resolución administrativa que dificulta el ejercicio del

derecho de defensa del interesado en el procedimiento, produciéndole indefensión.

No obstante lo anterior, ha de recordarse que la persona que ostenta la legitimación para iniciar el procedimiento y formular la solicitud no es el ciudadano extranjero al que se refiere el informe gubernativo desfavorable, sino el empleador, y es a éste al que se dirige la resolución adoptada en relación con la solicitud de trabajo y residencia. Desde esta perspectiva, la constancia en la resolución de las circunstancias concurrentes en el ciudadano extranjero, para el que se formula la autorización de residencia, que han motivado el sentido desfavorable del informe gubernativo, vulneraría el derecho a la intimidad y a la propia imagen del extranjero afectado.

Se produce así en los casos examinados una colisión de derechos. La falta de constancia en la resolución denegatoria de los motivos concretos por los que se ha emitido informe gubernativo desfavorable produce indefensión, pero la constancia de dichos motivos vulneraría el derecho a la intimidad y la propia imagen del extranjero afectado.

En este sentido, ha de señalarse que esta colisión de derechos se aprecia no sólo en las resoluciones dictadas al amparo del proceso de normalización, sino también en las resoluciones de solicitudes de residencia o de trabajo y residencia formuladas al amparo de lo establecido en el Reglamento de extranjería en las que es preceptiva la emisión de informe gubernativo, en los casos en los que el sujeto legitimado para la presentación de la solicitud no es la persona para la que se solicita la autorización de residencia.

A la vista de cuanto antecede, esta Institución ha considerado necesario dirigir a V. E. la siguiente recomendación, al amparo de lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 3/1981, de 6 de abril:

“Que por esa Secretaría de Estado se proceda al examen de la cuestión planteada y se estudie la posibilidad de articular un procedimiento que permita que, en supuestos como los descritos, los interesados en el procedimiento puedan conocer las circunstancias que han determinado que el informe gubernativo se emita en sentido desfavorable, con salvaguarda del derecho a la intimidad y a la propia imagen del extranjero al que se refiera dicho informe”.

Madrid, 14 de marzo de 2006.

**Recomendación dirigida a la Secretaria de Estado y Emigración. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.**

**Recomendación 28/2006, de 14 de marzo, sobre la condición de interesado en el procedimiento sancionador y el acceso a cualesquiera documentos no nominativos, contenidos en expedientes de cualquier procedimiento administrativo terminado, sea éste sancionador o no.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 420)*

Con fecha de 22 de septiembre de 2005, esta Institución propuso a esa Dirección General y a la Confederación Hidrográfica del Júcar una serie de razonamientos que justificaban el reconocimiento de la condición de interesada legítima, ex artículo 31.1 c) de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a una asociación de vecinos de Montserrat (...), en un procedimiento sancionador incoado contra la empresa (...) por afecciones al dominio público hidráulico.

Tal condición de interesada ex artículo 31.1 c) o, lo que es lo mismo, el reconocimiento de la asociación reclamante como titular de intereses legítimos colectivos que podían resultar afectados por la resolución que se adoptara en el procedimiento sancionador de referencia, en el que dicha asociación se había personado, significa que ostentaba los derechos que reconoce el artículo 35, apartados a) y e), de la misma Ley a los interesados en un procedimiento administrativo en curso (sancionador o no). Significa también que su participación en el procedimiento se debía haber regido por lo previsto en los artículos 84 y 85 de la Ley 30/1992. Es decir, que la asociación de vecinos (...), mientras se encontraba en trámite el procedimiento sancionador, ostentaba los derechos que recoge el artículo 3.1 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora. A esos efectos, en cualquier momento del procedimiento, “los interesados –que no son sólo los imputados–” tienen derecho a conocer su estado de tramitación y a acceder y obtener copias de los

documentos contenidos en el mismo, pudiendo formular, con anterioridad al trámite de audiencia, alegaciones y aportar los documentos que estimen convenientes. Es más, dicho Reglamento, en su artículo 3.4, reconoce expresamente que en los procedimientos sancionadores no sólo se ventilan los intereses del imputado sino que pueden concurrir los de otros posibles afectados, al establecer que la defensa de unos intereses y otros, junto con la transparencia del procedimiento y la eficacia de la Administración, justifican que cada procedimiento sancionador que se tramite sea formalizado sistemáticamente, incorporando sucesiva y ordenadamente los documentos, testimonios, actuaciones, actos administrativos, notificaciones y demás diligencias que vayan apareciendo o se vayan realizando. El procedimiento así formalizado se custodiará bajo la responsabilidad del órgano competente en cada fase del procedimiento hasta el momento de la remisión de la propuesta de resolución al órgano correspondiente para resolver, quien se hará cargo del mismo y de su continuación hasta el archivo definitivo de las actuaciones.

Frente a los argumentos que exponía esta Defensoría el 22 de septiembre de 2005, la presidencia de la Confederación Hidrográfica del Júcar ha defendido recientemente, en escrito de 23 de enero de 2006, que no niega la condición de interesada legítima y directa de la asociación reclamante [artículo 31.1 c) de la Ley 30/1992], sino que a tal condición le es de aplicación la limitación de acceso a los expedientes sancionadores que la misma Ley prevé en su artículo 37.3. Además, según afirma el organismo de cuenca, ese es el criterio mantenido asimismo por esa Dirección General.

Ahora bien, ese criterio no es compartido por esta Defensoría, por las siguientes razones:

1ª. Los dos preceptos citados se encuentran en títulos distintos de la Ley, y se refieren a supuestos de hecho también distintos. El artículo 31 establece cuándo una persona o grupo ha de ser considerado “interesado en un procedimiento”, mientras el artículo 37 regula el acceso a archivos y registros en “procedimientos terminados en la fecha de la solicitud”. Luego ambos preceptos no pueden ser aplicados simultáneamente, y así lo confirma el artículo 3.3 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993.

2ª. El derecho de acceso a documentos que forman parte de un expediente, derecho atribuible a quien es parte de (“interesado en”) un procedimiento, no está regulado en el artículo 37.3 sino en el artículo 35 a) de la Ley 30/1992, y en realidad en otros más (84.1 principalmente; para los procedimientos sancionadores: artículo 3.1 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora).

3ª. El apartado 3 del artículo 37 no dice que los terceros, incluso acreditando un interés legítimo y directo, no tengan derecho de acceso a los expedientes sancionadores, sino que establece una excepción a la excepción determinada en el número 2 anterior. O sea: tales terceros pueden acceder a documentos nominativos de expedientes que no incluyan datos íntimos, correspondientes a procedimientos [terminados] de aplicación del derecho, salvo (nueva excepción) que tales procedimientos sean sancionadores o disciplinarios. Es decir, que un tercero con interés legítimo puede (“tiene derecho a”) acceder a “documentos no nominativos” cualesquiera contenidos en expedientes de cualquier procedimiento terminado, sancionador o no.

A juicio de esta Institución, el criterio de la Confederación Hidrográfica del Júcar es pues contrario a la lógica de los preceptos que ella misma menciona, y estrictamente contrario al tenor literal de la ley.

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, he resuelto formular tanto a la Confederación Hidrográfica del Júcar<sup>4</sup>, como a esa Dirección General del Agua, la siguiente recomendación:

“Que los artículos 31, 35, 84, 85 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 3.1 y 3.3 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora sean interpretados en el sentido de que quien es parte de (“interesado en”) un procedimiento en curso (sancionador o no) tiene derecho en cualquier momento a conocer su estado de tramitación y a acceder y obtener copias de los documentos contenidos en el mismo, pudiendo formular, con anterioridad al trámite de audiencia, alegaciones y aportar los documentos que estime convenientes, que habrán de ser tenidos en cuenta en la resolución que se adopte.

Que el artículo 37, apartados 2 y 3, sea interpretado en el sentido de que un tercero con interés legítimo tiene derecho acceder a cualesquiera documentos no nominativos contenidos en expedientes de cualquier procedimiento administrativo terminado, sea éste sancionador o no”.

Madrid, 14 de marzo de 2006.

**Recomendación dirigida al Director General del Agua.  
Ministerio de Medio Ambiente.**

---

<sup>4</sup> Recomendación 30/2006 de este volumen.



**Recomendación 29/2006, de 14 de marzo, sobre cumplimiento de las bases de las convocatorias de ayudas Séneca para movilidad de estudiantes.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 418)*

Presentada queja ante esta Institución a través de la defensora universitaria de la Universidad de Córdoba por don (...), y registrada con el número (...), se dio por admitida al estimar que reunía los requisitos legalmente establecidos y se promovió la investigación sumaria e informal para el esclarecimiento de los supuestos en que se basaba dando cuenta de ello a V. I., a los efectos que prevé el artículo 18 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora de nuestra Institución.

En su queja el señor (...) planteaba su disconformidad con la exclusión de su nombre de las listas de alumnos admitidos, por aplicación de un requisito que a su juicio no se exigía en la convocatoria (Orden ECD/736/2003 de 10 de marzo, *BOE* de 2 de abril).

De la tramitación de la presente queja ante ese departamento se desprende cuanto sigue:

La Comisión de Selección prevista en la base 6.2 de la convocatoria realizó la valoración de las solicitudes atendiendo, no solo a los criterios relacionados en los apartados 1, 2 y 3 de la base 6.2, sino al criterio adoptado por la propia Comisión de Selección, en virtud del cual se decidió dar prioridad absoluta a las solicitudes que quedaron integradas en una determinada lista a la que se incorporaron las correspondientes a titulares que no habían disfrutado con anterioridad de ayudas del programa. Correlativamente decidió incluir en otra lista, subsidiaria de la anterior, aquellas otras solicitudes correspondientes a estudiantes que sí hubiesen disfrutado en cursos anteriores de ayudas de este programa.

Según los datos aportados por V. I., para justificar esta decisión la comisión de selección manifestó “haber tomado en cuenta los objetivos del programa y la financiación disponible”. Sin embargo no ha hallado esta Institución en la correspondiente convocatoria una previsión específica que ampare dicha decisión, sin que sea posible admitir el argumento que V. I. apunta en su último informe, respecto a que la excepción contenida en el punto 3.5 de la convocatoria pueda considerarse similar a la que recoge la orden ECD/914/2004 en su punto 3.4.

En efecto, la diferencia sustantiva entre ambas excepciones, consistente en la matización que efectúa la de la convocatoria de 2003 con la frase “a una plaza de las mismas características de movilidad” –y que no contiene la de 2004 en ninguna de sus bases–, es precisamente lo que limita las posibles exclusiones de solicitudes en aquella convocatoria a los únicos supuestos en los que se dé la identidad de características de movilidad en la plaza obtenida en la convocatoria anterior, identidad que no se aprecia en la ayuda obtenida por el señor (...) en el curso anterior respecto a la de la convocatoria de 2003.

Por otra parte, no cabe tampoco encontrar en tal excepción una justificación para elaborar distintas listas de solicitudes con distintas prioridades, en función de si se disfrutó o no de ayuda en la convocatoria anterior, sin que sea procedente considerar motivo suficiente la intención de dar cabida al mayor número posible de solicitudes de candidatos que no hubieran disfrutado de becas anteriormente.

Por consiguiente, aunque por el tiempo transcurrido desde la finalización del procedimiento selectivo al que se refiere esta queja se ha resuelto dar conclusión a la presente investigación, es preciso volver a recordar a V. I. que en todo proceso selectivo promovido por la Administración pública, las convocatorias junto con sus bases, una vez convenientemente publicadas, vinculan a las administraciones públicas y a los órganos de selección que deban valorar los méritos de los participantes, lo cual obligaba a la Comisión de Selección de la convocatoria analizada a observar los extremos contenidos en sus bases.

En consecuencia, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, reguladora de la institución del Defensor del Pueblo, se procede a formular nuevamente a V. I., como ya se hacía mediante Resolución del Defensor del Pueblo de 26 de marzo de 2003 con motivo de la tramitación de varias quejas, la siguiente recomendación:

“Que en los sucesivos procesos selectivos que se celebren en el marco del programa español de ayudas para la movilidad de estudiantes «Séneca», se observe rigurosamente el contenido de las bases de la correspondiente convocatoria”.

Madrid, 14 de marzo de 2006.

**Recomendación dirigida a la Directora General de Universidades. Ministerio de Educación y Ciencia.**



**Recomendación 30/2006, de 14 de marzo, sobre la condición de interesado en el procedimiento sancionador y el acceso a cualesquiera documentos no nominativos, contenidos en expedientes de cualquier procedimiento administrativo terminado, sea éste sancionador o no.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 420)*

Se ha recibido escrito de V. E. de referencia número 22004D0382, salida 1828 de 23 de enero de 2006, referente a la queja formulada ante esta Institución por la Asociación (...).

En el mismo, frente a los argumentos que exponía esta Defensoría el 22 de septiembre de 2005, esa Presidencia defiende que no niega la condición de interesada directa y legítima de la asociación reclamante [artículo 31.1 c) de la Ley 30/1992], sino que a tal condición le es de aplicación la limitación de acceso a los expedientes sancionadores que la misma Ley prevé en su artículo 37.3. Incluso para aquellos terceros que acrediten un interés legítimo y directo, como le parece ser el caso.

Ahora bien, ese criterio no es compartido por esta Defensoría, por las siguientes razones:

1ª. Los dos preceptos citados se encuentran en títulos distintos de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y se refieren a supuestos de hecho también distintos. El artículo 31 establece cuándo una persona o grupo ha de ser considerado “interesado en un procedimiento”, mientras el artículo 37 regula el acceso a archivos y registros en “procedimientos terminados en la fecha de la solicitud”. Luego ambos preceptos no pueden ser aplicados simultáneamente, y así lo confirma el artículo 3.3 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio

de la potestad sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993.

2<sup>a</sup>. El derecho de acceso a documentos que forman parte de un expediente, derecho atribuible a quien es parte de (interesado en) un procedimiento, no está regulado en el artículo 37.3 sino en el artículo 35 *a*) de la Ley 30/1992, y en realidad en otros más (84.1 principalmente; para los procedimientos sancionadores: artículo 3.1 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora).

O dicho de otra manera, el reconocimiento de la condición de interesada ex artículo 31.1 *c*), a la asociación reclamante en el procedimiento sancionador de referencia, en tanto que titular de intereses legítimos colectivos, significa que ostentaba los derechos que reconoce el artículo 35, apartados *a*) y *e*) de la Ley 30/1992 a los interesados en un procedimiento administrativo en curso (sancionador o no). Significa también que su participación en el procedimiento se debía haber regido por lo previsto en los artículos 84 y 85 de la Ley 30/1992. Es decir, que mientras se encontraba en trámite el procedimiento sancionador, la Asociación (...) ostentaba los derechos que recoge el artículo 3.1 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, según el cual, de conformidad con el principio de acceso permanente, en cualquier momento del procedimiento, “los interesados (que no son sólo los imputados)” tienen derecho a conocer su estado de tramitación y a acceder y obtener copias de los documentos contenidos en el mismo, pudiendo formular, con anterioridad al trámite de audiencia, alegaciones y aportar los documentos que estimen convenientes. Es más, dicho Reglamento, en su artículo 3.4, reconoce expresamente que en los procedimientos sancionadores no sólo se ventilan los intereses del imputado sino que pueden concurrir los de otros posibles afectados, al establecer que la defensa de unos intereses y otros, junto con la transparencia del procedimiento y la eficacia de la Administración, justifican que cada procedimiento sancionador que se tramite sea formalizado sistemáticamente, incorporando sucesiva y ordenadamente los documentos, testimonios, actuaciones, actos administrativos, notificaciones y demás diligencias que vayan apareciendo o se vayan realizando. El procedimiento así formalizado se custodiará bajo la responsabilidad del órgano competente en cada fase del procedimiento hasta el momento de la remisión de la propuesta de resolución al órgano correspondiente para resolver, quien se hará cargo del mismo y de su continuación hasta el archivo definitivo de las actuaciones.

3<sup>a</sup>. El apartado 3 del artículo 37 no dice que los terceros, incluso acreditando un interés legítimo y directo, no tengan derecho de acceso a los expedientes sancionadores de procedimientos ya terminados, sino que establece una excepción a la excepción determinada en el número 2 anterior. O sea, tales terceros pueden acceder a documentos

nominativos de expedientes que no incluyan datos íntimos, correspondientes a procedimientos [terminados] de aplicación del derecho, salvo (nueva excepción) que tales procedimientos sean sancionadores o disciplinarios. Es decir, que un tercero con interés legítimo puede (tiene derecho a) acceder a “documentos no nominativos” cualesquiera contenidos en expedientes de cualquier procedimiento terminado, sancionador o no.

A juicio de esta Institución, el criterio de la Confederación Hidrográfica del Júcar es pues contrario a la lógica de los preceptos que ella misma menciona, y estrictamente contrario al tenor literal de la ley.

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, he resuelto formular tanto a esa Confederación Hidrográfica, como a la Dirección General del Agua<sup>5</sup>, la siguiente recomendación:

“Que los artículos 31, 35, 84, 85 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 3.1 y 3.3 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora sean interpretados en el sentido de que quien es parte de (interesado en) un procedimiento en curso (sancionador o no), tiene derecho en cualquier momento a conocer su estado de tramitación y a acceder y obtener copias de los documentos contenidos en el mismo, pudiendo formular, con anterioridad al trámite de audiencia, alegaciones y aportar los documentos que estime convenientes, que habrán de ser tenidos en cuenta en la resolución que se adopte.

Que el artículo 37, apartados 2 y 3, sea interpretado en el sentido de que un tercero con interés legítimo tiene derecho de acceso a cualesquiera documentos no nominativos contenidos en expedientes de cualquier procedimiento administrativo terminado, sea éste sancionador o no”.

En otro orden de cosas y por lo que respecta al fondo del problema, recientemente se ha recibido un nuevo escrito del presidente de la Asociación (...) en el que, en síntesis y a los efectos que en la presente investigación interesan, expone lo siguiente:

— Respecto al Barranco de Entra y Sale, se opone a la autorización solicitada por la empresa (...), para realizar en la zona de policía

---

<sup>5</sup> Recomendación 28/2006 de este volumen.

de su margen derecha, en un tramo comprendido entre los 1.000 y los 1.500 metros aguas arriba de la confluencia con el río Magro, en el paraje El Castellar, nuevos trabajos de explotación de cantera, respetando una franja de protección de 20 metros sin excavar al objeto de no alterar la configuración del cauce, lo que, según informe del Área de Gestión del Dominio Público Hidráulico de ese organismo de cuenca, de fecha de 2 de junio de 2005, podría ser autorizado si una vez sometido el expediente a información pública no se produjeran reclamaciones. La razón de esta oposición radica en que la empresa, según afirma el presidente de la Asociación (...), ya está trabajando en ese tramo, habiendo sido la zona de referencia degradada, y estando al día de hoy ocupada por grandes mampuestos de piedra. También afirma que este barranco no se encuentra despejado ni se han restituido sus márgenes.

— En relación con el Barranco dels Ofegats, afirma que los vertidos y acopios no han sido retirados, además de cuestionar la solución propuesta por la empresa de extracción de áridos de desviar su cauce; propuesta basada en la dificultad de conocer su traza original ocupada desde hace más de 30 años por acopios y en la dificultad de compaginar los trabajos de la cantera con los de retirada de acopios, y que, al parecer, ha sido considerada viable por los técnicos de esa Confederación Hidrográfica, dada la escasa entidad del barranco. No obstante, según la Asociación (...), no es cierto que se desconozca la traza original del Barranco dels Ofegats, ni tampoco que su entidad sea escasa, tal y como demuestra el plano 3.1-6 presentado por (...). Además, a juicio de la asociación compareciente, es excesiva la consideración que otorga esa Confederación a los intereses y dificultades que plantea a la mercantil el cumplimiento de sus resoluciones, toda vez que no ha hecho sino incumplir reiteradamente la normativa vigente en materia de aguas, al extraer áridos y realizar vertidos sin autorización en cauces y zonas de policía.

— Por último, se opone también a la autorización del badén sobre el río Magro ya que, según manifiesta, el proyecto prevé para el mismo una anchura de 8 metros, cuando, en su opinión, no debía superar los 3 metros, que es anchura del camino agrícola con el que conecta.

Una vez estudiadas las nuevas alegaciones, esta Institución considera procedente, de conformidad con lo establecido en el artículo 18 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, solicitar de V. E. la emisión de un informe complementario en el que se indique lo siguiente:

— Cumplimiento real y efectivo por parte de (...) de la orden de paralización de la actividad de extracción de áridos, especificando, en su caso, los barrancos, tramos y márgenes en los que se realizan

trabajos, así como su conformidad con la normativa vigente en materia de aguas.

— Grado de ejecución de la resolución dictada en el procedimiento sancionador (...) (pago de las multas impuestas, recrecimiento de un metro del cordón establecido en el Barranco de Entra y Sale, protección del talud de los acopios, retirada de los vertidos y obstáculos del cauce del Barranco dels Ofegats y del Barranco de Entra y Sale).

— Estado de tramitación del procedimiento de autorización (...) solicitada por (...), para realizar nuevos trabajos de explotación de cantera, en la zona de policía de la margen derecha del Barranco de Entra y Sale, en un tramo comprendido entre los 1.000 y los 1.500 metros aguas arriba de la confluencia con el río Magro, en el paraje El Castellar, justificando las razones por las que se considera que esos nuevos trabajos no afectaran negativamente a su cauce, así como las medidas preventivas y correctoras que se exigirán a una empresa cuya actividad hasta el momento ha provocado la ocupación y contaminación de su cauce sin contar con las preceptivas autorizaciones.

— Razones por las que esa Confederación considera viable el desvío del Barranco dels Ofegats en lugar de exigir la retirada de los acopios a la empresa infractora. En este punto, interesa especialmente a esta Institución conocer por qué ese organismo de cuenca considera atendible la dificultad esgrimida por la empresa de simultanear los trabajos de extracción con los de retirada de los acopios, máxime cuando, en principio, la empresa debe tener paralizada su actividad. Interesa también que informe sobre las afirmaciones de la Asociación (...), según las cuales sí se conoce la traza original del Barranco dels Ofegats, tal y como demuestra el plano 3.1-6 presentado por (...).

— Estado de tramitación del procedimiento de autorización del badén sobre el río Magro.

Madrid, 14 de marzo de 2006.

**Recomendación dirigida al Presidente de la Confederación Hidrográfica del Júcar. Ministerio de Medio Ambiente.**



**Recomendación 31/2006, de 14 de marzo, sobre la tramitación de las solicitudes de baja en la colegiación.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 427)*

Nos ponemos de nuevo en contacto con V. I., en relación con la queja (...) formulada por don (...), que fue registrada en esta Institución con el número arriba indicado, ya que se ha recibido el informe solicitado al Ministerio de Sanidad y Consumo en el que se pone de manifiesto que el artículo 6.2 c) de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, define a los “dentistas” como una profesión sanitaria de nivel licenciado y señala que “corresponde a los licenciados de odontología y a los médicos especialistas en estomatología, sin perjuicio de las funciones de los médicos especialistas en cirugía oral y maxilofacial las funciones relativas a la promoción de la salud buco-dental y a la prevención, diagnóstico y tratamiento señalados en la Ley 10/1986, de 17 de marzo, sobre odontólogos y otros profesionales relacionados con la salud buco-dental”.

Se indica que la nueva Ley ha unificado en la misma profesión, la de “dentista”, tanto a los odontólogos como a los estomatólogos. Esta unificación podría parecer que conlleva que todos los dentistas deban estar colegiados en el mismo Colegio oficial, por aplicación de la Ley de Colegios Profesionales y del principio de “una profesión, un colegio”, así reconocido por el Tribunal Supremo.

Se señala que, sin embargo, existe reiterada jurisprudencia de nuestros tribunales que ha venido negando esta posibilidad. El Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de julio de 2001 falló contra la colegiación obligatoria de los médicos estomatólogos declarando nulos los preceptos que la recogían en el Real Decreto 2828/1998, de 23 de diciembre, por el que se aprueban los Estatutos Generales de Odontólogos y Estomatólogos y de su Consejo General.

El propio Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de mayo de 2003 establece que, aunque hay una identidad de funciones, desde el punto de vista externo entre los odontólogos y los médicos estomatólogos, no puede concluirse que exista una identidad en la profesión de ambos titulados pues los licenciados en Medicina mantienen el sentido específico de la profesión médica con carácter inseparable del desarrollo de su especialidad. Por ello les corresponde su colegiación en los colegios oficiales de médicos ya que tienen esta condición.

En el mismo sentido se ha manifestado el Tribunal Superior de Justicia de Asturias que, en sentencias 125/2005 y 130/2005, de 23 y 27 de julio, respectivamente, ha afirmado que el artículo 6.2 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, al regular la profesión de “dentista”, lo ha hecho sin perjuicio de las que corresponden a cada uno de acuerdo con su titulación y competencia específica. Es decir, que no han variado en esencia las circunstancias anteriores referidas en sentencias del Tribunal Supremo.

Por otra parte, conviene señalar que el carácter obligatorio de la colegiación recogido en el artículo 2.3 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, se entiende como necesario para el ejercicio de la profesión, no como colegiación de oficio. De ahí que en este sentido hay que recordar que actualmente existen cuatro comunidades autónomas (Andalucía, Extremadura, Canarias y Asturias) que han aprobado normas legales que no exigen la colegiación obligatoria de los profesionales sanitarios que trabajan en exclusiva para su Servicio de Salud.

Todas las normas autonómicas fueron recurridas por el Gobierno ante el Tribunal Constitucional, si bien éste ha levantado la suspensión en todos los casos, con lo que las disposiciones autonómicas se encuentran plenamente vigentes en sus respectivos territorios.

Por lo tanto, y sobre la base de estos hechos, el criterio de la señalada Administración es que debería estimarse la petición de baja de los médicos estomatólogos en ese Colegio de Odontólogos y Estomatólogos, por no ser ésta de carácter obligatorio, de acuerdo con la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo, como de los tribunales superiores de justicia que, a pesar de la entrada en vigor de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, considera que los principios de obligatoriedad de la colegiación y el carácter de médico de los médicos estomatólogos no han cambiado.

A la vista de cuanto antecede y de acuerdo con la posición expuesta con anterioridad por esta Defensoría, en relación con el informe facilitado por ese Colegio oficial y tras analizar el mismo a la luz del

criterio antes transcrito, no se observa en qué forma la argumentación que en él se incluye puede incidir en la inaplicación de la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2001, dictada en el recurso 126/1999 y en sentencias de 8 de abril de 2002 y 29 de enero de 2003 en los que se declara la nulidad de aquellos preceptos de los Estatutos Generales de los Odontólogos y Estomatólogos que imponían la obligatoria adscripción de aquellos a estos colegios y, en cambio, la necesidad de afiliación de estos médicos especialistas en Estomatología en los colegios oficiales de médicos, argumentación que no excluiría que se afiliaran voluntariamente y, por ende, conllevaría la posibilidad de solicitar y obtener la baja, a su vez, en esa organización colegial.

En ese orden de cosas, el fundamento de esa actuación sobre una interpretación del artículo 6.2 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, carece de virtualidad en tanto permanezca vigente la doctrina jurisprudencial expresada y, por tanto, no figure esa obligación en los estatutos colegiales afectados por cuanto, la finalidad de la Ley mencionada carece de los efectos que se le pretenden atribuir.

Como viene siendo reconocido por la doctrina y la jurisprudencia, la imposición, derivada de la Constitución y de la ley, de la agrupación de las profesiones tituladas en colegios profesionales y, por derivación, de sus correspondientes consejos no viene justificada por sí misma sino que, siguiendo al Tribunal Constitucional, se basa en la persecución de fines sustantivos con relevancia constitucional, fines que, en lo que aquí interesa, entroncan con la salvaguarda de la igualdad en las condiciones básicas en el ejercicio de una profesión titulada determinada: acceso a través de una titulación y a la permanencia en aquella, mediante su ordenación y ejercicio conforme a la deontología, así como el cese en la misma.

La articulación de las profesiones tituladas en organizaciones corporativas de carácter forzoso supone, conforme al contenido del artículo 36 de la Constitución, una reconocida capacidad de autoorganización de estas profesiones y de su propia organización interna y, en esta dirección, de la organización corporativa, lo que se lleva a cabo a través de los estatutos. Esta capacidad lleva aparejada un mínimo de lógica interna y unitaria de esa compleja organización colegial a nivel nacional, coherencia interna inherente a la naturaleza instrumental de esa organización respecto al ejercicio profesional que debe ser único y uniforme en lo que atañe a sus condiciones básicas en todo el territorio del Estado.

En este sentido puede traerse a colación que el artículo 15.2 de la Ley del Proceso Autonómico permite interpretar la regulación que

sobre organización y competencias de las corporaciones profesionales contiene la Ley de Colegios Profesionales como un espacio de normación de carácter autónomo, constitutivo de un mínimo común para todo el Estado. Esto implica que dicho mínimo, en cuanto que común, debe dotar de la necesaria coherencia interna a los diferentes ordenamientos corporativos y con ello se quiere decir que, teniendo el acceso a las profesiones tituladas y la permanencia en su ejercicio, naturaleza y lógica nacionales, como no se podría sostener de otra manera, la estructura y desarrollo de la regulación de esa organización corporativa, en lo que aquí importa, por tanto, en lo que concierne a la falta de obligatoriedad de colegiación en ese Colegio profesional, no puede en forma alguna contravenir la lógica del ejercicio profesional donde por virtud de las resoluciones judiciales citadas no puede contemplarse la señalada obligación en los Estatutos Generales y, por ende, en el resto de la organización colegial.

En segundo lugar, la norma cuyo contenido se opone a la aplicación de lo declarado por el Tribunal Supremo, se menciona concretamente en el artículo 6.2 c) de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, no responde a la finalidad que se le atribuye acerca de la colegiación de los profesionales sanitarios, toda vez que se olvida que en una interpretación sistemática de aquella partiendo de la definición de su objeto y ámbito de aplicación en su artículo 1, el precepto que se opone, se encuentra recogido dentro del título I de la citada Ley, “del ejercicio de las profesiones sanitarias” que atiende, primeramente, conforme expresan los apartados 1 y 2 del artículo 4 al reconocimiento del derecho al libre ejercicio de las profesiones sanitarias, con los requisitos previstos en esa Ley y en las demás normas legales que resulten aplicables, para precisar, a continuación que:

“El ejercicio de una profesión sanitaria, por cuenta propia o ajena, requerirá la posesión del correspondiente título oficial que habilite expresamente para ello (...), y se atenderá, en su caso, a lo previsto en ésta, en las demás leyes aplicables y en las normas reguladoras de los colegios profesionales”.

Por tanto, según parece deducirse de estas previsiones en relación con el contenido del artículo 6, apartado 2 c) dirigido a definir genéricamente las funciones, sin perjuicio de las encomendadas por cada titulación que en este caso, es diferente, no se determina a qué organización colegial deba atribuirse la afiliación de los profesionales sanitarios.

En suma, se debe considerar que la colegiación obligatoria, sin perjuicio de la voluntaria a la que antes nos referíamos y, por ende, la negación de la baja colegial de los promotores de la queja, como la

de otros profesionales, debe responder a la titulación exigida como habilitante para el ejercicio de la profesión y a la normativa estatutaria o colegial que, en este caso, se encuentra afectada de la nulidad declarada judicialmente, por lo que no parece posible sostener que en vía administrativa colegial se deniegue esta posibilidad en tanto no se encuentre y fundamente la habilitación legal suficiente para ello y conforme, también, a como se expresa en el criterio manifestado en el informe remitido.

En consecuencia, por cuanto antecede 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, he resuelto formular la siguiente recomendación:

“Que se resuelvan en vía administrativa, sobre la base de la jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo, las solicitudes recibidas de baja en la afiliación en ese Colegio oficial, presentadas por profesionales que se encuentran en posesión de la titulación de médico especialista en estomatología, en lo que respecta a las peticiones ya formuladas y que se acepten las que puedan plantearse en el futuro en el sentido indicado”.

Madrid, 14 de marzo de 2006.

**Recomendación dirigida al Presidente del Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos de Las Palmas de Gran Canaria.**



**Recomendación 32/2006, de 22 de marzo, para que se adopten las medidas oportunas, a fin de resolver las disfunciones advertidas en las dependencias del negociado documento nacional de identidad-pasaportes de la Comisaría Local de Alcobendas (Madrid) y que pueda ofrecerse a los ciudadanos que acudan a las mismas un servicio eficaz.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 419)*

Agradecemos su atento escrito, en el que nos contesta a la queja planteada por doña (...), relativa a las disfunciones advertidas en la Comisaría Local de (...) en la tramitación de los documentos nacionales de identidad y de los pasaportes.

En dicho escrito se señala que “con el fin de optimizar el negociado del DNI-pasaporte de la Comisaría local, con los medios humanos y técnicos de que se dispone y estudiado pormenorizadamente el problema, se optó por la implantación de un sistema de cita previa, al objeto de evitar las esperas innecesarias a las personas citadas”.

Asimismo, se manifiesta que “los ciudadanos deben esperar su turno para recoger el número de orden que diariamente se reparte y que, aun así, en ocasiones puede no haber números para todos ellos y es que éstos están en relación directa con el trabajo que pueden absorber los funcionarios que atienden el servicio de referencia, por lo que, si una vez finalizada la entrega de todas las citas posibles para el día, todavía hay alguna persona más en espera de ella, se le informa de forma fehaciente de todo lo que acontece y de la relación de comisarías limítrofes en las que puede satisfacer sus necesidades, sin tener que ajustarse al sistema de cita previa”.

Por último, se informa de que “durante los periodos vacacionales de verano, Semana Santa y Navidad, aparecen problemas en relación a

la cita previa, pues confluyen las circunstancias del mayor tiempo libre de los ciudadanos que aprovechan para atender estos asuntos, con el aumento de necesidades de renovaciones de DNI y pasaportes ante los viajes que suelen realizarse con más frecuencia en estas fechas y la disminución del número de funcionarios de servicio, que también disfrutan de su tiempo vacacional”.

En relación con el contenido de dicho informe, le recordamos que en nuestro escrito de 4 de noviembre de 2005 se señalaba que los ciudadanos que pretenden obtener o renovar dichos documentos tienen que hacer cola desde primera hora de la mañana, antes de la hora en la que abren las oficinas destinadas al efecto, y que la compareciente, a principios de julio de 2005, se personó durante tres días seguidos en dicha Comisaría, a las 7.30, a las 7.00 y a las 6.55 horas respectivamente, sin poder conseguir cita para la renovación del documento.

Por otra parte, aunque de lo manifestado en el informe que nos ha remitido se desprende que se tiene conocimiento de que el problema de la deficiente atención a los ciudadanos se agrava durante los períodos vacacionales, no se ha adoptado ninguna medida para resolverlo, aunque la misma situación se repite todos los años, por lo que no puede considerarse que sea un problema puntual sino un problema crónico, respecto del cual deberían tomarse medidas eficaces para su solución, es decir, para ofrecer a los ciudadanos un servicio ágil y diligente como el que se está ofreciendo en otras oficinas dedicadas a la expedición de dichos documentos.

Por todo cuanto antecede, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, hemos considerado conveniente recomendar a V. E.:

“Que valore la oportunidad de adoptar las medidas oportunas para resolver las disfunciones advertidas en las dependencias del negociado DNI-pasaportes de la Comisaría local de (...) y que pueda ofrecerse a los ciudadanos que acudan a las mismas un servicio eficaz”.

Madrid, 22 de marzo de 2006.

**Recomendación dirigida al Director General de la Policía.  
Ministerio del Interior.**

**Recomendación 33/2006, de 22 de marzo, sobre condiciones de reanudación de una actividad molesta de temporada.**

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 424)

Se ha recibido su escrito de 3 de enero de 2006 (S/rf. salida 2006/66), referente a la queja (...), formulada por doña (...).

Una vez analizado su contenido, esta Defensoría es del parecer siguiente. Ante todo, consideramos no anormal el enfrentamiento entre posturas contrapuestas, es lógico que la actividad de unos afecte a otros, y ésta es la esencia misma de la convivencia, la razón de ser de la existencia de esa Entidad local, que tiene por ello asignadas funciones no triviales. El marco para resolver las discrepancias es la ley, con la que han de confrontarse los hechos, los hechos comprobados, así como las alegaciones basadas en una y otros.

1. Encontramos alegaciones carentes de base suficiente para servir de fundamento a las decisiones municipales, que son las decisiones que tienen fuerza de obligar, pues no la tienen por sí solas las decisiones de los vecinos ni las del titular del establecimiento denunciado, aunque unos y otros pueden hacer valer sus posturas ulteriormente ante los jueces. Estas alegaciones insuficientes son dos: 1ª) La falta de consentimiento vecinal, pues no cabe denegar una licencia sólo porque los vecinos se opongan a ello; la oposición ha de estar fundada en las leyes y ese Ayuntamiento no necesita estrictamente ningún “consentimiento vecinal”. 2ª) Que sea absolutamente habitual no incluir las terrazas en los proyectos de actividad, pues esto sólo significa que los proyectos son habitualmente incompletos (por ejemplo, el artículo 58 del Reglamento aprobado por Decreto 136/1999 dice que el proyecto “debe contener información detallada sobre *todos y cada uno* de los aspectos” de la actividad), deficiencia ante la que ese Ayuntamiento no puede pasar sin más. La ocupación de la vía pública

por particulares con destino a actividades de este tipo, lucrativas además, sólo es válida si esa Corporación local la autoriza. Ésta es la sana tradición en nuestro Derecho. Por otra parte, una actividad que tiene lugar “sólo durante el verano” no es una actividad “esporádica” sino estacional, algo bien distinto. No por ello se ve eximida de autorización, que es el instrumento para verificar que la ocupación no genera más perjuicios que beneficios, y para cuyo otorgamiento queda prohibida la arbitrariedad o atenerse a meras opiniones: La autorización será otorgada o denegada conforme a la ley y al Derecho, que son parámetros objetivos. Al contrario, si estamos ante una actividad de período estival en población turística, precisamente por ser habitual la existencia de terrazas —en la vía pública y en terrenos particulares— habrá de ser también habitual la verificación de que son instaladas como es debido, o sea como las leyes determinan; y por supuesto han de ser actividades ejercitadas con prudencia y mutuo respeto, siempre que se cumpla con lo demás, incluida la ordenación urbanística. En este último aspecto, no consideramos que en una zona residencial esté necesaria y absolutamente prohibida la implantación de actividades no residenciales.

2. Pero ocurre que la actividad no contemplaba el uso de una terraza privada, por lo que no se incluyó ésta en la autorización. La licencia de actividad para la terraza no fue otorgada porque sería (es de hecho) una actividad al aire libre sin posibilidad de insonorización que minimice las molestias, y sin garantía de incidencias, en suma sin garantía de un normal ejercicio de la actividad. La terraza sería pues soporte de una actividad molesta no autorizada. Y a su vez ésta sería una razón, fundada en Derecho, para impedir que tal actividad prosiguiera; en efecto, el artículo 49 de la Ley 3/1998 dice que es infracción muy grave iniciar sin autorización una actividad de las enumeradas. La razón aducida por ese Ayuntamiento para denegar la autorización es a nuestro juicio impecable, pero no se ha atendido a ella en el fondo pues parece haber tolerado la instalación de la terraza de todos modos.

Esa Corporación municipal dice que las denuncias presentadas han resultado ser todas inconsistentes, aunque probablemente no incluye en este apartado las denuncias basadas en cuanto acaba de plasmarse, que parece consistente.

3. Esta Defensoría considera que la intransigencia y radicalización a que alude ese Ayuntamiento pueden predicarse de varias posturas, pues lo es oponerse a una actividad legítima (autorizada, dotada de todos los elementos exigidos legalmente para que sea desarrollada debidamente); pero también lo es tolerar lo contrario, o sea la implantación de una actividad carente de autorización (no otorgada porque no hay posibilidad de insonorización ni de minimizar las

molestias). Las firmas de apoyo al cierre y las de apoyo al mantenimiento de la actividad sólo valen cuanto vale su fundamento en la ley, y de la información disponible únicamente podemos deducir razones jurídicas que avalan la primera postura, y no la segunda. No detectamos en ello intransigencia o radicalización, o al menos los afectados por las molestias bien podrían aducir que lo radical es haber padecido molestias sin tener el deber de soportarlas.

Esta Defensoría comprende la posición de ese Ayuntamiento, y está totalmente de acuerdo en que el ejercicio de la actividad del bar ha de ser compatible con el uso de la vivienda (habitual o segunda residencia); también en que la solución del conflicto debe pasar por el respeto de todos a los usos permitidos. Pero resulta que si la terraza se implanta sin autorización y con molestias a los vecinos, entonces es que no hay ninguna compatibilidad, porque no se enfrentan dos usos permitidos, sino uno permitido (residencial) y otro no (terraza no autorizada); y porque unos sólo se benefician (el titular de la actividad, que ni siquiera parece haber sido sancionado pese a la apariencia manifiesta de haber incurrido en infracción; pero también los clientes, pues en el pago de las consumiciones no hay cargo que compense las molestias dado que no hay medidas de minimización de éstas, que no han tenido que ser repercutidas, por ejemplo, en el precio de las consumiciones) y otros sólo se ven perjudicados (los vecinos, que no pueden disfrutar de una vivienda digna en un ambiente adecuado las noches estivales). Tal situación no es de compatibilidad, es de desigualdad, de desequilibrio contrario a la ley a lo que parece.

4. Ese Ayuntamiento termina con una indicación decisiva, aunque demasiado genérica. Dice: la capacidad y dimensiones del bar del asunto y la terraza no justifican la existencia de un nivel de molestias a los vecinos que impidan la compatibilidad. Ante todo, esto contradice la razón de denegación de la autorización. Pero además las molestias han de medirse con arreglo a parámetros objetivos, en nuestro caso el nivel de ruido recibido en las viviendas aledañas y el cumplimiento de los horarios (ambas cuestiones muy relacionadas, no es lo mismo un fortísimo ruido instantáneo a las 18.00 horas que un ruido continuo menos fuerte, desde digamos las 23.00 horas hasta las 05.00 horas siguientes; el primero puede resultar soportable pero el segundo no). Sin embargo, carecemos de datos sobre cuál es el nivel de ruido y de cumplimiento de los horarios. Es decir, ese Ayuntamiento no ofrece datos objetivos al respecto.

Pues bien, la queja se refería tanto al ruido como a los horarios del establecimiento. Como decíamos, resultan ser otras dos cuestiones decisivas, lo mismo que la falta de autorización de la terraza. El cumplimiento de los horarios no es difícil de comprobar, la medición del nivel de ruido es más compleja, y ambos fenómenos han de ser

comprobados en condiciones reales, el segundo especialmente requiere que tenga lugar en el momento de máxima actividad y en condiciones que no permitan falsear los resultados.

Por otro lado, tratamos de una actividad estacional, de modo que no tiene sentido una comprobación efectuada fuera de temporada. Por tanto proponemos a ese Ayuntamiento la siguiente recomendación de carácter general y que a nuestro juicio debería aplicar al caso que nos ocupa, así como a cualquier otro análogo que se le presente:

“Que conforme a lo previsto en los artículos 43 y 46 de la Ley de Cataluña 3/1998, de Intervención integral de la administración ambiental, modificada por Ley 4/2004, y concordantes de su Reglamento general de desarrollo aprobado por Decreto 136/1999; y de la Ley 16/2002, de Protección contra la contaminación acústica: 1º) Antes de que la actividad se reanude en régimen ordinario al inicio de la próxima temporada estival, el Ayuntamiento levante acta de comprobación previa a tal posible reanudación de la actividad, siempre y cuando estuviera previamente autorizada; acta donde haga constar cuál será el ajuste de ésta a las condiciones exigibles, formales y materiales, acústicas y de horarios. 2º) A continuación, y sólo si el ajuste es pleno, extienda el visto bueno, acta o licencia de instalación y/o puesta en marcha, también antes de que ésta se produzca efectivamente. 3º) Se recomienda asimismo que el acto de comprobación tenga lugar en condiciones de máxima actividad, en su caso con las adecuadas advertencias a los vecinos del carácter provisional de la actividad, a título de pruebas. 4º) Finalmente en cuanto a este aspecto de la propuesta, se recomienda realizar mediciones del nivel de ruido recibido en las viviendas presumiblemente más afectadas.

En caso de actividad no autorizada, se recomienda incoar el correspondiente procedimiento sancionador, conforme a las mismas disposiciones citadas, e impedir con efectividad su desarrollo material, incluso con carácter cautelar y urgente de ser preciso”.

Madrid, 22 de marzo de 2006.

**Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Mont-roig del Camp (Tarragona).**

**Recomendación 34/2006, de 23 de marzo, sobre solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de Medidas Sanitarias Frente al Tabaquismo y Reguladora de la Venta, el Suministro, el Consumo y la Publicidad, y contra el Real Decreto-ley 2/2006, de 10 de febrero, por el que se modifican los tipos impositivos del impuesto sobre las labores de tabaco, se establece un margen transitorio complementario para los expendedores de tabaco y timbre, y se modifica la mencionada Ley 28/2005<sup>6</sup>.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 426)*

Con motivo de la promulgación de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de Medidas Sanitarias Frente al Tabaquismo y Reguladora de la Venta, el Suministro, el Consumo y la Publicidad de los Productos del Tabaco, se han presentado numerosas quejas por ciudadanos pertenecientes a sectores afectados por la norma, y, asimismo, se ha solicitado del Defensor del Pueblo la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la citada Ley, referidos a la venta y suministro al por menor de tabaco, al considerar que su contenido es contrario al principio de igualdad del artículo 14 y al derecho a la libertad de empresa del artículo 38 de la Constitución Española.

Tras un estudio elaborado por esta Institución de las razones de inconstitucionalidad alegadas, la Junta de Coordinación y Régimen Interior, en reunión celebrada el día 23 de marzo, ha decidido no interponer recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Sin embargo, no se pueden obviar los problemas económicos que suscita la Ley para el sector del comercio al por menor de las labores de tabaco.

---

<sup>6</sup> Recomendación 46/2006 de este volumen.

Los comerciantes que, hasta la fecha de entrada en vigor de la Ley, contaban con autorización administrativa vigente, como punto de venta al por menor de tabaco con recargo que desarrollaba dicha empresa, tanto como actividad principal como accesorio de su negocio, además de solicitar la interposición de recurso de inconstitucionalidad, han planteado los problemas que ha provocado la prohibición de venta contenida en la Ley.

Específicamente, los comerciantes que tenían establecimientos dedicados a esta actividad en centros comerciales, en los que la nueva disposición establece la prohibición absoluta de fumar y, en consecuencia, la imposibilidad de vender tabaco alegan que deben cesar en la actividad que vienen desarrollando, lo que conlleva la quiebra del negocio, el cierre de los establecimientos y el despido de todos los empleados. A su juicio, esta situación es discriminatoria si se tiene en cuenta que en otros grandes espacios de similares características se permite fumar en puntos habilitados y, consecuentemente vender, resultando un mayor agravio el que las denominadas “tiendas libres de impuestos” ubicadas en aeropuertos puedan continuar con la venta manual, ya que la Ley no les afecta.

También, los vendedores de prensa con autorización administrativa concedida por el Comisionado del Mercado de Tabacos consideran que esta nueva Ley es inconstitucional en cuanto a los puntos de venta de tabaco se refiere, pues el criterio seguido para autorizar a unos y prohibir a otros se basa únicamente en tener una determinada superficie comercial y disponer de una máquina expendedora de tabaco, lo que, a su juicio, crea una situación de desigualdad que les perjudica dado que sus ingresos se verán gravemente mermados con la prohibición de venta manual de tabaco, llegando a un 30 por 100 de su facturación total; circunstancia que trae consigo el despido de personas y, consiguientemente, el cierre de puntos de venta.

Bien es cierto que el Real Decreto-ley 2/2006, de 10 de febrero, ha dado una nueva redacción al apartado b) del artículo 4 de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, que permite a los quioscos de prensa la venta de productos del tabaco a través de máquinas expendedoras situadas en su interior, para evitar los perjuicios económicos que podían producirse en el sector, por lo que el problema planteado por los vendedores de prensa puede decirse que ha quedado resuelto. Lo que ha supuesto para aquellos comerciantes sobre quienes pesa la prohibición de la venta de tabacos una doble discriminación, según afirma el solicitante de interposición de recurso de inconstitucionalidad.

La diferencia de regímenes en el comercio al por menor de labores de tabaco no supone una novedad en nuestro ordenamiento jurídico.

El mercado de tabaco aunque liberalizado, es un comercio detalladamente regulado, con la exigencia de unos requisitos muy estrictos para los puntos de venta. El Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio, que desarrolla la Ley 13/1998, de Ordenación del Mercado de Tabaco y Normativa Tributaria y regula el Estatuto Concesional de Red de Expendedurías de Tabaco y Timbre configura a los expendedores de tabaco y timbre como concesionarios del Estado, y también dispone las condiciones y requisitos para la obtención de las autorizaciones de puntos de venta con recargo. Ello lleva a considerar que, si bien la nueva normativa dispone unas limitaciones muy estrictas que impiden la venta al por menor de tabaco en algunos locales, no parece que esté dando un tratamiento discriminatorio de relevancia constitucional a unos locales, pues no se refiere al mismo tipo de local ni de negocio.

Las anteriores razones han permitido concluir que, aunque existan diferencias en la Ley, éstas no conllevan la vulneración del artículo 14 de la Constitución al amparo de la doctrina del Tribunal Constitucional.

El artículo 38 de la Constitución Española contiene un principio inspirador de la línea del orden económico supeditado al interés general, en virtud del cual el legislador, respetando su contenido esencial, puede imponer limitaciones como las derivadas en el presente supuesto del derecho a la protección de la salud del artículo 43 de la Constitución Española.

La Ley 28/2005, de 26 de diciembre, supone una transformación radical del mercado al por menor de las labores de tabaco con grandes limitaciones para los comerciantes, quienes además cuestionan la congruencia de las excepciones a la prohibición de venta de tabaco, sin que por ello se hayan adoptado medidas que permitan una adaptación del sector a la nueva regulación.

Un aspecto a tener en consideración hace referencia a la seguridad jurídica. Es cierto que la norma que imposibilita la venta al por menor se ha promulgado rodeada de gran publicidad, pero ello no ha impedido que los comerciantes hubiesen efectuado sus previsiones económicas y de inversión basándose en una normativa anterior que les permitía el ejercicio de dicha actividad, máxime teniendo en cuenta que la propia Administración central les había cobrado la tasa para la tramitación de la solicitud de licencia de venta de tabacos a comercios, lo que, a partir de 2006, no podían hacer.

La ausencia de alternativas, tras la nueva regulación, implica la aparición de un riesgo económico que difícilmente pueden soportar los empresarios en las actuales condiciones del mercado, pues no ha podido ser previsto con la debida anticipación.

Examinada la Ley, se echa en falta, en el contenido dispositivo, el establecimiento de normas que regulen aspectos relativos a la incidencia económica sobre las industrias del sector. En este punto, por tanto, existe sintonía con determinados aspectos de las alegaciones formuladas por los comparecientes, mostrando su discrepancia con la Ley objeto de estudio. Si bien se puede comprender la modificación de la realidad jurídica en aras del interés general no se puede compartir la carencia de medidas para paliar las consecuencias económicas negativas de la misma.

Aunque, como antes se ha dicho, el Real Decreto-ley 2/2000, de 10 de febrero, ha venido a resolver el problema del sector de los vendedores de prensa al permitir a los quioscos de prensa la venta de productos del tabaco a través de máquinas expendedoras situadas en su interior, para evitar los perjuicios económicos que podrían producirse, tras la modificación del apartado b) del artículo 4 de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, otros comerciantes dedicados a esta actividad en centros comerciales a quienes la Ley citada prohíbe la venta de tabaco con recargo, no han tenido la consideración debida en cuanto a los evidentes perjuicios económicos que conlleva esta prohibición y que, en muchos casos, podría llevarles a la quiebra de sus negocios.

En definitiva, a juicio de esta Institución, no se ha valorado adecuadamente el impacto socioeconómico de la nueva Ley sobre los establecimientos autorizados para la venta manual con recargo de labores de tabaco que ve desaparecer su actividad principal sin alternativas viables.

Tampoco se contemplan disposiciones transitorias de adaptación a la nueva regulación legal, ni se prevén ayudas económicas, indemnizaciones o subvenciones a los comerciantes que se ven obligados al cierre o bien al cambio de actividad, en los casos en los que ello fuera posible. Previamente a establecer unas medidas tan restrictivas para acabar, en la medida de lo posible, con el hábito de consumo de tabaco, los reclamantes han manifestado ante esta Institución, que otros medios podrían haber contribuido de forma eficaz a conseguir este fin, tales como la educación, la comunicación, la formación y concienciación del público, conforme establece el artículo 12 del Convenio Marco de la OMS, y la incorporación del diagnóstico y el tratamiento de la dependencia del tabaco a los Planes Nacionales de Salud.

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, se realiza la siguiente recomendación:

“1. Que en consideración a las negativas consecuencias económicas que la nueva Ley supone para los comerciantes que disponen de

locales en centros comerciales dedicados a la venta de tabaco, se arbitren medidas para que, aunque en estas superficies la prohibición de fumar sea absoluta, puedan continuar desarrollando esa actividad, ya sea mediante la instalación en su interior de máquinas expendedoras, o por venta manual, con todos los requisitos y exigencias que se consideren pertinentes para otorgar las autorizaciones correspondientes y con el sometimiento a las actuaciones de vigilancia y control por parte de los órganos competentes del Comisionado para el Mercado de Tabaco (a quien corresponde, entre otras funciones, vigilar para que los diversos operadores, incluidos los minoristas, en el mercado de tabacos actúen en el marco para el que respectivamente están facultados según la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabaco y Normativa Tributaria y el Reglamento que la desarrolla, aprobado por Real Decreto 1199/1999, de 9 de febrero, ejerciendo a tal fin las facultades de inspección que sean precisas).

2. Como propuesta alternativa en defecto de la anterior, deberían adoptarse medidas transitorias a la nueva regulación legal, que permita a los comerciantes del sector, que se ven obligados al cierre o al cambio de actividad, conseguir otras fuentes de ingresos. En este sentido, algún tipo de ayuda económica, indemnización o subvención contribuiría, en gran medida, a paliar los perjuicios económicos que la nueva Ley ha supuesto a estos comerciantes dedicados a la venta de tabaco con recargo”.

En consecuencia, se solicita la remisión del preceptivo informe, en el que se ponga de manifiesto la aceptación de esta recomendación o, en su caso, de las razones que se estimen para no aceptarla, de conformidad con el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos.

Por otra parte, en cuanto a la devolución de la tasa por la tramitación de la solicitud de la licencia, los medios de comunicación social han dado noticias contradictorias, por lo que esta Institución ignora si se ha procedido a hacer efectiva la misma, por lo que rogamos la emisión de un informe en el que se concrete la actual situación del problema.

Madrid, 23 de marzo de 2006.

**Recomendación dirigida al Ministro de Economía y Hacienda.**



**Recomendación 35/2006, de 5 de abril, sobre la expedición de un carné profesional a los funcionarios.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 426)*

Nuevamente nos ponemos en contacto con V. E. en relación con la queja tramitada ante esta Institución con el número arriba referenciado.

Como ese Departamento conoce, esta Institución le solicitó que nos informara acerca de la valoración que le merecía la actuación de la Consejería de Justicia e Interior de la Comunidad de Madrid, al haberse negado a expedir a un funcionario al servicio de la Administración de justicia el correspondiente carné profesional.

Como consecuencia de la evaluación de esta problemática por ese Ministerio, esta Defensoría formuló una recomendación ante dicha Consejería para que todos los funcionarios al servicio de la Administración de justicia destinados en la Comunidad de Madrid, pudieran disponer del derecho a obtener el documento acreditativo de su pertenencia a los correspondientes cuerpos profesionales.

Igualmente, se formuló una sugerencia destinada a que se dieran por parte de la citada Administración autonómica, las instrucciones oportunas para que se expidiera al compareciente en esta queja el carné profesional que acredite su condición de funcionario al servicio de la Administración de justicia en el cuerpo de tramitación procesal.

La citada Consejería de Justicia e Interior ha acordado no aceptar las resoluciones propuestas al considerar esencialmente que, si bien el Reglamento Orgánico de los Cuerpos de Oficiales, Auxiliares y Agentes al Servicio de la Administración de Justicia, aprobado por el Real Decreto 249/1996, de 16 de febrero, contemplaba respecto de dicho colectivo, que para acreditar su condición de funcionario le

sería expedido el documento de identidad correspondiente, en la actualidad, dicho precepto ha sido derogado mediante la disposición derogatoria única del nuevo Real Decreto 1451/2005, de 27 de diciembre, por lo que se concluye que, en consideración a las razones legales señaladas, no procede en la actualidad a la expedición del citado documento.

Esta Institución ha comprobado que, efectivamente, el nuevo Reglamento de estos cuerpos profesionales no ha reproducido la discutida previsión, por lo que, en virtud de la citada disposición derogatoria y al no contemplarse en una norma posterior del mismo rango, no cabría realizar ninguna objeción a esta negativa.

Sin embargo, esta Institución entiende que el hecho de que un funcionario de la Administración de justicia disponga del correspondiente carné profesional es una garantía añadida a cualquier proceso judicial, habida cuenta de que la acreditación es un elemento que contribuye a garantizar la seguridad del justiciable como usuario del servicio público de la justicia, en un entorno caracterizado esencialmente por la práctica de diligencias judiciales o actos de comunicación que deben realizarse a través de una relación de confianza legítima como base necesaria para el normal funcionamiento de dicho servicio público.

Pero es que, además de estas argumentaciones, la necesaria acreditación de un funcionario permite deducirse claramente de lo dispuesto en el artículo 497 j) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al establecer que, los funcionarios de la Administración de justicia están obligados a dar a conocer su identidad y categoría a los interesados que lo requieran, salvo cuando ello no fuera posible por razones de seguridad.

Se trata, a juicio de esta Defensoría, de un mandato legal que, si bien ya no encuentra cabida en el reglamento recientemente derogado ni se contempla en el Real Decreto 1451/2005, tampoco puede deducirse que su contenido haya caído en una suerte de “deslegalización”, dado que es precisamente a través del artículo 497 j) cuando la exigencia de acreditación adquiere toda su razón de ser, y mal puede compadecerse la exigencia de dar a conocer la identidad y categoría del funcionario a los interesados que lo requieran, cuando, como ha ocurrido en este supuesto, no se asegure por los poderes públicos la exigencia de un carné profesional.

Por lo anteriormente expuesto, hubiera sido deseable que el nuevo Real Decreto de ingreso hubiera mantenido la previsión que en el artículo 61.1 contenía el Reglamento Orgánico de los Cuerpos de Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia, y

aunque se entiende, como se ha indicado, que la propia redacción del artículo 497 j) conduce razonablemente a estimar la propia petición de cualquier funcionario que solicite la expedición de su carné profesional, resulta aconsejable adoptar medidas que desarrollen dicho precepto con la finalidad de que se remuevan los obstáculos que, como ha ocurrido en la Administración de justicia en Madrid, impidan que los funcionarios de los cuerpos nacionales de la Administración de justicia puedan acreditar su condición de funcionarios.

En consecuencia, 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, he resuelto formularle la siguiente recomendación:

“Que, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 497 j) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se promuevan las disposiciones normativas o reglamentarias necesarias que contemplen la exigencia de que los funcionarios de los cuerpos nacionales al servicio de la Administración de justicia dispongan de un carné profesional, con la finalidad de dar a conocer su identidad y categoría a los interesados que lo requieran, salvo cuando ello no fuera posible por razones de seguridad”.

Madrid, 5 de abril de 2006.

**Recomendación dirigida al Secretario de Estado de Justicia. Ministerio de Justicia.**



**Recomendación 36/2006, de 5 de abril, sobre la aprobación de la relación de puestos de trabajo.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, págs. 423-424)*

Se acusa recibo de su informe de fecha 25 de enero de 2006 (s/ref.: 1204, de 26 de enero de 2006), relacionado con la queja formulada por doña (...), en su calidad de presidenta de la (...), la cual quedó registrada en esta Institución con el número arriba indicado.

Examinado el contenido del citado informe, se estima conveniente manifestar las siguientes consideraciones:

Primera. Ese Ayuntamiento confirma que, pese al tiempo transcurrido desde la aprobación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, todavía no se ha aprobado ninguna relación de puestos de trabajo ni se ha hecho la valoración de los mismos, a efectos de asignación de complementos específicos, porque “aún no se establecieron por la Administración del Estado las normas con arreglo a las cuales se deberían confeccionar dichas relaciones de puestos de trabajo”.

A la vista de ello, se debe significar que la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, dispone en su artículo 16 (Relaciones de puestos de trabajo de las comunidades autónomas y de la Administración local), con el carácter de norma básica, que “las comunidades autónomas y la Administración local formarán también la relación de los puestos de trabajo existentes en su organización, que deberán incluir en todo caso la denominación y características esenciales de los puestos, las retribuciones complementarias que les correspondan y los requisitos exigidos para su desempeño”. En este sentido, el artículo 90.2º de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, establece que

“las corporaciones locales formarán la relación de todos los puestos de trabajo existentes en su organización, en los términos previstos en la legislación básica sobre función pública”. Con idéntico contenido se pronuncia el artículo 126.4º del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local.

El apartado 2 del citado artículo 90 de la Ley 7/1985 continúa disponiendo que “corresponde al Estado establecer las normas con arreglo a las cuales hayan de confeccionarse las relaciones de puestos de trabajo, la descripción de puestos de trabajo-tipo y las condiciones requeridas para su creación, así como las normas básicas de la carrera administrativa, especialmente por lo que se refiere a la promoción de los funcionarios a niveles y grupos superiores”.

Si bien es cierto que el Estado no ha dictado todavía la normativa básica prevista en este apartado 2, sin embargo, ello no es un obstáculo para que las comunidades autónomas y las entidades locales puedan ejercer sus propias competencias, ya que éstas no pueden estar condicionadas en sentido cronológico a la precedencia temporal de la normativa estatal, según ha declarado en casos similares la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC, entre otras, 32/1981, de 28 de julio, FFJJ 5 y 6; 5/1982, de 8 de febrero, FFJJ 1 y 2, y 64/1982, de 4 de noviembre, FJ 5, y las SSTS de 13 de noviembre 1995; 3 de marzo de 1993; 8 de mayo de 1998 y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 9 de noviembre de 2000, número 956/2000, entre otras, y, de hecho, muchos ayuntamientos han elaborado y aprobado dichas relaciones.

Segunda. Además de ello, no hay que olvidar que el Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, por el que se establece el régimen de las retribuciones de los funcionarios de la Administración local, atribuye en su artículo 4.3 al Pleno de la Corporación, previa valoración del puesto, el señalamiento de la cuantía del complemento específico para cada puesto de trabajo, mientras que en su apartado 1 dispone que este complemento está destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad, sin que pueda asignarse más de un complemento específico a cada puesto de trabajo, aunque al fijarlo podrán tomarse en consideración conjuntamente dos o más de las condiciones particulares mencionadas que puedan concurrir en un puesto de trabajo, figurando en el presupuesto la cantidad global destinada a esta finalidad con un límite máximo que no podrá ser excedido.

Igualmente, habría que recordar que la disposición transitoria segunda del mencionado Real Decreto 861/1986, de 25 de abril,

dispone que “hasta tanto se dicten por la Administración del Estado las normas con arreglo a las cuales hayan de confeccionarse las relaciones de puestos de trabajo, la descripción de puestos de trabajo-tipo y las condiciones requeridas para su creación, los plenos de las corporaciones locales deberán aprobar un catálogo de puestos a efectos de complemento específico. Mientras no estén aprobadas tales normas, los catálogos únicamente podrán ser modificados mediante acuerdo del Pleno”.

Con carácter supletorio y orientador se podría tener presente el contenido de la Resolución conjunta de las Secretarías de Estado de Hacienda y para la Administración Pública, de 20 de enero de 1989, por la que se aprobaron el modelo de relaciones de puestos de trabajo y las normas para su elaboración.

Tercera. Por último, si tenemos en cuenta que las relaciones de puestos de trabajo constituyen el principal instrumento organizativo de las entidades locales, pues diseñan el modelo organizacional a nivel de estructura interna ordenando y clasificando al personal en orden a la realización concreta del trabajo a desarrollar, y que mediante ellas se racionaliza y ordena la función pública siendo un instrumento esencial de la política general de personal al incluir en las mismas la dimensión económica o presupuestaria, no es de extrañar que, como se ha expresado, numerosos ayuntamientos ya las tengan aprobadas sin haber esperado a que el Estado aprobase esas normas de desarrollo.

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, se procede a formular la siguiente recomendación:

“Que, previos los trámites y estudios que sean necesarios realizar, el Pleno municipal apruebe la relación de puestos de trabajo de esa Administración local, no sólo porque es su principal instrumento organizativo al diseñar el modelo organizacional a nivel de su estructura interna, sino porque también está obligado a ello por así disponerlo los artículos 16 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública; 90.2º de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y 126.4º del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local”.

Madrid, 5 de abril de 2006.

**Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Lugo.**



**Recomendación 37/2006, de 10 de abril, sobre modificación de su normativa interna. Se planteó para que se permita a los reclusos que han de pernoctar en uno o más centros penitenciarios con motivo de sus traslados de prisión, para que puedan disponer de la posibilidad de acceder a ropa limpia de sus equipajes en los centros de tránsito, sin que esto sea óbice para que los mismos queden custodiados en el lugar destinado al efecto.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 418)*

Agradecemos sinceramente su atento escrito (s/ref. S-667), en relación con la queja planteada por don (...) y registrada con el número de referencia arriba indicado.

De dicho informe se desprende que por circular de 1996, actualizada por otra de 2005, con ocasión del traslado de centro el equipaje de los internos deberá depositarse en lugar adecuado destinado al efecto y sólo se les permitirá tener consigo los artículos de aseo. Así, se aconseja en su informe, lo más adecuado para aquel interno que quiera disponer de ropa limpia sea llevarla consigo durante la conducción.

Esta solución parece contradecir el contenido de la circular de la que informa V. I., pues no se entiende que si “sólo se les permitirá a los internos tener consigo los artículos de aseo” simultáneamente se aconseje por esa administración que incluyan en la bolsa de aseo prendas que le permitan disponer de muda y ropa limpia.

Por otra parte, como V. I. conoce, el espacio del que se dispone en el habitáculo en el que están compartimentados los autocares destinados a traslado de presos es tan reducido que una persona de talla media sentada choca con sus rodillas en la parte delantera del referido habitáculo, a ambos lados queda poco espacio y si se coloca la

bolsa de aseo bajo las piernas no queda espacio para mover los pies durante todo el trayecto.

Por esta circunstancia, esta Institución estima razonable que, con independencia del contenido de la circular indicada, o su eventual incumplimiento merced a la introducción de ropa limpia en la bolsa de aseo, el actual criterio sea variado, y para ello se estima necesario efectuar la siguiente recomendación:

“Que, previa modificación de la normativa interna reguladora, se permita que los reclusos que han de pernoctar en uno o más centros penitenciarios con motivo de sus traslados de prisión, puedan disponer de la posibilidad de acceder a ropa limpia de sus equipajes en los centros de tránsito, sin que esto sea óbice para que los mismos queden custodiados en el lugar destinado al efecto”.

Madrid, 10 de abril de 2006.

**Recomendación dirigida a la Directora General de Instituciones Penitenciarias. Ministerio del Interior.**

**Recomendación 38/2006, de 19 de abril, sobre identificación de los funcionarios.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 422)*

Se acusa recibo del escrito que nos ha remitido la Delegada Provincial de esa Consejería en A Coruña, de fecha 13 de febrero de 2006 (s/ref.: 22785, de 14 de febrero de 2006), con el que se contesta a la petición de información que directamente se había solicitado a V. E. en relación con la queja formulada por don (...), la cual quedó registrada en esta Institución con el número arriba indicado, y que versa sobre las incidencias que había tenido con una funcionaria cuando acudió a compulsar unos documentos.

Estudiado el contenido de la información facilitada, se estima procedente efectuar las siguientes consideraciones:

Según parece, la funcionaria que atendió al formulante de la queja no portaba ningún tipo de identificación ni tampoco aparecía ésta en su mesa de trabajo.

El artículo 35 b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece que los ciudadanos, en sus relaciones con las administraciones públicas, tienen, entre otros, el derecho a identificar a las autoridades y al personal bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos.

En este sentido, si no existe una norma concreta aprobada por el Gobierno de Galicia, sería de aplicación supletoria la Resolución de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, de 3 de febrero de 1993, que define el sistema de identificación común del personal al servicio de la Administración General del Estado.

En la misma se indica que en espacios no singularizados en los que se produce una interacción entre los ciudadanos y los empleados públicos, especialmente con funciones de recepción o información, al no existir medio alguno interpuesto entre el empleado público y el ciudadano que pueda servir de soporte a la identificación, se deberá llevar un «distintivo personal» que irá prendido en la ropa del empleado y su rotulación reflejará el nombre, apellidos y la función pública, de forma que permita al ciudadano leerlos a una distancia no inferior a la considerada de respeto, aproximadamente un metro y veinte centímetros. Asimismo, podrá llevar impreso el logotipo de identidad institucional del departamento u organismo y la indicación gráfica de que se conoce algún idioma en los servicios que así lo requieran.

También se establece en dicha norma que, en el caso de una relación verbal directa a través de una mesa personalizada en un espacio no singularizado o en un despacho de uso común, y con el fin de asegurar que la identificación se produce inequívocamente cuando el ciudadano busca a su interlocutor dentro del espacio administrativo, se utilizará el «rótulo de mesa» que deberá reflejar, de forma legible a dos metros de distancia, el nombre y apellidos del empleado público, y la denominación del puesto de trabajo o de la función principal que realiza si se considera ésta más significativa para el ciudadano que el puesto.

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, se procede a formular la siguiente recomendación:

“Con el fin de que los ciudadanos, en sus relaciones con esa Administración autonómica, puedan ejercer el derecho que les reconoce la letra b) del artículo 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se sugiere que, en adelante, se adopten las medidas necesarias para asegurar que se pueda identificar debidamente a las autoridades y al personal bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos en esa Consejería”.

Madrid, 19 de abril de 2006.

**Recomendación dirigida al Consejero de la Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia, de la Junta de Galicia.**

**Recomendación 39/2006, de 20 de abril, sobre el acceso a territorio nacional de familiares de ciudadanos comunitarios.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 419)*

Con ocasión de una queja formulada ante esta Institución por una ciudadana marroquí casada con español, a la que le fue denegada la entrada a territorio español durante la noche, se iniciaron las oportunas actuaciones ante la Delegación del Gobierno en la Ciudad Autónoma de Melilla.

La mencionada Delegación ha remitido a esta Institución el preceptivo informe en el que se manifiesta que la denegación se produjo en virtud de diferentes disposiciones. Entre ellas se cita el artículo 5 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, el Manual Común de Fronteras, la vigente Ley de extranjería y su Reglamento, la Orden de 22 de febrero de 1989, sobre medios económicos, la Declaración relativa a las ciudades de Ceuta y Melilla, apartado e), a la firma en Bonn del Acuerdo de adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985.

Asimismo se menciona en el informe remitido que la Declaración de España a la firma del Acuerdo de Schengen exime de visado a los vecinos de Nador, en este caso, para las visitas diarias a nuestra ciudad, pero de ninguna manera les permite pernoctar.

Se indica, también, que esa Comisaría General ha comunicado en diferentes instrucciones que “los residentes en las zonas de influencia de Tetuán y Nador que acrediten esta condición y porten documento de viaje válido, siempre que no pernocten en dichas ciudades, pueden entrar sin visado en Ceuta y Melilla”.

Finalmente, se hacen algunas consideraciones sobre la desidia de los cónyuges de ciudadanos españoles, para reflejar documentalmente su situación administrativa cuando ya cuentan con el libro de familia.

Una vez analizada la respuesta recibida, se ha considerado procedente efectuar las siguientes consideraciones:

Tras un estudio detallado de la normativa citada por V. I. y de la demás de pertinente aplicación, no se ha podido encontrar cobertura jurídica para la denegación de la entrada a una ciudadana marroquí, casada con un ciudadano español.

Por el contrario, la normativa comunitaria y, en concreto, las Directivas 64/221, la 68/360, la 73/148 y la 90/365, han previsto expresamente el derecho de entrada y residencia de determinados familiares, entre ellos, de los cónyuges de nacional comunitario que no posean la nacionalidad de un Estado miembro.

El Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre este asunto, y ha recordado que el Tratado y el Derecho derivado comunitario garantizan el derecho de libre circulación a los nacionales comunitarios y a determinados familiares de éstos, entre los que se encuentran los cónyuges, con independencia de su nacionalidad, beneficiándose éstos, por tanto, de los derechos derivados de la normativa comunitaria.

El Tribunal ha determinado, incluso, la innecesariedad de que a los familiares de ciudadanos comunitarios a los que les resulta aplicable el Derecho comunitario les sea expedido un visado de residencia. Por tanto, los nacionales de países a los que no se exige visado para entrar en España, únicamente precisarán para su entrada y para la tramitación de su tarjeta de residencia que el familiar acredite su identidad con el pasaporte o documento equivalente y su vínculo de parentesco con documento legal expedido a tal fin.

La imposición de expedir un visado de residencia a los familiares de comunitarios que fueran nacionales de un tercer Estado, llevó al Tribunal a condenar al Estado español, señalando el Tribunal que esta exigencia es contraria a lo dispuesto en las mencionadas Directivas (STJCE de 14 de abril de 2005).

Tras la Sentencia mencionada, desde el Ministerio de Asuntos Exteriores se han impartido las oportunas instrucciones, suprimiendo los visados de residencia para los familiares de ciudadano comunitario (y español), y expidiéndose únicamente visados de estancia para los casos de nacionales de Estados terceros a los que les resulte exigible dicho visado para entrar en España. Por su parte, la

Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración ha impartido, asimismo, instrucciones para que en las oficinas de extranjeros, o asimiladas, gestionen las tarjetas de residencia sin exigir la presentación de visados de residencia. Se trata, en definitiva, de no obstaculizar la entrada en España de los familiares de ciudadanos comunitarios (y españoles) a los que les resulte de aplicación la normativa comunitaria.

Pero es más, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 10 de junio de 2004 señalaba que “un Estado miembro no puede denegar, en la frontera, la entrada a un nacional de un país tercero, cónyuge de un nacional de un Estado miembro, que intente entrar en su territorio sin disponer de un documento de identidad o de un pasaporte válido o, en su caso, de un visado, cuando dicho cónyuge pueda probar su identidad, así como el vínculo conyugal, y si no concurren circunstancias que permitan demostrar que representa un riesgo para el orden público” (FJ4º).

La mencionada Sentencia coincide plenamente con lo mantenido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en su Sentencia del año 2002, ya mencionada.

Por su parte, en su Sentencia de fecha 31 de enero de 2006, subraya el alto tribunal europeo que los Estados miembros admitirán en su territorio a los nacionales de dichos Estados y a los miembros de sus familias, a quienes se aplican dichas directivas, mediante la simple presentación de una tarjeta de identidad o de un pasaporte válido.

Esta reciente Sentencia viene a precisar, además, la relación entre el CAAS (Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen) y el Derecho comunitario en materia de libre circulación de personas, destacando que el protocolo de Schengen confirma que las disposiciones del acervo de Schengen son aplicables únicamente en la medida en que sean compatibles con el Derecho de la Unión y de la Comunidad.

En consecuencia, la conformidad de una práctica administrativa con las disposiciones del CAAS sólo permite justificar el comportamiento de las autoridades nacionales competentes, en la medida en que la aplicación de las disposiciones controvertidas sea compatible con las normas comunitarias que regulan la libre circulación de personas.

A continuación, el Tribunal de Justicia declara que el concepto de orden público en el sentido de la Directiva de 1964 no se corresponde con el del CAAS.

En este sentido, mantiene el Tribunal en la mencionada sentencia que el derecho de los nacionales de un Estado miembro y el de sus

cónyuges a entrar y residir en el territorio de otro Estado miembro no es incondicional. Entre las limitaciones previstas o autorizadas por el Derecho comunitario se encuentra la de prohibir a nacionales de otros estados miembros o a sus cónyuges, con la nacionalidad de un tercer Estado, la entrada en el territorio por razones de orden público o de seguridad pública.

Señala el Tribunal que, no obstante, el legislador comunitario ha definido límites para la posibilidad de que un Estado miembro invoque tales razones. El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 64/221 indica que las medidas de orden público o de seguridad pública deben estar fundamentadas, exclusivamente, en el comportamiento personal del individuo al que se apliquen, y el apartado 2 de dicho artículo precisa incluso que la mera existencia de condenas penales no constituye por sí sola motivo para la adopción de dichas medidas.

La Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre, establece la derogación con efectos a partir del 30 de abril de 2006 de las Directivas 64/221, 68/360, 73/148 y 90/365 mencionadas a lo largo del presente escrito.

Sin embargo, el contenido de la Directiva que viene a sustituir a las anteriores, no presenta particularidades que permitan modificar la interpretación realizada por el Tribunal. La revisión de las directivas, según se indica en la exposición previa al articulado, se produce, entre otras cosas, para rebasar el enfoque sectorial y fragmentario del derecho de libre circulación y residencia, y con el fin de facilitar el ejercicio de este derecho, considerándose necesario un acto legislativo único.

En el caso de la ciudadana marroquí doña (...), se olvidó en su día, por parte de las autoridades intervinientes (o bien no existen instrucciones suficientemente claras), que únicamente podía denegársele la entrada por razones de orden público o de seguridad pública y, según la jurisprudencia a la que hemos hecho referencia, las medidas deben estar fundamentadas, exclusivamente, en su comportamiento personal. Es decir, en la existencia de una amenaza para la sociedad. En palabras del Tribunal, debería tratarse de “una amenaza real, actual y suficientemente grave para un interés fundamental de la sociedad”.

Por lo expuesto, la argumentación esgrimida en el escrito de la Delegación del Gobierno en la Ciudad Autónoma de Melilla, que resultaría adecuada para otros supuestos, no lo es en el caso aquí analizado. La denegación de entrada a la ciudadana, en su condición de cónyuge de ciudadano comunitario (español), acreditada mediante la presentación de documento al efecto, no puede resultar limitada en función de los convenios o acuerdos sobre paso fronterizo,

adoptados para los ciudadanos residentes de Tetuán y Nador. Los mencionados acuerdos no son de aplicación al caso aquí tratado, dado que resulta prevalente la aplicación del Derecho comunitario.

Finalmente, y en lo que se refiere a las consideraciones realizadas en el escrito sobre la costumbre de no solicitar tarjeta comunitaria, una vez obtenido el libro de familia, hemos de manifestar que la constatación de este hecho no tiene trascendencia alguna para la decisión sobre el fondo del asunto, es decir, el cruce de fronteras del cónyuge extranjero de un ciudadano español. Por otro lado, resulta razonable el hecho de que existan matrimonios mixtos, en los que los cónyuges procedentes de ciudades limítrofes estén a caballo entre las fronteras por razones de trabajo o familiares. La obligación de contar con tarjeta de residencia únicamente la tiene el cónyuge extranjero residente, de acuerdo con las previsiones del artículo 8 del Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero.

Por todo lo dicho, esta Institución considera que en el caso analizado se debía haber facilitado el acceso a territorio nacional de la interesada, con independencia de la hora en la cual pretendía atravesar la frontera.

En consecuencia, esta Institución, de acuerdo con lo establecido en el artículo 30.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora, ha estimado procedente formular a V. I. la siguiente recomendación:

“Que se impartan las instrucciones necesarias para que se permita la entrada a los familiares de ciudadano comunitario (español) a los que les resulte de aplicación la normativa comunitaria, a menos que existan razones fundadas para considerar que la documentación que aporta es falsa o, en su caso, el comportamiento personal del individuo constituya una amenaza real, actual y grave para la sociedad”.

Madrid, 20 de abril de 2006.

**Recomendación dirigida al Comisario General de Extranjería y Documentación. Ministerio del Interior.**



**Recomendación 40/2006, de 21 de abril, para que los menores de países no miembros de la Unión Europea tutelados por ciudadanos españoles, o a los que resulta de aplicación el régimen comunitario, se les aplique también dicho régimen cuando su vínculo sea equiparable a la tutela dativa.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 430)*

Con ocasión de la queja formulada por la Federación (...), en representación del matrimonio español de origen marroquí don (...) y doña (...), en el que manifestaban su discrepancia con la actuación del Consulado General de España en Tetuán, se iniciaron las correspondientes investigaciones.

El problema expuesto por la referida Federación era el siguiente:

El mencionado matrimonio tenía a su cargo al menor marroquí (...), habiendo sido reconocido el ejercicio de la tutela dativa sobre dicho menor mediante la oportuna resolución de idoneidad de fecha 9 de junio de 2004, emitida por el órgano competente español y reconocida, asimismo, mediante Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Tetuán de (...). En esta última se establece que el menor es hijo de padres desconocidos y se designa tutora dativa a la esposa.

El señor (...) había presentado, en fecha 16 de agosto de 2004, solicitud de visado de reagrupación familiar para que el menor se trasladase a la casa familiar y el Consulado de España en Tetuán había requerido determinada documentación e información complementaria, aportándose por los interesados, entre otros documentos, la sentencia citada junto con la traducción jurada al castellano.

En fecha 12 de enero de 2005, el Consulado requirió a los interesados que aportasen informe favorable para el acogimiento emitido

por el Subdelegado del Gobierno de la provincia donde fuera a residir el menor, conforme a lo establecido en el artículo 7.5 del Real Decreto 864/2001. Al citado requerimiento los interesados contestaron que tal informe no era preciso por cuanto el reagrupante era nacional comunitario, siendo de aplicación, en consecuencia, el Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero.

Tras remitir el citado escrito, los interesados no habían recibido contestación alguna, ni tampoco se había emitido el visado solicitado, por lo que se habían dirigido a esta Institución.

En el informe remitido a esta Institución por la Dirección General de Asuntos y Asistencia Consulares, se señala lo siguiente:

“... pese a que el reagrupante tenga nacionalidad española, la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración solicita que, para asimilar los supuestos de representación legal de menores extranjeros a la reagrupación familiar en régimen comunitario (no contemplado por esta normativa), es necesario aplicar el régimen general de extranjería, que exige en estos supuestos informe previo favorable de la autoridad gubernativa. Dicho informe no ha sido aportado por los interesados ante la Oficina Consular correspondiente”.

Esta Institución conoce la existencia de las instrucciones de 1 de diciembre de 2004 dictadas por la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, en las que se indica que cuando se solicite un visado para la entrada en España de un menor extranjero procedente de un país de tradición jurídica coránica, en base a un documento *kafala* no constituido por los padres biológicos del niño (por no estar éstos determinados, ser huérfano el menor, o haber sido éste declarado abandonado por la autoridad competente, de acuerdo con la legislación interna del país de origen) y habiendo intervenido en el procedimiento una autoridad pública, ya sea administrativa o judicial, en orden a la protección del interés del menor, se considerará que el citado documento sí establece entre el ciudadano español o el extranjero residente en nuestro país y el menor extranjero un régimen jurídico equiparable a la tutela dativa.

La Instrucción establece, asimismo, que cuando el representante legal sea ciudadano español o residente comunitario, será de aplicación lo previsto en la Ley Orgánica 4/2000, al no estar incluido el presente supuesto entre los familiares que cita el artículo 2 del Real Decreto 178/2003.

Teniendo en cuenta la existencia de dichas instrucciones, esta Institución ha considerado correcta la actuación administrativa desarrollada por el Consulado.

Sin perjuicio de lo anterior, consideramos que el presente asunto cobra cada vez mayor protagonismo en la sociedad actual y que debe ser regulado expresamente y no de forma subsidiaria, tal y como ocurre en la actualidad y que, además, el presente supuesto ha de ser incluido en el ámbito de aplicación de la norma comunitaria.

Las causas que nos llevan a determinar que al presente supuesto le debería resultar de aplicación la normativa comunitaria, es la apreciación de que existe una discordancia en el trato que se da al tutelado legalmente por un ciudadano español que ya se encuentra en territorio nacional (con independencia de la forma en que haya accedido al territorio) y el que se da al que se encuentra fuera de España. En el primer caso, el Real Decreto 178/2003 establece la posibilidad de eximirle de visado [artículo 11, apartado 3.3º b)], mientras que en el segundo caso no establece previsión alguna.

Por otro lado, en el presente caso, resulta ineficiente por redundante el requerimiento de informe gubernativo. Conviene recordar, en este punto, que la declaración de idoneidad que necesariamente ha de dictarse por las autoridades españolas antes de la constitución de la tutela en el país de origen del tutelado, se realiza tras un análisis exhaustivo de la familia que acogerá al tutelado, siendo objeto de tal análisis tanto la situación económico-social de los tutelantes como su idoneidad personal. Es conocido que el mencionado análisis es muy riguroso y, por ello, parece reiterativo que la autoridad gubernativa deba emitir nuevo informe sobre el mismo asunto.

Por todo lo anterior, esta Institución, en atención a lo establecido en el artículo 30.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora, ha estimado procedente formular a V. I. la siguiente recomendación:

“Que se incluya en el ámbito de aplicación del régimen comunitario el supuesto de los menores de países no miembros de la Unión Europea tutelados por ciudadanos españoles o comunitarios cuando el régimen aplicable a la tutela constituida sea equiparable a la tutela dativa”.

Madrid, 21 de abril de 2006.

**Recomendación dirigida a la Directora General de Inmigración. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.**



**Recomendación 41/2006, de 21 de abril, para que se impartan instrucciones a fin de que los menores extranjeros, tutelados por la Administración, cuenten con asistencia letrada en los procedimientos de solicitud de asilo.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 422)*

Se ha recibido en esta Institución escrito de V. E. en relación con la queja formulada por (...), sobre asesoramiento en materia de asilo al menor de nacionalidad liberiana (...).

Tras la lectura del mencionado informe y una vez estudiada la información que consta en el expediente abierto con ocasión de la queja referenciada, hemos de realizar las siguientes consideraciones.

El menor (...), tutelado por el Instituto Madrileño del Menor y la Familia, compareció ante la Oficina de Asilo y Refugio acompañado de una trabajadora social, con el fin de formalizar una demanda de asilo.

La citada trabajadora social, en su función de representante del menor por delegación de la entidad pública competente, estuvo presente durante la formalización de la demanda y también durante la entrevista que, como parte de la tramitación del expediente de asilo, se llevó a cabo. Tal representación se concretó, además, en la presencia durante las entrevistas y en la firma de los documentos que dan soporte a la demanda de asilo.

Así pues, tanto en la formalización de la demanda como en la tramitación, el menor estuvo acompañado de su representante legal.

Es preciso poner de manifiesto, en este punto, que esta Institución no cuestiona que la representación de los menores tutelados la ostente el órgano tutelante, en este caso, el Instituto Madrileño del Menor

y la Familia. El asunto aquí tratado, sin embargo, no está referido a la representación sino a la asistencia letrada.

En el informe remitido por V. E. se hace mención expresa a que el menor “ha sido y sigue siendo representado por los Servicios Jurídicos del Instituto Madrileño del Menor y la Familia”.

De tal afirmación es posible deducir que esa Consejería no considera preciso ninguna asistencia letrada en estos casos, ya que, aun contando con un servicio jurídico propio, dicha asistencia no se prestó y tampoco se aceptó ninguna otra, según la información recibida.

En el informe remitido no se expresa cuál es el tratamiento que habitualmente, y en lo que se refiere a este punto, se da a los demandantes de asilo menores de edad, ni si se les presta una asistencia jurídica especializada a proporcionar, bien por los servicios jurídicos propios o por otros ajenos.

Cabe deducir del silencio del informe de V. E. sobre este punto y en lo que se refiere a los hechos acaecidos en la Oficina de Asilo relacionados con la tramitación de la demanda de (...), que las personas que representan a los menores carecen de instrucciones concretas en relación con la aceptación o no aceptación de asistencia letrada ajena. Sin embargo, tampoco parecen existir instrucciones para que cuando el órgano tutelante tenga conocimiento de que un menor desea solicitar asilo, disponga de forma inmediata que éste sea asesorado por un letrado de la entidad de protección.

A juicio de esta Institución, tanto la formalización como la tramitación de la demanda de asilo del menor (...), adoleció de una carencia relevante: la de contar con un asesoramiento legal especializado, el cual consideramos fundamental en un procedimiento como el de asilo. Tal asesoramiento, según afirma la asociación promotora de la queja y la propia Subdirección de Asilo, podría haber sido proporcionado en el mismo acto de la formalización de la demanda por CEAR, ya que una letrada de dicha organización se desplazó el mismo día hasta la Oficina de Asilo y Refugio sin que llegara a proporcionarse por expresa renuncia al ofrecimiento de asistencia letrada que realizó la Administración en cumplimiento de la normativa vigente.

Esta Institución quiere poner de manifiesto su disconformidad con el hecho de que los menores solicitantes de asilo no cuenten con una asistencia especializada, que, por otro lado, es gratuita o que, en su caso, vayan acompañados de un letrado de los propios servicios jurídicos de la entidad tutelante, en el caso de que la mencionada entidad cuente con algún letrado especializado en esta materia que pudiera servir de verdadera ayuda para el menor.

No resulta cuestionable la importancia de la asistencia letrada en las demandas de asilo. No por casualidad la Ley de asilo y su Reglamento de desarrollo mencionan expresamente la posibilidad de que el demandante cuente con dicho asesoramiento y no parece adecuado, en consecuencia, que los tutelados carezcan del mismo en función de la decisión que adopte la persona que circunstancialmente les acompañe a formalizar la demanda, la cual, por otro lado, no necesariamente tiene que conocer las particularidades del procedimiento de asilo.

Cabe manifestar, además, que aun cuando se trata de un derecho renunciable, tanto la doctrina como la jurisprudencia otorgan una gran importancia a la asistencia letrada en el procedimiento hasta el punto de que si el demandante acepta el ofrecimiento de asistencia letrada y no se le facilita un abogado, la resolución suele ser anulada en vía judicial.

En este sentido, puede mencionarse a título ilustrativo la Sentencia de 9 de septiembre de 2005, en la que el Tribunal Supremo estima un recurso de casación y ordena la retroacción de las actuaciones administrativas al inicio para que la demandante de asilo cuente con la asistencia letrada que solicitó y no le fue proporcionada, señalando expresamente lo siguiente:

“... Ello implica que la privación a la recurrente de esa asistencia jurídica le ha impedido disponer de un asesoramiento técnico especialmente relevante, y que, en consecuencia, sí podemos decir que ha sufrido indefensión”.

En su Sentencia de 4 de noviembre de 2005, el Tribunal Supremo vuelve a señalar la importancia de la asistencia letrada:

“Hemos de comenzar por decir, ante todo, que la inasistencia letrada en expedientes como el concernido (referido al de asilo) no es jurídicamente irrelevante (...). El derecho de defensa técnica que a los solicitantes de asilo reconoce el artículo 5.4 de la Ley 5/1984, proyecta su necesidad desde el comienzo mismo del expediente”.

A los efectos oportunos, y atendiendo a las competencias de esa Consejería, se le remite un informe monográfico elaborado por esta Institución en relación con la asistencia jurídica de los extranjeros en España, puesto que varios de los capítulos resultan particularmente pertinentes en el caso aquí analizado.

Cabe también hacer mención, a propósito de la particularidad del procedimiento de asilo y de la importancia que se otorga a la especialización de la asistencia que reciben los demandantes de asilo, que la propia Ley de asilo dispone en su artículo 7: “Toda solicitud dará

lugar a la incoación, a cargo del Ministerio del Interior, del oportuno expediente, al que se incorporarán, en su caso, los informes de las asociaciones legalmente reconocidas que, entre sus objetivos, tengan el asesoramiento y ayuda al refugiado”.

Pues bien, precisamente esto ocurrió en el caso aquí analizado. En su informe, la Subdirección General de Asilo expone que CEAR presentó un informe apoyando la demanda del menor que fue objeto de estudio y valoración tanto por la Oficina de Asilo y Refugio como por la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio. Al menor le fue denegada la condición de refugiado si bien se apreciaron razones para autorizar su permanencia en España, al amparo de lo dispuesto en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo y 31.3 de su Reglamento de ejecución.

Por todo lo anterior, esta Institución, en atención a lo establecido en el artículo 30.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora, ha estimado procedente formular a V. E. la siguiente recomendación:

“Que se impartan las instrucciones pertinentes para que los menores tutelados solicitantes de asilo cuenten con asistencia letrada en el mencionado procedimiento”.

Madrid, 21 de abril de 2006.

**Recomendación dirigida a la Consejera de Familia y Asuntos Sociales. Comunidad de Madrid.**

**Recomendación 42/2006, de 12 de mayo, sobre la conveniencia de adoptar las medidas necesarias para reducir la extraordinaria demora, en la aplicación de los tratamientos que se realizan en la Unidad del dolor de la Fundación Hospital Alcorcón.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 423)*

En su momento, compareció ante esta Institución doña (...), solicitando nuestra intervención.

Sustancialmente exponía que fue sometida a un trasplante de corazón y que padece dos hernias discales, a consecuencia de las que sufre dolores insoportables que le incapacitan para la realización de actividades elementales de la vida diaria.

En conexión con lo anterior, la interesada señaló que los especialistas médicos que le atienden determinaron la necesidad de ser tratada en una unidad del dolor, habiendo sido remitida a tal efecto a la (...), donde fue citada para el día 22 de febrero de 2006, cinco meses después de determinarse tal necesidad.

Iniciada la oportuna investigación, esa Dirección General ha remitido el informe solicitado por esta Institución (s/ref. 07/051501.9/06), cuyo tenor literal es el siguiente:

“El procedimiento habitual de dicha unidad es valorar cada una de las peticiones de consulta que reciben, distribuyéndolas según el criterio de preferencia indicado y la patología de cada una. En este caso, no ha sido posible asignar a la paciente una fecha anterior al 22 de febrero de 2006. En cuanto a la posibilidad de derivación a servicios con menor lista de espera, cada caso sería valorado de manera individualizada, pudiendo plantearse dicha derivación cuando exista justificación clínica para ello”.

Con carácter previo a la formulación de la recomendación que se deriva de la presente investigación, es necesario efectuar las tres consideraciones que seguidamente se detallan.

En primer lugar, que el reconocimiento del derecho de todos los ciudadanos a la protección de la salud, consagrado en el artículo 43 de la Constitución Española, requiere de los poderes públicos la adopción de las medidas idóneas para satisfacerlo. En segundo término, que el fin principal de las administraciones con responsabilidad en la gestión de la asistencia sanitaria no es otro que el de prestar una atención de calidad a los ciudadanos, en cuyo marco la equidad es un referente ineludible. En tercer lugar, que existe consenso, tanto entre los ciudadanos en general como entre los profesionales y gestores sanitarios, acerca de la necesidad de adoptar medidas urgentes y tendentes a suprimir tiempos de espera que no sean razonables.

En conexión con lo anterior, hay que señalar que la excesiva demora en la iniciación de tratamientos prescritos por los especialistas médicos y que deben aplicarse en la Unidad del dolor de la (...), al menos de cinco meses en algunos casos, no se compadece en modo alguno con la obligación que incumbe al sistema público sanitario de garantizar no solo el contenido nominal y funcional de las prestaciones, sino también la forma de obtención de las mismas en lo referente a tiempo, calidad y accesibilidad.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, esta Institución ha acordado dirigir a V. I. la siguiente recomendación:

“Que por los órganos competentes de ese Servicio de Salud se valore la oportunidad y conveniencia de adoptar las medidas pertinentes y tendentes a reducir la extraordinaria demora, al menos en algunos supuestos, en la aplicación de tratamientos que deben realizarse en la Unidad del dolor de la (...)”.

Madrid, 12 de mayo de 2006.

**Recomendación dirigida a la Directora General del Servicio Madrileño de Salud. Consejería de Sanidad y Consumo. Comunidad de Madrid.**

**Recomendación 43/2006, de 16 de mayo, sobre la obligación que tienen las unidades orgánicas de licencias y de urbanismo del Ayuntamiento de actuar de forma coordinada.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 427)*

Se ha recibido escrito de V. I., s/ref.: 0911/2005/34/QDEF, referente a la queja formulada ante esta Institución por don (...).

En primer lugar, se ha de manifestar que, en efecto, tal y como ese Ayuntamiento parece querer expresar, es preciso distinguir los diversos aspectos de la queja, lo que, sin embargo, no impide destacar que estamos ante un único fenómeno. El que puedan distinguirse dos facetas principales, la urbanístico-edificatoria y la de la actividad, no implica que ambas estén desconectadas y pertenezcan a mundos ajenos el uno del otro. A su vez, la aparente extrema complejidad de las cuestiones técnicas y jurídicas no debe enturbiar lo simple del supuesto presente. Hay una actividad molesta en curso, cuyo soporte físico son unas obras no autorizadas en las que se reconocen indicios de infracción. Si pese al tiempo transcurrido, a los trámites habidos y a la presunción de que un empresario es responsable de sus actos, resulta, sin embargo, que la actividad de que es titular sigue aún en curso, entonces la conclusión no puede ser otra que, en lo que a esa Administración municipal concierne, su actuación no está resultando eficaz.

Es difícil, por ejemplo, admitir que puede haber indefensión en la aplicación de una medida cautelar (clausura de la actividad) porque el apercibimiento previo se refiere sólo a la paralización de "obras". No puede desconocerse que se trata de obras que sólo podrían ejecutarse después, y nunca antes, de haber obtenido la licencia de actividad, a lo sumo las licencias de obras y de actividad serían simultáneas (artículo 22.3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de

1955). El promotor de las obras sabe que no está actuando conforme ese Ayuntamiento le está requiriendo, motivo por el cual, en el criterio de esta Institución, no cabría alegar indefensión pues la paralización de las obras implica necesariamente la de la actividad que sobre ellas tiene lugar. Otra interpretación sería inconsistente con la finalidad de la legislación urbanística, y entre tales interpretaciones está, a nuestro juicio, la que ofrece ese Ayuntamiento, bajo el manto de la “seguridad jurídica”, de las “garantías del ciudadano” y de la “prohibición de indefensión”, principios éstos de muy alto valor que en realidad quedan degradados.

Sin embargo, también quiere esta Defensoría valorar de forma positiva el hecho de que ese Ayuntamiento, aun no constando el curso final de los hechos, ha terminado por adoptar la decisión correcta, pero tras un complejo procedimiento y al precio posiblemente de molestias para los vecinos, además de con merma de la autoridad municipal. Simplemente, los usos del suelo precisan de licencia municipal (artículo 2.1 de la Ley 3/1989 de las Cortes Valencianas, de 2 de mayo, de Actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, así como el artículo 191.1 en la novísima Ley urbanística valenciana 16/2005); estrictamente “todos los actos de uso del suelo”, de modo que, según la sana tradición de nuestro Derecho urbanístico, la licencia de actividad tiene carácter urbanístico, aunque su carácter no termine en lo urbanístico. Buena prueba de ello es que “las licencias para cualquier tipo de obras que, por disposición legal o reglamentaria, hayan de otorgarse junto a la correspondiente licencia de actividad, se someterán, con preferencia respecto a las reglas anteriores [sobre plazos de resolución], al régimen procedimental específico de la licencia de actividad” (artículo 195.2 de la nueva Ley 16/2005).

De aquí, y del entero esquema del Derecho urbanístico, sólo cabe deducir que no hay modo completo de interpretarlo si no es conforme al entero ordenamiento jurídico, lo que implica admitir sin reservas que no puede haber orden de paralización de obras sin orden de suspensión de la actividad que sobre ellas tenga lugar. Una cosa es la división teórico-dogmática de las normas aplicables, y la consiguiente distinción entre *urbanismo* y *medio ambiente*, y otra es pretender que la realidad puede compartimentalizarse del mismo modo. Una cosa es que en ese Ayuntamiento haya dos unidades orgánicas separadas, encargadas del urbanismo y de las actividades, algo muy lógico y hasta conveniente, por especialización y división del trabajo; y otra distinta es que ambas unidades funcionen separadamente y sin conexión entre ellas. Operando de este modo se pierde el sentido buscado por las leyes, la aplicación de éstas deviene en un formalismo que no impide, sino que favorece, la indefensión, posibilita el fraude o la desnaturalización de la cabal ordenación urbanística. A la postre

lo que no debería ocurrir ha ocurrido: obras formalmente suspendidas sobre las que se desarrolla una actividad (un uso del suelo) no menos vulnerador de la legalidad urbanística. La legalidad urbanística tiene como referencia –siempre la ha tenido– la ordenación de los *usos* del suelo, y esta referencia ha sido ignorada por el órgano de urbanismo.

Cómo poner en práctica esta unidad de acción es sencillo: la Unidad de Urbanismo ha de comunicar a la de Actividades que ciertas obras tienen orden de suspensión, y que procede suspender también la actividad; lo mismo en caso contrario o viceversa. Esto es algo que muy bien puede tener lugar en el mismo expediente; es de hecho lo más económico y eficaz, y también lo que más seguridad jurídica aporta.

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, he resuelto formular la siguiente recomendación:

“Que conforme a lo estipulado en los artículos 22.3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955; 2.1 de la Ley 3/1989, de Actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, y 191.1 y 195.2 de la Ley 16/2005, Urbanística de la Comunidad Valenciana, haga actuar siempre en forma coordinada a las unidades orgánicas de Urbanismo y Actividades, de modo que una licencia de obras no sea nunca otorgada antes que la de actividad, que no pueda haber actividad con soporte en obras o instalaciones carentes de licencia o sobre las que pese orden de suspensión, y que entienda que una licencia de actividad tiene carácter urbanístico en cuanto expresa la autorización de un uso del suelo”.

Asimismo, y dado que el señor (...) recientemente ha remitido un nuevo escrito a esta Institución en el que reitera, una vez más, que la actividad ilegal sigue desarrollándose y el local continúa abierto al público, a pesar de las infracciones e incumplimiento en los que incurre, procede formular, asimismo, la siguiente sugerencia:

“Que, conforme al artículo 18 de la Ley 3/1989 y a lo dispuesto en el capítulo V del título VI de la Ley 30/1992, de Procedimiento Común, ejecute, inmediatamente y sin más trámite, las órdenes de suspensión que tenga dictadas y no estén cumplimentadas por el titular de la actividad objeto de la queja”.

Madrid, 16 de mayo de 2006.

**Recomendación dirigida a la Alcaldesa del Ayuntamiento de Valencia.**



**Recomendación 44/2006, de 18 de mayo, sobre indemnización económica por días de vacaciones no disfrutadas.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 425)*

Compareció ante esta Institución doña (...), presentando una queja que quedó registrada con el número arriba indicado.

En la misma sustancialmente expuso que el Ministerio de Economía y Hacienda había desestimado su petición de que se le compensaran económicamente los días de vacaciones que no había disfrutado, cuando estuvo prestando servicios como personal eventual en la Secretaría de Estado de Economía, entre el 16 de septiembre de 2003 y el 19 de abril de 2004.

Admitida a trámite la citada queja, por considerar que reunía 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, se dio traslado de la misma a la Subsecretaría del Ministerio de Economía y Hacienda, de acuerdo con lo determinado en el artículo 18 de la citada Ley Orgánica, quien nos remitió un informe al respecto.

Una vez que se estudió la información facilitada por dicha Subsecretaría, se consideró oportuno remitirle un escrito en el que formuló una sugerencia y una recomendación sobre el problema planteado. Con el fin de que tenga un más completo conocimiento de las consideraciones jurídicas que fundamentaron dichas resoluciones, a continuación se expone su transcripción literal:

“Primera. El artículo 40.2 de la Constitución establece que los poderes públicos garantizarán el descanso necesario mediante las vacaciones periódicas retribuidas. El artículo 68 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1964 (en la redacción

dada por el artículo 51 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social), dispone que todos los funcionarios tienen derecho a disfrutar, por año completo de servicios, de una vacación retribuida de un mes natural o de veintidós días hábiles anuales, o a los días que proporcionalmente les corresponda al tiempo de servicios efectivos. La retribución durante las vacaciones comprende todos los conceptos retributivos que se perciben con carácter ordinario (retribuciones básicas, complemento de destino, específico y de productividad).

Según la Resolución de 10 de marzo de 2003, con carácter general, las vacaciones anuales retribuidas ‘se disfrutarán por los empleados públicos de forma obligatoria dentro del año natural y hasta el quince de enero del año siguiente’.

El disfrute de este derecho no se puede sustituir por una compensación económica, debiendo conocer el funcionario con antelación suficiente las fechas o el período de su disfrute.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, no procede el pago de vacaciones no disfrutadas en el año, por ejemplo, por haber estado de baja por enfermedad, de la misma forma que la enfermedad sobrevenida durante el periodo de disfrute de las vacaciones no las interrumpe por lo que los días durante los que se padezca aquélla no podrán disfrutarse después. Tampoco cabe la acumulación de las vacaciones correspondientes a varios años.

Por su parte, el artículo 105 de la citada Ley de Funcionarios Civiles del Estado establece que a los funcionarios de empleo (como son los eventuales) les será aplicable por analogía, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera, con excepción del derecho a la permanencia en la función, niveles de remuneración determinados o al régimen de clases pasivas.

Segunda. Esa Administración rechaza la pretensión de la formulante de la queja porque “en primer lugar el disfrute de las vacaciones es obligatorio y, en segundo lugar, aquél no es susceptible con carácter general de compensación económica.”

Para ello se basa en lo dispuesto en el citado artículo 68 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado y en la mencionada Resolución de 10 de marzo de 2003 de la Secretaría de Estado para la Administración Pública.

Tercera. Como bien se señala en el fundamento jurídico segundo de la resolución desestimatoria del recurso de la interesada, ‘con carácter general’ no procede la compensación económica de las vacaciones no

disfrutadas. Ello significa que puede existir alguna excepción a esa regla genérica en que sí se admite esa compensación económica, por lo que no 'siempre' se deben rechazar las peticiones que se formulen al respecto.

Es cierto que la expresión 'vacaciones anuales' significa que se tiene derecho a ellas por cada año de trabajo, y que se tiene la obligación de disfrutarlas dentro de cada año natural o hasta el quince de enero del año siguiente, distinguiéndose entre el devengo o la formación del derecho a vacaciones que va produciéndose con el transcurso de cada año de servicio, y el disfrute de esas vacaciones.

Como se ha visto, el artículo 68 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado establece que todos los funcionarios (incluidos los de carácter eventual) tienen derecho a los días de vacaciones 'que corresponda proporcionalmente al tiempo de servicios efectivos', disponiéndose en el artículo 74 que 'tal disfrute ha de ser compatible con las necesidades del servicio' tal y como se recuerda en el informe remitido por esa Administración.

Sin embargo, esta Defensoría no puede compartir sin más la afirmación que se hace a continuación de que 'la no utilización de las mismas por la recurrente es solamente imputable a ella, sin que, además, acompañe ningún documento que avale el hipotético caso de imposibilidad de haberlas disfrutado'. La razón de esta discrepancia estriba en que es la Administración y no el funcionario quien interpreta y decide si las necesidades del servicio permiten o no que éste pueda disfrutar sus vacaciones durante el período que haya solicitado. Tal decisión es un mero ejercicio de la potestad de autoorganización que tiene la Administración y, aunque exista cierta discrecionalidad en la apreciación de tales necesidades del servicio, el funcionario está obligado a aceptarla por el deber de la obediencia a las decisiones que adoptan sus superiores jerárquicos.

Incluso en el supuesto de que la interesada no hubiese solicitado formalmente por escrito el disfrute de las vacaciones que le pudieran corresponder (lo que tampoco esa Administración ha acreditado que no lo hubiera hecho), no debería servir de argumento para la desestimación de plano de su pretensión, ya que alguna sentencia ha reconocido que la falta de disfrute de las vacaciones cuando se ha prestado servicios durante un período de tiempo que ha originado el derecho a disfrutarlas, genera el derecho a que tal período sea valorado a efectos de una indemnización, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 22 de febrero de 2002; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid número 131/2002 (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª), de 5 de febrero; Sentencia del Tribunal

Superior de Justicia de Madrid número 1106/2001 (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª), de 6 de octubre; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid número 790/2001 (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª), de 23 de junio, y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (Sala de lo Contencioso-administrativo), de 19 de junio de 2000.

Cuarta. Procede ahora estudiar si el supuesto planteado en esta queja puede ser considerado como una de las excepciones a la regla general de que las vacaciones no disfrutadas no tienen compensación económica.

En el informe recibido se rechaza la alegación que hace la interesada de la jurisprudencia laboral en casos similares al suyo, por las siguientes razones: 1ª) porque tal jurisprudencia no es aquí ni directa ni indirectamente aplicable, como no lo es ni siquiera su contemplación analógica, y 2ª) porque incluso en el ámbito laboral, y esto abunda en que las vacaciones no pueden ser compensadas económicamente en ningún ámbito, el artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores dispone que el período de vacaciones ‘no es sustituible por compensación económica’.

Sin embargo, como en la legislación aplicable de forma inmediata a los funcionarios civiles del Estado no existe ningún precepto que prohíba de forma expresa que no puedan compensarse económicamente las vacaciones no disfrutadas, esa Administración invoca el citado artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores que sí prohíbe de manera expresa tal compensación para rechazar la pretensión de la interesada.

Es cierto que el artículo 38.1 del Estatuto de los Trabajadores dice: “El período de vacaciones anuales retribuidas, no sustituible por compensación económica, será el pactado en el convenio colectivo o contrato individual”, pero también es verdad que no impide que, en supuestos de contratos por tiempo determinado que se extinguen antes de que el trabajador haya podido disfrutar de las que le corresponden, reciba éste una compensación económica por ese concepto.

El derecho a la compensación económica está reconocido en el Convenio número 132 de la Organización Internacional del Trabajo, publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de 5 de julio de 1974, cuyo artículo 11 proclama que ‘toda persona empleada que hubiere completado un período mínimo de servicios tendrá derecho, al terminarse la relación de trabajo, a vacaciones pagadas proporcionales a la duración del servicio por el que no haya recibido aún vacaciones, a una indemnización compensatoria o a un crédito de vacaciones

equivalente'. Este Convenio es de aplicación directa al formar parte del ordenamiento jurídico español desde su publicación oficial (artículo 96.1 de la Constitución Española). Por consiguiente, dicho precepto ampara que, en los supuestos en que el personal laboral que preste sus servicios a la Administración pública de modo temporal cese sin haber disfrutado su licencia por descanso anual, el no disfrute de dichas vacaciones pueda ser compensado económicamente con arreglo al nivel de retribuciones que el trabajador venía percibiendo vigente el contrato de trabajo.

La interpretación de la normativa aplicable a los trabajadores de la Administración pública ha sido fijada por la Sentencia de 20 de enero de 2003 de la Sección 7ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, dictada en el recurso de casación en interés de ley número 3426/2001, que declaró ser 'conforme a Derecho el compromiso de gasto adquirido para compensar económicamente al personal laboral contratado temporalmente por la Administración por las vacaciones no disfrutadas a causa de la extinción anterior de su contrato sin que pudieran tomarlas'.

Quinta. Dado que hay una laguna legal en la normativa por la que se rigen los funcionarios de la Administración Civil del Estado en este aspecto concreto, debemos acudir a las restantes leyes que sí lo regulan para poder resolver en Derecho, máxime cuando ese vacío normativo podría producir el desconocimiento del derecho a las vacaciones o un enriquecimiento injusto de esa Administración si no se compensara económicamente.

En efecto, de la misma forma que sucede con el citado artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores, aunque el artículo 68 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado no contempla la compensación económica, ello no significa que la prohíba. Lo que aquí se está dilucidando no es la sustitución del derecho a las vacaciones por el cobro de una determinada cantidad con carácter optativo para el funcionario, sino si hay que indemnizar a quien no ha podido disfrutar el período vacacional que le hubiera correspondido por los servicios prestados durante un tiempo determinado.

De acuerdo con la jurisprudencia existente al respecto, procede la compensación económica cuando no se ha podido disfrutar de las vacaciones correspondientes, por haberse extinguido su relación de servicio con anterioridad a la fecha fijada para ejercer tal derecho. En otros supuestos en los que los funcionarios no han podido disfrutar de ese derecho, no se han amparado sus pretensiones de obtener una indemnización, por ejemplo, cuando ha existido un traslado de por medio, cuando se ha estado de baja por una enfermedad, cuando se han alegado razones de servicio, etcétera.

En el periodo de tiempo en el que la interesada estuvo prestando sus servicios, hay que distinguir dos partes porque tienen distinto tratamiento jurídico: la primera, que va desde el 16 de septiembre hasta el 31 de diciembre de 2003, y la segunda, que va desde el 1 de enero hasta el 19 de abril de 2004.

En cuanto a la primera parte, aunque solamente trabajó tres meses y medio durante el año 2003, la interesada debió haber disfrutado las vacaciones correspondientes a ese tiempo antes de finalizar el año y si, por necesidades del servicio ello no fue posible, las debió disfrutar en la primera quincena del mes de enero del año 2004, ya que existió certeza de su devengo y de los días que proporcionalmente le correspondían y porque la Administración no pudo alegar de manera constante las ‘necesidades del servicio’, para postergar de forma indefinida o definitiva el disfrute de ese derecho por la interesada.

Por tanto, como es obligatorio que las vacaciones se disfruten dentro del año natural o, como máximo, en la primera quincena del mes de enero del año siguiente, si transcurrió ese plazo sin haberlas disfrutado caducó su derecho a las mismas, no procediendo, en este caso, la compensación económica porque la interesada debió haber defendido su derecho a ellas sin que la Administración pudiese alegar más las necesidades del servicio.

Otra cosa distinta sucede con el período comprendido entre el 1 de enero y el 19 de abril de 2004 en que la interesada fue cesada como funcionario eventual.

En este caso, la extinción de su relación de servicio provino de un acto unilateral de la Administración, por lo que la interesada, al carecer de la información precisa sobre el momento previsible de su cese –que hubiera permitido solicitar el disfrute de sus vacaciones con anterioridad al mismo–, no le puede deparar tener la obligación jurídica de soportar las consecuencias que se derivan de su cese y que le supuso la pérdida sobrevenida de un derecho constitucional (artículo 40.2 de la Constitución Española) que nació desde el momento en que se inició un nuevo año natural sin que se hubiese interrumpido su relación de servicios siendo que, por otra parte, al ser dicho derecho consustancial con el estatus jurídico funcional debe ser garantizado frente a cualquier incidente que perturbe o menoscabe su ejercicio.

Como se ha indicado, en este caso, como no existió con la suficiente antelación una certeza de la fecha en la que la formulante de la queja debía cesar, no se pudo calcular los días de vacaciones que proporcionalmente le podrían corresponder, con el fin de que los disfrutara con anterioridad a la finalización de sus servicios.

Dado que el 19 de abril se produjo la extinción de su relación de servicio que no tenía una fecha cierta de finalización, procede la compensación económica por los días de vacaciones que no llegó a disfrutar ya que, de lo contrario, se produciría un enriquecimiento injusto para la Administración. En este sentido se han pronunciado numerosas sentencias, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid número 189/2003 (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª), de 15 de febrero y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (Sala de lo Contencioso-administrativo), de 22 de febrero de 2002, entre otras.

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, se procede a formular la siguiente sugerencia:

“Dado que el 19 de abril de 2004 se produjo la extinción de la relación de servicio que venía teniendo la interesada como funcionario eventual, en la que no existía una fecha cierta de finalización y como no hubo con la suficiente antelación una certeza de la fecha en la que ella debía cesar, no fue posible hallar los días exactos de vacaciones que proporcionalmente le podrían corresponder por el tiempo transcurrido desde el 1 de enero de 2004.

Dado que finalizó sus servicios sin que hubiera disfrutado con antelación las vacaciones correspondientes a lo que llevaba trabajado en el año 2004, se considera que procede la compensación económica por ellas ya que, de lo contrario, se produciría un enriquecimiento injusto para la Administración”.

Igualmente, de conformidad con los preceptos anteriormente indicados, he resultado formular a V. E. la siguiente recomendación:

“Que, de acuerdo con lo dispuesto en la normativa anteriormente mencionada, se recomienda que se adopten las medidas precisas para que, en los supuestos en que se extinga la relación de servicios de un funcionario eventual, se prevea la sustitución de sus vacaciones retribuidas por una compensación o indemnización económica correspondiente a los días de vacación no disfrutada y proporcional al tiempo servido durante el año en que se produce su cese, en el supuesto de que dicho funcionario eventual no hubiera podido disfrutarlas”.

En un reciente informe que ha remitido a esta Institución la citada Subsecretaría, comunica que se acepta esta recomendación “habiéndose dado traslado de su contenido, por razones de su competencia, a la Dirección General de la Función Pública con objeto de que dicho centro directivo valore la posibilidad de impulsar los cambios normativos correspondientes”.

En la contestación que la citada Subsecretaría del Ministerio de Economía y Hacienda ha dado a la recomendación que se le ha formulado, se indica textualmente que:

“Con independencia de la razonabilidad de las consideraciones puestas de manifiesto por esa Institución, esta Subdirección General sigue manteniendo las argumentaciones que en su día se expusieron en relación con esta cuestión y que se encuentran contenidas en la Resolución adoptada por la Subsecretaría, de 5 de septiembre de 2005, por la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto por doña (...), contra el Acuerdo de 22 de abril de 2005 por el que se le denegaba a la recurrente la compensación económica por vacaciones no disfrutadas.

En este sentido, y para no ser reiterativo, se manifestaba que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 68 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero, y en el apartado noveno de la Resolución de 10 de marzo de 2003, de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, si el disfrute de las vacaciones es obligatorio y no existe norma que obligue a su pago, de acuerdo con tal obligatoriedad, no pueden abonarse éstas cuando no se han disfrutado, forma en la que se viene actuando en la Administración General del Estado en todos los casos (incluidos los altos cargos).

Respecto a la aplicabilidad de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a la que se hace referencia en el escrito del Defensor del Pueblo, se ha de tener en cuenta que ésta viene referida a personal laboral contratado por las administraciones públicas, no considerándose que las previsiones de Derecho laboral común puedan ser de aplicación a los funcionarios eventuales, cuyo régimen jurídico está regulado por el Derecho administrativo, al ser su condición la de funcionario público de empleo de tipo eventual.

En todo caso, tampoco se compartiría el argumento de esa Institución en cuanto a la concurrencia de la causa que, en su opinión, determinaría la procedencia de articular una compensación económica, es decir, la imposibilidad de disfrutar las vacaciones dada la incertidumbre respecto a la fecha de finalización de la relación como personal eventual.

En relación con esta cuestión, el artículo 20.2 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, es claro al determinar que el ‘personal eventual cesará automáticamente cuando cese la autoridad a la que preste su función de confianza o asesoramiento’.

En el caso que nos ocupa, se ha de tener en cuenta que de las elecciones generales del año 2004 resultó un cambio parlamentario que,

a todas luces, supondría, en el momento en que se constituyera el nuevo Gobierno, el cese de la autoridad a la que la interesada prestaba su función de confianza o asesoramiento, considerándose que el tiempo, que transcurrió entre las elecciones y la fecha del cese, era suficiente para haber podido disfrutar el período vacacional que hubiera devengado”.

Dada esta circunstancia, esta Defensoría ha considerado conveniente dirigirse a V. I. con el fin de que una vez estudiado el problema planteado en la presente queja, que se ha podido producir en otros muchos casos, nos envíe su posición sobre el contenido de dicha recomendación, así como que nos comunique las actuaciones que, en su caso, se estime conveniente realizar.

Madrid, 18 de mayo de 2006.

**Recomendación dirigida a la Directora General de la Función Pública. Ministerio de Administraciones Públicas.**



**Recomendación 45/2006, de 25 de mayo, para que entre los espacios reservados para el estacionamiento de los vehículos de las personas con movilidad reducida, además de las zonas ya previstas del municipio, se incluya el espacio más próximo al domicilio de las mismas, si su situación económica no les ha permitido disponer de aparcamiento privado, e incluso en estos casos cuando el acceso a la vivienda sea más fácil desde la vía pública que desde dichos aparcamientos privados.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 424)*

Se acusa recibo a su atento escrito, de fecha 23 de marzo del presente año, en el que nos contesta a la queja planteada por don (...) y registrada con el número arriba indicado.

En dicho informe se comunica que la sanción impuesta se debe a la aplicación literal de la ordenanza municipal que prohíbe el estacionamiento durante más de ocho horas seguidas en la vía pública, sin incluir como excepción que se trate del lugar más próximo al lugar de residencia de una persona con movilidad reducida.

A la vista de lo anterior, se ha valorado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, la conveniencia de formular a S. S. la siguiente sugerencia:

“Que entre los aparcamientos reservados para el estacionamiento de vehículos de personas con movilidad reducida, se incluya el espacio más próximo posible al lugar de residencia del señor (...). De igual modo y puesto que la sanción trae causa de la aplicación literal de un precepto que nuestro ordenamiento jurídico y constitucional permiten y obligan a interpretar del modo más social y solidario factible, en aras a favorecer la plena integración de las personas con algún

tipo de dificultad propia, se considere la posibilidad de revocar la sanción impuesta, por responder ésta, insistimos, más a una interpretación literal que social del precepto”.

Asimismo, se ha estimado conveniente formular la siguiente recomendación:

“Que entre los espacios reservados para el estacionamiento de los vehículos de las personas con movilidad reducida, además de las zonas ya previstas del municipio, se incluya el espacio más próximo al domicilio de las personas en las que concurran tales circunstancias, si su situación económica no les ha permitido disponer de aparcamiento privado, e incluso en estos casos, cuando el acceso a la vivienda sea más fácil desde la vía pública que desde dichos aparcamientos privados”.

Madrid, 25 de mayo de 2006.

**Recomendación dirigida al Alcalde de Puerto de la Cruz (Santa Cruz de Tenerife).**

**Recomendación 46/2006, de 5 de junio, sobre solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de Medidas Sanitarias Frente al Tabaquismo y Reguladora de la Venta, el Suministro, el Consumo y la Publicidad, y contra el Real Decreto-ley 2/2006, de 10 de febrero, por el que se modifican los tipos impositivos del impuesto sobre las labores de tabaco, se establece un margen transitorio complementario para los expendedores de tabaco y timbre, y se modifica la mencionada Ley 28/2005<sup>7</sup>.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 426)*

Con motivo de la promulgación de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de Medidas Sanitarias Frente al Tabaquismo y Reguladora de la Venta, el Suministro, el Consumo y la Publicidad de los Productos del Tabaco, se han presentado numerosas quejas por ciudadanos pertenecientes a sectores afectados por la norma, y, asimismo, se ha solicitado del Defensor del Pueblo la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la citada Ley, referidos a la venta y suministro al por menor de tabaco, al considerar que su contenido es contrario al principio de igualdad del artículo 14 y al derecho a la libertad de empresa del artículo 38 de la Constitución Española.

Tras un estudio elaborado por esta Institución de las razones de inconstitucionalidad alegadas, la Junta de Coordinación y Régimen Interior, en reunión celebrada el día 23 de marzo, ha decidido no interponer recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Sin embargo, no se pueden obviar los problemas económicos que suscita la Ley para el sector del comercio al por menor de las labores de tabaco.

---

<sup>7</sup> Recomendación 34/2006 de este volumen.

Los comerciantes que, hasta la fecha de entrada en vigor de la Ley, contaban con autorización administrativa vigente, como punto de venta al por menor de tabaco con recargo que desarrollaba dicha empresa, tanto como actividad principal como accesorio de su negocio, además de solicitar la interposición de recurso de inconstitucionalidad, han planteado los problemas que ha provocado la prohibición de venta contenida en la Ley.

Específicamente, los comerciantes que tenían establecimientos dedicados a esta actividad en centros comerciales, en los que la nueva disposición establece la prohibición absoluta de fumar y, en consecuencia, la imposibilidad de vender tabaco alegan que deben cesar en la actividad que vienen desarrollando, lo que conlleva la quiebra del negocio, el cierre de los establecimientos y el despido de todos los empleados. A su juicio, esta situación es discriminatoria si se tiene en cuenta que en otros grandes espacios de similares características se permite fumar en puntos habilitados y, consecuentemente vender, resultando un mayor agravio el que las denominadas “tiendas libres de impuestos” ubicadas en aeropuertos puedan continuar con la venta manual, ya que la Ley no les afecta.

También, los vendedores de prensa con autorización administrativa concedida por el Comisionado del Mercado de Tabacos consideran que esta nueva Ley es inconstitucional en cuanto a los puntos de venta de tabaco se refiere, pues el criterio seguido para autorizar a unos y prohibir a otros se basa únicamente en tener una determinada superficie comercial y disponer de una máquina expendedora de tabaco, lo que, a su juicio, crea una situación de desigualdad que les perjudica dado que sus ingresos se verán gravemente mermados con la prohibición de venta manual de tabaco, llegando a un 30 por 100 de su facturación total; circunstancia que trae consigo el despido de personas y, consiguientemente, el cierre de puntos de venta.

Bien es cierto que el Real Decreto-ley 2/2006, de 10 de febrero, ha dado una nueva redacción al apartado b) del artículo 4 de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, que permite a los quioscos de prensa la venta de productos del tabaco a través de máquinas expendedoras situadas en su interior, para evitar los perjuicios económicos que podían producirse en el sector, por lo que el problema planteado por los vendedores de prensa puede decirse que ha quedado resuelto. Lo que ha supuesto para aquellos comerciantes sobre quienes pesa la prohibición de la venta de tabacos una doble discriminación, según afirma el solicitante de interposición de recurso de inconstitucionalidad.

La diferencia de regímenes en el comercio al por menor de labores de tabaco no supone una novedad en nuestro ordenamiento jurídico. El mercado de tabaco aunque liberalizado, es un comercio detalladamente

regulado, con la exigencia de unos requisitos muy estrictos para los puntos de venta. El Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio, que desarrolla la Ley 13/1998, de Ordenación del Mercado de Tabaco y Normativa Tributaria y regula el Estatuto Concesional de Red de Expendedurías de Tabaco y Timbre configura a los expendedores de tabaco y timbre como concesionarios del Estado, y también dispone las condiciones y requisitos para la obtención de las autorizaciones de puntos de venta con recargo. Ello lleva a considerar que, si bien la nueva normativa dispone unas limitaciones muy estrictas que impiden la venta al por menor de tabaco en algunos locales, no parece que esté dando un tratamiento discriminatorio de relevancia constitucional a unos locales, pues no se refiere al mismo tipo de local ni de negocio.

Las anteriores razones han permitido concluir que, aunque existan diferencias en la Ley, éstas no conllevan la vulneración del artículo 14 de la Constitución al amparo de la doctrina del Tribunal Constitucional.

El artículo 38 de la Constitución Española contiene un principio inspirador de la línea del orden económico supeditado al interés general, en virtud del cual el legislador, respetando su contenido esencial, puede imponer limitaciones como las derivadas en el presente supuesto del derecho a la protección de la salud del artículo 43 de la Constitución Española.

La Ley 28/2005, de 26 de diciembre, supone una transformación radical del mercado al por menor de las labores de tabaco con grandes limitaciones para los comerciantes, quienes además cuestionan la congruencia de las excepciones a la prohibición de venta de tabaco, sin que por ello se hayan adoptado medidas que permitan una adaptación del sector a la nueva regulación.

Un aspecto a tener en consideración hace referencia a la seguridad jurídica. Es cierto que la norma que imposibilita la venta al por menor se ha promulgado rodeada de gran publicidad, pero ello no ha impedido que los comerciantes hubiesen efectuado sus previsiones económicas y de inversión basándose en una normativa anterior que les permitía el ejercicio de dicha actividad, máxime teniendo en cuenta que la propia Administración central les había cobrado la tasa para la tramitación de la solicitud de licencia de venta de tabacos a comercios, lo que, a partir de 2006, no podían hacer.

La ausencia de alternativas, tras la nueva regulación, implica la aparición de un riesgo económico que difícilmente pueden soportar los empresarios en las actuales condiciones del mercado, pues no ha podido ser previsto con la debida anticipación.

Examinada la Ley, se echa en falta en el contenido dispositivo, el establecimiento de normas que regulen aspectos relativos a la incidencia económica sobre las industrias del sector. En este punto, por tanto, existe sintonía con determinados aspectos de las alegaciones formuladas por los comparecientes, mostrando su discrepancia con la Ley objeto de estudio. Si bien se puede comprender la modificación de la realidad jurídica en aras del interés general, no se puede compartir la carencia de medidas para paliar las consecuencias económicas negativas de la misma.

Aunque, como antes se ha dicho, el Real Decreto-ley 2/2000, de 10 de febrero, ha venido a resolver el problema del sector de los vendedores de prensa al permitir a los quioscos de prensa la venta de productos del tabaco a través de máquinas expendedoras situadas en su interior, para evitar los perjuicios económicos que podrían producirse, tras la modificación del apartado b) del artículo 4 de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, otros comerciantes dedicados a esta actividad en centros comerciales a quienes la Ley citada prohíbe la venta de tabaco con recargo, no han tenido la consideración debida en cuanto a los evidentes perjuicios económicos que conlleva esta prohibición y que, en muchos casos, podría llevarles a la quiebra de sus negocios.

En definitiva, a juicio de esta Institución, no se ha valorado adecuadamente el impacto socioeconómico de la nueva ley sobre los establecimientos autorizados para la venta manual con recargo de labores de tabaco que ve desaparecer su actividad principal sin alternativas viables.

Tampoco se contemplan disposiciones transitorias de adaptación a la nueva regulación legal, ni se prevén ayudas económicas, indemnizaciones o subvenciones a los comerciantes que se ven obligados al cierre o bien al cambio de actividad, en los casos en los que ello fuera posible. Previamente a establecer unas medidas tan restrictivas para acabar, en la medida de lo posible, con el hábito de consumo de tabaco, los reclamantes han manifestado ante esta Institución, que otros medios podrían haber contribuido de forma eficaz a conseguir este fin, tales como la educación, la comunicación, la formación y concienciación del público, conforme establece el artículo 12 del Convenio Marco de la OMS, y la incorporación del diagnóstico y el tratamiento de la dependencia del tabaco a los Planes Nacionales de Salud.

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, se realiza la siguiente recomendación:

“1. Que en consideración a las negativas consecuencias económicas que la nueva ley supone para los comerciantes que disponen de

locales en centros comerciales dedicados a la venta de tabaco, se arbitren medidas para que, aunque en estas superficies la prohibición de fumar sea absoluta, puedan continuar desarrollando esa actividad, ya sea mediante la instalación en su interior de máquinas expendedoras, o por venta manual, con todos los requisitos y exigencias que se consideren pertinentes para otorgar las autorizaciones correspondientes y con el sometimiento a las actuaciones de vigilancia y control por parte de los órganos competentes del Comisionado para el Mercado de Tabaco (a quien corresponde, entre otras funciones, vigilar para que los diversos operadores, incluidos los minoristas, en el mercado de tabacos actúen en el marco para el que respectivamente están facultados según la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabaco y Normativa Tributaria y el Reglamento que la desarrolla, aprobado por Real Decreto 1199/1999, de 9 de febrero, ejerciendo a tal fin las facultades de inspección que sean precisas).

2. Como propuesta alternativa en defecto de la anterior, deberían adoptarse medidas transitorias a la nueva regulación legal, que permita a los comerciantes del sector, que se ven obligados al cierre o al cambio de actividad, conseguir otras fuentes de ingresos. En este sentido, algún tipo de ayuda económica, indemnización o subvención contribuiría, en gran medida, a paliar los perjuicios económicos que la nueva ley ha supuesto a estos comerciantes dedicados a la venta de tabaco con recargo”.

En consecuencia, se solicita la remisión del preceptivo informe, en el que se ponga de manifiesto la aceptación de esta recomendación o, en su caso, de las razones que se estimen para no aceptarla, de conformidad con el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos.

Por otra parte, en cuanto a la devolución de la tasa por la tramitación de la solicitud de la licencia, los medios de comunicación social han dado noticias contradictorias, por lo que esta Institución ignora si se ha procedido a hacer efectiva la misma, por lo que rogamos la emisión de un informe en el que se concrete la actual situación del problema.

Madrid, 5 de junio de 2006.

**Recomendación dirigida a la Ministra de Sanidad y Consumo.**



**Recomendación 47/2006, de 7 de junio, sobre apertura del correspondiente expediente disciplinario, contra los agentes que sean denunciados por hechos susceptibles de ser calificados como faltas disciplinarias, sin perjuicio de suspender la tramitación del mismo hasta que se declare firme la sentencia que se dicte en su día.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 423)*

Se acusa recibo a su atento escrito, de fecha 18 de abril del presente año, en el que nos contesta a la queja planteada por don (...) y registrada con el número arriba indicado.

En escrito remitido con anterioridad, el 21 de marzo de 2005, se informaba:

“La postura mantenida por el Ayuntamiento en los distintos escritos de contestación al Defensor del Pueblo ha sido la de esperar a que el asunto se resolviera con sentencia firme, lo que ha ocurrido en septiembre de 2004, al dictar Sentencia la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 17<sup>a</sup>, que viene a ratificar lo contenido en la Sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción número 4, juicio de faltas 83/02, por la que se condena al funcionario, agente de policía local, don (...), como autor de una falta de lesiones prevista en el artículo 617.1 del Código Penal”.

Por otra parte, en el mencionado escrito de 18 de abril de 2006, se expone:

“Ha resuelto: Proceder al sobreseimiento y correspondiente archivo del expediente disciplinario incoado contra el funcionario de la Policía Local, don (...), al estar prescritos los hechos que se le imputan y no revestir la calificación de falta muy grave”.

En casos como el presente, esta Institución viene insistiendo ante los responsables de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para que, desde el momento en que se tenga conocimiento de que se sigue un procedimiento penal contra un funcionario policial, se ordene la apertura de un expediente disciplinario, al objeto de evitar, en su caso, la prescripción de los hechos, en el supuesto de que la sentencia que se dicte sea condenatoria contra dicho funcionario.

La apertura de un expediente disciplinario, sin perjuicio de suspender la tramitación del mismo hasta que se declare la firmeza de la sentencia que se adopte en su día, evitaría la prescripción y no supone prejuzgar la conducta del agente, pues si la sentencia no fuera condenatoria, se procedería al archivo del expediente sin más trámites.

Con esta medida se evita el que actuaciones contrarias a la legalidad vigente puedan quedar impunes, como esta Institución ha observado en otros supuestos.

Por todo lo anterior, esta Institución, basándose en lo establecido en el artículo 30.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora, ha valorado la conveniencia de formular a S. S. la siguiente recomendación:

“Que se proceda a la apertura del correspondiente expediente disciplinario, contra los agentes que sean denunciados por hechos susceptibles de ser calificados como faltas disciplinarias, sin perjuicio de suspender la tramitación del mismo hasta que se declare firme la sentencia que se dicte en su día”.

Madrid, 7 de junio de 2006.

**Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Fuenlabrada (Madrid).**

**Recomendación 48/2006, de 18 de junio, sobre la validación de titulaciones para el alta en el Colegio de Administradores de Fincas.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 434)*

Se ha recibido escrito de V. I. de 14 de febrero (s/rf. 312-6/2006 salida 1252 de 17 de febrero de 2006), referente a la queja formulada por don (...), facilitando respuesta a la cuestión que se ha planteado en el expediente.

La precitada respuesta se ofrece por medio del informe jurídico que igualmente se ha remitido, diciéndose que salvo a los titulados universitarios en posesión de los estudios de arquitecto superior, en la actualidad, y mientras no sea modificado o derogado el Decreto 693/1968, de 1 de abril (que se encuentra en vigor tanto sea preconstitucional como de fecha posterior a la Constitución, puesto que la norma de adaptación de muchos colegios a la ley fundamental todavía no se ha publicado), no existen otras formas de acceso o incorporación a los respectivos Colegios de Administradores de Fincas que las previstas en el artículo 5 de dicho Decreto, quedando reservado el acceso a las titulaciones universitarias que se relacionan en su apartado 1º.

El letrado que suscribe el informe jurídico de referencia ha incluido, junto a las titulaciones relacionadas en dicha norma, a los titulados universitarios en posesión de estudios de arquitecto superior, a la vista de lo declarado en la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, de fecha 9 de febrero de 2004, en el recurso de casación 1664/1999, en el que dice intervinio, pero argumenta que no resulta posible ampliar la inclusión de titulaciones como la del interesado en este expediente, porque ello comportaría una modificación del Decreto 693/1968, que no puede llevarse a cabo por unos estatutos profesionales.

Esta Institución discrepa con el asesor jurídico en sus aludidas manifestaciones, y entiende que los pronunciamientos que se contienen en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2004, van más allá de reconocer solamente que quienes ostentan la titulación de arquitecto superior tienen derecho a ingresar de manera directa en los colegios de administradores de fincas, al declararse en ella, además, que ha de entenderse modificado por la Constitución el artículo 5.1º del Decreto 693/1968, “de suerte que una titulación equivalente a las en el mismo establecidas –que es por cierto la solución adoptada en los estatutos de algún otro colegio territorial– en este caso la de arquitecto que ostentan los actores, permita el ingreso de estos en el colegio profesional”.

A fin de comprender dicha declaración con exactitud, conviene traer a colación los siguientes antecedentes de la Sentencia.

En el fundamento jurídico segundo se dice:

“La cuestión planteada en este recurso de casación, tal como lo había sido en la instancia, es si la Constitución Española, por virtud de su carácter normativo como ley superior del ordenamiento jurídico, que deroga las normas anteriores en cuanto se opongan a la misma, conforme a su disposición derogatoria y como ha sido interpretada por el propio Tribunal Constitucional desde su primera Sentencia de 2 de febrero de 1981 y dado el carácter preconstitucional del Decreto 693/1968, de creación del Colegio Nacional Sindical de Administradores de Fincas, ha venido a modificar el artículo 5º.1º del expresado Decreto, en el sentido de no quedar limitado el ingreso directo en el Colegio a los titulados enumerados en el precepto”.

En el fundamento jurídico cuarto, en el que se analiza el segundo motivo de casación, la determinación de si el título de arquitecto como titulación superior, habilita a quien la tenga para solicitar su ingreso por la vía directa que establece el artículo 5º en el colegio profesional de que se trata, se trae a colación el contenido de la disposición derogatoria de la Constitución, diciendo que de la misma resulta patente que habrá derogado total o parcialmente el artículo 5º.1º, en cuanto se oponga a la Constitución, y que para determinar si ello es así, han de tenerse en cuenta dos consideraciones, ambas derivadas de la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional:

Una, que los colegios profesionales aparecen en la Constitución Española vinculados al derecho al trabajo, como un apéndice, sostiene algún autor, del reconocimiento de dicho derecho. Así la Sentencia 89/1989 (Pleno) de 11 de mayo, al resolver la cuestión de inconstitucionalidad promovida en relación con el artículo 3.2 de la Ley 2/1974, de Colegios Profesionales, estableció que “el legislador al hacer uso

de la habilitación que le confiere el artículo 36 de la Constitución Española, deberá hacerlo de forma tal que restrinja lo menos posible, y de modo justificado, tanto el derecho de asociación (art. 22) como el de libre elección profesional y de oficio (art. 35), y que al decidir, en cada caso concreto, la creación de un colegio profesional, en cuanto tal, haya de tener en cuenta que, al afectar la existencia de éste a los derechos fundamentales mencionados, solo será constitucionalmente lícita cuando esté justificada la necesidad de servir a un interés público.

Otra, la aplicación del principio de igualdad en y ante la ley, que consagra el artículo 14 de la Constitución Española. Así, en la Sentencia 308/1994, se establece que:

“El principio de igualdad en y ante la ley reconocido por el artículo 14 de la Constitución Española, según se ha expresado reiteradamente por este Tribunal, significa primordialmente que los ciudadanos han de ser tratados de un modo igual en la propia ley, de lo que se deriva la interdicción de aquellas diferenciaciones legales que sean arbitrarias o desproporcionadas, carentes de la necesaria justificación objetiva y razonable. El derecho a la igualdad ante la ley impone al legislador y a quienes aplican la ley la obligación de dispensar un mismo trato a quienes se encuentren en situaciones jurídicas equiparables con prohibición de toda discriminación o desigualdad de trato que, desde otro punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada, carezca de justificación objetiva y razonable”.

En el fundamento jurídico quinto, y a la vista de las consideraciones realizadas en el anterior, expresa:

“Esas dos consideraciones han de llevar a entender que cuando el artículo 5º.1 del Decreto 693/1968, que anteriormente hemos dejado transcrito, se refiere *nominatum* a determinadas titulaciones académicas y no otras de igual grado, está estableciendo una distinción artificial y arbitraria entre titulados sin justificación alguna objetiva y razonable desde el punto de vista de la razón de ser de la norma, que puede llevar si se mantiene en sus estrictos términos, que es lo que hace la sentencia de instancia, a consideraciones jurídicas arbitrarias e irrazonables.

Todo ello hace que la sentencia merezca ser casada, en virtud del motivo de casación esgrimido, por no haber tenido en cuenta ni considerado que la disposición derogatoria, apartado 3 de la Constitución, influye directamente en conexión con los principios de igualdad e interdicción de la arbitrariedad, éste ex artículo 9.3 de la Constitución, en el artículo 5º.1 en cuanto establece la titulación necesaria para el acceso directo al ingreso en el colegio profesional de

referencia. Precepto que, por tanto, ha de entenderse modificado por la Constitución, de suerte que una titulación equivalente a las en el mismo establecidas, que es por cierto la solución adoptada en los estatutos de algún otro colegio territorial, en este caso la de arquitecto, que ostentan los actores, permita el ingreso directo de estos en el colegio profesional”.

Finalmente en el fundamento jurídico sexto se declara posible la modificación del artículo 5º.1 del Decreto 693/1968, diciéndose:

“La alegación de que un Decreto no puede ser modificado por un acto de un órgano colegiado ni por una sentencia, sino por una nueva ley que sustituya a la regulación preconstitucional, tiene ya suficiente respuesta con las referencias al alcance de la disposición derogatoria, apartado 3, de la Constitución y a los principios que informan el nuevo orden constitucional a que nos hemos referido y a los que hace referencia la Sentencia del Tribunal Constitucional 74/1994, ya citada, y que ahora sirven de fundamento a esta Sentencia, que sí puede afectar, por todo ello, al contenido de aquél, con lo que entendemos que dan respuesta suficiente a tal cuestión”.

Al parecer de esta Institución, el hecho de que sobre la base de las declaraciones reseñadas se reconociese en la precitada Sentencia el concreto derecho de los recurrentes a ingresar de forma directa en el colegio profesional, no es obstáculo para que se reconozca, a partir de sus pronunciamientos, ese mismo derecho a las personas que pudiesen justificar titulaciones equivalentes, si se tiene en cuenta que por obra de la Sentencia se ha modificado el artículo 5º.1, en los términos dichos. En aplicación del artículo 72 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Ley 29/1998, de 13 de julio, la modificación de ese precepto producirá efectos para todas las personas afectadas.

De no aceptarse esta interpretación, no podría tampoco admitirse la que ofrece el asesor jurídico aludido, pues aun cuando en la Sentencia se analiza la titulación de arquitecto superior y su aptitud para determinar el acceso directo al Colegio Profesional de Administradores de Fincas, finalmente se falla, y se reconoce de manera específica, ese derecho solamente a las personas que formularon el recurso. Habría de decirse entonces que los colegios de administradores de fincas no vendrían obligados a reconocer, con carácter general, el derecho de acceso directo a los arquitectos superiores.

No siendo esta la posición que mantiene esta Institución, sino la anticipada, que en virtud de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, de 9 de febrero de 2004, quienes ostenten titulaciones universitarias equivalentes a las que

se relacionen en el artículo 5º.1 del Decreto 693/1968, de 1 de abril, no han de encontrar obstáculos en su pretensión de ingreso directo en los colegios de administradores de fincas, que por consiguiente deberá ser tramitada de manera favorable, 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, he resuelto formular la siguiente recomendación:

“Deberá recomendarse a los Consejos Territoriales de Administradores de Fincas que en lo sucesivo se permita la colegiación a quienes ostenten titulaciones universitarias, equivalentes a las que se relacionan en el artículo 5º.1 del Decreto 693/1968, de 1 de abril, y en los Estatutos de 28 de enero de 1968”.

En aplicación de los mismos preceptos, se ha acordado al tiempo realizar la siguiente sugerencia:

“Deberá remitirse oficio al Colegio de Administradores de Fincas de Murcia, con la sugerencia de que se facilite al interesado, don (...), titulado en Ciencias del Trabajo, el acceso directo al mismo, de conformidad con la modificación operada en el artículo 5º.1 del Decreto 693/1968, de 1 de abril, por obra de la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, de 9 de febrero de 2004, en el recurso de casación 1664/1999”.

Madrid, 8 de junio de 2006.

**Recomendación dirigida al Presidente del Consejo General de Colegios de Administradores de Fincas.**



**Recomendación 49/2006, de 9 de junio, sobre diferencia del tratamiento fiscal en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, de las transmisiones mortis causa de padres a hijos y entre cónyuges, en las comunidades autónomas de régimen común y en las forales.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, págs. 425-426)*

Nos ponemos nuevamente en contacto con V. E. en relación con la queja abierta de oficio por esta Institución, sobre la diferencia del tratamiento fiscal en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, de las transmisiones mortis causa de padres a hijos y entre cónyuges, en las comunidades autónomas de régimen común y en las forales, que fue registrada con el número arriba indicado.

En 2003 se realizó una recomendación a esa Secretaría de Estado sobre la diferencia fiscal de las transmisiones mortis causa de padres a hijos y entre cónyuges. En respuesta a la misma se indicó que no se consideraba acertada la modificación unilateral del impuesto, en virtud de la aplicación del principio de lealtad institucional consagrado en el artículo 2.1 e) de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, estimando que cualquier modificación habría de ser consensuada en el seno del Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas.

A la vista de tales afirmaciones esta Institución inició investigaciones ante las distintas comunidades autónomas, siempre en la consideración de que se trata de un impuesto cedido cuya titularidad corresponde al Estado.

En el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, en principio, la normativa aplicable viene determinada por el lugar de residencia del

causante, conforme a los artículos 6 y 7 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y el artículo 70 del Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, lo que puede ocasionar diferencias en la tributación de las transmisiones de bienes, al existir distinta regulación en cada Comunidad autónoma.

La investigación iniciada pretendía conocer la repercusión económica de la desaparición del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones en cada Comunidad autónoma de las herencias directas, entendiendo por tales las que se dan entre padres e hijos y entre cónyuges, para lo cual era preciso saber el coste de la gestión del mismo, dato que no se ha podido obtener de forma general. Para hallar este elemento era imprescindible conocer, como mínimo, el ingreso recaudado por las declaraciones de este impuesto, las comprobaciones de valores efectuadas, los expedientes sancionadores y el resultado económico de todo ello, así como el personal destinado al efecto, junto con el dato de las liquidaciones cuyo resultado no determina ingreso.

En sus respuestas la mayoría de las comunidades autónomas afirman carecer de recursos para obtener dicho dato.

La posibilidad de llegar a conclusiones unitarias a fin de recomendar un trato fiscal igualitario del sujeto pasivo, con independencia del lugar de residencia en el territorio español, no ha sido posible. Sin embargo, es necesario llegar a consecuencias similares de la aplicación de la regulación fiscal, al objeto de evitar posibles discriminaciones.

El panorama normativo es muy diverso; esta dispersión dificulta a los ciudadanos para conocer el Derecho vigente en cada caso. La regulación del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones se encuentra recogida a nivel estatal en la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y ha sido cedido en determinados aspectos a las comunidades autónomas por la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las comunidades autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía.

Las comunidades autónomas han abordado de forma diversa este impuesto, casi todas han establecido mejoras en la modalidad de transmisiones mortis causa, equiparándose a la exención en casi todos los supuestos, con porcentajes superiores al 90 por 100 de reducción o bonificación y recogiendo de forma prolija los supuestos básicos de la normativa común.

El siguiente cuadro expresa de forma resumida la tributación del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

Comunidades autónomas	Grupos de parentesco. Bonificación de la B	Empresa familiar	Vivienda habitual	Minusvalías	Limitaciones	Varios
Andalucía	100% G. I y II		99,99% I y II	100%	Sí	EA
Aragón	100% G. I	95% G. I y II	100% G. I	100%	Sí	F
Asturias		99% G. I y II	Hasta 99%		Sí	C
I. Balears	99% G. I		100% G. I y II	-300.000	Sí	PL
Canarias		99% G. I y II	Hasta 225.000		Sí	A, C
Cantabria	Hasta 50.000	98% G. I y II	99% G. I	Hasta 200.000	Sí	E, S, PH, C
Castilla-La Mancha	95% G. I 20% G. II	3%		95%	Sí	EA
Castilla y León	-60.000 G. I y II	99% G. I y II	Hasta 225.000		Sí	E, PH, I
Cataluña		95%	95%	Hasta 570.000	Sí	E, PH, S, T, M, DPU
Extremadura	-70.000 G. I	100% G. I y II	100% G. I y II	Hasta 180.000	Sí	E, EA, PL
Galicia	-1.000.000 G. I			Hasta 216.400	Sí	I, C
La Rioja	99% G. I y II	99% G. I y II	95% G. I y II		Sí	EA
Madrid	99% G. I	95% G. I y II	95% G. I y II	Hasta 153.000	Sí	E, S, PH, I
Murcia	99% G.I., 95% G.II	99 %			Sí	
Comunitat Valenciana	99% G. I	95% G. I y II		99%	Sí	
Ceuta y Melilla	99% G. I y II	50% todos los grupos	50% todos los grupos	50% todos los grupos	Sí	

#### Explicación conceptual del cuadro:

Por lo que se refiere a los grupos de parentesco, el artículo 20 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones establece cuatro grupos vinculados al causante en función de su grado de proximidad en el parentesco, para los que prevé diferentes condiciones en la aplicación del resto de los preceptos del impuesto que calculan la cuota tributaria.

De las 15 comunidades autónomas de las que se han podido reunir datos, además de Ceuta y Melilla, todas incrementan las cuantías exentas establecidas por la normativa común a través de reducciones o bonificaciones, con excepción de Asturias, Canarias y Cataluña para los grupos I y II.

Por lo que se refiere a la empresa familiar, tienen esta consideración aquellas empresas que, o bien sean individuales, negocios profesionales o participaciones en entidades que constituyan la principal fuente de renta del causahabiente, y que recoja los requisitos que establece el artículo 8.4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, en el que, básicamente, se recoge la afectación de los bienes y la habitualidad de la actividad, que deja fuera de esta consideración a aquellas entidades que tengan por objeto social la gestión de patrimonios.

La transmisión de la empresa familiar encuentra un amplio margen de bonificación exceptuando en Castilla-La Mancha, Castilla y León, Galicia y Comunitat Valenciana, aunque se establecen limitaciones encaminadas a la no transmisibilidad durante un tiempo.

En lo tocante a la vivienda habitual, debe haber constituido la vivienda habitual del causante, y, en muchas comunidades, se exige que, además, lo fuera del adquirente.

La transmisión de la vivienda habitual también se encuentra bonificada, exceptuando en Galicia, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Murcia y Comunitat Valenciana, si bien se exigen determinados requisitos para ello que, en muchas ocasiones, enervan los beneficios legales, pues se requiere desde que haya constituido el domicilio del heredero hasta la permanencia en condición de tal durante unos años, lo que a veces resulta imposible, pues no siempre se puede cambiar el domicilio para obtener un determinado beneficio fiscal.

Las minusvalías. Las personas que padecen una minusvalía reconocida oficialmente también disfrutan de una reducción especial que llega al 100 por 100 en Andalucía y Aragón, anulando así la tributación por este impuesto, pero que, por el contrario, carecen absolutamente de ella en Asturias, La Rioja y Murcia. Otras comunidades

autónomas han optado por la enervación de la fiscalidad de una cuantía fija.

No obstante, la regulación difiere enormemente entre las comunidades, quedando exentos en los casos citados, y estando sujetos a reducciones que oscilan entre los 153.000 € de Madrid y los 570.000 € de Cataluña, siempre que cuenten con una minusvalía reconocida del 65 por 100 por la Seguridad Social.

Limitaciones. Todas las comunidades establecen limitaciones e incompatibilidades con las reconocidas por la normativa común en la aplicación de las reducciones o bonificaciones, estableciendo nuevos requisitos sobre los que fija la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, para tener acceso a las mismas. Las limitaciones afectan a todas las reducciones reguladas.

La última columna de la tabla recoge distintos conceptos de la regulación según las comunidades autónomas.

E. Equiparación parejas de hecho. Algunas comunidades han decidido establecer una equiparación a efectos del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones entre las parejas de hecho y los matrimonios, para que puedan beneficiarse de la inclusión en los grupos de parentesco que permiten acogerse a un alivio impositivo por las bonificaciones o deducciones. Estas comunidades autónomas son: Andalucía, Cantabria, Castilla y León, Cataluña, Extremadura y Madrid.

A. Equiparación en régimen de acogimiento o pre-adoptivo. Andalucía y Canarias, en aplicación del principio de protección a la familia, han decidido ampliar el concepto de descendientes, incluyendo entre éstos, a los únicos efectos de poderlos incorporar a los grupos de parentesco, a los menores que hayan sido acogidos o estén en situación de pre-adopción.

F. Regulación específica de la fiducia sucesoria según el Derecho civil aragonés. Se trata de un régimen único, aplicable en la Comunidad Autónoma de Aragón que recoge en la regulación autonómica del impuesto esta figura del Derecho civil aragonés, y regula los efectos que la situación de fiducia pueda tener sobre la liquidación.

C. Coeficientes. El artículo 22 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, por la que se regula el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, dispone, dentro del capítulo dedicado al cálculo de la deuda tributaria, unos coeficientes multiplicadores que se aplicarán sobre la cuota íntegra al objeto de obtener la cuota tributaria. Dichos coeficientes se establecen atendiendo al patrimonio preexistente del causahabiente, de manera que aquellos herederos que posean un patrimonio mayor

en la fecha de fallecimiento del causante, verán incrementada la cuota tributaria en un 5, 10 o 20 por 100, dependiendo del grupo de parentesco en el que se encuentren.

Para aquellos causahabientes pertenecientes a los grupos I y II, cuyo patrimonio sea inferior a 402.678,11 €, el coeficiente multiplicador es 1, por lo que la cuota no sufrirá incremento, pero a partir de esta cantidad, se establecen tres tramos como sigue:

≤ 2.007.380,43	5%
≤ 4.020.770,98	10%
Más de 4.020.770,98	20%

Aquellas comunidades que han regulado la tabla de coeficientes multiplicadores han establecido reducciones o incrementos, y en el caso de Cantabria se ha previsto el redondeo de las cantidades de patrimonio a la unidad de miles inmediatamente superior.

Asturias y Galicia han establecido para el grupo I un coeficiente multiplicador superior para el primer tramo, e inferior para los restantes, de manera que el patrimonio preexistente de los descendientes menores de 21 quedaría incrementado en los porcentajes que se señalan a continuación:

De 0 a 402.678,11	1%
≤ 2.007.380,43	2%
≤ 4.020.770,98	3%
Más de 4.020.770,98	4%

Cantabria y Canarias han regulado los mismos coeficientes que Asturias y Galicia, pero incorporando, además el grupo II.

P.L. Previsiones de regulación en nuevos proyectos de ley. Illes Balears, Cataluña y Extremadura han enviado información referente a la tramitación de proyectos de ley en los que se modificará la regulación de aquellas competencias cedidas. No se cuenta con información puntual sobre el estado de tramitación de dichos proyectos a la fecha de cierre de este informe.

S. Reducción específica para las cantidades percibidas por pólizas de seguro sobre la vida. Cantabria ha establecido una reducción

específica del 100 por 100 para las cantidades percibidas por este concepto, fijando un límite en el duplo de la cuantía que fija el Anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (baremo), en el que se recoge el sistema de valoración de los daños y perjuicios a las personas en los accidentes de circulación, cuantías que serán actualizables anualmente cuando se publique la actualización.

Madrid ha establecido una reducción específica de 9.200 € para las cantidades percibidas por este concepto para los grupos I y II.

P.H. Patrimonio histórico y cultural del Estado o las comunidades autónomas. Algunas comunidades autónomas han establecido específicamente reducciones relacionadas con la cesión pública de bienes pertenecientes al patrimonio histórico y cultural de su propia comunidad, o con la permanencia de estos bienes en el patrimonio del adquirente, como Cantabria, Castilla y León, Cataluña y Madrid.

E.A. Explotaciones agrarias. Aquellas comunidades en las que las extensiones destinadas a explotaciones agropecuarias han regulado reducciones específicas destinadas a aliviar la presión fiscal en la adquisición mortis causa de estas explotaciones, realizando una aproximación a la fiscalidad de la empresa familiar y equiparándose a la exención por el elevado porcentaje de reducción, como Castilla-La Mancha, Extremadura y La Rioja.

Cataluña también regula una reducción del 100 por 100 para aquellos derechos de pago único para agricultores profesionales hasta un límite de 36.000 € de los bienes afectos a este régimen de ayuda directa, regulado por el Reglamento (CE) 1782/2003 del Consejo, de 29 de septiembre. Igualmente aplicable a cualquiera de las personas jurídicas recogidas en el artículo 6 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de Explotaciones Agrarias.

I. Indemnizaciones percibidas de administraciones públicas. Aquellas comunidades que han decidido regular las indemnizaciones para los afectados por el síndrome tóxico y actos de terrorismo o fallecidos en misiones internacionales, dejan equiparadas a la exención por las elevadas cuantías y los porcentajes de reducción aquellas cantidades de carácter indemnizatorio recibidas de las administraciones públicas. Este ha sido el caso de Castilla y León, Galicia y Madrid.

M. Convivencia de ayuda mutua. Cataluña, con carácter único en todo el Estado, incorpora la convivencia de ayuda mutua, que define como aquella convivencia de 2 o más personas en una misma vivienda habitual que, sin constituir familia, comparten los gastos comunes, el

trabajo doméstico, tanto si la distribución es igualitaria o diferente, y con independencia de quién aporte ingresos. Asimila esta figura a los parientes del grupo III.

Por su parte, la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, recoge con carácter general para todo el territorio común reducciones para la transmisión de la empresa familiar, la vivienda habitual, los casos de minusvalía y transmisión de patrimonio histórico, por lo que las bonificaciones establecidas para estos conceptos por las comunidades autónomas suponen un aumento de beneficio fiscal general, salvo en los supuestos de incompatibilidades. Por su parte, la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de Explotaciones Agrarias dispone una bonificación general para la transmisión de estas explotaciones.

Desde la óptica del derecho de igualdad material recogido en el artículo 9.2 de la Constitución Española, sorprende que se mantengan en muchas de ellas diferencias entre los grupos I y II que define la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, por la que se regula el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones –en su artículo 20.2 *a*)–, y que engloba en el grupo I a los descendientes y adoptados menores de 21 años, y en el grupo II al resto de descendientes y cónyuges, adoptantes y ascendientes, agravando la presión impositiva sobre estos últimos respecto de los primeros. El artículo 39 de la Constitución Española establece la protección constitucional de la familia, entendida ésta como un todo, sin que establezca diferenciación entre los hijos por su edad o estado. La distinción responde, claramente, a una presunción de capacidad económica a partir de cierta edad, con lo que persigue otorgar una protección reforzada a aquellos descendientes que, en atención a su corta edad, carecieran de dicha capacidad económica para liquidar los derechos correspondientes al patrimonio de sus progenitores. Pero las circunstancias sociales en la actualidad no permiten apreciar diferencias de capacidad económica entre los 20 y los 22 años suficientes como para mantener dicha distinción. A tenor del mismo precepto constitucional, se produce un hecho singular, y es que el mismo bien puede estar sometido a imposiciones diferenciadas si hay dos o más descendientes herederos y uno de ellos es menor de 21 años, lo que podría dejarle exento de tributación por el mismo bien en comunidades como Aragón, Madrid o Comunitat Valenciana, y sujeto para el adquirente de 22 años. El término exención se usa, a efectos prácticos y por simplificar la redacción de estas conclusiones, por equiparación a los regímenes forales, pero se halla técnicamente sujeto a tributación, aunque su cuota sea 0, lo que, materialmente, supone quedar eximido de la obligación de pago.

Igualmente, el cónyuge, estaría sujeto en esas mismas comunidades, y en algunas otras, como en Andalucía, Illes Balears o Galicia, en las que también estaría sujeto a tributación, según el régimen

establecido por la Ley 29/1987, de 18 de diciembre para la empresa familiar.

Esta disgregación de las peculiaridades de tributación del mismo hecho imponible en atención a la residencia del causante, y la prolija regulación con que se recoge en cada Comunidad autónoma, suponen una dificultad añadida para el contribuyente, que, en sus quejas a la Institución, se siente discriminado y confundido por la dispersión normativa existente en el conjunto del Estado.

El contribuyente tiene que poder conocer con claridad, en aras a la certeza del derecho y por ende a la seguridad jurídica, que su vecindad es indiferente para establecer el Derecho aplicable, que en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones se fija por el lugar de residencia del causante.

El artículo 20 de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las comunidades autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía, regula las normas para determinar la residencia habitual de las personas físicas y establece en el apartado 4 la falta de eficacia del cambio de domicilio fiscal entre comunidades autónomas cuando el objetivo principal de la modificación sea lograr una menor tributación en los tributos total o parcialmente cedidos, como el impuesto de sucesiones.

De los datos estudiados se puede concluir que las comunidades autónomas próximas geográficamente a las que cuentan con régimen foral, regulan un régimen fiscal más beneficioso para sus residentes al objeto de no deslocalizar la riqueza, pues la despoblación de los municipios incide adicionalmente en los recursos de las arcas municipales, así como en los de la propia Comunidad autónoma.

Si bien es cierto que no se establecen trabas físicas para la libre circulación de personas y bienes en el territorio nacional y que la elección de residencia depende, indudablemente, del ciudadano, la regulación de una presión fiscal diferenciada sobre el patrimonio en cada Comunidad autónoma podría implicar una posible discriminación contraria al artículo 138.2 de la Constitución Española, ya que impone privilegios económicos asociados a la vecindad.

Además, la técnica legislativa empleada no parece la más adecuada a la certeza del derecho; así muchas comunidades autónomas utilizan las leyes anuales de medidas fiscales, administrativas y de orden social para introducir modificaciones en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones para años sucesivos, lo que genera mayor inseguridad en los ciudadanos.

Este panorama de dispersión con las diferencias que ocasiona en la tributación de las herencias, en aplicación de un impuesto que en cierto modo castiga el ahorro, pues somete a tributación el mismo objeto imponible, aun cuando sean distintos los hechos imponibles, junto con las consideraciones jurídicas que fueron trasladadas en su día a la Administración central llevan a recomendar nuevamente al Ministerio de Hacienda, 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:

“La adopción de la iniciativa legislativa para modificar el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, sentando las bases que deriven en una regulación de cada Comunidad autónoma que produzca unos efectos fiscales más igualitarios, de tal suerte que no se desvirtúe el contenido del artículo 31 de la Constitución Española y que la residencia no venga inducida por el tratamiento fiscal”.

Por último, esta Institución estima que las principales diferencias reseñadas sobre la tributación en este Impuesto aconsejan aunar esfuerzos para lograr una mayor similitud en las consecuencias económicas del mismo, a fin de mantener la seguridad jurídica que los contribuyentes reclaman facilitando el cumplimiento de sus obligaciones fiscales aun cuando el sujeto activo de las mismas sea otra Administración.

Asimismo, la experiencia de las quejas lleva a la necesidad de buscar una vía de coordinación y colaboración eficaz entre todas las administraciones, ya que no es extraño encontrar dificultades cuando el hecho imponible, el patrimonio y los obligados tributarios se encuentran en distintas comunidades autónomas.

Madrid, 9 de junio de 2006.

**Recomendación dirigida al Secretario de Estado de Hacienda y Presupuestos. Ministerio de Economía y Hacienda.**

**Recomendación 50/2006, de 16 de junio, sobre resolución expresa.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 424)*

Se ha recibido su informe en relación al expediente de queja arriba indicado, comunicación en la que se pone de manifiesto que se ha facilitado información verbal puntual al promotor de la queja a cuantas aclaraciones ha solicitado.

Partiendo de ese hecho, no obstante, la actuación referida contrasta con la información suministrada por el interesado acerca de la formulación de diversos escritos de reclamación realizados y no contestados, en los que ponía de manifiesto su desacuerdo con la actuación de esa Corporación municipal.

Nuestro criterio se fundamenta en que no queda al arbitrio de aquélla la resolución de los escritos, reclamaciones y recursos formulados, sino que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en su artículo 42 contempla la obligación de resolución expresa en todos los procedimientos y establece el sistema de recursos, al hilo de la exposición de motivos de la Ley 4/1999 de modificación de la Ley 30/1992, con la finalidad de reforzar las garantías jurídicas de los ciudadanos frente a la actuación de la Administración. En ese orden de cosas, el artículo 107 de la mencionada Ley habilita a los interesados para la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición frente a las resoluciones y actos de trámite, si estos últimos inciden en el fondo del asunto, que podrán fundarse en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad establecidos en los artículos 62 y 63 de aquella Ley.

De otra parte, el artículo 117.2 de la mencionada Ley establece el plazo máximo de un mes para dictar y notificar la resolución del recurso de reposición, por tanto, se fija el plazo para dar cumplimiento a esa resolución, que deberá ser motivada, de acuerdo con el artículo 54.1 b).

En suma, el marco jurídico vigente configura un sistema de garantías del ciudadano en su relación con la Administración que descansa sobre mecanismos de participación de los ciudadanos, a través de la formulación y resolución de los recursos que el ordenamiento jurídico establece, cuya finalidad responde a hacer compatible la actuación eficaz de la Administración con el ejercicio de los derechos de los ciudadanos y, en consecuencia, ese sistema debe responder a su propia naturaleza garantista, lo que conlleva la necesidad de resolver expresamente, como regla general, los recursos que se formulen y que esa resolución se encuentre motivada y notificada a los interesados con indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa; recursos y plazos que procedan para interponerlos, toda vez que, si la Administración soslaya esa actuación, puede incidir en el propio ejercicio del derecho del administrado, lo que supone, como primera consecuencia, que el ciudadano se vea impelido a ejercitar el mismo con escasa información en la que fundar el ejercicio de su derecho en la vía jurisdiccional establecida en la legislación ordinaria.

En esa línea, esta Institución estima necesario hacer reparar a esa Entidad en que el concepto de indefensión aplicado al procedimiento administrativo, exige colocarse en una perspectiva dinámica o funcional, por tanto, contemplando el procedimiento administrativo en su conjunto, y el acto administrativo final, como resultado de la suma de las distintas actuaciones y trámites de diversa naturaleza, en los que el ciudadano va teniendo oportunidades sucesivas de defenderse y de poner de relieve a la Administración sus puntos de vista.

Desde esta perspectiva, donde hablar del principio de defensa es nombrar el principio de contradicción cuya efectividad debe asegurarse en vía administrativa, es desde donde han de contemplarse los distintos estadios del procedimiento, sin perder de vista el artículo 113 de la Ley 30/1992 que atribuye a la resolución del recurso la estimación, en todo o en parte, de las pretensiones formuladas o la desestimación de las mismas y que resolverá cuantas cuestiones, tanto de forma como de fondo, plantee el procedimiento, incluso aquellas no alegadas por el interesado.

El encadenamiento de estas circunstancias cobra así especial relieve en orden a valorar la ausencia de resolución expresa en contradicción con los principios que rigen la actuación administrativa,

donde, al principio de eficacia es posible añadir el principio de confianza legítima que conforme al artículo 3.1 de la última ley citada debe presidir la actuación administrativa. En suma, la resolución de un recurso o de la reclamación que por su propia naturaleza pueda alcanzar ese carácter conforme a la finalidad en él buscada constituye, además, un deber de la Administración, que confirma y fundamenta su voluntad, expresada en el acto, que facilita el control jurisdiccional del acto al dar a conocer su motivación; el porqué de su actuación, y constituye una garantía del ciudadano para el ejercicio de su defensa frente a la resolución impugnada.

Por las razones expresadas el Defensor del Pueblo ha resuelto recomendarle, en uso de las atribuciones conferidas en el artículo 30 de la Ley 3/1981, de 6 de abril, por la que se rige esta Institución:

“Que se adopten las medidas oportunas para que, en adelante, se dicte resolución expresa a las reclamaciones y a los recursos formulados por los interesados, de conformidad con el artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y ello a través de la forma escrita, de igual modo a aquel en que lo realiza el interesado, como quiera que de esa forma se deja constancia de la resolución adoptada, motivando el sentido de tal resolución, decidiendo cuantas cuestiones, tanto de forma como de fondo, plantee el procedimiento teniéndose en cuenta todos los efectos jurídicos que se debían haber derivado de la resolución indicada, incluida la habilitación del plazo correspondiente para la interposición de acciones tanto en vía administrativa, si procede, como en vía jurisdiccional”.

Madrid, 16 de junio de 2006.

**Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Puentes Viejas (Madrid).**



**Recomendación 51/2006, de 26 de junio, sobre motivación de los actos administrativos.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 423)*

Se ha recibido su último informe, referente a la queja formulada por doña (...), que fue registrada en esta Institución con el número arriba indicado.

En relación con el contenido del mencionado informe parece posible establecer, a la vista de las consideraciones realizadas, que los presupuestos sobre los que se asentaría el acceso a la situación de excedencia por cuidado de hijos parten, en primer término, de diferenciar los dos supuestos que la norma, artículo 19 de la Ley 30/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras, contempla en sus apartados primero y segundo.

Si bien a criterio de esa Administración, tal y como se señala en la comunicación remitida, la falta de concordancia entre el supuesto de hecho y la previsión contenida en la norma desembocó en la denegación de la excedencia solicitada, al considerar que el primer supuesto requiere que el hijo sea menor de 3 años, edad que excedían los hijos de la promotora de la queja, en esta última comunicación se contempla como novedad, en ese sentido se ha entendido, que la situación desde la que se podría acceder a la excedencia por la que se aboga, podría encuadrarse en el segundo apartado recogido en la norma, abstracción hecha del requisito de que el hijo sea menor de tres años y respondiendo a la finalidad allí regulada de atender al cuidado de un familiar que se encuentre a cargo de la trabajadora o del trabajador, hasta el segundo grado inclusive de consanguinidad o afinidad que, bien por razones de edad, por accidente o por enfermedad, no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida.

Si lo anterior queda así convenido, como también comparte esta Institución, la cuestión a dilucidar estriba en las condiciones que deben concurrir para que tal posibilidad, y la concesión de los derechos que ella conlleva, pueda hacerse efectiva.

A partir de lo expresado se puede establecer, como señalamos en otra ocasión, que la mera existencia de cualquiera de las causas a priori comprendidas en este apartado no son por sí mismas suficientes para deducir la existencia del derecho, razón por la que se requiere la prueba de la necesidad o notoriedad de que el hijo mayor de tres años, o el familiar, reuniendo los demás requisitos, necesita del cuidado del trabajador a su cargo que solicita la excedencia.

Lo expuesto significa que la mera invocación de la concurrencia de los señalados requisitos, así como la necesidad de acogerse a esas situaciones, en la correspondiente solicitud, no permite discriminar con la debida profundidad acerca de si tales circunstancias alcanzan la relevancia debida en términos de “fundamentación” de la referida solicitud, y configuran e integran ese supuesto de hecho, al que se anude como consecuencia jurídica la concesión del derecho mencionado.

No obstante y puesto que, como se reconoce y se comparte, es indudable la relevancia de esta excedencia que debe su origen al cuidado de los hijos, en el marco y finalidad perseguida por la Ley mencionada en orden a la consecución de la efectiva conciliación de la vida familiar y laboral, se hace también necesario que en la valoración que, junto a la comprobación de la existencia de esos presupuestos, se lleve a cabo por esa Administración, se sopesen y recoja con la debida profundidad y fundamento su actuación administrativa resolutoria, toda vez que su posición, en calidad de empleadora, aparece vinculada a la cualidad de garante del ejercicio del derecho solicitado, desde la perspectiva de constituirse en actos que limitan derechos subjetivos o intereses legítimos para los que se requiere su expresa motivación conforme al artículo 54.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En este sentido se puede traer a colación la doctrina del Tribunal Supremo acerca de la motivación de los actos administrativos, en relación con lo establecido en el mencionado precepto. Así, en Sentencia de 20 de enero de 1998 se expresa:

“Ciertamente el artículo 54.1 de la Ley 30/1992 exige que sean motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho los actos a que alude, consistiendo la motivación, como bien es sabido, en un razonamiento o en una explicación, o en una expresión

racional del juicio, tras la fijación de los hechos de que se parte y tras la inclusión de éstos en una norma jurídica, y no sólo es una «elemental cortesía», como expresaba ya una Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de julio de 1981, ni un simple requisito de carácter meramente formal, sino que lo es de fondo e indispensable, cuando se exige, porque sólo a través de los motivos pueden los interesados conocer las razones que «justifican» el acto, porque son necesarios para que la jurisdicción contencioso-administrativa pueda controlar la actividad de la Administración, y porque sólo expresándolos puede el interesado dirigir contra el acto las alegaciones y pruebas que correspondan según lo que resulte de dicha motivación que, si se omite, puede generar la indefensión prohibida por el artículo 24.1 de la Constitución, mas la motivación ha de ser suficientemente indicativa, lo que significa que su extensión estará en función de la mayor o menor complejidad de lo que se cuestiona o de la mayor o menor dificultad del razonamiento que se requiera, lo que implica que pueda ser sucinta o escueta, sin necesidad de amplias consideraciones, cuando no son precisas ante la simplicidad de la cuestión que se plantea y que se resuelve” (FJ 4º).

Desde esta perspectiva aplicada al supuesto en cuestión, el análisis de las actuaciones que comprenden las solicitudes formuladas y su inicial denegación, no así la reclamación previa formulada y su resolución, permiten establecer, a nuestro criterio, que ni la denegación de la excedencia por esta causa, ni la posterior denegación de la solicitud de permiso sin sueldo podrían considerarse motivadas.

En efecto, el simple sellado de las solicitudes formuladas como “denegado” realizado en los mismos impresos de solicitud, no parece cumplir con las finalidades conferidas por la indicada doctrina en cuanto a la fundamentación de los actos administrativos, en este caso, denegatorios, máxime cuando las peticiones realizadas, aun cuando presentan características distintas participan, como común denominador, de la misma naturaleza de dedicación y aportación del trabajador, actuación especialmente relevante puesto que se trata no sólo de su dedicación personal, sino también de su salario.

En lo que atañe al fondo del asunto, a las razones esgrimidas con posterioridad a esa denegación, bien resolviendo la reclamación previa para la primera solicitud o en contestación a esta Institución en el caso del permiso sin sueldo, a juicio de esa administración sanitaria, no habría quedado debidamente probada la concurrencia de los requisitos y de la aludida necesidad, por parte de la solicitante.

Sobre este aspecto, como hemos venido sosteniendo, esta Defensoría debe mantener sus reservas acerca de que, en este caso, no resultara notorio y por tanto podría estar exento de prueba que,

advertido por la interesada que la excedencia tenía por finalidad el cuidado de sus hijos que se solicitaba dentro del periodo vacacional y no escolar y ello conforme a la Ley de Conciliación, no pudiera apreciarse tal necesidad, que se reiteró y reprodujo, esta vez mediante la solicitud de un permiso sin sueldo días más tarde, con la misma motivación.

La lectura y valoración de ambas actuaciones administrativas denegatorias no motivadas, a la vista de la finalidad buscada por la promotora de la queja, no puede ser valorada favorablemente ni compartida por esta Institución.

Como tampoco puede compartirse que tras aquellas actuaciones se invoque genéricamente, a posteriori, la existencia de necesidades del servicio como fundamento de la denegación del permiso solicitado. Sobre este aspecto, esta Institución no desconoce que tal principio impera como exigencia de una eficaz prestación de la asistencia sanitaria dada su naturaleza de servicio público esencial.

Sin embargo, la confrontación de los intereses en juego, aun contando con la relación de sujeción especial del vínculo estatutario, merece que también aquí, a nuestro juicio, el acto denegatorio se sustente en una suficiente motivación.

Este criterio cobra relevancia si se atiende a la indudable importancia que el Tribunal Constitucional otorga al estudio de estas situaciones donde, como se expresó con anterioridad (Sentencia del Tribunal Constitucional 203/2000), "... se ha de efectuar su análisis atendiendo a las circunstancias concurrentes, y sobre todo, a la trascendencia constitucional de este derecho de acuerdo con los intereses y valores familiares a que el mismo responde".

Así, se estaría observando también por la doctrina judicial respecto a la interpretación de estas previsiones legales aun cuando el supuesto de hecho era diferente, por ejemplo en la Sentencia de 12 de marzo de 2001, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia:

"... con este modo flexible de entender la regulación de esta figura de excedencia se contribuye mejor al logro de los propósitos de facilitar la paternidad y maternidad de los trabajadores y de compaginar actividad laboral por cuenta ajena y vida familiar que pretende la norma inspirándose directamente en los principios de protección social, económica y jurídica de la familia que proclama el artículo 39.1 de la Constitución Española y que cada vez encuentran más reflejo en el Derecho positivo, a tenor de lo que muestran las Directivas de la Unión Europea de 1992/85 y 1996/34 y, en el ámbito interno, la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales y la muy

reciente Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”.

Además, esta Sala ya tuvo oportunidad de decir, en su Sentencia de 14 de noviembre de 2000, número 1503, doctrina aplicable, *mutatis mutandis*, que: «La Sala, dado el contexto normativo expuesto, entiende que, aunque ambas interpretaciones serían posibles, debe decantarse por aquella que asegura más la protección e interés del menor, pues es un imperativo derivado del artículo 3 de la Convención de Derechos del Niño (*Boletín Oficial del Estado* de 31 de diciembre de 1990), que refiere: “1) En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2) Los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3) Los Estados partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”. Ello en relación a los artículos 39.4 de la Constitución Española y 2 y 11.2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

En definitiva, la Sala, con la interpretación antecedente, debe asegurar el interés superior del menor, que es supremo y tiene primacía sobre cualquier otra consideración, dado que la interpretación restrictiva conduciría, cuando menos indirectamente a disuadir a las interesadas del disfrute de la suspensión por maternidad, que, en definitiva, resultaría en perjuicio del niño o menor. En consecuencia, el recurso se rechaza, pues, en resumen, como nos impone el artículo 3 del Código Civil, la Sala debe atenerse al criterio interpretativo que confiere a la norma efectividad, de tal forma que, al alcanzar la finalidad perseguida, disipa toda suerte de uso simbólico del Derecho o de la norma; dado que, como ha tenido oportunidad de referir la doctrina más autorizada; elemento esencial, para la aplicación de la norma y para su interpretación, es atender al propósito que la inspira» (fundamento de derecho 2º).

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, he resuelto formular la siguiente recomendación

“Que por esa administración sanitaria se valore la oportunidad y conveniencia de dictar las instrucciones necesarias a fin de que, en adelante, los actos administrativos susceptibles de limitar derechos subjetivos o intereses legítimos estén motivados conforme al artículo 54.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

Madrid, 26 de junio de 2006.

**Recomendación dirigida al Viceconsejero de Asistencia e Infraestructuras Sanitarias. Comunidad de Madrid.**

**Recomendación 52/2006, de 26 de junio, sobre la oportunidad de dictar instrucciones precisas, en orden a la aplicación de la técnica “inyección intracitoplásmica de espermatozoides” a todas aquellas personas con problemas de fertilidad, que reúnan las condiciones personales establecidas en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 431)*

En su momento, compareció ante esta Institución doña (...), solicitando nuestra intervención.

Mediante su escrito ponía de relieve que:

1. Tras intentar, durante más de dos años, un embarazo de forma natural, sin conseguirlo, su marido y ella fueron sometidos a un estudio completo en la unidad de reproducción asistida del hospital Marqués de Valdecilla, de Santander.

2. Una vez efectuado el mencionado estudio, su marido siguió diferentes tratamientos, tras los cuales los especialistas médicos determinaron que era necesario aplicar la técnica de fecundación in vitro.

3. Al ser incluidos en la correspondiente lista de espera, los especialistas de la mencionada unidad informaron que las parejas que ya tienen un hijo biológico, como es su caso, no pueden acceder a tratamiento de fertilidad.

4. En el momento de solicitar atención en el centro hospitalario, advirtieron expresamente que ya tenían un hijo de cuatro años, circunstancia que no impidió la realización de un estudio acerca de las causas que originan la infertilidad y la realización de diferentes pruebas clínicas.

Iniciada la oportuna investigación, ese Servicio de Salud ha informado que los especialistas del hospital Marqués de Valdecilla conocían la existencia de un hijo sano de la pareja; que el estudio de la esterilidad lo fue para determinar su causa y proponer una técnica de reproducción humana asistida; que la técnica propuesta ha sido la de “inyección intracitoplásmica de espermatozoides”; que ésta es la única técnica de reproducción humana asistida que no puede aplicarse en el caso de la interesada, debido al elevado número de personas sin hijos que se encuentran en lista de espera; y que las técnicas médicas más avanzadas no pueden constituir el núcleo del contenido de la acción protectora en un marco universal.

Esta Institución no puede compartir, en modo alguno, el criterio sustentado por ese organismo para justificar la exclusión de una prestación sanitaria que, a tenor del marco legal vigente en la materia, debe ser facilitada directamente a las personas y financiada con cargo a fondos estatales adscritos a la sanidad, con fundamento en razones de organización y funcionamiento de los servicios sanitarios, como es la extensión de las listas de espera.

En este sentido, y por lo que se refiere al contenido de la acción protectora del Sistema Nacional de Salud, cabe comenzar señalando que la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, dedica una atención preferente a las prestaciones del Sistema, definiendo el catálogo de prestaciones como el conjunto de servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores y de promoción de la salud dirigidos a los ciudadanos. Según se refleja en la exposición de motivos de este texto legal, el mencionado catálogo incorpora las prestaciones contempladas en el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, de ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud.

En conexión con lo anterior, y respecto al alcance y extensión de la atención sanitaria, es importante tener presente que, en desarrollo de lo previsto en la Ley General de Sanidad, el mencionado Real Decreto establece las concretas prestaciones sanitarias que deben ser facilitadas directamente por el Sistema Nacional de Salud y financiadas con cargo a la Seguridad Social, o a fondos estatales adscritos a la sanidad. Entre estas prestaciones figuran el diagnóstico y tratamiento de la infertilidad.

En un plano de mayor concreción, la reciente Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, determina las técnicas que reúnen las condiciones de acreditación científica y clínica, citando, expresamente y entre ellas, la “fecundación in vitro e inyección intracitoplásmica de espermatozoides”.

Por lo que se refiere a los usuarios de las mencionadas técnicas, este último texto legal establece, en su artículo 6, que toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa; que la mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas con independencia de su estado civil y orientación sexual; y que las técnicas de reproducción asistida se realizarán cuando haya posibilidades razonables de éxito y no supongan riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o de la posible descendencia.

De lo anteriormente expuesto cabe extraer, a modo de conclusión, las dos siguientes consideraciones: en primer lugar, que la técnica “inyección intracitoplásmica de espermatozoides” es una de las prestaciones que debe facilitar el Sistema Nacional de Salud; y, en segundo término, que el marco legal en la materia no excluye de esta prestación a las personas con un hijo biológico, pero con problemas de fertilidad. Ello con independencia de los criterios de prioridad que puedan establecer las administraciones con responsabilidad en la gestión de la asistencia sanitaria.

En esta línea de exposición, hay que dejar constancia de que, en el curso de las investigaciones llevadas a cabo por el Defensor del Pueblo, se ha constatado la existencia de extraordinarias listas de espera para el acceso a las técnicas a las que se viene haciendo referencia, como consecuencia del insuficiente número de centros y servicios donde se llevan a cabo, extremo este que ha sido reconocido ante esta Institución por el Ministerio de Sanidad y Consumo. Esta disfunción ha dado lugar a que los servicios de salud hayan establecido criterios de indicación, a través de listas de espera con diferente prioridad, sin que ello implique, obviamente, la exclusión de personas por razones ajenas a las estrictamente asistenciales.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, esta Institución ha acordado dirigir a V. I. las siguientes:

Recomendación: «Que por ese Servicio de Salud se valore la oportunidad de dictar las instrucciones precisas, en orden a la aplicación de la técnica “inyección intracitoplásmica de espermatozoides” a todas aquellas personas con problemas de fertilidad y que reúnan las condiciones personales establecidas en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida», y

Sugerencia: «Que, en consonancia con la anterior recomendación, que por ese Servicio de Salud se valore la conveniencia de adoptar las

medidas pertinentes para la inclusión de la señora (...) en la correspondiente lista de espera para la aplicación de la técnica “inyección intracitoplásmica de espermatozoides”».

Madrid, 26 de junio de 2006.

**Recomendación dirigida al Director Gerente del Servicio Cántabro de Salud del Gobierno de Cantabria.**

**Recomendación 53/2006, de 5 de julio, sobre el contenido de las convocatorias de las pruebas de aptitud que se celebren en la Universidad de Murcia para la homologación de títulos.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 423)*

Presentada queja ante esta Institución por doña (...) y registrada con el número (...), se dio por admitida al estimar que reunía los requisitos legalmente establecidos y se promovió la investigación sumaria e informal para el esclarecimiento de los supuestos en que se basaba, dando cuenta de ello a V. E., mediante comunicación del día 11 de octubre de 2005 (se adjunta fotocopia), a los efectos que prevé el artículo 18 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora de nuestra Institución.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, la solicitud de información fue requerida directamente a V. E., ya que dicho precepto dispone que sea precisamente la superior autoridad del organismo o dependencia a la que el Defensor del Pueblo se dirija, la que asuma la responsabilidad del informe sobre las cuestiones que le sean planteadas. Sin embargo el informe de esa Universidad que responde a la solicitud de esta Institución y que traslada la Secretaría General de la Universidad, viene firmado por el presidente del tribunal de la prueba que constituye el objeto de la queja. Ruego por tanto a V. E. que imparta las instrucciones oportunas para que, en lo sucesivo, los informes remitidos al Defensor del Pueblo provengan de la autoridad a la que esta Institución se hubiera dirigido.

Por otra parte, el informe que remite la Secretaría General de esa Universidad, no alcanza a dar cumplida respuesta a las cuestiones sobre las que versa la presente investigación, ni tampoco la documentación que lo acompaña.

Sin embargo, su contenido permite confirmar el incumplimiento, por esa Universidad, del apartado octavo de la Resolución de 22 de marzo de 2004, del decano de la Facultad de Medicina, dado que ni de los datos aportados por la reclamante en su momento, ni de los remitidos por esa Universidad se desprende que el nombre de la participante quedara incluido en la relación nominal en la que quedaron publicados los resultados obtenidos por cada ciudadano presentado a la prueba, lo que implica a su vez la inobservancia del mandato contenido en el punto séptimo de la orden del Ministerio de Educación y Ciencia de 21 de julio de 1995 –por la que se establecen los criterios generales para la realización de pruebas de conjunto, previas a la homologación de títulos extranjeros de educación superior–, que obliga a las universidades a hacer pública, al término de cada convocatoria, “una relación nominal con las calificaciones obtenidas por los interesados, especificando la materia o materias superadas”.

La única información que se recoge en el informe del presidente del Tribunal –y que dirige al decano de la Facultad de Medicina–, relativo a algunas características de la “prueba general”, acierta a dar respuesta a una de las cuestiones planteadas por el Defensor del Pueblo, relativa a la posibilidad de superar independientemente cada una de las asignaturas en la prueba general. Sin embargo, la información remitida –respecto a que en la “prueba general” solo se admite la calificación de apto cuando todas las materias se superan al 50 por 100 de forma independiente, sin que sea posible su aprobación parcial por materias individualmente– no es posible deducirla de la Resolución del decano de 22 de marzo de 2004, por la que se convocaron las pruebas –en cuyo apartado sexto se menciona la posibilidad de respetar las materias superadas con anterioridad, sin especificar si se refieren a la prueba de carácter general o específico–, ni tampoco de las normas generales del ejercicio, una de las cuales señala expresamente que “cada una de las asignaturas puede superarse independientemente”, sin señalar si se refiere a una o a otra prueba.

En consecuencia de todo cuanto antecede, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, recordamos a V. E., como máxima autoridad académica de la Universidad de Murcia, su deber legal de vigilar el estricto cumplimiento de los preceptos normativos y reglamentarios que regulan su actividad.

Asimismo, y si bien el nuevo marco jurídico regulador de las condiciones de homologación de títulos y estudios extranjeros de educación superior, ha suprimido la clasificación de las pruebas de conjunto de carácter general y las de carácter específico, del análisis de la presente queja se desprende la conveniencia de recomendar a V. E.:

“Que las convocatorias de las pruebas de aptitud que en aplicación de la Orden ECI/1519/2006, de 11 de mayo, se realicen en esa Universidad, señalen de manera inequívoca el contenido y alcance de la prueba y el sistema de corrección, calificación y reclamación”.

Madrid, 5 de julio de 2006.

**Recomendación dirigida al Rector de la Universidad de Murcia.**



**Recomendación 54/2006, de 13 de julio, para la reforma de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección a Testigos y Peritos en Causas Criminales.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, págs. 419-420)*

Agradecemos sinceramente su atento escrito de fecha 3 de febrero de 2006 (s/ref.: registro de salida número 62 de 10 de febrero), en relación con la queja planteada por don (...) y registrada con el número de referencia arriba indicado.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 31.1 de la Ley Orgánica 3/1981, informamos a la persona compareciente del resultado de las actuaciones practicadas con motivo de la tramitación de la presente queja, así como de la comunicación recibida de ese organismo, dando por concluida la investigación, en relación con el caso concreto planteado en la presente queja.

El estudio de la presente queja ha permitido a esta Institución realizar un detenido análisis del tratamiento que ofrece nuestro ordenamiento jurídico a la figura procesal del testigo protegido, instrumento de indudable valor en la lucha, entre otros, contra el crimen organizado, el terrorismo, la trata de blancas o el tráfico de inmigrantes ilegales, y que se encuentra actualmente regulado en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección a Testigos y Peritos en Causas Criminales.

Aunque la citada norma reconoce en su exposición de motivos su brevedad, el paso del tiempo ha puesto de manifiesto que estamos ante una ley plagada de lagunas jurídicas y obsoleta, máxime si se tiene en cuenta que durante más de diez años se ha venido incumpliendo lo establecido en su disposición adicional segunda en lo que a su desarrollo reglamentario se refiere.

En este sentido, cuestiones tales como el no determinar el departamento ministerial competente para hacerse cargo de los gastos ocasionados de la protección al testigo (como pueden ser, por ejemplo, el cambio de residencia y el lugar de trabajo), así como el órgano competente para facilitarle una nueva identidad y su reflejo en los registros públicos, o, como el caso que nos ocupa, referido a la inejecución del mandato judicial, quedan claramente sin una respuesta satisfactoria en la actual regulación.

Durante la última década y a raíz de importantes y desgraciados acontecimientos en el ámbito internacional, el Derecho internacional público ha mostrado un especial interés en la búsqueda de mecanismos de protección para testigos, tal y como lo demuestra la Resolución 827/1993, de 25 de mayo, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, referente a la antigua Yugoslavia, y la línea jurisprudencial marcada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Esta clara tendencia se refleja también en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, en sus reglas de procedimiento y prueba, así como en el Reglamento de la Corte, contemplando, incluso, la creación de un departamento y oficinas de asistencia a víctimas y testigos.

En el marco de nuestro Derecho comparado podemos destacar el caso de Italia, donde se han abordado muchas de las cuestiones todavía pendientes en nuestro país. La difícil situación en Italia en lo que se refiere a la lucha contra el crimen organizado, que tiene su ámbito de actuación en el sur del país, obligó al Gobierno a introducir, en el año 1991, las primeras disposiciones normativas que articulaban un sistema de protección a colaboradores con la Justicia. La última de las reformas realizada es de fecha 13 de febrero de 2001, después de cuatro años de intenso debate parlamentario y arduos trabajos no exentos de polémica, donde se regula la protección y tratamiento sancionador de los colaboradores con la Justicia, diferenciándolos claramente de la figura del testigo protegido.

Sin duda alguna, su experiencia puede ayudar, en gran medida, a nuestro legislador a evitar que los problemas surgidos de la aplicación de la ley italiana se reproduzcan en España, pudiendo perfeccionar, si cabe, el sistema de garantías de protección a los testigos protegidos.

La actual regulación italiana determina de forma precisa los órganos competentes para proponer, definir, decidir, ejecutar y aplicar el sistema adecuado de protección al testigo en cada caso, delimitando las competencias y responsabilidades entre el procurador de la República, jefe de Policía, una Comisión Central (integrada por un subsecretario de Estado del Ministerio del Interior, dos magistrados

y cinco oficiales de Policía) y el Servicio Central de Protección, orgánicamente adscrito al Departamento de Seguridad Pública de la Policía Estatal.

Asimismo, establece un régimen de medidas especiales de protección y de asistencia económica para el testigo protegido de diferente contenido respecto a aquellas previstas para la figura de los colaboradores con la Justicia, resaltándose de esta forma la profunda diferencia entre el delincuente colaborador y el ciudadano que cumple con su deber. El marco de medidas establecidas varía en función de la gravedad del peligro y se diferencia entre dos grupos de medidas: por un lado, medidas especiales de protección y, por el otro lado, el programa especial de protección. En relación al primer grupo de medidas, se recogen, de forma expresa, entre otras: medidas de tutela por parte de los órganos policiales, soluciones técnicas de seguridad, traslados a lugares distintos a los de residencia o intervenciones dirigidas a facilitar la reinserción social. Por otro lado, y sólo en el caso de que este primer grupo de medidas resultaren insuficientes en función de la gravedad de peligro existente, se procederá a un programa especial de protección cuyas medidas podrán incluir un cambio de identidad y medidas de asistencia económica, entre otras.

Sin duda alguna, la experiencia de nuestro Derecho comparado ayudará a abordar la problemática en España, creando un sistema de garantías reales y efectivas para los ciudadanos que colaboren en el esclarecimiento de delitos.

El *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, de fecha 10 de febrero de 2006, despeja algunas dudas de los planes del Gobierno para abordar la citada reforma. Ante la pregunta de un miembro de la Comisión de Justicia sobre las previsiones del Ministerio de Justicia en relación a esta cuestión, el secretario de Estado de Justicia reconocía en su respuesta la insuficiencia de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección a Testigos y Peritos en Causas Criminales, y su falta de desarrollo reglamentario, y manifestaba que se había constituido en el Ministerio un grupo de trabajo interdepartamental con otros ministerios y con el Ministerio Fiscal para abordar la reforma de la citada ley y su correspondiente desarrollo reglamentario, confirmando que ya se estaba trabajando con diversos borradores de trabajo. Sin embargo, a fecha de hoy, esta Institución no tiene conocimiento de que se hayan concluido los mencionados trabajos ni que exista un documento definitivo de anteproyecto de ley.

La problemática actual derivada de la falta de respuesta de nuestro ordenamiento jurídico se ha agravado, si cabe, a raíz de los atentados ocurridos en fecha 11 de marzo de 2004, existiendo en este

momento y únicamente sobre los citados hechos, alrededor de cuarenta testigos protegidos en el sumario de la causa. En los últimos días, en diversos medios de comunicación se ha publicado la noticia del tiroteo sufrido por un confidente policial en los atentados del 11-M, hecho que pone de manifiesto la inseguridad y escasas garantías que ofrece la actual regulación a los colaboradores con la Justicia.

A la vista de lo expuesto, esta Institución al amparo del artículo 30 de su Ley Orgánica reguladora y en la medida en que la cuestión expuesta afecta a derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, ha valorado la conveniencia de dar traslado a V. E. de la siguiente recomendación:

“Primero. Que el Ministerio de Justicia impulse la correspondiente iniciativa legislativa para la reforma de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección a Testigos y Peritos en causas criminales, valorando la conveniencia de diferenciar entre el colaborador de la Justicia y el testigo protegido y, en su caso, estableciendo de forma precisa el régimen jurídico de los mismos y los efectos y consecuencias procesales y extraprocesales de su cooperación y testimonio, así como los sistemas efectivos de protección, los órganos competentes para proponer y aprobar la condición de colaborador y testigo protegido y los órganos responsables de la aplicación y ejecución de las medidas, entre otras cuestiones.

Segundo. Que se contemple la retroactividad de la norma con objeto de incluir en el nuevo sistema de protección a los ciudadanos que tuvieran reconocida la condición de testigo protegido previamente a la entrada en vigor de la reforma.

Tercero. Que tras la aprobación de la ley no se dilate en el tiempo su desarrollo reglamentario, indispensable para su correcta aplicación”.

Madrid, 13 de julio de 2006.

**Recomendación dirigida al Secretario de Estado de Justicia. Ministerio de Justicia.**

**Recomendación 55/2006, de 14 de julio, para que se proceda con la mayor celeridad a una reforma del Reglamento General de Circulación, en la cual se establezcan las obligaciones y responsabilidades apropiadas para garantizar la seguridad de los menores que viajen en vehículos autotaxi.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 419)*

Ha comparecido ante esta Institución, mediante el correspondiente escrito, doña (...), con domicilio en Madrid, calle (...).

Sustancialmente se refiere a una noticia publicada en los medios de comunicación, en la que se indica que los menores de tres años no podrán viajar en los taxis, por la entrada en vigor del denominado “carné por puntos”, lo que perjudica enormemente a muchas familias.

Esta Institución conoce que, en desarrollo de disposiciones del Derecho comunitario europeo, que permite que los taxis no utilicen sillas especiales para niños en vías urbanas, sin que ello impida el viaje de éstos, siempre que los Estados miembros de la Unión Europea así lo determinen, la Dirección General de Tráfico remitió una circular el 19 de julio de 2004 a los jefes provinciales y locales de Tráfico en la que se exponía la conveniencia de anticipar la aplicación de la necesaria modificación del Reglamento General de Circulación, y que, en consecuencia, no se sancionase a los taxistas que circularan en vías urbanas sin las sillas especiales de referencia.

La polémica que reflejan profusamente los medios de comunicación, se ha reavivado como consecuencia de la entrada en vigor el 1 de julio último del mencionado “carné por puntos”, pues al anudarse la pérdida de puntos con el no uso de las sillas especiales, sin que se distinga entre los taxis y los demás vehículos automóviles, se ha llegado a pensar que los taxistas corrían el riesgo de perder puntos por

este hecho, lo que ha llevado a muchos a no aceptar como clientes a personas mayores acompañadas de niños, con el consiguiente perjuicio para las familias e insatisfacción ciudadana.

Esta Institución conoce también que esa Dirección General ha aclarado públicamente que no sancionará a los taxistas que no lleven sillas infantiles en áreas urbanas, siendo sólo obligatorio el uso en carretera; en este último caso, serán los padres o acompañantes del menor, ha indicado esa Dirección General, los responsables de preocuparse por llevar los sistemas de retención infantil en los viajes por carretera.

Si bien esta Institución considera que tanto la circular citada de 19 de julio de 2004 como las recientes declaraciones de la Dirección General de Tráfico, contribuyen a aclarar las dudas que se han suscitado sobre el problema de referencia, resulta evidente que las dudas surgen precisamente por razones de inseguridad jurídica; en concreto, porque no se ha producido la pertinente y precisa modificación del Reglamento General de Circulación, cuestión pendiente desde hace más de dos años y que, de llevarse por fin a cabo, aclararía definitivamente el problema de interpretación jurídica aludido. Habría de tratarse en la reforma de garantizar, ante todo, la máxima seguridad para los menores que viajen en taxi y, desde esta premisa prioritaria e ineludible, establecer los deberes y responsabilidades de los taxistas y, en su caso, de los adultos acompañantes.

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 admite a trámite y se promueve la investigación sumaria e informal para el esclarecimiento de los supuestos en que se basa, dando cuenta de ello a V. I. a los efectos previstos en el artículo 18.1 de dicha Ley Orgánica y en el artículo 12.1 b) de su Reglamento de 6 de abril de 1983.

Se ha valorado, asimismo, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, la conveniencia de formular a V. I. la siguiente recomendación:

“Que se proceda con la mayor celeridad a una reforma del Reglamento General de Circulación, en la cual se establezcan las obligaciones y responsabilidades apropiadas para garantizar la seguridad de los menores que viajen en vehículos autotaxis”.

Madrid, 14 de julio de 2006.

**Recomendación dirigida al Director General de Tráfico.  
Ministerio del Interior.**

**Recomendación 56/2006, de 24 de julio, para atender la demanda de copias de documentos.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 418)*

Agradecemos sinceramente su atento escrito (s/ref. S-324), en relación con la queja planteada por don (...) y registrada con el número de referencia arriba indicado.

De dicho informe se desprende que esa administración está estudiando la posibilidad de gestionar la compra de máquinas fotocopadoras, siempre dentro de las disponibilidades presupuestarias, para el servicio de internos, conforme a lo sugerido por esta Institución.

Dado que se ha apreciado una disposición favorable de esa administración a cubrir una demanda que efectivamente existe y que actualmente no se encuentra satisfecha, se ha estimado la necesidad, al amparo del artículo 30 de nuestra Ley Orgánica reguladora, en la medida en que la solución que estudia desarrollar esa administración pudiera demorarse en el tiempo por motivos burocráticos más allá de lo que sería deseable, de dar traslado a V. I. de la siguiente recomendación:

“Que se estudie la posibilidad, entre tanto se procede a la compra de máquinas fotocopadoras, de atender la demanda de copias de los propios documentos de los internos, a través de algún ordenador personal de los que en la actualidad se dispone en cada centro, dotado de una impresora multifunción (impresora, escáner y fotocopadora), de modo que las dificultades que pudieran surgir en la adquisición de nuevas fotocopadoras no retrasen la puesta a disposición de los

reclusos de un sistema normalizado de realización de copias de sus propios documentos dentro de prisión”.

Madrid, 24 de julio de 2006.

**Recomendación dirigida a la Directora General de Instituciones Penitenciarias. Ministerio del Interior.**

**Recomendación 57/2006, de 24 de julio, para que se promuevan las oportunas reformas legislativas en las leyes procesales que así fuera necesario, para que se garantice el pago de los honorarios profesionales de los peritos designados por los órganos judiciales, en fase de ejecución en materia laboral, cuando se declare la insolvencia del ejecutado.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 420)*

Agradecemos sinceramente su último escrito (s/ref. salida número 64), en relación con la queja planteada por don (...) y registrada con el número de referencia arriba indicado.

Como sin duda le consta, esta Institución inició una investigación como consecuencia de la queja planteada por el señor (...), en la que exponía su preocupación por el hecho de que tras ser nombrado perito judicial en la ejecución de un procedimiento laboral, por el Servicio Común de Designación de Peritos, habían resultado infructuosas todas las gestiones llevadas a cabo por el promovente, tanto ante el Juzgado de lo Social como ante la Consejería de Justicia e Interior de la Comunidad de Madrid, en orden a que le fueran satisfechos sus honorarios.

Al parecer, y en apoyo a su negativa a satisfacer la cantidad adeudada, la Consejería citada había esgrimido un Real Decreto de 15 de octubre de 1900.

Ello motivó que se iniciase una investigación con ese Departamento, en orden a conocer la realidad de los hechos expuestos y si, en su caso, existía la previsión de modificar dicha norma para adecuarla a las exigencias actuales, deseando conocer también las soluciones que se adoptan para afrontar el pago de los honorarios devengados en situaciones como la descrita.

Recientemente se ha recibido la contestación de ese Ministerio, y tras un detenido examen del contenido de la misma, esta Institución no puede por menos de trasladar una serie de consideraciones.

Según se desprende de la documentación que fue remitida por el promovente de la queja, la pericia que se efectuó, en el asunto motivo de esta queja, se produjo tras una solicitud del Juzgado de lo Social número 19 de Madrid, procedimiento de ejecución número 7/2004 y al amparo de lo establecido en el artículo 259 de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril. Asimismo y conforme se comprueba de la documentación enviada en su momento por el interesado, el citado Juzgado le requirió, una vez designado por el Servicio Común de Designación de Peritos, para que procediese a la peritación pendiente.

Es decir, en el presente supuesto, nos encontramos en fase de ejecución con unos bienes embargados, y el Juzgado, al amparo de la citada norma, solicita la designación de un perito para llevar a cabo la tasación de los bienes.

En este sentido, el citado precepto determina en su apartado 1º:

#### Artículo 259.

1. Cuando fuere necesario tasar los bienes embargados previamente a su realización, el órgano judicial designará el perito tasador que corresponda de entre los que presten servicio en la Administración de justicia, y además, o en su defecto, podrá requerir la designación de persona idónea a las entidades obligadas legalmente a asumir la peritación.

Asimismo en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de aplicación supletoria en el proceso laboral, se recoge, en su artículo 638, la designación de perito para la tasación de los bienes embargados del ejecutado. Dicho precepto establece:

Artículo 638. Nombramiento de perito tasador, recusación e intervención de ejecutante y ejecutado en la tasación.

1. Para valorar los bienes, se designará el perito tasador que corresponda de entre los que presten servicio en la Administración de justicia. En defecto de éstos, podrá encomendarse la tasación a organismos o servicios técnicos dependientes de las administraciones públicas que dispongan de personal cualificado y hayan asumido el compromiso de colaborar, a estos efectos, con la Administración de justicia y, si tampoco pudiera recurrirse a estos organismos o servicios, se nombrará perito tasador de entre las personas físicas o jurídicas que figuren en una relación, que se formará con las listas que

suministren las entidades públicas competentes para conferir habilitaciones para la valoración de bienes, así como los colegios profesionales cuyos miembros estén legalmente capacitados para dicha valoración.

2. El perito designado por el tribunal podrá ser recusado por el ejecutante y el ejecutado que hubiere comparecido.

Conforme hace constar el propio Ministerio en su informe del pasado 3 de febrero, la intervención de peritos en el proceso laboral, en cuanto al devengo y pago de honorarios, suscita una problemática no siempre bien resuelta por el ordenamiento jurídico, y donde mayor incidencia tiene es en la ejecución laboral que solo obtiene respuestas satisfactorias cuando se cuenta con un cuerpo de peritos judiciales, conforme a las previsiones contempladas en el artículo 508 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Si embargo, como con buen criterio se hace mención en el informe enviado por V. E., en los demás supuestos, y cuando el condenado resulta insolvente, las posibles soluciones se tornan difíciles e ineficaces.

En el mismo informe se apunta que en dichos supuestos residuales hay que intentar acudir a que sea el Estado o la Comunidad autónoma, quien se haga cargo de los honorarios del perito que hubieran resultado impagados, pero que se considera tal posibilidad vedada por la inexistencia de norma expresa que así lo autorice.

Partiendo de todo lo anterior, el Defensor del Pueblo considera que efectivamente hay que acudir a lo preceptuado en el artículo 508 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, tal y como se cita en su informe, pudiendo entenderse que este supuesto se encuadraría dentro de lo previsto en el citado artículo y que, por lo tanto, debería darse una respuesta satisfactoria a las peticiones sostenidas por don (...).

Así el citado artículo 508 específicamente establece:

1. Además de los funcionarios de los Cuerpos citados en los artículos precedentes, podrán prestar servicios en la Administración de justicia los profesionales y expertos que sean permanente u ocasionalmente necesarios para auxiliarla.

2. Los profesionales referidos en el apartado anterior podrán constituir cuerpos técnicos o escalas especializadas al servicio de la Administración de justicia, y su selección, así como sus derechos, deberes e incompatibilidades específicas se determinarán reglamentariamente, sin perjuicio, para estas últimas, del régimen general establecido para el personal al servicio de las administraciones públicas.

3. También podrán ser contratados en régimen laboral por el Ministerio de Justicia.

4. Cuando se trate de funcionarios de las administraciones públicas, éstos actuarán bajo la dependencia funcional del Tribunal o Juzgado respectivo.

Por lo tanto, y al amparo de lo establecido en las citadas normas, correspondería al órgano competente, Ministerio de Justicia o Consejería de Justicia, asumir en la forma oportuna los honorarios del profesional que fue requerido para prestar su servicio, en el supuesto que nos ocupa los honorarios del perito designado señor (...), en la cuantía que se determine.

En el supuesto de que se entendiese, contrariamente al criterio sostenido por el Defensor del Pueblo, que para los peritajes solicitados directamente por el órgano judicial competente en fase de ejecución no estarían encuadrados dentro de las previsiones legales del artículo 508 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no se puede dejar desamparada la actuación de estos profesionales cuando son requeridos para llevar a cabo su función profesional por un órgano judicial, por lo que deberían promoverse las oportunas reformas legislativas que permitiesen abonar los honorarios devengados tras la actuación de estos profesionales en los casos de insolvencia del ejecutado.

A la vista de lo expuesto, esta Institución al amparo del artículo 30 de su Ley Orgánica reguladora y en la medida en que la cuestión expuesta afecta a derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, ha valorado la conveniencia de dar traslado a V. E. de la siguiente recomendación :

“Que por parte de ese Ministerio se promuevan las oportunas reformas legislativas en las leyes procesales que así fuera necesario, para que se garantice el pago de los honorarios profesionales de los peritos designados por los órganos judiciales, en fase de ejecución en materia laboral, cuando se declare la insolvencia del ejecutado”.

Madrid, 24 de julio de 2006.

**Recomendación dirigida al Secretario de Estado de Justicia. Ministerio de Justicia.**

**Recomendación 58/2006, de 24 de julio, sobre contestación expresa a escritos presentados.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, págs. 433-434)*

Se ha recibido su informe, que esta Institución agradece, en relación con la queja registrada bajo la referencia arriba indicada.

Tras un análisis detenido de su contenido, del que se deja constancia en el expediente, parece posible apreciar que subsisten todavía cuestiones por resolver de las inicialmente planteadas en nuestro primer escrito.

En primer lugar, la que atañe a la información relativa a las funciones encomendadas al promotor de la queja, no fue resuelta por la resolución judicial adoptada por el Juzgado de lo Social número 1 de Albacete, como así se deduce de la lectura del fundamento de derecho único de la Sentencia de 18 de julio de 2005.

Sobre este particular pesa, como se puso de manifiesto en nuestro primer escrito, la falta de respuesta a los escritos cursados por el interesado respecto la delimitación de sus funciones, información a la que el trabajador resulta acreedor en aplicación del artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores, relativo a los derechos y deberes de los trabajadores y puesto que resulta obvio que ese derecho a ser informado de sus funciones resulta básico para el ejercicio de aquellas y para otros, como pueda ser el derecho a la promoción profesional, el ascenso o el encuadramiento en la categoría que, en su caso, pudiera corresponderle.

Por tanto, y con independencia de que esa cuestión sea objeto de controversia entre ambas partes, que puede ser objeto de la correspondiente demanda de clasificación profesional ante la jurisdicción

social competente, no se ajusta a derecho la decisión que esa Alcaldía expresa, en su calidad de empleadora, de no prestar la información que sobre el puesto de trabajo solicita uno de sus trabajadores como quiera que no queda a su arbitrio el facilitar, o no, esa respuesta sino que viene obligada a ello conforme a los derechos antes aludidos y al deber de buena fe al que quedan sometidos los sujetos vinculados por un contrato de trabajo, como se desprende del artículo 20.2 del Estatuto de los Trabajadores.

En otro orden de cosas, esta Defensoría tampoco comparte con esa Administración local la interpretación que lleva a cabo de la resolución judicial en lo que respecta a la jornada semanal, toda vez que no resulta de una lectura ponderada y objetiva de aquélla lo que esa Alcaldía manifiesta respecto a la indicada jornada, aspecto sobre el que expresamente se pronuncia la juzgadora señalando que “el actor siempre ha desarrollado un horario en jornada continuada, inicialmente, de 8.00 a 15.00 horas, sin perjuicio de su gran flexibilidad...”.

Es más, precisamente con fundamento en esa definición de su jornada laboral desarrollada a lo largo del tiempo, es el argumento que permite sostener a la juzgadora que la medida adoptada por esa Alcaldía de modificación de la misma resultaba contraria al ordenamiento jurídico, calificándola de injustificada y obligando a esa entidad local a reponer al actor en la jornada que venía realizando, razón por la que se estima parcialmente la demanda.

En lo que se refiere a las funciones, es notorio, salvo que se esté refiriendo a otra resolución judicial distinta, que la afirmación efectuada por esa Alcaldía, cuando indica que en la mencionada sentencia se insiste en “la necesidad de realizar las tareas que ha venido ejecutando, no pudiéndose negar al cumplimiento de las mismas”, no responde en absoluto a lo declarado en la señalada resolución judicial, donde expresamente se advierte: “En este punto por tanto no se hará pronunciamiento alguno, ya que no se ha acreditado si se ha producido en verdad alguna alteración de funciones... (fundamento de derecho único)”.

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, he resuelto formular la siguiente recomendación:

“Que, en adelante, proceda a dar contestación expresa a las solicitudes de información que sobre el puesto de trabajo lleven a cabo los trabajadores de ese Ayuntamiento, en ejercicio de los derechos comprendidos en el artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores, y conforme al deber de buena fe establecido en el artículo 20.2 de la norma citada”.

Así como la siguiente sugerencia:

“Que, de no haberlo efectuado, se proceda a contestar a los escritos formulados por el interesado, comunicándole las funciones propias del puesto de trabajo conforme a la categoría que ostenta”.

Madrid, 24 de julio de 2006.

**Recomendación dirigida a la Alcaldesa del Ayuntamiento de Villapalacios (Albacete).**



**Recomendación 59/2006, de 25 de julio, sobre la conveniencia de crear una bolsa de trabajo para cubrir las bajas temporales de los funcionarios del Servicio Público de Empleo Estatal, incluyendo en ella a los aspirantes que hayan superado alguna prueba en una convocatoria pública de selección, salvo que los interesados manifiesten expresamente su voluntad en contra.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 420)*

Es de referencia el escrito de V. I., de fecha 10 de octubre de 2005, salida número 200506000017895, en relación con la queja formulada por don (...).

En el citado escrito se indica que no existe en ese organismo sistema alguno para poder sustituir al personal funcionario que se encuentre de baja médica o de vacaciones, encontrándose en estudio una propuesta para constituir una bolsa de empleo en el ámbito del Servicio Público de Empleo Estatal.

En este sentido, con motivo de la elaboración de un informe sobre “Funcionarios interinos y personal eventual: la provisionalidad y temporalidad en el empleo público”<sup>8</sup>, se efectuaron distintas recomendaciones al Ministerio de Administraciones Públicas, entre las que se contemplaba específicamente la posibilidad de que en las bolsas de trabajo y listas de espera, se incluyesen aquellos aspirantes que hubiesen superado alguna prueba en una convocatoria pública de selección, ordenados de acuerdo con las puntuaciones obtenidas

---

<sup>8</sup> Defensor del Pueblo. *Funcionarios interinos y personal eventual: la provisionalidad y temporalidad en el empleo público*. Madrid : Defensor del Pueblo, 2003.

en los diferentes ejercicios y otros méritos que se establezcan y atiendan a los principios de mérito y capacidad para cubrir las bajas temporales por enfermedad, periodo de embarazo o el correspondiente a la maternidad o situaciones asimiladas, cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público o personal, u otras razones de fuerza mayor apreciadas, en su caso, por la Administración.

Para ello sería preciso que, en las bases de las convocatorias de pruebas selectivas, se integraran en una lista de espera aquellos participantes que hubieran alcanzado un nivel mínimo suficiente, salvo que el interesado manifieste expresamente en la solicitud de participación en las pruebas selectivas su voluntad en contrario.

Por cuanto antecede, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, esta Institución ha valorado la conveniencia de formular a V. I. la siguiente recomendación:

“Que se cree, a la mayor brevedad posible, una bolsa de trabajo para cubrir las bajas temporales de los funcionarios de ese Servicio Público, incluyendo en la misma a aquellos aspirantes que hubiesen superado alguna prueba en una convocatoria pública de selección, salvo que el interesado manifieste expresamente en la solicitud de participación en las pruebas selectivas su voluntad en contrario”.

Madrid, 25 de julio de 2006.

**Recomendación dirigida al Director General del Servicio Público de Empleo Estatal. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.**

**Recomendación 60/2006, de 25 de julio, sobre la necesidad de revisar la información contenida en los folletos editados y distribuidos en el marco del programa Zona Clave, coordinado por la Unidad de Coordinación del Plan sobre Drogas de Asturias, así como la página web de ese mismo programa, al objeto de ajustar sus contenidos a los criterios objetivos aceptados por la comunidad científica, haciendo mayor hincapié en los efectos nocivos para la salud del consumo de drogas.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, págs. 420-421)*

Se ha recibido escrito de V. I., referente a la queja formulada por doña (...), registrada con el número arriba indicado.

Al mismo le acompaña abundante documentación referida a los folletos editados y distribuidos en el marco del Programa “Zona Clave”, coordinado por la Unidad de Coordinación del Plan sobre Drogas de Asturias, con la participación de tres entidades: la Asociación Juvenil Socio comunitaria Xaregu (en Oviedo), el Conseyu de Moceda de Xixón (en Gijón) y la Asociación Cruz Roja (en Avilés), y sobre los cuales esta Institución solicitó información a esa Consejería.

Por lo que respecta al marco normativo que lo ampara, el Programa “Zona Clave” sigue la línea marcada por el Plan sobre Drogas para Asturias 2000-2003, que contempla la promoción de programas de reducción de riesgos, y concretamente, la puesta en marcha “de un programa piloto de reducción de riesgos en lugares de ocio y diversión frecuentados por jóvenes, realizado a través de mediadores juveniles”.

Asimismo, cabe mencionar que el Plan Nacional sobre Drogas recoge la necesidad de “fomentar proyectos de mediación entre iguales en espacios de ocio como herramienta básica de implicación de la

juventud” y de “impulsar el desarrollo de programas de agentes mediadores juveniles, con protocolos de actuación bien sistematizados, para prevenir consumos en la población joven, y evitar consumos problemáticos”.

Si bien el Defensor del Pueblo valora muy positivamente la existencia de un programa regional, desarrollado en diferentes ciudades (Oviedo, Gijón y Avilés) en la mencionada línea de reducción de riesgos y de fomento de la responsabilidad frente al consumo, tras el estudio de la documentación remitida y dada la importancia del asunto que ha sido sometido a nuestra consideración, resulta necesario formular a V. I. las siguientes consideraciones:

En primer lugar, cabe señalar que el cariz voluntario de la colaboración de los agentes mediadores –sobre quienes recae en definitiva la responsabilidad última de la información transmitida– a menudo implica que la disponibilidad, y la cantidad de tiempo y esfuerzos ofrecidos al programa en cuestión por los mismos, esté condicionada a sus posibilidades en cada momento, limitando de esta manera la efectividad de los objetivos.

Por consiguiente, sin perjuicio de lo valiosa y sumamente estimable que resulta la participación desinteresada de los voluntarios, la puesta en práctica de un programa de las mencionadas características, ambicioso tanto por la novedad de sus planteamientos como por los métodos empleados, requeriría, a juicio de esta Institución, de un mayor número de profesionales dedicados en exclusiva al desarrollo del proyecto, y formados en el campo de la prevención del consumo de drogas.

En segundo lugar, de las memorias de las intervenciones realizadas por las entidades participantes se desprende que la franja de edad de los destinatarios oscila entre los 16 y los 30 años, siendo los más jóvenes el sector de población mayoritario. Por ello, teniendo en cuenta que es en la primera etapa de la juventud cuando, de producirse, suele tener lugar el inicio en el consumo de drogas, y considerando asimismo la tendencia entre los jóvenes de minimizar la presencia de riesgos en el mismo, resulta fundamental en este período estimular los factores de protección y reducir los elementos de riesgo, proporcionando una información rigurosa e insistiendo en que la única conducta que permite eludir los riesgos asociados a las drogas es la de no consumirlas.

Sin embargo, en el criterio de esta Institución, la información facilitada en los folletos y la página web del programa no incide suficientemente en los peligros y efectos nocivos de las drogas demostrados sobre la salud de los consumidores, ni en la progresiva dependencia

que el consumo de estas sustancias conlleva, pudiendo conducir a algún sector en función de su edad, capacidad y madurez a trivializar la importancia y trascendencia que el consumo en sí mismo tiene.

Por último, resultaría conveniente que, además de la fundamental labor de coordinación a través de la Unidad de Coordinación del Plan Regional sobre Drogas, esa Consejería potenciase su presencia en lo que respecta a una definición coherente y adecuada de las líneas de actuación del programa, y desempeñase un papel activo en la redacción de los contenidos, de modo que éstos contasen con el debido rigor y fundamento científico.

En mérito a cuanto antecede y, en uso de las atribuciones que le vienen conferidas por el artículo 54 de la Constitución y el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, esta Institución dirige a esa Consejería las siguientes recomendaciones:

“Que se incremente el número de profesionales dedicados en exclusiva al desarrollo del proyecto, y formados en el campo de la prevención del consumo de drogas”.

“Que se proceda a la revisión de los contenidos de los folletos y de la página web del programa, al objeto de ajustarlos plenamente a los criterios objetivos aceptados por la comunidad científica, haciendo un mayor hincapié en los efectos nocivos para la salud de estas sustancias.”

“Que desempeñe un rol activo y coherente en la orientación del programa y en la supervisión de todas las actividades que se lleven a cabo en el marco del mismo.”

Madrid, 25 de julio de 2006.

**Recomendación dirigida al Consejero de Salud y Servicios Sanitarios. Principado de Asturias.**



**Recomendación 61/2006, de 7 de agosto, sobre declaración de herederos y liquidación del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 432)*

Se ha recibido el informe de V. E., registro de salida número 05/096849.9/06, referente a la queja formulada por don (...), que fue registrada en esta Institución con el número arriba indicado.

Analizado el contenido del citado informe, es preciso recordar a esa Administración que la queja se centra en dilucidar si el juicio voluntario de testamentaría, consistente en la declaración de herederos, interrumpe los plazos establecidos para la presentación de los documentos y declaraciones en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

A este respecto, hay que tener en cuenta que el artículo 69 del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones establece que, cuando en relación a los actos y contratos relativos a hechos imposables gravados por el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones se promueva litigio o juicio voluntario de testamentaría, se interrumpirán los plazos establecidos para la presentación de los documentos y declaraciones, empezando a contarse de nuevo desde el día siguiente a aquel en que sea firme la resolución definitiva que ponga término al procedimiento judicial.

Por su parte, el apartado 5 del citado artículo dispone de forma expresa que no tendrán la consideración de cuestiones litigiosas, a los efectos de la suspensión de plazos, entre otros, la declaración de herederos cuando no se formule oposición.

La declaración de herederos ab intestato es el título legítimo para acreditar la condición de heredero desde el momento en que se dicta, lo que constituye una circunstancia indispensable para que pueda considerarse a una persona sujeto pasivo del impuesto.

De acuerdo con lo previsto en los artículos 977 a 1000 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil, vigente a estos efectos, la declaración de herederos ab intestato se puede obtener de las siguientes formas:

— Cuando los únicos herederos ab intestato sean descendientes, ascendientes o cónyuge del finado, la declaración se obtendrá mediante acta de notoriedad tramitada conforme a la legislación notarial por notario hábil.

— En los demás supuestos, es decir, cuando los herederos ab intestato no sean descendientes, ascendientes o cónyuge, la declaración se obtendrá en vía judicial, justificando debidamente el fallecimiento de la persona de cuya sucesión se trate y su parentesco con la misma y con la certificación del Reglamento General de Actos de Última Voluntad y con la información testifical que dicha persona ha fallecido sin disposición de última voluntad y que ellos solos, o en unión de los que designen, son sus únicos herederos.

En este caso el juez, a propuesta del secretario, dictará auto haciendo declaración de heredero o denegándola. No obstante, si a juicio del fiscal o del juez hubiere motivos racionalmente fundados para creer que podrán existir otros parientes de igual o mejor grado, el juez mandará fijar edictos en los sitios públicos del lugar de su sede y en los pueblos de fallecimiento y naturaleza del finado, anunciando su muerte sin testar, llamando a los que se crean con igual o mejor derecho.

Una vez que la resolución judicial, por la que se haya hecho la declaración de heredero, sea firme, cesará la intervención del Ministerio Fiscal en estos juicios.

De ello se desprende que, en el caso de que los herederos sean ascendientes, descendientes o cónyuge del finado, no haya de suspenderse el plazo de presentación de la declaración del impuesto, pues al poder obtenerse la declaración de heredero ante notario ello equivaldría a dejar en sus manos la fecha de presentación.

Pero no ocurre así, a juicio de esta Institución, en el caso de que la declaración de heredero ab intestato se deba obtener por vía judicial, ya que se desconoce si en el procedimiento pueden aparecer terceros de mejor derecho que harían, a efectos del impuesto, que la misma tuviera carácter litigioso.

Este razonamiento además cobra sentido en el supuesto concreto planteado, pues según el criterio de esa Administración, el 12 de septiembre de 2002, fecha en que finalizaba el plazo para presentar la declaración, el interesado no era heredero aún, pues no se

había dictado el correspondiente auto judicial declarándole tal, que se dictó el 26 de septiembre de 2002.

Este criterio deja pues indefensos a los administrados y al socaire de que el auto judicial se dicte antes del plazo de seis meses, a fin de poder presentar la liquidación en plazo.

En consecuencia, y a la vista de las manifestaciones expresadas, se ha considerado oportuno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, formular a V. E. la siguiente sugerencia:

“Que se revoque la actuación administrativa, realizada en este caso, y se compute el plazo de seis meses para presentar declaración del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones desde el día en que se dicta auto judicial, declarando al señor (...) heredero ab intestato”.

Igualmente, se formula a V. E. la siguiente recomendación:

“Que modifique su criterio de forma que cuando la declaración de heredero ab intestato se realice por vía judicial, se compute el plazo de presentación de la liquidación desde la fecha en que se dicte el correspondiente auto judicial”.

Madrid, 7 de agosto de 2006.

**Recomendación dirigida a la Consejera de Hacienda de la Comunidad de Madrid.**



**Recomendación 62/2006, de 8 de septiembre, sobre legitimación para intervenir en expedientes sancionadores.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 422)*

Se ha recibido escrito de alegaciones presentado por don (...), (...) de la Asociación (...), en relación con el contenido del informe remitido por esa Consejería de fecha 6 de abril pasado, sobre el objeto de la queja arriba reseñada.

A la vista de las alegaciones formuladas por el interesado, puestas en relación con los antecedentes obrantes en el expediente, especialmente los argumentos expuestos en su referido informe acerca de la no concurrencia en la Asociación denunciante de la condición de interesada, lo que justificaría la falta de comunicación de la resolución del procedimiento sancionador a que se refiere la queja, esta Institución se ve en la obligación de someter a V. E. las siguientes consideraciones como fundamento de la resolución con la que se concluye esta comunicación.

Primera. La postura mantenida por esa Consejería se basa en un criterio restrictivo de la legitimación en el procedimiento sancionador, actualmente superado, que no diferencia entre la figura del denunciante simple (aquel que se limita a poner en conocimiento de la Administración unos hechos presuntamente constitutivos de infracción), que en ningún caso tiene la condición de interesado, del denunciante cualificado, el cual tiene un interés directo en la resolución que finalmente ponga fin al procedimiento sancionador, normalmente para poder reaccionar en caso de que considere que se ha producido una aplicación defectuosa de la norma.

Segunda. La evolución de la jurisprudencia sobre la legitimación en el ordenamiento jurídico español tiene su principal exponente en

la Sentencia del Tribunal Constitucional 34/1994, de 31 de enero, que viene a reinterpretar el concepto de legitimación, partiendo del concepto de interés legítimo, considerado más amplio que el de interés directo (Sentencia del Tribunal Constitucional número 60/1982, de 11 de octubre), y que es definido como aquel que “equivale a la titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar ésta” (Sentencia del Tribunal Constitucional número 143/1994, de 9 de mayo).

Tercera. El reconocimiento que se hace en la sentencia de referencia del carácter personal y legítimo del interés colectivo en el ejercicio correcto de las potestades administrativas, supera la jurisprudencia tradicional que reconocía legitimidad impugnatoria únicamente cuando concurrían intereses colectivos de carácter profesional, para admitir como legítimos los intereses colectivos propiamente sociales, desvinculados de los correspondientes intereses individuales de los miembros de la asociación.

La legitimación va a tener su principal punto de referencia en los fines de la asociación denunciante reconocidos estatutariamente, bastando con la correspondiente determinación estatutaria de los fines asociativos para entender cumplido el requisito legal necesario para la obtención de la tutela judicial efectiva, de manera que queda defendida la operatividad de un interés difuso derivado de los fines de la asociación.

Cuarta. Esta interpretación amplia del concepto de legitimación presupone, por tanto, que la resolución administrativa puede repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega esa legitimación, sin que baste una mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento. La utilidad jurídica se concretará en la pretensión de que sea sancionado quien haya contravenido la legislación vigente, logrando medidas preventivas para acciones posteriores de igual signo.

Y todos estos requisitos concurren en el presente caso si se tiene en cuenta la propia finalidad social e institucional de la Asociación promotora de la queja (el fomento de la protección y bienestar del mundo animal), lo que confiere a la Asociación una consideración especial en todas aquellas actuaciones encaminadas a la defensa y protección de los animales y, en consecuencia, a la depuración de los casos concretos en que existan indicios de irregularidades como lo es el que ha dado lugar a la presente queja.

Por todo cuanto queda expuesto, esta Institución, al amparo de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril,

reguladora de la institución del Defensor del Pueblo, se ve en la obligación de formular a V. E. la siguiente recomendación:

“Que se proceda a reconocer la condición de interesados a las asociaciones representativas de intereses colectivos denunciantes, cuando las actuaciones administrativas objeto de denuncia coincidan, como en el presente caso, con los fines establecidos en sus respectivos estatutos, y, en consecuencia, que les sean notificadas las resoluciones que recaigan en los expedientes incoados para depurar las posibles responsabilidades de los denunciados”.

Madrid, 8 de septiembre de 2006.

**Recomendación dirigida a la Consejera de Agricultura y Pesca. Comunidad Autónoma de las Illes Balears.**



**Recomendación 63/2006, de 8 de septiembre, sobre redacción en castellano de documentos de la Administración autonómica catalana, destinados a surtir efectos fuera de su ámbito territorial.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 432)*

Es de referencia queja formulada ante esta Institución por doña (...), con domicilio en (...), Urbanización (...), que figura inscrita en el registro del Defensor del Pueblo con el número arriba indicado, en la que la interesada cuestiona aspectos lingüísticos de la actuación seguida por ese Departamento, en relación con una denuncia/reclamación formulada contra determinado establecimiento comercial.

De los antecedentes administrativos aportados por la reclamante con su mencionado escrito de queja, se desprende que en diciembre de 2005 formuló ante esa Consejería un escrito en el que denunciaba el hecho de que determinado establecimiento de hostelería de (...) no dispusiera de la carta o relación de los productos que ofrecía al público redactada en lengua castellana.

De los mismos antecedentes se desprende que la jefa de la Sección de Información de la Agencia Catalana de Consumo remitió a la interesada, a su domicilio en la localidad burgalesa de (...), un escrito redactado en lengua castellana, como es preceptivo al estar destinado a surtir efectos fuera del territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña, informándole de la remisión de su denuncia a la Dirección General de Turismo, de esa Consejería.

Sin embargo, este último centro directivo, no obstante versar la denuncia de la interesada precisamente sobre el uso, a su juicio jurídicamente cuestionable, sólo de la lengua catalana en la redacción de su carta de productos, razón que ya bastaría por sí misma para que

se hubiera dado respuesta a la reclamación en lengua castellana, remitió a la promovente de la queja, a su domicilio en la localidad ya mencionada, un escrito, registrado de salida el 21 de marzo último, informándole del trámite inicial seguido respecto de su reclamación, redactado exclusivamente en lengua catalana. Ello, en sí mismo, supone una evidente contravención de la ley procedimental vigente –Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común– en cuyo artículo 36.3 se impone a las administraciones ubicadas en territorios que dispongan de una lengua oficial distinta del castellano, el deber de traducir a la lengua oficial del Estado aquellos documentos, expedientes o parte de los mismos que, redactados inicialmente en la lengua cooficial propia, estén destinados a surtir efectos fuera del territorio de la correspondiente Comunidad autónoma.

En consecuencia, esta Institución, de acuerdo con lo previsto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, ha considerado preciso formular la siguiente recomendación:

“Que por V. E. se cursen las instrucciones pertinentes a la Dirección General de Turismo de esa Consejería para que, en lo sucesivo, y atendiendo a lo establecido en la vigente legislación procedimental, las unidades bajo su dependencia redacten en la lengua castellana oficial del Estado aquellos documentos que, como el enviado a la promovente de la presente queja, estén destinados a surtir efectos fuera del ámbito territorial de gestión de esa Comunidad autónoma”.

Madrid, 8 de septiembre de 2006.

**Recomendación dirigida al Consejero de Comercio, Turismo y Consumo. Generalitat de Catalunya.**

**Recomendación 64/2006, de 25 de septiembre, sobre el incremento de la dotación de medios humanos y líneas telefónicas, para la atención del público en las centralitas de la Jefatura Provincial de Tráfico de Barcelona y de la Jefatura Local de Tráfico de Sabadell.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 429)*

Se acusa recibo a su atento escrito, de fecha 22 de junio del presente año, en el que nos contesta a la queja planteada por don (...) y registrada con el número arriba indicado.

A la luz del informe constatamos que se reconoce que el servicio telefónico que se presta es insatisfactorio y puesto que la alternativa que se ofrece, página web y otros, no es de acceso universal, valoramos oportuna, en virtud de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, la conveniencia de formular a V. I. la siguiente recomendación:

“Que se incremente la dotación de medios humanos y líneas telefónicas para la atención del público en las centralitas de la Jefatura Provincial de Tráfico de Barcelona y de la Jefatura Local de Tráfico de Sabadell”.

Madrid, 25 de septiembre de 2006.

**Recomendación dirigida al Director General de Tráfico. Ministerio del Interior.**



**Recomendación 65/2006, de 25 de septiembre, para que se otorgue igualdad de trato a todos los beneficiarios del servicio de suministro de agua que presta el Ayuntamiento.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, págs. 432-433)*

Se acusa recibo a su atento escrito, de fecha 10 de agosto del presente año, en el que nos contesta a la queja planteada por don (...) y registrada con el número arriba indicado.

Del examen de toda la documentación e informes requeridos resulta:

1) Que el señor (...) se dirigió a ese Ayuntamiento solicitando información sobre las causas de encarecimiento de un 50 por 100 de la tasa de suministro de agua, y la causa del doble coste de la misma para los beneficiarios situados fuera del término municipal.

2) Que en Pleno de ese Ayuntamiento se le da como respuesta el acuerdo de darle de baja en el censo de beneficiarios del suministro de agua.

3) Que en la normativa aplicable, no se encuentra entre las causas del cese del suministro, una vez contratada la prestación del servicio, la causa aducida por ese Ayuntamiento.

Puesto que todas las administraciones están sometidas al imperio de la ley, esta Institución, con base en lo establecido en el artículo 30.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora, ha valorado la conveniencia de formular a S. S. la siguiente sugerencia:

“Que se dé de nuevo de alta en el servicio de suministro de agua al señor (...), en identidad de trato a los demás beneficiarios”.

Valorando, asimismo, y en virtud de lo dispuesto en el citado artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, la conveniencia de formular a S. S. la siguiente recomendación:

“Que se otorgue identidad de trato a todos los beneficiarios del servicio de suministro de agua que presta ese Ayuntamiento, eliminando cuantas cláusulas, pese a la generalidad de su formulación abstracta, por la facilidad de identificación y reducido número de sus destinatarios, pudieran considerarse discriminatorias de esos pocos destinatarios respecto de los demás beneficiarios”.

Madrid, 25 de septiembre de 2006.

**Recomendación dirigida al alcalde del Ayuntamiento de Comares (Málaga).**

**Recomendación 66/2006, de 27 de septiembre, sobre obligación de liquidar el Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte a través de vía telemática, para lo cual se requieren una serie de medios que no están al alcance de cualquier ciudadano, como son un ordenador personal, una conexión de alta velocidad a Internet, una impresora y unos conocimientos básicos de informática.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 428)*

Se han recibido sus escritos de fechas 23 de junio y 17 de julio de 2006 (s/rf. DP 33/06, DP 34/06 y DP 54/06), en los que contesta a las quejas formuladas por don (...), don (...) y don (...), que fueron registradas en esta Institución con los números (...), (...) y (...), que a partir del presente escrito se tramitarán conjuntamente en la queja (...).

Los interesados formularon su queja en base a la obligatoriedad de liquidar un modelo de impuesto especial a través de medios telemáticos y, para aquellos contribuyentes que no dispongan de los medios o la formación que les permita acceder a este sistema, obligándoles a incurrir en los costes de una gestoría, lo cual consideraban que les irrogaba perjuicios.

En relación con estas quejas, se ha tenido en cuenta la necesaria adaptación de la Administración, por criterios de eficacia y economía, a las nuevas tecnologías, no obstante lo cual, es evidente que la generalidad de los ciudadanos no cuenta aún ni con la formación, ni con el acceso a dichas tecnologías.

A tenor de lo antedicho, hay que tener en cuenta lo prevenido en el artículo 3.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que establece que “la aplicación del sistema tributario se basará en los principios de proporcionalidad, eficacia y limitación de

costes indirectos derivados del cumplimiento de obligaciones formales y asegurará el respeto de los derechos y garantías de los obligados tributarios”.

Parece evidente que la redacción del artículo tiende a facilitar el correcto cumplimiento por los obligados tributarios de sus compromisos con la Administración, considerando la complejidad del sistema tributario español y el variado número de modelos de liquidación y autoliquidación, tratando de evitar en lo posible los costes en que se incurre por la utilización de agentes externos y favoreciendo la simplificación de las obligaciones formales derivadas de la aplicación de los tributos.

Además se presupone necesario facilitar a los ciudadanos el trámite de cumplir con sus obligaciones tributarias proporcionándole los medios para presentar declaraciones o liquidaciones, como ya se realiza con otros impuestos y modelos, y que se recoge de forma concreta en el artículo 34.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, cuando establece entre los derechos y garantías de los obligados tributarios primero en su letra *a*) el derecho de los ciudadanos a ser informados y asistidos por la Administración tributaria sobre el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, y en su letra *k*) que las actuaciones revistan la forma menos gravosa, ya que la cuestión clave en el caso que nos ocupa es la obligatoriedad de dichos actos por parte del sujeto pasivo, que no son disponibles voluntariamente, y que, por tanto, entran dentro del ámbito del compromiso de servicio a los ciudadanos por parte de las administraciones públicas.

La obligación de la Administración es, pues, la de facilitar todos los medios para que cada contribuyente pueda cumplir con sus deberes sin que ello le repercuta económicamente más allá de su compromiso legal, ni le dificulte o impida el acceso a los medios por los cuales puede cumplir dichas obligaciones.

Para la correcta observancia de esta función podrían implementarse puestos informáticos, asistidos por personal de la Agencia que ayudaran y asesoraran en la autoliquidación del modelo 576, habida cuenta de que la propia Agencia, que es la que establece el sistema de liquidación para este modelo es la que tiene que facilitar la solución al mismo, por cuanto las leyes no pueden estar tan alejadas de la realidad social que conviertan en inviable el cumplimiento de las obligaciones que de ellas se derivan.

En último término, los costes derivados de esta ayuda al contribuyente no debieran ser un obstáculo, por cuanto se trata de una liquidación asociada a la matriculación de automóviles que, pese a ser

una operación común, no es un acto cotidiano para el contribuyente, como pueda serlo la declaración del Impuesto sobre la Renta o similares.

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, procede formular la siguiente recomendación:

“Que al objeto de facilitar en condiciones de igualdad material el cumplimiento de sus obligaciones con la hacienda pública a todos los sujetos pasivos, se arbitren medidas de auxilio suficientes que, puestas a disposición de los obligados tributarios y con asistencia de la propia Agencia Tributaria, permitan proceder directamente a éstos a la autoliquidación del modelo 576, equiparándose de esta manera las obligaciones y derechos para la generalidad de los ciudadanos”.

Madrid, 27 de septiembre de 2006.

**Recomendación dirigida al Director General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria. Ministerio de Economía y Hacienda.**



**Recomendación 67/2006, de 27 de septiembre, sobre adopción de las medidas oportunas para que el servicio de cita previa, para canjes de permisos de conducción, mejore significativamente la atención que presta a los ciudadanos, de manera que no sea necesario realizar innumerables llamadas para poder entrar en comunicación telefónica con dicho servicio. Asimismo, sobre la adopción de las medidas oportunas para que la Jefatura Provincial de Tráfico de Madrid mejore la atención que presta a los ciudadanos que pretenden canjear un permiso de conducción, evitando que los trámites tengan una duración excesiva.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 429)*

Agradecemos su atento escrito (referencia: GD.-MA/aa), en el que nos contesta a la queja planteada por don (...) registrada con el número arriba indicado.

En dicho escrito se señala que si es difícil comunicar con el servicio de cita previa para canjes de permisos de conducción es debido al gran número de llamadas que recibe dicho servicio, y que si al interesado se le ha dado cita para el 11 de septiembre de 2006, tras haber comunicado con dicho servicio el 21 de febrero del mismo año, se debe a que se sigue el riguroso orden de llamadas y se atiende a los ciudadanos según la capacidad de cada Jefatura Provincial de Tráfico.

Por lo que se refiere al servicio de cita previa para canjes de permisos de conducción, ponemos en su conocimiento que se han recibido en esta Institución numerosas quejas que planteaban la extrema dificultad para comunicar con dicho servicio, de lo que se deduce que los recursos humanos destinados al mismo son manifiestamente insuficientes para atender el número de llamadas que se reciben, y,

por tanto, sería necesario adoptar urgentemente las medidas oportunas para mejorar la atención a los ciudadanos.

Por otra parte, según la información que nos ha remitido ese centro directivo con ocasión de otras quejas tramitadas en esta Institución, relativas al funcionamiento de la Jefatura Provincial de Tráfico de Madrid, se han adoptado diversas medidas para mejorar la calidad de la prestación del servicio al ciudadano en dicha jefatura, incrementando los recursos humanos y mejorando los equipos informáticos, lo que ha posibilitado la ampliación del horario de atención al ciudadano y un descenso en la carga de trabajo que sopor-tan los empleados públicos de dicha jefatura.

Con independencia de la mayor o menor eficacia de dichas medidas, no parece que la mejora en la calidad en la prestación del servicio haya alcanzado a los ciudadanos que pretenden canjear un permiso de conducción, ya que de otra forma no se explica que al compareciente se le haya dado cita para el 11 de septiembre de 2006, tras haber comunicado con dicho servicio el 21 de febrero del mismo año, y que dicha dilación no se considere extraordinaria sino que sea el resultado de seguir “el riguroso orden de llamada”. Por tanto, también en este caso resulta evidente la necesidad de adoptar urgentemente las medidas oportunas para mejorar la atención a los ciudadanos que pretenden canjear un permiso de conducción.

En consecuencia, al amparo de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, hemos considerado conveniente recomendar a V. I.:

“Que adopte las medidas oportunas para que el servicio de cita previa para canjes de permisos de conducción, mejore significativamente la atención que presta a los ciudadanos, de manera que no sea necesario realizar innumerables llamadas para poder entrar en comunicación telefónica con dicho servicio”.

Asimismo, hemos considerado conveniente recomendar a V. I.:

“Que adopte las medidas oportunas para que la Jefatura Provincial de Tráfico de Madrid mejore la atención que presta a los ciudadanos que pretenden canjear un permiso de conducción, evitando que los trámites tengan una duración excesiva”.

Madrid, 27 de septiembre de 2006.

**Recomendación dirigida al Director General de Tráfico.  
Ministerio del Interior.**

**Recomendación 68/2006, de 29 de septiembre, sobre suspensión indebida de la tramitación de expedientes.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 418)*

Es de referencia el escrito de V. E. de fecha 26 de abril de 2006, salida número 178, remitiendo información relativa a la queja presentada ante esta Institución por don (...), y registrada con el número de expediente arriba reseñado.

A la vista del contenido de su referido escrito, esta Institución se ve en la obligación de someter a ese Rectorado las siguientes consideraciones, como fundamento de la resolución con la que se concluye esta comunicación:

Primera. El objeto de la queja versaba sobre la falta de resolución de un expediente de responsabilidad patrimonial, iniciado a raíz de una reclamación presentada por el promotor de la queja el 3 de febrero de 2004.

Segunda. El informe recibido de ese Rectorado, tras aludir a los diversos trámites seguidos por el expediente en cuestión hasta su remisión al Consejo de Estado, parece querer dar por concluido el expediente y ello sin una resolución expresa del mismo.

Tercera. Dicha pretensión se basa en la paralización del expediente en el trámite del preceptivo informe del Consejo de Estado, cuya emisión se encuentra pendiente de un requerimiento de información complementaria que esa Universidad no ha atendido por considerar que trata sobre un asunto que no es de su competencia, sino de la Agencia Española de Protección de Datos.

Cuarta. La falta de atención al requerimiento del Consejo de Estado y la consiguiente paralización del expediente, se anuda en el

informe recibido a las previsiones legales sobre el transcurso del plazo máximo para resolver (art. 142.7 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común –en adelante LRJ-PAC–, en relación con el artículo 13.3 del Real Decreto 429/1993), para entender que la reclamación ha quedado desestimada por silencio administrativo, dejando expedita para el interesado la vía contencioso-administrativa.

Quinta. Semejante conclusión olvida que los preceptos legales citados no son sino una garantía establecida a favor de los administrados para los supuestos de inactividad de la Administración, pues así, y no de otra manera, hay que entender la repetida utilización del potestativo “podrán”, tanto en la LRJ-PAC (artículos 43, 44, 142.3 y 143.3), como en el Real Decreto 429/1993, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial (artículos 13.3 y 17.2), y mucho más si se tiene en cuenta que la regulación del silencio administrativo efectuada por la LRJ-PAC aparece sistemáticamente a continuación de un precepto que impone a la Administración la obligación de resolver expresamente.

Sexta. No puede admitirse, por tanto, una tesis como la mantenida en su informe de referencia que hace derivar unas consecuencias del silencio administrativo que no se corresponden en absoluto con la postura mantenida por el Tribunal Supremo, según una reiterada doctrina que sería ocioso citar, conforme a la cual el silencio administrativo es una simple ficción legal, de efectos estrictamente procesales, que opera siempre a favor del administrado, debiendo recordarse que dicho Tribunal, al poner en relación el silencio administrativo negativo y el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución Española, ha afirmado siempre que la Administración tiene, en todo caso, el deber de resolver expresamente y que el acto dictado tardíamente no puede estar exento de revisión jurisdiccional.

Séptima. Ya se ha dicho antes, pero conviene repetir aquí, que el silencio administrativo es una ficción que la ley establece en beneficio del que inició un procedimiento, para que pueda entender desestimada su pretensión y deducir frente a esta denegación presunta la impugnación que en cada caso proceda, o esperar confiadamente a que la Administración cumpla su deber dictando una resolución expresa, siquiera sea tardía, sin que sea admisible que la Administración pretenda obtener un beneficio derivado de su actitud pasiva para sacar una consecuencia perjudicial para el administrado, y menos aún que para ello se invoque una doctrina, la del silencio administrativo, que está concebida precisamente en beneficio del administrado.

Octava. Consecuentemente, esa Universidad, ante el requerimiento en cuestión, debería haber reaccionado, bien poniendo de manifiesto ante el Consejo de Estado la improcedencia del mismo, para que el propio Consejo se dirigiera a la Agencia Española de Protección de Datos solicitando la información requerida, o bien dirigiéndose directamente a la Agencia y trasladar después la información de ésta al Consejo de Estado al objeto de incluirla en el expediente.

En base a cuantas consideraciones han quedado expuestas, y teniendo en cuenta que, según las previsiones del artículo 17.2 de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, esta Institución ha de velar “porque la Administración resuelva expresamente, en tiempo y forma, las peticiones y recursos que le hayan sido formulados”, esta Institución, al amparo de lo dispuesto en el artículo 30 de nuestra Ley Orgánica reguladora, se ve en la obligación de formular a V. E. la siguiente recomendación:

“Que por ese Rectorado se lleven a cabo las actuaciones procedentes, para proseguir la tramitación del expediente de responsabilidad patrimonial a que se refiere la presente queja, hasta su resolución expresa que deberá ser notificada debidamente al interesado”.

Madrid, 29 de septiembre de 2006.

**Recomendación dirigida al Rector de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED).**



**Recomendación 69/2006, de 29 de septiembre, sobre suspensión indebida de la tramitación de expedientes.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 418)*

Es de referencia el escrito de V. E. de fecha 26 de abril de 2006, salida número 177, remitiendo información relativa a la queja presentada ante esta Institución por don (...), y registrada con el número de expediente arriba reseñado.

A la vista del contenido de su referido escrito, esta Institución se ve en la obligación de someter a ese Rectorado las siguientes consideraciones, como fundamento de la resolución con la que se concluye esta comunicación:

Primera. El objeto de la queja versaba sobre la falta de resolución de un expediente de responsabilidad patrimonial, iniciado a raíz de una reclamación presentada por el promotor de la queja el 4 de febrero de 2004.

Segunda. El informe recibido de ese Rectorado, tras aludir a los diversos trámites seguidos por el expediente en cuestión hasta su remisión al Consejo de Estado, parece querer dar por concluido el expediente y ello sin una resolución expresa del mismo.

Tercera. Dicha pretensión se basa en la paralización del expediente en el trámite del preceptivo informe del Consejo de Estado, cuya emisión se encuentra pendiente de un requerimiento de información complementaria que esa Universidad no ha atendido por considerar que trata sobre un asunto que no es de su competencia, sino de la Agencia Española de Protección de Datos.

Cuarta. La falta de atención al requerimiento del Consejo de Estado y la consiguiente paralización del expediente, se anuda en el

informe recibido a las previsiones legales sobre el transcurso del plazo máximo para resolver (artículo 142.7 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común –en adelante LRJ-PAC–, en relación con el artículo 13.3 del Real Decreto 429/1993), para entender que la reclamación ha quedado desestimada por silencio administrativo, dejando expedita para el interesado la vía contencioso-administrativa.

Quinta. Semejante conclusión olvida que los preceptos legales citados no son sino una garantía establecida a favor de los administrados para los supuestos de inactividad de la Administración, pues así, y no de otra manera, hay que entender la repetida utilización del potestativo “podrán”, tanto en la LRJ-PAC (artículos 43, 44, 142.3 y 143.3), como en el Real Decreto 429/1993, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial (artículos 13.3 y 17.2), y mucho más si se tiene en cuenta que la regulación del silencio administrativo efectuada por la LRJ-PAC aparece sistemáticamente a continuación de un precepto que impone a la Administración la obligación de resolver expresamente.

Sexta. No puede admitirse, por tanto, una tesis como la mantenida en su informe de referencia que hace derivar unas consecuencias del silencio administrativo que no se corresponden en absoluto con la postura mantenida por el Tribunal Supremo, según una reiterada doctrina que sería ocioso citar, conforme a la cual el silencio administrativo es una simple ficción legal, de efectos estrictamente procesales, que opera siempre a favor del administrado, debiendo recordarse que dicho Tribunal, al poner en relación el silencio administrativo negativo y el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución Española, ha afirmado siempre que la Administración tiene, en todo caso, el deber de resolver expresamente y que el acto dictado tardíamente no puede estar exento de revisión jurisdiccional.

Séptima. Ya se ha dicho antes, pero conviene repetir aquí, que el silencio administrativo es una ficción que la ley establece en beneficio del que inició un procedimiento para que pueda entender desestimada su pretensión y deducir frente a esta denegación presunta la impugnación que en cada caso proceda, o esperar confiadamente a que la Administración cumpla su deber dictando una resolución expresa, siquiera sea tardía, sin que sea admisible que la Administración pretenda obtener un beneficio derivado de su actitud pasiva para sacar una consecuencia perjudicial para el administrado, y menos aún que para ello se invoque una doctrina, la del silencio administrativo, que está concebida precisamente en beneficio del administrado.

Octava. Consecuentemente, esa Universidad, ante el requerimiento en cuestión, debería haber reaccionado, bien poniendo de manifiesto ante el Consejo de Estado la improcedencia del mismo para que el propio Consejo se dirigiera a la Agencia Española de Protección de Datos solicitando la información requerida, o bien dirigiéndose directamente a la Agencia y trasladar después la información de ésta al Consejo de Estado al objeto de incluirla en el expediente.

En base a cuantas consideraciones han quedado expuestas, y teniendo en cuenta que, según las previsiones del artículo 17.2 de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, esta Institución ha de velar “porque la Administración resuelva expresamente, en tiempo y forma, las peticiones y recursos que le hayan sido formulados”, esta Institución, al amparo de lo dispuesto en el artículo 30 de nuestra Ley Orgánica reguladora, se ve en la obligación de formular a V. E. la siguiente recomendación:

“Que por ese Rectorado se lleven a cabo las actuaciones procedentes, para proseguir la tramitación del expediente de responsabilidad patrimonial a que se refiere la presente queja, hasta su resolución expresa que deberá ser notificada debidamente al interesado”.

Madrid, 29 de septiembre de 2006.

**Recomendación dirigida al Rector de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED).**



**Recomendación 70/2006, de 15 de noviembre, para que elimine la exigencia de aportar acta de manifestaciones o declaración notarial individual del reagrupante en la solicitud de visados en régimen comunitario.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 428)*

En el primer momento posible, acusamos recibo al escrito de V. I. al que acompaña copia del informe elaborado por el cónsul general de España en Quito (Ecuador), relativo a los requisitos exigidos por aquel Consulado para la obtención de visados por familiares de ciudadanos comunitarios o ciudadano español que se encuentran en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario.

Tras la detenida lectura del informe del Consulado y la evaluación de los instrumentos jurídicos vigentes y aplicables a la materia de referencia, así como de la reciente jurisprudencia relativa a la extranjería comunitaria, hemos considerado procedente manifestar lo siguiente:

El Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, establece de forma pormenorizada los miembros de la familia a los que les resulta aplicable la normativa comunitaria, y si bien es cierto que a los ciudadanos de terceros países les resulta aplicable dicha normativa de forma derivativa, como consecuencia del vínculo familiar con un ciudadano de la Unión, éstos se convierten en destinatarios primeros de dichas normas, al menos, mientras sus vínculos con el ciudadano comunitario o español permanezcan vigentes. Es más, en determinados supuestos, tales ciudadanos seguirán conservando los mismos derechos aun cuando el vínculo con el ciudadano comunitario o español haya desaparecido. Por tanto, el aspecto más relevante a tener en cuenta en este asunto es el contenido de su derecho y no tanto de dónde trae causa.

A lo largo del articulado del mencionado Real Decreto se puede apreciar que distintos preceptos están referidos de forma genérica a familiares de ciudadanos miembros de la Unión, y, en concreto, en el artículo 3, apartado 1, se establece expresamente que “las personas a las que se refiere el presente Real Decreto tienen derecho a entrar, salir, circular y permanecer libremente en territorio español, previo cumplimiento de las formalidades previstas por éste y sin perjuicio de los límites establecidos en el Capítulo IV”.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Económicas de 14 de abril de 2005, mencionada en el informe elaborado por el Consulado, ha recordado que el Tratado y el Derecho derivado garantizan el derecho de libre circulación a los nacionales comunitarios, señalando que determinados familiares de éstos son también beneficiarios, con independencia de su nacionalidad, de derechos derivados de la normativa comunitaria.

En la mencionada sentencia, el Tribunal pone de manifiesto que los Estados deben otorgar a los miembros de la familia que no posean la nacionalidad de un Estado miembro toda clase de facilidades para obtener los visados que necesiten y que estos habrán de expedirse a la mayor brevedad posible.

A la luz de todo ello, esta Institución, una vez realizadas las consideraciones anteriores, ha de detener su reflexión particularmente en las razones por las cuales se viene exigiendo por el Consulado un acta de manifestaciones o una declaración notarial del reagrupante en la que manifieste su deseo de reagrupar a determinados familiares, requiriéndose que mencione individualmente a dichas personas.

El objetivo del Consulado, según podemos colegir, es evitar que el ciudadano español se vea en la obligación de aceptar a personas que, en principio, no desearía.

A juicio de esta Institución, la preocupación del Consulado por evitar este tipo de situaciones que pertenecen a la esfera privada de los ciudadanos es comprensible, pero no justifica la exigencia con carácter general de un requisito que no se encuentra incluido en norma alguna. De hecho, tal exigencia resulta problemática y abre el camino a diferencias de trato no justificadas. Parece inadecuado, además, que las manifestaciones requeridas hayan de realizarse mediante un documento notarial cuando en el procedimiento administrativo existen otras formas de recoger una declaración de voluntad de manera indubitada.

Ante la eventualidad de que puedan producirse situaciones problemáticas como la aludida en el informe del Consulado que se acompaña

al escrito de V. I., y una vez efectuado el correspondiente ejercicio de ponderación, cabría justificar, aunque en nuestra opinión de forma muy débil, que se solicite a los reagrupantes la confirmación de que desean reagrupar a los ascendientes o descendientes mayores de 21 años de edad. Sin embargo, no resulta justificable tal petición en relación con los otros familiares, en atención al régimen legal que establece nuestro Derecho para las relaciones conyugales y paternofiliales.

Por parte del Consulado de España en Quito no parecen establecerse diferencias en la documentación a aportar en función del vínculo familiar con ciudadano comunitario o español del solicitante de visado. Es decir, se exige acta de manifestaciones o declaración notarial del reagrupante aun cuando el solicitante del visado sea el cónyuge, los hijos de éste o los del propio reagrupante.

A juicio de esta Institución, tal equiparación resulta a todas luces excesiva y, en concreto, en el caso del cónyuge resulta incluso contraria a una de las obligaciones del matrimonio, que es la convivencia (art. 68 del Código Civil).

Por todo lo anterior, esta Institución ha acordado formular a V. I. la siguiente recomendación:

“Que se introduzcan las medidas correctoras oportunas en los documentos que recogen los requisitos para la solicitud de visados en régimen comunitario, a fin de eliminar la obligación de aportar acta de manifestaciones o declaración notarial del reagrupante cuando los visados se soliciten a favor del cónyuge del ciudadano comunitario o de los hijos menores de ambos.

Que en el caso de solicitantes de visado ascendientes o descendientes mayores de edad de los ciudadanos comunitarios se simplifique la petición de su conformidad y, en todo caso, se admitan otras opciones distintas de documentos notariales para considerar atendido dicho trámite”.

Madrid, 15 de noviembre de 2006.

**Recomendación dirigida al Director General de Asuntos y Asistencia Consulares. Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación.**



**Recomendación 71/2006, de 16 de noviembre, para que se doten nuevas plazas de personal en las oficinas encargadas de la renovación y expedición del documento nacional de identidad y de pasaporte en las Comisaría de Santa Engracia y de Pío XII, de Madrid.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 419)*

Se acusa recibo a su atento escrito, de fecha 6 de octubre del presente año, en el que nos contesta a la queja planteada por don (...) y registrada con el número arriba indicado.

En dicho informe se constata la insuficiente dotación de medios humanos que ha perjudicado la normal prestación del servicio de expedición del DNI y pasaporte.

Por ello, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, se ha valorado la conveniencia de formular a V. E. la siguiente recomendación:

“Que se doten nuevas plazas de personal en las oficinas encargadas de la renovación y expedición de DNI y pasaporte en las comisarías de Santa Engracia y Pío XII, de Madrid”.

Madrid, 16 de noviembre de 2006.

**Recomendación dirigida al Director General de la Policía y de la Guardia Civil. Ministerio del Interior.**



**Recomendación 72/2006, de 16 de noviembre, para que se tramite una reforma del Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, en el sentido de incluir en los supuestos del artículo 8 para renovar el documento nacional de identidad antes de los tres meses de su fecha de expiración, el desplazamiento de residencia a otro país de la Unión Europea, expidiéndose en ese caso como nuevo documento nacional de identidad y no como duplicado del anterior.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 429)*

Se acusa recibo a su atento escrito, de fecha 6 de octubre del presente año, en el que nos contesta a la queja planteada por doña (...) y registrada con el número arriba indicado.

A la vista de lo expuesto en su informe, esta Institución, con base en lo establecido en el artículo 30.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora, ha valorado la conveniencia de formular a V. E. la siguiente recomendación:

“Que se tramite una reforma del Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, en el sentido de incluir en los supuestos del artículo 8º, para renovar el DNI, antes de los tres meses de su fecha de expiración, el desplazamiento de residencia a otro país de la Unión Europea, expidiéndose en ese caso como nuevo DNI y no como duplicado del anterior”.

Madrid, 16 de noviembre de 2006.

**Recomendación dirigida al Director General de la Policía y de la Guardia Civil. Ministerio del Interior.**



**Recomendación 73/2006, de 16 de noviembre, para que se aumente el número de líneas y operadores que atienden la centralita en la Jefatura Provincial de Tráfico de Madrid, así como que se establezca un medio de fiscalización interna del funcionamiento de las líneas de atención al público, que controle el tiempo medio de atención de modo que, cuando se constate el reiterado bloqueo de las mismas, se aumenten líneas y operadores hasta garantizar la operatividad y efectividad del servicio.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 429)*

Se acusa recibo a su atento escrito, de fecha 6 de octubre del presente año, en el que nos contesta a la queja planteada por don (...) y registrada con el número arriba indicado.

Por todo lo expuesto en el contenido de su informe, esta Institución, con base en lo establecido en el artículo 30.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora, ha valorado la conveniencia de formular a V. I. la siguiente recomendación:

“Que se aumente el número de líneas y operadores que atienden la centralita para la Jefatura Provincial de Tráfico de Madrid, así como que se establezca un medio de fiscalización interna del funcionamiento de las líneas de atención al público, que controle el tiempo medio de atención de modo que, cuando se constate el reiterado bloqueo de las mismas, se aumenten líneas y operadores hasta garantizar la operatividad y efectividad del servicio”.

Madrid, 16 de noviembre de 2006.

**Recomendación dirigida al Director General de Tráfico.  
Ministerio del Interior.**



**Recomendación 74/2006, de 16 de noviembre, para que la devolución del permiso de conducir original se documente, mediante la correspondiente firma de acreditación de la recepción por parte del titular o de su representante, en los expedientes de canje de permiso de conducir.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 429)*

Se acusa recibo a su atento escrito, de fecha 16 de octubre del presente año, en el que nos contesta a la queja planteada por don (...) y registrada con el número arriba indicado.

A fin de evitar casos como el que motiva la queja, en el que el interesado afirma que no se le devolvió el permiso original y la Administración afirma que en el registro figura que sí se le devolvió, sin que haya quedado constancia con la firma del interesado, esta Institución, en virtud de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, ha valorado la conveniencia de formular a V. I. la siguiente recomendación:

“Que la devolución del permiso de conducir original se documente, mediante la correspondiente firma de acreditación de la recepción por parte del titular o de su representante, en los expedientes de canje de permiso de conducir”.

Madrid, 16 de noviembre de 2006.

**Recomendación dirigida al Director General de Tráfico. Ministerio del Interior.**



**Recomendación 75/2006, de 16 de noviembre, para que se proceda a cubrir las vacantes en la plantilla de examinadores de la Jefatura Provincial de Tráfico de Guipúzcoa y, además, que se convoquen plazas de examinadores en número suficiente para hacer frente a las necesidades ocasionales que se producen en las distintas jefaturas de tráfico, de modo que sea posible cubrir dichas necesidades sin merma del servicio en las otras jefaturas.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 419)*

Se acusa recibo a su atento escrito, de fecha 29 de septiembre del presente año, en el que nos contesta a la queja planteada por doña (...) y registrada con el número arriba indicado.

A raíz de la información recibida constatamos que, de una parte, se prolonga en el tiempo una situación de vacantes sin cubrir que inciden en las deficiencias detectadas del servicio, que se suman a las otras consideraciones que se refieren a la actividad sindical y a las bajas médicas, y, de otra parte, que la sobrecarga del servicio en las otras jefaturas dificulta el que funcionarios de jefaturas limítrofes puedan desplazarse en número suficiente para hacer frente a las necesidades ocasionales que puedan surgir.

Por todo lo anterior, esta Institución, con base en lo establecido en el artículo 30.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora, ha valorado la conveniencia de formular a V. I. las siguientes recomendaciones:

De una parte: “Que con la mayor brevedad se proceda a cubrir las vacantes en la plantilla de examinadores de la Jefatura Provincial de Tráfico de Guipúzcoa”.

De otra: “Que se convoquen plazas de examinadores en número suficiente, para hacer frente a las necesidades ocasionales que se producen en las distintas Jefaturas de Tráfico, de modo que sea posible cubrir dichas necesidades sin merma del servicio en las otras jefaturas”.

Madrid, 16 de noviembre de 2006.

**Recomendación dirigida al Director General de Tráfico.  
Ministerio del Interior.**

**Recomendación 76/2006, de 16 de noviembre, para que cuando se proceda a tramitar una información reservada por denuncias de hechos graves en materia de malos tratos y análogos, en los que aparezcan imputados funcionarios penitenciarios, tales actuaciones sean realizadas por funcionarios que no pertenezcan a la plantilla del centro donde presuntamente se han producido los hechos denunciados.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, págs. 428-429)*

Agradecemos sinceramente su atento escrito (s/ref.: S-492), en relación con la queja registrada con el número de referencia arriba indicado.

De dicho informe se desprende que las actas de comparecencia realizadas por la toma de declaración a dos internas que presenciaron los hechos sobre los que versa la presente investigación, antes de la incoación de la correspondiente información reservada, fueron incluidas en la misma por su carácter aclaratorio y plenamente congruente con lo narrado por los funcionarios que intervinieron en los hechos.

En relación con el asunto de las actas de comparecencia, aprecie que no queríamos llamar su atención por el hecho de que fueran incluidas en la información reservada instruida. En nuestro anterior escrito se señalaba, y ahora reiteramos, que lo que llamó la atención de esta Institución fue que tales actas de comparecencia se incorporaron, no en la fase de instrucción, sino en la de valoración y precisamente a instancia de la inspección penitenciaria.

En consecuencia, queda pendiente de aclarar por qué si el contenido de las actas de comparecencia referidas era “aclaratorio y absolutamente congruente” con lo narrado por los profesionales que intervinieron en los hechos, no se incluyeron en la información reservada por el encargado de su instrucción.

En su último informe se nos señala que el instructor de la información reservada no tomó declaración a ninguna de las reclusas internas porque ya disponía de los testimonios de muchos funcionarios. No creemos necesario insistir en el hecho de que habría resultado más equilibrado disponer de información tanto de funcionarios como de reclusos, particularmente teniendo en cuenta que en el momento de suceder los hechos parece ser que el número de reclusos presentes era más elevado que el de funcionarios.

Por otra parte, a nuestro modo de ver, no resulta lógico señalar, como se hace en su informe, que en el curso de la instrucción no se tomó declaración a reclusas porque ya se disponía del acta de comparecencia previa de dos de ellas, cuando tal documento no fue incorporado a la información reservada por el instructor. Este planteamiento sería admisible si el acta de comparecencia hubiera sido incorporada durante la fase de instrucción. Ahora bien, como quiera que tal incorporación no se produjo en este momento, esta razón no es consistente como para justificar el hecho de no haber tomado declaración a las reclusas presentes.

Por todo ello, y con independencia del fondo del asunto, en el que no se ha entrado en ningún momento de las presentes actuaciones, creemos contar con elementos de juicio suficientes para considerar conveniente, al amparo del artículo 30 de nuestra Ley Orgánica reguladora, dar traslado a V. E. de la siguiente recomendación:

“Que cuando se proceda a tramitar una información reservada por denuncias de hechos graves en materia de malos tratos y análogos, en los que aparezcan imputados funcionarios penitenciarios, tales actuaciones sean realizadas por funcionarios que no pertenezcan a la plantilla del centro donde presuntamente se han producido los hechos denunciados”.

Madrid, 16 de noviembre de 2006.

**Recomendación dirigida a la Directora General de Instituciones Penitenciarias. Ministerio del Interior.**

**Recomendación 77/2006, de 16 de noviembre, para que se adopten las medidas oportunas para preservar el derecho a la intimidad de los menores de edad, afectados en procedimientos de separación o divorcio, procurando que los órganos judiciales, con ocasión de publicar por edictos las resoluciones dictadas en dichos procedimientos, omitan datos tales como nombre, apellidos y domicilio de esos menores o cualesquiera otros que permitan su identificación.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 425)*

Agradecemos sinceramente sus atentos escritos de fechas 28 de julio y 22 de septiembre de 2006 (s/ref.: 76/05), en relación con la queja planteada por don (...) y registrada con el número de referencia arriba indicado.

En los informes recibidos de la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife se da respuesta a nuestra investigación, acerca de si en los juzgados de esa provincia es práctica habitual no omitir el nombre y demás datos de filiación de los menores afectados, con ocasión de publicarse las sentencias de separación y de divorcio por medio de edictos.

Del estudio de los datos facilitados se pueden comprobar los distintos criterios de actuación que se siguen en los partidos judiciales de esa provincia.

Así, en los juzgados de San Cristóbal de La Laguna, San Sebastián de la Gomera, Valverde del Hierro y en el de Primera Instancia número 7 de Santa Cruz de Tenerife se omiten los datos identificativos de los menores en la publicación por edictos de las resoluciones de procedimientos de separación y divorcio; esos datos son tachados o aparecen nombrados con los genéricos términos de

hijos o menores, sin referencias a los nombres, apellidos, domicilio o cualesquiera otras circunstancias personales de los menores afectados.

Por el contrario, los decanos de los juzgados de Granadilla de Abona, Icod de los Vinos y Güímar informan que no existe la práctica habitual de no omitir los datos identificativos de los menores afectados o que dichas resoluciones son publicadas por edictos en su integridad, conteniendo por tanto todos los datos que obran en ellas, como nombre y apellidos de los menores, edad, etc. En el caso de los juzgados de Los Llanos de Aridane y de Arona se informa que tampoco es práctica habitual omitir los datos de los menores, pudiendo aparecer en las publicaciones los nombres y edad de los menores.

En otros partidos judiciales, reconociendo que no se estaba omitiendo la identificación de los menores afectados, se informa que se habían dado las oportunas instrucciones y órdenes para que en lo sucesivo se proceda a omitir los mencionados datos. Es el caso de La Orotava, en el que el decano informa que “no se ha omitido la identificación de los menores, puesto que hasta la fecha no se habían dado instrucciones al funcionariado en este sentido. No obstante, pongo en su conocimiento que a la vista de lo expuesto por la Fiscalía de Santa Cruz de Tenerife, ya se han dado las indicaciones oportunas para que en lo sucesivo se proceda a omitir los datos de identificación”. En el mismo sentido, el decano de los juzgados de Puerto de la Cruz comunica: “Que por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 se omiten en los referidos edictos los datos identificativos de los menores afectados por las sentencias de separación y divorcio, mientras que por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 se publican dichos edictos sin omitir los datos identificativos de los menores afectados, habiéndose dado las oportunas órdenes para la omisión en el futuro de los mencionados datos”.

En la investigación de la presente queja se ha recabado información sobre la práctica procesal que se sigue en una provincia y se ha podido comprobar que la publicación del fallo íntegro de una sentencia de separación o divorcio por edicto, incluyendo pormenorizada indicación de las medidas adoptadas por el juez en relación con los hijos menores y referencia expresa de los nombres, apellidos y domicilio de esos menores, no es una situación coyuntural en un procedimiento o una actuación que se circunscribe a un solo juzgado, lo que habría permitido constatar que la queja denunciaba una excepción a la regla general de actuación en el resto de órganos judiciales que, efectivamente, siguiendo un criterio común y generalizado velaban por preservar el derecho a la intimidad de los menores afectados en causas de separación o divorcio.

Sin embargo, los datos obtenidos confirman que en más del 60 por 100 de los partidos judiciales de una provincia, de forma habitual, los órganos judiciales no adoptan las medidas oportunas para preservar el derecho a la intimidad de los menores de edad afectados por la disolución matrimonial de sus padres, y el Ministerio Fiscal, en el ámbito competencial que le es propio, tampoco actúa para la defensa de ese derecho.

Esta situación preocupa al Defensor del Pueblo, pues se hace público y se da general conocimiento de datos identificativos de unos menores y de unas medidas que afectaban al ámbito de la intimidad de las personas, en este caso además, menores de edad. Teniendo en cuenta que en nuestra legislación prima el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, que los poderes públicos tienen la obligación de asegurar su protección, que el problema que nos ocupa exige la adopción de medidas inmediatas y que la ampliación de nuestra investigación a la totalidad del territorio dilataría excesivamente en el tiempo las propuestas de solución que esta Institución puede formular, se ha considerado que los datos obtenidos en una provincia son una muestra suficientemente representativa que nos permiten valorar que un número significativo de órganos judiciales, en el resto del territorio, pueden no estar adoptando las medidas procedentes para preservar el derecho a la intimidad de los menores de edad, al publicar por edictos en los procedimientos de separación o divorcio el texto íntegro de la sentencia con referencia expresa de los nombres, apellidos y domicilio de esos menores.

A la vista de lo expuesto, esta Institución al amparo del artículo 30 de su Ley Orgánica reguladora y en la medida en que la cuestión expuesta afecta a derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, ha valorado la conveniencia de dar traslado a V. E. y al Presidente del Consejo General del Poder Judicial<sup>9</sup> de la siguiente recomendación:

“Que el Ministerio Fiscal y el Consejo General del Poder Judicial, en el ejercicio de las competencias que a cada uno le son propias, adopten las medidas oportunas para preservar el derecho a la intimidad de los menores de edad afectados en procedimientos de separación o divorcio, procurando que los órganos judiciales, con ocasión de publicar por edictos las resoluciones dictadas en dichos procedimientos, omitan datos tales como nombres, apellidos y domicilio de esos menores o cualesquiera otros que permitan su identificación”.

Madrid, 16 de noviembre de 2006.

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

<sup>9</sup> Recomendación 78/2006 de este volumen.



**Recomendación 78/2006, de 16 de noviembre, para que se adopten las medidas oportunas para preservar el derecho a la intimidad de los menores de edad, afectados en procedimientos de separación o divorcio, procurando que los órganos judiciales, con ocasión de publicar por edictos las resoluciones dictadas en dichos procedimientos, omitan datos tales como nombre, apellidos y domicilio de esos menores o cualesquiera otros que permitan su identificación.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 425)*

La queja planteada por don (...), y registrada con el número de referencia arriba indicado, se fundamentaba en la preocupación de este ciudadano porque en el *Boletín Oficial de Canarias* de 2 de diciembre de 2004, número 235, se había publicado el Edicto del Juzgado de Primera Instancia número 5 de (...), de 19 de noviembre de 2004, relativo al fallo de la sentencia recaída en los autos de divorcio contencioso número (...), y que en la publicación de dicho edicto se recogía el fallo íntegro de la sentencia dictada en tales autos, en el cual se hacía pormenorizada indicación de las medidas adoptadas por el juez en relación con los hijos menores del matrimonio cuya disolución decidía la sentencia, haciendo además referencia expresa a los nombres, apellidos y domicilio de esos menores.

En consecuencia, se hacía público y se daba general conocimiento de datos identificativos de unos menores y de unas medidas que afectaban al ámbito de la intimidad de las personas, en este caso además, menores de edad.

Esta preocupación fue compartida por el Defensor del Pueblo, al comprobar que la utilización de este instrumento procesal de notificación en el que se recogían todos los datos identificativos de los menores afectaba a su ámbito de intimidad, considerando esta

Institución que habría sido más lógico hacer público el contenido esencial del fallo (en este caso estimativo de la demanda y declarativo de la disolución por divorcio del matrimonio), sin especificar el régimen de medidas dispuesto y los datos identificativos de los menores, de manera que dicha información sólo constara en los autos para conocimiento y cumplimiento exclusivo de las partes afectadas.

Por ello, se acordó iniciar una investigación sobre la cuestión interesando la colaboración de la Fiscalía General del Estado para que investigara si es una práctica habitual, en los órganos judiciales que conocen de procedimientos de divorcio, la publicación del fallo íntegro de la sentencia por edicto, incluyendo pormenorizada indicación de las medidas adoptadas por el juez en relación con los hijos menores y referencia expresa de los nombres, apellidos y domicilio de esos menores o, por el contrario, si ello era una excepción.

La Fiscalía General del Estado nos ha remitido un informe que se circunscribe a la provincia de Santa Cruz de Tenerife, en el que la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en base a los datos facilitados por el presidente de esa Audiencia Provincial, da respuesta a nuestra investigación acerca de si en los juzgados de esa provincia es práctica habitual no omitir el nombre y demás datos de filiación de los menores afectados, con ocasión de publicarse las sentencias de separación y de divorcio por medio de edictos.

Del estudio de los datos facilitados se pueden comprobar los distintos criterios de actuación que se siguen en los partidos judiciales de esa provincia.

Así, en los juzgados de San Cristóbal de La Laguna, San Sebastián de la Gomera, Valverde del Hierro y en el de Primera Instancia número 7 de Santa Cruz de Tenerife se omiten los datos identificativos de los menores, en la publicación por edictos de las resoluciones de procedimientos de separación y divorcio; esos datos son tachados o aparecen nombrados con los genéricos términos de hijos o menores, sin referencias a los nombres, apellidos, domicilio o cualesquiera otras circunstancias personales de los menores afectados.

Por el contrario, los decanos de los juzgados de Granadilla de Abona, Icod de los Vinos y Güímar informan que no existe la práctica habitual de no omitir los datos identificativos de los menores afectados o que dichas resoluciones son publicadas por edictos en su integridad, conteniendo por tanto todos los datos que obran en ellas, como nombre y apellidos de los menores, edad, etc. En el caso de los juzgados de Los Llanos de Aridane y de Arona se informa de que tampoco es práctica habitual omitir los datos de los menores, pudiendo aparecer en las publicaciones los nombres y edad de los menores.

En otros partidos judiciales, reconociendo que no se estaba omitiendo la identificación de los menores afectados, se informa que se habían dado las oportunas instrucciones y órdenes para que en lo sucesivo se proceda a omitir los mencionados datos. Es el caso de La Orotava, en el que el decano informa: “No se ha omitido la identificación de los menores, puesto que hasta la fecha no se habían dado instrucciones al funcionariado en este sentido. No obstante, pongo en su conocimiento que a la vista de lo expuesto por la Fiscalía de Santa Cruz de Tenerife, ya se han dado las indicaciones oportunas para que en lo sucesivo se proceda a omitir los datos de identificación”. En el mismo sentido, el decano de los juzgados de Puerto de la Cruz comunica que “por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 se omiten en los referidos edictos los datos identificativos de los menores afectados por las sentencias de separación y divorcio, mientras que por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 se publican dichos edictos sin omitir los datos identificativos de los menores afectados, habiéndose dado las oportunas órdenes para la omisión en el futuro de los mencionados datos”.

En la investigación de la presente queja se ha recabado información sobre la práctica procesal que se sigue en una provincia, y se ha podido comprobar que la publicación del fallo íntegro de una sentencia de separación o divorcio por edicto, incluyendo pormenorizada indicación de las medidas adoptadas por el juez en relación con los hijos menores y referencia expresa de los nombres, apellidos y domicilio de esos menores, no es una situación coyuntural en un procedimiento o una actuación que se circunscribe a un solo juzgado, lo que habría permitido constatar que la queja denunciaba una excepción a la regla general de actuación en el resto de órganos judiciales que, efectivamente, siguiendo un criterio común y generalizado, velaban por preservar el derecho a la intimidad de los menores afectados en causas de separación o divorcio.

Sin embargo, los datos obtenidos confirman que en más del 60 por 100 de los partidos judiciales de una provincia, de forma habitual, los órganos judiciales no adoptan las medidas oportunas para preservar el derecho a la intimidad de los menores de edad afectados por la disolución matrimonial de sus padres, y el Ministerio Fiscal, en el ámbito competencial que le es propio, tampoco actúa para la defensa de ese derecho.

Esta situación preocupa al Defensor del Pueblo, pues se hace público y se da general conocimiento de datos identificativos de unos menores y de unas medidas que afectaban al ámbito de la intimidad de las personas, en este caso además, menores de edad. Teniendo en cuenta que en nuestra legislación prima el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir,

que los poderes públicos tienen la obligación de asegurar su protección, que el problema que nos ocupa exige la adopción de medidas inmediatas y que la ampliación de nuestra investigación a la totalidad del territorio dilataría excesivamente en el tiempo las propuestas de solución que esta Institución puede formular, se ha considerado que los datos obtenidos en una provincia son una muestra suficientemente representativa que nos permiten valorar que un número significativo de órganos judiciales, en el resto del territorio, pueden no estar adoptando las medidas procedentes para preservar el derecho a la intimidad de los menores de edad, al publicar por edictos en los procedimientos de separación o divorcio el texto íntegro de la sentencia con referencia expresa de los nombres, apellidos y domicilio de esos menores.

A la vista de lo expuesto, esta Institución al amparo del artículo 30 de su Ley Orgánica reguladora y en la medida en que la cuestión expuesta afecta a derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, ha valorado la conveniencia de dar traslado a V. E. y al Fiscal General del Estado<sup>10</sup> de la siguiente recomendación :

“Que el Ministerio Fiscal y el Consejo General del Poder Judicial, en el ejercicio de las competencias que a cada uno le son propias, adopten las medidas oportunas para preservar el derecho a la intimidad de los menores de edad afectados en procedimientos de separación o divorcio, procurando que los órganos judiciales, con ocasión de publicar por edictos las resoluciones dictadas en dichos procedimientos, omitan datos tales como nombres, apellidos y domicilio de esos menores o cualesquiera otros que permitan su identificación”.

Madrid, 16 de noviembre de 2006.

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

---

<sup>10</sup> Recomendación 77/2006 de este volumen.

**Recomendación 79/2006, de 17 de noviembre, sobre falta de respuesta a una solicitud de información de una asociación de vecinos.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 424)*

Se ha recibido su escrito de fecha 25 de agosto (salida número 2006/8180), en el que informa sobre la queja planteada por el presidente de la (...), registrada con el número arriba indicado.

A la vista del contenido de su referido escrito, y fundamentalmente de la argumentación y conclusiones a que se llega en el informe de la Asesoría Jurídica que se nos ha remitido adjunto al mismo, esta Institución se ve en la obligación legal de someter a esa Alcaldía las siguientes consideraciones como fundamento de la resolución con la que se concluye esta comunicación.

Primera. El objeto de la presente queja era la falta de contestación a una solicitud de información cursada por el promotor de la misma como presidente de una (...) de esa ciudad de Mérida.

Segunda. La citada solicitud de información versaba sobre los cauces de participación vecinal en los plenos municipales, y por tanto se trataba de una cuestión relacionada con el objeto de dicha (...) de promover la participación de los vecinos en la vida pública para la mejor defensa de sus intereses.

Tercera. Por ello, no puede admitirse una conclusión como la reflejada al final del informe de la Asesoría Jurídica municipal que aquí se cuestiona, según la cual, ni la secretaria municipal ni ningún otro funcionario estaría obligado a la emisión del informe solicitado.

Cuarta. Dicha conclusión supone, en primer lugar, un incumplimiento de las previsiones de la Ley de Régimen Jurídico de las

Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común respecto de los derechos que tienen los ciudadanos en sus relaciones con las administraciones públicas, entre ellos el derecho a obtener información y orientación acerca de los requisitos establecidos para las actuaciones que se propongan realizar [artículo 35.g)].

Quinta. Según dicho artículo, resulta evidente que el interesado tiene el derecho a solicitar la información, y que esa información ha de serle facilitada si no por la unidad a que ha sido dirigida, al menos por la que sea competente para ello a quien aquélla debería haber reenviado la solicitud.

Sexta. Al margen de lo anterior, la actitud de la secretaria municipal, de dar la llamada por respuesta, y no trasladar la solicitud de información a la unidad competente para contestar, y lo que es peor, el tono del informe de la Asesoría Jurídica municipal y la conclusión a la que en el mismo se llega, no parece que se compadezca bien con el contenido del artículo 35.i) de la ley procedimental antes citada, según el cual los ciudadanos tienen derecho en sus relaciones con la Administración a “ser tratados con respeto y deferencia por las autoridades y funcionarios que habrán de facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones”.

Séptima. Y mucho más, si se tiene en cuenta la obligación de los ayuntamientos de facilitar la participación de los vecinos en los asuntos de la vida pública local (artículo 70.bis.1 de la Ley de Bases del Régimen Local), participación especialmente privilegiada en el artículo 72 de la misma en el supuesto de las asociaciones vecinales, al disponerse como una obligación de las corporaciones locales favorecer su desarrollo y facilitarles “la más amplia información sobre sus actividades”, así como impulsar su participación en la gestión de la Corporación en los términos del número 2 del artículo 69 del propio texto legal.

En base a cuantas consideraciones han quedado expuestas, esta Institución en el ejercicio de la responsabilidad que le confiere el artículo 54 de la Constitución, y al amparo del artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, viene a formular la siguiente recomendación:

“Que en virtud de los fundamentos legales que han quedado expuestos, se dé la contestación que proceda a la solicitud de información cursada por la (...) promotora de la queja”.

Madrid, 17 de noviembre de 2006.

**Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Mérida (Badajoz).**

**Recomendación 80/2006, de 20 de noviembre, para que en los casos de denegación de entrada en nuestro país se permita a los ciudadanos disponer de sus bienes y documentos, a excepción de aquellos necesarios para su eventual retorno, expidiéndose el correspondiente recibo de aquellos que sean retenidos o puestos a disposición de terceros.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 429)*

En el primer momento posible, acusamos recibo a su atento escrito, en el que nos comunica la práctica que se sigue respecto a la entrega de los documentos de los retornados en todos los puestos fronterizos.

En el escrito de V. E. se pone de manifiesto que no existen instrucciones concretas sobre las actuaciones a seguir en relación con este asunto y que la práctica habitual es entregar todos los efectos retenidos al comandante de la aeronave o al transportista, con el fin de garantizar la conservación de los documentos identificativos y, con ello, la admisión del retornado en su país. Se explica que en el caso de que se le entregaran al viajero retornado podría destruirlos, lo que conllevaría la imposibilidad de acreditar su nacionalidad y podría conducir a la denegación de entrada en su propio país.

Esta Institución comprende las razones por las cuales se entregan los documentos identificativos a los transportistas, entendiéndolo, asimismo, que éstos sean puestos finalmente a disposición de las autoridades del punto de retorno para facilitar su admisión.

Sin embargo, no podemos compartir que todos los documentos u otros bienes del retornado sean entregados al comandante o transportista.

A juicio de esta Institución, los documentos que no sean meramente identificativos y cuya destrucción pueda suponer un problema para su readmisión debieran ser entregados al viajero retornado, dado que se trata de documentos o bienes de su propiedad que carecen de interés alguno para la ejecución del retorno, evitando con ello que caigan en manos de otras personas que puedan beneficiarse irregularmente de los mismos.

Hemos de recordar que al ciudadano rechazado en frontera que es objeto de una medida de retorno, únicamente ve limitado su derecho de entrada en territorio Schengen, es decir, ve limitada su capacidad deambulatoria en una zona geográfica concreta, por apreciarse que carece de los requisitos previstos por las normas para el acceso a nuestro territorio, pero sigue gozando de todos sus derechos y no tiene limitada la capacidad de disposición sobre sus bienes. No parece, por tanto, razonable que en el sobre que se entrega al transportista se incluyan documentos que no sean los puramente identificativos del retornado.

En el caso planteado en la presente queja, precisamente, los retornados manifiestan que los bonos de hotel de su propiedad nunca les fueron devueltos y fueron utilizados, sin que finalmente pudieran determinar por quién. Según afirmaban, si hubieran devuelto esos bonos les hubiera sido entregada al menos una parte de la cantidad que habían invertido en su compra.

Lamentablemente el sistema utilizado por los servicios dependientes de esa Dirección General, permitió que la utilización del cupón de hotel no haya podido ser aclarada. El sobre que contenía la documentación de los retornados, incluyendo los cupones de hotel, pasó de unas manos a otras, sin que se entregaran dichos cupones a sus propietarios. Sin embargo, la entrega desde un principio a sus propietarios no podía conllevar la más mínima inquietud respecto a la readmisión de los interesados a sus países de origen.

No parece, por otro lado, que al transportista que recibe los efectos se le invite a firmar un recibo en el que conste la relación de bienes que le son entregados, ni tampoco parece existir un procedimiento para que los funcionarios policiales entreguen un recibo especificando los bienes que les son retirados a los interesados.

A la vista de ello, esta Institución ha considerado procedente formular a V. E. la siguiente recomendación:

“Que se dicten instrucciones que contemplen fórmulas para garantizar que los documentos y bienes, propiedad de las personas sometidas a expedientes de denegación de entrada, permanezcan a

la disposición de estas personas, a excepción de aquellos documentos que sean imprescindibles para asegurar la efectividad del eventual retorno que se acuerde.

Asimismo, que se expida recibo de la retirada de todos los documentos, bienes y demás efectos que sean retenidos a los interesados o puestos bajo la custodia de terceros”.

Madrid, 20 de noviembre de 2006.

**Recomendación dirigida al Director General de la Policía y de la Guardia Civil. Ministerio del Interior.**



**Recomendación 81/2006, de 21 de noviembre, sobre denegación del carné de transporte interurbano gratuito para pensionistas, discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales con una incapacidad del 33 por 100 por razón de nacionalidad.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 434)*

Acusamos recibo de su escrito (s/ref.: R.S. número 7763), en el que nos contesta en relación con la queja registrada en esta Institución con el número (...), formulada por don (...).

En el citado escrito, tras relacionar los documentos que se le han remitido al interesado, se manifiesta respecto a la petición formulada por el señor (...), de otorgamiento de gratuidad en el uso del transporte público que, en efecto, fue denegado por no tener nacionalidad española.

Examinada la documentación remitida, consta en el acuerdo de la Comisión de Gobierno de 27 de junio de 2004, en el punto cuarto, que en ningún caso se concederán bonos a extranjeros residentes en Tenerife.

Así pues, sobre la base del artículo 14 de la Constitución Española no cabe sostener que exista discriminación, toda vez que el derecho a la igualdad que consagra el artículo 14 de la Constitución se circunscribe a los españoles, señalando que son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

El derecho a los servicios sociales de los trabajadores extranjeros está regulado en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración

social, reformada por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, para, por un lado, adaptar la normativa interna en esta materia a las decisiones que durante los últimos años han sido tomadas en el seno de la Unión Europea, así como, por otro, incorporar determinadas consideraciones técnicas efectuadas por el Tribunal Supremo.

Según la exposición de motivos del texto normativo, con el mismo se persigue cumplir el mandato del artículo 13 de la Constitución Española que establece que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el Título I de la norma fundamental, en los términos que establezcan los tratados y la ley, así como la jurisprudencia al respecto del Tribunal Constitucional, añadiéndose que se ha conjugado este mandato constitucional con los compromisos internacionales adquiridos por España, especialmente como país de la Unión Europea y en lo que respecta a garantizar un trato justo a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de sus estados miembros.

Entre los derechos reconocidos a aquellos extranjeros que residen en España de forma legal, se encuentra el derecho al acceso a los servicios sociales, lo que se hace en los apartados 2 y 3 del artículo 14 de la Ley 4/2000, con el siguiente tenor literal:

2. Los extranjeros residentes tendrán derecho a los servicios y prestaciones sociales, tanto generales y básicos como a los específicos, en las mismas condiciones que los españoles.

3. Los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas. Según este precepto, se atribuye el derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, generales, básicas y específicas a los extranjeros residentes, en las mismas condiciones que los españoles.

También se reconocen tales derechos en la Ley 9/1987, de 28 de abril de Servicios Sociales del Parlamento de Canarias, en cuya exposición de motivos se resalta que el sistema de los servicios sociales que con la presente Ley se establecen se inspira en el principio de universalidad, por cuanto se garantiza el derecho de todo ciudadano sin discriminación por razones de sexo, estado, ideología o creencia, a acceder a los servicios del citado sistema.

Igualmente, se informa en el principio de globalidad, toda vez que el sistema debe actuar de forma integral y no parcializada, insertándose los servicios sociales en el conjunto de aquellas acciones que desarrollen los distintos poderes públicos para el bienestar social de los ciudadanos en su dimensión individual y social.

Este sistema de servicios sociales tiene su expresión en los artículos 6 y 7 de la citada normativa que distingue entre servicios sociales generales y comunitarios y servicios sociales especializados, constituyendo estos últimos el nivel secundario del sistema.

La Ley 4/2000, de 11 de enero que regula los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en el capítulo IV, de las Medidas antidiscriminatorias, define en el artículo 21.2 los actos discriminatorios en general, precisando en el punto 2 los actos que constituyen discriminación. De éstos, a los efectos que nos ocupa, cabe señalar los siguientes:

a) Los efectuados por la autoridad o funcionario público o personal encargado de un servicio público, que en el ejercicio de sus funciones, por acción u omisión, realice cualquier acto discriminatorio prohibido por la ley contra un ciudadano extranjero solo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.

b) Todos los que impongan condiciones más gravosas que a los españoles, o que impliquen resistencia a facilitar a un extranjero bienes o servicios ofrecidos al público, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.

c) Todos los que impongan ilegítimamente condiciones más gravosas que a los españoles o restrinjan o limiten el acceso al trabajo, a la vivienda, a la educación, a la formación profesional y a los servicios sociales y socio-asistenciales, así como a otro derecho reconocido en la presente Ley Orgánica, al extranjero que se encuentre regularmente en España, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.

e) Constituyen discriminación indirecta todo tratamiento derivado de la adopción de criterios que perjudiquen a los trabajadores por su condición de extranjeros o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.

Así, entiende esta Institución que el hecho o acto que constituye el objeto de la presente queja podría tener encaje en cualquiera de los actos referidos, de tal suerte que cabe considerar que el criterio que se mantiene en el acuerdo de 27 de julio de 2004 de no conceder abonos a extranjeros residentes en Tenerife es excluyente y, en consecuencia, representa discriminación.

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 una recomendación y sugerencia del tenor literal siguiente:

“Que teniendo en cuenta la normativa vigente en materia de extranjería, y conforme a los preceptos que regulan los derechos de los extranjeros residentes antes citados, así como las consideraciones vertidas en el cuerpo de este escrito, se recomienda a V. E. que se modifique el criterio sostenido en el Acuerdo de la Comisión de Gobierno de 27 de junio de 2004, para el acceso a personas discapacitadas y jubiladas en el uso del transporte público en la isla de Tenerife, de manera que los residentes extranjeros puedan acceder, en las mismas condiciones que los españoles, a la gratuidad en el transporte interurbano”.

Por otra parte, por lo que concierne al señor (...), que es residente comunitario y a quien se le ha denegado el carné de transporte interurbano gratuito por no tener la nacionalidad española, se sugiere a V. E.: “Que, previamente, y sin perjuicio de que se proceda a la modificación del acuerdo antes citado, se corrija este acto discriminatorio y se le conceda el carné solicitado”.

Madrid, 21 de noviembre de 2006.

**Recomendación dirigida al Presidente del Cabildo Insular de Tenerife.**

**Recomendación 82/2006, de 22 de noviembre, para que se dé prioridad a la reforma del Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas, para que incluya la obligatoriedad de que los fabricantes y los vendedores informen a los compradores de armas de fuego de imitación y ciertas armas blancas, a través de indicaciones escritas, de las condiciones de uso y tenencia de las mismas, de acuerdo con lo que a este respecto establece la legislación vigente, en orden a prevenir la comisión de infracciones por desconocimiento de la normativa aplicable.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 428)*

Se acusa recibo a su atento escrito (s/ref.: R.S. 3665/06), de fecha 16 de octubre del presente año, en el que nos contesta a la queja registrada con el número arriba indicado.

Una vez constatada la multitud de quejas tramitadas por esta Institución, en las que los ciudadanos expresan su descontento al haber sido sancionados, como consecuencia del desconocimiento legal de la normativa aplicable a las armas blancas y simuladas de uso más habitual, para usos cotidianos múltiples en relación con la caza, pesca, excursionismo, entre otros, y de fácil adquisición en multitud de establecimientos en los que no se informa de los riesgos legales inherentes a la posesión en la vía pública de las mismas, parece necesaria una modificación perentoria de la legislación vigente, por razones de seguridad jurídica y preventivas.

Por ello, se ha valorado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, la conveniencia de formular a V. I. la siguiente recomendación:

“Que se dé prioridad a la reforma del Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas, para que incluya la obligatoriedad de que los fabricantes y los vendedores informen a los compradores de armas de fuego de imitación y ciertas armas blancas, a través de indicaciones escritas, de las condiciones de uso y tenencia de las mismas, de acuerdo con lo que a este respecto establece la legislación vigente, en orden a prevenir la comisión de infracciones por desconocimiento de la normativa aplicable”.

Madrid, 22 de noviembre de 2006.

**Recomendación dirigida a la Secretaria General Técnica del Ministerio del Interior.**

**Recomendación 83/2006, de 12 de diciembre, sobre presunto fraude en sociedades inversoras en bienes tangibles. La disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, excluye a las sociedades de inversión de bienes tangibles de la protección de las entidades de carácter financiero, ya que las considera como aquellas que comercializan objetos de carácter especial: obras de arte, antigüedades, sellos y otros bienes asimilables.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 428)*

Acusamos recibo de su escrito (s/ref.: R.S. número 2036), en relación con la queja iniciada de oficio por esta Institución y registrada con el número (...).

Al hilo de las manifestaciones vertidas en su informe, respecto de la inexistencia de un vacío normativo, entendemos que es sintomático que el Pleno del Congreso inste la adopción de actuaciones consistentes en completar el marco legal, y, sin embargo, se considere desde la Secretaría de Estado que una disposición adicional en una ley es una regulación suficiente en la materia.

Por otro lado, y puesto que en su informe incide en la exclusión de los mecanismos de protección de las sociedades de inversión colectiva dado que aquellas dedicadas a la inversión filatélica no han sido incluidas en la Ley 35/2003 como tales, es evidente que la no previsión de un régimen específico dentro de las sociedades de inversión es, precisamente, lo que ha generado confusión y desregulación.

En la sociedad actual hay definiciones tradicionales que van adaptándose a la práctica diaria, y la noción clásica de producto de

ahorro no es ajena a esta transformación. Dichos productos de ahorro estaban representados, fundamentalmente, por activos como acciones, obligaciones, pagarés, imposiciones bancarias o contratos de seguro de capitalización. Todos ellos, sin excepción, se hallan sujetos a las condiciones generales de la economía y el mercado.

Esta es una de las notas características de la inversión en bienes tangibles que, si bien, no es una fórmula novedosa de inversión, la extensión de estas fórmulas a la generalidad de los ahorradores a través de sociedades inversoras es una opción que se ha venido desarrollando en las últimas décadas. Lo que ha cambiado, fundamentalmente, con esta nueva operativa es que este tipo de inversiones, restringidas para aquellos expertos y ahorradores con alto poder adquisitivo se han abierto a la generalidad de los ciudadanos, ya que aquellas características de la inversión que imposibilitaban a un ahorrador medio sin conocimientos financieros su utilización como producto idóneo han podido salvarse a través de dichas sociedades inversoras, que han instrumentalizado fórmulas contractuales complejas con operaciones accesibles y aplazadas y que han favorecido la apertura del mercado a todo tipo de inversores, con independencia de su potencial económico inmediato.

Así, los bienes tangibles se constituyen en el soporte material de la inversión financiera, que debido al volumen de inversores y a las existencias limitadas de activos, se convierten en un mercado que genera plusvalías a largo plazo, y con algunas características diferenciadoras respecto de los productos financieros convencionales que los hacen particularmente atractivos, pero que mantienen un sustrato esencial idéntico al que sostienen otros productos de inversión colectiva.

Una de estas características diferenciadoras, que ha suscitado el aglutinamiento de un sector importante del ahorro de los ciudadanos españoles, es su configuración como valor-refugio, al margen de las caídas y de las oscilaciones de las economías generales que influyen en otros mercados como ya quedó apuntado. Otra de las características principales es la universalidad de los mercados. Pero quizá la principal característica aplicable a la presente cuestión es la previsibilidad de la revalorización que las sociedades de inversión establecen basándose en su propia capacidad de estudio y tasación de los bienes.

En los últimos años el sector se iba paulatinamente acercando a la titularización de estos bienes, puesto que se estaba configurando como un mercado de plusvalías competitivas y alternativo a los sistemas de ahorro clásicos.

Para evidenciar su naturaleza de auténtico producto financiero basta con acudir a la configuración de los contratos que han ofertado las Sociedades de Inversión Filatélica (en adelante SIF). Sus características básicas son las siguientes:

a) Se configura jurídicamente como una modalidad contractual, cuyo objetivo es la constitución de un patrimonio filatélico mediante la adquisición por parte del inversor a la SIF de lotes de valores filatélicos, con la posibilidad de su posterior enajenación a través de la propia sociedad. Esta adquisición se realiza mediante pagos anuales a la SIF, los cuales pueden ser anuales, semestrales, trimestrales o mensuales. Las cantidades destinadas a la adquisición de lotes de valores filatélicos se suelen incrementar anualmente en un cierto porcentaje, respecto a la cantidad del año inmediatamente anterior.

b) A cada lote anual, la SIF añadirá, por cada año de contrato, una sobreadjudicación del valor de tasación del lote en ese momento.

c) Los lotes consistían en series completas de sellos sin matasellar de aquellos países pertenecientes a la Federación Internacional Postal. La tasación de estos valores debería realizarse de acuerdo a la última lista de cotización vigente, referenciada a un catálogo internacional.

d) La sociedad se reserva la posibilidad de rescindir unilateralmente el contrato en caso de impagos reiterados y consecutivos.

e) Una vez que haya transcurrido un lapso de años preestablecido en el contrato, y siempre que el inversor se encuentre al corriente de sus pagos, podrá proceder a la venta de todo o parte de su patrimonio filatélico a través de la SIF. Ésta se compromete a colocarlo en el mercado y de no ser esto, a adquirir el lote para sí misma y a entregar al inversor el precio obtenido en un pago único.

f) La venta del patrimonio filatélico a través de la SIF garantiza al inversor un precio mínimo por contrato, dicho precio irá incrementándose proporcionalmente al número de años que se prolonga la inversión, calculándose mediante la aplicación de un tipo de interés simple anual.

Es decir, en esencia se trata de una inversión en activos tangibles para la obtención de una rentabilidad a largo plazo, instrumentada en un contrato con una sociedad que gestiona tanto la adquisición de los activos como la venta de los mismos, garantizando ambas operaciones y una rentabilidad mínima asociada a la operación, que puede llevarse a cabo a través de desembolsos únicos o periódicos.

Atendiendo a todo lo antedicho, se evidencia que se configuran económicamente como un auténtico producto de ahorro-inversión, y haciendo alusión a la doctrina civilista en cuanto a la calificación de los contratos por su finalidad, debería reconducir la protección de los inversores (que no consumidores) a la normativa específica de dicho sector, al margen de los puros coleccionistas que pudieran tener una consideración específica en la normativa de consumo.

Una vez establecida la finalidad, y por lo tanto, la naturaleza del contrato, entramos en la obligación de los poderes públicos de garantizar, de forma real y efectiva, y no meramente nominal, los derechos de los ciudadanos. Por esta razón, la calificación como bienes tutelables por las autoridades de consumo, deviene, inicialmente, inadecuada por las características del contrato, con independencia de los bienes que garantizan la rentabilidad de la inversión. Esta es la primera de las razones por las que se cuestiona la efectiva actuación de los poderes públicos en defensa de los derechos de los afectados.

La única regulación que se recoge en todo el ordenamiento jurídico para este tipo de inversión es la prevista en la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003, disposición que se incorpora a la Ley en el trámite de enmiendas del Senado, sin haber sido objeto de informe técnico previo ni sin que se justifique la idoneidad de la misma. Previamente el régimen anterior tampoco había recogido una regulación específica, por lo que la operatividad de estas sociedades en el mercado se ha producido siempre en un vacío legal que les permitía un ancho campo de actuación sin control.

Pero, al margen de la consideración que pueda merecer la técnica legislativa, con estos antecedentes parece que lo más lógico hubiera sido abordar la cuestión, bien incorporando un régimen específico dentro de la propia Ley 35/2003, o bien, si se excluían de ésta, haber dictado, inmediatamente, un desarrollo reglamentario suficiente que cubriera un régimen completo de control de dichas sociedades inversoras, en particular considerando que desde 1994 los poderes públicos, en concreto la Agencia Tributaria, eran conscientes de la problemática que planteaban ya dichas sociedades, lo que anticipaba los posibles perjuicios a los ciudadanos. Sin embargo, se deja al margen del control legal de las autoridades financieras, estableciendo una regulación tan exigua y parcial que no recoge más que un mínimo mecanismo de información y un régimen sancionador que no se desarrolla con posterioridad.

Una vez establecida la inidoneidad de la regulación existente y el carácter inversor de estas sociedades, la misma calificación de bienes de consumo a estos activos, carece de sentido y resulta también artificial, ya desde la propia etimología del término, pues consumir,

según el Diccionario de la Real Academia Española es destruir, extinguir o gastar, y difícilmente se puede entender que los bienes objeto de este expediente se destruyan, extingan o desgasten, puesto que, por el contrario, se revalúan con el transcurso del tiempo, esto es, se convierten en una inversión, no en un consumo. De hecho, la propia calificación tributaria de los beneficios obtenidos por este tipo de inversiones, coincide plenamente con los beneficios que se recogen de inversiones financieras convencionales, y así, en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas tienen tratamiento de rendimientos de capital mobiliario, tal y como han sido calificados por la Dirección General de Tributos, asimilándolos así a las inversiones realizadas, por ejemplo, en cuentas corrientes o de ahorro en entidades de crédito.

Es más, el objetivo de los poderes públicos con la legislación en materia de protección a los consumidores es la de equilibrar la desigualdad que se produce entre las partes que integran la relación de consumo, contrarrestando la debilidad del consumidor final mediante el ofrecimiento de un procedimiento gratuito de arbitraje de consumo, lo que evita el costoso procedimiento que habría de seguirse para reclamar sus intereses ante los tribunales de justicia por vía civil.

Esa equidad, cedida territorialmente a las comunidades autónomas, de la que el Estado es garante, deviene inoperante si no existe una regulación específica, un cauce legal concreto adaptado sectorialmente a la materia, de modo que las administraciones públicas puedan dar cobertura a situaciones como la acontecida.

De aquí deriva la necesidad de legislar un procedimiento específico para cada uno de los sectores que se resguardan bajo el ala protectora de los Servicios de Consumo de las diferentes administraciones públicas, cuya función principal es la de informar, formar, tutelar y ofrecer equidad al ciudadano, según la propia previsión constitucional.

Llegados a este punto, pasamos a examinar la eficacia de los pocos mecanismos esbozados en la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva.

Dicha disposición se limita a encuadrar la comercialización de los denominados bienes tangibles (sellos, obras de arte, antigüedades, y similares) dentro del ámbito competencial de las autoridades de consumo olvidándose de su instrumentalización como bienes de inversión, se limita también a enumerar un catálogo de infracciones y sanciones, sin ningún otro tipo de desarrollo, sustrayendo a estas sociedades la protección que se dispensa a las instituciones de inversión colectiva y similares, por lo que quedan, a falta de desarrollo reglamentario, en una especie de limbo jurídico, alejadas de

la finalidad que orienta la inversión, y desprotegidas en un mercado excepcionalmente técnico y alejado de los conceptos habituales de inversión.

El mero reconocimiento de un régimen sancionador asociado a este derecho se puede convertir en un formulismo despojado de protección, si la posición del consumidor es la de absoluta inferioridad ante la Administración pública y ante las otras partes.

La configuración constitucional de la protección a consumidores, tal y como la prevé el artículo 51 de la Constitución Española, está construida desde una perspectiva eminentemente finalista, que abarca una pluralidad de aspectos, lo que conlleva el ejercicio de actividades múltiples y heterogéneas encaminadas a la protección de los diversos intereses de los consumidores: seguridad, salud, legítimos intereses económicos, información, educación y fomento de sus organizaciones, que, a su vez, generarán otras muchas cuestiones.

Partiendo de este entorno caleidoscópico, se pueden apreciar históricamente dos tipos de actuaciones normativas en aras a la protección del consumidor: una, la promulgación de la Ley General de Consumidores y Usuarios, y otras que complementan a ésta y que, básicamente, se desdoblan en dos tipos a su vez: aquellas destinadas a ejercitar las competencias autonómicas, y aquellas otras que, promulgadas por el Estado se orientan a la protección *ius privatista* de los consumidores, cuyo fundamento jurídico hay que encontrarlo en el artículo 149.1.6<sup>a</sup> y 149.1.8<sup>a</sup> de la Constitución Española, que atribuye la competencia exclusiva sobre los aspectos civiles y mercantiles al Estado, sin perjuicio de los derechos forales.

Por lo que al régimen competencial y a la necesidad de dictar una legislación básica adecuada respecta, hemos de señalar aquí la necesidad de una acción por parte del legislador estatal de desarrollo suficiente, que permita armonizar y uniformar las respectivas normas de las comunidades autónomas. Y ello no solo por una razón de necesaria protección eficaz del artificialmente denominado “consumidor”, sino también, por mandato constitucional del apartado sexto del artículo 149.1, ya que nos encontramos en un ámbito *ius privatista*. Por ello, no es que el artículo 2.1 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios se refiera a este derecho otorgándole carácter básico, sino que la competencia para su desarrollo corresponde al Estado, en particular, en lo que a la indemnización o reparación de los daños y perjuicios sufridos se refiere, puesto que son aspectos civiles y su desarrollo le corresponde a la ley estatal.

Las conocidas sentencias del Tribunal Constitucional 71/1982, de 30 de noviembre y 15/1989, de 26 de enero, recogen la dificultad que

entraña esta materia en función de su contenido pluridisciplinar. En palabras del alto tribunal, dicha protección «concita una amplia variedad de materias que sí han sido directa y expresamente tomadas en consideración por el artículo 149.1 de la Constitución Española a los efectos de concretar las competencias del Estado. Ello mismo evidencia que, si bien en el artículo 149.1 no se ha mencionado expresamente la rúbrica “defensa de los consumidores y usuarios”, abriéndose así, en estrictos términos formales, la posibilidad de que algunos estatutos de autonomía hayan asumido la competencia “exclusiva” sobre la misma (artículo 149.3 de la CE), como quiera que la sustantividad o especificidad de la materia no es, en líneas generales, sino resultado de un conglomerado de muy diversas normas sectoriales reconducibles a otras tantas materias, en la medida en que el Estado ostente atribuciones en estos sectores materiales, su ejercicio podrá incidir directamente en las competencias que sobre “defensa del consumidor y del usuario” corresponden a determinadas comunidades autónomas, las cuales, en ese caso, también podrán quedar vinculadas a las previsiones estatales. La defensa del consumidor y usuario nos sitúa, en efecto, a grandes rasgos y sin necesidad ahora de mayores precisiones ante cuestiones propias de la legislación civil y mercantil, de la protección de la salud (sanidad) y seguridad física, de los intereses económicos y del derecho a la información y a la educación en relación con el consumo, de la actividad económica y, en fin, de otra serie de derechos respecto de los cuales pudiera corresponder al Estado la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en su ejercicio y en el cumplimiento de sus deberes (artículo 149.1, en sus números 1, 6, 8, 10, 13, 16 y 29 principalmente); es decir, ante materias que la Constitución toma como punto de referencia para fijar las competencias mínimas que, por corresponder al Estado, quedan al margen del ámbito de disponibilidad de los estatutos de autonomía».

Además, la legislación de consumo que pudiera ser aplicable a estos casos muestra las evidencias de la falta de previsión de los poderes públicos en la materia. Y esto es así puesto que las diferentes legislaciones sectoriales que inciden en el ámbito de consumo han sido, precisamente, para cumplir con la finalidad de protección que les es propia, hiper-reguladas ya sea por normativa estatal o por normativa europea, mientras que un sector que agrupa el ahorro de miles de familias, no ha sido objeto de mayor dedicación legislativa que una disposición adicional.

De todo lo antedicho se deduce que la existencia de un mero régimen general que esboza infracciones y sanciones no crea las garantías y la protección necesaria para los ciudadanos que acuden a estas ofertas de inversión, por lo que los poderes públicos tienen la obligación de

promover y establecer las condiciones necesarias para que dicha concurrencia se produzca con respeto a sus derechos y en las mismas bases de seguridad económica de las que disponen otros productos de ahorro.

Lo contrario supone, de facto, dejar a los ciudadanos inermes ante el ataque de una contraparte más fuerte, ya que, además, la ausencia de procedimiento implica vaciar de contenido la disposición adicional cuarta.

El mandato que el artículo 53 de la norma fundamental impone al legislador, debe materializarse en insoslayables medidas de Derecho interno que puedan ser efectivamente exigibles en todas las comunidades autónomas, en todo el territorio del Estado, bajo unos mínimos homogéneos; y mientras esto no se produzca, habrá un vacío organizativo y procedimental que se manifestará en la falta de garantías reales que es lo que ha aflorado a raíz del asunto que nos ocupa.

En razón de lo expuesto, procedemos a hacer uso de la facultad conferida por los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, procediendo a formular la siguiente recomendación:

“Que se adopten las medidas oportunas para dotar de un régimen jurídico adecuado a las sociedades de inversión en bienes tangibles. También se recomienda la búsqueda de alguna solución para los actuales afectados por la intervención de las sociedades de inversión en bienes tangibles, teniendo en cuenta que la inactividad de los poderes públicos de control frente a un problema que conocían, ha incrementado los efectos económicos negativos de las irregularidades cometidas por las sociedades, pues el conocimiento de dichas irregularidades hubiera disuadido a muchos inversores de depositar sus ahorros en ellas, reduciendo la extensión del daño”.

Madrid, 12 de diciembre de 2006.

**Recomendación dirigida al Secretario de Estado de Economía. Ministerio de Economía y Hacienda.**

**Recomendación 84/2006, de 12 de diciembre, sobre la necesidad de agilizar la tramitación de la reforma legislativa del régimen disciplinario de la Guardia Civil.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 428)*

Se ha recibido su informe, en relación con la investigación de oficio que lleva a cabo esta Institución, bajo la referencia arriba indicada, sobre la reforma de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil.

Analizadas todas las actuaciones desarrolladas desde el año 2002 por esta Defensoría, sobre el contenido y el alcance de determinados aspectos de la reforma de la citada Ley Orgánica que afectan a la modificación de algunos de sus preceptos, y en especial, a los artículos 7 y 8 respecto a la supresión en la práctica del arresto domiciliario, se considera preciso señalar a ese órgano superior que los miembros del Instituto armado y sus familias continúan expresando ante esta Institución su inquietud al respecto, pues a pesar del tiempo transcurrido desde la tramitación del borrador de anteproyecto de reforma de la norma citada aún no se ha llevado a cabo el proceso de regulación orgánica de dicha propuesta legislativa, por lo que, en virtud de la capacidad reconocida a esta Institución en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, se ha resuelto formular a esa Secretaría de Estado de Seguridad la siguiente recomendación:

“Que por los servicios correspondientes de ese Departamento se agilicen los trabajos necesarios para que, a la mayor brevedad posible, se lleve a cabo la reforma legislativa del régimen disciplinario de la Guardia Civil, a fin de que se actualicen determinados aspectos de la misma”.

Madrid, 12 de diciembre de 2006.

**Recomendación dirigida al Secretario de Estado de Seguridad. Ministerio del Interior.**



**Recomendación 85/2006, de 12 de diciembre, sobre la conveniencia de modificar el artículo 37.4 del vigente Estatuto de los Trabajadores, incluyendo en el mismo la ampliación del permiso de lactancia en los casos de parto múltiple, en las mismas condiciones establecidas en la regulación del permiso de maternidad.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, págs. 429-430)*

En el año 2003 esta Institución instó de la Dirección General de Trabajo informe en el que se solicitaba si compartía el criterio de esta Institución de interpretar el artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores, en el sentido de que fuese ampliado el permiso de lactancia en caso de parto múltiple y en base al número de hijos, indicándose mediante informe, de la citada Dirección General, de 20 de junio de 2003, que efectivamente el criterio era favorable.

No obstante lo anterior, al seguir recibiendo quejas sobre el citado tema, se consideró oportuno dirigir escrito a la Subdirección General de Ordenación Normativa, instando la modificación del citado artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores.

Por dicha Dirección General se remite informe en el que aun reiterando el criterio favorable al disfrute de un permiso de lactancia por cada uno de los hijos en el supuesto de parto múltiple, se añade que la posibilidad de modificar la norma no se contempla por el momento. Se señala además que, aun cuando el Gobierno se ha comprometido a aprobar una ley de igualdad entre hombres y mujeres, en la que se incluyan nuevas medidas de conciliación de la vida familiar y laboral, las citadas medidas deberán adoptarse en el marco del proceso del diálogo social que tiene entablado actualmente el Gobierno con los agentes sociales, concluyéndose que será en dicho contexto en el que podría abordarse, en su caso, la mejora sugerida por esta Institución.

Expuestos estos antecedentes, se hace preciso reseñar que ni el artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores, ni el resto de las normas laborales, contemplan el supuesto objeto de la presente queja, a pesar de que los partos múltiples son cada vez más frecuentes y que la ampliación viene siendo reconocida en vía jurisdiccional.

En efecto, reiteradas sentencias del orden social establecen que la lactancia se debe considerar un derecho esencial del recién nacido, no debiendo compartirlo con uno o más hermanos, porque ello supondría limitar la extensión del derecho. Más en concreto si se atiende a la finalidad del permiso de lactancia, consistente, por una parte, en facilitar la alimentación del menor y, por otra, el amparo y protección familiar para el mismo. Dicho criterio jurisprudencial es conocido suficientemente por ese Ministerio, tal como se comprueba en el informe que se emitió en su día por la repetida Subdirección General de Ordenación Normativa, en base a la cual dicho centro directivo estima que es predominante el interés del niño frente a los distintos intereses en juego, tales como la organización y planificación empresarial.

Cuanto antecede supone que las trabajadoras se vean obligadas a acudir a la jurisdicción competente para el reconocimiento de dicha ampliación del derecho, estimando esta Institución que existe cierta contradicción entre la aceptación de la línea jurisprudencial reseñada, coincidente con la opinión del Defensor del Pueblo, y el criterio de ese Departamento, al no modificar el precepto regulador, lo que, en el presente momento, da lugar a distintos tratamientos en función de si la trabajadora acude a los tribunales o si, por desconocimiento, no hace uso de tal posibilidad.

En virtud de los argumentos jurídicos esgrimidos, y en base a lo dispuesto en el artículo 30.1 de su Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora de la Institución, el Defensor del Pueblo ha considerado la oportunidad y conveniencia de formular a V. I. la siguiente recomendación:

“Que se valore la conveniencia de modificar el artículo 37.4 del vigente Estatuto de los Trabajadores en el sentido interesado por esta Institución, incluyendo en el mismo la ampliación del permiso de lactancia en caso de parto múltiple, en las mismas condiciones que recoge la regulación del permiso de maternidad, en el artículo 48.4 del citado texto legal”.

Madrid, 12 de diciembre de 2006.

**Recomendación dirigida al Director del Gabinete del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales.**

**Recomendación 86/2006, de 12 de diciembre, sobre tramitación de las solicitudes de permiso de maternidad con opción a favor de los padres.**

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 430)

Se ha recibido su informe, que esta Institución agradece, en relación con el expediente de queja arriba indicado.

Una vez analizado su contenido esta Defensoría valora positivamente la decisión de esa Dirección General de ampliar el criterio 2003-04/76 establecido, en favor de una interpretación más flexible sobre la opción ejercitada por la madre para que sea el padre el que disfrute del descanso por maternidad, una vez que éste se haya iniciado, que así se solicite y que concurren circunstancias excepcionales.

En esa línea se aboga a raíz de la presente queja, con fundamento en las posibilidades de una interpretación no tan restrictiva del supuesto legal en cuestión, en concreto, del artículo 8 del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, toda vez que la causa en su momento esgrimida para acogerse a una posterior elección del disfrute del señalado permiso por maternidad, u otras de similar naturaleza, podrían estar incluidas dentro del citado precepto al referirse *in fine*, a “otras análogas”.

Sin perjuicio de lo anterior, esta Institución ha considerado procedente, tras el análisis de la actuación administrativa objeto de la queja, hacer reparar a esa Administración en la necesidad de extremar, en adelante, el examen del acomodo, o no, a Derecho de las resoluciones que recaigan sobre una solicitud de opción de la trabajadora en favor del descanso del padre, formulada con posterioridad al comienzo del descanso y una vez que éste se ha iniciado, de conformidad con el artículo 8 del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre,

antes mencionado, de tal manera que, una vez alegada una causa excepcional que pudiera estar enmarcada en la previsión del señalado precepto, se deba hacer uso, si aquella no se estima suficientemente acreditada, del artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al efecto de posibilitar la subsanación o mejora de la solicitud, requiriendo para ello a la interesada para que en el plazo de diez días, proceda a la subsanación de la falta, o bien, acompañe a su solicitud los documentos preceptivos con la advertencia de que operará el desistimiento, previa la oportuna resolución expresa, de no hacerlo en plazo.

Esto es así, de una parte, por cuanto que lo que se discute aquí no alcanza a la existencia de la nueva manifestación de voluntad de opción ejercida por la madre, en la que se alega la concurrencia de una causa excepcional, al constar así en la solicitud correspondiente, sino a la efectividad de ésta y, por tanto, a que pueda y deba tenerse en cuenta su concurso mediante su acreditación en cada caso.

Lo expuesto significa que, la mera invocación de la concurrencia de una de las señaladas causas en una solicitud como la de este supuesto u otras causas de semejante naturaleza, así como de la necesidad de acogerse a esa situación a favor del padre, puede no permitir discriminar con la debida profundidad acerca de si tales causas concurren y alcanzan la relevancia debida en términos de “fundamentación” de la referida solicitud y configuran e integran ese supuesto de hecho al que se anude como consecuencia jurídica la concesión del derecho mencionado.

No obstante y puesto que, como se reconoce y se comparte, es indudable la relevancia de esta situación que debe su origen al cuidado de los hijos, en el marco y finalidad perseguida por la ley en orden a la consecución de la efectiva conciliación de la vida familiar y laboral, se hace también necesario que en la valoración que lleve a cabo esa Administración, junto a la comprobación de la existencia de esos presupuestos excepcionales, se sopesen y recoja con la debida profundidad y fundamento su actuación administrativa resolutoria y para ello, resulta imprescindible, de no estar aquellos acreditados, acudir previamente a la aplicación del contenido del artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, cuya efectiva aplicación compete a esa Administración, toda vez que su posición, en su calidad de entidad gestora, aparece vinculada a la cualidad de garante del ejercicio del derecho solicitado, desde la perspectiva de constituirse en actos que limitan derechos subjetivos o intereses legítimos para los que se requiere su expresa motivación conforme al artículo 54.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En este sentido se puede traer a colación la doctrina del Tribunal Supremo acerca de la motivación de los actos administrativos en relación con lo establecido en el mencionado precepto. Así, en Sentencia de 20 de enero de 1998 se expresa:

“Ciertamente el artículo 54.1 de la Ley 30/1992 exige que sean motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho los actos a que alude, consistiendo la motivación, como bien es sabido, en un razonamiento o en una explicación, o en una expresión racional del juicio, tras la fijación de los hechos de que se parte y tras la inclusión de éstos en una norma jurídica, y no sólo es una «elemental cortesía», como expresaba ya una Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de julio de 1981, ni un simple requisito de carácter meramente formal, sino que lo es de fondo e indispensable, cuando se exige, porque sólo a través de los motivos pueden los interesados conocer las razones que «justifican» el acto, porque son necesarios para que la jurisdicción contencioso-administrativa pueda controlar la actividad de la Administración, y porque sólo expresándolos puede el interesado dirigir contra el acto las alegaciones y pruebas que correspondan según lo que resulte de dicha motivación que, si se omite, puede generar la indefensión prohibida por el artículo 24.1 de la Constitución, mas la motivación ha de ser suficientemente indicativa, lo que significa que su extensión estará en función de la mayor o menor complejidad de lo que se cuestione o de la mayor o menor dificultad del razonamiento que se requiera, lo que implica que pueda ser sucinta o escueta, sin necesidad de amplias consideraciones, cuando no son precisas ante la simplicidad de la cuestión que se plantea y que se resuelve” (fundamento de derecho 4º).

Desde esta perspectiva aplicada al supuesto en cuestión, la actuación administrativa objeto de estudio no se compadece con la ausencia de la subsanación indicada puesto que, alegada en la solicitud una causa que modificaba la opción inicial, debió instarse, de entenderla insuficiente, su acreditación.

Asimismo, el análisis sobre el fondo de la resolución denegatoria tampoco parece acomodarse a lo establecido en la norma donde se excepciona a la regla general de revocación de la opción del descanso en el momento marcado por la ley que se corresponde con el de antes de iniciarlo, a través de la concurrencia, una vez ya iniciado, de las causas y otras de análoga naturaleza que allí se expresan y, en consecuencia, como advertía la propia Instrucción 2003-04/76 haciéndose eco de la previsión contenida en el artículo 8 del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, pueden y deben tenerse en cuenta circunstancias excepcionales debidamente acreditadas que alteren las existentes al comienzo de ese periodo de dedicación al menor, y para ello, se debe partir de una interpretación finalista de la norma, interpretación recogida en el informe que ese Instituto ha remitido.

Este criterio cobra relevancia si se atiende a la indudable importancia que el Tribunal Constitucional otorga al estudio de estas situaciones donde, como se expresa en la Sentencia del Tribunal Constitucional 203/2000, aun cuando se trate de otro supuesto legal cuya finalidad comparte, "... se ha de efectuar su análisis atendiendo a las circunstancias concurrentes, y, sobre todo, a la trascendencia constitucional de este derecho de acuerdo con los intereses y valores familiares a que el mismo responde".

En definitiva, esta Institución, que valora positivamente la modificación del señalado criterio para su aplicación general, en adelante, a todas las situaciones que puedan plantearse como la que ocupa la queja o análogas, en el sentido que ahora se expresa, ha entendido igualmente procedente formularle la siguiente recomendación, de conformidad con el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril.

"Que esa Administración de la Seguridad Social valore la oportunidad y conveniencia de dar traslado a las direcciones provinciales del Instituto Nacional de la Seguridad Social de la necesidad de extremar, en adelante, el examen del acomodo, o no, a Derecho de las resoluciones que recaigan sobre una solicitud de opción de la trabajadora en favor del descanso del padre, formulada con posterioridad al comienzo del descanso y una vez que éste se ha iniciado, de conformidad con el artículo 8 del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, de tal manera que, una vez alegada una causa excepcional que pudiera estar enmarcada en la previsión del señalado precepto, se deba hacer uso, si aquella no se estima suficientemente acreditada, del artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al efecto de la subsanación o mejora de la solicitud.

Derivado de lo anterior, que en la valoración que lleve a cabo esa Administración, junto a la comprobación de la existencia de esas causas excepcionales, se sopesen y recoja con la debida profundidad y fundamento su actuación administrativa resolutoria, desde la perspectiva de que se trata de actos que limitan derechos subjetivos o intereses legítimos para los que se requiere una expresa motivación, conforme al artículo 54.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común."

Madrid, 12 de diciembre de 2006.

**Recomendación dirigida al Director General del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS). Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.**

**Recomendación 87/2006, de 12 de diciembre, relativa a que en los supuestos de entrega del boletín de denuncia, cuando el propietario o conductor se persona en el depósito municipal para retirar un vehículo, previamente sancionado con la retirada de la vía pública por la comisión de una infracción, se exprese el hecho de la entrega del boletín de manera que no pueda confundirse con la “entrega en mano” inmediatamente posterior a la comisión de la infracción.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 432)*

Se acusa recibo a su último escrito, de fecha 14 de septiembre del presente año, en el que nos contesta a la queja planteada por don (...) y registrada con el número arriba indicado.

Agradecemos su atenta comunicación, en la que, entre otros extremos, se dice en el antecedente 5 que “con fecha 21 de febrero de 2006, (...) en relación con la reclamación formulada por el interesado informó que el boletín de la denuncia no se puede librar al conductor del vehículo en el momento de la retirada de la vía pública ya que, obviamente, no se encontraba en el lugar de los hechos. A pesar de ello, el agente denunciante siempre indica que el boletín mencionado es entregado en mano ya que en el momento que el propietario o conductor se persona en el depósito municipal para retirar el vehículo, es cuando el boletín le es librado”.

Si bien es cierto que el boletín de denuncia se termina entregando en mano, es preciso hacer notar que, en el ámbito de las multas, el ciudadano entiende que el concepto de “entrega en mano” se refiere a su sentido habitual, es decir, que la entrega en mano del boletín de denuncia se produce instantes después de la comisión de la infracción. Sería positivo, tanto desde la perspectiva del ciudadano –adecuación de las palabras a su sentido habitual– como de la Administración –prevención

de recursos–, utilizar una expresión distinta a la de “entrega en mano” en los supuestos de entrega del boletín de denuncia cuando el propietario o conductor se persona en el depósito municipal para retirar el vehículo.

Por ello, esta Institución, en base a lo establecido en el artículo 30.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora, ha valorado la conveniencia de formular a V. I. la siguiente recomendación:

“Que en los supuestos de entrega del boletín de denuncia cuando el propietario o conductor se persona en el depósito municipal para retirar un vehículo, previamente sancionado con la retirada de la vía pública por la comisión de una infracción, se exprese el hecho de la entrega del boletín de manera que no pueda confundirse con la ‘entrega en mano’ inmediatamente posterior a la comisión de la infracción”.

Madrid, 12 de diciembre de 2006.

**Recomendación dirigida a la Alcaldesa del Ayuntamiento de Badalona (Barcelona).**

**Recomendación 88/2006, de 12 de diciembre, sobre los anuncios incluidos en la web municipal que afectan a procesos selectivos.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 433)*

Se acusa recibo de su informe de fecha 18 de octubre de 2006 (s/ref.: salida 19 de octubre de 2006), relacionado con la queja formulada por una ciudadana que ha participado en el proceso selectivo desarrollado para cubrir 27 plazas de ayudantes de archivos y bibliotecas, la cual quedó registrada en esta Institución con el número arriba indicado.

Estudiado el contenido del mismo, esta Defensoría estima procedente exponer las siguientes consideraciones:

Primera. En nuestro anterior escrito, por el que se inició la presente investigación, ya se dejó constancia de que esta Institución había informado a la interesada de que, en la legislación vigente, no se establece que ese Ayuntamiento tenga la obligación de hacer públicas las convocatorias de los exámenes en su página web ni, por tanto, observar las horas de antelación previstas en dicha normativa en tales anuncios por Internet.

Del mismo modo se comunicó a ese Ayuntamiento en el citado escrito que esta Defensoría había indicado a la formulante de la queja que la publicidad a través de Internet, de los distintos actos de que se componen los procesos selectivos, tiene el carácter de complementaria de la que se hace a través de los boletines oficiales y de los tablones de anuncios oficiales, no teniendo valor oficial salvo que así se haga constar expresamente en las bases de la convocatoria.

Por consiguiente, esta Institución no admitió a trámite la presente queja porque considerase que ese Ayuntamiento había incurrido

en una infracción del ordenamiento jurídico, al publicar en su página web oficial el acuerdo adoptado por el tribunal calificador de 17 de mayo de 2006, por el que se convocaba a los opositores del turno libre a la lectura en sesión pública del segundo ejercicio de la fase de oposición para el día 22 de mayo siguiente, sino que la presente investigación estaba encaminada a comprobar si, como alegó la interesada, esa convocatoria se publicó en la web oficial municipal el día 23 de mayo, es decir, cuando ya se había celebrado la sesión de lectura.

Segunda. En el informe que se ha recibido se asegura algo que esta Institución no ha cuestionado: que la realización de esas pruebas selectivas se ha ajustado a lo establecido en la normativa que regula esta materia (la que mencionamos en nuestro anterior escrito y la que se cita en el informe remitido que la complementa).

Además de ello, su último párrafo está dedicado a repetir lo que ya habíamos adelantado: el carácter voluntario, complementario y no vinculante jurídicamente de la información que se inserta en Internet, aunque sea en la web municipal oficial.

No obstante, en este punto hay que hacer una precisión en relación con la afirmación que ese Ayuntamiento hace en ese párrafo de que “la información de la web municipal debe, en todo caso, contrastarse con las que figuran en los lugares oficiales que determine la convocatoria, tal y como se indica en la página <http://www.munimadrid.es/opoweb/getOposicion.do?id=1148> (vínculo “más información”) donde puede leerse que “la información contenida en dicha página debe comprobarse, en todo caso, con la que figura en el Tablón de Anuncios de la Plaza de la Villa, 5”, como lugar oficialmente indicado para la publicación de los anuncios relativos a la celebración de los ejercicios del proceso selectivo”.

En la visita que se ha realizado al citado vínculo “más información”, no aparece la frase que se incluye entre comillas y en cursiva en el informe que se ha enviado, y que se ha transcrito en el párrafo anterior, sino esta otra que se copia literalmente: “La información deberá comprobarse en el Tablón de Anuncios (TBA) de la Plaza de la Villa, 5” que es menos rotunda.

Con independencia de ello, se desea señalar que hubiera sido más favorable para los opositores que la advertencia que se hace con dicha frase hubiese figurado en la propia página web <http://www.munimadrid.es/opoweb/getOposicion.do?id=1148> que contiene la información directa del concurso-oposición de ayudantes de archivos y bibliotecas, máxime cuando al final de la misma aparece la siguiente nota: “Estos documentos contienen la misma información que la

publicada en el Tablón de Anuncios del Registro General, Plaza de la Villa, 5”.

Tercera. Hechas las anteriores aclaraciones, en cuanto a la cuestión objeto de estudio en la presente queja, sobre la que se solicitó, expresamente, en nuestro anterior escrito que se informara “si la publicación de los anuncios de las pruebas selectivas en la web oficial de ese Ayuntamiento se hace simultáneamente a su colocación en los tablones de anuncios oficiales y en los otros lugares designados a tal efecto por los tribunales calificadoros o si, como afirma la interesada que ha sucedido en este caso, se produce algún desfase cronológico en esa publicidad a través de Internet”, a pesar de que en el primer párrafo del informe que se ha remitido casi se hace una transcripción de nuestra pregunta, sin embargo, a lo largo del mismo no se hace referencia a la simultaneidad o al desfase cronológico de los anuncios publicados en Internet respecto de los que aparecen en los tablones y demás lugares señalados para ello por los tribunales de las oposiciones. Por tanto, no se ha rebatido la alegación de la interesada de que el anuncio en la web oficial del examen al que ella fue convocada se hizo una vez que éste se había celebrado.

Además de garantizar los principios de igualdad, mérito y capacidad que se consagran en el artículo 23.2 de la Constitución, esta Institución viene insistiendo en que las decisiones que adopten los órganos seleccionadores deben estar inspiradas, en todo caso, en el principio de publicidad que exige el artículo 19.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, así como en el principio de seguridad jurídica que emana del artículo 9.3 de la Constitución.

Igualmente, como órganos de la Administración pública que son, los tribunales calificadoros tampoco deben olvidar que toda su actuación debe respetar los principios de eficacia, buena fe y de confianza legítima establecidos en el apartado 1 del artículo 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJ-PAC).

Aunque el artículo 59.5 b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, dispone que “la convocatoria del procedimiento deberá indicar el tablón de anuncios o medio de comunicación donde se efectuarán las sucesivas publicaciones, careciendo de validez las que se lleven a cabo en lugares distintos”, ello no quiere decir que, dado que serían inválidas, únicamente se deben publicar las convocatorias de los exámenes en el lugar señalado en las bases. Lo que ese precepto legal trata de censurar es la sustitución del lugar que se había previsto en dichas bases por otro diferente designado a lo largo del procedimiento selectivo ya que ello iría en contra de la seguridad jurídica.

Así, si, por ejemplo, un tribunal publica la convocatoria del siguiente examen en el local donde se hubiera celebrado la prueba anterior está cumpliendo con lo que exige esa Ley y con lo que específicamente establece el artículo 21 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado. No obstante, si además de ese lugar inicialmente previsto, también publica tal convocatoria en otros tablones de anuncios o en algún boletín oficial o en un periódico o en una determinada página de Internet, no solamente tendrían validez estos otros anuncios sino que la decisión de tal tribunal estaría más acorde con los principios anteriormente citados. Está claro que estas publicaciones de la convocatoria del examen no sustituyen a la prevista en las bases sino que la complementan.

Sin embargo, el problema surge al tratar de determinar cuándo empieza a contar el plazo mínimo que debe existir entre tal publicación y el momento en el que se realizará el examen. Dado que la publicación en varios medios diferentes puede no ser simultánea y como el plazo previsto es muy corto (12 o 24 horas como mínimo según se trate del mismo o de diferente ejercicio), la seguridad jurídica exige que ese tiempo empiece a contar desde el momento en que se publique en el tablón de anuncios o medio de comunicación que se señaló en las bases del proceso selectivo en cuestión.

Teniendo en cuenta el espíritu de los principios constitucionales y administrativos anteriormente citados y que el riguroso sistema de las notificaciones y publicaciones de los actos administrativos está configurado en la citada LRJ-PAC como una garantía del administrado exclusivamente, por lo que, en consecuencia, debe ser interpretado y aplicado desde esa perspectiva, lo más favorable para los opositores sería que en las propias bases del proceso selectivo se estableciera en qué medios se publicarán las convocatorias y que el referido plazo se contará a partir de la publicación más tardía. Sin embargo, si ya surgen problemas con la determinación del inicio de esos plazos tan fugaces cuando solamente se hace en un único lugar, la realidad hace pensar que habría más inseguridad jurídica para los opositores si no se concreta con antelación cuál de esos diferentes medios de publicación es el que se tomará como referencia para fijar el momento en que comienzan esos plazos.

Cuarta. Como la publicidad de las convocatorias de los exámenes en otros medios distintos del designado a tal efecto en las bases tiene el carácter de complementario y no sustitutorio, se debe señalar que de poco valdrá esa publicidad extra si no cumple la finalidad de informar adecuadamente a todos los destinatarios.

Evidentemente, dicho objetivo no se conseguirá si esos actos se publican cuando ya ha sucedido el hecho que se quería comunicar a los afectados. Una forma de evitar que esto suceda, sería la de realizar las convocatorias con mucho margen de tiempo con lo que, además, resulta más beneficioso para los convocados.

Por ello es importante que, cuando una Administración decide divulgar una convocatoria en otros lugares, además del previsto en las bases, lo haga teniendo en cuenta la consecución de la finalidad de esta actuación, ya que, al no quedar demorada la eficacia de estos actos al momento en que se realizan las expresadas publicaciones extras, porque lo que determina su validez y sus efectos es la publicación establecida en las bases, por lo que, si la publicación en Internet se hace de forma tardía, resultaría una ineficaz utilización de los medios económicos, personales y materiales.

Como es sabido, entre las principales características de la red se pueden destacar la rapidez con la que se realizan las comunicaciones entre los usuarios y la divulgación a un número ilimitado de destinatarios de la información que se quiere trasladar.

Cuando una Administración decide utilizar este medio tan ágil, es posible conseguir que esta publicidad complementaria se realice al mismo tiempo que el anuncio de la convocatoria en el lugar previsto en las bases, con lo que se añade mayor eficacia al objetivo de que se enteren los interesados convocados. Si, por el contrario, la información que se divulga por Internet está obsoleta, esa actuación administrativa, además de no cumplir, como se ha expresado, con el principio de la eficacia consagrado en el artículo 103.1 de la Constitución, resultaría inútil y costosa, con lo que, una decisión, que al principio era loable, se podría transformar en censurable.

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, se procede a formular la siguiente recomendación:

“Que ese Ayuntamiento incluya en las bases de las convocatorias de los distintos procesos selectivos un apartado, en el que se exprese el carácter oficial o meramente ilustrativo de los anuncios de los diferentes actos que se publiquen en la web municipal.

En el supuesto de que en dichas bases se indique que los actos publicados en Internet tienen carácter oficial y son válidos, que también se informe expresamente a partir de qué momento empiezan a contar los plazos que correspondan.

Si por el contrario, se resuelve que estos anuncios en Internet solamente tienen carácter oficioso o complementario, se recomienda

que se adopten, en todo caso, las medidas necesarias para conseguir la mayor simultaneidad en la publicación de los diferentes actos de los procesos selectivos en el tablón de anuncios y en Internet”.

Madrid, 12 de diciembre de 2006.

**Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Madrid.**

**Recomendación 89/2006, de 12 de diciembre, sobre el requisito de nacionalidad en el acceso a la función pública.**  
(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 433)

Se acusa recibo de su escrito de fecha 17 de octubre de 2006 (s/ref.: 63677/209640, de 19 de octubre de 2006), relacionado con la queja formulada por doña (...), la cual quedó registrada en esta Institución con el número arriba indicado, y que versa sobre la exclusión de su solicitud para participar en el proceso selectivo, convocado para cubrir plazas vacantes de auxiliares de administración general de ese Ayuntamiento correspondiente a la oferta de empleo público del año 2005, por no cumplir con el requisito establecido en el punto A) de la base segunda de la convocatoria.

Examinado el contenido del informe elaborado por el Servicio de Recursos Humanos de ese Ayuntamiento, se estima procedente exponer las siguientes consideraciones:

Primera. De los artículos 103.1 de la Constitución y 6.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, se desprende que cualquier Ayuntamiento, como Administración pública que es, debe actuar en todo momento con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

De acuerdo con ello, cuando se pretende redactar las bases de una convocatoria, lo primero que se tiene que plantear cualquier entidad local es que se han de elaborar con respeto a la legalidad vigente, pues, como actos administrativos que son, no pueden alterar ni infringir ni olvidar el ordenamiento jurídico, sino seguirlo y respetarlo.

El sometimiento de las bases que han de regir un proceso selectivo al principio de legalidad implica que también deben someterse al

principio de jerarquía normativa o, en otros términos, que deben respetar íntegramente lo que establezcan las leyes y los reglamentos, no pudiendo derogar o desconocer lo dispuesto en tales normas. Si así lo hiciera, incurrirán en su propia invalidez, dando lugar a un acto nulo o anulable en función de la gravedad de su defecto.

Segunda. El apartado 2 del artículo 1 de la Ley 17/1993, de 23 de diciembre, que regula el acceso a determinados sectores de la función pública de los nacionales de los demás estados miembros de la Comunidad Europea, según la modificación que se hizo por el artículo 37.1 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, y que tiene el carácter de básico según su disposición final única, tiene el siguiente tenor literal:

“2. Lo establecido en el apartado anterior será asimismo de aplicación al cónyuge de los españoles y de los nacionales de otros estados miembros de la Unión Europea, siempre que no estén separados de derecho, así como a sus descendientes y a los de su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho, menores de 21 años o mayores de dicha edad que vivan a sus expensas”.

Sin embargo, en las normas generales de la convocatoria de las pruebas selectivas, para cubrir plazas vacantes de la plantilla de funcionarios de ese Ayuntamiento, correspondientes a la oferta de empleo público del año 2005 y que fueron aprobadas por Resolución de 23 de junio de 2005 del Regidor de Hacienda, Economía, Innovación y Recursos Humanos, solamente se estableció en la letra A) de la base segunda, como requisito para participar relativo a la nacionalidad:

“Ser español o ser nacional de alguno de los demás Estados miembros de la Unión Europea o de algún Estado en el cual en virtud de los tratados internacionales suscritos por la Unión Europea y ratificados por España, sea de aplicación la libre circulación de trabajadores”.

Ello quiere decir que se desconoció el contenido del precepto legal anteriormente transcrito, lo cual supone que no se ha permitido participar en los procesos selectivos, que se remiten a dichas bases generales, a quienes tengan esos vínculos familiares, como así ha sucedido con el caso estudiado en esta queja en el que la interesada está casada con un español.

Tercera. Ese Ayuntamiento invoca, para desestimar el recurso presentado por la formulante de la queja, la firmeza de las bases de la convocatoria por no haber sido impugnadas en su momento.

Sabido es que, según el artículo 15.4 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento general de

ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado, las bases de las convocatorias vinculan a la Administración y a los tribunales o comisiones permanentes de selección que han de juzgar las pruebas selectivas, así como a los que tomen parte en ellas, con lo que, en definitiva, se viene a concretar que las mencionadas bases constituyen la ley del proceso selectivo. En ello incide asimismo el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 8 de febrero de 1990, 19 de abril de 1991 y 13 de abril de 1994. Por tanto, es cierto que las normas de la convocatoria constituyen la ley del proceso selectivo, de modo que si no han sido impugnadas con anterioridad o, de haberlo sido, si se ha desestimado la reclamación, sus bases serán las que sirvan para valorar los méritos y capacidades de cada participante.

Sin embargo, ha de tenerse presente que esa vinculación u obligación siempre es bajo la posición de bases *secundum legem*, cuando las bases contradicen y son opuestas al ordenamiento jurídico, no han de obligar a nadie, pues lo *contra legem* está proscrito de toda actuación administrativa y la Administración pública está obligada a rectificar, los aspirantes a recurrir y el órgano seleccionador a no aplicar. En este caso se produce el efecto contrario, desvinculan por oponerse al principio constitucional de legalidad, que es el máximo exponente del Estado de Derecho.

Aquí sería plenamente aplicable la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco número 1165/1999 (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª), de 27 de diciembre, que señaló que “la doctrina de la vinculación de las bases pretende garantizar la objetividad e igualdad de trato en un procedimiento selectivo, pero no amparar que supuestas prescripciones contenidas en las bases, que conculquen las disposiciones legales, hayan de devenir inimpugnables por mérito de una doctrina dirigida a otros fines. No puede excusarse la Administración demandada en la no impugnación de las bases para salvar las contravenciones del ordenamiento en que haya podido incurrir, pues de admitirse ello se llegaría a la conclusión de que unas bases que recogieran una selección discriminatoria, sin procedimiento legal, con olvido de los principios constitucionales de mérito, capacidad, igualdad y publicidad, si no hubieran sido impugnadas en tiempo y forma, devendrían inatacables y con ello los actos dictados en su aplicación en cuanto se sustentara la impugnación en las bases, lo que evidentemente, llevado a ese extremo, muestra que esas conclusiones no pueden ser acogidas por ser disconformes con el ordenamiento jurídico”.

Cuarta. Con el recurso presentado por la interesada por su exclusión, nos encontramos ante una impugnación indirecta de las bases de la convocatoria que, como es sabido, no son disposiciones generales sino actos que afectan a una pluralidad de personas.

La regla general es que las bases de la convocatoria de un proceso selectivo, si no son impugnadas en tiempo y forma, no pueden ser combatidas con ocasión del recurso que se interponga contra la terminación de alguna de sus fases.

Sin embargo, como se indica en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid, número 532/2006 (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª), de 15 marzo, “esa doctrina ha de ser interpretada a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que establece que en determinados supuestos no será obstáculo para ejercer el control jurisdiccional de la legalidad de tales bases con ocasión de la impugnación de un acto dictado posterior en aplicación de las mismas, señalando en síntesis que serán susceptibles de análisis los motivos que sean determinantes de una nulidad de pleno derecho. Esta doctrina está recogida en las Sentencias del Tribunal Constitucional números 93/1995, de 19 de junio, y 1165/1999, de 27 de diciembre, y los órganos jurisdiccionales no pueden obviarla o inaplicarla a tenor del mandato contenido en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”.

Se dice en la última de las sentencias citadas: “El Tribunal Constitucional en la Sentencia 93/1995 trata el tema de la posible impugnación indirecta de las bases de una convocatoria y remitiendo a la Sentencia 193/1987, rechaza la causa de inadmisibilidad.

Se ha de afirmar pues, que la no impugnación de las bases no impide su posterior control jurisdiccional en el recurso interpuesto contra un acto dictado en aplicación de las mismas, cuando el motivo deducido sea la vulneración del ordenamiento constitucional o legal e incidan en una causa de nulidad, lo que resulta indisponible por las bases de una convocatoria, procediendo entrar en el tratamiento de los motivos impugnatorios determinantes de nulidad de pleno derecho”.

De acuerdo con ello, ese Ayuntamiento pudo haber estimado el recurso de la interesada admitiéndola en ese proceso selectivo, ya que no había amparo jurídico en su exclusión porque se había incurrido, en la redacción de las bases de esa convocatoria, en la omisión de un precepto legal que es de aplicación directa.

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, se procede a formular la siguiente sugerencia:

“Que, en el caso de que todavía no haya finalizado el proceso selectivo convocado para cubrir plazas vacantes de auxiliares de administración general de ese Ayuntamiento correspondiente a la oferta de empleo público del año 2005, se adopten las medidas necesarias para

que la interesada sea admitida a las correspondientes pruebas, ya que reúne los requisitos exigidos en el apartado 2 del artículo 1 de la Ley 17/1993, de 23 de diciembre, que regula el acceso a determinados sectores de la función pública de los nacionales de los demás Estados miembros de la Comunidad Europea, según la modificación que se hizo por el artículo 37.1 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre”.

Además de ello, y de conformidad con lo dispuesto en esos mismos preceptos de nuestra Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, se considera procedente formular a ese Ayuntamiento la siguiente recomendación:

“Que, en adelante, en la elaboración de las bases de las convocatorias por las que se han de regir los procesos selectivos para acceder a la función pública de ese Ayuntamiento, entre los requisitos que han de reunir los candidatos para ser admitidos a la realización de esas pruebas se exija:

a) ser español, o

b) ser nacional de alguno de los demás Estados miembros de la Unión Europea o nacional de algún Estado al que, en virtud de los tratados internacionales celebrados por la Unión Europea y ratificados por España, sea de aplicación la libre circulación de trabajadores.

También podrá participar, cualquiera que sea su nacionalidad, el cónyuge de los españoles y de los nacionales de alguno de los demás Estados miembros de la Unión Europea y, cuando así lo prevea el correspondiente tratado, el de los nacionales de algún Estado al que, en virtud de los tratados internacionales celebrados por la Unión Europea y ratificados por España, sea de aplicación la libre circulación de trabajadores, siempre que no estén separados de derecho. Asimismo, con las mismas condiciones, podrán participar sus descendientes y los de su cónyuge, menores de veintiún años o mayores de dicha edad que vivan a sus expensas”.

Madrid, 12 de diciembre de 2006.

**Recomendación dirigida a la Alcaldesa de Palma de Mallorca.**



**Recomendación 90/2006, de 13 de diciembre, para que se adopten las medidas pertinentes, a fin de que se cumplan todas las garantías legales en la identificación de indocumentados menores de edad, y que las resoluciones de expulsión o devolución que erróneamente les afecten sean eliminadas de los registros policiales.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 429)*

En el primer momento posible, acusamos recibo al informe remitido por la Subdelegación del Gobierno de ese organismo, en relación con las actuaciones seguidas por la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación cuando se localiza a extranjeros indocumentados que pueden ser menores de edad.

En el informe elaborado por la Jefatura Superior de Policía y remitido a la mencionada Subdelegación se pone de manifiesto, en síntesis, que cuando se trata de personas cuya minoría de edad no puede ser determinada se hacen las correspondientes pruebas óseas. Estas pruebas se realizan en dos casos: aquellos que dicen ser menores de edad y aquellos que aparentan ser menores, independientemente de la edad que manifiesten tener.

Se afirma, asimismo que las pruebas se realizan con todas las garantías legales, remitiéndose las preceptivas comunicaciones al Ministerio Fiscal.

Finalmente se indica que cuando existen dudas no se aplica la legislación de extranjería prevista para los mayores hasta que se determina la edad.

La información que hemos reflejado, y que se contenía en el informe elaborado por la Jefatura Superior de Policía, contrasta con los

informes remitidos por la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Canarias y por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

En el informe remitido por la Fiscalía de Canarias se pone de relieve que en el momento de prestar declaración ante el juez que ha de resolver el internamiento, se alega por algunos extranjeros su minoría de edad y el juez remite al alegante al hospital para que se le efectúe la prueba de edad. En otros casos, ante la apariencia de la minoría de edad, es el juez el que pregunta al extranjero su edad y si de la respuesta se desprende su minoría de edad, también ordena la realización de la prueba de edad.

Por su parte, del informe de la Fiscalía de Madrid se desprende que se traslada a Madrid como adultos a menores, algunos de los cuales, tras ser puestos en libertad ante la imposibilidad de su devolución o expulsión, solicitan protección invocando su minoría de edad, momento en el cual se procede a su tutela. Señalan que, por desgracia, es frecuente que queden en desamparo o que si acceden a la tutela ésta sea tardía, lo que impide en muchos casos que cumplan el período mínimo de nueve meses en dicha situación, por lo que no llegan a ostentar el derecho a una autorización de residencia.

De la lectura de los informes de la Fiscalía se colige, por tanto, que a un indeterminado número de extranjeros se les realiza la prueba de edad por orden judicial, bien porque el propio inmigrante alega ser menor de edad o porque el juez, al advertir que su apariencia física responde a la de un menor, se interesa por su edad.

La información remitida por la Fiscalía de Canarias nos permite cuestionar las afirmaciones contenidas en el informe elaborado por la Jefatura de Policía. En particular, aquellas referidas a que las autoridades policiales ordenan la realización de pruebas óseas a todos los extranjeros que aparentan ser menores, con independencia de sus manifestaciones.

Por su parte, el informe remitido por la Fiscalía de Madrid pone de relieve que algunos menores reciben en Canarias el mismo trato que los adultos y que, sin embargo, con posterioridad, algunos de ellos acaban siendo tutelados, una vez que abandonan el centro de internamiento de Madrid. Ello quiere decir que inicialmente no se detectó su minoría de edad por parte de las autoridades policiales.

Una de las consecuencias de que los menores no reciban protección desde el primer momento es que, tal y como señala la Fiscalía de Madrid, en muchos casos no estarán el tiempo suficiente en los centros de protección para adquirir la documentación que prevé la normativa de extranjería, dado que es preciso contar con nueve

meses de tutela y, en algunos casos, por tanto, deberán abandonar el centro sin estar debidamente documentados, mientras que si su minoría de edad se hubiera detectado desde el principio, hubieran tenido derecho a contar con una autorización de residencia.

Las consecuencias de abandonar el centro de protección sin documentación alguna son graves, especialmente cuando el menor no puede ser devuelto o expulsado. La situación de desprotección de estos jóvenes es probablemente mayor que la de personas adultas de más edad, existiendo un alto riesgo de que acaben en la marginalidad ante la falta de recursos.

Por ello, esta Institución ha considerado procedente formular a V. E. la siguiente recomendación:

“Que se adopten las medidas pertinentes a fin de sensibilizar a los agentes que intervienen en esta materia para que ante la más mínima duda de que un inmigrante pueda ser menor, se le efectúe una pregunta directa al respecto y, en caso de albergar dudas, se trasladen éstas a la Fiscalía o al juez con el fin de que sean dichas autoridades las que determinen la procedencia de la prueba de edad y, asimismo, realicen la interpretación de su resultado, ya que, como es sabido, los resultados no ofrecen una edad cerrada sino una horquilla de edad que es preciso interpretar.

Que se dicten instrucciones concretas a fin de eliminar de los registros policiales las resoluciones de expulsión o devolución que hayan podido ser introducidas, en el caso de que se determine que el inmigrante es menor de edad”.

Madrid, 13 de diciembre de 2006.

**Recomendación dirigida al Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma de Canarias.**



**Recomendación 91/2006, de 13 de diciembre, para que se incremente la dotación de la plantilla en la oficina expendedora del documento nacional de identidad en Alcalá de Henares, Madrid.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 429)*

Se acusa recibo a su atento escrito, de fecha 16 de octubre del presente año, en el que nos contesta a la queja planteada por don (...) y registrada con el número arriba indicado.

A la vista del contenido del mismo, en el que se da cuenta de la insuficiencia de personal en los períodos vacacionales para la expedición del DNI, así como de las necesidades formativas del personal contratado en dichos períodos, esta Institución en virtud de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, ha valorado la conveniencia de formular a V. E. la siguiente recomendación:

“Que se incremente la dotación de la plantilla en la oficina expendedora del DNI en Alcalá de Henares (Madrid)”.

Madrid, 13 de diciembre de 2006.

**Recomendación dirigida al Director General de la Policía y de la Guardia Civil. Ministerio del Interior.**



**Recomendación 92/2006, de 13 de diciembre, sobre el incremento de la dotación de plantilla en las oficinas expendedoras del documento nacional de identidad en Sevilla. Asimismo, que se establezca un sistema de cita previa para la renovación o expedición del documento nacional de identidad, que no obligue a hacer cola desde la madrugada hasta el momento en que cada día se otorgan los números de espera.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 429)*

Se acusa recibo a su atento escrito, de fecha 18 de octubre del presente año, en el que nos contesta a la queja planteada por don (...) y registrada con el número arriba indicado.

A la vista de lo expuesto en el mismo, en el que se da cuenta de la insuficiencia de personal para la expedición del DNI en los períodos vacacionales, y de las disfunciones derivadas de las necesidades formativas del personal contratado en dichos períodos, esta Institución, con base en lo establecido en el artículo 30.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora, ha valorado la conveniencia de formular a V. E. las siguientes recomendaciones:

“1. Que se incremente la dotación de plantilla en las oficinas expendedoras del DNI en Sevilla”.

“2. Que se establezca un sistema de cita previa para la renovación o expedición del DNI, que no obligue a hacer cola desde la madrugada hasta el momento en que cada día se otorgan los números de espera.”

Madrid, 13 de diciembre de 2006.

**Recomendación dirigida al Director General de la Policía y de la Guardia Civil. Ministerio del Interior.**



**Recomendación 93/2006, de 13 de diciembre, para que se incremente la dotación de plantilla en la oficina expendedora del documento nacional de identidad de la calle Balmes, número 11, de Barcelona.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 430)*

Se acusa recibo a su atento escrito, de fecha 16 de octubre del presente año, en el que nos contesta a la queja planteada por don (...) y registrada con el número arriba indicado.

A la vista del contenido de su informe, en el que se da cuenta de los problemas que se derivan de la insuficiencia de plantilla en los meses de verano para la expedición del documento nacional de identidad, a pesar de los refuerzos que se vienen produciendo a través de personal contratado, y las dificultades relativas a la formación especializada del mismo, esta Institución, en virtud de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, se ha valorado la conveniencia de formular a V. E. la siguiente recomendación:

“Que se incremente la dotación de la plantilla en la oficina expendedora del DNI de la calle Balmes número 11, de Barcelona”.

Madrid, 13 de diciembre de 2006.

**Recomendación dirigida al Director General de la Policía y de la Guardia Civil. Ministerio del Interior.**



**Recomendación 94/2006, de 13 de diciembre, para que se proceda a la trasposición de la Directiva 2005/71/CE a la normativa española, especialmente respecto a la reagrupación inicial de familiares de investigadores y científicos de terceros países, así como que se establezcan normas similares para los familiares de profesores universitarios con vinculación temporal en labores exclusivamente docentes.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 427)*

En su día se dirigió a V. E. un escrito exponiendo el problema detectado por la Comisión Permanente de Defensores Universitarios, respecto del personal docente e investigador nacional de Estados no miembros de la Unión Europea que pretende vincularse temporalmente a las universidades españolas y que se ve desincentivado para dar tal paso, a consecuencia de las dificultades con las que se encuentra para residir desde el primer momento con sus familiares en nuestro país.

Esa Secretaría de Estado acusó recibo, a través de una comunicación de V. E. del escrito de nuestra Institución e indicó que se tendría en cuenta esta problemática a la hora de elaborar el Reglamento de extranjería, entonces en preparación. Casi al mismo tiempo se recibe otra comunicación del director del Gabinete de V. E. (s/ref: núm. 431, de 26 de mayo de 2004), de cuya lectura parecía deducirse que no se apreciaba que la situación expuesta precisase de una consideración especial en el proyecto de Reglamento.

A la vista de ambas comunicaciones se estimó procedente aguardar hasta la promulgación del Reglamento de extranjería para conocer el criterio finalmente adoptado. Una vez comprobado que el asunto no era objeto de un tratamiento específico, se consideró conveniente aguardar hasta ver el sentido y alcance de la recomendación del

Consejo de la Unión Europea, sobre el otorgamiento de facilidades para la admisión de nacionales de terceros países con fines de investigación científica, que estaba siendo objeto de concertación en el seno del Consejo. Dicha recomendación se concretó finalmente el 12 de octubre de 2005.

En el tiempo que ha mediado en todo el proceso, esta Institución ha tenido noticia de que la situación y los problemas que motivaron el inicio de las actuaciones subsisten. Esta circunstancia agrava considerablemente la situación de los investigadores que, en algunos casos, vienen a nuestro país por un periodo de dos años, y a los cuales se les pone en la disyuntiva de elegir entre el mantenimiento de su vida familiar o la venida a España.

Idéntica situación se aprecia en profesores extranjeros a los que se ofrece realizar en nuestro país actividades docentes en universidades o centros de investigación españoles. En muchos casos se trata de profesores en régimen sabático que se desplazan a nuestro territorio con la única finalidad de desarrollar actividades docentes, investigadoras o de ambos tipos, por un período breve de estancia que no supera el año.

Como ya ha quedado expuesto, a lo largo del año 2005 se concretaron en este campo diversas iniciativas jurídicas de interés en el ámbito de la Unión Europea. Es necesario mencionar la Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de septiembre, con miras a facilitar la concesión por los Estados miembros de visados uniformes para estancias cortas a los investigadores nacionales de terceros países que se desplacen en la Comunidad con fines de investigación científica, la Recomendación, a la que ya ha hecho alusión, del Consejo, de fecha 12 de octubre, destinada a facilitar la admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica en la Comunidad Europea y, principalmente, la Directiva 2005/71/CE, del Consejo, de 12 de octubre de 2005, sobre el establecimiento de un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica.

Tanto en la Directiva como en las restantes resoluciones se parte de las siguientes consideraciones generales:

– La globalización de la economía requiere una mayor movilidad de los investigadores, como ya reconoció el sexto programa marco de la Comunidad Europea, y hace necesario abrir sus programas a los investigadores de terceros países.

– En la Unión Europea faltan investigadores y hay que facilitar su admisión.

– Los aspectos relativos a la reagrupación familiar constituyen un factor decisivo en la decisión del investigador de elegir un país para llevar a cabo sus investigaciones.

La mencionada Directiva aborda el problema del permiso de residencia de los miembros de la familia de los investigadores de manera detallada y, a estos efectos, en el considerando 18 dispone lo siguiente:

“Conviene prestar especial atención a que se facilite y apoye la preservación de la unidad de los miembros de la familia del investigador, de conformidad con la Recomendación del Consejo, de 12 de octubre, destinada a facilitar la admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica en la Comunidad Europea”.

En consecuencia, en su artículo 9, bajo la rúbrica “Miembros de la familia”, establece:

“1. Cuando un Estado miembro decida otorgar un permiso de residencia a los miembros de la familia de un investigador, la duración de la validez de dicho permiso de residencia será la misma que la del permiso concedido al investigador, en la medida en que el periodo de validez de sus documentos de viaje lo permita. En casos debidamente justificados, la duración del permiso de residencia del miembro de la familia del investigador podrá ser más breve.

2. La expedición del permiso de residencia de los miembros de la familia del investigador no deberá depender de un periodo mínimo de residencia de este último”.

El plazo de trasposición previsto en el artículo 17.1 de la propia Directiva llega hasta el 12 de octubre de 2007. Sin embargo, el relevante interés público implicado en esta cuestión, unido al escaso tiempo que resta para que deba evaluarse si se ha cumplido el objetivo de inversión en investigación y desarrollo fijado para el año 2010 por el Consejo Europeo de Barcelona, aconsejan –según el criterio de esta Institución– no demorar la trasposición de las previsiones de la Directiva a nuestro Derecho interno.

Al tiempo, esta Institución considera que existen razones muy atendibles para extender el régimen de la Directiva a la reagrupación familiar de los profesores nacionales de terceros Estados, que se vinculen a universidades españolas para el desarrollo de labores docentes por periodos limitados de tiempo. A este respecto ha de repararse en que la labor docente universitaria guarda una relación, la mayoría de las ocasiones indisociable, con las labores de investigación

y que la posibilidad para un departamento universitario de contar con la docencia de un profesor extranjero de prestigio supone, de una parte, un poderoso acicate para el desarrollo de los proyectos investigadores del resto de los profesores e investigadores vinculados a su área de conocimiento y, por otra, contribuye notablemente a facilitar la movilidad de investigadores y profesores españoles, como consecuencia del fortalecimiento de lazos de cooperación académica en líneas de trabajo y proyectos de interés común.

Por todo lo anterior, esta Institución, en atención a lo establecido en el artículo 30.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora, ha estimado procedente formular a V. E. la siguiente recomendación:

“Que se adopten las medidas oportunas para trasponer al Derecho español las previsiones de la Directiva 2005/71/CE, del Consejo, de 12 de octubre, sobre el establecimiento de un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica, especialmente en todo lo referente a la expedición de las autorizaciones de residencia a los familiares de investigadores desde el inicio del periodo de residencia de aquellos”.

Asimismo que, con ocasión de dicha trasposición, se establezcan normativamente similares reglas respecto de los familiares de profesores universitarios nacionales de terceros Estados que se vinculen a universidades españolas de forma temporal para el desarrollo de labores exclusivamente docentes”.

Madrid, 13 de diciembre de 2006.

**Recomendación dirigida a la Secretaria de Estado de Inmigración y Emigración. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.**

**Recomendación 95/2006, de 13 de diciembre, sobre atención, en los cambios de vestuario que precisen, a los niños que inicien el segundo ciclo de la educación infantil en colegios públicos de la Comunidad.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 432)*

Es de referencia su escrito de fecha 31 de agosto último (s/ref.: salida 09/469819.9/06, de 19 de octubre), en el que informa a esta Institución sobre queja planteada por doña (...), inscrita en el registro del Defensor del Pueblo con el número arriba indicado.

En relación con la cuestión planteada por la reclamante –que aludía en su queja a disfunciones existentes en el colegio público en el que su hijo realizaba el primer curso del segundo ciclo de la educación infantil, en determinados aspectos de la atención de sus necesidades higiénicas y de cambio de vestuario– esa Consejería admite que, aunque ocasionales o no generalizables, cabe, en efecto, constatar en los alumnos del curso mencionado problemas en el control de sus necesidades fisiológicas, especialmente ligadas a los períodos iniciales del curso escolar.

Igualmente, se admite, en base a una serie de datos extraídos de la normativa sobre ordenación académica de la referida etapa educativa, el carácter educativo y la responsabilidad que incumbe a los centros de hacer lo necesario para que los niños permanezcan en condiciones de limpieza adecuadas desde el punto de vista de su salud y bienestar.

No obstante lo anterior, es decir, a pesar de la indudable responsabilidad de los colegios públicos en la consecución del mencionado objetivo, se admite que –si bien cuando disponen de cuatro o más unidades de educación infantil cuentan con un maestro de apoyo que,

entre otras funciones, puede contribuir a facilitar la atención de los alumnos en el aspecto indicado— los colegios públicos no están dotados de personal específicamente destinado a cubrir estas necesidades, situación cuya solución está siendo objeto de estudio a través de diferentes posibles vías que contemplan, en todo caso, la colaboración de distintos ayuntamientos de la región.

En definitiva, de su informe se desprende que esa Consejería admite, con las precisiones ya expuestas en cuanto a su carácter temporal o esporádico, el problema existente, así como la responsabilidad que incumbe a los centros docentes de procurar a los alumnos las atenciones higiénicas que precisen durante su permanencia en los mismos, a pesar de lo cual no parece preverse la aplicación inmediata de mecanismos dirigidos a que los centros asuman en todos los casos y de forma inmediata este aspecto de la atención educativa de los alumnos, cuya efectividad se pospone al estudio de las diferentes vías posibles para la resolución de las situaciones que se presenten en los centros, y a la eventual conclusión de convenios con los ayuntamientos en cuyo término se encuentran ubicados los colegios públicos respectivos.

A la vista de todo lo anterior, tomando en consideración el contenido de las normas legales y reglamentarias ya mencionadas con anterioridad, que se citan en el informe aportado por V. E., de las que debe deducirse la responsabilidad que incumbe a los colegios públicos de procurar a sus alumnos la atención higiénica que precisen, y haciendo para ello uso de las facultades que atribuye a esta Institución el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, ha parecido necesario a esta Institución formular a V. E. la siguiente recomendación:

“Que por esa Consejería se dicten las instrucciones precisas y se adopten cuantas iniciativas resulten necesarias para que, de manera inmediata, los colegios públicos que escolaricen alumnos de segundo ciclo de educación infantil presten a éstos, en todos los casos, la atención higiénica y relacionada con los cambios de vestuario que pudieran precisar durante su estancia en los mismos”.

Madrid, 13 de diciembre de 2006.

**Recomendación dirigida al Consejero de Educación de la Comunidad de Madrid.**

**Recomendación 96/2006, de 13 de diciembre, sobre acreditación de los servicios laborales en el sector doméstico, a efectos de adjudicación de plazas en centros de atención socioeducativa a niños menores de tres años.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, págs. 431-432)*

Es de referencia su escrito de fecha 9 de octubre último (s/ref.: salida 32064, de 13 de octubre), en el que informa a esta Institución sobre el asunto objeto de la queja suscitada por doña (...), inscrita en el registro del Defensor del Pueblo con el número arriba indicado.

Cuanto se manifiesta en su citada comunicación viene a confirmar la descripción que la reclamante realizaba en su queja, respecto de los términos en que las comisiones de valoración de los centros de atención socioeducativa para niños menores de 3 años, dependientes de esa Consejería, vienen dando por válidamente acreditado en determinados supuestos el requisito de desempeño de actividad laboral que se establece en el artículo 4.1 c) de la Orden de 12 de abril de 2006, a efectos de acceso a plazas en los mencionados centros.

La promovente de la citada queja cuestionaba, en efecto, el hecho –que ahora permite confirmar el contenido de su informe– de que, a efectos de acreditación de la actividad laboral de la madre del niño para el que se demanda plaza como empleada doméstica a tiempo parcial, se considere suficiente la aportación de un escrito en el que el empleador o empleadora manifieste que aquélla presta servicios en su domicilio y el número de horas semanales que trabaja en el mismo.

La reclamante cuestionaba la suficiencia de la forma de acreditación mencionada por entender que la misma no es mínimamente fiable, en la medida en que el referido escrito puede ser realizado por

cualquier persona del entorno familiar o social de la madre y no necesariamente por su empleador o empleadora y no responder en absoluto a su realidad laboral.

En definitiva, consideraba la promovente de la queja que el hecho de que se dé por bueno, a efectos de acreditación de la actividad laboral de la madre, un documento de las características expresadas, abre la posibilidad de que obtengan plazas en los mencionados centros niños cuyas familias no cumplen, en realidad, el requisito de actividad laboral de ambos progenitores, que se establece en la Orden de 12 de abril de 2006 ya mencionada, al no desempeñar la madre actividades retribuidas que, no obstante, se pueden simular mediante el expediente, sencillo y difícilmente detectable –que deja abierta la forma de actuación cuestionada– de solicitar de algún amigo o familiar la redacción de un escrito con el contenido ya expresado.

En el informe aportado se hace referencia a algunas cautelas mínimas que, al parecer, se vienen aplicando, o a las que cabría que acudieran las direcciones provinciales de ese Departamento para evitar fraudes como los mencionados.

Sin embargo, la realización, en supuestos puntuales, de llamadas telefónicas a los empleadores para comprobar que las madres de determinados solicitantes trabajan en sus domicilios, o el hecho de que no se admitan certificados en los que el domicilio del lugar de trabajo en el que se prestan servicios domésticos coincida con el domicilio de la unidad familiar, o en los que la persona empleadora sea familiar hasta determinado grado del padre o madre solicitantes de plazas para sus hijos que se mencionan en su informe, no parecen suficientes a esta Institución para obviar el problema generado.

Es cierto que la práctica social y las peculiaridades normativas del régimen laboral de los empleados de hogar hacen difícil en ocasiones la acreditación documental de la prestación de servicios en este sector –al no formalizarse en la mayor parte de las ocasiones contrato de trabajo que permita probar la relación laboral existente, ni obligación, en todos los casos, de dar de alta a los trabajadores en el régimen especial de empleados de hogar–, y que la circunstancia anterior hace necesario habilitar procedimientos flexibles que hagan posible, a quienes trabajan en aquel, probar su dedicación laboral, a efectos de obtención de plazas para sus hijos en los referidos centros de atención socioeducativa.

Sin embargo, no es menos cierto que tales sistemas de acreditación no deberían permitir, al propio tiempo –tal y como, sin embargo, hace posible, a juicio de esta Institución, la práctica que se viene

siguiendo por las comisiones de valoración que se constituyen en los centros mencionados para la asignación de plazas—, que se considere cumplido el requisito reglamentario correspondiente en el supuesto en que en realidad no trabajan el padre y la madre del alumno, de manera que con ello se permita la participación en los procesos de asignación de vacantes de niños pertenecientes a familias en las que no concurren las condiciones previstas normativamente y la obtención de plaza por los mismos, en detrimento de otros niños y familias solicitantes que podrían haber obtenido plaza de no haberse adjudicado a aquéllos.

Es desde este punto de vista, es decir, desde la consideración del perjuicio que puede derivarse para otros solicitantes de la práctica actual en materia de acreditación de servicios laborales en el ámbito doméstico, que el Defensor del Pueblo cuestiona la forma de actuación mencionada que, a su juicio, debería modificarse de manera que, conciliando todos los intereses en juego, se obtuviesen, al propio tiempo, los objetivos que persigue la normativa de aplicación al establecer los requisitos de acceso a los centros de atención socioeducativa para niños de tres años.

En consecuencia, esta Institución, que considera que la fórmula concreta a través de la cual debe obtenerse el resultado mencionado debe ser determinada por esa Consejería, considera preciso, sin embargo, dirigir a V. E., en uso de las facultades que le atribuye el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, la siguiente recomendación.

“Que por esa Consejería se dicten instrucciones en materia de acreditación documental de los requisitos de acceso a los centros que, manteniendo un nivel de flexibilidad adecuado que no dificulte la acreditación de actividades laborales en el sector del servicio doméstico por los padres de niños solicitantes de plaza en centros de atención socioeducativa dependientes de ese Departamento, garantice, al propio tiempo, que no se beneficien indebidamente de la misma quienes, en realidad, no desempeñan actividades laborales retribuidas”.

Madrid, 13 de diciembre de 2006.

**Recomendación dirigida a la Consejera para la Igualdad y Bienestar Social. Junta de Andalucía.**



**Recomendación 97/2006, de 13 de diciembre, sobre adopción de decisiones relativas a la admisión en centros sostenidos con fondos públicos, aplicando conjuntamente todos los criterios de admisión.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, págs. 430-431)*

Es de referencia su escrito de fecha 12 de septiembre último, en el que informa a esta Institución en relación con el asunto objeto de la queja planteada por doña (...), inscrita en el registro de esta Institución con el número arriba indicado.

De cuanto se manifiesta en el informe mencionado se desprende que, a efectos de admisión de alumnos en centros públicos que imparten educación infantil y primaria, esa Consejería atribuye preferencia absoluta a los residentes en la localidad en la que se encuentra ubicado el centro y a los que residan en lo que en el propio informe se denominan localidades adscritas a efectos de escolarización.

La anterior forma de actuación se basaría, según se manifiesta en el escrito de esa Consejería, en previsiones contenidas en el artículo 81 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, en el que se contemplan las medidas que cabe adoptar a las administraciones educativas en materia de escolarización para compensar las desigualdades en educación.

Sin embargo, ninguna de las diversas previsiones que se contienen en el citado precepto legal autoriza a entender que en el mismo se faculte en manera alguna a las administraciones educativas para dar preferencia absoluta, a efectos de adjudicación de plazas en sus respectivas localidades o en los centros a los que estén adscritas las mismas, siguiendo la expresión utilizada en su informe, a los alumnos residentes en ellas, obviando con ello el régimen de

admisión de alumnos cuyas bases legales se contemplan en la propia ley orgánica.

En efecto, en el artículo 84 de la citada Ley Orgánica, con el que, bajo el epígrafe de “Admisión de alumnos” se inicia el capítulo III de su título II, se establece de forma expresa que, de no existir plazas suficientes para atender todas las demandas de plaza formuladas, los centros públicos y privados concertados aplicarán, a efectos de asignación de plazas en los mismos, los criterios prioritarios que se enumeran en su apartado 2 –existencia de hermanos matriculados en el centro o padres o tutores legales que trabajen en el mismo, proximidad del domicilio o del lugar de trabajo de alguno de sus padres o tutores legales, rentas anuales de la unidad familiar y concurrencia de discapacidad en el alumno o en alguno de sus padres o hermanos–, sin que ninguno de los referidos criterios tenga carácter excluyente, según se señala de manera expresa en el mencionado apartado al término de la enumeración de los criterios de admisión que en el mismo se realiza.

En definitiva, la admisión de alumnos no puede ser resultado, de acuerdo con esta última prescripción legal, de uno solo de los criterios que se contemplan en la ley, aplicado de forma excluyente, tal y como ocurre, a juzgar por el contenido de su informe, en los centros de infantil y primaria dependientes de esa Consejería, ubicados en localidades en las que existe un único centro, en los que la aplicación excluyente del criterio de proximidad domiciliaria determina una preferencia absoluta de los alumnos residentes en el área de influencia establecida para el centro correspondiente, sin que, de acuerdo con la referida previsión normativa, ha de derivarse de la aplicación conjunta de todos los criterios de admisión contemplados en la ley, de manera que las plazas se asignen no atendiendo a la situación de los solicitantes respecto de uno solo de los criterios de admisión, sino en consideración y por el orden que determine la baremación de sus peticiones, determinada por la aplicación de todos y cada uno de los criterios de admisión legalmente establecidos.

Así se establece, por lo demás, en la normativa reglamentaria dictada por esa administración educativa para su ámbito de gestión, de aplicación en el último proceso de admisión de alumnos para el curso académico 2006-2007 –Decreto 17/2005, de 10 de enero, sobre admisión de alumnos en centros docentes sostenidos con fondos públicos de la Junta de Castilla y León, y Orden EDU/184/2005, de 15 de febrero, dictada en desarrollo del anterior– en cuyos artículos 17.1 y 15.1, respectivamente, se señala que la puntuación total que obtengan los alumnos en aplicación del baremo determinará el orden final de admisión.

En definitiva, atendiendo a las prescripciones legales y reglamentarias que han quedado mencionadas, y en uso de las facultades que atribuye al Defensor del Pueblo el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, ha parecido necesario formular a V. E. la siguiente recomendación.

“Que, de cara a sucesivos procesos de admisión de alumnos, y teniendo en consideración las prescripciones legales y reglamentarias vigentes en la materia –que de forma expresa impiden la aplicación excluyente de los criterios de admisión que en las mismas se contemplan–, la adjudicación de plazas en todos los centros públicos que imparten educación infantil y primaria sea resultado de la aplicación conjunta de todos los criterios normativamente establecidos”.

Madrid, 13 de diciembre de 2006.

**Recomendación dirigida al Consejero de Educación de la Junta de Castilla y León.**



**Recomendación 98/2006, de 13 de diciembre, sobre atención en los cambios de vestuario a niños que inicien el segundo ciclo de educación infantil en colegios públicos de Castilla y León.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 431)*

Es de referencia la queja planteada por doña (...), con domicilio en (...), que ha quedado inscrita en el registro de esta Institución con el número arriba indicado.

La interesada expresaba en la queja mencionada su malestar ante disfunciones relacionadas con la atención higiénica de alumnos del primer curso del segundo ciclo de la educación infantil, observadas en el transcurso del año académico 2005-2006, en el centro docente (...), de (...), en el que su hija realizó las citadas enseñanzas.

Los datos de que dispone esta Institución, relativos a la tramitación efectuada por el Procurador del Común de Castilla y León sobre el supuesto mencionado, ponen de manifiesto, de una parte, que se trata de un problema que afecta no sólo al colegio público mencionado, sino potencialmente a todos los colegios públicos que imparten las enseñanzas del segundo ciclo de la educación infantil ya que, de los datos normativos manejados por esa Consejería al dar respuesta a sucesivas solicitudes de información formuladas por el citado comisionado autonómico, no se desprende con claridad que los maestros tengan la obligación de realizar los cambios de vestuarios y la limpieza que, por distintas causas, pueda requerir el alumnado de tres años durante su estancia en los colegios públicos, ni se contempla, de otra parte, en la misma que, al igual que los centros en los que exclusivamente se comparte la educación infantil, deban los colegios públicos estar dotados de personal auxiliar que asuma, entre otros, este cometido.

Los datos aportados por esa Consejería en los citados informes, emitidos a lo largo de la tramitación de la queja formulada con anterioridad, por quien ahora reclama ante el Defensor del Pueblo, ante el Procurador del Común, que le asignó la referencia (...), permiten conocer que con frecuencia los equipos directivos de los colegios arbitran fórmulas flexibles para la atención de las referidas necesidades, en ocasiones con la colaboración del profesor de apoyo de que disponen los colegios que tengan un número igual o superior a seis unidades, que en la mayoría de los casos no requieren, como en el supuesto que planteaba la reclamante, la presencia de los padres en el centro para realizar los cambios de vestuario de los alumnos, así como que los problemas apreciados tendrían, según se señala, un carácter circunstancial en cuanto vinculado a los períodos iniciales del curso y a alumnos concretos, por lo que eventuales desajustes en la atención de las necesidades de los alumnos no se presentarían con carácter general ni, según parece estar implícito en la valoración anterior, exigiría, a juicio de ese Departamento, la adopción de iniciativas del mismo carácter, destinadas a darles solución.

No obstante lo anterior, al margen de la frecuencia o carácter con que se produzcan, se dan situaciones en las que la falta de determinaciones normativas expresas que encomienden el citado cometido a personal determinado, sirve de amparo a decisiones de los equipos directivos o del profesorado de los centros que dan lugar a que en el ámbito de los colegios públicos no se procure en ocasiones a los alumnos, utilizando sus propios medios personales, la atención que requieren, sin que la misma falta de precisiones normativas apuntada y el carácter no vinculante jurídicamente o determinado por las valoraciones educativas que en cada caso se realicen por los profesores –respecto de la contribución de la realización de dichos cometidos a la convalidación de hábitos de higiene en los alumnos–, permitan a los padres conocer de antemano en qué circunstancias el centro asumirá dicho cometido, o en qué otras se demandará su colaboración.

Esta situación llevó al Procurador del Común a formular a esa Consejería un resolución, dirigida a obtener el establecimiento escrito de protocolos de actuación que determinasen la forma en que los centros deben actuar para atender la higiene de los alumnos de educación infantil y las responsabilidades que en la materia asumen, en todo caso, los profesores de los niños que cursan dichas enseñanzas en colegios públicos.

La anterior resolución, cuyo objetivo –dirigido básicamente a obviar situaciones, en las que los menores pudieran permanecer en condiciones higiénicas poco deseables en los centros docentes– com- parte plenamente esta Institución, ha sido rechazada por esa

Consejería, situación ante la que el Defensor del Pueblo considera preciso exponer, a continuación, los argumentos, adicionales a los que en su momento sirvieron de base al Procurador del Común de Castilla y León para formular su recomendación, en que se funda la resolución con que concluye el presente escrito.

Entiende, en efecto, el Defensor del Pueblo que, con independencia de que la legislación educativa vigente atribuya o no a los profesores el cometido ya mencionado, existen elementos suficientes para entender que, cualquiera que sea el personal al que se encomienda dicho cometido, los colegios públicos en los que estén escolarizados los alumnos de educación infantil tienen la obligación de atender, en todo caso, con sus propios medios, las necesidades higiénicas de los mismos durante su estancia en los centros, y ello por las siguientes consideraciones.

Parece fuera de dudas que los centros docentes, mientras los alumnos permanecen en los mismos, asumen por encomienda de los padres la responsabilidad que a éstos incumbe de procurar el bienestar físico y psíquico de los niños y atender a su educación y formación integral, responsabilidades que deben entenderse y han de ejercitarse de forma adecuada a la edad de los alumnos, y teniendo en cuenta los específicos condicionamientos que de esta última se derivan en cada caso.

Parece también que está fuera de discusión que los alumnos de menos edad, de los que asisten a los colegios públicos –que pueden estar escolarizados en los mismos en el primer curso del segundo ciclo de la educación infantil, sin todavía tener los tres años de edad, siempre que los cumplan dentro del año natural en el que comienza el curso– con más frecuencia al comienzo de su escolarización y más esporádicamente después, pueden necesitar, en muy distintas circunstancias, cambios de vestuario y que, por razones de salud e higiénicas, dichos cambios deben producirse tan pronto como se detecte su necesidad.

No parece, en efecto, aceptable desde el punto de vista de la salud o de la autoestima de los niños, o tomando en consideración las necesidades del grupo a que pertenecen, que éstos permanezcan durante períodos prolongados en condiciones que pueden afectar a su salud o bienestar físico y psíquico y que en ocasiones pueden, además, ser molestas para los profesores o compañeros de clase, ni tampoco que para evitar esto último sean separados de sus grupos y de las actividades educativas que en ellos se realicen, entre tanto se produce la solución, externa al centro, a que en ocasiones recurren determinados colegios públicos.

Parece, por todo ello, que la solución a esta necesidad, que temporal o esporádicamente presenta un cierto número de alumnos, debiera producirse de forma inmediata y con los medios de que disponga o de los que se dote específicamente a cada centro que, también en este aspecto, al igual que en cualquier otro está obligado a procurar directamente la atención que los niños que se le han encomendado precisen.

En un segundo orden de argumentos conviene precisar que, al establecer las áreas o ámbitos de experiencia propios de la educación infantil, las normas educativas vigentes, entre las que, en informe remitido por esa Consejería al Procurador del Común a comienzos de este año, se cita expresamente el Real Decreto 1333/1991, de 6 de septiembre, por el que se establece el currículo de las citadas enseñanzas, contemplan la de “iniciativa y autonomía personal”.

Algunos de los objetivos de la referida área, en cuya consecución deben trabajar los centros –adquisición de control general del propio cuerpo y progresión en la adquisición de hábitos y actividades relacionados con el bienestar y seguridad personal, la higiene y el fortalecimiento de la salud–, hacen directamente referencia a la formación de los alumnos, en hábitos y actitudes relacionados con la salud, la higiene y el bienestar.

La adquisición de los mismos, al igual que la del resto de los contemplados para la referida etapa educativa, debe producirse a través de métodos que, según se establecen en la reciente Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, han de estar basados “en las experiencias, las actividades y el juego, y se aplicarán en un ambiente de afecto y confianza, para potenciar su autoestima e integración, metodología que difícilmente puede estimarse compatible con un entorno escolar en el que las necesidades de los alumnos relacionadas con el ámbito de experiencia ya mencionado, no son atendidas en los términos que requeriría la adquisición por los alumnos de los hábitos de salud e higiene que se pretende inculcarles.

En definitiva, entiende esta Institución que también desde un punto de vista estrictamente educativo, debe considerarse que la consecución de algunos de los objetivos previstos para la etapa de educación infantil exige que en el ámbito de los centros docentes se proporcionen a los alumnos experiencias que les permita interiorizar la forma en la que deben actuar para preservar su salud y bienestar en determinadas ocasiones en forma que, además, favorezca su autoestima e integración dentro de su grupo.

Todo ello implica, a juicio del Defensor del Pueblo, que los centros deben reintegrar, de forma inmediata, el vestuario de los alumnos a

las condiciones exigibles desde un punto de vista higiénico y sanitario, lo que exige indudablemente que lo hagan con sus propios medios personales, sin esperar para ello a la comparecencia de sus padres o familiares que por razón de la distancia de sus domicilios familiares o laborales, o por otras causas, pueden encontrar dificultades para acudir con la prontitud necesaria a cubrir esta necesidad de sus hijos.

Esta Institución, que no entiende procedente entrar a determinar la fórmula o los medios personales que hayan de ponerse a contribución para la obtención de la referida finalidad, considera que la argumentación expuesta sí proporciona base suficiente para formular, en uso de las facultades que le atribuye el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, la siguiente recomendación:

“Que se adopten las iniciativas que resulten precisas para garantizar que, en todos los casos, los alumnos que se incorporen al segundo ciclo de la educación infantil en colegios públicos dependientes de esa Consejería, reciban en los citados centros y con los medios personales de que los mismos dispongan, o de los que se les dote al efecto, la atención que puedan necesitar para los cambios de vestuario durante su estancia en aquellos”.

Madrid, 13 de diciembre de 2006.

**Recomendación dirigida al Consejero de Educación de la Junta de Castilla y León.**



**Recomendación 99/2006, de 22 de diciembre, para que se inspeccione la Oficina Consular de la Embajada de España en Islamabad, y se revise el procedimiento seguido para la tramitación de visados.**

*(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, págs. 427-428)*

Con ocasión de diversas quejas recibidas en esta Institución, en las que los interesados manifestaban su disconformidad con el funcionamiento y las resoluciones de la Oficina Consular de la Embajada de España en Islamabad, se han iniciado distintas investigaciones.

Al hilo de las mencionadas investigaciones se han apreciado disfunciones, en lo que respecta al tratamiento administrativo que se da en dicha oficina a las solicitudes de visado por parte de familiares de residentes en España. Asimismo, se han puesto de manifiesto ciertas prácticas que de ser ciertas, y a juicio de esta Institución, podrían quebrantar el principio de seguridad jurídica que debe regir todo procedimiento administrativo y, muy especialmente, aquellos vinculados al derecho de la vida en familia.

A la vista de ello, esta Institución ha considerado oportuno exponer de una manera global las disfunciones apreciadas con el fin de que por parte de esa Subsecretaría se pueda tener una visión de conjunto de los problemas detectados, y que han venido siendo objeto de investigación ante la Dirección General de Asuntos y Asistencia Consulares.

1.- A través de la queja número (...), pudimos conocer que la Oficina Consular citada entregaba a los solicitantes de visado de reagrupación familiar un documento en el que se obligaba a optar al solicitante por alguna de estas alternativas:

1) Dejar que la documentación permaneciera en la Embajada indefinidamente;

2) solicitar que la Embajada verificara la documentación del solicitante en sesenta días, abonando para ello la cantidad de 15.000 rupias; y

3) retirar la documentación.

La singularidad de la mencionada comunicación originó el inicio de una de las investigaciones a las que se hacía referencia anteriormente.

Al hilo de la misma, esta Institución puso de manifiesto en los escritos dirigidos a la Dirección General de Asuntos y Asistencia Consulares, su preocupación por el sistema utilizado por las siguientes razones:

1) De la lectura de la comunicación antes mencionada se podía deducir que la Embajada percibía las cantidades mencionadas, con independencia de las tasas.

2) Se plantearon también dudas sobre la legalidad de la actuación administrativa con la utilización del sistema expuesto para la tramitación de los visados.

3) Por último, y una vez aclarado el destino final del dinero solicitado, se requirió información adicional sobre la fórmula utilizada para elegir concretamente la empresa (despacho de abogados) denominada SIS, habida cuenta de que precisamente la Oficina Consular expresaba la necesidad de contar con colaboraciones externas, ante la desconfianza de los sistemas registrales de Pakistán y la corrupción generalizada.

De los informes remitidos por la Dirección General de Asuntos y Asistencia Consulares, se extrae la información que sigue:

1) SIS es un despacho de abogados que se dedica a la verificación documental y social cuyo nombre real es *Butt and Wanchoo* (se afirmaba que utiliza el nombre SIS en el ámbito de la verificación de documentos). El mencionado despacho no tiene relación contractual con la Embajada (sic), si bien ésta recoge el cheque con la cantidad que aquél percibe por sus servicios.

2) La utilización del mencionado despacho se fundamenta en la necesidad de verificar la documentación presentada por los ciudadanos pakistaníes, ante la poca fiabilidad del sistema registral pakistaní y la corrupción endémica existente en el país.

3) No ha existido un método para seleccionar al despacho mencionado como colaborador de la Embajada. Al parecer, se tuvieron en cuenta sugerencias de otras representaciones.

4) Los empleados del despacho verifican los documentos en los registros, comisarías, etc., y también van al pueblo o ciudad de residencia de los solicitantes de visados, con el fin de contrastar la veracidad de los documentos señalados mediante conversaciones con vecinos y familiares de los solicitantes.

5) La Embajada dice no haber recibido nada más que una queja de corrupción sobre el funcionamiento de ese despacho que se estaba investigando, y ni una sola petición de visado que no haya abonado la cantidad solicitada, que se abona por el reagrupante que tiene capacidad económica para ello.

Tras evaluar en profundidad la información recibida, esta Institución debe poner de manifiesto lo siguiente:

Sin perjuicio de considerar que la verificación de documentos en Pakistán pueda ser problemática, no por ello, a nuestro juicio, han de realizarse actuaciones que revistan inseguridad para los usuarios de la Oficina Consular, como veremos a continuación.

Por otro lado, incluso considerando necesaria la intervención de un despacho que colabore con la Embajada, parece que esa colaboración habría de articularse mediante los instrumentos jurídicos correspondientes, con el fin de establecer con la debida transparencia cuál es el tipo de colaboración exigible, tanto para el propio despacho como para las personas que son investigadas por el mismo.

La Embajada alega que nadie hasta el momento ha dejado de abonar la cantidad exigida. Sin embargo, esto resulta lógico habida cuenta de que la opción es dejar la solicitud en la oficina consular de forma "indefinida" (vocablo utilizado en la carta). En tales condiciones resulta coherente que las personas que pretenden reagruparse con sus familiares efectúen el pago con el fin de conseguir su objetivo lo más rápidamente posible.

En efecto, la indefensión de los solicitantes de visado ante el hecho de que un grupo de investigadores que, al parecer, no forman parte del personal de la Embajada pero cuyos informes determinan en la práctica la concesión o denegación de los visados que solicitan, es patente. Los informes, por otro lado, se obtienen tanto de las visitas que los empleados de estos bufetes realizan a los registros públicos y también de la investigación "social" en el pueblo de los solicitantes. Esta última fórmula plantea numerosos problemas de

carácter legal, pareciendo especialmente necesario ponderar el peso que tienen las valoraciones así obtenidas en el sentido final del informe que presenta el bufete a la Oficina Consular.

Aun cuando la Oficina Consular dice no quedar vinculada por la opinión de los investigadores, tal afirmación ha de ponerse en cuestión dado que, en realidad, según se expone en el propio informe de la Embajada, nuestra representación diplomática no cuenta con los medios necesarios para efectuar nuevas verificaciones en relación con los documentos aportados por el solicitante de visado.

Además, las denegaciones de visados se realizaban mediante fórmulas genéricas, lo que impedía a los solicitantes de visados conocer con exactitud el problema que había originado la denegación. Esta situación ha sido, al parecer, corregida en parte, tras la aceptación de la recomendación formulada por esta Institución a la Dirección General de Asuntos y Asistencia Consulares, con el fin de evitar que los solicitantes formularan recursos de reposición sin conocer qué tipo de documentos habían sido considerados falsos u objeto de manipulación.

2.- En otra investigación iniciada ante la Dirección General de Asuntos y Asistencia Consulares en el expediente (...), se ha advertido que la Oficina Consular de Islamabad no duda en calificar de delictiva una determinada actuación de una persona –en una solicitud de visado de reagrupación familiar–. En concreto se imputa a una solicitante de visado de reagrupación familiar incluir a dos personas como hijos suyos, cuando la Embajada –fruto de las investigaciones antes referidas– mantiene que se trata de sobrinos.

La denegación de los visados ha sido para toda la familia, por considerar que existe mala fe en la conducta de la solicitante de visado.

Con independencia de que aún no ha quedado suficientemente clarificado, a criterio de esta Institución, quien está en lo cierto, debemos cuestionar la imputación delictiva efectuada a la solicitante con notable ligereza y esperar que ante una nueva petición de visados de la reagrupante –en la cual incluya únicamente a aquellos miembros de su familia cuyo vínculo no se halle en discusión por la Oficina Consular– se dicte resolución favorable. Lo contrario supondría la asunción por parte de las autoridades consulares en Islamabad de unas atribuciones judiciales, que le son absolutamente ajenas.

3.- En la queja número (...) se llega a afirmar que en los casos en los cuales se considera que existe mala fe por parte del solicitante, “la Embajada tiene por norma no especificar detalladamente los motivos de la denegación, con el fin de no desvelar más de lo necesario los medios utilizados para determinar la autenticidad de los documentos

presentados (con vistas a casos futuros) y con el fin de evitar que los solicitantes traten de resolver el problema puntual planteado mediante sobornos a las autoridades locales”.

En el citado supuesto, se había detectado por parte de la Oficina Consular que los certificados de nacimiento de dos de los hijos del reagrupante habrían sido manipulados con el fin de que pudieran reunirse en España con el padre, a pesar de que, según la Oficina los hijos ya eran mayores de edad cuando se solicitó la reagrupación.

Los visados fueron denegados mediante resolución en la que se indicaba “falsedad en documento público” sin especificación alguna, y la denegación de los visados afectó a todos los integrantes de la familia, es decir, a los que supuestamente eran mayores de edad y a aquellos cuyo derecho a la reagrupación no era discutible, aplicándose una especie de sanción al conjunto de la familia por considerar que había existido mala fe.

En consecuencia, y a pesar de la aceptación de la recomendación a la que antes hemos hecho referencia (realizada mediante escrito del Director General de Asuntos y Asistencia Consulares de fecha 17 de marzo de 2006), se vuelve a justificar la ausencia de transparencia en la actuación administrativa en aras de un fin “preventivo y ejemplificante”.

Sin embargo, la ausencia de información alguna sobre el problema que ha llevado a la denegación de la solicitud supone dejar en indefensión a los interesados, especialmente, si su deseo es impugnar la resolución. Las afirmaciones contenidas en el informe emitido por la Dirección General de Asuntos y Asistencia Consulares, sobre las razones que llevan a la Sección Consular a no ofrecer la información necesaria sobre la causa de denegación en los casos en los que se advierte mala fe, no pueden justificar en modo alguno el incumplimiento de la normativa de procedimiento. No es posible, a juicio de esta Institución, arrinconar los principios que rigen la actuación administrativa, y, en este caso, el artículo 3.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ni realizar actuaciones que supongan una vulneración de los derechos que el legislador ha otorgado a los ciudadanos en sus relaciones con la Administración (artículos 35 y ss. de la Ley 30/1992).

4.- Se ha apreciado también que la emisión de resoluciones no se ajustan a la normativa vigente [por ejemplo, queja número (...)]. En este caso, se remite un escrito al solicitante de visado que no podía considerarse una notificación (dados los términos del mismo) ni tampoco

un requerimiento de subsanación. Del informe remitido por la Dirección General de Asuntos y Asistencia Consulares dando cumplimiento a lo solicitado por esta Institución, se desprende que al solicitante de visado no se le notificó la denegación en los términos previstos en las normas. Por ello, el órgano directivo mencionado ha indicado a la Embajada que dicte resolución que contenga la normativa por la que se deniega el visado y los recursos que proceden contra la misma, así como el plazo para interponerlos.

5.- En la queja número (...) se aprecia una insistencia verdaderamente inusual en acusar a los usuarios solicitantes de visado de mala fe, incluso en relación con cuestiones que no tienen trascendencia para la resolución del caso.

En dicha queja el reagrupante manifestaba su queja por la denegación de visados a su esposa e hijos. La denegación se había producido, al parecer, por la negativa de determinadas autoridades a poner de manifiesto un documento –el reagrupante no sabía qué autoridades ni qué documento–. Agregaba el interesado que, además, la Embajada le acusaba de haber violado con anterioridad la ley española al introducir ilegalmente en España a su sobrino como si fuera su hijo. Tales acusaciones no eran ciertas, según afirmaba el reagrupante, dado que su hijo –no su sobrino– había entrado en España con visado de trabajo y residencia.

Pues bien, en el informe remitido por la Embajada se indica que, en efecto, accedió con visado de residencia laboral pero el informe de los investigadores señala que era sobrino y no hijo como afirma el reagrupante.

Resulta fácilmente comprensible que la discusión sobre si la persona que entró con visado de trabajo es hijo o sobrino del reagrupante es a todas luces irrelevante, puesto que dicha persona está ya en España y, además, el expediente de reagrupación que se tramitaba no tenía que ver con él.

Tras examinar en detalle las actuaciones seguidas por la Oficina Consular en Islamabad en los casos mencionados y en otros anteriores, esta Institución ha de concluir lo siguiente:

Somos conscientes de que la actuación administrativa a desarrollar por las oficinas consulares es compleja, especialmente en un país como Pakistán en el que, según las informaciones recibidas, resulta difícil realizar las debidas comprobaciones sobre la documentación que presentan los solicitantes de visado teniendo en cuenta, además, que los registros públicos prácticamente no ofrecen total fiabilidad.

Por dicha razón parece cuestionable que las informaciones facilitadas por el despacho anteriormente mencionado y que, según parece, viene colaborando con la Oficina Consular desde hace tiempo sean asumidas como ciertas. Esto supone afirmar que las personas que prestan servicios en ese despacho son absolutamente incorruptibles, lo que contrasta vivamente con la presunción de corrupción que se predica del resto de los servicios públicos y de los propios ciudadanos. Sin embargo, en algunos casos, los usuarios de los servicios consulares han manifestado que han sido objeto de presiones para abonar una cantidad adicional de dinero como contraprestación a la emisión de un informe favorable de dicho despacho.

Si bien es cierto que el informe a emitir por el despacho o despachos colaboradores no tiene formalmente efectos vinculantes, parece razonable pensar que la decisión administrativa se adoptará sobre la base de dicho informe ante la imposibilidad de efectuar comprobaciones adicionales, a menos que la revisión se encargue a otro despacho.

El procedimiento seguido en la resolución de los visados carece de las garantías que establece el ordenamiento jurídico vigente, vulnerándose con ello los principios de legalidad y seguridad jurídica que lo informan. Prueba de ello es la apreciación en distintas ocasiones de irregularidades tales como la falta de notificación adecuada a los interesados, la resolución de los expedientes sin adoptar medidas para subsanar o mejorar las solicitudes, la falta de transparencia en cuanto al problema concreto que afecta al expediente y que impide la concesión de los visados solicitados, la apresurada calificación de determinadas conductas como delictivas por parte del personal que resuelve los expedientes, invadiendo las exclusivas competencias del Poder Judicial, etcétera.

Por otro lado, y al margen de que consideramos reprochable que los solicitantes pretendan incluir a personas que no reúnen la condición de reagrupables, es preciso recordar que el artículo 7 del Código Civil establece que «la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, “con daño para tercero”, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso».

La conducta a la que se hace referencia no parece, pues, que se ajuste exactamente al precepto transcrito, dado que, aun cuando podamos considerar que los solicitantes han sobrepasado los límites del ejercicio de su derecho no parece que su actuación ocasione daños a terceros, por lo que no podemos concluir que exista cobertura legal suficiente para que se establezca a modo de sanción la denegación de

los visados, respecto de aquellos familiares cuyo vínculo y edad sean indubitados.

No es posible olvidar, además, que las resoluciones que se dictan por la Oficina Consular tienen una gran relevancia en el derecho de los extranjeros a la reagrupación con sus familias y, en consecuencia, la actuación incide en un ámbito de las personas extremadamente sensible y que puede suponer la imposibilidad de que una familia se reúna durante largo tiempo.

Por lo anterior, hemos resuelto poner en conocimiento de V. los anteriores hechos, con independencia de que se remitirá a la Dirección General de Asuntos y Asistencia Consulares, copia de este escrito, habiéndose adoptado la decisión de formular a V. I. la siguiente recomendación:

“Que se realice una inspección en la oficina Consular de España en Islamabad, con el fin de analizar las prácticas seguidas en la tramitación de visados, corrigiendo aquellas que se consideren procedentes a fin de evitar que se actúe al margen de la normativa vigente, tanto en materia de extranjería como en materia de procedimiento, recordando a estos efectos que la ley aplicable en esta última materia es la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de 26 de noviembre, en todo aquello no previsto por el Reglamento de extranjería.

Que se articule la colaboración de los despachos mediante la utilización de los instrumentos jurídicos pertinentes y que éstos contengan la capacidad de inspeccionar y supervisar, tanto genérica, como *ad casum*, a fin de detectar la existencia de irregularidades, si llegaran a producirse”.

Por otra parte, esta Institución quiere manifestar su preocupación en relación con el tratamiento que pueda darse a los datos de carácter personal de los solicitantes de visado, por parte del despacho o despachos que colaboran con la Oficina Consular, teniendo en cuenta que no existe instrumento jurídico alguno que fije tal colaboración y tomando especialmente en consideración que dichos datos son cedidos por la Oficina Consular a terceros.

En este sentido, interesaría a esta Institución conocer las salvaguardas que se hayan podido establecer en el tratamiento de dichos datos, a fin de cumplir lo establecido en las normas reguladoras de protección de datos de carácter personal.

**Recomendación dirigida al Subsecretario de Asuntos Exteriores y de Cooperación. Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación.**

## ÍNDICE ANALÍTICO

- Administración de justicia
  - Honorarios: **57**
  - Testigos protegidos: **54**
- Aparcamiento para minusválidos: **45**
- Armas
  - Uso y tenencia: **82**
- Centros penitenciarios
  - Modificación normativa interna: **37**
- Ciudadanos comunitarios
  - Gratuidad transporte público: **81**
  - Tarjeta residente: **7**
  - V. Unión Europea
- Colegios profesionales
  - Administradores de Fincas: **48**
  - Odontólogos y Estomatólogos: **31**
- Comunicaciones postales: **18**
- Corporaciones locales
  - Actuación: **43**
- Documento nacional de identidad
  - Dependencias: **32**
  - Plantilla: **71, 91, 92, 93**
  - Renovación: **72**
- Educación no universitaria
  - Admisión alumnos: **2, 3, 6, 96, 97**
  - Atención en cambio de vestuario a niños de segundo ciclo de educación infantil: **95, 98**
  - Derechos lingüísticos: **11**
- Educación universitaria
  - Acceso: **25**
  - Ayudas Séneca: **29**
  - Convalidación/homologación de títulos: **15, 53**
  - Precios públicos universitarios: **16**
  - Profesores tutores UNED: **5**
- Escuelas oficiales de idiomas
  - Admisión realización pruebas: **1**
- Estatuto de los Trabajadores
  - Lactancia en partos múltiples: **85**
- Extranjeros
  - Asilo: **41**
  - Asistencia jurídica: **12**
  - Centro de atención a menores no acompañados: **9, 10**
  - Denegación entrada: **80**
  - Devolución/expulsión: **12, 90**
  - Proceso de normalización: **27**
  - Reagrupación familiar: **40**
  - V. Ciudadanos comunitarios
- Fuerzas y Cuerpos de Seguridad
  - Guardia Civil: **84**
  - Policía Local: **47**
  - Policía Nacional: **13**
- Funcionarios
  - Acceso: **22, 23**
  - Indemnizaciones: **44**
  - Denuncias malos tratos: **76**

- Impuestos
  - Pago vía telemática: **66**
  - Sucesiones y Donaciones: **49, 61**
- Malos tratos: **76**
  - V. Funcionarios
- Medio ambiente
  - Actividad molesta: **33**
  - Agua: **65**
  - Contaminación acústica: **21**
- Menores
  - Derecho a la intimidad: **77, 78**
  - Identificación: **90**
  - V. Extranjeros
- Pasaporte
  - Dependencias: **32**
  - Plantilla: **71**
- Personal al servicio de las administraciones públicas
  - Acceso función pública: **22, 89**
  - Atención al público: **64, 67, 73**
  - Bolsa de trabajo: **59**
  - Carné profesional: **35**
  - Convocatorias procesos selectivos: **88**
  - Identificación: **38**
  - Indemnizaciones: **44**
  - Relación de puestos trabajo: **36**
  - Sanciones: **47**
  - V. Fuerzas y Cuerpos de Seguridad
- Procedimiento administrativo
  - Acceso a documentos: **28, 30**
  - Copias de documentos: **56**
- Interesados: **28, 30, 62**
- Lengua de los documentos: **19, 63**
- Motivación de los actos: **51**
- Obligación de contestar: **58, 79**
- Presentación de solicitudes: **17**
- Resolución expresa: **4, 14, 24, 50, 68, 69**
- Sanidad
  - Drogas: **60**
  - Tabaco: **34, 46**
  - Técnicas de reproducción: **52**
  - Transporte sanitario urgente: **26**
  - Unidad del dolor: **42**
- Seguridad Social
  - Permiso maternidad: **86**
  - Profesores tutores UNED: **5**
- Sociedades inversoras en bienes tangibles
  - Fraude: **83**
- Tráfico
  - Accidentes: **8**
  - Atención al público: **67, 73**
  - Boletín denuncia: **87**
  - Canjes permisos conducir: **67, 74**
  - Examinadores: **75**
  - Restricciones circulatorias: **20**
- Unión Europea
  - Acceso a territorio nacional de familiares comunitarios: **39**
  - Trasposición normas: **94**
  - Visados: **70**
  - V. Ciudadanos comunitarios