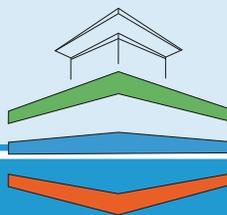




DEFENSOR DEL PUEBLO

**RECOMENDACIONES
y
SUGERENCIAS
2011**



**RECOMENDACIONES
Y
SUGERENCIAS
2011**

DEFENSOR DEL PUEBLO

**RECOMENDACIONES
Y
SUGERENCIAS
2011**

Madrid, 2012

España. Defensor del Pueblo

Recomendaciones y sugerencias 2011 / Defensor del Pueblo – Madrid : Defensor del Pueblo, 2012. – 584 p.; 24 cm

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

Depósito legal: M-22659-2012

SUMARIO

Página

Recomendación 1/2011, de 12 de enero , para que se adecue la plantilla del Registro Civil de Manacor a la carga real de trabajo que soporta, dotándolo del número de funcionarios necesario y, si fuera preciso, de los medios materiales y tecnológicos que le permitan ofrecer una prestación del servicio eficaz y en tiempo razonable	19
Recomendación 2/2011, de 12 de enero , para que se advierta a los alumnos de la anulación de su matrícula universitaria por falta de pago.....	23
Recomendación 3/2011, de 12 de enero , para que se dicten instrucciones detallando las actuaciones a seguir en aquellos supuestos en los que se acuerde el cese de la protección de menores como consecuencia de pruebas sobrevenidas, cuando estos tengan la condición de solicitantes de asilo, con el fin de evitar que los interesados queden desprotegidos al abandonar los centros de protección	27
Recomendación 4/2011, de 12 de enero , sobre la adopción de medidas de restablecimiento del orden urbanístico infringido.....	31
Recomendación 5/2011, de 21 de enero , sobre el aseguramiento de la integridad de las víctimas de violencia contra la mujer, y sobre la adopción de medidas para la formación de funcionarios especializados en el tratamiento de violencia de género y doméstica, pertenecientes a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.....	35
Recomendación 6/2011, de 21 de enero , sobre publicidad en las convocatorias de empleo público de los ayuntamientos	39
Recomendación 7/2011, de 26 de enero , sobre dotación urgente a la Oficina de Extranjeros de Barcelona de personal suficiente	43

Recomendación 8/2011, de 26 de enero , sobre dotación urgente a la Oficina de Extranjeros de Barcelona de personal suficiente	47
Recomendación 9/2011, de 2 de febrero , sobre adopción de las iniciativas precisas para asegurar el cumplimiento efectivo de la normativa vigente en materia de banderas y enseñas por parte de los Ayuntamientos	51
Recomendación 10/2011, de 2 de febrero , para la reforma del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social	55
Recomendación 11/2011, de 2 de febrero , sobre el aumento de garantías para la devolución de cantidades anticipadas entregadas para la adquisición de viviendas protegidas	61
Recomendación 12/2011, de 2 de febrero , para que se adopten medidas eficaces a fin de conseguir la recuperación posesoria de viviendas ocupadas irregularmente.....	83
Recomendación 13/2011, de 2 de febrero , sobre cumplimiento de los preceptos que regulan el uso de las lenguas oficiales del Estado en sus sedes electrónicas	99
Recomendación 14/2011, de 2 de febrero , acerca del retraso en el requerimiento de subsanación y mejora de solicitudes de licencia	105
Recomendación 15/2011, de 2 de febrero , acerca de la utilización de trasteros como vivienda en el municipio.....	109
Recomendación 16/2011, de 15 de febrero , sobre el internamiento no voluntario por trastorno psíquico.....	113
Recomendación 17/2011, de 3 de marzo , sobre creación de juzgados penales	115
Recomendación 18/2011, de 3 de marzo , sobre el ejercicio de la potestad sancionadora en materia acústica.....	119
Recomendación 19/2011, de 3 de marzo , sobre la práctica denominada «botellón» en el municipio.....	123

Recomendación 20/2011, de 4 de marzo , para que se adecue la plantilla del Registro Civil de Terrassa (Barcelona) a la carga real de trabajo que soporta, dotándolo del número de funcionarios necesario y, si fuera preciso, de los medios materiales y tecnológicos que le permitan ofrecer una prestación del servicio eficaz y en tiempo razonable.....	127
Recomendación 21/2011, de 4 de marzo , para que se adecue la plantilla del Registro Civil de Terrassa (Barcelona) a la carga real de trabajo que soporta, dotándolo del número de funcionarios necesario y, si fuera preciso, de los medios materiales y tecnológicos que le permitan ofrecer una prestación del servicio eficaz y en tiempo razonable.....	131
Recomendación 22/2011, de 9 de marzo , sobre conservación y mantenimiento de un tramo de la denominada carretera del Puente de Híjar CV-A13.....	135
Recomendación 23/2011, de 9 de marzo , sobre la conveniencia de que en los centros implicados en la atención a pacientes seropositivos se extremen las medidas establecidas en relación con el derecho a la intimidad	139
Recomendación 24/2011, de 16 de marzo , sobre la necesidad de elaborar una norma para garantizar el disfrute de una vivienda digna.....	143
Recomendación 25/2011, de 24 de marzo , sobre la modificación de determinados aspectos del régimen previsto para los productores de energía fotovoltaica de España	157
Recomendación 26/2011, de 24 de marzo , sobre la apreciación de oficio por el órgano instructor de la existencia de un interés legítimo y de la intención de ser parte en el procedimiento sancionador del denunciante si de la denuncia se desprende que los hechos presuntamente constitutivos de infracción afectan los intereses del denunciante y son denunciados precisamente por ello.....	163
Recomendación 27/2011, de 24 de marzo , sobre atención en los colegios públicos de las necesidades higiénicas y de cambio de vestuario de los alumnos de educación infantil	169
Recomendación 28/2011, de 24 de marzo , sobre la necesidad de elaborar una norma para garantizar el disfrute de una vivienda digna	173

Recomendación 29/2011, de 11 de abril , sobre fundamentación en las resoluciones denegatorias de la inscripción de matrimonio dictadas por el Consulado General de España en Santo Domingo (República Dominicana)	189
Recomendación 30/2011, de 11 de abril , sobre el derecho de opción a la nacionalidad española	193
Recomendación 31/2011, de 11 de abril , sobre provisión de puestos de trabajo.....	199
Recomendación 32/2011, de 11 de abril , sobre desarrollo normativo y movilidad de personal estatutario.....	203
Recomendación 33/2011, de 11 de abril , sobre formalidades en las convocatorias de empleo público	207
Recomendación 34/2011, de 11 de abril , sobre acceso al empleo público.....	211
Recomendación 35/2011, de 11 de abril , sobre acceso al empleo público.....	215
Recomendación 36/2011, de 11 de abril , sobre el criterio para autorizar el estacionamiento de personas con movilidad reducida en el municipio	219
Recomendación 37/2011, de 15 de abril , sobre adopción de las medidas oportunas para que en las resoluciones que dicte el Consulado General de España en Bogotá (Colombia), denegatorias de la inscripción de matrimonio, se fundamenten e individualicen los motivos de la denegación, evitando la utilización de modelos formularios y la falta de referencia a las circunstancias particulares de cada caso	223
Recomendación 38/2011, de 15 de abril , sobre cobro indebido de tasa por utilización del dominio público	225
Recomendación 39/2011, de 3 de mayo , sobre la manera de efectuar las detenciones	227
Recomendación 40/2011, de 5 de mayo , sobre la tramitación eficaz de la recuperación posesoria de las viviendas de su propiedad que hayan sido ocupadas por personas sin título suficiente	231

Recomendación 41/2011, de 5 de mayo, sobre cumplimiento de la normativa reguladora del uso de la lengua cooficial 241

Recomendación 42/2011, de 5 de mayo, sobre contratación..... 245

Recomendación 43/2011, de 5 de mayo, sobre retrasos en la inspección urbanística y la potestad sancionadora..... 251

Recomendación 44/2011, de 6 de mayo, para que se actualice el límite de 8.000 euros, fijado como requisito cuantitativo para la aplicación del mínimo por ascendientes, afectándose a las modificaciones del IPC anual, con el fin de mantener el equilibrio con la revalorización de las pensiones 255

Recomendación 45/2011, de 11 de mayo, destinada a que se realicen los trabajos necesarios para modificar la normativa en materia de nacionalidad, a fin de incluir el derecho a la nacionalidad de origen de los nietos de mujeres españolas que perdieron la misma al contraer matrimonio, debido a la legislación discriminatoria que imperaba en España hasta la entrada en vigor de la Ley 74/1975, dictándose instrucciones en tanto se lleve a cabo dicha modificación, para reconocer el derecho a la nacionalidad española de los nietos de abuelas españolas que perdieron su nacionalidad por razón de matrimonio y se exiliaron posteriormente.. 259

Recomendación 46/2011, de 18 de mayo, sobre la consideración en expediente de responsabilidad patrimonial de lo certificado por el organismo competente del control meteorológico para declarar la exención por fuerza mayor 263

Recomendación 47/2011, de 24 de mayo, sobre presentación de escritos en las oficinas de la Comunidad de Madrid..... 267

Recomendación 48/2011, de 25 de mayo, para que los ingresos que deban efectuarse por parte de la Administración tributaria se realicen en la cuenta que el obligado tributario o su representante legal autorizado tengan abierta en una entidad de crédito 271

Recomendación 49/2011, de 25 de mayo, sobre protección activa del dominio público marítimo-terrestre 275

Recomendación 50/2011, de 25 de mayo, sobre colocación de la bandera española en el edificio consistorial 289

Recomendación 51/2011, de 25 de mayo , para corregir la demora en la publicación de la convocatoria de los préstamos para los estudios de máster en el curso 2010-2011, dentro del Programa Préstamos-Renta Universidad	293
Recomendación 52/2011, de 2 de junio , sobre la adopción de medidas para protección de la salud laboral	297
Recomendación 53/2011, de 2 de junio , sobre limitación de velocidad del tráfico en el municipio	301
Recomendación 54/2011, de 13 de junio , sobre mantenimiento de la calificación obtenida en las pruebas de acceso 2010, en las materias de modalidad afectadas por el cambio de adscripción.....	305
Recomendación 55/2011, de 16 de junio , sobre modificación de criterios para concesión de ayudas de programas de acción social.....	309
Recomendación 56/2011, de 16 de junio , sobre adopción de medidas para que no sufra demoras la tramitación de las solicitudes de becas del Ministerio de Educación que no se presenten a través de sede electrónica	313
Recomendación 57/2011, de 16 de junio , sobre adopción de medidas para el cumplimiento de la normativa en materia de traducción al castellano de los documentos dirigidos a los interesados que así lo soliciten.....	317
Recomendación 58/2011, de 20 de junio , sobre la conveniencia de emprender actuaciones para la implantación y funcionamiento de unidades específicas y especializadas en la rehabilitación del daño cerebral sobrevenido en el ámbito de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León	321
Recomendación 59/2011, de 22 de junio , para que se dicten las instrucciones pertinentes a la Oficina de Extranjeros de Málaga, a fin de que admita otros medios de prueba válidos en Derecho, distintos del certificado actualizado de matrimonio, para acreditar la pervivencia del matrimonio en la tramitación de la residencia permanente de los cónyuges de ciudadanos de la Unión.....	327

Recomendación 60/2011, de 22 de junio, sobre la necesidad de crear un procedimiento de recursos especiales en materia de contratación..... 331

Recomendación 61/2011, de 22 de junio, sobre aplicación de la normativa de protección de datos, conforme al derecho de acceso a la información ambiental..... 335

Recomendación 62/2011, de 22 de junio, para que se dé cumplimiento a una ordenanza municipal..... 337

Recomendación 63/2011, de 22 de junio, sobre denegación de la exención del Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica para los vehículos matriculados a nombre de personas con discapacidad..... 345

Recomendación 64/2011, de 24 de junio, sobre la formalización del Acta de entrega de los viales de una urbanización y se asuman por el Ayuntamiento de Los Corrales de Buelna las obligaciones de mantenimiento derivadas de lo anterior 351

Recomendación 65/2011, de 13 de julio, sobre el internamiento no voluntario por trastorno psíquico..... 355

Recomendación 66/2011, de 14 de julio, para la adecuación de una ordenanza municipal en relación con la acreditación de minusvalía..... 357

Recomendación 67/2011, de 21 de julio, sobre la ampliación de la vigencia y el ámbito de aplicación de la Línea ICO-Moratoria Hipotecaria 363

Recomendación 68/2011, de 21 de julio, acerca de la inactividad de la Administración..... 365

Recomendación 69/2011, de 21 de julio, acerca de la inactividad de la Administración..... 369

Recomendación 70/2011, de 26 de julio, sobre adopción de las iniciativas para dotar de nuevas instalaciones a determinado colegio público de la ciudad..... 375

Recomendación 71/2011, de 29 de julio, sobre complementos retributivos 379

Recomendación 72/2011, de 29 de julio , para que se adecue la Ley 5/2009, de 4 de junio, del Ruido de Castilla y León, a lo dispuesto en la Ley 3/1985, de 18 de marzo, de Metrología	385
Recomendación 73/2011, de 7 de septiembre , sobre la modificación del artículo 18 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario.....	387
Recomendación 74/2011, de 7 de septiembre , sobre adopción de medidas en relación con determinadas solicitudes de protección internacional	391
Recomendación 75/2011, de 7 de septiembre , sobre la aprobación de un procedimiento específico para tramitar los casos de insolvencia personal o familiar	399
Recomendación 76/2011, de 7 de septiembre , sobre la aprobación de un procedimiento específico para tramitar los casos de insolvencia personal o familiar	403
Recomendación 77/2011, de 7 de septiembre , sobre la adaptación de las viviendas con protección pública a personas discapacitadas	407
Recomendación 78/2011, de 21 de septiembre , acerca de la ejecución del «Plan alquiler para jóvenes»	413
Recomendación 79/2011, de 23 de septiembre , sobre el establecimiento de un servicio especializado para la estimación de la edad, que esté en condiciones de realizar las pruebas y exámenes necesarios de forma ágil, centralizada y sobre la base de protocolos comunes.....	423
Recomendación 80/2011, de 23 de septiembre , para que se modifique la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, con objeto de asegurar el derecho a la asistencia jurídica gratuita de los extranjeros indocumentados, cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad durante el procedimiento de determinación de la edad	425

Recomendación 81/2011, de 23 de septiembre , para que en la adopción del protocolo marco de menores extranjeros no acompañados, se tomen en consideración las conclusiones de la jornada de trabajo sobre determinación forense de la edad de los menores extranjeros no acompañados, así como el documento de consenso de buenas prácticas entre los Institutos de Medicina Legal de España, que figuran en el apéndice del informe monográfico <i>¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad</i>	427
Recomendación 82/2011, de 23 de septiembre , sobre los extranjeros indocumentados, cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad	429
Recomendación 83/2011, de 23 de septiembre , sobre actuaciones en los procedimientos de determinación de la edad de los menores extranjeros	431
Recomendación 84/2011, de 23 de septiembre , sobre pruebas diagnósticas sin indicación terapéutica, con vistas a estimar la edad de una persona	435
Recomendación 85/2011, de 23 de septiembre , para que, a fin de dar cumplimiento a la previsión del artículo 35.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, se designen recursos para ofrecer una acogida apropiada al interesado durante la sustanciación del expediente de determinación de la edad.....	437
Recomendación 86/2011, de 23 de septiembre , para que se establezcan criterios operativos de coordinación entre los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, en materia de menores extranjeros indocumentados.....	441
Recomendación 87/2011, de 23 de septiembre , para que se establezcan criterios operativos de coordinación entre los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, en materia de menores extranjeros indocumentados.....	443
Recomendación 88/2011, de 23 de septiembre , para que, a fin de dar cumplimiento a la previsión del artículo 35.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, se designen recursos para ofrecer una acogida apropiada al interesado durante la sustanciación del expediente de determinación de la edad.....	445

Recomendación 89/2011, de 23 de septiembre , para que se establezcan criterios operativos de coordinación entre los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad en materia de menores extranjeros indocumentados	447
Recomendación 90/2011, de 23 de septiembre , sobre el establecimiento de un servicio especializado para la estimación de la edad, que esté en condiciones de realizar las pruebas y exámenes necesarios de forma ágil, centralizada y sobre la base de protocolos comunes.....	449
Recomendación 91/2011, de 28 de septiembre , sobre el «despilfarrro» del dinero público y su tipificación penal	451
Recomendación 92/2011, de 29 de septiembre , sobre equiparación de derechos a los profesores interinos.....	455
Recomendación 93/2011, de 6 de octubre , sobre la adopción de medidas de restablecimiento del orden urbanístico infringido	463
Recomendación 94/2011, de 14 de octubre , sobre información a los ciudadanos por el personal de las distintas Oficinas del Padrón Municipal de España	467
Recomendación 95/2011, de 19 de octubre , sobre creación del Registro Público de Demandantes de Viviendas de Protección Pública.....	469
Recomendación 96/2011, de 19 de octubre , para que se apruebe un procedimiento que regule las solicitudes de cambios o permutas de viviendas pertenecientes a su patrimonio	477
Recomendación 97/2011, de 19 de octubre , para que se informe adecuadamente sobre la Ayuda Estatal Directa a la Entrada (AEDE)	485
Recomendación 98/2011, de 4 de noviembre , en materia de designación de espacios escolares para la celebración en los mismos de actos de campaña electoral	497
Recomendación 99/2011, de 21 de noviembre , sobre asistencia jurídica gratuita	501

Recomendación 100/2011, de 29 de noviembre , para que se deje sin efecto la exigencia de la presentación del número de identificación de extranjero (NIE) en los expedientes de solicitud de inscripción en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunitat Valenciana, en los que algún miembro de la pareja ostente una nacionalidad extranjera.....	505
Recomendación 101/2011, de 30 de noviembre , sobre valoración de méritos y subsanación de defectos	511
Recomendación 102/2011, de 15 de diciembre , sobre la necesidad de corregir la insuficiencia de información en los anuncios de subastas de bienes inmuebles y otros, publicados en su página electrónica oficial	525
Recomendación 103/2011, de 15 de diciembre , sobre armonización de las fórmulas utilizadas por las distintas universidades para expresar y ponderar las calificaciones obtenidas por los alumnos	527
Recomendación 104/2011, de 15 de diciembre , sobre nombramiento de Traductor-intérprete Jurado por el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación a los titulados en Traducción e Interpretación por la Universidad de Valladolid	535
Recomendación 105/2011, de 15 de diciembre , sobre el inicio del trámite para la aprobación de una norma reglamentaria	541
Recomendación 106/2011, de 15 de diciembre , sobre la adopción de medidas en defensa de los derechos de los consumidores y usuarios	545
Recomendación 107/2011, de 15 de diciembre , sobre adopción de medidas de control respecto del pago de las prestaciones económicas ..	549
Recomendación 108/2011, de 15 de diciembre , sobre el refuerzo de las garantías en los procedimientos sancionadores de tráfico	551
Recomendación 109/2011, de 20 de diciembre , sobre adopción de modelos transitorios, en tanto se desarrolla la disposición adicional primera de la Ley 27/2006, de los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente	555

	<i>Página</i>
Recomendación 110/2011, de 20 de diciembre , sobre medidas de exclusión y sanción a quienes ocupan irregularmente viviendas con protección pública	557
Recomendación 111/2011, de 22 de diciembre , sobre la adopción de medidas de restablecimiento del orden urbanístico infringido.....	569
Recomendación 112/2011, de 26 de diciembre , para que se dicten, por la Dirección General de los Registros y del Notariado, instrucciones que permitan clarificar la inscripción de las adopciones realizadas por ciudadanos españoles en Etiopía, al objeto de homologar la actuación de los distintos Registros Civiles.....	573
Recomendación 113/2011, de 26 de diciembre , sobre fundamentación de las resoluciones dictadas por el Consulado General de España en Orán (Argelia), denegatorias de la inscripción de matrimonio	575
Recomendación 114/2011, de 27 de diciembre , sobre la entrada a territorio nacional de los extranjeros que se encuentran tramitando la renovación de sus autorizaciones de residencia y trabajo	577
Índice analítico	581

Recomendación 1/2011, de 12 de enero, para que se adecue la plantilla del Registro Civil de Manacor a la carga real de trabajo que soporta, dotándolo del número de funcionarios necesario y, si fuera preciso, de los medios materiales y tecnológicos que le permitan ofrecer una prestación del servicio eficaz y en tiempo razonable.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 488*)

Se ha recibido escrito de V. E. (s/ref...), referente a la queja 10004209, formulada ante esta Institución por doña (...).

De dicho informe se desprende que el Registro Civil de Manacor tiene una demora en la tramitación de expedientes de nacionalidad superior a dos años. No obstante, su informe se limita a señalar que el retraso en la tramitación del expediente de la interesada no es extraordinario, ya que es consecuencia del exceso de trabajo que pesa sobre este Registro Civil, por lo que se resolverá cuando por turno corresponda.

En los sucesivos informes anuales que esta Institución eleva a las Cortes Generales se ha hecho especial referencia a la inadecuación del servicio del Registro Civil y a la inasumible situación en que se encuentran muchos registros civiles, que, como consecuencia de una sobrecarga de trabajo que no se ha visto acompañada del necesario aumento de medios materiales y personales, se encuentran desbordados por un volumen de expedientes al que no pueden hacer frente en un tiempo razonable.

Esta Institución ha destacado que algunos de los informes recibidos evidencian que el Ministerio de Justicia ha aceptado como razo-

nables situaciones de retraso que resultan inasumibles para una Administración eficaz. El informe recibido es reflejo de esta aceptación del retraso en la tramitación de expedientes registrales como una característica casi endémica en la prestación del servicio de Registro Civil. Sólo así puede explicarse que en el informe se resalte que el transcurso de dos años desde que se presentó una solicitud de nacionalidad por residencia en un registro municipal sin que tan siquiera se haya iniciado el expediente, no constituye retraso extraordinario porque responde a la normal tramitación de asuntos en dicho registro. La falta de tramitación de este expediente sí constituye un retraso extraordinario y la circunstancia de que este extraordinario retraso sea exponente del normal funcionamiento del Registro Civil de Manacor no resta gravedad al asunto sino que pone de manifiesto la inaceptable situación en que se encuentra este registro y la necesidad inaplazable de que se adopten medidas para reducir el plazo de tramitación de los expedientes.

A este respecto, en el informe se señala que se nombró un funcionario interino de refuerzo hasta el 31 de octubre de 2010. No obstante, a la vista del contenido de su informe, este refuerzo resulta manifiestamente insuficiente para normalizar a medio plazo el servicio que debe prestar este Registro Civil.

El servicio público que presta el Registro Civil, ya sea con la expedición de documentos, tales como certificaciones de nacimiento, de defunción, de matrimonio, o con la resolución de expedientes de matrimonio, de nacionalidad o de nacimiento, es imprescindible para el reconocimiento de determinadas circunstancias personales que condicionan el ejercicio de derechos y libertades y el cumplimiento de deberes.

Por ello, de conformidad con lo dispuesto en el art. 9.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, se ha acordado iniciar la presente investigación así como, al amparo del artículo 30 de la citada ley orgánica, y en la medida en que la cuestión expuesta afecta a derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, se ha considerado oportuno formular a V. E. la siguiente recomendación:

«Que se adecue la plantilla del Registro Civil de Manacor a la carga real de trabajo que soporta, dotando a ese registro del número de funcionarios necesario y, si fuera preciso, de los medios materiales y tecnológicos que le permitan ofrecer una prestación del servicio eficaz y en tiempo razonable».

Si previamente a la adopción de estas medidas es necesario oír el criterio de la Comisión Permanente sobre la mejora del funcionamiento de los registros civiles, se recomienda que con carácter urgente y prioritario se someta esta cuestión a dicha Comisión.

Por último, solicitamos a V. E. que informe a esta Institución del momento en que se inicie la tramitación de la solicitud de nacionalidad presentada en dicho Registro Civil por doña (...).

Agradeciendo la colaboración que de forma habitual presta a esta Institución, y esperando la contestación oportuna respecto a la recomendación que se efectúa.

Madrid, 12 de enero de 2011.

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

Recomendación 2/2011, de 12 de enero, para que se advierta a los alumnos de la anulación de su matrícula universitaria por falta de pago.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, págs. 492-493*)

Presentada queja ante esta Institución y registrada con el número 10013379, 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 6 de julio del presente año, a los efectos que prevé el artículo 18 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora de nuestra Institución.

En esta queja se ponían de manifiesto los perjuicios causados a un estudiante de esa universidad por la improcedente anulación de su matrícula y, por tanto, su exclusión de las actas, como consecuencia de un error cometido en la tramitación del cobro correspondiente al segundo y tercer plazo del pago –que el interesado había domiciliado– sin que durante el curso se informara al alumno sobre el supuesto impago ni se le advirtiese de la consecuencia del mismo, viéndose éste obligado a realizar numerosas gestiones ante esa universidad para tratar de dar solución a esta anómala situación con la máxima celeridad, una vez que comprobó que había sido excluido de las actas.

Al parecer la referida matrícula fue posteriormente reactivada por esa universidad. Sin embargo esto no evitó ninguno de los perjuicios irreparables que esta situación ha constituido para el alumno afectado, quien hasta comienzos del mes de septiembre, en fechas ya próximas a la celebración de los exámenes extraordinarios y al período de

matriculación del nuevo curso, no consiguió localizar a todos los profesores para conocer las calificaciones de todas las materias, por citar solo alguno de los perjuicios ocasionados y que no estaba obligado a soportar.

El oficio de esa universidad, que ha tenido entrada en esta Institución el 13 de octubre de 2010, señala que tales inconvenientes fueron consecuencia de la implantación de los nuevos procedimientos de la modalidad de abono de matrícula «domiciliación bancaria», y, tras lamentar este tipo de situaciones perjudiciales para los alumnos, manifiesta la intención de esa universidad de ser flexible y ágil en su resolución.

Esta Institución valora positivamente la intención trasladada en el oficio de esa universidad. Sin embargo no debe olvidarse que el principio de eficacia en la actuación administrativa que establece el artículo 103 de la Constitución, y que impone el artículo 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cobra una significativa importancia en el entorno académico, debido al carácter perentorio y apremiante que por el propio calendario académico tienen algunas actuaciones del ámbito universitario.

La normativa interna de esa universidad respecto a la anulación de matrícula dispone que procederá de oficio la anulación por falta de pago total o parcial de su importe, llevando como consecuencia la exclusión del estudiante de las actas, e incluso la pérdida de la plaza universitaria cuando se trate del primer año de estudios universitarios.

Por consiguiente, entendemos que la intención de esa universidad manifestada en su oficio de dar la máxima flexibilidad y agilidad a la gestión de asuntos como el que ha originado esta queja, debería complementarse con la adopción de medidas para que, en lo sucesivo, se notifique a los alumnos la anulación de oficio de su matrícula por falta de pago, advirtiéndoles de la consecuencia producida por dicha situación de impago y del procedimiento y requisitos para poder solicitar en su caso la reactivación de la matrícula anulada.

De esta forma se evitarían no solo situaciones enormemente gravosas para los alumnos que se atrasan en atender algún plazo del importe de la matrícula de forma involuntaria y que según la referida normativa pueden optar por solicitar a tiempo su reactivación, asumiendo en su caso el correspondiente recargo, sino también supues-

tos lamentables como el analizado que probablemente no será el único tras la implantación en esa universidad de la nueva modalidad de abono de matrícula, en el que el impago se originó por un error cometido por la propia universidad y que habría podido solventarse a tiempo con la simple aclaración del alumno antes o inmediatamente después de que se produjera la anulación de su matrícula y su consiguiente exclusión de las actas, así como el resto de inconvenientes que se sucedieron a continuación.

En consecuencia, esta Institución conforme a lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, procede a formular a V. E. como máxima autoridad de la Universidad Complutense de Madrid, la siguiente recomendación:

«Que en los supuestos en los que proceda la anulación de oficio de la matrícula por falta de pago total o parcial de su importe se notifique sin demora al alumno la anulación, y se le informe del motivo que la ha producido y del procedimiento para solicitar en su caso su reactivación».

Agradeciéndole de antemano la acogida que dispense a esta recomendación y a la espera del informe que sobre su aceptación ha de sernos remitido, según prevé el ya citado artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981.

Madrid, 12 de enero de 2011.

Recomendación dirigida al Rector de la Universidad Complutense de Madrid.

Recomendación 3/2011, de 12 de enero, para que se dicten instrucciones detallando las actuaciones a seguir en aquellos supuestos en los que se acuerde el cese de la protección de menores como consecuencia de pruebas sobrevenidas, cuando estos tengan la condición de solicitantes de asilo, con el fin de evitar que los interesados queden desprotegidos al abandonar los centros de protección.

(BOCG. Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 499)

Se ha recibido en esta Institución escrito de V. E. (s/ref...), en relación con la queja formulada por la Comisión (...) en representación del solicitante de asilo camerunés (...).

Los informes evacuados por esa Consejería, por el Fiscal General del Estado y por la Subdirección General de Asilo, permiten determinar lo siguiente:

1. El interesado solicitó asilo en el Aeropuerto de Madrid-Barajas, el 24 de febrero de 2009 y el 25 de febrero la Fiscalía de Menores estableció previo informe forense de determinación de edad, que el interesado era menor, ordenándose su traslado al Centro de Primera Acogida de Menores de Madrid.

2. El día 3 de marzo de 2009 al interesado se le realizan pruebas complementarias de edad, ordenadas por la entidad de protección de menores, en la clínica Abadal. Las pruebas realizadas son: radiografía de mano izquierda (método de Greulich-Pyle/TW2-Rus, radiografía de cresta ilíaca (Test de Risser) y radiografía dental panorámica (Método de Demirjian). En el informe médico se consigna que «atendiendo a los

distintos métodos radiológicos practicados, con los consiguientes márgenes de error, la edad más probable se sitúa superior a los 18 años».

3. El 29 de abril de 2009, se dicta resolución por la Comisión de Tutela declarando el cese de la tutela del interesado por mayoría de edad y «el interesado abandona el centro de protección».

4. La resolución de cese de tutela se remite por fax a la Oficina de Asilo y Refugio en fecha 26 de mayo de 2009 y por correo. La remisión por correo postal tiene fecha de salida de la Comisión de Tutela el día 14 de mayo de 2009.

5. La resolución de cese de la tutela tiene entrada en la Fiscalía el día 22 de junio de 2009.

6. El decreto del fiscal que determina que la edad del interesado es superior a 18 años es de fecha 8 de julio de 2009 (Diligencias de investigación n.º 77/09), recibándose al día siguiente en la entidad de protección de menores.

Del examen de las actuaciones seguidas por la entidad de protección queda acreditado que la remisión de la resolución que acuerda el cese del desamparo del interesado se produce tiempo después de que éste hubiera abandonado el centro de protección. En consecuencia, la responsabilidad de que quedara en situación de desprotección es imputable a la entidad de protección que no llevó a cabo actuación alguna tendente a evitar dicha desprotección, pese a conocer que el interesado era solicitante de asilo.

Hemos de recordar a V. E. que la normativa en materia de asilo reconoce determinadas prestaciones a los demandantes. En concreto, el Real Decreto 203/1995, que desarrolla la anterior Ley de Asilo, vigente en el momento que tuvieron lugar los hechos, establece en su artículo 15 que los solicitantes de asilo, siempre que carezcan de medios económicos, podrán beneficiarse de los servicios sociales, educativos y sanitarios que presten las administraciones públicas competentes, para asegurar un nivel de vida adecuado que les permita subsistir. En todo caso, se garantiza la cobertura de las necesidades básicas de los solicitantes de asilo.

Sin perjuicio de lo que más adelante se dirá respecto a la decisión unilateral de la Comisión de Tutela de declarar el cese de la situación de desamparo, es evidente que la entidad de protección debía haber puesto en conocimiento inmediato de la Oficina de Asilo y Refugio

que se iba a acordar el cese de la situación de desamparo del interesado por mayoría de edad, para que dicha oficina adoptara las medidas necesarias y otorgara al interesado los derechos que le correspondían como solicitante de asilo mayor de edad.

En consecuencia, la actuación de la entidad de menores en el presente caso no respetó el principio general de coordinación establecido en el artículo 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ni lo establecido en el artículo 4 de la misma norma que, en su apartado 2 dispone: «las Administraciones Públicas, en sus relaciones, se rigen por el principio de cooperación y colaboración y en su actuación por los criterios de eficiencia y servicio a los ciudadanos».

La actuación seguida por esa entidad tampoco respetó el artículo 4 de la norma mencionada en tanto en cuanto no ponderó en el ejercicio de las competencias propias la totalidad de los intereses públicos implicados y, en concreto, aquellos cuya gestión está encomendada a las otras administraciones. El propio Real Decreto 203/1995, antes mencionado, alude a este precepto al disponer en su artículo 10: «Las Administraciones públicas competentes notificarán a la Oficina de Asilo y Refugio de cualquier procedimiento que afecte a solicitantes de asilo o, en su caso, refugiados, en los términos previstos en el artículo 4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común».

De otro lado, aun cuando la Circular 2/2006, de la Fiscalía General del Estado a la que se alude en uno de los escritos remitidos a esta Institución autorice la realización de pruebas complementarias para determinar la edad con una mayor precisión, como V. E. conoce, la determinación de la edad de los menores se realiza por el Fiscal, que dicta el correspondiente decreto para fijar la edad.

En el presente caso, es evidente que la decisión de declarar el cese de la situación de desamparo la adoptó directamente la Comisión de Tutela sin que el fiscal hubiera emitido el decreto correspondiente.

En este sentido, procede recordar que en las conclusiones del Encuentro de Fiscales Especialistas en Menores y Extranjería, celebrado en Madrid el día 20 de abril de 2010, se señala expresamente que la entidad pública de protección de menores no puede, unilateralmente, fijar una edad distinta a la previamente establecida en el decreto del fiscal, y que la entidad pública de protección una vez practicadas las

pruebas complementarias las pondrá en conocimiento del fiscal para que, en su caso, modifique el decreto de determinación de edad.

Por lo anteriormente expuesto, esta Institución debe recordar a V. E. el deber que le compete de respetar el ordenamiento jurídico vigente y de actuar con pleno sometimiento al mismo, que en el caso analizado en la presente queja implicaba concretamente:

1. Dar traslado al fiscal de las pruebas complementarias de edad que se habían realizado, a fin de que dicha autoridad emitiera el correspondiente decreto fijando la edad del interesado.

2. En el supuesto de que el fiscal decretara que el interesado era mayor de edad, dar traslado inmediato a la Oficina de Asilo y Refugio comunicando dichas actuaciones, al objeto de que a partir de ese momento dicha oficina adoptara las medidas pertinentes para otorgar al interesado los derechos que como solicitante de asilo mayor de edad le correspondían.

A la vista de las actuaciones seguidas por esa Consejería en el presente caso, y con el fin de que no se repitan las mismas en supuestos futuros, entendemos que deben dictarse instrucciones concretas que protejan a los solicitantes de asilo que hayan sido puestos a disposición de la entidad de protección de menores y que se ven obligados a abandonar los centros por mayoría de edad.

En consecuencia, hemos estimado procedente formular a V. E., al amparo de lo establecido en el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, la siguiente recomendación:

«Que por esa Consejería se dicten instrucciones detallando las actuaciones a seguir para aquellos supuestos en los que se acuerde el cese de la protección de menores como consecuencia de pruebas sobrevenidas de cualquier tipo, cuando éstos tengan la condición de solicitantes de asilo, con el fin de evitar que los interesados queden desprotegidos al abandonar los centros de protección».

En la seguridad de que esta recomendación será objeto de atención por parte de V. E. y en espera de la preceptiva respuesta.

Madrid, 12 de enero de 2011.

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

Recomendación 4/2011, de 12 de enero, sobre la adopción de medidas de restablecimiento del orden urbanístico infringido.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 512*)

Se ha recibido su escrito (s/ref...), relativo a la queja arriba indicada formulada por la Asociación para la Defensa de la Naturaleza y los Recursos de Extremadura (ADENEX).

A la vista de su contenido se desprende que la queja está fundada pues, como indican los interesados, no existe resolución expresa del recurso de reposición interpuesto, omisión que reconoce esa Administración de forma explícita en su última comunicación, y además no se ha ejecutado la orden de demolición acordada en pleno desde hace más de 6 años, lo cual no resulta aceptable.

Como esa Alcaldía conoce, el artículo 17.2 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, dispone que el Defensor del Pueblo, en cualquier caso, velará por que la Administración resuelva expresamente, en tiempo y forma, las peticiones y recursos que le hayan sido formulados, cumpliendo así lo establecido en el artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Del contenido del informe municipal remitido se infiere que nunca se procedió a resolver el citado recurso, sin aportar razones que justifiquen tal omisión. Esta Institución ha de manifestar, en primer lugar, que la obligación de la Administración de resolver, de dictar resolución expresa sobre cuantas solicitudes y recursos se formulen por los interesados, no depende del hecho de que se recurra o no ante la vía con-

tenciosa-administrativa la desestimación por silencio de un recurso. En efecto, el artículo 42.1 de la ya mencionada Ley 30/1992, modificada por Ley 4/1999, de 13 de enero, establece literalmente: «La Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación».

La jurisprudencia se ha venido pronunciando reiteradamente sobre la naturaleza y efectos del silencio administrativo negativo y sus consecuencias procedimentales. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1996 recordó una reiterada doctrina que venía a establecer que el silencio no es una opción para que la Administración pueda elegir entre resolver expresamente o no hacerlo, sino una garantía para los administrados frente a la pasividad de los órganos obligados a resolver, garantía de la que se puede hacer uso o alternativamente esperar la resolución expresa, sin que ello pueda comportar perjuicio alguno al interesado. Por otra parte, la jurisprudencia expresa que el silencio no es un acto administrativo sino una ficción jurídica que deviene innecesaria cuando se produce, aunque sea con retraso, la resolución expresa reabriéndose con ella el plazo para el recurso jurisdiccional, que no cerró la existencia del precedente silencio de la Administración.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión, y ha indicado que ante la falta de resolución expresa de la Administración, en el caso de silencio negativo, los interesados pueden optar por tener por denegada su pretensión y ejercitar los recursos pertinentes en los plazos legalmente establecidos, contados desde que se presume producida la denegación, o bien esperar a que la Administración se pronuncie, ya lo haga cumpliendo sus obligaciones y resolviendo expresamente, aunque lo sea con retraso, o simplemente vuelva a confirmar tácitamente aquella primera denegación presunta, intentando ejecutar, incluso de manera simplemente fáctica, al acuerdo ficticiamente adoptado, abriéndose de nuevo, en ambos casos, todos los plazos para su impugnación.

Añade la sentencia del Tribunal Supremo antes citada que «queda pues claro que cualquier norma reglamentaria que obligara a tener por desestimadas las peticiones de los administrados una vez transcurridos los plazos de resolución, sin darles oportunidad de optar por esperar a la resolución expresa sería contraria al ordenamiento jurídico y violaría el principio constitucional que proscribía la indefensión».

A la vista de lo anterior, y en lo que se refiere en este caso al recurso formulado por la interesada, esta Institución considera, por tanto,

que debe dictarse resolución expresa sobre el mismo, aun cuando tal resolución sea desestimatoria, si bien debe recordarse que en casos como el presente, la resolución expresa posterior al vencimiento del plazo se adoptará por la Administración sin vinculación alguna al sentido del silencio, conforme a lo establecido en el artículo 43.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En consecuencia, esta Defensoría, en virtud de lo dispuesto en el artículo 30 de la mencionada Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos, se ve en la obligación de formular a ese Ayuntamiento un recordatorio del deber legal que le incumbe de resolver de forma expresa cuantas reclamaciones y recursos sean presentados por los interesados, cumpliendo así lo establecido en el artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero. No basta, aunque sea muy importante, con dar respuesta verbal a las cuestiones que se le planteen, sino que ha de darse a los ciudadanos una respuesta expresa, por escrito, fundada, en tiempo y forma adecuada al procedimiento que corresponda y en congruencia con las pretensiones expresadas, todo ello con prontitud y sin demora injustificada. No obstante, confía esta Institución en el carácter excepcional de la irregularidad cometida en este supuesto.

Y además, teniendo en cuenta que aún no se ha producido resolución expresa del recurso de reposición formulado por esa Asociación, al amparo de la facultad conferida 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 sugerencia:

«Que por parte de ese Ayuntamiento, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 42, 43.4 y 115.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, se proceda a resolver expresamente el recurso de reposición interpuesto, teniendo en consideración que la resolución expresa posterior al vencimiento del plazo deberá adoptarse por ese Ayuntamiento sin vinculación alguna al sentido del silencio. En el supuesto de que la resolución sea desestimatoria, la misma deberá ser comprensiva de todos y cada uno de los aspectos alegados por el recurrente, y deberá estar suficientemente motivada, de conformidad con lo establecido en el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedi-

miento Administrativo Común. Finalmente, dicha resolución deberá notificarse con ofrecimiento de los recursos que procedan contra la resolución municipal, tal y como dispone la ya citada Ley 30/1992».

Además, como quiera que su informe refleja que en la actualidad el tejadillo no ha sido retirado, y que por tanto no se ha ejecutado la orden de demolición acordada en el año 2004, entendemos que quiere dar traslado a esta Defensoría de que la infracción ya ha prescrito, por lo que parece oportuno señalar al Ayuntamiento de Cáceres que esta Institución confía en el carácter excepcional de la prescripción acaecida en este caso, y se le recuerda que si la legislación urbanística establece un plazo para que se restablezca el orden urbanístico vulnerado y finalmente dentro del mismo no se llevan a cabo las actuaciones tendentes a dicho fin, sin que, por otra parte, exista un motivo que justifique la imposibilidad de cumplir tal mandato legal en el período habilitado para ello, debe imputarse la falta de eficacia en la actuación administrativa a los servicios concretos que están encargados de tal función dentro de la organización administrativa.

Así pues, esperando que se tenga en cuenta en actuaciones futuras, se ha considerado procedente, de conformidad con lo establecido en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, proponer al Ayuntamiento de Cáceres actuar conforme a la siguiente recomendación:

«Que se adopten las medidas necesarias para impedir que las infracciones urbanísticas detectadas se consoliden por el mero transcurso del tiempo y cumpla el mandato legal que asigna a las administraciones municipales la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura, en los artículos 189 y 197, de inspeccionar, preservar y restablecer el orden urbanístico infringido, actuando con la debida diligencia y evitando que los infractores se beneficien de la demora en el actuar administrativo perjudicando con ello a otros ciudadanos y el interés general».

Agradeciendo la remisión a esta Institución del preceptivo informe, en el que se ponga de manifiesto la aceptación de estas resoluciones 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.

Madrid, 12 de enero de 2011.

Recomendación dirigida a la Alcaldesa del Ayuntamiento de Cáceres.

Recomendación 5/2011, de 21 de enero, sobre el aseguramiento de la integridad de las víctimas de violencia contra la mujer, y sobre la adopción de medidas para la formación de funcionarios especializados en el tratamiento de violencia de género y doméstica, pertenecientes a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 488*)

Agradecemos su atento escrito, en el que da contestación a nuestra solicitud de un nuevo informe en relación con la queja planteada por doña (...), registrada con el número arriba indicado.

A dicho escrito se acompaña un informe del Capitán Jefe de la 5.^a Compañía de Torrijos de la Guardia Civil, en el que se reitera que la actuación de los agentes fue correcta y ajustada a lo establecido en el protocolo para la valoración policial de nivel de riesgo sobre la mujer y se señala que, desgraciadamente, los hechos sucedieron con una celeridad imprevista teniendo en cuenta que la valoración del riesgo era de «no apreciado».

Asimismo, se manifiesta que en el Cuartel de Fuensalida no existe unidad especializada en el tratamiento de la violencia de género y doméstica, limitándose a ejercer funciones de policía judicial genérica, y aplicar el protocolo de actuación establecido.

En relación con el contenido de dicho informe, así como del informe de ese centro directivo de 16 de agosto de 2010, hay que considerar, en primer lugar, que la rapidez con la que se desarrollaron los hechos, que finalizaron con el fallecimiento de doña (...), condicionó

significativamente la eficacia de las acciones de averiguación necesarias para determinar con mayor precisión la intensidad de la situación de riesgo que se daba en este caso.

No obstante, aun considerando la dificultad que entrañan las evaluaciones de la intensidad del riesgo, esta Institución considera que, teniendo en cuenta las circunstancias que se dan en este caso concreto, en el que a las pocas horas de no apreciarse ningún nivel de riesgo la denunciante fallece apuñalada por el denunciado, sería conveniente adoptar las medidas oportunas para asegurar un cumplimiento riguroso del protocolo de actuación existente, proponiendo, en su caso, las modificaciones que se consideren necesarias del mismo para garantizar en la mayor medida posible la seguridad de las víctimas.

Como usted sabe, en dicho protocolo se señala que, con la finalidad de prestar una atención preferente a la asistencia y protección de las mujeres que han sido objeto de comportamientos violentos en el ámbito familiar y atenuar, en la medida de lo posible, los efectos de dicho maltrato, se potenciará la presencia en todas las unidades de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de funcionarios especializados en el tratamiento de la violencia de género y doméstica, así como su formación específica en instrumentos e indicadores de valoración del riesgo.

Por lo que se refiere a las acciones de averiguación para determinar la existencia y la intensidad de la situación de riesgo para la víctima, el mencionado protocolo señala que se deben establecer mecanismos que permitan una comunicación fluida y permanente entre las víctimas y el Cuerpo o Fuerza de Seguridad correspondiente, con objeto de disponer inmediatamente de los datos necesarios para valorar la situación de riesgo en cada momento, y, a tal efecto, siempre que sea posible, se asignará dicha función a personal con formación especializada en la asistencia y protección de las víctimas de violencia doméstica y se facilitará a la víctima un teléfono de contacto directo y permanente con el funcionario asignado para su atención individualizada.

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 valore la oportunidad de adoptar o proponer las medidas que considere necesarias para asegurar en la mayor medida posible la integridad de las víctimas de violencia doméstica, especialmente

por lo que se refiere a la presencia en todas las unidades de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de funcionarios especializados en el tratamiento de la violencia de género y doméstica, así como su formación específica en instrumentos e indicadores de valoración del riesgo».

En la seguridad de que esta recomendación será objeto de atención por parte de V. E. y agradeciéndole la preceptiva respuesta.

Madrid, 21 de enero de 2011.

Recomendación dirigida al Director General de la Policía y de la Guardia Civil. Ministerio del Interior.

Recomendación 6/2011, de 21 de enero, sobre publicidad en las convocatorias de empleo público de los ayuntamientos.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 493*)

Se agradece su informe (s/ref...), en relación con la queja que tiene planteada ante esta Institución un ciudadano aspirante a policía local interino en diversas corporaciones locales de esa comunidad autónoma, registrada con el número arriba indicado.

Analizado el contenido del citado informe, estimamos necesario realizar una serie de consideraciones al respecto.

En primer lugar, es preciso aclarar que el carácter del informe solicitado no se refería a la publicidad de las convocatorias para cubrir plazas como funcionarios de carrera en el cuerpo de policía local de los ayuntamientos que integran esa comunidad autónoma, a la que alude el Decreto 88/2001, de 24 de abril, del Gobierno Valenciano, por la que se aprueban las bases y criterios uniformes para la selección, promoción y movilidad de las policías locales de la Comunidad Valenciana, sino a la publicidad de las bolsas de trabajo de carácter temporal para cubrir plazas de policía local interino en las diversas corporaciones locales, pues, parece ser que el único soporte físico utilizado para la exhibición pública de dichas convocatorias está constituido por los tabloneros de anuncios que se sitúan en los respectivos ayuntamientos.

Por consiguiente, se admitió a trámite la presente queja no porque considerásemos que se estuvieran vulnerando los principios para el acceso a la función pública de aquellos que aspiran a ser funcionarios de carrera de la policía local de un determinado ayuntamiento, sino

que estaba encaminada a comprobar si, como alegaba el interesado en su comparecencia, el principio de publicidad de las mencionadas bolsas de trabajo temporales tenía el alcance preciso para que llegara a conocimiento de todos los posibles ciudadanos interesados en las mismas.

Por otra parte, en el informe que esa Consejería de Gobernación ha remitido se asegura algo que esta Institución no ha cuestionado en sus actuaciones, y que es la viabilidad de la constitución de una bolsa de trabajo para la cobertura de forma interina de plazas de policía local resultantes del proceso selectivo correspondiente, si bien es cierto, como esa Administración autonómica conoce y esta Institución desea resaltar, que no todas las bolsas de trabajo de empleo temporal en los diversos entes locales están vinculadas a la participación en procesos selectivos para aspirar a ser funcionario de carrera pues, en muchas ocasiones, esas contrataciones temporales se producen para el período de la época estival en la que aumenta considerablemente la población en esos municipios.

Las convocatorias para la selección de funcionarios interinos además de garantizar los principios de igualdad, mérito y capacidad que se consagran en el artículo 23.2 de la Constitución, deben estar inspiradas, en todo caso, en el principio de publicidad que exige también en el artículo 10 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, así como en el principio de seguridad jurídica que emana del artículo 9.3 de la Constitución.

La selección de un funcionario interino de la policía local, tal y como señala el artículo 39 de la Ley 6/1999, de 19 de abril, de Policías Locales y de Coordinación de las Policías Locales de la Comunidad Valenciana, debe realizarse entre las personas que cumplan la totalidad de los requisitos para acceder al puesto de trabajo de que se trate, y que acrediten la capacidad y conocimiento necesarios para prestar un adecuado servicio de seguridad pública mediante la superación de unas pruebas que se determinen reglamentariamente. Ahora bien, dicha selección debe contar con la publicidad necesaria para que pueda ser conocida por la mayoría de ciudadanos interesados, estimando esta Institución que, en estos casos, dada la diversidad de entes locales que integran la comunidad autónoma, no basta con la publicación de la convocatoria en los tablones de anuncios de los ayuntamientos correspondientes.

Hemos de reconocer, tal y como se indica en el apartado segundo del informe remitido, que la primera característica del procedimiento

aplicable para la selección de policías locales interinos, desde la normativa existente, es la ausencia de una regulación pormenorizada de dicho procedimiento, remitiéndose a la regulación contenida en el Estatuto Básico del Empleado Público, antes citado, el cual establece que la selección de funcionarios interinos habrá de realizarse mediante procedimientos ágiles que respetarán en todo caso los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

En este sentido, para conseguir la igualdad ha de existir publicidad de lo que se pretende hacer y así, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 85/1983, de 25 de octubre, señala: «La publicación es algo esencial a la convocatoria y que ha de ser lo suficientemente eficaz para que se cumplan los principios y fines del procedimiento de selección de los que van a integrarse en los cuadros de la Administración y, en definitiva, desde la perspectiva de los aspirantes al empleo público, el servir al acceso en condiciones de igualdad a la función pública, derecho éste incluido en el catálogo de los derechos fundamentales (artículo 23.2 de la Constitución española) y, desde el lado de la Administración, el satisfacer el interés público facilitando la mayor concurrencia de aspirantes».

Añade la misma sentencia que «En cuanto a la publicación, es cierto que constituye requisito esencial de la convocatoria y que debe servir al objetivo de provocar la concurrencia y facilitar la divulgación. La publicidad es un elemento indispensable de exteriorización de la convocatoria».

Asimismo, es de destacar la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1986, la cual señala: «La publicidad tiene por objeto llegar a la generalidad de los posibles interesados el conocimiento de la existencia y características de la convocatoria para que aquellos puedan decidir lo oportuno respecto de su concurrencia y teniendo en cuenta que dichos interesados pueden no residir en la localidad donde radica el organismo en cuyo tablón de anuncios se exponen las bases —para su conocimiento podrían verse obligados a hacer un viaje—, habrá que concluir que la finalidad del precepto se logra mejor insertando las propias bases en el texto a publicar en el diario oficial; conclusión, la expuesta, que se corrobora atendiendo a la realidad social del intenso paro hoy existente, que amplía el número de los posibles interesados y se confirma, aún más intensamente, si se piensa que la publicidad a través del diario oficial es un factor de igualdad (artículo 9.2 Constitución española), toda vez que su difusión, con inclusión de las bases, hace innecesario el viaje o las gestiones

especiales de los no residentes en la localidad en que se halla el tablón de anuncios, contribuyendo, por tanto, a eliminar diferencias por razón de la residencia».

Sobre la base de las argumentaciones expuestas, 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 con base en las competencias en materia de coordinación de policías locales de esa comunidad autónoma, se adopten las medidas necesarias para que las convocatorias para el acceso a policías locales con carácter interino de los municipios que la integran, además de ser publicadas en el tablón de anuncios del ayuntamiento convocante, sean remitidas al diario oficial de la provincia correspondiente, para salvaguardar su conocimiento por parte de las personas que pudieran tener interés en el acceso a un empleo público y que no residen en dicho municipio».

Agradeciendo la remisión a esta Institución del preceptivo informe, en el que se ponga de manifiesto la aceptación de la recomendación formulada o, en su caso, las razones que se estimen para no aceptarla.

Madrid, 21 de enero de 2011.

Recomendación dirigida al Consejero de Gobernación de la Comunitat Valenciana.

Recomendación 7/2011, de 26 de enero, sobre dotación urgente a la Oficina de Extranjeros de Barcelona de personal suficiente.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, págs. 490-491*)

Tras la recepción de un importante número de quejas relativas a las demoras en la tramitación de expedientes y otras deficiencias organizativas de la Oficina Única de Extranjeros de Barcelona, se inició una investigación, en el curso de la cual se ha girado visita a las dependencias de la citada Oficina en Barcelona.

Nos dirigimos a V. I. a fin de darle cuenta de las conclusiones obtenidas respecto de la situación en dicha oficina que, a continuación, se transcriben:

1. El personal con el que cuenta la Oficina de Extranjeros de Barcelona resulta claramente insuficiente para el número de expedientes que se tramitan. La situación se agravará aún más en los próximos meses al estar previsto el cese de 11 funcionarios por concurso de traslados así como la finalización de la contratación de 10 funcionarios interinos de refuerzo.

2. Los encomiables esfuerzos que realiza todo el personal y muy especialmente el director de la oficina para paliar esa seria carencia no han podido evitar que se hayan tenido que abandonar por falta de personal servicios tan importantes como la atención telefónica o la respuesta a consultas realizadas a través del correo electrónico.

3. El número de funcionarios transferidos, quince personas, desde esa oficina a la Generalitat de Cataluña para la gestión de procedimientos compartidos (21.697 expedientes en el año 2010) resulta desproporcionado si se compara con el número de funcionarios que han permanecido en la citada oficina, 160 personas, y el número de expedientes tramitados en el año 2010 (263.378 expedientes resueltos y 55.331 pendientes de resolución a 31 de diciembre de 2010).

4. A pesar del esfuerzo realizado para ir reduciendo paulatinamente el número de solicitudes pendientes, los retrasos constatados particularmente en las renovaciones de las autorizaciones de residencia y en la resolución de los recursos administrativos son motivo de preocupación. Las medidas de choque adoptadas para normalizar la situación y acabar con la bolsa de expedientes antiguos en trámite no han producido el impacto deseado, ya que no han ido acompañadas de refuerzos efectivos de personal.

5. La oficina padece también la carencia del personal necesario para resolver o informar con la deseable celeridad los recursos administrativos. Habida cuenta de las magnitudes generales que presenta esta dependencia, dicha tarea debería contemplarse como una necesidad permanente. Deben adoptarse medidas para procurar que el personal que se destine a estas tareas tenga en lo posible formación específica previa acorde con las tareas a desempeñar.

6. Las instalaciones del paseo de San Juan no resultan adecuadas para la atención al público, dada la gran afluencia de personas y la configuración arquitectónica de la planta baja que obliga a realizar un primer filtro en un pasillo estrecho y carente de suficiente ventilación. Estas condiciones resultan especialmente gravosas para los funcionarios que han de permanecer varias horas en ese primer servicio de información al público.

7. Resulta preciso mejorar los sistemas de información a los usuarios, valorando la posibilidad de crear una página web de la Oficina de Extranjeros de Barcelona con informaciones de interés tanto para los usuarios como para los profesionales. Esta Institución ya ha tenido ocasión de señalar como ejemplo de buena práctica el sistema de información existente en la Oficina de Extranjeros de Illes Balears, por lo que podría valorarse la posibilidad de establecer en Barcelona una similar.

8. Es necesario articular un sistema de solicitud de cita previa accesible a usuarios que no posean acceso a internet.

9. Es conveniente que se instale un buzón de quejas y sugerencias en las dos dependencias de atención al público con las que cuenta la oficina, a fin de permitir la detección de las carencias percibidas por los usuarios.

10. Es necesario habilitar de nuevo los servicios de atención telefónica y de respuesta de consultas a través de correo electrónico, destinando a estos el personal necesario, que no debe detraerse de los otros servicios de la oficina.

11. Resulta preciso que se mejore el sistema de control y custodia sobre los impresos de autorización de regreso, evitando que éstos permanezcan en las mesas de atención al público en las dependencias de la calle Murcia.

12. Resulta urgente que se dote a las dependencias del paseo de San Juan de un sistema de almacenamiento adecuado para todos los expedientes, a fin de evitar que éstos continúen apilados en el suelo del pasillo de la primera planta, sin cumplir las normas mínimas de seguridad para el almacenamiento de datos.

Con esta misma fecha, se da traslado de las anteriores conclusiones a la Subdelegación del Gobierno en Barcelona.

En lo que se refiere a la competencia de ese organismo y con la participación del Ministerio de Política Territorial y Administración Pública, en el ejercicio de sus competencias, el Defensor del Pueblo, 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:

«1. Que se dote, con carácter de urgencia, a la Oficina de Extranjeros de Barcelona de un número de funcionarios interinos suficiente a fin de atajar la situación en la que se encuentra la citada dependencia, que ha finalizado el año 2010 con 55.331 expedientes en trámite.

2. Que por parte de los servicios competentes se realice una inspección a fin de determinar si la relación de puestos de trabajo de la Oficina de Extranjeros de Barcelona es adecuada al número de expedientes que se tramitan y que, tras el análisis realizado por esta Institución, no parece que responda a una situación puntual.

3. Que tanto en la eventual contratación de funcionarios interinos como en la valoración que se realice de la adecuación de la relación de

puestos de trabajo en la Oficina de Extranjeros de Barcelona se tenga en cuenta la necesidad de adecuar el perfil del puesto de trabajo a las carencias fundamentales de la oficina que se centran en la falta de personal cualificado para la resolución de recursos administrativos».

En la seguridad de que esta recomendación será objeto de atención por parte de V. I. y en espera de la preceptiva respuesta.

Madrid, 26 de enero de 2011.

Recomendación dirigida al Subsecretario de Política Territorial y Administración Pública.

Recomendación 8/2011, de 26 de enero, sobre dotación urgente a la Oficina de Extranjeros de Barcelona de personal suficiente.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, págs. 490-491*)

Tras la recepción de un importante número de quejas relativas a las demoras en la tramitación de expedientes y otras deficiencias organizativas de la Oficina Única de Extranjeros de Barcelona, se inició una investigación, en el curso de la cual se ha girado visita a las dependencias de la citada Oficina en Barcelona.

Nos dirigimos a V. E. a fin de darle cuenta de las conclusiones obtenidas respecto de la situación en dicha oficina, que a continuación se transcriben:

1. El personal con el que cuenta la Oficina de Extranjeros de Barcelona resulta claramente insuficiente para el número de expedientes que se tramitan. La situación se agravará aún más en los próximos meses al estar previsto el cese de 11 funcionarios por concurso de traslados así como la finalización de la contratación de 10 funcionarios interinos de refuerzo.

2. Los encomiables esfuerzos que realiza todo el personal y muy especialmente el director de la oficina para paliar esa seria carencia, no han podido evitar que se hayan tenido que abandonar por falta de personal servicios tan importantes como la atención telefónica o la respuesta a consultas realizadas a través del correo electrónico.

3. El número de funcionarios transferidos, 15 personas, desde esa oficina a la Generalitat de Cataluña para la gestión de procedimientos compartidos (21.697 expedientes en el año 2010), resulta desproporcionado si se compara con el número de funcionarios que han permanecido en la citada oficina, 160 personas, y el número de expedientes tramitados en el año 2010 (263.378 expedientes resueltos y 55.331 pendientes de resolución a 31 de diciembre de 2010).

4. A pesar del esfuerzo realizado para ir reduciendo paulatinamente el número de solicitudes pendientes, los retrasos constatados particularmente en las renovaciones de las autorizaciones de residencia y en la resolución de los recursos administrativos son motivo de preocupación. Las medidas de choque adoptadas para normalizar la situación y acabar con la bolsa de expedientes antiguos en trámite no han producido el impacto deseado, ya que no han ido acompañadas de refuerzos efectivos de personal.

5. La oficina padece también la carencia del personal necesario para resolver o informar con la deseable celeridad los recursos administrativos. Habida cuenta de las magnitudes generales que presenta esta dependencia, dicha tarea debería contemplarse como una necesidad permanente. Deben adoptarse medidas para procurar que el personal que se destine a estas tareas tenga en lo posible formación específica previa acorde con las tareas a desempeñar.

6. Las instalaciones del paseo de San Juan no resultan adecuadas para la atención al público, dada la gran afluencia de personas y la configuración arquitectónica de la planta baja que obliga a realizar un primer filtro en un pasillo estrecho y carente de suficiente ventilación. Estas condiciones resultan especialmente gravosas para los funcionarios que han de permanecer varias horas en ese primer servicio de información al público.

7. Resulta preciso mejorar los sistemas de información a los usuarios, valorando la posibilidad de crear una página web de la Oficina de Extranjeros de Barcelona con informaciones de interés tanto para los usuarios como para los profesionales. Esta Institución ya ha tenido ocasión de señalar como ejemplo de buena práctica el sistema de información existente en la Oficina de Extranjeros de Illes Balears, por lo que podría valorarse la posibilidad de establecer en Barcelona una similar.

8. Es necesario articular un sistema de solicitud de cita previa accesible a usuarios que no posean acceso a internet.

9. Es conveniente que se instale un buzón de quejas y sugerencias en las dos dependencias de atención al público con las que cuenta la oficina, a fin de permitir la detección de las carencias percibidas por los usuarios.

10. Es necesario habilitar de nuevo los servicios de atención telefónica y de respuesta de consultas a través de correo electrónico, destinando a estos el personal necesario, que no debe detraerse de los otros servicios de la oficina.

11. Resulta preciso que se mejore el sistema de control y custodia sobre los impresos de autorización de regreso, evitando que éstos permanezcan en las mesas de atención al público en las dependencias de la calle Murcia.

12. Resulta urgente que se dote a las dependencias del paseo de San Juan de un sistema de almacenamiento adecuado para todos los expedientes, a fin de evitar que éstos continúen apilados en el suelo del pasillo de la primera planta, sin cumplir las normas mínimas de seguridad para el almacenamiento de datos.

Asimismo, con esta misma fecha, se da traslado de las anteriores conclusiones a la Subdelegación del Gobierno en Barcelona.

En lo que se refiere a la competencia de ese organismo y con la participación, en el ejercicio de sus competencias de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, el Defensor del Pueblo, 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

«1. Que se dote, con carácter de urgencia, a la Oficina de Extranjeros de Barcelona de un número de funcionarios interinos suficiente a fin de atajar la situación en la que se encuentra la citada dependencia, que ha finalizado el año 2010 con 55.331 expedientes en trámite.

2. Que por parte de los servicios competentes se realice una inspección a fin de determinar si la relación de puestos de trabajo de la Oficina de Extranjeros de Barcelona es adecuada al número de expedientes que se tramitan y que, tras el análisis realizado por esta Institución, no parece que responda a una situación puntual.

3. Que tanto en la eventual contratación de funcionarios interinos como en la valoración que se realice de la adecuación de la relación de

puestos de trabajo en la Oficina de Extranjeros de Barcelona se tenga en cuenta la necesidad de adecuar el perfil del puesto de trabajo a las carencias fundamentales de la oficina que se centran en la falta de personal cualificado para la resolución de recursos administrativos».

En la seguridad de que esta recomendación será objeto de atención por parte de V. E. y en espera de la preceptiva respuesta.

Madrid, 26 de enero de 2011.

Recomendación dirigida a la Secretaria de Estado de Inmigración y Emigración. Ministerio de Trabajo e Inmigración.

Recomendación 9/2011, de 2 de febrero, sobre adopción de las iniciativas precisas para asegurar el cumplimiento efectivo de la normativa vigente en materia de banderas y enseñas por parte de los Ayuntamientos.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 490*)

Es de referencia su escrito de fecha 27 de septiembre de 2010 (Registro...), en el que informa sobre la queja planteada por don (...), registrada con el número arriba indicado.

Del contenido de su referido informe se desprende que, a juicio de esa Subdelegación, la ausencia de banderas en los mástiles destinados a tal fin en las casas consistoriales a que se refiere la queja, se considera bastante para eliminar la obligatoria presencia de la bandera española.

A juicio de esta Institución, dicha interpretación no es compatible con el criterio jurisprudencial reiterado y constante respecto del artículo 3.1 de la Ley 39/1981, según el cual «la bandera de España deberá ondear en el exterior y ocupará el lugar preferente en el interior de todos los edificios y establecimientos de la Administración central, institucional, autonómica, provincial o insular y municipal del Estado». En este sentido, baste hacer notar que en el fundamento jurídico segundo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2010, recogiendo y confirmando doctrina anterior se afirma literalmente que:

«La expresión “deberá ondear” que utiliza el legislador, formulada en imperativo categórico viene a poner de relieve la exigencia legal de

que la bandera de España ondee todos los días y en los lugares que expresa, como símbolo de que los edificios o establecimientos de las Administraciones Públicas del Estado son lugares en donde se ejerce directa, o delegadamente, la soberanía y en ellos se desarrolla la función pública en toda su amplitud e integridad, sea del orden que fuere, de acuerdo con los valores, principios, derechos y deberes constitucionales que la propia bandera representa, junto con la unidad, independencia y soberanía e integridad del Estado español. Por ello, la utilización de la bandera de España en dichos edificios o establecimientos debe serlo diariamente como manifestación, frente a los ciudadanos, del contenido que simboliza y representa, y sin que la expresión usada por el legislador quede desdicha por la locución «cuando se utilice» que se recoge en el artículo 6.º de la misma ley, pues este artículo al igual que el n.º 7 está regulando la utilización esporádica, accidental, eventual, no cotidiana, con ocasión de tener lugar los «actos oficiales» a que hace referencia el artículo 4 de la Constitución y también, sin este carácter de oficialidad, cuando con motivo u ocasión de actos públicos o ceremonias se quiera hacer patente el ámbito nacional de los mismos o su proyección, enarbolando para ello la bandera».

En la misma sentencia y fundamento jurídico se completa la interpretación de los preceptos contenidos en la Ley 39/1981, afirmando:

«La ley distingue y regula dos diferentes situaciones en las cuales debe ondear la bandera de España. La primera en el exterior de los edificios y establecimientos de las Administraciones del Estado, en los que la bandera debe ondear diariamente con carácter de permanencia, no de coyuntura, no de excepcionalidad sino de generalidad y en todo momento. Por ello, el legislador a lo largo del artículo 3 utiliza siempre las expresiones gramaticales en sentido imperativo «será la única que ondee» (párrafos 2 y 3), «se colocará» (punto 4), «se enarbolará» (punto 5) para expresar una idea o un contenido normativo de naturaleza permanente y no esporádica, frente a la regulación que efectúa en los artículos 6.º y 7.º que es coyuntural, accidental o eventual. Por ello regula el lugar que debe ocupar cuando concorra con otras, especificando le corresponde el lugar destacado, visible y de honor, y preeminente respecto de las otras, así como que el lugar preeminente y de máximo honor será la posición central cuando el número de banderas sea impar y siendo par, de las dos posiciones que ocupan las del centro la del lado izquierdo del observador».

Con arreglo a cuanto se ha expuesto, esta Institución en el ejercicio de la responsabilidad que le confiere el artículo 54 de la Constitu-

ción, y al amparo del artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, viene a formular a V. I. la siguiente recomendación:

«Que, atendiendo a las reclamaciones planteadas por el promotor de la queja, se adopten las iniciativas precisas en el ámbito administrativo y jurisdiccional para asegurar el cumplimiento efectivo de la normativa vigente en materia de banderas y enseñas por parte de los Ayuntamientos implicados en la queja».

Agradeciendo de antemano a V. I. la remisión a esta Institución del preceptivo informe, en el plazo no superior a un mes, a que hace referencia el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, en el que se ponga de manifiesto la aceptación de la recomendación formulada o, en su caso, las razones que estime para su no aceptación.

Madrid, 2 de febrero de 2011.

Recomendación dirigida al Subdelegado del Gobierno en Girona.

Recomendación 10/2011, de 2 de febrero, para la reforma del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 498*)

Se recibió en esta Institución escrito de don (...) en su condición de notario de la localidad de (...), que quedó registrado con el número arriba indicado.

Sustancialmente exponía que mediante un comunicado verbal realizado por el Departamento de Extranjería de la Comisaría de Eivissa a la gestoría (...), había tenido conocimiento del nuevo criterio adoptado respecto de la presentación de solicitudes del número de identidad de extranjero (NIE) en el sentido de que, según parece, no se aceptarían poderes notariales otorgados a los interesados en España para formular este tipo de peticiones.

El compareciente argumentaba que dicha actuación carecía de amparo legal y suponía un menoscabo para la función notarial, así como un trato discriminatorio, ya que sí se permitía la presentación de poderes notariales en los supuestos en los que su expedición se realizara por un fedatario público extranjero.

En este sentido, indicaba que el artículo 101 del Reglamento de extranjería no imponía a los interesados la obligación de presentación personal de solicitud de NIE, toda vez que se trata de un documento de identificación del extranjero ante la Administración española, y muy en particular ante la Administración tributaria, pero no

tiene carácter de documento que acredite la identidad del extranjero ni su situación de estancia en España, como sucede con la tarjeta de identidad de extranjero.

Por consiguiente, consideraba que la Administración española debía permitir que la solicitud, tramitación y entrega del NIE pudiera ser delegada en un tercero mediante un poder de representación, admitiendo a tal fin la correspondiente escritura pública, bien sea autorizada por un notario español o por una autoridad extranjera, debidamente legalizada y traducida de acuerdo con la ley española.

A la vista de todo lo anterior, esta Institución inició una investigación ante la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil al objeto de conocer los argumentos del citado organismo. En fechas recientes, se ha recibido contestación de ese centro directivo, cuya copia le adjuntamos.

Esta Institución, una vez valorada la respuesta recibida, ha considerado necesario dirigirse a V. E. en su condición de órgano competente para el desarrollo de las políticas del Gobierno en materia de extranjería e inmigración, a fin de poner de manifiesto nuestra discrepancia con el criterio expuesto por la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, en el escrito cuya copia se acompaña, por entender que no existe cobertura legal para exigir la comparecencia personal de los ciudadanos que se encuentren en el país y pretenden obtener un número de identificación de extranjeros. Así, a juicio del Defensor del Pueblo, la imposibilidad de que en estos casos puedan los interesados recurrir a fórmulas de representación para plantear tales peticiones ante la Administración competente, supone una interpretación excesivamente restrictiva de la Ley de extranjería y su Reglamento de desarrollo, carente de justificación.

En este sentido, resulta preciso recordar que la normativa reguladora del régimen de presentación de solicitudes en materia de extranjería e inmigración, aparece recogida en la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su redacción dada por la Ley Orgánica 14/2003, en la que literalmente se dispone:

Cuando el sujeto legitimado se encuentre en territorio español habrá de presentar personalmente las solicitudes relativas a las autorizaciones de residencia y de trabajo en los registros de los órganos

competentes para su tramitación. Igualmente, en los procedimientos en los que el sujeto legitimado fuese un empleador, las solicitudes podrán ser presentadas por éste, o por quien válidamente ostente la representación legal empresarial.

Por su parte, el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de extranjería, establece en su disposición adicional tercera que cuando el sujeto legitimado se encuentre en territorio español, las solicitudes relativas a las autorizaciones iniciales de residencia y de trabajo deberán presentarse ante los registros competentes para su tramitación, salvo en los casos de modificación o renovación de autorizaciones en los que se permite su presentación en cualquier otro registro de conformidad con el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

De lo anteriormente expuesto se deduce que la exigencia de comparecencia personal en la normativa de extranjería se refiere exclusivamente a aquellas solicitudes en las que los interesados pretenden obtener una autorización de residencia y trabajo en el curso de los correspondientes procedimientos administrativos, sin que pueda por tanto aplicarse por extensión a otros supuestos diferentes en los que los extranjeros desean relacionarse con la Administración española por otros motivos, para lo que requieren la obtención de un número de identificación.

Así, el artículo 101 del Reglamento de extranjería determina los supuestos en los que la Administración dota a los ciudadanos extranjeros de dicho número de identificación, en concreto a todos aquellos que obtengan un documento que les habilite para permanecer en territorio español, aquellos a los que se les haya incoado un expediente administrativo en virtud de lo dispuesto en la normativa sobre extranjería y aquellos que por sus intereses económicos, profesionales o sociales se relacionen con España.

El citado precepto no exige por tanto la comparecencia personal de los interesados con el fin de obtener un NIE que les permita relacionarse con España en base a los motivos anteriormente expuestos.

Cuestión distinta es la referida a la obtención de la tarjeta de identidad de extranjero, en la que expresamente se exige dicha comparecencia personal en el párrafo 2 del artículo 4 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y artículo 105 de su Reglamento de desarrollo.

En estos supuestos, los solicitantes están obligados a comparecer personalmente, toda vez que la tarjeta de extranjeros se configura como un documento personal e intransferible, correspondiendo a los interesados la cumplimentación de las actuaciones necesarias para su obtención y entrega, así como la custodia y conservación del documento, lo que no sucede en el caso del NIE, ya que si bien es un documento de identificación, no acredita la identidad del extranjero ni su situación de residencia legal.

Por otra parte, cabe igualmente recordar que el artículo 32 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece el régimen general sobre la admisión de fórmulas de representación y en este sentido dispone que los interesados con capacidad de obrar podrán actuar por medio de representante, entendiéndose con éste las actuaciones administrativas, salvo manifestación expresa en contra del interesado. Por su parte, el artículo 40.1 señala que la comparecencia de los ciudadanos ante las oficinas públicas sólo será obligatoria cuando así esté previsto en una norma con rango de ley.

Acorde con lo anterior, debe concluirse que no resulta suficientemente justificado que se establezca la obligatoriedad de comparecencia personal para solicitar un número de identificación de extranjero, ya que de un lado tal obligación no aparece expresamente recogida en la disposición adicional tercera de la Ley de extranjería ni en su Reglamento de desarrollo, ni puede considerarse que la asignación de dicho número resulte equiparable a la obtención de una tarjeta de identificación de extranjeros.

Como V. E. conoce, la precitada disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, fue posteriormente completada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, en la que se añade:

Reglamentariamente se podrán establecer excepciones a la presentación ante el órgano competente para su tramitación o a la necesidad de presentación personal de solicitudes.

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 en la próxima reforma del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de

los extranjeros en España y su integración social, se exima a los extranjeros que se encuentren en el país de la obligación de comparecencia personal en las solicitudes de número de identificación de extranjero y se consideren como válidos en este tipo de peticiones los poderes notariales otorgados ante fedatarios públicos españoles, dado que dicha exigencia no se encuentra expresamente recogida en la disposición adicional tercera de la citada norma legal, ni existe impedimento alguno para que en estos casos puedan los interesados valerse del correspondiente documento público que acredite la representación, tal y como se permite en los supuestos en los que los mismos se encuentran fuera del territorio nacional».

En la seguridad de que esta recomendación será objeto de atención por parte de V. E. y en espera de la preceptiva respuesta.

Madrid, 2 de febrero de 2011.

Recomendación dirigida a la Secretaria de Estado de Inmigración y Emigración. Ministerio de Trabajo e Inmigración.

Recomendación 11/2011, de 2 de febrero, sobre el aumento de garantías para la devolución de cantidades anticipadas entregadas para la adquisición de viviendas protegidas.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 499*)

Acusamos recibo del informe (s/ref...) en el que la Dirección General de la Vivienda y Rehabilitación de esa Consejería nos contesta en relación con la queja formulada por doña (...), con domicilio en la calle (...) de Madrid, registrada en esta Institución con el número arriba indicado.

Estudiado el contenido del mismo así como la información que dicha dirección general nos ha venido facilitando, con ocasión de otras quejas tramitadas ante esta Institución, hemos considerado procedente realizar las siguientes consideraciones:

Primera. Como se recordará, en nuestro escrito del pasado 16 de junio, por el que iniciamos la presente investigación, nos hicimos eco de la queja formulada por la interesada en la que alegaba que «esa Comunidad Autónoma no ha adoptado las normas necesarias para que, en ejercicio de las competencias que tiene atribuidas en materia de vivienda, se asegure el cumplimiento de las garantías que deben constituirse para la percepción de las cantidades que los ciudadanos entregan a cuenta del precio durante la construcción de las viviendas previstas en la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre Percepción de cantidades anticipadas en la construcción y renta de viviendas, en relación con la disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la edificación, lo cual supone que tampoco se vienen imponiendo sanciones a los promotores y constructores que no cumplen con ese deber».

Del mismo modo, en nuestra anterior comunicación, esta Defensoría recordó a esa Consejería que, cuando investigamos la queja número Q0428577, ya le solicitamos que nos informara sobre aspectos relacionados con el problema que ahora estamos estudiando, al mismo tiempo que hicimos referencia a que algunas comunidades autónomas han regulado las competencias que tienen atribuidas sobre las cantidades anticipadas entregadas para la adquisición de vivienda a través de dos regímenes normativos diferentes según se traten de viviendas en régimen libre o en régimen de protección pública.

En el citado escrito en el que comunicamos que habíamos admitido a trámite la presente queja, ya indicamos que centraríamos nuestra investigación en las viviendas protegidas toda vez que sobre ellas sí tiene competencias esa Dirección General.

En efecto, según se desprende de lo dispuesto en el artículo 4 en relación con el artículo 2 de la Ley 9/2003, de 26 de marzo, del régimen sancionador en materia de viviendas protegidas de la Comunidad de Madrid, la normativa en materia de vivienda con protección o financiación cualificada de la Administración estatal o autonómica cuya promoción, construcción, arrendamiento o rehabilitación se lleve a cabo dentro del ámbito territorial de la Comunidad de Madrid, le correspondía a la entonces vigente Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio y, actualmente, a esa Consejería de Medio Ambiente, Vivienda y Ordenación del Territorio.

Por su parte, según la organización competencial de la Comunidad de Madrid, cuando se trata de cantidades entregadas a cuenta para la compra de viviendas libres, la competencia para conocer y, en su caso, sancionar las posibles vulneraciones de la Ley 57/1968, de 27 de julio, en relación con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, se atribuye a los órganos competentes en materia de consumo, en este caso, a la Dirección General de Consumo de la Viceconsejería de Economía, Comercio y Consumo. De la misma forma, también le corresponde a este órgano adscrito a la Consejería de Economía y Hacienda la competencia sobre la información al consumidor y los incumplimientos de lo dispuesto en la Ley de la Comunidad de Madrid 11/1998, de 9 de julio, de protección de los consumidores.

Así pues, desde el punto de vista puramente organizativo de la distribución de las competencias que se ha hecho en esa Administración autonómica, el primer elemento diferenciador que debemos te-

ner en cuenta en esta investigación es el de saber cuándo estamos ante unas viviendas libres y cuándo ante aquellas que tienen algún tipo de protección pública.

Descartadas de este estudio aquellas viviendas que se configuran como «libres» desde el principio hasta el final del proceso de construcción y venta, debemos señalar que con ocasión de la investigación desarrollada en la queja 0428577, que versaba sobre las incidencias relacionadas con la compraventa de viviendas protegidas en la unidad de ejecución n.º 2 del UZP «Ensanche de Vallecas», la entonces denominada Dirección General de Arquitectura y Vivienda, que tenía atribuidas las competencias que ahora tiene esa Dirección General de la Vivienda y Rehabilitación, defendió el 6 de abril de 2004 el criterio de que ella no podía intervenir sobre esta materia que estamos investigando hasta que las viviendas se encontrasen sometidas a la legislación de viviendas protegidas, es decir, hasta que no se produjera el otorgamiento de la calificación provisional ya que, con anterioridad a dicho momento, no eran viviendas protegidas y ello aunque este fuese su destino por estar calificado urbanísticamente el suelo para la construcción de este tipo de viviendas.

Esta Defensoría ya hizo ver entonces nuestra discrepancia con ese criterio competencial que se sostenía sobre la base de que, según «el artículo 114 del Real Decreto 2114/1968, de 24 de julio, es preciso disponer de calificación provisional de la vivienda, que el número de los futuros adquirentes no sea superior al de las viviendas calificadas provisionalmente, y que las cantidades se apliquen únicamente a la construcción de las viviendas».

En nuestro escrito del 30 de mayo de 2005 ya expusimos que «parece obvio que el percibo de cantidades a cuenta del precio de viviendas protegidas antes de que el promotor disponga de calificación provisional (en la fecha en que se percibieron en este caso), o de que se iniciase su construcción (al amparo de la ley autonómica 9/2003), son conductas ilegales y han de entenderse, por tanto, susceptibles de ser sancionadas».

También indicamos en aquella queja a la entonces competente Dirección General de Arquitectura y Vivienda que «entre tanto esa promoción de viviendas no se acoja al régimen legal de viviendas protegidas, el cobro por sus promotores de cantidades a cuenta del precio podrá ser intervenido, y, en su caso, sancionado por la Administración autonómica, sobre la base de las competencias que le atribuye la

disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, si no se hubiera cubierto el seguro que se impone en forma análoga a lo dispuesto en la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas».

En el escrito que esa Consejería remitió a esta Institución el 9 de marzo de 2006 (s/ref.^a: salida...) nos indicó que «en cuanto a la falta de aseguramiento de las cantidades a cuenta del precio, se comparte plenamente el parecer de esa Institución en el sentido de que, a partir de la Ley de Ordenación de la Edificación, es posible imponer las sanciones que procedan ante esta posible infracción entendiendo que el promotor de la vivienda protegida está obligado a asegurar las cantidades que se perciben a cuenta del precio desde el preciso momento de la entrega de las mismas y con independencia del otorgamiento o no de la calificación provisional».

Dado que la Administración de esa comunidad autónoma tiene personalidad jurídica propia y dado que, según el artículo 12.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, «la competencia es irrenunciable y se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación o avocación, cuando se efectúen en los términos previstos en ésta u otras leyes», en aquellos casos referidos a la materia que estamos tratando en los que esa Dirección General de la Vivienda y Rehabilitación afirme que no le corresponde intervenir, se aplicarán las previsiones contempladas en la ley de tal modo que, si ello fuera lo procedente, sería entonces la Dirección General de Consumo quien debería actuar al respecto.

En efecto, si esa Dirección General recibiera una denuncia sobre cantidades entregadas de forma anticipada para una vivienda considerada como libre desde el principio, aplicará las previsiones contenidas en el artículo 19 de la citada Ley 30/1992, dedicado a las comunicaciones entre órganos, así como lo dispuesto en el artículo 20 que regula las decisiones sobre competencia. También aplicará lo dispuesto en el apartado 3 del referido artículo 12 de la Ley 30/1992, que establece que «si alguna disposición atribuye competencia a una Administración, sin especificar el órgano que debe ejercerla, se entenderá que la facultad de instruir y resolver los expedientes corresponde a los órganos inferiores competentes por razón de la materia y del territorio, y, de existir varios de éstos, al superior jerárquico común».

Por otro lado, tampoco existe ninguna duda de que, de acuerdo con la normativa actualmente vigente en materia de vivienda protegida, a partir del mismo momento en que se concede la cédula de calificación provisional, es esa Dirección General la que ha de intervenir y ejercer la competencia que le corresponde bien por haber constado de oficio que se ha podido incurrir en una vulneración de dicha normativa o bien por haberse presentado una denuncia por tal vulneración.

Segunda. En el informe que ese órgano administrativo nos ha remitido el pasado 10 de noviembre, y que estamos estudiando en la presente queja, se expone lo siguiente:

«El régimen jurídico aplicable actualmente en materia de vivienda protegida en la Comunidad de Madrid viene regulado por el Decreto 74/2009, de 30 de julio, por el que se aprueba el reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid. En dicho decreto se garantiza el cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, en relación con la disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación, al incluir como documentación a presentar junto con la solicitud de calificación definitiva por los promotores de viviendas con protección pública, el contrato de seguro o aval individual que garantice las cantidades entregadas a cuenta. Así, el artículo 21.2 del Decreto 74/2009, de 30 de julio, establece que:

La solicitud de calificación definitiva de Viviendas con Protección Pública deberá ir acompañada de los siguientes documentos:

f) Relación de adquirentes que hayan entregado cantidades a cuenta del precio de la vivienda, así como copia del contrato de seguro o aval individual que garantice la devolución de dichas cantidades en los términos establecidos en la legislación aplicable».

Sin embargo, esta Defensoría considera que, a pesar del contenido de ese apartado 2.f) del artículo 21 del Decreto 74/2009 que se acaba de transcribir, no podemos compartir el criterio sostenido por esa Administración de que dicho precepto sea una garantía del «cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, en relación con la disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación» ya que, en el supuesto de que se produjera un incumplimiento de esa obligación legal, ello

no se constatará hasta que los servicios técnicos de esa Consejería no hayan comprobado la ausencia o incorrección de esos documentos antes enunciados. Hasta que esos servicios técnicos comprueben que no está la relación de adquirentes que hayan entregado cantidades a cuenta del precio de la vivienda o que tampoco están las copias de los contratos de seguro o avales individuales que garanticen la devolución de dichas cantidades en los términos establecidos en la legislación aplicable, no se podrán iniciar las correspondientes aperturas de expedientes de información previa reservada.

Hasta entonces, y entre otras posibles situaciones que después se citarán, pueden haberse entregado indebidamente esas cantidades anticipadas para la construcción de viviendas durante todo el tiempo transcurrido desde que se otorgó la calificación provisional hasta que el promotor presente la solicitud de la calificación definitiva y ello puede durar, teóricamente, hasta 24 meses como máximo.

Esta Defensoría considera que esa Dirección General asume la competencia supervisora de esta materia en un momento demasiado tardío lo que supone que se puedan producir situaciones perjudiciales para los particulares afectados ante las que ya no se pueda reaccionar por haber prescrito las posibles infracciones como ha sucedido en algunos casos que se han dado.

Aunque en la Ley 9/2003, de 26 de marzo, de régimen sancionador de viviendas protegidas de Madrid, tipifica en la letra k) de su artículo 7 como infracción grave «no solicitar la calificación definitiva en el plazo señalado en las disposiciones de aplicación», ello no impide que, en algunas ocasiones, el promotor sobrepase con creces o que demore sine die la solicitud de esa calificación definitiva con lo cual todo ese tiempo habría que añadirlo a los 24 meses que legalmente se ha concedido para presentar esos documentos.

Pero es que también puede ocurrir que un promotor registre su solicitud de calificación definitiva y la acompañe de todos los otros documentos que se enumeran en el artículo 21 antes citado salvo la relación de adquirentes que hayan entregado cantidades a cuenta del precio de la vivienda, o salvo las copias de los contratos de seguro o aval individual que garantice la devolución de dichas cantidades en los términos establecidos en la legislación aplicable.

Aquí hay que señalar la dificultad jurídica que puede suponer sancionar por esa falta de documentos toda vez que el ilícito sancionable es no presentar la solicitud y no que ésta esté incompleta.

En efecto, aquí hemos de recordar que, como se indica en la exposición de motivos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre: «El título IX regula los principios básicos a que debe someterse el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y los correspondientes derechos que de tales principios se derivan para los ciudadanos extraídos del texto constitucional y de la ya consolidada jurisprudencia sobre la materia. Efectivamente, la Constitución, en su artículo 25, trata conjuntamente los ilícitos penales y administrativos, poniendo de manifiesto la voluntad de que ambos se sujeten a principios de básica identidad, especialmente cuando el campo de actuación del derecho administrativo sancionador ha ido recogiendo tipos de injusto procedentes del campo penal no subsistentes en el mismo en aras al principio de mínima intervención.

Entre tales principios destaca el de legalidad o «ratio democrática» en virtud del cual es el poder legislativo el que debe fijar los límites de la actividad sancionadora de la Administración y el de tipicidad, manifestación en este ámbito del de seguridad jurídica, junto a los de presunción de inocencia, información, defensa, responsabilidad, proporcionalidad, interdicción de la analogía, etcétera.

Todos ellos se consideran básicos al derivar de la Constitución y garantizar a los administrados un tratamiento común ante las administraciones públicas, mientras que el establecimiento de los procedimientos materiales concretos es cuestión que afecta a cada Administración Pública en el ejercicio de sus competencias».

Como aplicación concreta de lo que anteriormente hemos transcrito debemos señalar que el artículo 129 de dicha Ley 30/1992, dispone textualmente lo siguiente:

1. Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una ley, sin perjuicio de lo dispuesto para la Administración local en el título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

2. Únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la ley.

3. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o san-

ciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes.

4. Las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica.

De acuerdo con lo que acabamos de transcribir, resulta que no está tipificado como infracción la ausencia del documento en el que figure la relación de adquirentes que hayan entregado cantidades a cuenta del precio de la vivienda, así como la copia del contrato de seguro o aval individual que garantice la devolución de dichas cantidades en los términos establecidos en la legislación aplicable.

Las consecuencias que conlleva la no presentación de esos documentos dentro de los 24 meses previstos como plazo, a los que habría que añadir hasta 8 meses más si se autorizase una prórroga, es la caducidad de la solicitud de obtención de la calificación definitiva de Viviendas de Protección Pública y habría que ver si esa ausencia podría dar lugar a la comisión de una infracción grave a la que le correspondería una multa de 1.501 a 6.000 euros de sanción según el artículo 9 de la Ley 9/2003.

Aunque la ausencia de esos documentos conllevaría que esa Consejería denegaría la cédula de la calificación definitiva así como que no podría llevarse a cabo la elevación en escritura pública, ni la entrega y ocupación de esas viviendas, sin embargo, hay que señalar que tales consecuencias también serían muy negativas para los intereses de los ciudadanos afectados por la entrega de cantidades de forma anticipada.

Es cierto que en el artículo 23 del Decreto 74/2009, de 30 de julio, se dispone lo siguiente:

La denegación de la calificación definitiva por causa imputable al promotor determinará que los adquirentes de las viviendas puedan optar entre:

a) Ejecutar la garantía otorgada conforme a lo establecido en la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, y sus disposiciones complementarias.

b) Solicitar a la Consejería competente en materia de vivienda, en el plazo de tres meses desde la denegación de la calificación definitiva, la rehabilitación del expediente a su favor, siempre que medie contrato de compraventa o cantidades entregadas a cuenta. En este caso, el adquirente se comprometerá a terminar las obras o a subsanar las deficiencias que impidieron la obtención de la calificación definitiva dentro del plazo y con el presupuesto que a tal efecto sea fijado por la Administración.

Del precio final de venta de la vivienda a abonar al promotor, se deducirán las cantidades invertidas por los adquirentes en las obras necesarias para la obtención de la calificación definitiva.

Cuando no existan adquirentes o cuando existiendo opten por solicitar la ejecución de la garantía y en el caso de haberse entregado todo o parte del préstamo, quedará vencido por las cuantías entregadas a cuenta y será de cargo exclusivo del promotor, que deberá abonarlo.

La denegación de la calificación definitiva por causa imputable al promotor, siempre que por los adquirentes se inste la rehabilitación del expediente, llevará consigo la subrogación de los compradores en el préstamo base concedido al promotor.

Sin embargo, con el fin de que los ciudadanos queden aún más protegidos ante esos incumplimientos de los promotores que den lugar a la denegación de la calificación y/o declaración definitiva, esa Comunidad Autónoma podría añadir a lo ya dispuesto en dicho artículo 23 otros supuestos específicos en los que, además del inicio de las actuaciones legales que puedan proceder contra el promotor, los adquirentes o adjudicatarios de las viviendas también tengan otras alternativas que les pudieran resultar más favorables a sus intereses.

Así, como ejemplo de lo que ya está contemplado en otras comunidades autónomas, podemos indicar que la Ley 3/2004, de 20 de enero, de vivienda de protección pública de Castilla-La Mancha, dispone en su artículo 14 que los adquirentes o adjudicatarios pueden optar entre:

a) Resolver el contrato o título con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, más los intereses que procedan conforme a lo establecido en la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, modificada por la disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre.

b) Solicitar de la Delegación Provincial de la Consejería de Obras Públicas, en el plazo de tres meses desde la denegación de la calificación y/o declaración definitiva, la rehabilitación del expediente a su favor, siempre que las deficiencias sean subsanables y medie contrato de compraventa o título de adjudicación o cantidades entregadas a cuenta. En este caso el adquirente o adjudicatario se comprometerá a terminar las obras o a subsanar las deficiencias que impidieron la obtención de la calificación y/o declaración definitiva dentro del plazo que a tal efecto sea fijado por la Delegación Provincial. Del precio final de venta o adjudicación de la vivienda a abonar al promotor, se deducirán las cantidades invertidas por los adquirentes o adjudicatarios en las obras necesarias para la obtención de la calificación y/o declaración definitiva.

Tercera. Como ya hemos expuesto, esa dirección general nos ha comunicado en el informe que nos ha enviado, y que estamos analizando, que en el caso de incumplimiento de lo previsto en el artículo 21.2 del citado Decreto 74/2009, de 30 de julio, «se procede a su comunicación al Área correspondiente para que se compruebe si dicha actuación es constitutiva de una infracción y para que se tramite, en su caso, el correspondiente expediente sancionador».

Sin embargo, antes de incidir con más profundidad sobre esa actuación administrativa que nos indica esa dirección general, esta Defensoría tiene la duda de qué medidas se adoptan cuando se ha producido un posible incumplimiento de esa normativa, pero realizado antes de que la vivienda haya obtenido la calificación provisional por la que se le confiere la condición de protección pública.

Siguiendo el criterio sostenido por esa dirección general, en principio, y hasta que no se conceda la calificación provisional, nos encontraríamos ante unas viviendas que todavía no tendrían conferida ningún tipo de protección pública por lo que, al ser consideradas en ese estadio como viviendas libres, no le correspondería intervenir ya que podría no concederse esa protección, por lo que no se le aplicarían las previsiones de las viviendas protegidas. Como ya indicamos anteriormente, entonces, le correspondería intervenir a la Dirección General de Consumo de la Consejería de Economía y Hacienda.

Ahora bien, una vez que se haya concedido la calificación provisional a las viviendas en cuestión, esa Dirección General de la Vivienda y Rehabilitación debe tener presente que la Ley 9/2003, de 26 marzo, de Régimen sancionador de viviendas protegidas de Madrid, dispone en su artículo 8 que constituye una infracción muy grave:

a) Percibir, por cualquier concepto, en la construcción, compraventa, adjudicación o arrendamiento de las viviendas protegidas, cualquier cantidad no permitida por la normativa aplicable, incluidas las cantidades que pudieran derivarse de ampliación de equipamiento o de sustitución o mejora de calidades.

c) Percibir de los adquirentes o adjudicatarios de viviendas protegidas, antes de iniciar su construcción o durante la misma, cantidades a cuenta del precio sin cumplir los requisitos legales.

Por su parte, en el artículo 7 de la mencionada Ley 3/2009, se dispone que es infracción grave:

g) Exigir, por cualquier concepto, en la construcción, compraventa, adjudicación o arrendamiento de las viviendas protegidas, cualquier cantidad no permitida por la normativa aplicable, incluidas las cantidades que pudieran derivarse de ampliación de equipamiento o de sustitución o mejora de calidades.

De acuerdo con ello, esta Defensoría considera que, tras la calificación provisional, estos preceptos que acabamos de transcribir confieren a esa Dirección General la competencia para tramitar y sancionar otras infracciones distintas de las derivadas del artículo 21.2 del citado Decreto 74/2009, de 30 de julio, y ello aunque se refieran a hechos ocurridos anteriormente al momento de la calificación definitiva y, también, de la calificación provisional.

Por aplicación del principio de que la ley especial prevalece sobre otra ley más general, consideramos que esa Dirección General debe aplicar las previsiones contenidas en materia de vivienda protegida, es decir, los preceptos de la Ley 9/2003, de 26 marzo, de Régimen sancionador de viviendas protegidas de Madrid, antes que las establecidas en las normas que tratan sobre la percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción de las viviendas en general.

No obstante, también hay que recordar que, en el supuesto de que se produzca alguna laguna o vacío en materia de vivienda protegida, esa Dirección General aplicará las previsiones contenidas en la disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, que dice literalmente lo siguiente:

«La percepción de cantidades anticipadas en la edificación por los promotores o gestores se cubrirá mediante un seguro que indemnice

el incumplimiento del contrato en forma análoga a lo dispuesto en la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. Dicha ley, y sus disposiciones complementarias, se aplicarán en el caso de viviendas con las siguientes modificaciones:

a) La expresada normativa será de aplicación a la promoción de toda clase de viviendas, incluso a las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa.

b) La garantía que se establece en la citada Ley 57/1968 se extenderá a las cantidades entregadas en efectivo o mediante cualquier efecto cambiario, cuyo pago se domiciliará en la cuenta especial prevista en la referida ley.

c) La devolución garantizada comprenderá las cantidades entregadas más los intereses legales del dinero, vigentes hasta el momento en que se haga efectiva la devolución.

d) Las multas por incumplimiento a que se refiere el párrafo primero del artículo 6 de la citada ley, se impondrán por las Comunidades Autónomas, en cuantía, por cada infracción, de hasta el 25 por 100 de las cantidades cuya devolución deba ser asegurada o por lo dispuesto en la normativa propia de las Comunidades Autónomas».

Hay que indicar que el referido artículo 6 de la Ley 57/1968 fue expresamente derogado por la disposición derogatoria única 1.f) de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 noviembre, del Código Penal, por lo que, una vez que su incumplimiento no tiene la consideración de delito o falta penal, se ha tipificado como una falta administrativa cuya sanción corresponde a las comunidades autónomas.

Cuarta. Tras realizar un análisis comparativo de cómo ha regulado la Comunidad de Madrid los pagos anticipados del precio de la vivienda protegida y como lo han hecho otras comunidades autónomas, hemos llegado a la conclusión de que, en algunas de éstas, se ha hecho de forma más pormenorizada lo que implica una mayor protección para los ciudadanos al aumentar su seguridad jurídica y la disminución del ámbito discrecional de los promotores.

Así, la Ley 2/2007, de 1 de marzo, de vivienda de La Rioja, desarrolla en su artículo 23 la garantía de devolución de cantidades anticipadas para la construcción de la vivienda de la siguiente forma:

1. La entrega de cantidades anticipadas en concepto de reserva o adquisición de viviendas obligará al promotor, en los términos contemplados en la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, y la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de la ordenación de la edificación, a garantizar su devolución para el caso de que, por cualquier causa, la construcción no llegue a iniciarse o a concluirse en los plazos establecidos en el contrato, sin perjuicio de que el comprador que pretenda la resolución del contrato reclame, además, en su caso, la indemnización de daños y perjuicios que proceda.

[...]

4. El establecimiento de la garantía aludida tampoco impedirá que el comprador opte por el ejercicio de acciones civiles distintas de la resolutoria o la concesión de una prórroga al promotor, con posibilidad, en este último caso, de reclamarle judicialmente los daños y perjuicios acreditados que sean consecuencia del incumplimiento de la obligación de entrega de la vivienda en el plazo pactado.

5. En todo caso, la devolución garantizada comprenderá las cantidades entregadas y los intereses legales del dinero, vigentes hasta el momento en que se haga efectiva la devolución.

6. Las garantías sólo se extinguirán cuando el promotor pruebe la entrega de las viviendas ya terminadas, tras la expedición del certificado final de obra por el técnico competente y la obtención de la correspondiente licencia de primera ocupación, bien expresamente o por silencio administrativo conforme a la legislación vigente. Además, la cancelación de las aludidas garantías exigirá, en los casos en que el promotor continúe siendo titular registral, que se aporte la escritura pública de compraventa de la vivienda que se hubiera otorgado.

7. Las normas legales sobre garantía de devolución de cantidades anticipadas serán de aplicación, siempre que concurren los presupuestos previstos en las mismas, a todos los negocios jurídicos, cualquiera que sea la denominación que las partes les dieran, en que se transmita a título oneroso una vivienda en proyecto o en construcción cuando el adquirente haya hecho entrega de anticipos dinerarios a cuenta de su contraprestación, incluidas las cantidades entregadas por cooperativistas y comuneros para la adquisición del suelo y construcción de las viviendas.

8. Los promotores no podrán repercutir el coste de constitución de los avales a los adquirentes de las viviendas.

En este punto hay que señalar que en nuestro escrito inicial planteamos a esa Administración autonómica que nos informara sobre si tenía aprobada alguna regulación que limitara las cantidades a cuenta que pueden entregar los adjudicatarios o adquirentes del precio total de la vivienda de promoción pública y de sus anejos vinculados durante el período de su construcción. La contestación dada al respecto es la de que no existe esa regulación que limite las cuantías a entregar cuando ello sí se ha hecho en otras leyes autonómicas.

En el apartado 2 del artículo 23 de la citada Ley 2/2007, de 1 de marzo, de vivienda de La Rioja, se establece lo siguiente:

Cuando se trate de viviendas protegidas, sólo podrán percibir de los adjudicatarios o adquirentes en concepto de entrega de cantidades a cuenta hasta un máximo del 20% del precio total de la vivienda y de sus anejos vinculados durante el período de su construcción. Sólo en el caso de que el adquirente o adjudicatario así lo desee y de acuerdo con sus circunstancias fiscales y personales, podrá entregar en concepto de cantidades a cuenta, hasta un máximo del 40 por ciento del precio total de la vivienda y de sus anejos vinculados durante el período de su construcción.

Además de ello, en otras comunidades autónomas también se han establecido otras garantías para proteger los intereses de los ciudadanos tales como las previstas en el artículo 24 de esa misma ley de La Rioja, cuando trata de la aplicación de las cantidades anticipadas para la construcción de la siguiente forma:

1. El promotor que haya recibido de los compradores cantidades anticipadas, a cuenta del precio total de las viviendas en proyecto o en construcción deberá ingresar en una cuenta especial y sólo podrá disponer de las mismas, ingresadas en la cuenta bancaria especial a que se refiere la legislación vigente, para atenciones propias de la promoción.

2. Las cooperativas y comunidades de bienes que perciban de los socios y comuneros cantidades en dinero anticipadas para la adquisición del suelo y la construcción de las viviendas deberán recibirlas a través de una entidad de crédito, en la cual se depositarán en cuenta especial, con separación de otra clase de fondos, y de las que solamente podrá disponerse para las atenciones derivadas de aquellos fines.

Quinta. En nuestro escrito del pasado 16 de junio, por el que iniciamos la presente investigación, solicitamos a ese órgano administrativo que nos informara de si el promotor debía solicitar y obtener previa autorización de esa Consejería, tras haber acreditado o garantizado el cumplimiento de todos los requisitos legales exigidos. En el informe que nos ha enviado esa Dirección General se indica que en la normativa vigente en esa Comunidad Autónoma no se ha establecido la necesidad de autorización previa para su percepción.

Ante tal ausencia debemos señalar que en el apartado 3 del artículo 23 de la citada Ley 2/2007, de 1 de marzo, de vivienda de La Rioja, se establece lo siguiente:

Para poder percibir cantidades anticipadas para la construcción de la vivienda protegida, el promotor deberá obtener previa autorización de la Consejería competente en materia de vivienda previa solicitud en la que se acredite o garantice el cumplimiento de todos los requisitos legales exigidos.

Por su parte, la Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la vivienda de la Comunitat Valenciana, ha regulado de forma detallada en su artículo 15 los pagos anticipados del precio de la vivienda, y la Ley 18/2008, de 29 diciembre, de Vivienda de Galicia, también ha regulado en su artículo 94 el pago de cantidades anticipadas a cuenta del precio total de la vivienda, en cuyo apartado 3 dispone: «Cuando se trate de viviendas protegidas, la/el agente promotor habrá de obtener una autorización de la Consejería competente en materia de vivienda, previa solicitud, en que se acredite o garantice que se cumplen los siguientes requisitos:

La previa obtención de la calificación provisional.

La acreditación mediante una certificación registral de la titularidad y libertad de cargas del solar, salvo las constituidas en garantía de devolución de los préstamos cualificados concedidos para la construcción de las viviendas».

Incidiendo en esta misma materia, debemos señalar también que el Decreto 149/2006, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de viviendas protegidas de la Comunidad Autónoma de Andalucía y desarrolla determinadas disposiciones de la Ley 13/2005, de 11 de noviembre de 2005, de medidas en materia de vivienda protegida y el suelo, dispone en su artículo 23 lo siguiente:

1. Para que las personas promotoras de viviendas protegidas puedan percibir de las destinatarias, en el período comprendido entre el contrato de compraventa o de adjudicación y el otorgamiento de la correspondiente escritura pública, cantidades a cuenta del precio total, deberán cumplirse las siguientes condiciones:

c) La autorización de la correspondiente Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de vivienda, en la que se hará constar los importes de las cantidades a percibir a cuenta.

2. La solicitud para obtener la autorización a la que se refiere la letra c) del apartado anterior deberá acompañarse necesariamente de:

a) Certificación del Registro de la Propiedad en el que se haga constar la titularidad del dominio de los terrenos o el derecho real sobre éstos que le faculte para realizar la promoción, y que se hallan libres de cargas y gravámenes que pudieran hacer inviable la promoción.

b) Aval bancario suficiente o contrato de seguro que garantice la devolución, en su caso, del importe de las cantidades entregadas y los intereses legales del dinero devengados desde la percepción hasta el momento en el que se haga efectiva la devolución, constituido de conformidad con lo previsto en la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas y en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación.

Además de ello, consideramos oportuno señalar también que en la Resolución del Principado de Asturias de 27 de junio de 2001, se detallan mucho más esas normas de procedimiento para regular la tramitación y resolución de solicitudes de ayudas económicas estatales y autonómicas en materia de vivienda, en cuyo artículo 8 se indica que «los contratos de compraventa y arrendamiento de las viviendas de nueva construcción, declaradas protegidas por la Comunidad Autónoma, se visarán por la Dirección General de Arquitectura y Vivienda a petición del vendedor, que acompañará la garantía para la percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción prevista en la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y renta de viviendas, en relación con la disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación».

Esta Defensoría entiende que cuanto más detallada sea la regulación de esta materia y se positiven los distintos supuestos que pue-

dan plantearse, más protegido estará el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna reconocido en el artículo 47 de la Constitución y más garantizadas estarán las cantidades que entreguen a cuenta así como la vulneración de las normas que regulan esta materia conllevará la correspondiente sanción.

El problema que encontramos en esa Comunidad de Madrid es que la tipificación de las infracciones enunciadas en los artículos 7 y 8 de la Ley 9/2003, de 26 marzo, de Régimen sancionador de viviendas protegidas de Madrid, solo está prevista para cuando se haya entregado o exigido una cantidad anticipada en concepto de reserva o adquisición de viviendas «sin cumplir los requisitos legales» o «no permitida por la normativa aplicable» lo cual significa que, al no tener tales reenvíos una regulación tan detallada, fácilmente podrán quedar sin la sanción correspondiente aquellas entregas que pudieran resultar perjudiciales para los derechos e intereses de los ciudadanos. De ahí que esta Defensoría venga insistiendo en la necesidad de regular con mayor detalle los distintos supuestos que pueden darse en esta materia como han hecho otras comunidades autónomas.

Sexta. A pesar de las diferentes normas aplicadas en esa Comunidad de Madrid, principalmente el Decreto 74/2009, de 30 de julio, por el que se aprueba el reglamento de viviendas con protección pública de la Comunidad de Madrid; la Ley 9/2003, de 26 de marzo, de régimen sancionador de viviendas protegidas de Madrid, y la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, en relación con la disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación, esta Defensoría viene recibiendo bastantes quejas en las que los ciudadanos expresan unas alegaciones del estilo de las que nos expuso la interesada en su queja.

Seguimos constatando que es relativamente frecuente que, en los contratos de compraventa de viviendas, la oferta se realice en condiciones especiales obligando a los interesados que necesitan un alojamiento familiar a la entrega de cantidades antes de iniciarse la construcción o durante la misma.

A pesar de que desde el año 1968 se han venido adoptando normas que trataban de evitar la comisión de abusos, lo cierto es que, de vez en cuando, se producen situaciones justificadas de alarma en la opinión pública, que han dado lugar a graves alteraciones de la convivencia social cuando no a hechos delictivos.

De la información facilitada por esa Dirección General parece deducirse que, con los preceptos normativos actualmente en vigor, son suficientes para que no se produzcan perjuicios irreparables a quienes confiados y de buena fe aceptan sin reparo alguno las exigencias que hacen algunos promotores, de tener que pagar algunas cantidades a cuenta de la construcción o compra de una vivienda.

Sin embargo, como se ha podido señalar en los puntos anteriores, esta Defensoría considera que la normativa que regula esta materia en esa comunidad autónoma no es por sí sola suficiente, y prueba de ello lo tenemos en el hecho de que esa Dirección General nos ha reconocido que, desde el año 2008 hasta la fecha, se han presentado treinta y ocho denuncias por la percepción de cantidades a cuenta del precio de la vivienda sin las debidas garantías, dando lugar a la apertura de los correspondientes expedientes de información previa reservada.

Asimismo, en el informe que ahora hemos recibido se nos ha comunicado que, en treinta y cinco casos, tras el requerimiento al promotor para que aportase aval bancario o póliza que garantizase las cantidades entregadas a cuenta, se incorporaron al expediente las garantías individualizadas de las cantidades entregadas.

De la información que nos ha facilitado esa Dirección General el pasado 10 de noviembre, no podemos establecer con claridad cuántas actuaciones de oficio ha iniciado ese órgano administrativo. Hubiera sido interesante conocer con claridad si los servicios técnicos de esa Dirección General han incoado de oficio algún sancionador o algún expediente de Información Previa Reservada por haber detectado entre los documentos entregados por los promotores el posible incumplimiento de alguno de los deberes que les corresponde como, por ejemplo, los previstos en la aludida letra f) del apartado 2 del artículo 21 del Decreto 74/2009 o si, por el contrario, todas las actuaciones investigadoras llevadas a cabo se deben a denuncias de los afectados interesados.

Ante la cuestión concreta que esta Defensoría planteó en nuestro primer escrito de «si esa Administración ha tramitado y resuelto algún expediente sancionador por incumplimiento de lo dispuesto en la disposición adicional primera de la Ley 38/1999, en relación con la Ley 57/1968 y al amparo de lo previsto en los artículos 8 y 9 de la Ley 9/2003, de 26 de marzo, de Régimen sancionador de viviendas protegidas de Madrid. En el supuesto de que así haya sido, se ruega que se identifique el expediente que haya sido resuelto más recientemente

con la multa que, en su caso, se haya impuesto», ese centro directivo nos ha comunicado que, en el momento de emitir el informe que se ha enviado a esta Institución, existían dos expedientes que se encontraban en fase de notificación al promotor del citado requerimiento y un expediente concreto que estaba para iniciar su trámite sancionador ya que una parte de las cantidades entregadas no habían sido garantizadas.

De ello se deduce que, desde el año 2008, en esa Dirección General no se ha resuelto todavía ningún expediente sancionador por el incumplimiento de las normas que regulan la entrega de cantidades anticipadas en concepto de reserva o adquisición de viviendas protegidas, y ello puede deberse a que todos los promotores han cumplido fielmente la normativa vigente, o a que las infracciones cometidas han prescrito, o a que los expedientes tramitados han caducado o, también, a que, a pesar de haberse cometido alguna irregularidad sancionable, esa Administración no está adoptando las medidas disciplinarias previstas con la diligencia debida.

En la tramitación de estos expedientes sancionadores debemos recordar lo trascendental que es la aplicación de las normas legales expuestas anteriormente sobre la legalidad y tipicidad de las infracciones y sanciones las cuales han sido reiteradamente exigidas por la jurisprudencia. Así, existe una reiterada doctrina del Tribunal Constitucional (Sentencias de 21 de enero de 1987, 21 de enero de 1988 y 6 de febrero de 1989) y del Tribunal Supremo (Sentencias de 21 de septiembre de 1981, 26 de mayo de 1987, 20 de diciembre de 1989 y 3 de julio de 1990) que proclama que los principios inspiradores de orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho Administrativo Sancionador, y, ello, tanto en un sentido material como formal o procedimental. Por tanto, al extrapolar a éste los principios de la esfera punitiva, ha de exigirse que la conducta infractora reúna los requisitos que en el ámbito penal se establecen para los delitos y faltas. En consecuencia, la responsabilidad administrativa no puede asentarse en una ausencia de certeza plena sobre los hechos imputados, pues toda sanción ha de apoyarse en una actividad probatoria de cargo o de demostración de la realidad de la infracción que se reprime, sin la cual la represión misma no es posible –Sentencias del Tribunal Constitucional de 11 de marzo de 1985, 11 de febrero de 1986 y 21 de mayo de 1987– y, ello, porque al beneficiar la presunción de inocencia acorde con el artículo 24.2 de la Constitución al administrado en el ámbito de la potestad sancionadora de la Administración, ha declarado la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de marzo de

1985, que dicha presunción no puede entenderse reducida al estricto campo del enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas, sino que debe presidir también la adopción de cualquier resolución o conducta de las personas de cuya apreciación derive un resultado sancionador o limitativo de sus derechos, comportando el derecho a la presunción de inocencia que la sanción esté reprochada, que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio, toda vez que el ejercicio del *ius puniendi* según la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de abril de 1990 está condicionado en sus diversas manifestaciones por el artículo 24.2 de la Constitución al juego de la prueba y a un pronunciamiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones.

Por lo expuesto, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, procedemos a formular la siguiente recomendación:

«Que, esa Dirección General tenga en cuenta la experiencia adquirida en los últimos años; las sentencias dictadas sobre las cantidades anticipadas entregadas por los ciudadanos para la adquisición de una vivienda protegida y que han resultado desfavorables para los intereses de esa comunidad autónoma y/o de los ciudadanos afectados así como las normas que sobre esta materia han sido aprobadas por otras comunidades autónomas y, en su virtud, proceda a realizar un estudio del Decreto 74/2009, de 30 de julio, por el que se aprueba el reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid y de la Ley 9/2003, de 26 de marzo, de Régimen sancionador de viviendas protegidas de Madrid».

Que, como esta Defensoría considera que la normativa actualmente vigente en esa comunidad autónoma, sobre las cantidades anticipadas entregadas por los ciudadanos para la adquisición de una vivienda protegida, no es suficiente para garantizar por sí sola los derechos e intereses de los interesados, se recomienda que se añadan otros supuestos específicos en los que, además del inicio de las actuaciones legales que puedan proceder contra el promotor, esos adquirentes o adjudicatarios de viviendas afectados también tengan otras alternativas que les pudieran resultar más favorables a sus intereses así como otras garantías que extiendan su ámbito de aplicación a todas las viviendas protegidas durante el período comprendido entre el

contrato de compraventa o de adjudicación y el otorgamiento de la correspondiente escritura pública; la exclusiva aplicación de las cantidades anticipadas únicamente a la construcción de las viviendas, debiendo ser ingresadas en una cuenta separada con distinción de cualquier otra clase de fondos pertenecientes a la promotora; la autorización previa por esa Administración para que el promotor pueda percibir esas cantidades una vez comprobados ciertos requisitos; el establecimiento de un límite a las cantidades entregadas a cuenta por los adquirentes o adjudicatarios del precio total de la vivienda protegida y de sus anejos vinculados; la ampliación de la tipificación de las infracciones y de sus correspondientes sanciones; etcétera.

Del mismo modo, y de conformidad con lo dispuesto en los mencionados artículos 28 y 30 de nuestra Ley Orgánica 3/1981, procedemos a formular a esa Dirección General la siguiente sugerencia:

«Que se proceda a concluir lo más pronto posible los diferentes expedientes de Información Previa Reservada que actualmente se están tramitando en relación con las cantidades anticipadas entregadas por los ciudadanos para la adquisición de una vivienda protegida y que, aquellos casos que den lugar a la incoación de expedientes sancionadores, se tramiten éstos teniendo en cuenta la aplicación, con ciertos matices, de los principios inspiradores de orden penal al Derecho Administrativo Sancionador como viene señalando la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo».

Del mismo modo sugerimos que se resuelvan con la mayor diligencia y como proceda en Derecho los dos expedientes que se encontraban en fase de requerir al promotor para que aporte el aval bancario o póliza que garantice las cantidades entregadas a cuenta, así como el único expediente que está iniciado porque una parte de las cantidades entregadas no han sido garantizadas.

Agradeciendo la remisión a esta Institución del preceptivo informe, en el que se ponga de manifiesto la aceptación de esta recomendación así como de esta sugerencia o, en su caso, de las razones que estime para no aceptar dichas resoluciones, y ello de conformidad y en el plazo previsto en el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos.

Madrid, 2 de febrero de 2011.

Recomendación dirigida a la Consejera de Medio Ambiente, Vivienda y Ordenación del Territorio. Comunidad de Madrid.

Recomendación 12/2011, de 2 de febrero, para que se adopten medidas eficaces a fin de conseguir la recuperación posesoria de viviendas ocupadas irregularmente.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 492*)

Acusamos recibo de su informe del pasado 21 de octubre de 2010 (s/ref...), en el que nos contesta en relación con la queja formulada por doña (...), con domicilio en la calle de la (...), Madrid, en nombre y representación de la Asociación de Vecinos de (...) y que fue registrada en esta Institución con el número arriba indicado.

Además de la citada queja, se han presentado otras ante esta Institución en las que sus formulantes (grupos de vecinos, ciudadanos que compraron una vivienda de protección oficial o inquilinos adjudicatarios de una vivienda con protección pública) también han venido denunciando la existencia en sus edificios de viviendas pertenecientes a ese Instituto que están siendo ocupadas sin título jurídico suficiente por otras personas y que, a pesar de haber comunicado esta situación a ese Instituto, no se adoptan medidas eficaces y con la celeridad necesaria para desalojarlas y para que sean ocupadas por quienes sí han participado en los preceptivos procesos de adjudicación.

Entre dichas quejas debemos mencionar las siguientes: 07033089, 10014385, 10008232 y 10009859.

Tras el estudio del referido informe que nos ha facilitado ese Instituto sobre la presente queja, y tras tener en cuenta la restante información remitida sobre las otras quejas, esta Defensoría la ha considerado insuficiente por lo que, en su momento, no pudimos adoptar

una resolución lo suficientemente contrastada sobre el problema denunciado.

Debido a ello, y como pretendíamos que estos casos concretos formasen una muestra lo más fiable y representativa posible de las otras muchas viviendas ocupadas de forma irregular que hay, esta Institución estimó procedente examinar directamente en las oficinas de ese organismo el contenido de los expedientes objeto de las correspondientes investigaciones de dichas quejas y tomar de ahí todos los datos que precisábamos conocer. A tal efecto, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 19 de nuestra Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, se han personado en esas dependencias administrativas el pasado 17 de diciembre dos asesores de esta Institución.

Tras dejar constancia de la colaboración prestada por los funcionarios de ese Instituto que han intervenido en la puesta de manifiesto de los expedientes así examinados, y tras agradecer la información facilitada con las explicaciones dadas durante dicha visita, hemos considerado oportuno ceñirnos en esta ocasión a los expedientes en los que se han tramitado las recuperaciones posesorias de las viviendas propiedad de ese organismo, ocupadas sin título suficiente que no hayan dado lugar a un procedimiento judicial penal por haberse incurrido en una usurpación o en un procedimiento judicial civil por haberse incurrido en desahucio por falta de pago.

Es decir, en esta investigación nos vamos a limitar a aquellos casos en los que determinadas personas ocuparon una vivienda de protección oficial vacía porque había fallecido el adjudicatario inquilino que la tenía asignada o porque el anterior adjudicatario había renunciado a ella o había sido desahuciado por no haber pagado las rentas de alquiler.

Efectuadas las anteriores aclaraciones, esta Defensoría estima procedente realizar las siguientes consideraciones:

Primera. De la información que obra en nuestro poder se desprende que, cada vez con mayor frecuencia, las viviendas vacías que son propiedad de ese organismo están siendo objeto de constantes asaltos por estos ocupantes ilegales y que su desalojo no siempre finaliza con éxito ni dentro de los plazos previsibles a pesar de que en ese Instituto se haya seguido el cauce establecido en la normativa establecida para ello.

Entendemos que los trámites más frecuentes que se dan en estos procedimientos de recuperación posesoria son los siguientes:

1. Inspectores del Equipo de Seguimiento de Inmuebles constatan que una determinada vivienda está siendo ocupada por personas sin título.

2. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 4.1.d) del Decreto 14/2008, de 28 de febrero, les envían un requerimiento a dichos ocupantes para que, en 10 días, desalojen voluntariamente la vivienda (de conformidad y con los efectos de los artículos 11 y 65 de la Ley 3/2001, de 21 de junio, del Patrimonio de la Comunidad de Madrid) y se les da un trámite de audiencia de 10 días para alegaciones (de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). También se les comunica en ese escrito que «de no llevar a cabo el abandono del inmueble, serán exigidos los daños y perjuicios ocasionados a esta Administración Pública».

3. Se practica la notificación del requerimiento (de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59 de la citada Ley 30/1992) y se levanta acta de la misma con el resultado obtenido.

4. Si no se abandona la vivienda en ese plazo, el Director Gerente del Instituto de la Vivienda de Madrid dicta una resolución acordando la recuperación posesoria y forzosa del inmueble en base a lo dispuesto en el artículo 11 de la citada Ley 3/2001, de 21 de junio, y con las garantías establecidas en la Ley 30/1992 y se dan otros 10 días para el abandono voluntario de la vivienda.

5. Se practica la notificación de la resolución de recuperación posesoria con la posibilidad de recurrirla en reposición o en la vía contenciosa-administrativa y se les comunica que serán considerados ocupantes ilegales a los efectos de la disposición adicional séptima del Decreto 74/2009, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de viviendas con protección pública de la Comunidad de Madrid. Se levanta acta del resultado de la notificación con acuse de recibo por los interesados.

6. Transcurrido el plazo dado en el nuevo requerimiento sin que abandonen la vivienda, el director gerente del Instituto de la Vivienda de Madrid dicta una nueva resolución acordando solicitar la opor-

tuna autorización judicial de entrada domiciliaria, para poder ejecutar forzosamente la resolución de recuperación patrimonial que se había dictado.

7. Se envía la anterior resolución de acciones a la Dirección General de los Servicios Jurídicos, Vicepresidencia, Consejería de Cultura y Deporte, y Portavocía del Gobierno para su posterior envío al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo correspondiente.

8. Una vez que el Juzgado autoriza la entrada en el domicilio, los inspectores se personan en el mismo para recibir, en nombre del IVIMA, la posesión de la vivienda.

Segunda. Una vez que hemos hecho una relación de los trámites más frecuentes de un expediente normal y sin incidencias procedimentales, hay que señalar que si bien su duración suele ser de unos seis meses hasta que se envía al Juzgado para que el juez autorice la entrada en el domicilio, sin embargo, esa duración se puede alargar muchos meses más si los interesados utilizan subterfugios procedimentales o de otro tipo, como pueden ser dificultar las identidades de los que habitan en la vivienda, no querer recibir las notificaciones, presentar reclamaciones o recursos que paralizan la tramitación hasta su resolución expresa y la posterior notificación de esas nuevas resoluciones que se dicten, solicitar ante el juez la suspensión provisional del desalojo cuando el proceso ya esté en vía judicial, etcétera.

Debemos reconocer que, en estos supuestos, esa Administración encuentra serias dificultades para cumplir y hacer cumplir las leyes. En ocasiones los inspectores tienen que acudir varias veces a la vivienda que ha sido ocupada hasta hallar a alguien dentro o tienen un verdadero problema cuando los moradores no se quieren identificar. Otras veces no pueden entregar en mano las notificaciones que se envían a los interesados porque están ausentes en la vivienda en el momento de practicarlas o porque no abren la puerta.

Tanto en estos casos, como cuando son desconocidos los ocupantes, según dispone el apartado 5 del artículo 59 de la Ley 30/1992, se debe acudir a efectuar las notificaciones por medio de anuncios en el tablón de edictos del Ayuntamiento y en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* lo cual supone una mayor duración en la tramitación del expediente ya que, algunas veces, el *BOCM* tarda mucho en realizar esa publicación.

A veces, también sucede que tras realizarse todos los trámites previstos en la normativa vigente, incluida la autorización judicial para la entrada en el domicilio, cuando los inspectores acuden para ejecutar el lanzamiento, no lo pueden llevar a cabo porque, mientras se tramitaba el expediente, en esa vivienda se ha producido un cambio de las personas ocupantes con lo que se tiene que volver a empezar otra vez todo el procedimiento desde el principio. Incluso se ha detectado en alguna ocasión, que en ese cambio de ocupantes ha mediado una transacción económica.

Tercera. Una vez enunciados los trámites normales del procedimiento a seguir en la recuperación posesoria de una vivienda que estaba siendo ocupada ilegalmente, así como algunas de las vicisitudes procedimentales que se pueden dar, hay que señalar que, en general, ese Instituto observa las garantías jurídicas durante todo el proceso.

Esto es muy importante tenerlo en cuenta ya que la autotutela ejecutiva de que goza la Administración no es posible cuando, por previsión legal, se exige la intervención judicial, como sucede en la ejecución forzosa de actos administrativos que requieren la entrada en el domicilio de una persona, al ser la inviolabilidad del domicilio una garantía constitucional protegida en el artículo 18 de la Constitución. Esta autorización judicial de entrada en el domicilio que se exige cuando los ocupantes no desalojan la vivienda voluntariamente, trata de conciliar el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio con la ejecutoriedad de los actos administrativos, según ha declarado el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones.

Pues bien, dicho esto, y ante las solicitudes de autorización de entrada en un domicilio para llevar a cabo la ejecución forzosa de un acto administrativo corresponde a los órganos judiciales efectuar una ponderación de los intereses implicados, dado el derecho fundamental que puede verse afectado si se concede la autorización referida, y ello obliga a los jueces a examinar que la Administración solicitante ha sido respetuosa con el cumplimiento de las exigencias formales, en la tramitación del procedimiento del que dimana la resolución administrativa cuya ejecución forzosa se solicita.

Entre los requisitos que deben cumplirse por la Administración y que los órganos judiciales revisan de forma previa al otorgamiento de la autorización se encuentra el que la notificación de las resoluciones que afectan a los ocupantes se haya efectuado cumpliendo las exigen-

cias legales previstas en el artículo 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Por ello, los inspectores del Área de Inspección de Vivienda levantan acta detallada de las actuaciones que llevan a cabo y se vela por que los contenidos de los escritos que reciben los interesados se ajusten a las exigencias previstas en la Ley 30/1992.

Aquí hay que señalar que el Decreto 75/2007, de 18 de mayo, por el que se aprueba el reglamento de protección pública a la vivienda de Comunitat Valenciana, dispone en su artículo 184, dedicado a la potestad de la recuperación de oficio y al desalojo de ocupantes ilegales, que contra la resolución ordenando el lanzamiento de los ocupantes ilegales de un inmueble que anteriormente habían sido requeridos para su desalojo, no cabe recurso administrativo alguno.

Sin embargo, y a pesar de todas esas garantías observadas por ese Instituto, debemos indicar que, en alguna ocasión, se ha demorado más de lo normal algún trámite y que ello se podría evitar si se incrementara el número de inspectores e integrantes del equipo de seguimiento de inmuebles de ese Instituto o si las notificaciones se practicaran en otras horas en las que existiesen más posibilidades de hallar a esos ocupantes dentro de la vivienda. Aquí hay que sopesar si no es más rápido realizar un tercer o más intentos de notificación para conseguir la entrega en mano de la resolución dictada antes que tener que utilizar esa vía edictal supletoria, máxime si se tiene en cuenta los retrasos que supone la utilización del *BOCM* y los tablones de anuncios de los ayuntamientos.

Aquí, debemos recordar que el artículo 47 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, señala que «los términos y plazos establecidos en esta u otras leyes obligan a las autoridades y personal al servicio de las administraciones públicas competentes para la tramitación de los asuntos». Esta obligación es importante observarla ya que, en algún caso, su incumplimiento puede acarrear unas graves consecuencias procedimentales. Así sucede cuando se inicia el procedimiento de recuperación posesoria de ese bien de dominio privado, como es una vivienda propiedad de ese Instituto, pasado el año del día en que se hubiere producido la usurpación. Según el artículo 11 de la citada Ley 3/2001, de 21 de junio, si ocurriera esa demora ya no se podría actuar de oficio sino que se debería acudir a la jurisdicción ordinaria, ejercitando la acción correspondiente.

Otra grave consecuencia que puede derivarse de una demora en dictarse la correspondiente resolución expresa del expediente de re-

cuperación posesoria es la caducidad del mismo ya que el artículo 44 de la mencionada Ley 30/1992 dispone en su apartado 2: «En los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 92».

Cuarta. Sabido es que la tramitación administrativa deberá desarrollarse por los principios de economía, eficacia y coordinación que estimulen el diligente funcionamiento de la organización de las administraciones públicas, tal y como preconiza el artículo 3 de la citada Ley 30/1992, así como por el criterio de eficiencia y que el artículo 41 de esa misma ley preceptúa: «Los titulares de las unidades administrativas y el personal al servicio de las Administraciones Públicas que tuviesen a su cargo la resolución o el despacho de los asuntos, serán responsables directos de su tramitación y adoptarán las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos, disponiendo lo necesario para evitar y eliminar toda anomalía en la tramitación de procedimientos».

Además de ello, no hay que olvidar que en el apartado 1 del artículo 9 de nuestra norma fundamental se dispone que los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico y que en el apartado 3 se preceptúa que la Constitución garantiza, entre otros, los principios de legalidad y de seguridad jurídica. También hay que cumplir con lo dispuesto en el artículo 103.1 de la Constitución según el cual la Administración debe actuar siempre con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

Los anteriores preceptos que se acaban de exponer deben servir de fundamento a una actuación de ese Instituto, encaminada a mejorar los resultados obtenidos en los 601 expedientes que actualmente están en curso de los que 93 se han ejecutado durante el año 2010 por el procedimiento que aquí estamos analizando. Esa mejora se debe conseguir no solo si se incrementan los medios personales que antes hemos señalado sino si se modifican las normas que actualmente están en vigor y que, con su cumplimiento, están dando lugar, en alguna ocasión, a situaciones alejadas de los principios de economía y coordinación antes mencionados, así como de los principios de celeridad y eficacia consagrados en los artículos 74, 75 y capítulo v de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

La Comunidad de Madrid debe tener presente que el objetivo pretendido con su intervención en la gestión de la vivienda no es otro que garantizar las condiciones generales de mayor justicia en la adjudicación y de mejor gestión posterior del parque de vivienda pública para lo cual también se ha pretendido afrontar la compleja situación económica y familiar de la población demandante de vivienda, a través de la consideración más rigurosa posible de los parámetros relativos a los niveles de renta, la composición familiar y la diversidad de situaciones de alojamiento previo.

La actuación de esas personas que ocupan las viviendas de titularidad pública sin seguir el procedimiento establecido, siguiendo una estrategia de hechos consumados también conocida como «patada en la puerta», supone un agravio comparativo hacia los demás solicitantes de vivienda que sí siguen ese procedimiento de adjudicación y sienta un pésimo precedente si no se actúa en la forma debida incoando el procedimiento de desahucio administrativo antes estudiado.

Esta Defensoría considera que la Comunidad de Madrid pretende gestionar el derecho a la vivienda de quienes necesitan una con respeto a los principios de igualdad, transparencia, publicidad y concurrencia, y que se han arbitrado medidas encaminadas a discriminar positivamente ciertas situaciones que puedan resultar merecedoras de una mayor protección.

Sin embargo, hay que tener presente que cuando algunos ciudadanos llevan a cabo conductas como las ocupaciones ilegales, aunque sean socialmente reprochables, no se les puede sancionar si esos hechos no están legalmente tipificados como infracciones y como sanciones concretas ya que, de lo contrario, se produciría una vulneración de los artículos 25.1 de la Constitución española y 129 y 130 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que consagran en nuestro ordenamiento jurídico los principios de tipicidad y responsabilidad.

En efecto, aquí hemos de recordar que, como se indica en la exposición de motivos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre: «El título IX regula los principios básicos a que debe someterse el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y los correspondientes derechos que de tales principios se derivan para los ciudadanos extraídos del texto constitucional y de la ya consolidada jurisprudencia sobre la materia. Efectivamente, la Constitución, en su artículo 25, trata conjuntamente los ilícitos penales y administrativos, poniendo de manifiesto la voluntad de que ambos se sujeten a principios de

básica identidad, especialmente cuando el campo de actuación del derecho administrativo sancionador ha ido recogiendo tipos de injusto procedentes del campo penal no subsistentes en el mismo en aras al principio de mínima intervención.

Entre tales principios destaca el de legalidad o «ratio democrático» en virtud del cual es el poder legislativo el que debe fijar los límites de la actividad sancionadora de la Administración y el de tipicidad, manifestación en este ámbito del de seguridad jurídica, junto a los de presunción de inocencia, información, defensa, responsabilidad, proporcionalidad, interdicción de la analogía, etcétera.

Todos ellos se consideran básicos al derivar de la Constitución y garantizar a los administrados un tratamiento común ante las Administraciones Públicas, mientras que el establecimiento de los procedimientos materiales concretos es cuestión que afecta a cada Administración Pública en el ejercicio de sus competencias».

Como aplicación concreta de lo que anteriormente hemos transcrito debemos señalar que el artículo 129 de dicha Ley 30/1992, dispone textualmente lo siguiente:

1. Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una ley, sin perjuicio de lo dispuesto para la administración local en el título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

2. Únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la ley.

3. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes.

4. Las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica.

De acuerdo con lo que acabamos de transcribir, resulta que en las normas que regulan la vivienda protegida no está exactamente tipifica-

do como infracción administrativa la ocupación sin título suficiente de una vivienda de titularidad pública. La infracción que más podría aproximarse a ese hecho es la prevista en el artículo 8 (infracciones muy graves) de la Ley 9/2003, de 26 de marzo, de régimen sancionador de viviendas protegidas de Madrid, que la tipifica de la siguiente forma: «j) Alterar el régimen de uso establecido para las viviendas protegidas».

Es verdad que en ese organismo se han tramitado en el año 2010 hasta 8 desalojos penales por usurpación. Entendemos que para ello se habrá acudido a lo dispuesto en el artículo 245 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprobó el actual Código Penal.

En dicho precepto se señala lo siguiente:

1. Al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena, se le impondrá, además de las penas en que incurriere por las violencias ejercidas, una multa de seis a dieciocho meses, que se fijará teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado.

2. El que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses.

De los datos que obran en esta Defensoría se desprende que la utilización que ha hecho ese Instituto de esa vía penal ha sido excepcional y casi siempre por una situación prevista en el apartado segundo.

Tampoco consideramos que ese organismo esté utilizando en estos casos las infracciones y sanciones previstas en el artículo 19 de la Ley 3/2001, de 21 de junio, del patrimonio de la Comunidad de Madrid, que establece lo siguiente:

1. Las personas físicas o jurídicas públicas o privadas que, por dolo o negligencia, causen daños en los bienes o derechos de la Comunidad de Madrid o los usurparen de cualquier forma, incurrirán en infracción administrativa grave.

La infracción será sancionada con una multa, cuyo importe se establecerá entre el valor del perjuicio ocasionado o de lo usurpado y el doble del mencionado valor.

En el apartado 6 de ese mismo artículo se dispone que «para graduar la multa, se atenderá a la entidad económica del daño o de la usurpación, a la reiteración por parte de la persona responsable y al grado de culpabilidad del infractor».

Por su parte, el artículo 20 de esa misma ley regula el procedimiento sancionador y prescripción de esas infracciones de la siguiente forma:

1. La determinación del importe de los daños, la imposición de sanciones y la exigencia de las responsabilidades previstas en el artículo anterior se acordará y ejecutará en vía administrativa, conforme al procedimiento sancionador de la Comunidad de Madrid.

2. Dicha responsabilidad será independiente de la que pueda exigirse en vía jurisdiccional civil o penal.

3. Las infracciones y sanciones graves y leves previstas en el artículo anterior prescribirán a los dos años y al año, respectivamente, a contar, en cada caso, desde el día en que la infracción se hubiera cometido o desde que la sanción adquiera firmeza.

Desconocemos si ese Instituto ha hecho uso de estos procedimientos sancionadores y, en el caso de que no sea así, las razones por las que no aplica estos preceptos. Lo que sí nos ha informado recientemente ese organismo con ocasión de la queja 10014385 es de que «una vez que una vivienda propiedad de este Instituto se queda desocupada (renuncia, recuperación posesoria, procedimiento judicial de desahucio, etc.), se inicia un protocolo de actuación (reparación de daños y desperfectos de la vivienda, tabicado en situaciones de inminente ocupación, puesta a disposición de vigilancia, etc.)».

Aunque, dadas las circunstancias de las personas que intervienen en estos hechos, es posible que esa Administración huya del ejercicio de la potestad sancionadora cuando se producen situaciones como las aquí estudiadas, sin embargo, parece que tampoco se está exigiendo en estas ocupaciones la responsabilidad patrimonial, que no tiene el carácter de sanción, que se deriva de lo previsto en el apartado 8 del artículo 11 de la Ley 3/2001 que señala que «serán de cuenta del ocupante todos los gastos que ocasione el desalojo, incluido, el de los daños y perjuicios que se produzcan en los bienes usurpados, pudiendo hacerse efectivo su importe por la vía de apremio» y eso que en las notificaciones que se envían a los ocupantes ilegales se les comunica

que «de no llevar a cabo el abandono del inmueble, serán exigidos los daños y perjuicios ocasionados a esta Administración Pública».

Quinta. A pesar de que son bastantes las familias que actualmente están ocupando una vivienda de titularidad pública sin contar con título suficiente, en estos momentos no puede aplicarse la regulación que se hizo al amparo de la Ley 18/2000, de 27 de diciembre, de Medidas [Fiscales y Administrativas] de Madrid para 2001, para quienes se encontraban en esa situación desde antes del 1 de octubre de 2000.

Ahora se trata de adoptar otras medidas distintas y que contribuyan a atajar este problema que cada vez aumenta más. Acabamos de señalar la existencia de unos preceptos que no se aplican a estas situaciones bien porque ese Instituto puede alegar que jurídicamente es dudosa su aplicación o porque puede considerar que socialmente no es conveniente. No obstante, en la regulación de esta materia existen otras normas que también inciden en que esas viviendas de su propiedad sean gestionadas debidamente y ocupadas por quienes resulten adjudicatarios tras haber seguido el procedimiento previsto.

Es verdad que la disposición adicional séptima del Decreto 74/2009, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid, da una nueva redacción al artículo 7 del Decreto 19/2006, de 9 de febrero, por el que se regula el proceso de adjudicación de viviendas del Instituto de la Vivienda de Madrid, que queda redactado con el siguiente tenor literal:

1. Podrán solicitar viviendas de titularidad pública a las que se refiere el presente Decreto las personas físicas en quienes concurren los siguientes requisitos:

No encontrarse ocupando una vivienda o inmueble, sin título suficiente para ello. Dicha ocupación conllevará la inadmisión de toda solicitud en un plazo de dos años a contar desde la fecha de desalojo, salvo abandono voluntario de la misma debidamente acreditado.

Podemos considerar que ese precepto, que no contiene una infracción administrativa tipificada sino una restricción de un posible derecho, no tiene la contundencia suficiente como para animar a los ocupantes a que abandonen voluntariamente la vivienda, una vez que han recibido el contenido de la resolución en la que se acuerda la recuperación posesoria del inmueble.

En efecto, a pesar de que se transcribe ese contenido en dicha notificación, quienes están ocupando una vivienda de forma irregular no deponen su situación porque piensan que, una vez llegado el desalojo forzoso, volverán a ocupar otra vivienda y si se produce ese desalojo solo tienen que esperar dos años para presentar su petición de una vivienda protegida sin que sufran mayor perjuicio por su anterior actuación.

Del estudio comparativo que hemos hecho con las normas aprobadas en otras comunidades autónomas se desprende que algunas de ellas, no solo incluyen las limitaciones antes señaladas sino que, además, incrementan las consecuencias negativas que tienen para los ocupantes tal actuación. Así, en el Decreto 115/2006, de 27 de junio, que regula el procedimiento de adjudicación de viviendas de promoción pública de la Comunidad Autónoma de Extremadura, se excluye del proceso de selección a quienes han estado ocupando ilegalmente una vivienda de promoción pública durante el período de los tres años anteriores al momento de la apertura del proceso de selección y en el Decreto 3/2004, de 20 de enero, de Vivienda de Protección Pública de Castilla-La Mancha, se dispone que no podrán acceder a una vivienda con protección pública aquellos solicitantes que hubieran sido desahuciados de una de estas viviendas, por cualquier causa, y ello durante un plazo de tres años desde que fuera ejecutado dicho desahucio.

La normativa que se viene aplicando en estos casos con más contundencia es la Orden FOM/1982/2008, de 14 de noviembre, que regula el procedimiento para la selección de los adquirentes y arrendatarios de viviendas protegidas en Castilla y León ya que preceptúa en su artículo 6 que no podrán acceder a una vivienda protegida quienes hayan sido desahuciados de una vivienda protegida por causa imputable al interesado.

Esta Defensoría tampoco tiene conocimiento de que ese Instituto esté aplicando en estas situaciones las otras prerrogativas administrativas que, además de la recuperación posesoria, están contempladas en el artículo 11 de la citada Ley 3/2001, de 21 de junio, del patrimonio de la Comunidad de Madrid, cuando exista resistencia al desalojo. En dicho artículo se dispone que, con el fin de vencer esa resistencia a cumplir con la orden de desalojo, también se pueden imponer multas coercitivas de hasta un 5 por ciento del valor de los bienes ocupados, reiteradas por períodos de 8 días, hasta que se produzca el desalojo.

Por lo expuesto, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, procedemos a formular la siguiente recomendación:

«Que, en cumplimiento de los principios que rigen todo el actuar administrativo como son los de economía, eficacia, coordinación, legalidad, seguridad jurídica y sometimiento en todo momento a la ley y al Derecho, ese Instituto adopte las medidas necesarias con las que se mejoren los resultados que se han venido obteniendo en los procedimientos de recuperación posesoria de las viviendas de su propiedad que hayan sido ocupadas por personas sin título. Entre esas medidas están el incremento de los medios personales, la eliminación de vestigios que indiquen que una vivienda está vacía mientras se adjudica al solicitante que le corresponda, la diligencia y celeridad en el inicio de las actuaciones para requerirles que la abandonen, etc.

Que, en caso de resistencia al desalojo de esas viviendas ocupadas indebidamente, también se ejerzan las otras prerrogativas previstas en el artículo 11 de la Ley 3/2001, de 21 de junio, del Patrimonio de la Comunidad de Madrid, como la imposición de multas coercitivas de hasta un 5 por ciento del valor de los bienes ocupados reiteradas por períodos de 8 días, hasta que se produzca el desalojo y el cobro, incluso por la vía de apremio, de todos los daños y perjuicios que causen tanto durante la ocupación de esas viviendas como durante el desalojo o, en su caso, que se tramiten las infracciones y sanciones previstas en los artículos 19 y 20 de esa Ley 3/2001, de 21 de junio.

Que, con el fin de que no resulten infructuosos los procedimientos seguidos para el desalojo de esas viviendas de titularidad pública ocupadas ilegalmente, se lleven a cabo las reformas legales y reglamentarias necesarias que modifiquen y completen las normas actualmente en vigor en especial la Ley 9/2003, de 26 de marzo, de régimen sancionador de viviendas protegidas de Madrid, que contenga una precisa tipificación de las infracciones y sanciones por la realización de esos hechos, o el agravamiento de las consecuencias que tienen esas ocupaciones ilegales para la adjudicación de una vivienda de titularidad pública o para la concesión de otras ayudas económicas y sociales que pueda otorgar la Comunidad de Madrid».

Agradeciendo la remisión a esta Institución del preceptivo informe, en el que se ponga de manifiesto la aceptación de esta recomendación o, en su caso, las razones que estime para no aceptarla, y ello

de conformidad y en el plazo previsto en el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos.

Madrid, 2 de febrero de 2011.

Recomendación dirigida al Director Gerente del Instituto de la Vivienda de Madrid. Comunidad de Madrid.

Recomendación 13/2011, de 2 de febrero, sobre cumplimiento de los preceptos que regulan el uso de las lenguas oficiales del Estado en sus sedes electrónicas.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, págs. 491-492*)

Es de referencia su escrito de fecha 4 de octubre de 2010, en el que se informa a esta Institución en relación con la queja planteada por don (...), inscrita en el registro del Defensor del Pueblo con el número arriba indicado.

En la citada queja el reclamante manifestaba su malestar ante el hecho de que los contenidos que se encuentran en la página web de ese Servicio (www.gencat.cat/ics/usuarios/visites.htm), desde la que se pueden concertar visitas médicas, se encuentre redactada únicamente en lengua catalana, contraviniendo con ello la normativa legal vigente en materia de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos.

Sobre la citada queja se emite informe en el que se alude al Acuerdo de Gobierno, de 23 de julio de 2002, sobre el uso del catalán y de otras lenguas en las webs de la Administración de la Generalidad de Cataluña, como fundamento de la conclusión que en el mismo se expresa de que la lengua catalana es el vehículo normal de información y comunicación de las webs de todos los departamentos de la Generalidad, de sus organismos autónomos y de las empresas que dependan de ella, resultando opcional el uso de otras lenguas distintas del catalán, según el criterio del organismo correspondiente, sin que nunca se puedan utilizar estas últimas con carácter preferente.

En el escrito de fecha 15 de septiembre de 2010, mediante el que esta Institución inició la presente tramitación, se citaba como fundamento de la actuación practicada la disposición adicional sexta de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, en la que se establece lo siguiente:

«1. Se garantizará el uso de las lenguas oficiales del Estado en las relaciones por medios electrónicos de los ciudadanos con las administraciones públicas, en los términos previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en la normativa que en cada caso resulte de aplicación.

2. A estos efectos, las sedes electrónicas cuyo titular tenga competencia sobre territorios con régimen de cooficialidad lingüística posibilitarán el acceso a sus contenidos y servicios en las lenguas correspondientes.

3. Los sistemas y aplicaciones utilizados en la gestión electrónica de los procedimientos se adaptarán a lo dispuesto en cuanto al uso de lenguas cooficiales en el artículo 36 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

4. Cada administración pública afectada determinará el calendario para el cumplimiento progresivo de lo previsto en la presente disposición, debiendo garantizar su cumplimiento total en los plazos establecidos en la disposición final tercera».

El artículo 36 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) establece, por su parte, en cuanto a la lengua de los procedimientos, que:

«1. La lengua de los procedimientos tramitados por la Administración General del Estado será el castellano. No obstante lo anterior, los interesados que se dirijan a los órganos de la Administración General del Estado con sede en el territorio de una comunidad autónoma podrán utilizar también la lengua que sea cooficial en ella.

En este caso, el procedimiento se tramitará en la lengua elegida por el interesado. Si concurrieran varios interesados en el procedimiento, y existiera discrepancia en cuanto a la lengua, el procedimiento se

tramitará en castellano, si bien los documentos o testimonios que requieran los interesados se expedirán en la lengua elegida por los mismos.

2. En los procedimientos tramitados por las administraciones de las comunidades autónomas y de las entidades locales, el uso de la lengua se ajustará a lo previsto en la legislación autonómica correspondiente.

3. La Administración Pública instructora deberá traducir al castellano los documentos, expedientes o partes de los mismos que deban surtir efecto fuera del territorio de la comunidad autónoma y los documentos dirigidos a los interesados que así lo soliciten expresamente. Si debieran surtir efectos en el territorio de una comunidad autónoma donde sea cooficial esa misma lengua distinta del castellano, no será precisa su traducción».

En cuanto a la normativa de la Comunidad Autónoma de Cataluña, a la que se remite el apartado segundo del artículo de la LRJPAC, que ha quedado transcrito, parece procedente hacer en primer lugar referencia al Estatuto de Autonomía de Cataluña, norma institucional básica que define los derechos y deberes de la ciudadanía de Cataluña, las instituciones políticas de la nacionalidad catalana, sus competencias y relaciones con el Estado, y la financiación de la Generalidad de Cataluña.

El artículo 6 del Estatuto de Cataluña, bajo el epígrafe «La lengua propia y las lenguas oficiales», establece lo siguiente en sus dos primeros apartados:

«1. La lengua propia de Cataluña es el catalán. Como tal, el catalán es la lengua de uso normal y preferente de las administraciones públicas y de los medios de comunicación públicos de Cataluña, y es también la lengua normalmente empleada como vehicular y de aprendizaje en la enseñanza.

2. El catalán es la lengua oficial de Cataluña. También lo es el castellano, que es la lengua oficial del Estado español. Todas las personas tienen el derecho de utilizar las dos lenguas oficiales y los ciudadanos de Cataluña tienen el derecho y el deber de conocerlas. Los poderes públicos de Cataluña han de establecer las medidas necesarias para facilitar el ejercicio de estos derechos y el cumplimiento de este deber. De acuerdo con lo que dispone el artículo 32, no puede haber discriminación por el uso de cualquiera de las dos lenguas».

El propio Estatuto de Autonomía de Cataluña, al regular en su artículo 32 los «Deberes y derechos de conocimiento y uso de las lenguas», dispone:

«Todas las personas tienen derecho a no ser discriminadas por razones lingüísticas. Los actos jurídicos hechos en cualquiera de las dos lenguas oficiales tienen, por lo que respecta a la lengua, validez y eficacia plenas».

Por último, el artículo 33 del Estatuto, al regular los «Derechos lingüísticos ante las administraciones públicas y las instituciones estatales», determina en su apartado 1:

«1. Los ciudadanos tienen el derecho de opción lingüística. En las relaciones con las instituciones, las organizaciones y las administraciones públicas en Cataluña, todas las personas tienen derecho a utilizar la lengua oficial que elijan. Este derecho obliga a las instituciones, organizaciones y administraciones públicas, incluida la administración electoral en Cataluña, y, en general, a las entidades privadas que dependan de las mismas cuando ejercen funciones públicas».

Por otro lado, cabe señalar que si, en el marco jurídico estatal, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, ha garantizado, en los términos ya expuestos, el uso de las lenguas oficiales en las sedes electrónicas y en la gestión electrónica de los procedimientos, la Ley 29/2010, de 3 de agosto, del Parlamento de Cataluña, sobre uso de medios electrónicos del sector público de Cataluña, contiene prescripciones en el mismo sentido.

En efecto, la disposición adicional quinta de la mencionada ley, relativa al «Uso de las lenguas oficiales en los medios electrónicos», en su apartado 1 dispone que:

«1. Las aplicaciones que las entidades que integran el sector público ponen a disposición de los ciudadanos deben permitir que la consulta, la participación y la tramitación se puedan hacer en la lengua oficial escogida por la persona interesada y deben permitir cambiar la opción lingüística en cualquier momento».

En base a cuanto queda expuesto, y en 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 formular a V. I. la siguiente recomendación:

«Que, con el objeto de dar cumplimiento a los preceptos legales que han quedado detallados en el cuerpo de este escrito, se pongan a disposición de los ciudadanos, en todas las lenguas oficiales de Cataluña, todos los contenidos de las sedes electrónicas de las que sea titular ese Servicio, de manera que aquellos puedan hacer uso de cualquiera de dichas lenguas al relacionarse por medios electrónicos con ese Servicio Catalán de Salud, y acceder a sus contenidos y servicios en las lenguas correspondientes».

Agradeciendo de antemano a V. I. la remisión a esta Institución, en plazo no superior a un mes, del informe preceptivo a que hace referencia el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, en el que se ponga de manifiesto la aceptación de la recomendación formulada o, en su caso, las razones en que se basa su no aceptación.

Madrid, 2 de febrero de 2011.

Recomendación dirigida al Director del Servicio Catalán de Salud. Generalitat de Catalunya.

Recomendación 14/2011, de 2 de febrero, acerca del retraso en el requerimiento de subsanación y mejora de solicitudes de licencia.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 495*)

Se ha recibido escrito de doña (...) en el que formula alegaciones en relación con el informe de ese Ayuntamiento referido a la queja arriba indicada.

La interesada, en esencia, reitera que las obras que pretendía ejecutar no requerían la presentación de descripción fotográfica, que, además, el requerimiento de 19 de junio de 2006 para aportar documentación a la solicitud de licencia urbanística no se llevó a cabo dentro del plazo habilitado para ello por la Ordenanza de Tramitación de Licencias Urbanísticas y que no se resolvió su recurso de alzada.

Sin perjuicio de que esta Defensoría haya comunicado a la interesada que no advertimos irregularidad en el contenido del requerimiento de subsanación y mejora de su solicitud ni en los requisitos exigidos, ya que están amparados en la normativa aplicable, consideramos preciso, una vez examinada la documentación aportada tanto por ese Ayuntamiento como por la interesada, realizar las siguientes observaciones:

1) Según se desprende de la información facilitada, el 16 de noviembre de 2005, tras advertir los Servicios Técnicos de ese Ayuntamiento que la actuación proyectada no estaba incluida entre las que la Ordenanza Municipal de Tramitación de Licencias regula para su

tramitación por el procedimiento de actuación comunicada, se puso en conocimiento de la interesada que debía ajustar su petición al procedimiento ordinario abreviado aportando la documentación exigida en la ordenanza.

El 1 de diciembre de 2005 la interesada presentó la correspondiente solicitud de licencia urbanística por procedimiento ordinario, solicitando que la documentación presentada se trasladase al nuevo expediente.

El 12 de enero de 2006 se archivó el expediente (...), iniciándose el nuevo con el n.º (...).

Indica ese Ayuntamiento que el 14 de marzo de 2006, tres meses y medio después de la presentación de la nueva solicitud, se examinó la documentación facilitada por la interesada y se advirtió que faltaban tres ejemplares del proyecto técnico suscrito por técnico competente y visado por el colegio oficial correspondiente, acompañado de las hojas de encargo de las direcciones facultativas correspondientes y descripción fotográfica en color, por lo que el 22 de marzo de 2006 se requirió a la interesada para que aportase dicha documentación.

Esta Defensoría debe manifestar que de la información anterior se desprende que, tal y como reitera la interesada en sus escritos, la fecha de requerimiento de subsanación de la solicitud excedía el plazo indicado en los artículos 41 y 42 de la Ordenanza Municipal de Tramitación de Licencias Urbanísticas.

Obviamente este retraso no implica, como afirma la interesada, que se hubiera producido silencio positivo en su caso ya que no aportó la documentación solicitada y, por tanto, la solicitud nunca reunió los requisitos exigidos en el anexo 1, sin embargo, el hecho de que no se permita que se adquieran facultades en contra de la ordenación urbanística por silencio administrativo positivo, no implica que la Administración pueda permitirse dejar de ser rigurosa en la tramitación de los procedimientos.

Además, debemos resaltar que de la documentación remitida cabe deducir que el retraso en la solicitud de subsanación no es el único que se ha producido en el expediente (...), puesto que consta que la interesada realizó alegaciones al requerimiento el 22 de marzo de 2006 pero hasta el 10 de diciembre de 2008 no se le notificó el archivo de su solicitud y se dio respuesta a sus alegaciones.

Asimismo, y aunque no se ha informado a esta Defensoría de la fecha concreta de presentación del recurso de reposición presentado contra el archivo de la solicitud de la licencia, cabe deducir que éste se llevó a cabo dentro del plazo indicado para ello, pero la resolución no se produjo hasta el 2 de octubre de 2009.

Atendiendo a lo indicado, recordamos a ese Ayuntamiento que los interesados en los procedimientos de licencias urbanísticas tienen derecho a la tramitación del procedimiento sin dilaciones indebidas, obteniendo un pronunciamiento expreso que conceda o deniegue la licencia urbanística solicitada dentro del plazo máximo para resolver dicho procedimiento.

2) En el informe remitido manifiesta que no consta en los archivos municipales que se interpusiera recurso de alzada contra el requerimiento del Negociado de Licencias del Distrito de San Blas de fecha 22 de marzo de 2006 para que aporte documentación al expediente (...), sin embargo, la interesada nos ha remitido copia de dicho recurso así como el resguardo original del envío del mencionado recurso a través de una carta certificada de fecha 29 de junio de 2006 con aviso de recibo (...).

A la vista de lo anterior, resulta a esta Defensoría cuando menos sorprendente que la Junta Municipal del Distrito de San Blas haya recibido las alegaciones de la interesada pero no el recurso presentado el mismo día y enviado también por carta certificada, por lo que entendemos que dicho recurso ha podido extraviarse en las dependencias municipales.

En este sentido debemos recordar que el artículo 41 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común establece: «Los titulares de las unidades administrativas y el personal al servicio de las Administraciones Públicas que tuviesen a su cargo la resolución o el despacho de los asuntos, serán responsables directos de su tramitación y adoptarán las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos, disponiendo lo necesario para evitar y eliminar toda anormalidad en la tramitación de procedimientos».

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:

«1) Que los Servicios Técnicos de ese Ayuntamiento examinen las solicitudes de licencia y la documentación aportada en el plazo de diez días y, en caso de que la solicitud no reúna los requisitos exigidos o si la documentación estuviera incompleta, requieran dentro de ese plazo a los interesados para que subsanen la falta o acompañen la documentación preceptiva, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 41, 42 y 56 de la Ordenanza Municipal de Tramitación de Licencias Urbanísticas

2) Que las unidades y departamentos de ese Ayuntamiento actúen de conformidad con los principios de eficacia, economía y celeridad contemplados en el artículo 103 de la Constitución española y el artículo 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con el objeto de evitar dilaciones indebidas en la tramitación de los procedimientos.

3) Que el órgano competente para resolver los procedimientos dicte y notifique, en tiempo y forma, resolución expresa y motivada otorgando o denegando las licencias urbanísticas que se soliciten y estimando o desestimando los recursos de reposición que se presentan, cumpliendo así lo establecido en los artículos 42 y 117 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común».

Agradeciendo la remisión a esta Institución 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.

Madrid, 2 de febrero de 2011.

Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Madrid.

Recomendación 15/2011, de 2 de febrero, acerca de la utilización de trasteros como vivienda en el municipio.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 495*)

Se han recibido escritos de ese Ayuntamiento (s/refs...) en relación con la queja presentada ante esta Institución por doña (...), registrada con el número arriba indicado.

Estudiado el último informe recibido y nuevamente el resto de la documentación remitida, resulta que ese Ayuntamiento, tras efectuar las correspondientes inspecciones, ha constatado a lo largo de varios años la utilización como vivienda de superficies situadas bajo cubierta de edificios que figuran tanto en las licencias como en el Registro de la Propiedad como trasteros, actuación que, conforme a la normativa vigente en ese municipio no sólo es ilegal sino ilegalizable.

Informa esa alcaldía que actualmente se está estudiando la posibilidad de legalización de dichos espacios mediante la revisión del Planeamiento municipal, sin embargo, es oportuno resaltar que, hoy por hoy, dicha modificación no se ha producido ni tiene visos de producirse en breve, puesto que está en fase de preparación y estudio por los técnicos municipales, no existiendo hasta la fecha ninguna propuesta de solución.

A la vista de lo señalado, y a pesar de que esta Defensoría entiende las dificultades tanto urbanísticas como sociales a las que se enfrenta ese Ayuntamiento para resolver este problema, no podemos dejar de llamar la atención sobre el hecho de que el uso de trasteros como viviendas en ese municipio no es un acontecimiento nuevo sino

que, como reconocen en sus informes, es una situación que arrastran desde 1988, habiendo transcurrido, por tanto, 12 años sin que se haya solucionado. Además, aunque en un futuro puedan producirse modificaciones en la normativa urbanística que ampare los usos citados, lo cierto es que actualmente no tienen cobertura legal.

Informa el Ayuntamiento que la solución a nivel administrativo sería impedir el uso y ordenar el desalojo en todas las fincas situadas en el término municipal en las que se produce esta situación, sin embargo, manifiesta sus reticencias hacia esta opción y comunica que la única actuación que ha llevado a cabo es la adopción de medidas disuasorias, meramente informativas, tales como, colocar avisos en los portales, que reconocen no han resultado efectivas para evitar e impedir un uso indebido de esos espacios.

También entiende esta Defensoría las reservas que manifiesta esa Corporación municipal a ordenar y ejecutar desalojos, máxime cuando, aunque los trasteros no se destinen al uso admitido sí parecen tener las condiciones higiénicas, de iluminación, ventilación y de seguridad necesarias para poder ser habitables y, además, supondría dejar sin alojamiento a numerosas familias, ya que el municipio carece actualmente de viviendas para proceder al realojo.

Sin embargo, aunque la potestad de control de la legalidad urbanística se vea limitada por el principio de proporcionalidad, debemos recordar que la exigencia contenida en el citado principio no significa que esté justificado abstenerse de actuar ante actuaciones contrarias a la normativa ni desvirtúa el hecho comprobado de que se están utilizando como vivienda unos espacios que jurídicamente son trasteros, actuación que reiteramos no sólo es ilegal sino actualmente ilegalizable, ni tampoco impide al Ayuntamiento buscar y poner en práctica otros medios legales para conseguir su objetivo, que no es otro que frenar el uso y arrendamiento de dichos espacios.

Conviene recalcar que no sólo nos encontramos ante un uso indebido de los trasteros sino que muy probablemente se han llevado a cabo obras para hacerlos habitables como vivienda y cuentan con suministro de energía eléctrica, agua y gas, pese a no contar con licencia municipal. Hechos que, dada la inactividad de esa Administración local, no sólo no favorecen las labores informativas llevadas a cabo por ese Ayuntamiento para tratar de atajar dicho uso sino que contribuyen a la creación de una sensación de impunidad entre los ciudadanos que esta Institución no puede aceptar.

Considera esta Defensoría que los hechos señalados –de los cuales ese Ayuntamiento tiene constancia dado que sus técnicos han girado inspecciones– deberían haber dado lugar a la incoación y tramitación de los correspondientes expedientes de protección de la legalidad y sancionadores a los propietarios de los trasteros, máxime cuando asegura ese Ayuntamiento que en su mayor parte dichos espacios están siendo ocupados en régimen de alquiler y, por tanto, los arrendadores se están lucrando mediante un uso indebido de un espacio no habitable ante la pasividad de esa Corporación municipal.

Parece olvidar esa alcaldía que la intervención administrativa y las potestades de protección de la ordenación y de sanción de las infracciones son de ejercicio inexcusable y que las autoridades y funcionarios están obligados a iniciar y tramitar los procedimientos establecidos para el ejercicio de tales potestades, de acuerdo con los principios de eficacia, economía y celeridad contemplados en el artículo 103 de la Constitución y en el artículo 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con el objetivo de evitar que el incumplimiento de la normativa pueda redundar en el beneficio de los infractores de las normas y vaya en detrimento del propio municipio y sus vecinos.

Atendiendo a lo señalado, no está justificado que se abstenga de incoar los oportunos expedientes de protección de la legalidad, tramitarlos y resolverlos motivadamente de conformidad con lo establecido en el artículo 89 de la Ley 30/1992. Asimismo, como viene sosteniendo esta Defensoría, tampoco hay posibilidad de optar entre incoar o no un expediente sancionador cuando se comete una infracción urbanística porque la potestad disciplinaria de la Administración es una cuestión de orden público ejercitable por obligación, no siendo, por tanto, discrecional sino imperativa e inexcusable (artículo 127 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

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 sugerencia:

«Que por esa Corporación, en el ejercicio de sus potestades urbanísticas y, tras llevar a cabo la oportuna inspección y constatar la existencia de actuaciones o usos contrarios a la normativa vigente en el edificio situado en la calle (...), incoe de forma inmediata expedien-

te de protección de la legalidad urbanística y sancionador contra los responsables».

Asimismo, se ha considerado procedente dirigirle la siguiente recomendación:

«Que con carácter general reaccione eficazmente ante la transgresión del orden urbanístico infringido de manera que cuando tenga conocimiento de que en su municipio se están produciendo actuaciones contrarias a la legislación en materia de suelo y ordenación urbana, ejerza las potestades urbanísticas que tiene asignadas inspeccionando las obras, edificaciones y usos de suelo para comprobar su adecuación al ordenamiento jurídico, adoptando las medidas necesarias para la restauración del orden urbanístico y sancionando a los responsables de las infracciones».

Agradeciendo la remisión a esta Institución del preceptivo informe, en el que se ponga de manifiesto la aceptación de la sugerencia y la recomendación o, en su caso, de las razones que se estimen para no aceptarlas, de conformidad con el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos.

Madrid, 2 de febrero de 2011.

Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Torrelodones (Madrid).

Recomendación 16/2011, de 15 de febrero, sobre el internamiento no voluntario por trastorno psíquico.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 498*)

Han comparecido ante esta Institución, mediante el correspondiente escrito, el Excmo. Sr. Justicia de Aragón y el Excmo. Sr. Defensor del Pueblo de Navarra.

Sustancialmente exponen la consecuencia de las Sentencias del Tribunal Constitucional n.º 131/2010 y 132/2010, ambas de 2 de diciembre, por las que se declaran inconstitucionales, respectivamente, el párrafo primero del artículo 211 del Código Civil, así como los párrafos primero y segundo del artículo 763,1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, dado que posibilitan el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, pues en tanto que constituye una privación de libertad, esta medida sólo puede regularse mediante ley orgánica.

Sin perjuicio de que la doctrina fijada en las sentencias antes citadas consiste en no declarar la nulidad de los preceptos citados, pero sí su inconstitucionalidad, tal situación anómala ha despertado inquietud entre los operadores jurídicos que han de aplicar la medida de internamiento de las personas incapacitadas por razón de trastorno psíquico, situación que aconseja que la materia fuera regulada en lo sucesivo mediante una ley orgánica.

De hecho, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 132/2010, declara: «Estamos por consiguiente, en presencia de una vulneración de la Constitución que sólo el legislador puede remediar, razón por la

que resulta obligado instar al mismo para que, a la mayor brevedad posible, proceda a regular la materia de internamiento no voluntario por razón del trastorno psíquico mediante ley orgánica».

Por otra parte, en un sentido similar al planteado en la queja formulada por el Justicia de Aragón, se ha recibido asimismo en esta Institución escrito del Defensor del Pueblo de Navarra, que plantea la ocasión de que, al hilo del borrador del anteproyecto de Ley de Salud Pública que, según afirma el comisionado autonómico, se está tramitando en la actualidad por ese departamento, se incluya una regulación completa y actualizada de todo lo relativo al internamiento y tratamiento médico-clínico forzoso de personas, entre lo que se podrían citar aspectos tales como el tratamiento ambulatorio involuntario de enfermos mentales, el internamiento y tratamiento forzoso de personas por razones de salud pública y las limitaciones normativas por enfermedades infecto-contagiosas que pueden considerarse vulneradoras del derecho fundamental a la no discriminación por razón de enfermedad.

Valorando, 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. E. la siguiente recomendación:

«Que ese departamento ministerial proceda a la mayor brevedad posible a regular mediante la redacción de un anteproyecto de ley orgánica los aspectos relatados a lo largo de este escrito, y de forma particular, se dote de la adecuada cobertura y rango normativo suficiente a medidas como el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico que crean situaciones en que la libertad personal del individuo queda totalmente anulada».

En la seguridad de que esta recomendación será objeto de atención por parte de V. E. y en espera de la preceptiva respuesta.

Madrid, 15 de febrero de 2011.

Recomendación dirigida a la Ministra de Sanidad, Política Social e Igualdad.

Recomendación 17/2011, de 3 de marzo, sobre creación de juzgados penales.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 488*)

Como consecuencia de la publicación de los datos contenidos en el informe elaborado por el Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial en el año 2008, sobre la situación general de la pendencia en los juzgados penales y de ejecutorias de España, esta Institución consideró oportuno en su día la apertura de una queja de oficio.

Posteriormente, se solicitó al Consejo General del Poder Judicial un informe con los datos actualizados, con el fin de conocer la realidad actual, habiéndose recibido el estudio elaborado por el Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial sobre la situación de los juzgados penales y de ejecutorias en cada una de las comunidades autónomas, provincias y partidos judiciales.

Del extenso y detallado estudio, hemos podido conocer que en los juzgados de lo penal (con y sin ejecutorias) a nivel nacional, en el año 2007 se registraron 159.197 asuntos, resolviéndose un total de 144.224, y quedando pendiente la cifra de 88.956. En el año 2009, los asuntos registrados ascendieron a 184.787, de los cuales se resolvieron 161.661, quedando pendientes de resolución 134.534 asuntos.

Completan el cuadro estadístico indicando que si bien en el año 2007 se dictaron 131.951 sentencias habiendo 309 juzgados de lo penal, en el año 2009, con 326 órganos, el número ascendió a 148.319.

Los datos nacionales correspondientes a ejecutorias tramitadas también por estos juzgados, indican que en el año 2007 se registraron 184.046, de las cuales se resolvieron 173.936, quedando pendientes de resolver 188.805 ejecutorias. Por su parte, los datos correspondientes al año 2009 indican que se registraron 237.803 ejecutorias, de las que 209.291 fueron resueltas, dejando pendiente la cifra de 267.560.

Después de realizar un exhaustivo estudio de la situación de cada una de las comunidades autónomas, el Consejo General del Poder Judicial ofrece sus conclusiones con expresa indicación de los partidos judiciales de lo penal que precisan de la creación de nuevos juzgados, distinguiendo en su tabla entre «conveniencia» y «necesidad perentoria».

De los datos ofrecidos se concluye que, habiendo en el momento de la elaboración del estudio 326 juzgados penales con y sin ejecutorias, resulta conveniente la creación de 9 juzgados más, y necesaria la de 42, sumando un total de 51 juzgados a crear.

Desglosando la cifra antedicha, tenemos que en Andalucía estiman conveniente la creación de 3, y necesaria la de 10; en Canarias necesaria la de 2; en Castilla y León conveniente 1; en Castilla-La Mancha conveniente 1 y necesario 1; en Cataluña necesarios 10; en Murcia necesario 1; en Illes Balears conveniente 1; en Madrid conveniente 1 y necesarios 13; en Navarra conveniente 1, y por último, en Valencia, conveniente 1 y necesarios 5.

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 al derecho a una tutela judicial efectiva, como uno de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, ha valorado la conveniencia de dar traslado a V. E. de la siguiente recomendación:

«Que se estudie y en su caso, se apruebe, la creación de los Juzgados Penales necesarios en función de los datos que participa el Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial que arriba se dicen, teniendo especial consideración por aquellos catalogados como necesarios, con el fin de ofrecer un servicio judicial eficaz a los ciudadanos y subsanar las aparentes carencias que presenta la actual planta judicial».

Agradeciendo la colaboración que de forma habitual presta a esta Institución, y esperando la contestación oportuna respecto a la recomendación que se le efectúa.

Madrid, 3 de marzo de 2011.

Recomendación dirigida al Ministro de Justicia.

Recomendación 18/2011, de 3 de marzo, sobre el ejercicio de la potestad sancionadora en materia acústica.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 499*)

Se ha recibido escrito de don (...) en el que formula alegaciones en relación con el informe de esa Consejería (s/ref...) referido a la queja arriba indicada.

Contrastado lo informado por esa Administración con lo alegado por el reclamante, esta Defensoría considera que la Comunidad de Madrid ha podido infringir las leyes de procedimiento, limitándose a la remisión de la denuncia al Ayuntamiento, en una interpretación excesivamente escrupulosa y formalista de las normas.

Ya fue expresado en comunicación anterior que en el escrito del reclamante, de 4 de septiembre de 2009, se solicitaba no sólo la realización de mediciones sobre el ruido emitido por la fuente ornamental, sino la tramitación como denuncia por posible vulneración de la normativa de medio ambiente y la incoación de expediente sancionador. Por tanto, la remisión de la denuncia la hizo la Comunidad de Madrid a la persona denunciada, esto es, al Ayuntamiento de Boadilla del Monte. La Comunidad de Madrid hizo la remisión al Ayuntamiento en consideración a que según la Ley de Bases del Régimen Local y la Ley del Ruido atribuyen la potestad sancionadora en materia de contaminación acústica a los ayuntamientos, mas siendo el Ayuntamiento el denunciado la remisión deja de tener sentido, pues el artículo 44 del Decreto de la Comunidad de Madrid 78/1999 dispone que en caso de que los ayuntamientos no cumplan con sus obligaciones relativas a la protección contra la contaminación acústica, será entonces esa

Consejería la que haya de requerirles para que adopten tales medidas y si no se adoptan, podrá acordar las actuaciones que estime procedentes, incluido el ejercicio de la potestad sancionadora. También ha quedado dicho que de conformidad con el artículo 11 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora aprobado por Real Decreto 1398/1993, aunque la formulación de una denuncia no vincula al órgano competente para iniciar el procedimiento sancionador, se exige que se comunique al denunciante la iniciación o no del procedimiento y los motivos por los que, en su caso, no procede la iniciación. En consecuencia, debe responderse siempre con un acto que es administrativo, es una manifestación de voluntad y que es, por tanto, eminentemente recurrible (artículo 107.1 Ley 30/1992, de Procedimiento común).

En este caso no resolvió la Comunidad de Madrid sobre la petición de inicio de procedimiento sancionador, ni comunicó al denunciante que no consideraba procedente (ni improcedente) la iniciación del procedimiento, ni menos fundamentó la decisión, pues no puede considerarse como resolución fundada la mera comunicación de remisión de la denuncia al presunto infractor para que sea éste el que resuelva. La Administración autonómica, por lo demás, es siempre competente para abrir, incluso informalmente, unas actuaciones previas para hacer comprobaciones, para informarse. En suma, en el presente caso no parece haber reparado en que su remisión a la Administración en principio competente para sancionar las infracciones por ruido, resultaba sin embargo en la remisión de una denuncia al presunto infractor denunciado, es decir en la neutralización de la potestad sancionadora.

Por lo demás, el reclamante informa que, tras varias gestiones y escritos infructuosos ante el Ayuntamiento de Boadilla del Monte y la Empresa Municipal del Suelo y Vivienda, hubo de presentar recurso contencioso-administrativo por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, que correspondió al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 10 de Madrid; y que tras ser admitido a trámite y celebradas tres comparencias en el Juzgado (estando mientras tanto la fuente suspendida de actividad), se llegó a un acuerdo por el que la fuente podría funcionar con una sola de las cuatro bombas de que consta y en horario de 10 a 14 horas y de 18 a 21 horas. Previamente el Ayuntamiento había sustituido también las 52 boquillas «de chorro» exteriores de la fuente por otras boquillas «de difusión», menos ruidosas. Aunque siguen recibiendo bastante ruido, al menos es soportable; no pretendían in-

utilizar una fuente que ha costado más de 500.000 €. Este acuerdo fue sancionado por el Juzgado mediante Auto 222/2010, de 31 de mayo de 2010, y desde entonces está la fuente en actividad con este régimen.

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 a ese Ayuntamiento la siguiente recomendación:

«Que conforme a la Ley del Ruido, al Decreto de la Comunidad de Madrid 78/1999, al Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora aprobado por Real Decreto 1398/1993, y a la Ley 30/1992, de Procedimiento común: 1ª) valore en lo sucesivo el ejercicio por sí misma de su propia potestad sancionadora en materia acústica; 2ª) sólo tras esa valoración, tramite las denuncias que reciba comunicando al denunciante la iniciación o no del procedimiento cuando la denuncia incluya la petición de inicio y le compete incoarlo y los motivos por los que, en su caso, no procede la iniciación, y 3ª) tenga tal decisión como acto administrativo recurrible».

Agradeciendo la remisión a esta Institución 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.

Madrid, 3 de marzo de 2011.

Recomendación dirigida a la Consejera de Medio Ambiente, Vivienda y Ordenación del Territorio. Comunidad de Madrid.

Recomendación 19/2011, de 3 de marzo, sobre la práctica denominada «botellón» en el municipio.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 500*)

Se acusa recibo a su atento escrito, de fecha 2 de diciembre de 2010, en el que nos contesta a la queja planteada por doña (...) y registrada con el número arriba indicado.

En dicho informe se comunica que el botellón en esa localidad es un fenómeno extendido y que ese Ayuntamiento tiene los medios limitados para hacer frente a él, sin perjuicio de manifestarse, asimismo, que se va a intensificar la presencia policial en las zonas donde se produce el botellón, con objeto de evitar males mayores, solicitando la colaboración del Cuerpo Nacional de Policía.

Esta Institución entiende las dificultades de toda índole, y fundamentalmente de medios personales, que afectan a muchos municipios españoles en lo relativo al control de la actividad del botellón, actividad ésta que se ha popularizado en los últimos tiempos de forma exponencial, con los consiguientes perjuicios y molestias que su celebración origina a los vecinos que residen en los entornos y lugares en los que se produce la citada actividad.

A mayor abundamiento, la interesada pone de relieve el claro incumplimiento de la normativa vigente en esta materia, la cual atribuye expresamente unas competencias definidas a las distintas administraciones, y en especial, a los ayuntamientos, para el debido control de la misma.

Así, por lo que afecta al ámbito de la Comunidad de Madrid y como esa Administración conoce, la Ley de drogodependencias y otros trastornos adictivos de Madrid, Ley 5/2002, de 27 junio, establece en su artículo 30: «No se permitirá la venta ni el consumo de bebidas alcohólicas en la vía pública, salvo terrazas, veladores, o en días de feria o fiestas patronales o similares regulados por la correspondiente ordenanza municipal.

Las entidades locales, a través de las correspondientes ordenanzas municipales, podrán declarar determinadas zonas como de acción prioritaria a los efectos de garantizar el cumplimiento de la prohibición de consumo de bebidas alcohólicas en determinados espacios públicos, fomentando, al mismo tiempo, espacios de convivencia y actividades alternativas, contando para el establecimiento de estas limitaciones con los diferentes colectivos afectados».

Por su parte, el artículo 45 atribuye a las corporaciones locales la competencia de velar, en el marco de sus competencias, por el cumplimiento de las diferentes medidas de control que establece el título III de la presente ley, especialmente en las dependencias municipales, considerándose una infracción leve, según el artículo 45, el consumo de bebidas alcohólicas en la vía pública, y el facilitar o de cualquier modo colaborar para que un menor pueda directa o indirectamente adquirir o apropiarse de bebidas alcohólicas, siempre que la conducta típica se realice al margen de una actividad comercial, empresarial o con carácter lucrativo.

Por su parte, el artículo 61 atribuye las competencias en cuanto al régimen sancionador, estableciendo que «en el ámbito de aplicación de la Ley 17/1997, de 4 de julio, de espectáculos públicos y actividades recreativas, serán competentes para incoar, instruir y resolver los expedientes sancionadores los órganos previstos en dicha ley».

Este texto normativo atribuye a los ayuntamientos en su artículo 43 la competencia para la incoación, instrucción y resolución de los expedientes sancionadores por la comisión de infracciones tipificadas en la presente ley.

Por último, la interesada en una reciente comunicación, afirma que el problema sigue existiendo, pese a haber adoptado ese ayuntamiento determinadas medidas de control policial en la zona de La Garena, tras la recepción de numerosas quejas vecinales por las molestias que ocasiona la actividad del botellón en el citado entorno.

Asimismo, remite imágenes de las consecuencias del botellón en la limpieza viaria, con restos de basuras, vidrios y numerosos destrozos que los jóvenes provocan en el mobiliario urbano y en las propiedades particulares aledañas.

Valorando, 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 en base a la normativa vigente citada a lo largo del presente escrito, ese Ayuntamiento ejerza las funciones tanto de inspección, como de control y sancionadoras que eviten la celebración de la actividad del botellón en la localidad de Alcalá de Henares, erradicando dicha práctica molesta a los vecinos que les impide el normal descanso en sus viviendas y ocasiona numerosos destrozos a las propiedades privadas y municipales».

En la seguridad de que esta recomendación será objeto de atención por parte de V. I. y en espera de la preceptiva respuesta.

Madrid, 3 de marzo de 2011.

Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Alcalá de Henares (Madrid).

Recomendación 20/2011, de 4 de marzo, para que se adecue la plantilla del Registro Civil de Terrassa (Barcelona) a la carga real de trabajo que soporta, dotándolo del número de funcionarios necesario y, si fuera preciso, de los medios materiales y tecnológicos que le permitan ofrecer una prestación del servicio eficaz y en tiempo razonable.

(BOCG. Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 496)

Agradecemos sus atentos escritos (s/ref...), en los que nos contesta a la queja formulada por doña (...).

En relación con la demora en la tramitación del expediente matrimonial que afecta a la señora (...), ha de señalarse que, con motivo de la tramitación del expediente 09007348, esta Institución tuvo conocimiento del informe elevado por la encargada del Registro Civil de (...) a la Dirección General de los Registros y del Notariado con fecha 5 de junio de 2009.

En dicho escrito se ponía de manifiesto la «notoria falta de medios» de dicho Registro Civil y el aumento exponencial de expedientes de inscripción de nacimiento y nacionalidad, debido al aumento de la población inmigrante en (...). Así, en lo que se refiere a expedientes de nacionalidad, señalaba que se dedicaban dos personas para su tramitación y estimaba necesarias diez personas para que el tiempo de respuesta fuera adecuado.

La presente queja se refiere a demoras en un expediente matrimonial. La interesada ponía de manifiesto que transcurridos seis meses no había conseguido ni siquiera cita para iniciar el expediente y el

informe recibido no ha desvirtuado sus afirmaciones. Según ha comunicado a esta Institución pudo contraer matrimonio en el mes de octubre de 2010, un año después de iniciar los trámites.

Las quejas tramitadas ponen de manifiesto que independientemente de que el trámite que se pretende realizar se refiera a un expediente de matrimonio o a un expediente de nacionalidad, la prestación del servicio no es ágil ni eficaz ni se ofrece de forma adecuada. Esta lamentable situación trae causa en el notable incremento poblacional –producto de la inmigración– que durante los últimos años ha tenido España y que ha dado lugar a una sobrecarga de trabajo que, junto a la insuficiencia de medios materiales y personales, el Registro no puede soportar y a la que le es imposible dar respuesta en un tiempo razonable.

El servicio público que presta el Registro Civil, ya sea con la expedición de documentos, tales como certificaciones de nacimiento, de defunción, de matrimonio, o con la resolución de expedientes de matrimonio, de nacionalidad o de nacimiento son premisa imprescindible para el reconocimiento de determinadas circunstancias personales que condicionan el ejercicio de derechos y libertades y el cumplimiento de deberes.

No podemos olvidar que, en el desarrollo del Estado de las autonomías, una vez que se ha producido el traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a las comunidades autónomas, el Ministerio de Justicia ejerce sus competencias de forma concurrente con las de la comunidad autónoma en la gestión de los medios personales adscritos a los Registros Civiles. Asimismo, la Conferencia Sectorial en materia de Administración de Justicia, en su reunión de 5 de diciembre de 2008, acordó la creación de la Comisión Permanente sobre la mejora del funcionamiento de los registros civiles, en la que van a estar presentes todas las comunidades autónomas.

Por ello, al amparo del artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, y en la medida en que la cuestión expuesta afecta a derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, se ha considerado oportuno formular a V. E. y a la Consejera del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña¹, la siguiente recomendación:

«Que se adecue la plantilla del Registro Civil de Terrassa (Barcelona) a la carga real de trabajo que soporta, dotando a ese registro del

¹ Recomendación núm. 21/2011 de este volumen.

número de funcionarios necesario y, si fuera preciso, de los medios materiales y tecnológicos que le permitan ofrecer una prestación del servicio eficaz y en tiempo razonable».

Si previamente a la adopción de estas medidas es necesario oír el criterio de la Comisión Permanente sobre la mejora del funcionamiento de los registros civiles, se recomienda que con carácter urgente y prioritario se someta esta cuestión a dicha comisión.

Agradeciendo la colaboración que de forma habitual presta a esta Institución, y esperando la contestación oportuna respecto a la recomendación que se efectúa.

Madrid, 4 de marzo de 2011.

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

Recomendación 21/2011, de 4 de marzo, para que se adecue la plantilla del Registro Civil de Terrassa (Barcelona) a la carga real de trabajo que soporta, dotándolo del número de funcionarios necesario y, si fuera preciso, de los medios materiales y tecnológicos que le permitan ofrecer una prestación del servicio eficaz y en tiempo razonable.

(BOCG. Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 496)

Se han recibido en esta Institución distintas quejas presentadas por ciudadanos que manifiestan su disconformidad con la actuación y el servicio que prestan distintos Registros Civiles, entre otros el Registro Civil de Terrassa (Barcelona).

Las quejas recibidas coinciden en los motivos que justifican solicitar el amparo del Defensor del Pueblo y la labor de supervisión de ese Registro Civil. Independientemente de que el trámite a realizar se refiera a un expediente de matrimonio o a un expediente de nacionalidad, se denuncia que la prestación del servicio no es ágil ni eficaz ni se ofrece de forma adecuada.

Con motivo de la tramitación ante la Secretaría de Estado de Justicia de una de estas quejas, esta Institución tuvo conocimiento del informe elevado por la encargada del Registro Civil de Terrassa a la Dirección General de los Registros y del Notariado, con fecha 5 de junio de 2009.

En dicho escrito se ponía de manifiesto la «notoria falta de medios» de dicho Registro Civil y el aumento exponencial de expedientes de inscripción de nacimiento y nacionalidad, debido al aumento de la

población inmigrante en Terrassa. Así, en lo que se refiere a expedientes de nacionalidad, señalaba que se dedicaban dos personas para su tramitación y estimaba necesarias diez personas para que el tiempo de respuesta fuera adecuado.

En fechas recientes se ha tramitado una queja que refería demoras en un expediente matrimonial. La interesada ponía de manifiesto que transcurridos seis meses no había conseguido ni siquiera cita para iniciar el expediente y el informe recibido de la Secretaría de Estado de Justicia no ha desvirtuado sus afirmaciones.

En consecuencia, persiste la situación de retraso generalizado en la tramitación de expedientes en el Registro Civil de Terrassa. Este registro padece una sobrecarga de trabajo que le impide dar respuesta a las legítimas pretensiones de los interesados en un tiempo razonable.

El servicio público que presta el Registro Civil, ya sea con la expedición de documentos, tales como certificaciones de nacimiento, de defunción, de matrimonio, o con la resolución de expedientes de matrimonio, de nacionalidad o de nacimiento son premisa imprescindible para el reconocimiento de determinadas circunstancias personales que condicionan el ejercicio de derechos y libertades y el cumplimiento de deberes.

No podemos olvidar que, en el desarrollo del Estado de las autonomías, una vez que se ha producido el traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a las comunidades autónomas, como es el caso de la Comunidad Autónoma de Cataluña y por tanto el del Registro Civil de Terrassa, el Ministerio de Justicia ejerce sus competencias de forma concurrente con las de la comunidad autónoma en la gestión de los medios personales adscritos a los registros civiles. Asimismo, la Conferencia Sectorial en materia de Administración de Justicia, en su reunión de 5 de diciembre de 2008, acordó la creación de la Comisión Permanente sobre la mejora del funcionamiento de los Registros Civiles, en la que estarán presentes todas las comunidades autónomas.

Por ello, de conformidad con lo dispuesto en el art. 9.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, se ha acordado iniciar la presente investigación así como, al amparo del artículo 30 de la citada ley orgánica, y en la medida en que la cuestión expuesta afecta a derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, se ha considerado oportuno formular a V. E. la siguiente recomendación:

«Que se adecue la plantilla del Registro Civil de Terrassa a la carga real de trabajo que soporta, dotando a ese Registro del número de funcionarios necesario y, si fuera preciso, de los medios materiales y tecnológicos que le permitan ofrecer una prestación del servicio eficaz y en tiempo razonable».

Si previamente a la adopción de estas medidas es necesario oír el criterio de la Comisión Permanente sobre la mejora del funcionamiento de los registros civiles, se recomienda que con carácter urgente y prioritario se someta esta cuestión a dicha comisión.

Agradeciendo la colaboración que de forma habitual presta a esta Institución, y esperando la contestación oportuna respecto a la recomendación que se efectúa.

Madrid, 4 de marzo de 2011.

Recomendación dirigida a la Consejera del Departamento de Justicia. Generalitat de Catalunya.

Recomendación 22/2011, de 9 de marzo, sobre conservación y mantenimiento de un tramo de la denominada carretera del Puente de Híjar CV-A13.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, págs. 489-490*)

El Defensor del Pueblo de Castilla-La Mancha nos ha dado traslado de la queja promovida de oficio, de referencia (...), en relación con la conservación y mantenimiento de la denominada «carretera del puente de Híjar» CV-A13, en el tramo que discurre entre el puente y la localidad de Socovos (Albacete), así como acerca de su situación administrativa.

De las actuaciones practicadas ante la Diputación Provincial de Albacete y ante esa Confederación Hidrográfica del Segura, la mencionada Institución nos ha dado traslado de las conclusiones extraídas que, en esencia, consisten en que debido a una cuestión administrativa sin resolver sobre la cesión de dicha carretera por parte del organismo de cuenca referido a la Diputación Provincial, no se han llevado a cabo las actuaciones necesarias en el tramo de carretera indicado.

La formalización de dicha cesión se intentó tras la ejecución de las obras de acondicionamiento cuya terminación se produjo en diciembre de 2009, si bien no fue aceptada por dicha corporación al considerar incorrecta la ejecución de las obras, que desaconsejaba técnicamente su recepción. No obstante, el citado organismo ha ofrecido la realización de un nuevo acondicionado del tramo, con una inversión de 3.585.660,36 euros, sobre la base de un proyecto que los servicios técnicos califican de limitado, pero cuyo presupuesto consideran sufi-

ciente para la reparación y acondicionamiento del tramo y eventualmente para su consiguiente recepción.

Concluye la Defensoría mencionada que estamos ante una situación irregular, en la que una carretera que por sus características debe necesariamente incorporarse a la red viaria de la Diputación Provincial, permanece aún bajo la tutela y gestión de esa Confederación Hidrográfica del Segura, pese a que la misma no presta servicio o utilidad a la infraestructura hidráulica.

En razón de todo ello, el Defensor del Pueblo de Castilla-La Mancha ha formulado una recomendación a la Diputación Provincial de Albacete, en el sentido de que adopte urgentemente cuantas medidas sean precisas para la formalización de la cesión del tramo de carretera, previa adecuación de la misma, promoviendo con tal objeto los actos de coordinación y colaboración con la Confederación Hidrográfica del Segura que resulten necesarios, instando en su caso la labor mediadora de otros organismos públicos, e incluso planteando los recursos o acciones judiciales que procedan en defensa de sus competencias y de los derechos de las personas usuarias de la carretera.

El Defensor del Pueblo de España comparte los argumentos esgrimidos en el cuerpo de este escrito y, en consecuencia, la recomendación formulada a la Diputación Provincial de Albacete que suscribimos en todos sus términos.

Asimismo, 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 por esa Administración se adopten urgentemente cuantas medidas sean precisas para la formalización de la cesión del tramo de carretera, previa adecuación de la misma, promoviendo con tal objeto los actos de coordinación y colaboración con la Diputación Provincial de Albacete que resulten necesarios, instando en su caso la labor mediadora de otros organismos públicos, e incluso planteando los recursos o acciones judiciales que procedan en defensa de sus competencias y de los derechos de las personas usuarias de la carretera».

Agradeciendo la remisión a esta Institución 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.

Madrid, 9 de marzo de 2011.

Recomendación dirigida a la Presidenta de la Confederación Hidrográfica del Segura. Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino.

Recomendación 23/2011, de 9 de marzo, sobre la conveniencia de que en los centros implicados en la atención a pacientes seropositivos se extremen las medidas establecidas en relación con el derecho a la intimidad.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 491*)

En su momento, se formuló queja ante esta Institución, que ha quedado registrada con el número arriba indicado, mediante la que se detallan diversas circunstancias concurrentes en la atención prestada, en diferentes centros sanitarios de esa comunidad autónoma, a personas con VIH/SIDA.

En la mencionada queja, y en relación con una de estas personas, en concreto don (...), con DNI (...), se exponía que, como consecuencia de una posible intervención, fue atendido en el centro de especialidades de La Orotava, manifestando el facultativo responsable de la asistencia en voz alta y ante otros pacientes que permanecían en la sala de espera de una consulta anexa, que aquel padecía VIH/SIDA, de modo que el resto de pacientes accedieron a una información que forma parte de su esfera íntima y personal. Se añadía también que, con fecha 13 de julio de 2009, se interpuso una reclamación en el mencionado centro de especialidades, con fundamento en lo anteriormente expuesto, sin que hubiera recaído resolución administrativa alguna.

Respecto a otra de las personas, don (...), con DNI número (...), en la queja planteada se ponía de relieve que:

1. Accedió al servicio de urgencias del centro concertado (...), de Santa Cruz de Tenerife, siendo ubicado en un «box» junto a otro paciente.

2. La primera atención lo fue por una enfermera, quien, ante el otro paciente del «box», le interrogó, en dos ocasiones, acerca de si padecía alguna enfermedad contagiosa, permaneciendo callado para preservar su derecho a la intimidad.

3. Posteriormente, un facultativo del servicio de urgencias le preguntó en voz alta, que pudo ser escuchada por otros pacientes, por qué había ocultado que era portador del VIH/SIDA y acerca de antecedentes clínicos que figuraban en su historia clínica, tales como fecha de la detección del virus y medicación.

4. Al entender que se había vulnerado su derecho a la intimidad, requirió la identidad del facultativo, recibiendo como contestación que sería denunciado por ocultar datos clínicos, circunstancia que motivó su salida del centro hospitalario sin que se le prestara la atención que precisaba.

5. Interpuesta la oportuna reclamación, en la contestación de la Dirección del Área de Salud de Santa Cruz de Tenerife (Oficina Insular de Defensa de los Derechos de los Usuarios Sanitarios, registro de salida número (...), de fecha 16 de junio de 2009) no se efectúa referencia alguna a la vulneración del reseñado derecho fundamental, ni al hecho de que el facultativo antes mencionado le amenazó con que procedería a formalizar una denuncia por ocultar datos clínicos.

Admitida a trámite la queja, esta Institución puso de manifiesto ante esa Administración que el alcance y naturaleza de las situaciones expuestas, que guardan conexión con un derecho fundamental dirigido a proteger a las personas frente a cualquier invasión que pueda realizarse en el ámbito de su vida personal y familiar, exigían llevar a cabo una exhaustiva investigación en orden a determinar la realidad de las mismas y, en su caso, la adopción de las medidas pertinentes para su erradicación.

En los informes de esa Consejería (s/ref. registro de salida números 627226 y 716155) se refleja, respecto al señor (...), que «el doctor (...) mantuvo una conversación telefónica con el paciente, respondiendo éste que lo que pretendía era dejar su queja por escrito y que los médicos fueran concedores de su malestar para que la situación no se volviera a repetir con otro paciente; al no haberse recibido escrito de discrepancia del usuario se procedió al archivo del expediente» y, por lo que concierne al señor (...), que «es justo reconocer que en el momento de la atención al paciente y debido a la presión asistencial,

ésta se llevó a cabo en un cubículo adicional habilitado al efecto y separado del contiguo por una cortina, siendo necesario bajar el volumen de voz para preservar correctamente la intimidad».

En los reseñados informes, nada se dice respecto a la cuestión principal planteada por los interesados, como es que la atención no se efectuó con las garantías que deben presidir la confidencialidad de toda información relacionada con su estancia en instituciones sanitarias, inadecuación que permitió que terceras personas pudieran conocer los concretos procesos de enfermedad que les afectan (VIH/SIDA). Antes bien, de la información facilitada por esa Administración parece desprenderse, al menos en uno de los casos comentados, que no se adoptaron las cautelas debidas para preservar el derecho a la intimidad del reclamante, en la medida en que recabar datos a una persona sobre su estado de salud y posibles enfermedades contagiosas en un «cubículo», es decir en un recinto pequeño, con dos pacientes en camas próximas la una a la otra, y tan solo separadas por una cortina, conlleva, indefectiblemente, un riesgo de vulneración de su derecho fundamental a la intimidad.

Expuestos los antecedentes fácticos de la presente queja, parece oportuno traer a colación que, como V. E. conoce, el VIH/SIDA está relacionado con comportamientos de discriminación hacia colectivos ya marginados previamente, quienes, en algún supuesto, pueden encontrarse en situaciones de especial vulnerabilidad y, a su través, de pérdida de efectividad de derechos fundamentales. Ello ha motivado que los derechos a la intimidad y a la confidencialidad de los datos clínicos de personas con VIH/SIDA hayan ocupado un lugar preferente en las actuaciones del Defensor del Pueblo en materia de derechos fundamentales.

Es innegable también que, aun cuando, en términos generales, los profesionales sanitarios que atienden a los pacientes con VIH/SIDA cumplen con la obligación de informar a los mismos acerca de su enfermedad y con el deber paralelo de guardar el secreto respecto de ella, en ocasiones no se adoptan todas las medidas precisas y susceptibles de establecer, de modo que la prestación de la asistencia puede permitir a terceras personas conocer la concreta enfermedad que padecen las portadoras del VIH.

En esta línea de exposición, es importante tener presente que reiterada doctrina del Tribunal Constitucional ha señalado que la intimidad personal y familiar consagrada en el artículo 18 de la Consti-

tución se configura con un derecho fundamental, estrictamente vinculado a la propia personalidad, que implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás.

En este contexto, mención especial debe concederse a la confidencialidad de los datos clínicos de pacientes con VIH/SIDA, necesidad de protección que debe intensificarse dado el carácter estigmatizante creado en torno a esta enfermedad y por la mayor posibilidad de discriminación de diversa entidad de la que pueden ser objeto.

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. E. la siguiente recomendación:

«Que por los órganos competentes de esa Consejería se valore la oportunidad y conveniencia de dictar las instrucciones oportunas, en orden a que en los centros implicados en la atención a pacientes seropositivos se extremen las medidas establecidas en relación con el derecho a la intimidad como derecho fundamental y, singularmente, respecto a los criterios que presiden la organización asistencial, al objeto de garantizar, en todos los casos y supuestos, la confidencialidad de toda la información relacionada con los procesos de los pacientes afectados por VIH/SIDA y otras enfermedades».

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

Madrid, 9 de marzo de 2011.

Recomendación dirigida al Consejero de Sanidad. Comunidad Autónoma de Canarias.

Recomendación 24/2011, de 16 de marzo, sobre la necesidad de elaborar una norma para garantizar el disfrute de una vivienda digna.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 500*)

Acusamos recibo de su escrito de fecha 26 de enero de 2011 (s/ ref...), al que se adjunta un informe emitido por el Instituto Valenciano de Vivienda, S. A., contestando a la queja formulada por doña (...), registrada en esta Institución con el número arriba indicado, y que versaba sobre la demora existente en la adjudicación de una vivienda de promoción pública que le fue reconocida como consecuencia de la tramitación de la solicitud que presentó el 28 de septiembre de 2009 (expediente...).

Examinado el contenido de la información facilitada con ocasión de esta queja y el tiempo transcurrido desde que se reconoció a la interesada que tenía derecho a acceder a una vivienda por reunir todos los requisitos establecidos en el Decreto 75/2007, de 18 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de protección pública a la vivienda en la Generalitat Valenciana, esta Institución estima procedente realizar las siguientes consideraciones de tipo general, y que confiamos sirvan para justificar la propuesta que figura al final, más concreta y referida al presente caso:

Primera. El artículo 47 de la Constitución española reconoce el derecho que tienen todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada y, como ese derecho se configura como uno de los «Principios rectores de la política social y económica» por encuadrarse dentro del capítulo III del título I de nuestra norma fundamental, le es de

aplicación lo establecido en el artículo 53 de la misma, por lo que se deberá tener presente que su reconocimiento, respeto y protección «informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos». Ello significa que el contenido prestacional de ese derecho a disfrutar de una vivienda exige la actuación positiva de todos los poderes públicos con competencia en la materia y, como también constituye uno de los objetivos del régimen de vivienda sometida a algún sistema de protección, que tales poderes públicos adopten medidas de regulación y de remoción de obstáculos para garantizar una vivienda digna y adecuada a quien verdaderamente la necesita y no pueda obtenerla razonablemente por otros medios, bien proporcionándole directa o indirectamente las ayudas suficientes para acceder a una vivienda adecuada, bien incluso, cuando sea absolutamente necesario, procurándole una directamente o a través de fórmulas de colaboración con la iniciativa privada.

A este respecto, cabe recordar la Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de junio de 1989, en la que se reconoció que el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, «no solo se ofrece como mandato dirigido al legislador para el despliegue de una acción prestacional de signo administrativo, sino para el desarrollo de una acción normativa que permita configurar una especie de esfera patrimonial intangible para los terceros, precisamente para asegurar el cumplimiento de aquellos objetivos constitucionales. En este sentido la dignidad humana debe comprender como algo inherente a su significado, no solo algunos derechos inmateriales, sino también derechos patrimoniales que permiten asegurar una misma existencia digna. En tal sentido deben ser considerados estos derechos patrimoniales, dentro de la categoría de los inviolables a que como «inherentes a la dignidad humana» menciona explícitamente el art. 10.1 de la Constitución».

Este derecho social queda constitucionalizado en una auténtica norma jurídica, por lo que hay que rechazar toda formulación en torno a declaraciones meramente programáticas que no vinculen a los poderes públicos. Por lo que se refiere a la Comunitat Valenciana, la obligación de promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes para hacer efectivo el derecho proclamado en el artículo 47 de la Constitución se deduce del artículo 19 de la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana que modifica el artículo 16 que quedó redactado de la siguiente forma: «La Generalitat garantizará el derecho de acceso a una vivienda digna de los ciudadanos valencianos. Por ley se regularán las ayudas para pro-

mover este derecho, especialmente en favor de los jóvenes, personas sin medios, mujeres maltratadas, personas afectadas por discapacidad y aquellas otras en las que estén justificadas las ayudas».

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 148.1.3.^a de la Constitución española, el artículo 49 apartado 1.9.^a del referido Estatuto de Autonomía atribuye la competencia exclusiva en materia de vivienda a la Comunitat Valenciana; en consonancia con ello, le atribuye la iniciativa legislativa, la correspondiente potestad reglamentaria así como la función de inspección en esta materia. Ha sido esa capacidad legislativa de la Generalitat Valenciana la que le ha hecho dotarse de instrumentos legales que han permitido una ordenación de su competencia estatutaria. Dentro de los principios rectores de las políticas públicas, esas disposiciones legales recogen el acceso en condiciones de igualdad de todos a una vivienda digna mediante la generación de suelo y la promoción de vivienda de protección pública y protegida, con especial atención a los grupos sociales más desfavorecidos (la Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la Vivienda de la Comunitat Valenciana en el ámbito de la protección pública; el Decreto 75/2007, de 18 de mayo, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento de protección pública a la vivienda, que desarrolló dicha ley hasta que fue parcialmente derogado por el Decreto 90/2009, de 26 de junio; el Decreto 82/2008, de 6 de junio, que modificó el Decreto 41/2006, de 24 de marzo, del Consell de la Generalitat, por el se que regulan las actuaciones protegidas para facilitar el acceso a la vivienda en la Comunitat Valenciana en el marco del Plan Estatal 2005-2008 y del Plan de Acceso a la Vivienda de la Comunitat Valenciana 2004-2007 así como el Decreto 81/2006, de 9 de junio de 2006, del Consell, de desarrollo de las medidas y ayudas financieras a la rehabilitación de edificios y viviendas en la Comunitat Valenciana en el marco del Plan Estatal 2005-2008 y del Programa Restauro de la Generalitat, o el Decreto 76/2007, de 18 de mayo de 2007, del Consell, que aprobó el Reglamento de rehabilitación de edificios y viviendas). Además, el Consejo de Gobierno, esa Consejería competente y el Instituto Valenciano de Vivienda han aprobado diversas normas reglamentarias con las que se ha querido atender la exigencia social y jurídica encaminada a hacer efectivo ese derecho a la vivienda.

En principio, hay que aceptar que con ese conjunto de normas se hayan establecido las bases necesarias para lograr el efectivo derecho de los ciudadanos al acceso a una vivienda digna y adecuada, y que se hayan desarrollado las políticas activas en coordinación con las otras administraciones públicas, y de acuerdo con los necesarios criterios

de planificación que derivan de un conocimiento exhaustivo de la demanda real de vivienda.

Aunque el derecho se proclama respecto de todos los españoles, sin embargo es evidente que adquiere una especial significación respecto de quienes carecen de medios económicos suficientes para acceder a una vivienda digna y adecuada en el mercado libre, con lo que queda más cualificado el deber de las administraciones públicas de generar aquellas «condiciones necesarias» que permitan el eficaz ejercicio del derecho a todos sus titulares. En efecto, el referido derecho debe tenerse como expresión concreta del principio de igualdad material, real y efectiva que proclama el artículo 9.2 de la Constitución ya que, aunque la vivienda es una necesidad social común a todos los ciudadanos, sin embargo mientras unos están en condiciones de satisfacerla por sus propios medios, otros necesitan una protección especial o, por lo menos, un amparo cualificado de los poderes públicos, en todo caso con el mandato a los poderes públicos para remover a tal fin los obstáculos existentes.

Cuando se trate de personas con recursos económicos suficientes, las actuaciones que deben promover los poderes públicos serán las de planeamiento urbanístico que posibiliten el acceso a la vivienda de promoción libre; mientras que para aquellas personas que carezcan de tales recursos, la actividad de las administraciones añadirá la promoción pública de viviendas y un régimen de ayudas que fomenten su acceso en propiedad o en alquiler, priorizando y dotando de financiación adecuada el acceso a la vivienda protegida en alquiler para las unidades familiares con rentas más bajas, o satisfaciendo el derecho, de forma transitoria, mediante el alojamiento.

A través de las disposiciones promulgadas, la Generalitat Valenciana ha pretendido facilitar el acceso a la vivienda pública en condiciones de igualdad y, para hacerlo efectivo, ha establecido ayudas para los colectivos más necesitados. De este modo, la igualdad sustancial y efectiva se ha convertido en el eje de la orientación establecida por esa Administración autonómica del derecho a disfrutar de una vivienda como base necesaria para el pleno desarrollo de los derechos constitucionales y estatutarios. Quede pues ello sentado, respecto de cuanto sigue.

Segunda. Es cierto que el derecho de acceso a una vivienda digna y adecuada (artículo 47 CE) no puede ser considerado como un derecho pleno por el que cualquier ciudadano pueda exigir a las administracio-

nes que, obligatoriamente, le concedan una vivienda adecuada y permanente. Lo que impone el precepto constitucional es que la Administración Pública facilite las condiciones de ejercicio del derecho, y un ejemplo de ello lo tenemos en los planes que se vienen aprobando en esa comunidad autónoma en las normas anteriormente citadas.

Hay que precisar que las administraciones no tienen atribuida por la normativa vigente la obligación de pagar el importe total de la vivienda a la que acceden los ciudadanos, ya que el fin del artículo 47 CE no es directamente asegurar universalmente y desde una perspectiva jurídica-patrimonial la titularidad de un inmueble destinado a vivienda, en régimen de propiedad ni de arrendamiento ni de otro título jurídico legítimo de ocupación, sino asegurar a los ciudadanos la posibilidad de acceder a ese bien, de usarlo, de poder disfrutarlo mediante prestaciones indirectas como son: evitar la especulación con el suelo; la normativa en materia de diseño, calidad y seguridad en la construcción; la transparencia en el mercado de la vivienda (regulación de la compraventa y garantías de las cantidades entregadas a cuenta, del régimen de responsabilidad de promotores, constructores y arquitectos); la ordenación racional de la política de alquileres; la articulación del régimen de financiación y del crédito para la construcción y adquisición de viviendas en general; etc. Como se ha indicado, la finalidad es desarrollar las condiciones para el ejercicio del derecho constitucional, las modalidades para el acceso a una vivienda protegida y el procedimiento que ha de seguirse para ello.

Tercera. Las normas que se han venido promulgando en la Comunidad Valenciana han contribuido a alcanzar el objetivo del artículo 47 CE y, en este sentido, esta Institución valora el impulso dado a la vivienda protegida, en los últimos años una de las áreas de actuación preferente dentro de las políticas sociales realizadas por la Administración autonómica.

Sin embargo, también constatamos que no solo no se ha alcanzado todavía por completo el objetivo sino que, más bien, en los últimos años se ha alejado ya que la demanda de vivienda de protección pública (VPP) ha tenido un considerable incremento debido a factores derivados de la actual crisis económica (aumento del paro, reducción de los ingresos familiares en las economías más frágiles, incertidumbre en la compra de vivienda libre, importante restricción de créditos por las entidades bancarias respecto a los años anteriores, etc.).

Igualmente se ha alejado el objetivo de atender las necesidades de vivienda oficial o de carácter social debido a que su oferta ha sido

muy escasa por las administraciones, debido a las restricciones presupuestarias y a que las decisiones de los empresarios del sector se han visto retenidas por el estrechamiento de la rentabilidad de la inversión ante la vivienda libre.

En el informe que se nos ha remitido se reconoce de forma expresa que el que se hubiera reconocido a la formulante de la queja que reunía los requisitos establecidos en el Decreto 75/2007 para acceder a una vivienda de protección pública, sin embargo, «esto no suponía una efectiva adjudicación a corto o medio plazo debido a la no disponibilidad en esos momentos de viviendas de promoción pública en el municipio en el que tiene derecho» así como que «en la actualidad, son muchas las dificultades existentes para satisfacer la numerosa demanda de vivienda protegida, más si se añade la circunstancia de que en algunas poblaciones el número de viviendas de promoción pública disponibles es escaso y si se presentan gran número de solicitudes derivadas de la complicada situación económica general».

Este reconocimiento justifica que esta Defensoría insista en que esa Comunidad Autónoma debe continuar avanzando y profundizando en su deber de buscar soluciones posibles con que aproximarse al objetivo de que no haya ciudadanos sin vivienda digna, y en particular dar satisfacción al 100 por cien de la demanda existente de vivienda protegida. Para ello, esta Institución debe, consecuentemente, insistir en la mejora de la regulación de la oferta de vivienda de modo que se ajuste en la mayor medida posible a las necesidades actuales y reales de quienes carecen de una; en el fomento de la accesibilidad universal a la vivienda de todas las personas; en el establecimiento de las condiciones, medidas y procedimientos que permitan que esa vivienda sea digna y adecuada a las necesidades de los destinatarios; en el perfeccionamiento de la regulación del régimen jurídico y los requisitos de adjudicación, gestión y control de las viviendas protegidas; así como en el fomento de la calidad de la construcción, de control y prevención del fraude y de defensa y restauración de la legalidad.

Cuarta. Por otro lado, esta Defensoría ha de señalar a esa Administración su potestad de autoorganización, como conjunto de poderes para la ordenación de los medios personales, materiales y reales, adscritos con objeto de posibilitar el ejercicio de sus competencias y atribuciones públicas; y su potestad presupuestaria en cuanto a la distribución de las consignaciones con que atender las necesidades en la materia, que son de interés general, de acuerdo con los criterios de preferencia y conveniencia marcados por el Gobierno autonómico.

De ahí que debemos valorar favorablemente las decisiones adoptadas por esa Administración Pública relativas a las cantidades que se destinan a satisfacer las necesidades de vivienda de los ciudadanos, pues como potestad discrecional, la presupuestaria ha de entenderse como facultad de la Administración para elegir entre alternativas legalmente indiferentes; si bien conviene precisar que, según viene entendiendo la jurisprudencia, toda potestad discrecional, por amplia que sea, cuenta con elementos reglados, uno de ellos el fin o fundamento teleológico de la actuación, definido bien por la propia norma, bien por los principios generales del ordenamiento jurídico, siempre bajo la referencia del interés público al cual no puede dejar de atender la Administración. Por ello, la discrecionalidad no puede incurrir o derivar en arbitrariedad, prohibida por la Constitución (artículo 9.3, además, artículos 103.1 y 106.1 CE), lo que acarrea que el ejercicio de potestades discrecionales esté sujeto al control jurisdiccional y de esta Defensoría. En consecuencia, la doctrina jurisprudencial viene afirmando que es necesario que los actos dictados en el ejercicio de potestades discrecionales han de ser motivados, único medio de posibilitar el ulterior control.

Aunque la vivienda debe ser reconocida como objeto de un derecho básico, y a nuestros efectos (que son los del artículo 47 CE) no como mercancía pues la Constitución no se refiere a la vivienda en cuanto bien patrimonial sino como materia de uso y disfrute, sin embargo, esta Defensoría reconoce que no es posible destinar todos los recursos económicos a la completa satisfacción de la necesidad de vivienda, en cuanto los fondos públicos no son ilimitados sino escasos y con ellos se atienden otros deberes legales. Pero una cosa es tener presente las limitaciones económicas, que dificultan adjudicar una vivienda a todos los que la necesitan, y otra muy distinta es conformarse o resignarse al límite establecido en la partida presupuestaria destinada a esta materia. No es posible perder de vista que, tras la alimentación y el vestido, la vivienda es considerada el tercer bien material básico; ni que en la distribución del gasto público, las citadas potestades de autoorganización, presupuestaria, no por discrecionales pueden ejercerse sin tener a la vista la necesidad social (no equivalente a la demanda solvente, propia del ámbito económico y mercantil), que debe atenderse de forma prioritaria sobre aquellas otras postergables, reducibles o incluso prescindibles por no ser legalmente obligatorias.

La Administración autonómica no puede alegar sin más insuficiencia de recursos económicos para no atender la necesidad de una vivienda digna y adecuada de determinados ciudadanos si, simultá-

neamente, destina parte del gasto público a otras partidas manifiestamente menos prioritarias, e incluso no obligatorias. Aunque el fomento del acceso a la vivienda con protección pública en la Comunitat Valenciana se pueda realizar a través de la vía presupuestaria mediante la intervención en la promoción, construcción o financiación de tales viviendas ya sea de forma directa, o mediante convenios con las otras administraciones públicas o con entidades privadas, sin embargo existen también otros medios para lograr la efectividad del derecho del artículo 47 de la Constitución, desvinculados de las limitaciones económicas de esa Administración, es decir que no suponen gasto alguno.

En los informes anuales que esta Defensoría ha venido presentando ante las Cortes Generales, hemos expresado nuestra insistencia a las administraciones públicas en el diseño de políticas más eficaces en la consecución del objetivo de acceder al disfrute de una vivienda, políticas activas en coordinación con otras administraciones y de acuerdo con la necesaria planificación derivada de un conocimiento exhaustivo de la demanda real de vivienda, o mejor de la necesidad social.

Por ejemplo, esa Administración autonómica puede intentar resolver la escasez de viviendas con una eficaz política contra el fraude en las viviendas de promoción pública existentes, o contra el creciente número de viviendas ocupadas sin título legítimo, con medidas de mejora de los medios personales y materiales actuales para así tramitar con mayor rapidez la recuperación posesoria de las viviendas de su patrimonio que estén actualmente vacantes, con el fin de que sean nuevamente adjudicadas a quienes están esperando una, o con medidas destinadas a acortar la demora en la entrega de llaves a quienes resultaron adjudicatarios de una vivienda protegida.

Quinta. El disfrute de una vivienda es un derecho social y, como sucede con los otros derechos sociales reconocidos en la Constitución, se configura en la norma suprema como una norma de eficacia limitada que requiere ulterior intervención del poder público, en especial del legislativo, para ver completada su eficacia. Si los poderes públicos no promueven las condiciones necesarias y establecen las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, los ciudadanos no pueden accionar ante los tribunales, pues no hay estricta obligación constitucional cuyo incumplimiento dé acción a los ciudadanos para exigirlo directamente ante los tribunales (artículo 53.3 CE). Como ocurre con los otros derechos sociales, el derecho a la vivienda no es

considerado derecho fundamental susceptible de recurso de amparo. Pero es un derecho social constitucionalizado, no es un mero concepto jurídico declarativo o programático sin eficacia alguna, sino que forma el objeto de una auténtica norma jurídica, que vincula a los poderes públicos. No hay libertad, ni justicia, ni igualdad, valores superiores de nuestro ordenamiento, sin el disfrute de una vivienda digna. El artículo 47 CE contiene pues una norma jurídica y el derecho a la vivienda es vinculante pues (apartado 3 del artículo 53) su reconocimiento, respeto y protección como principio constitucional informará –imperativamente– la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Que sólo pueda ser alegado ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen no quiere decir que no pueda ser alegado en absoluto.

Pues bien, esta Institución ha constatado que se vienen promulgando leyes donde expresamente se reconoce como un derecho subjetivo del ciudadano el de disfrutar de una vivienda digna y adecuada, de tal modo que los interesados legítimos que reúnan los requisitos podrán exigir ante la jurisdicción ordinaria el disfrute de una vivienda. Decisiones legislativas que, por tanto, esta Institución sólo puede calificar de acierto total, de avance absoluto de la sociedad democrática.

Aunque en el actual artículo 16 del Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana se haya dispuesto expresamente que la Generalitat garantizará el derecho de acceso a una vivienda digna de los ciudadanos valencianos, sin embargo, hay que señalar que ese derecho no puede invocarse directamente ya que está supeditado a que se apruebe una ley por la que se regulen «las ayudas para promover este derecho» y dicha ley todavía no se ha aprobado a pesar de que ya han transcurrido casi cinco años. Por ello, hemos de indicar que, en la práctica, en el ordenamiento actualmente vigente de esa comunidad autónoma no existe un precepto que reconozca de forma directa e inmediata tal derecho subjetivo, básico, de los ciudadanos con vecindad administrativa en esa región, ni rigen normas de protección jurisdiccional ante los posibles actos de la Administración autonómica que vulneren el derecho. Es decir, la actual legislación autonómica no contiene una regulación del conjunto de facultades y deberes que integran el derecho al disfrute de una vivienda tal que aquellos ciudadanos que la necesiten, especialmente a los integrantes de los sectores de la población más desfavorecidos, puedan exigirlo ante el juez. Es decir, y como acaece en otras CCAA, la actual configuración del derecho a la vivienda como un derecho social no admite su tutela judicial directa.

Las normas jurídicas han de promulgarse e interpretarse teniendo en cuenta los cambios sociales, para lo que es necesario atender no sólo a la literalidad del precepto sino a la ratio legis y a su finalidad, por lo que la interpretación y aplicación del artículo 47 CE ha de concordar con la realidad social del momento (artículo 3.1 del Código Civil). Además, el apartado 1 del artículo 9 CE dispone que los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico; y el apartado 3 que la Constitución garantiza los principios de legalidad y de seguridad jurídica. También hay que tener presente lo dispuesto en el artículo 103.1, según el cual la Administración debe actuar siempre eficazmente y con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. Pero de lo hasta ahora actuado, esta Defensoría concluye que la aplicación de las normas autonómicas ahora vigentes puede dar lugar a situaciones injustas, como ocurre con el caso de la presente queja. Por todo lo cual, y de acuerdo con la previsión del apartado 2 del artículo 28 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, se ha considerado oportuno proponer una modificación de la ley vigente para que, como exige el artículo 9.2 y se deduce del apartado 3 del artículo 53 de la Constitución, sea directamente alegable el artículo 47 CE y directamente exigible el derecho ahí reconocido ante la jurisdicción ordinaria.

Sexta. Teniendo presente lo anterior y lo dispuesto en la parte vigente del Decreto 75/2007, de 18 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de protección pública a la vivienda en la Generalitat Valenciana, en principio debe aceptarse que esa Administración haya aplicado tales previsiones a la situación de la interesada y que, en su virtud, ella se encuentre a la espera de que se le pueda adjudicar una vivienda cuando exista una disponible. Dado que nos encontramos ante una decisión tomada con el margen de discrecionalidad señalado, debe ésta aceptarse en vez de habersele adjudicado ya una vivienda sin observancia del procedimiento o de haberse asumido el compromiso de adjudicar a la interesada la primera vivienda que quedase disponible, toda vez que debe tenerse en cuenta el resultado de las circunstancias de otras solicitudes para este tipo de viviendas.

De los datos que nos ha facilitado ese Instituto Valenciano de Vivienda no podemos deducir cuántas solicitudes están también a la espera de que se le adjudique una vivienda de promoción pública. Sí es sabido que el parque de viviendas patrimonio de esa Administración autonómica tiene que gestionarse conforme a los principios de economía y coordinación, así como de acuerdo con los de legalidad y eficacia consagrados en la ley. Como esa Administración Pública debe

tener presente que los objetivos pretendidos con su intervención en la gestión de la vivienda de protección pública han de ser garantizar las condiciones generales de mayor justicia en su adjudicación, y conseguir la mejor gestión posterior del parque de viviendas, entonces, en el supuesto de que existan muchos solicitantes a los que se les ha reconocido el derecho a una vivienda por reunir todos los requisitos establecidos pero que no pueden disfrutar de ella todavía porque no hay viviendas disponibles para ellos, ello significará que ese Instituto no está siendo eficaz en la satisfacción de la necesidad de vivienda que tiene este colectivo manifiestamente tan desfavorecido y cuya sola existencia no es propia de la sociedad regida en términos de un Estado social en régimen de economía de mercado y en el que está garantizada la libertad de empresa.

Para ello debería investigarse sobre las viviendas en alquiler que se hubieran adjudicado tiempo atrás y que actualmente estén desocupadas o con miembros que no reúnan los requisitos establecidos para seguir ocupándolas, o acelerar los procedimientos de recuperación posesoria de las viviendas que están siendo ocupadas ilegalmente, o comprobar si alguna vivienda de promoción pública ha podido quedar vacante por fallecimiento, abandono o renuncia de sus titulares, etcétera.

En el informe que se nos ha remitido nada se dice de medidas concretas que esa Administración haya tomado o piense adoptar para conseguir la más pronta solución de la grave situación en que se encuentra la interesada y su familia. Si tenemos en cuenta que ha transcurrido ya casi un año y medio desde que presentó su solicitud de vivienda y si, por otro lado, también tenemos presente que el artículo 74 de la Ley 30/1992, de Procedimiento común, determina que el procedimiento está sometido al criterio de celeridad y que se impulsará de oficio en todos sus trámites, entonces esta Defensoría no puede aceptar sin más la situación padecida por la reclamante de quedar a la espera hasta que haya una vivienda disponible. Ha transcurrido un tiempo más que suficiente para haber podido conseguirse la vivienda que necesita, o al menos tener una apreciable certeza de la imposibilidad de conseguirla en un plazo determinado.

Además de las posibles vías que hemos apuntado para obtener alguna vivienda disponible del parque de esa Administración autonómica, esta Defensoría también propone como otra posible vía para atender a la familia de la interesada, y a las otras familias que están en las mismas condiciones, se revisen las viviendas que fueron co-

rrectamente adjudicadas hace años y que actualmente están siendo ocupadas por un número menor de miembros al haberse emancipado los hijos con el fin de que, si así fuera procedente, a esas unidades familiares que ahora tienen menos miembros que los del momento en que se les adjudicó, se les adjudiquen otras viviendas más pequeñas y que serían más adecuadas a su actual composición familiar.

Séptima. Esta Institución es consciente de las dificultades para satisfacer la demanda de vivienda protegida, debido, principalmente, a la insuficiente oferta y al gran incremento del número de solicitudes. De otra parte, ese Instituto reconoce que, al reunir la interesada todos los requisitos establecidos en el Decreto 75/2007, se encuentra a la espera de que se le pueda adjudicar una vivienda cuando haya disponible alguna. Ello implica que a la interesada se le ha reconocido un derecho subjetivo equivalente al que resulta cuando expresamente se dicta una resolución estimando la petición del interesado.

Ahora bien, ese derecho puede verse ignorado en el terreno de los hechos si esa Administración autonómica no facilita inmediata y consecuentemente la vivienda que le corresponde o si, por no haberla en este momento, no adopta las correspondientes medidas encaminadas a que le sea adjudicada en un plazo razonable. De la información recibida deducimos que no las está adoptando, ya que la interesada está esperando desde hace casi un año y medio a que se le facilite una.

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 a esa Consejería de Medio Ambiente, Agua, Urbanismo y Vivienda, de quien depende el Instituto Valenciano de Vivienda, S. A., la siguiente recomendación:

«Que, de conformidad con lo establecido en el artículo 47, en conexión con el apartado 3 del artículo 53 de la Constitución, en el artículo 19 de la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, que modificó su artículo 16 y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49 apartado 1.9.^a del referido Estatuto de Autonomía, en conexión con el artículo 148.1.3.^a de la Constitución, aplicándose dichos preceptos según lo previsto en el apartado 1 del artículo 3 del Código Civil, esa Administración autonómica adopte las medidas necesarias para instar al Gobierno regional la formulación de un proyecto de ley donde se garantice de forma efectiva e inmediata el derecho constitucional y estatutario de los ciudadanos con

vecindad administrativa en la Comunitat Valenciana a disfrutar de una vivienda digna y adecuada».

Para ello, la Generalitat Valenciana debería fijar en sus planes de vivienda y suelo y en los presupuestos autonómicos los recursos económicos suficientes destinados a promover la efectividad del derecho, que se distribuirían dando preferencia a los grupos de población con menor índice de renta, pudiendo conseguir también ese objetivo mediante la adopción de las medidas de gestión del parque de viviendas de esa Administración autonómica inspiradas en los principios de coordinación, celeridad y eficacia.

Del mismo modo se recomienda incluir de forma expresa en el precepto legal el reconocimiento de quienes sean titulares del derecho a disfrutar de una vivienda que reúnan las condiciones establecidas en la ley, de poder exigir de esa Administración Pública el cumplimiento de la obligación de que se le facilite una y, en el supuesto de que se rechace o se demore la correspondiente adjudicación de una vivienda digna y adecuada, que se reconozca el derecho subjetivo a quien acredita la necesidad y de la correspondiente obligación a la Administración autonómica, incluso eventualmente ante los órganos judiciales.

Por otro lado, y de conformidad con lo dispuesto en los mencionados artículos 28 y 30 de nuestra Ley Orgánica 3/1981, también procedemos a formular la siguiente sugerencia:

«Que, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 75/2007, de 18 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Protección Pública a la Vivienda en la Generalitat Valenciana y demás normas actualmente vigentes, esa Administración autonómica adjudique inmediatamente a la interesada una vivienda de protección pública adecuada a sus necesidades».

Para ello, se sugiere que active la recuperación posesoria de viviendas que estén vacantes porque sus adjudicatarios hayan fallecido, renunciado o abandonado la vivienda; las ocupadas por personas sin título legítimo; las que están siendo ocupadas legalmente por unidades familiares que actualmente ya no son adecuadas por tener menos miembros de los previstos en la normativa, de las que están vacantes pero a falta de su reparación, y otras medidas análogas.

En el supuesto de que, tras realizarse las correspondientes tareas de investigación y actuación procedimental, todavía no fuese posible

adjudicar esa vivienda ese Instituto Valenciano de Vivienda podría solucionar temporalmente el problema ayudando económicamente a la interesada al pago de la renta de alquiler de una vivienda aunque sea propiedad de un particular.

Agradeciendo la remisión a esta Institución del preceptivo informe, en el que se ponga de manifiesto la aceptación de esta recomendación y de esta sugerencia o, en su caso, de las razones que estime para no aceptarlas, y ello de conformidad y en el plazo previsto en el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos.

Madrid, 16 de marzo de 2011.

Recomendación dirigida al Consejero de Medio Ambiente, Agua y Urbanismo. Generalitat Valenciana.

Recomendación 25/2011, de 24 de marzo, sobre la modificación de determinados aspectos del régimen previsto para los productores de energía fotovoltaica de España.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 498*)

Se han recibido en esta Institución multitud de quejas de titulares de instalaciones fotovoltaicas, así como también se han planteado numerosas peticiones de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, que establece medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico, ya que modifica determinados aspectos del régimen previsto para los productores de energía fotovoltaica de España.

En primer lugar hay que indicar que, previo el preceptivo informe de la Junta de Coordinación y Régimen Interior, en su reunión del día 24 de marzo del año en curso, y con pleno respeto a cualquier otra opinión diferente, se decidió no interponer el recurso de inconstitucionalidad solicitado, de conformidad con el artículo 162.1.a) de la Constitución española y el artículo 32.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

El citado Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, impone una limitación de las horas equivalentes de funcionamiento con derecho al régimen económico primado, lo que supone una quiebra de la rentabilidad razonable de las inversiones al ser insuficiente la retribución a percibir para hacer frente al coste de producción energética en el momento actual, al no encontrarse amortizada la inversión.

Los ciudadanos y asociaciones que se han dirigido al Defensor del Pueblo plantean las dificultades económicas que, para la actividad de producción de energía fotovoltaica, suponen el cambio de régimen retributivo derivado de la limitación de horas de producción. En general, se trata de pequeños productores que han acometido la inversión a través de créditos concedidos por entidades bancarias y que el nuevo sistema les impide hacer frente a los compromisos adquiridos. La casuística es diversa y no se puede exponer aquí pormenorizadamente, baste decir que existe un denominador común consistente en la ruina que puede provocar para estos productores que, confiando en la estabilidad del régimen existente, invirtieron sus ahorros o se financiaron a través de algún banco y pusieron en funcionamiento una planta solar, y que ahora tras la nueva modificación se encuentran con una falta de liquidez que convierte lo que era una inversión solvente y rentable en un negocio con serios problemas de viabilidad.

Además de las cuestiones económicas particulares existen otros aspectos a tener en cuenta, tales como la destrucción de empleos directos del sector, la caída de la recaudación de impuestos, las emisiones de CO₂ y la dependencia energética del exterior.

Las quejas están marcadas por algunas diferencias según las zonas climáticas de las que proceden, así en Canarias, además de señalar que la mayor parte de la limitación en la producción energética se va a soportar en dicha comunidad autónoma, plantean el problema de sobre coste de producción de la energía eléctrica en el archipiélago y el aislamiento energético de las islas.

Este real decreto-ley no ha sido bien acogido por el sector de la energía fotovoltaica como era de prever, pues es la consecuencia de una falta de acuerdo con el citado sector. A ello hay que añadir las consecuencias que puede tener para España esta decisión en el seno de la Unión Europea, pues la Comisión Europea ya ha recordado el compromiso de la Unión y sus Estados miembros de cumplir unos objetivos vinculantes de reducción de emisiones de gases efecto invernadero y un porcentaje mínimo de energía procedente de fuentes renovables para 2020, para lo cual es crucial un clima de inversión estable, lo que se contradice con la nueva normativa.

No se entra a valorar aquí la existencia de presupuesto habilitante según lo previsto en el artículo 86 CE para dictar el Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, pero lo que sí se puede afirmar es que el panorama ha cambiado desde la aprobación del mismo. De un lado,

se ha operado una constante subida del petróleo a consecuencia de la situación de los países productores y, de otro, no se puede negar que los daños generados por el terremoto en la planta de Fukushima en Japón suponen una quiebra en la confianza en la energía nuclear. Lo que sin duda va a tener unas consecuencias no deseadas en la producción energética, máxime para un país como España que padece una dependencia del exterior y sin embargo no tiene en cuenta una materia prima inagotable y de coste invariable que puede facilitar el suministro regular.

La Directiva 2009/28/CE [del Parlamento Europeo y del Consejo], de 23 de abril, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, cuyo plazo de transposición venció el 5 de diciembre de 2010, en su considerando 14 dice textualmente: «El principal propósito de los objetivos nacionales obligatorios es proporcionar seguridad a los inversores y promover el desarrollo permanente de tecnologías que produzcan energía a partir de todas las fuentes de energía renovables. Aplazar una decisión sobre el carácter obligatorio de un objetivo hasta que se produzca un acontecimiento futuro no resulta adecuado». Además la comunicación de la Comisión Europea sobre la materia, de fecha 10 de noviembre de 2010, dispone en su apartado 2 que el desarrollo de las energías renovables todavía requerirá de sistemas de incentivos durante un tiempo.

Por su parte, tampoco se comprende el cambio de sistema de producción de energía fotovoltaica que provoca la reducción de la retribución de la misma y, por tanto, la rentabilidad de las inversiones, cuando el artículo 4 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, bajo el lema «Principios de buena regulación aplicables a las iniciativas normativas de las Administraciones Públicas», en su apartado 4 textualmente dispone: «A fin de garantizar el principio de seguridad jurídica, las facultades de iniciativa normativa se ejercerán de manera coherente con el resto del ordenamiento para generar un marco normativo estable y predecible, creando un entorno de certidumbre que facilite la actuación de los ciudadanos y empresas y la adopción de sus decisiones económicas». Y continúa el apartado 9 del mismo precepto: «En todo caso, los poderes públicos procurarán el mantenimiento de un marco normativo estable, transparente y lo más simplificado posible, fácilmente accesible por los ciudadanos y agentes económicos, posibilitando el conocimiento rápido y sencillo de la normativa vigente que resulte de aplicación sin más cargas administrativas para los ciudadanos y empresas que las estrictamente necesarias para la satisfacción del interés general». Esta Ley de Eco-

nomía Sostenible ya estaba elaborada y se encontraba en tramitación parlamentaria al momento de aprobarse el Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, lo que pone de relieve una contradicción con los objetivos políticos.

Es cierto que con la disposición final cuadragésima cuarta de la citada Ley de Economía Sostenible se pretende dar una mayor estabilidad pro futuro a los posibles cambios del sector, pero ello no arregla el problema surgido en la coyuntura actual. También a través de la disposición final cuadragésima quinta existe una pretensión, mediante el acceso a las actuales líneas ICO, de paliar los efectos negativos del Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, pero no queda concretada la forma de acceso a dichas líneas, si es directa o con intermediación de las entidades financieras, y tampoco parece que se doten nuevos créditos ante el posible incremento de demanda de financiación de las mismas, lo que no viene a solventar la situación creada.

Los interesados indican en sus quejas que ellos han cumplido con las obligaciones que el ordenamiento jurídico les impone y con el compromiso suscrito, sin embargo la Administración ha variado estos acuerdos de forma unilateral y mediante el uso de una técnica legislativa que no les permite su impugnación. En este sentido el artículo 30 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, regula las obligaciones y derechos de los productores en régimen especial. Entre otros, establece que el régimen retributivo de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial se completará con la percepción de una prima, en los términos que reglamentariamente se establezcan y, en su apartado 4, puntualiza: «Para la determinación de las primas se tendrá en cuenta el nivel de tensión de entrega de la energía a la red, la contribución efectiva a la mejora del medio ambiente, el ahorro de energía primaria y a la eficiencia energética, la producción de calor útil económicamente justificable y los costes de inversión en que se haya incurrido, al efecto de conseguir unas tasas de rentabilidad razonables con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales». Pues bien, con la nueva regulación ya se ha indicado que los productores de energía fotovoltaica precisamente señalan el incumplimiento de este precepto por la imposibilidad de alcanzar la rentabilidad razonable de la inversión. Es más, en el «Informe de la subcomisión de análisis de la estrategia energética española para los próximos 25 años» de 17 de noviembre de 2010, se estima que el coste de la producción de la energía fotovoltaica en la próxima década será el que más se reduzca, alrededor de un 50 por

ciento, debido al efecto combinado de la curva de aprendizaje/maduración tecnológica junto con los factores de escala que su elevada demanda provoca y provocará en el futuro más próximo. Además se indica que desde el punto de vista de disponibilidad este es un recurso de primer orden, particularmente en el caso español. Sin embargo la reducción de la retribución de la energía primada puede hacer cambiar esta posibilidad de minoración del coste.

El artículo 28 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, prevé que las instalaciones autorizadas para la producción de energía eléctrica en régimen especial gozarán de un trato diferenciado según sus particulares condiciones, pero sin que quepa discriminación o privilegio alguno entre ellas. Por el contrario, esta garantía legal no es respetada por la regulación contenida en el Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, y el Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, que establecen una limitación del plazo de duración de los incentivos para la tecnología fotovoltaica, sin motivación aparente, ya que el mismo se prevé de forma específica y única para ésta, mientras que para el resto de tecnologías renovables no se contempla tal limitación temporal concreta. Una vez más, a través de la Ley de Economía Sostenible se ha pretendido controlar los efectos negativos de las decisiones anteriores aumentando el plazo de las instalaciones de energía fotovoltaica hasta 30 años, lo que no soluciona el problema de falta de rentabilidad razonable creado.

En las quejas se ha señalado que una de las causas aducidas para esta modificación trae causa de algunos fraudes cometidos por productores de energía fotovoltaica, criterio que no puede sustentar el cambio normativo operado, pues los poderes públicos tienen la facultad y la obligación del ejercicio de la potestad sancionadora para perseguir a quienes incumplen el ordenamiento jurídico, sin que pueda tratarse a todos los ciudadanos como infractores, pues ello sería contrario al principio de presunción de inocencia que rige el ordenamiento jurídico sancionador, ya sea penal o administrativo.

Estas razones llevan a considerar no sólo la necesidad de clarificar el horizonte regulatorio de la producción de energía eléctrica en régimen especial, a fin de que los productores e inversores sepan a qué atenerse en todo momento, sino también, habida cuenta de la nueva situación mundial que afecta concretamente al precio de materias primas y a la producción de energía, habría que valorar el incremento de horas de producción de energía solar fotovoltaica pues puede contribuir a la independencia energética de España.

Por consiguiente, haciendo uso de la facultad conferida por los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, procedemos a efectuar la siguiente recomendación:

«Que por parte de ese ministerio, teniendo en cuenta la nueva coyuntura mundial, se valore la posibilidad de ordenar el aumento de producción de horas equivalentes de funcionamiento de las instalaciones fotovoltaicas, distinguiendo, además, entre las diferentes zonas climáticas de España. También se recomienda que, con el fin de evitar situaciones de incertidumbre se proceda a elaborar una normativa estable y clara para el sector eléctrico en régimen especial».

Por otra parte, se solicita la emisión de un informe sobre la forma en que se va a desarrollar el acceso a las líneas ICO, en el que se señale, además, la disponibilidad de fondos y, en su caso, si existe previsión de una nueva dotación de fondos para hacer frente a las solicitudes.

Agradeciendo la remisión a esta Institución 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.

Madrid, 24 de marzo de 2011.

Recomendación dirigida al Ministro de Industria, Turismo y Comercio.

Recomendación 26/2011, de 24 de marzo, sobre la apreciación de oficio por el órgano instructor de la existencia de un interés legítimo y de la intención de ser parte en el procedimiento sancionador del denunciante si de la denuncia se desprende que los hechos presuntamente constitutivos de infracción afectan los intereses del denunciante y son denunciados precisamente por ello.

(BOCG. Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 489)

Esta Defensoría ha recibido sus dos informes sobre la queja 10003751, formulada por don (...).

Una vez estudiado su contenido, esta Institución considera que la Confederación Hidrográfica del Miño-Sil está adoptando las medidas pertinentes en el ámbito de sus competencias y de conformidad con las normas aplicables, para ejecutar la resolución sancionadora de referencia (...) y que las cosas sean restituidas a su estado anterior, lo que solucionaría el problema planteado en la presente queja.

No obstante, esta Defensoría cree que la Confederación Hidrográfica del Miño-Sil habría de haberle tenido al autor de la queja por interesado en el procedimiento sancionador en tanto que afectado por las resoluciones que se adopten en el mismo y denunciante (denuncia que formuló ante la Comandancia de la Guardia Civil de O Porriño y que fue trasladada a la Confederación Hidrográfica del Miño-Sil con fecha de 2 de abril de 2009). Por los mismos motivos, debe considerarle interesado en los procedimientos de ejecución forzosa que se tramiten por ese organismo de cuenca, en orden a que

sea ejecutada materialmente la resolución sancionadora dictada en el procedimiento (...).

A esos efectos, hay que señalar que es cierto que, según nuestra jurisprudencia, el denunciante, aunque tenga reconocida cierta intervención en el procedimiento que su denuncia provoque (notificación de su incoación y de la resolución que se dicte), no por ello se constituye en parte. En principio, el denunciante de una supuesta infracción que da lugar a un procedimiento administrativo sancionador no se convierte en titular de ningún derecho subjetivo, ni pone en juego un interés personal o legítimo, como exige el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que hubiera de encontrar satisfacción adecuada, traducida en algún beneficio o ventaja en su esfera jurídica, puesto que se limita a comunicar a la Administración un proceder que considera irregular, a fin de que ponga de oficio en marcha su actividad investigadora y sancionadora. Si aquella decide incoar un procedimiento sancionador (artículos 133 a 137 de la Ley 30/1992), éste es concluido mediante una resolución sancionadora o de sobreseimiento, sin otras declaraciones, y menos aún de reconocimiento de situaciones individualizadas en favor de personas ajenas al fin perseguido.

Por tanto, como norma general, las posibilidades de actuación del particular ante la autoridad administrativa titular de la potestad sancionadora o disciplinaria se agotan en la denuncia de la infracción cometida, y en el derecho a que se le notifique su incoación y la resolución que se dicte.

Pero, a juicio de esta Defensoría, existe una excepción que se deduce del artículo 31.1 apartados b) y c), de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y a contrario sensu de los fundamentos que sobre este asunto contiene la jurisprudencia. Esta excepción se produce cuando un particular (o una asociación particular) es el perjudicado por la conducta presuntamente infractora y denuncia ésta, o bien, siendo el perjudicado, sin ser denunciante, pero habiendo tenido conocimiento de la iniciación del mismo, solicita personarse en el procedimiento sancionador. Ambos, el perjudicado denunciante o el perjudicado no denunciante que solicite personarse, y precisamente por ser los perjudicados por la conducta presuntamente infractora, pueden intervenir en el procedimiento administrativo sancionador, ya que tienen en juego bien un derecho, bien

un interés legítimo, que va más lejos que el de la observancia de la legalidad, tal y como exigen los apartados b) y c) del artículo 31.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

No se olvide que, según el artículo 31.1 de la Ley 30/1992, se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.

b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.

c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

Quien o quienes puedan haberse visto afectados directamente por la conducta infractora y perjudicados por ésta, ostentan no sólo el simple interés de mera observancia de la legalidad, sino también un interés propio y legítimo, entre otras cosas, porque más allá de la comprobación de que ha habido infracción y de la sanción que vaya a ser impuesta, es en el procedimiento sancionador donde normalmente será determinada la responsabilidad para la restitución del estado de cosas y las indemnizaciones procedentes.

La cuestión de quién ostenta la condición de interesado en el procedimiento sancionador, sólo puede dilucidarse a la vista de la legislación misma. Evidentemente el precepto clave es el artículo 31 de la Ley 30/1992, como hemos explicado en el punto anterior. Por ello, la interpretación correcta del artículo 13.2 *in fine* del Reglamento para la potestad sancionadora, y en concreto de la frase «... y se notificará al denunciante, en su caso, y a los interesados, entendiéndolo en todo caso por tal al inculpado», es que el inculpado es siempre uno de los interesados a los que se debe notificar el acuerdo de iniciación (lo que, en verdad, es redundante, ya que la condición de inculpado del interesado necesario en el procedimiento sancionador se deduce de la propia Constitución y de la Ley 30/1992, sin que sea necesario que el Reglamento abunde al respecto), pero no que el concepto de interesados (palabra que por cierto se usa en el Reglamento en plural) se reduzca únicamente al de inculpado, y ello no sólo porque el sentido

propio de las palabras y de su construcción gramatical así lo indican, sino también porque otra interpretación sería claramente contraria a la Ley 30/1992 y al concepto de interesado en el procedimiento administrativo que en ella se recoge. En suma, los interesados en un procedimiento sancionador no son solo los imputados.

Por tanto, un vecino colindante al lugar donde se produce la conducta infractora, y a quien le perjudica ésta, es claramente interesado en el procedimiento, pues sus derechos se ven afectados por el mismo (artículo 31.1.b) de la Ley 30/1992).

La condición de interesado en el procedimiento sancionador ex artículo 31.1.b) de la Ley 30/1992, significa que debe ser llamado al mismo (artículo 34), que se le debe comunicar su tramitación, y que ostenta 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 debe regir por lo previsto en los artículos 84 y 85 de la Ley 30/1992.

De ahí que el Defensor del Pueblo crea que debía haberse reconocido al señor (...), autor de la queja, la condición de interesado en el procedimiento sancionador de referencia, y en los de ejecución forzosa que se inicien a partir de ahora, pues concurre en él un interés que es distinto de la mera observancia del ordenamiento jurídico. El señor (...) ostenta derechos que pueden resultar afectados por la decisión que se adopte en el procedimiento (supuesto del artículo 31.1.b). El camino de acceso a su propiedad se ha visto reducido y el arroyo colindante con su finca ocupado por escombros y lodos. Por ello, la restitución de las cosas a su estado anterior le produciría, sin duda, un beneficio material, redundante en su esfera jurídica. A juicio de esta Defensoría, su condición de interesado en el procedimiento se sustenta por sí sola en la titularidad de un derecho subjetivo, que existe con anterioridad a la iniciación del procedimiento, y comporta la correlativa obligación por parte de la Administración de tenerlo en cuenta de oficio, sin que sea necesario a esos efectos su comparecencia.

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 a esa Presidencia de la Confederación Hidrográfica del Miño-Sil la siguiente sugerencia:

«Que ese organismo de cuenca ex artículo 31.1.b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones

Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, considere interesado en el procedimiento al autor de la queja, ya que ostenta derechos que pueden resultar afectados por la decisión que se adopte en el mismo, y que en consecuencia se le comunique tal condición y sus derechos al respecto, de conformidad con los artículos 35, 84 y 85 de la misma ley».

En ese mismo orden de ideas, es preciso añadir, aunque no sea el caso que nos ocupa, otra consideración: si la condición de interesado en el procedimiento sancionador se sustenta en la titularidad de un interés legítimo afectado por la resolución que recaiga (artículo 31.1.c) de la Ley 30/1992) y concurre también la condición de denunciante, la existencia de tal interés legítimo y la intención de ser parte en el mismo (es decir, la solicitud de personarse que exige el precepto) en muchos casos se pueden deducir implícitamente de la denuncia misma, mediante una simple y fácil valoración de su contenido, ya que el denunciante suele explicar las razones por las que la conducta que denuncia afecta a sus intereses. No se olvide que, en virtud del artículo 34 de la misma ley, si durante la instrucción de un procedimiento que no haya tenido publicidad en forma legal, se advierte la existencia de personas que sean titulares de derechos o intereses legítimos y directos cuya identificación resulte del expediente, y que puedan resultar afectados por la resolución que se dicte, se debe comunicar a dichas personas la tramitación del procedimiento. Es decir, tanto los titulares de derechos como los de intereses legítimos tienen que ser llamados al procedimiento una vez que la Administración conozca de su existencia, a fin de evitar una situación de indefensión, prohibida por el artículo 24 de la Constitución. Existencia que se deduce con frecuencia de la propia denuncia, con un mínimo de iniciativa en ese sentido por parte de la Administración; iniciativa que, a nuestro juicio, le es exigible de oficio, sin que tenga apoyo legal en esos casos exigir al interesado legítimo denunciante que, además, solicite ser parte en el procedimiento para tenerle como tal.

En definitiva, la existencia de un interés legítimo y la intención de ser parte en el procedimiento sancionador del denunciante, y por tanto el reconocimiento de su condición de interesado en el mismo (artículo 31.1.c) de la Ley 30/1992, deben ser, en su caso, apreciadas de oficio por el órgano instructor del procedimiento sancionador, mediante una simple y fácil valoración del contenido de la denuncia, en la que se estudie si de ésta se desprende que los hechos presuntamente constitutivos de infracción afectan a los intereses del denunciante y son denunciados precisamente por ello.

Por ello, esta Defensoría considera también fundamentado y necesario cursar a esa Confederación Hidrográfica la siguiente recomendación:

«Que la existencia de un interés legítimo y la intención de ser parte en el procedimiento sancionador del denunciante, y por tanto el reconocimiento de su condición de interesado en el mismo ex artículo 31.1.c) de la Ley 30/1992, sean, en su caso, apreciadas de oficio por el órgano instructor del procedimiento sancionador, mediante una simple y fácil valoración del contenido de la denuncia, en la que se estudie si de ésta se desprende que los hechos presuntamente constitutivos de infracción afectan a los intereses del denunciante y son denunciados precisamente por ello».

Agradezco de antemano su colaboración y espero, de conformidad con el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos, que me comuniquen si acepta las sugerencias y recomendaciones formuladas o, en su caso, las razones que estime para no aceptarlas.

Madrid, 24 de marzo de 2011.

Recomendación dirigida al Presidente de la Confederación Hidrográfica del Miño-Sil. Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino.

Recomendación 27/2011, de 24 de marzo, sobre atención en los colegios públicos de las necesidades higiénicas y de cambio de vestuario de los alumnos de educación infantil.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 507*)

Es de referencia su escrito de fecha 15 de noviembre de 2010, con el que remite informe a esta Institución en relación con la queja planteada por don (...), inscrita en el registro del Defensor del Pueblo con el número arriba indicado.

Trasladado al promovente de la queja el contenido del mencionado informe a fin de que, si lo consideraba pertinente, formulase escrito de alegaciones, éste lo ha hecho así, ratificándose en cuanto manifestaba en su inicial escrito de queja.

Esta Institución, teniendo en cuenta todos los datos que obran en el expediente de la referida queja, ha efectuado la siguiente valoración.

De cuanto se manifiesta en el informe emitido se desprende que, a juicio de ese departamento, el profesorado de los colegios de educación infantil y primaria no cuenta, entre sus funciones, la de auxiliar a los alumnos que inician el segundo ciclo de la educación infantil en sus necesidades higiénicas y en los cambios de vestuario que puedan precisar por distintas causas, y se concluye que el procedimiento seguido por la profesora tutora del hijo del reclamante, al requerir la presencia de este último en las instalaciones del colegio para efectuar a su hijo un cambio de ropa, es el correcto en un centro como el CEIP (...), que no cuenta con auxiliares de educación infantil, al no reunir

los requisitos necesarios (número de alumnos por grupo) para participar en el Programa de apoyo a las aulas de tres años.

Entiende 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 encomiende dicho cometido, y con independencia de que los centros que escolarizan a estos alumnos estén o no dotados del personal auxiliar mencionado, los colegios públicos en los que estén escolarizados 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 estos 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 que pueden ser 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, entre tanto se produce la solución, externa al centro, a que recurre el colegio público a que alude la queja planteada, y aparentemente, en general, todos los colegios que escolarizan alumnos de educación infantil.

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 contemplan la de «Conocimiento de sí mismo».

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 en 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 social», 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, 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 permitan 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.

A la vista de la argumentación expuesta, de la que se deduce 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 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, todos los colegios públicos que escolaricen alumnos de segundo ciclo de educación infantil presten a éstos, en todos los casos y utilizando para ello sus propios medios, la atención higiénica y relacionada con los cambios de vestuario que pudieran precisar durante su estancia en los mismos».

Agradeciendo de antemano a V. E. la remisión a esta Institución, en plazo no superior a un mes, del informe preceptivo a que hace referencia el citado artículo de nuestra ley orgánica reguladora, en el que se ponga de manifiesto la aceptación de la recomendación formulada o, en su caso, las razones en que se basa su no aceptación.

Madrid, 24 de marzo de 2011.

Recomendación dirigida a la Consejera de Educación, Cultura y Deporte. Diputación General de Aragón.

Recomendación 28/2011, de 24 de marzo, sobre la necesidad de elaborar una norma para garantizar el disfrute de una vivienda digna.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, págs. 499-500*)

Acusamos recibo de su escrito (s/ref...), relacionado con la queja formulada por doña (...), la cual quedó registrada en esta Institución con el número arriba indicado, por no concedérsele una vivienda de protección pública de especial necesidad siendo que es madre de siete hijos, que malvive en una chabola existente en medio del campo rodeada de escombros, ratas y con amenaza de un próximo desalojo (expediente...).

También alegó en su queja que se le ha informado de que, aunque tiene una puntuación muy elevada, no puede ser adjudicataria de ninguna vivienda porque no hay disponibles de, como mínimo, cuatro dormitorios, siendo que ella estaría dispuesta a vivir en alguna que tuviese tres, pudiendo dejar la chabola que ocupa.

Examinado el contenido de la información facilitada por la interesada y del informe recibido de esa dirección general, esta Institución estima procedente realizar las siguientes consideraciones, las primeras de tipo general, y que confiamos sirvan para justificar la propuesta, más concreta y referida al presente caso, que figura al final:

Primera. El artículo 47 de la Constitución española reconoce el derecho que tienen todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada y, como ese derecho se configura como uno de los «Principios rectores de la política social y económica» por encuadrarse dentro

del capítulo III del título I de nuestra norma fundamental, le es de aplicación lo establecido en el artículo 53 de la misma, por lo que se deberá tener presente que su reconocimiento, respeto y protección «informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos». Ello significa que el contenido prestacional de ese derecho a disfrutar de una vivienda exige la actuación positiva de todos los poderes públicos con competencia en la materia y, como también constituye uno de los objetivos del régimen de vivienda sometida a algún sistema de protección, que tales poderes públicos adopten medidas de regulación y de remoción de obstáculos para garantizar una vivienda digna y adecuada a quien verdaderamente la necesita y no pueda obtenerla razonablemente por otros medios, bien proporcionándole directa o indirectamente las ayudas suficientes para acceder a una vivienda adecuada, bien incluso, cuando sea absolutamente necesario, procurándole una directamente o a través de fórmulas de colaboración con la iniciativa privada.

A este respecto, cabe recordar la Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de junio de 1989, en la que se reconoció que el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, «no solo se ofrece como mandato dirigido al legislador para el despliegue de una acción prestacional de signo administrativo, sino para el desarrollo de una acción normativa que permita configurar una especie de esfera patrimonial intangible para los terceros, precisamente para asegurar el cumplimiento de aquellos objetivos constitucionales. En este sentido la dignidad humana debe comprender como algo inherente a su significado, no solo algunos derechos inmateriales, sino también derechos patrimoniales que permiten asegurar una misma existencia digna. En tal sentido deben ser considerados estos derechos patrimoniales, dentro de la categoría de los inviolables a que como «inherentes a la dignidad humana» menciona explícitamente el art. 10.1 de la Constitución».

Este derecho social queda constitucionalizado en una auténtica norma jurídica, por lo que hay que rechazar toda formulación en torno a declaraciones meramente programáticas que no vinculen a los poderes públicos. Por lo que se refiere a la Comunidad de Madrid, la obligación de promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes para hacer efectivo el derecho proclamado en el artículo 47 de la Constitución se deduce de su Estatuto de Autonomía, que le atribuye en su artículo 26.1.4 la competencia exclusiva en materia de vivienda; como consecuencia de ello, también tiene la Comunidad de Madrid la iniciativa legislativa, la correspondiente potestad reglamentaria así como la función de inspección. Ha sido

esa capacidad legislativa de la Comunidad de Madrid la que le ha hecho dotarse de instrumentos legales que han permitido una ordenación de su competencia estatutaria. Dentro de los principios rectores de las políticas públicas, esas disposiciones legales recogen el acceso en condiciones de igualdad de todos a una vivienda digna, mediante la generación de suelo y la promoción de vivienda de protección pública y protegida, con especial atención a los grupos sociales más desfavorecidos (Ley 6/1997, de 8 de enero, de protección pública a la vivienda; Ley 2/1999, de 17 de marzo, de medidas para la calidad de la edificación, Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid; Ley 9/2003, de 26 de marzo, del régimen sancionador de viviendas protegidas de Madrid, etc.). Además, el Consejo de Gobierno y la consejería competente han aprobado diversas normas reglamentarias con las que se ha querido atender la exigencia social y jurídica encaminada a hacer efectivo el derecho a la vivienda. Este conjunto de normas ha establecido las bases necesarias para lograr el efectivo derecho de los ciudadanos al acceso a una vivienda digna y adecuada y ha desarrollado las políticas activas en coordinación con las otras administraciones públicas, y de acuerdo con los necesarios criterios de planificación que derivan de un conocimiento exhaustivo de la demanda real de vivienda.

Aunque el derecho se proclama respecto de todos los españoles, sin embargo es evidente que adquiere una especial significación respecto de quienes carecen de medios económicos suficientes para acceder a una vivienda digna y adecuada en el mercado libre, con lo que queda más cualificado el deber de las administraciones públicas de generar aquellas «condiciones necesarias» que permitan el eficaz ejercicio del derecho a todos sus titulares. En efecto, el referido derecho debe tenerse como expresión concreta del principio de igualdad material, real y efectiva que proclama el artículo 9.2 de la Constitución ya que, aunque la vivienda es una necesidad social común a todos los ciudadanos, sin embargo mientras unos están en condiciones de satisfacerla por sus propios medios, otros necesitan una protección especial o, por lo menos, un amparo cualificado de los poderes públicos, en todo caso con el mandato a los poderes públicos para remover a tal fin los obstáculos existentes.

Cuando se trate de personas con recursos económicos suficientes, las actuaciones que deben promover los poderes públicos serán las de planeamiento urbanístico que posibiliten el acceso a la vivienda de promoción libre; mientras que para aquellas personas que carezcan de tales recursos, la actividad de las administraciones añadirá la pro-

moción pública de viviendas y un régimen de ayudas que fomenten su acceso en propiedad o en alquiler, priorizando y dotando de financiación adecuada el acceso a la vivienda protegida en alquiler para las unidades familiares con rentas más bajas, o satisfaciendo el derecho, de forma transitoria, mediante el alojamiento.

Es de reconocer que a través de las disposiciones promulgadas, la Comunidad de Madrid ha pretendido facilitar el acceso a la vivienda pública en condiciones de igualdad y, para hacerlo efectivo, ha establecido ayudas para los colectivos más necesitados, como las del Decreto 19/2006, de 9 de febrero, que regula el proceso de adjudicación de viviendas del Instituto de la Vivienda de Madrid y donde se establece como sistemas de adjudicación los de sorteo, situaciones de especial necesidad y emergencia social. De este modo, la igualdad sustancial y efectiva se ha convertido en el eje de la orientación establecida por esa Administración autonómica del derecho a disfrutar de una vivienda como base necesaria para el pleno desarrollo de los derechos constitucionales y estatutarios. Quede pues ello sentado, respecto de cuanto sigue.

Segunda. Es cierto que el derecho de acceso a una vivienda digna y adecuada (artículo 47 CE) no puede ser considerado como un derecho pleno por el que cualquier ciudadano pueda exigir a las administraciones que, obligatoriamente, le concedan una vivienda adecuada y permanente. Lo que impone el precepto constitucional es que la Administración Pública facilite las condiciones de ejercicio del derecho, y un ejemplo de ello lo tenemos en los planes que se vienen aprobando en la Comunidad de Madrid como el de la Orden 2907/2010, de 7 de septiembre, por la que se regula el régimen para la cesión de uso de viviendas construidas, en régimen de concesión demanial, sobre suelos de dominio público de redes supramunicipales; el conocido como «Plan Alquila 45.000» para la construcción de un parque de viviendas para la cesión de su uso a terceros; el Plan Rehabilita 2009-2012 por el que la Comunidad refuerza la política de rehabilitación de viviendas y entornos urbanos de la Región; el nuevo Plan de Vivienda 2009-2012 que se configura en el Reglamento de viviendas con protección pública, aprobado por Decreto 74/2009, de 30 de julio, y en el que se incluye el Plan Joven; etcétera.

Hay que precisar que las administraciones no tienen atribuida por la normativa vigente la obligación de pagar el importe total de la vivienda a la que acceden los ciudadanos, ya que el fin del artículo 47 CE no es directamente asegurar universalmente y desde una pers-

pectiva jurídico-patrimonial la titularidad de un inmueble destinado a vivienda, en régimen de propiedad ni de arrendamiento ni de otro título jurídico legítimo de ocupación, sino asegurar a los ciudadanos la posibilidad de acceder a ese bien, de usarlo, de poder disfrutarlo mediante prestaciones indirectas como son: evitar la especulación con el suelo; la normativa en materia de diseño, calidad y seguridad en la construcción; la transparencia en el mercado de la vivienda (regulación de la compraventa y garantías de las cantidades entregadas a cuenta, del régimen de responsabilidad de promotores, constructores y arquitectos); la ordenación racional de la política de alquileres; la articulación del régimen de financiación y del crédito para la construcción y adquisición de viviendas en general, etc. Como se ha indicado, la finalidad es desarrollar las condiciones para el ejercicio del derecho constitucional, las modalidades para el acceso a una vivienda protegida y el procedimiento que ha de seguirse para ello.

Tercera. Las normas que se han venido promulgando en la Comunidad de Madrid han contribuido a alcanzar el objetivo del artículo 47 CE y, en este sentido, esta Institución valora el impulso dado a la vivienda protegida, en los últimos años una de las áreas de actuación preferente dentro de las políticas sociales realizadas por la Administración autonómica.

Sin embargo, también constatamos que no solo no se ha alcanzado todavía por completo el objetivo sino que, más bien, en los últimos años se ha alejado ya que la demanda de vivienda de protección pública (VPP) ha tenido un considerable incremento debido a factores derivados de la actual crisis económica (aumento del paro, reducción de los ingresos familiares en las economías más frágiles, incertidumbre en la compra de vivienda libre, importante restricción de créditos por las entidades bancarias respecto a los años anteriores, etcétera).

Igualmente se ha alejado el objetivo de atender las necesidades de vivienda oficial o de carácter social, debido a que su oferta ha sido muy escasa por las administraciones, debido a las restricciones presupuestarias y a que las decisiones de los empresarios del sector se han visto retenidas por el estrechamiento de la rentabilidad de la inversión ante la vivienda libre.

Ello justifica que esta Defensoría insista en que la Comunidad de Madrid debe continuar avanzando y profundizando en su deber de buscar soluciones posibles con que aproximarse al objetivo de que no haya ciudadanos sin vivienda digna, y en particular dar satisfacción

al 100 por cien de la demanda existente de vivienda protegida. Para ello, debemos consecuentemente insistir en la mejora de la regulación de la oferta de vivienda, de modo que se ajuste en la mayor medida posible a las necesidades actuales y reales de quienes carecen de una; en el fomento de la accesibilidad universal a la vivienda de todas las personas; en el establecimiento de las condiciones, medidas y procedimientos que permitan que esa vivienda sea digna y adecuada a las necesidades de los destinatarios; en el perfeccionamiento de la regulación del régimen jurídico y los requisitos de adjudicación, gestión y control de las viviendas protegidas; así como en el fomento de la calidad de la construcción, de control y prevención del fraude y de defensa y restauración de la legalidad.

Cuarta. Por otro lado, esta Defensoría ha de señalar a esa Administración su potestad de autoorganización, como conjunto de poderes para la ordenación de los medios personales, materiales y reales, adscritos con objeto de posibilitar el ejercicio de sus competencias y atribuciones públicas; y su potestad presupuestaria en cuanto a la distribución de las consignaciones con que atender las necesidades en la materia, que son de interés general, de acuerdo con los criterios de preferencia y conveniencia marcados por el Gobierno autonómico.

De ahí que debemos valorar favorablemente las decisiones adoptadas por esa Administración Pública relativas a las cantidades que se destinan a satisfacer las necesidades de vivienda de los ciudadanos, pues como potestad discrecional, la presupuestaria ha de entenderse como facultad de la Administración para elegir entre alternativas legalmente indiferentes; si bien conviene precisar que, según viene entendiendo la jurisprudencia, toda potestad discrecional, por amplia que sea, cuenta con elementos reglados, uno de ellos el fin o fundamento teleológico de la actuación, definido bien por la propia norma, bien por los principios generales del ordenamiento jurídico, siempre bajo la referencia del interés público al cual no puede dejar de atender la Administración. Por ello, la discrecionalidad no puede incurrir o derivar en arbitrariedad, prohibida por la Constitución (artículo 9.3, además 103.1 y 106.1 CE), lo que acarrea que el ejercicio de potestades discrecionales esté sujeto al control jurisdiccional y de esta Defensoría. En consecuencia, la doctrina jurisprudencial viene afirmando que es necesario que los actos dictados en el ejercicio de potestades discrecionales han de ser motivados, único medio de posibilitar el ulterior control.

Aunque la vivienda debe ser reconocida como objeto de un derecho básico, y a nuestros efectos (que son los del artículo 47 CE) no como

mercancía pues la Constitución no se refiere a la vivienda en cuanto bien patrimonial sino como materia de uso y disfrute, sin embargo, esta Defensoría reconoce que no es posible destinar todos los recursos económicos a la completa satisfacción de la necesidad de vivienda, en cuanto los fondos públicos no son ilimitados sino escasos y con ellos se atienden otros deberes legales. Pero una cosa es tener presente las limitaciones económicas, que dificultan adjudicar una vivienda a todos los que la necesitan, y otra muy distinta es conformarse o resignarse al límite establecido en la partida presupuestaria destinada a esta materia. No es posible perder de vista que, tras la alimentación y el vestido, la vivienda es considerada el tercer bien material básico; ni que en la distribución del gasto público, las citadas potestades de autoorganización, presupuestaria, no por discrecionales pueden ejercerse sin tener a la vista la necesidad social (no equivalente a la demanda solvente, propia del ámbito económico y mercantil), que debe atenderse de forma prioritaria sobre aquellas otras postergables, reducibles o incluso prescindibles por no ser legalmente obligatorias.

La Administración autonómica no puede alegar sin más insuficiencia de recursos económicos para no atender la necesidad de una vivienda digna y adecuada de determinados ciudadanos si, simultáneamente, destina parte del gasto público a otras partidas manifiestamente menos prioritarias, e incluso no obligatorias. Aunque el fomento del acceso a la vivienda con protección pública en la Comunidad de Madrid se pueda realizar a través de la vía presupuestaria mediante la intervención en la promoción, construcción o financiación de tales viviendas ya sea de forma directa, o mediante convenios con las otras administraciones públicas o con entidades privadas, sin embargo existen también otros medios para lograr la efectividad del derecho del artículo 47 de la Constitución, desvinculados de las limitaciones económicas de esa Administración, es decir que no suponen gasto alguno.

En los informes anuales que esta Defensoría ha venido presentando ante las Cortes Generales, hemos expresado nuestra insistencia a las administraciones públicas en el diseño de políticas más eficaces en la consecución del objetivo de acceder al disfrute de una vivienda, políticas activas en coordinación con otras administraciones y de acuerdo con la necesaria planificación derivada de un conocimiento exhaustivo de la demanda real de vivienda, o mejor de la necesidad social.

Por ejemplo, esa Administración autonómica puede intentar resolver la escasez de viviendas con una eficaz política contra el fraude en

las VPP existentes, o contra el creciente número de viviendas ocupadas sin título legítimo, con medidas de mejora de los medios personales y materiales actuales para así tramitar con mayor rapidez la recuperación posesoria de las viviendas de su patrimonio que estén actualmente vacantes con el fin de que sean nuevamente adjudicadas a quienes están esperando una, o con medidas destinadas a acortar la demora en la entrega de llaves a quienes resultaron adjudicatarios de una vivienda protegida.

Quinta. El disfrute de una vivienda es un derecho social y, como sucede con los otros derechos sociales reconocidos en la Constitución, se configura en la norma suprema como una norma de eficacia limitada que requiere ulterior intervención del poder público, en especial del legislativo, para ver completada su eficacia. Si los poderes públicos no promueven las condiciones necesarias y establecen las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, los ciudadanos no pueden accionar ante los tribunales, pues no hay estricta obligación constitucional cuyo incumplimiento dé acción a los ciudadanos para exigirlo directamente ante los tribunales (artículo 53.3 CE). Como ocurre con los otros derechos sociales, el derecho a la vivienda no es considerado derecho fundamental susceptible de recurso de amparo. Pero es un derecho social constitucionalizado, no es un mero concepto jurídico declarativo o programático sin eficacia alguna, sino que forma el objeto de una auténtica norma jurídica, que vincula a los poderes públicos. No hay libertad ni justicia ni igualdad, valores superiores de nuestro ordenamiento, sin el disfrute de una vivienda digna. El artículo 47 CE contiene pues una norma jurídica y el derecho a la vivienda es vinculante pues (apartado 3 del artículo 53) su reconocimiento, respeto y protección como principio constitucional informará –imperativamente– la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Que sólo pueda ser alegado ante la jurisdicción ordinaria, de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen, no quiere decir que no pueda ser alegado en absoluto.

Pues bien, esta Institución ha constatado que se vienen promulgando leyes donde expresamente se reconoce como un derecho subjetivo del ciudadano el de disfrutar de una vivienda digna y adecuada, de tal modo que los interesados legítimos que reúnan los requisitos podrán exigir ante la jurisdicción ordinaria el disfrute de una vivienda. Decisiones legislativas que, por tanto, esta Institución sólo puede calificar de acierto total, de avance absoluto de la sociedad democrática.

En el ordenamiento de la Comunidad de Madrid no existe un precepto que reconozca de forma directa y taxativa tal derecho subjetivo,

básico, de los ciudadanos con vecindad administrativa en la región, ni rigen normas de protección jurisdiccional ante los actos de la Administración autonómica que vulneren el derecho. Es decir, la legislación autonómica no contiene una regulación del conjunto de facultades y deberes que integran el derecho al disfrute de una vivienda tal que aquellos ciudadanos que la necesiten, especialmente a los integrantes de los sectores de la población más desfavorecidos, puede exigirlo ante el juez. Es decir, y como acaece en otras CCAA, la actual configuración del derecho a la vivienda como un derecho social no admite su tutela judicial directa.

Las normas jurídicas han de promulgarse e interpretarse teniendo en cuenta los cambios sociales, para lo que es necesario atender no sólo a la literalidad del precepto sino a la *ratio legis* y a su finalidad, por lo que la interpretación y aplicación del artículo 47 CE ha de concordar con la realidad social del momento (artículo 3.1 del Código Civil). Además, el apartado 1 del artículo 9 CE dispone que los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico; y el apartado 3 que la Constitución garantiza los principios de legalidad y de seguridad jurídica. También hay que tener presente lo dispuesto en el artículo 103.1, según el cual la Administración debe actuar siempre eficazmente y con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. Pero de lo hasta ahora actuado, esta Defensoría concluye que la aplicación de las normas autonómicas ahora vigentes puede dar lugar a situaciones injustas, como ocurre con el caso de la presente queja. Por todo lo cual, y de acuerdo con la previsión del apartado 2 del artículo 28 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, se ha considerado oportuno proponer una modificación de la ley vigente para que, como exige el artículo 9.2 y se deduce del apartado 3 del artículo 53 de la Constitución, sea directamente alegable el artículo 47 CE y directamente exigible el derecho ahí reconocido ante la jurisdicción ordinaria.

Sexta. Teniendo presente lo anterior y lo dispuesto en los artículos 7, 10 y 21 del citado Decreto 19/2006, de 9 de febrero, en principio debe aceptarse que esa Administración haya aplicado tales previsiones a la situación de la interesada y que, en su virtud, ella se encuentre a la espera de que se le pueda adjudicar una vivienda cuando exista una disponible para el cupo de especial necesidad y para el subcupo de cuatro dormitorios, y ello a pesar de que en el artículo 10 se establezca que la relación a que se refiere el subcupo «podrá ser alterada si se dan circunstancias especiales que, a juicio del órgano competente para adjudicar, así lo requieran». Dado que

nos encontramos ante una decisión tomada con el margen de discrecionalidad señalado, debe ésta aceptarse en vez de habersele adjudicado ya una vivienda sin observancia del procedimiento o de haberse asumido el compromiso de adjudicar a la interesada la primera vivienda de cuatro dormitorios que quedase disponible, toda vez que debe tenerse en cuenta el resultado de las valoraciones de otras solicitudes para este tipo de viviendas. Es decir, esa Dirección General ha observado que en el apartado 3 del citado artículo 21 se establece que el orden de adjudicación de viviendas del cupo de especial necesidad resultará de la valoración de las solicitudes conforme a la puntuación obtenida en la aplicación del baremo establecido en anexo, de mayor a menor y en diferentes grupos, de acuerdo con los cupos establecidos y con el número de dormitorios que corresponda según la composición familiar.

No obstante, esta Institución ha de indicar que, como no se puede prescindir del orden de adjudicación tras las correspondientes baremaciones, los solicitantes que tienen prioridad en la lista son de circunstancias aún peores que las de la formulante de la queja, por lo que se deberían adoptar las medidas necesarias para que, de la forma más urgente posible, se adjudiquen a esas solicitudes anteriores las viviendas que están esperando.

De los datos que nos ha facilitado esa Dirección General no podemos deducir cuántas solicitudes del cupo de especial necesidad y del subcupo de cuatro dormitorios que tienen mayor valoración que la de la interesada están a la espera de adjudicación. Sí es sabido que el parque de viviendas patrimonio del IVIMA tiene que gestionarse conforme a los principios de economía y coordinación así como de acuerdo con los de legalidad y eficacia consagrados en la ley. Como esa Administración Pública debe tener presente que los objetivos pretendidos con su intervención en la gestión de la vivienda de protección pública han de ser garantizar las condiciones generales de mayor justicia en su adjudicación, y conseguir la mejor gestión posterior del parque de viviendas, entonces, en el supuesto de que existan muchos solicitantes con más puntuación que la interesada ello significará que sus circunstancias familiares, sociales y económicas son aún peores y que la política de vivienda de la Comunidad de Madrid no está siendo eficaz en la satisfacción de la necesidad de vivienda que tiene este grupo, manifiestamente tan desfavorecido y cuya sola existencia no es propia de la sociedad regida en términos de un Estado social en régimen de economía de mercado y en el que está garantizada la libertad de empresa.

Por otro lado, si en la lista de espera en que se encuentra la interesada hubieran pocos solicitantes antes que ella, entonces esa Administración autonómica debería adoptar urgentemente las medidas encaminadas a adjudicar la vivienda que cada uno de ellos necesita, de tal forma que, por lo menos, la adjudicación llegue al puesto de la formulante de la queja (madre de siete hijos que malvive en una chabola en medio del campo rodeada de escombros, ratas y con anuncio de próximo desalojo). Para ello, debería investigarse sobre los pisos de cuatro dormitorios en alquiler que se hubieran adjudicado tiempo atrás, cuántos ocupantes actuales son titulares del derecho, o acelerar los procedimientos de recuperación posesoria de las viviendas de cuatro dormitorios que están siendo ocupadas ilegalmente, o comprobar si alguna vivienda de cuatro dormitorios ha podido quedar vacante por fallecimiento, abandono o renuncia de sus titulares.

En el informe que se nos ha remitido nada se dice de medidas que esa Administración haya tomado o piense adoptar para conseguir la más pronta solución de la grave situación en que se encuentra la interesada y su familia. Si tenemos en cuenta que ha transcurrido ya más de un año desde que presentó su solicitud de vivienda por especial necesidad y si, por otro lado, también tenemos presente que el artículo 74 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Procedimiento común, determina que el procedimiento está sometido al criterio de celeridad y que se impulsará de oficio en todos sus trámites, entonces esta Defensoría no puede aceptar sin más la situación padecida por la reclamante de quedar a la espera de que le toque el turno hasta que haya una vivienda disponible. Ha transcurrido un tiempo más que suficiente para haber podido conseguirse la vivienda que necesita, o al menos tener una apreciable certeza de la imposibilidad de conseguirla en un plazo determinado.

Además de las posibles vías que hemos apuntado para obtener alguna vivienda disponible del parque del IVIMA y aunque en la normativa actualmente vigente no viene expresamente contemplado, esta Defensoría también propone como otra posible vía para atender a la familia de la interesada, y a las otras familias numerosas que están antes en la lista, la de adjudicarles, siquiera provisionalmente, viviendas de las previstas para menos de cuatro dormitorios. A este respecto, el derogado Decreto 114/1996, de 25 de julio, de adjudicación de viviendas de la Comunidad de Madrid, que modificó el Decreto 5/1994, de 20 de enero, contempló esa posibilidad en el apartado 2 de su artículo 9 de la siguiente forma: «En las promociones en que no existan viviendas de cuatro o cinco dormitorios, la Dirección General

de Arquitectura y Vivienda podrá reservar un cupo destinado a familias numerosas de cuatro o más hijos, cuya composición familiar mínima la constituyan seis miembros, para la posible adjudicación de dos viviendas que constituyan unidad horizontal o vertical».

Por las razones expuestas, en principio, también habríamos de aceptar la decisión adoptada por esa dirección general de no acceder a la pretensión de la formulante de la queja de que, como no se le puede adjudicar una vivienda de cuatro dormitorios como le corresponde por el número de miembros de su unidad familiar, se le facilite entonces otra aunque sea de tres dormitorios. Pero ello significaría preferir que siga habitando la chabola, y en pésimas condiciones. Entre las razones expuestas en el informe recibido para justificar la denegación están la de que la normativa precisamente prevé la asignación del número de dormitorios según la superficie de la vivienda, para poder garantizar un buen desarrollo de la unidad familiar evitando situaciones de hacinamiento y problemas de convivencia en la comunidad de vecinos; y la de que las viviendas de tres dormitorios disponibles para adjudicación, suelen tener una superficie útil muy reducida, en torno a los 60 m².

Sin embargo, esta Institución debe, a su vez, atenerse al apartado 2 del artículo 28 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, que dispone textualmente: «Si como consecuencia de sus investigaciones llegase al convencimiento de que el cumplimiento riguroso de la norma puede provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados, podrá sugerir al órgano legislativo competente o a la Administración la modificación de la misma».

Aplicando lo anterior al caso que nos ocupa, esta Institución considera que si la vivienda de tres dormitorios –que incluso la interesada estaba dispuesta a aceptar– era inadecuada para el número de miembros de su unidad familiar, también resultan inadecuadas por idéntica razón otras muchas viviendas que fueron correctamente adjudicadas hace años y que actualmente están siendo ocupadas por un número menor de miembros al haberse emancipado los hijos. Por ello, y para que se cumpla el artículo 10 del Decreto 19/2006, de 9 de febrero, que regula la adecuación de la superficie de la vivienda y el número de dormitorios a la composición familiar de los adjudicatarios, esta Defensoría propone que se revise la situación en que se encuentran esas viviendas y que, si así fuera procedente, que a esas unidades familiares con actualmente menos miembros que los del momento en que se les adjudicó, se les adjudiquen otras más pequeñas y que serían más adecuadas a su actual composición familiar.

La familia de la interesada, integrada por ocho miembros, actualmente ocupa un lugar donde reúne unas circunstancias de habitabilidad, higiene y seguridad mucho peores, si es que puede hablarse de tales «condiciones», que las de los eventuales adjudicatarios de una vivienda de tres dormitorios, por lo que debería ser considerada como motivo de preferencia en este subcupo sobre las familias de cuatro o cinco personas destinadas a viviendas de tres dormitorios. Por ello, como en este procedimiento de adjudicación de viviendas por especial necesidad prevalece la baremación y la discriminación positiva, esta Institución no comparte el criterio sostenido por esa Dirección General de que se produciría una relegación de estas familias de tres dormitorios. Es decir, sería una «relegación» manifiestamente justificada.

Esta Institución desconoce si en las promociones de viviendas del pasado año 2010 se aplicó el artículo 5 del citado Decreto 19/2006, que prevé para las respectivas convocatorias poder establecer una reserva específica destinada a situaciones de especial necesidad, que serían adjudicadas conforme al artículo 21. Pero sí podemos deducir que tales posibles reservas no habrían sido suficientes para evitar que una familia de ocho miembros y en tan lamentables condiciones lleve más de un año esperando a que se le facilite una de esas viviendas.

Séptima. Esta Institución es consciente de las dificultades para satisfacer la demanda de vivienda protegida, debido, principalmente, a la insuficiente oferta y al gran incremento del número de solicitudes. De otra parte, esa Dirección General reconoce que, al reunir la interesada todos los requisitos establecidos en el Decreto 19/2006, se encuentra a la espera de que se le pueda adjudicar una vivienda cuando haya disponible alguna para su cupo de especial necesidad y para el subcupo de cuatro dormitorios. Ello implica que a la interesada se le ha reconocido un derecho subjetivo equivalente al que resulta cuando expresamente se dicta una resolución estimando la petición del interesado.

Ahora bien, ese derecho puede verse ignorado en el terreno de los hechos si esa Administración autonómica no facilita inmediata y consecuentemente la vivienda que le corresponde o si, por no haberla en este momento, no adopta las correspondientes medidas encaminadas a que le sea adjudicada en un plazo razonable. De la información recibida deducimos que no las está adoptando, ya que la interesada está esperando desde hace más de un año a que se le facilite una.

Por lo expuesto, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, procedemos a formular la siguiente recomendación:

«Que, de conformidad con lo establecido en el artículo 47 en conexión con el apartado 3 del artículo 53 de la Constitución, en el artículo 26.1.4 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid aprobado por Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, y en el apartado 1 del artículo 3 del Código Civil, esa Administración autonómica adopte las medidas necesarias para instar al Gobierno regional la formulación de un proyecto de ley donde se garantice de forma efectiva el derecho constitucional y estatutario de los ciudadanos con vecindad administrativa en la Comunidad de Madrid a disfrutar de una vivienda digna y adecuada.

Para ello, la Comunidad de Madrid debería fijar en sus planes de vivienda y suelo y en los presupuestos autonómicos los recursos económicos suficientes destinados a promover la efectividad del derecho, que se distribuirían dando preferencia a los grupos de población con menor índice de renta pudiendo conseguir también ese objetivo mediante la adopción de las medidas de gestión del parque de viviendas del IVIMA inspiradas en los principios de coordinación, celeridad y eficacia.

Del mismo modo se recomienda incluir de forma expresa en el precepto legal el reconocimiento de quienes sean titulares del derecho a disfrutar de una vivienda que reúnan las condiciones establecidas en la ley, de poder exigir de esa Administración Pública el cumplimiento de la obligación de que se le facilite una y, en el supuesto de que se rechace o se demore la correspondiente adjudicación de una vivienda digna y adecuada, que se reconozca el derecho subjetivo a quien acredita la necesidad y de la correspondiente obligación a la Administración autonómica, incluso eventualmente ante los órganos judiciales».

Por otro lado, y de conformidad con lo dispuesto en los mencionados artículos 28 y 30 de nuestra Ley Orgánica 3/1981, también procedemos a formular la siguiente sugerencia:

«Que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 7, 10 y 21 del Decreto 19/2006, de 9 de febrero, por el que se regula el proceso de adjudicación de viviendas del Instituto de la Vivienda de Madrid, esa Administración autonómica adjudique inmediatamente a la interesada una vivienda de protección pública del cupo de especial necesidad y del subcupo de cuatro dormitorios.

Para ello, se sugiere que previamente adjudique las correspondientes viviendas a quienes tengan más puntuación que la interesada, para lo que se debería adoptar las medidas urgentes precisas para ello, como la recuperación posesoria de viviendas de cuatro dormitorios del IVIMA que estén vacantes porque sus adjudicatarios hayan fallecido, renunciado o abandonado la vivienda; las ocupadas por personas sin título legítimo; las que están siendo ocupadas legalmente por unidades familiares que actualmente ya no son adecuadas por tener menos de cinco miembros, y medidas análogas.

En el supuesto de que, tras realizarse las correspondientes tareas de investigación y actuación procedimental, todavía no fuese posible adjudicar esas viviendas a quienes padecen peores condiciones y especial necesidad, esa Dirección General podría solucionar temporalmente el problema adjudicando dos viviendas de menos de cuatro dormitorios, e incluso, subvencionando el alquiler de las que no pertenecen al patrimonio del IVIMA».

Agradeciendo la remisión a esta Institución del preceptivo informe, en el que se ponga de manifiesto la aceptación de esta recomendación y de esta sugerencia o, en su caso, de las razones que estime para no aceptarlas, y ello de conformidad y en el plazo previsto en el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos.

Madrid, 24 de marzo de 2011.

Recomendación dirigida al Director General de Vivienda y Rehabilitación. Comunidad de Madrid.

Recomendación 29/2011, de 11 de abril, sobre fundamentación en las resoluciones denegatorias de la inscripción de matrimonio dictadas por el Consulado General de España en Santo Domingo (República Dominicana).

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 504*)

Se ha recibido en esta Institución escrito de doña (...), DNI (...), que ha quedado registrado con el número arriba indicado.

Sustancialmente expone que el 24 de marzo de 2010 interpuso recurso de apelación ante la Dirección General de los Registros y del Notariado contra la resolución denegatoria de la solicitud de inscripción de 8 de marzo de 2010 de su matrimonio con nacional dominicano, solicitada ante el Consulado General de España en Santo Domingo, al tratarse de un matrimonio de complacencia. Al día de la fecha el recurso se encuentra en tramitación.

La señora (...) ha aportado ante esta Institución la resolución denegatoria de inscripción de matrimonio solicitada ante el mencionado organismo consular, cuya copia se facilita a V. E. con este escrito.

Las razones del Consulado para desestimar esta inscripción son las siguientes:

- «1. Inexistencia de relaciones previas.
2. Desconocimiento y contradicción por parte de ambos contratantes de datos personales básicos y/o familiares del otro, según se desprende de las contestaciones de los mencionados en las audiencias reservadas a ellos practicadas.

3. Existir serias dudas de que ambos contrayentes vayan a convivir como pareja una vez que la ciudadana dominicana se encuentre en España.

4. Convicción moral del encargado que suscribe y las razones avaladas por las audiencias reservadas (art. 246 RCC) efectuadas.

La presente denegación tiene como causa la pretensión de este encargado de evitar dar apariencia de solidez jurídica a lo que es un negocio simulado, posiblemente con finalidad económica y migratoria de carácter irregular, aunque estos extremos rebasan la competencia de este Registro Civil Consular. En aplicación de la doctrina en fraude de ley y a efectos de conseguir que la realidad registral corresponda a la verdad objetiva (art. 95 RRC), se rechaza la inscripción solicitada».

Esta Institución ha comprobado que la transcripción realizada de esta resolución denegatoria concreta puede apreciarse en numerosas solicitudes de inscripción que hemos tenido ocasión de examinar, en cada uno de los expedientes de presuntos matrimonios de conveniencia cuyos recursos se encuentran en trámite ante la Dirección General de los Registros y del Notariado. Con estos antecedentes puede concluirse que dicha motivación estereotipada se ha convertido en un modelo utilizado por el encargado del Registro Civil Consular en Santo Domingo, en los casos de solicitudes de inscripción de matrimonio de ciudadanos españoles con ciudadanos dominicanos. Por ejemplo, en el caso concreto el solicitante es un ciudadano dominicano y en la motivación el Consulado alude a «una ciudadana dominicana» como solicitante.

Resulta preciso recordar que la Instrucción de 31 de enero de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre los matrimonios de complacencia señala: «El encargado del Registro Civil que aplica las presunciones judiciales debe incluir en su resolución, de modo expreso, el razonamiento en virtud del cual dicha autoridad ha establecido la presunción, evitando la utilización de modelos formularios que, por su generalidad y falta de referencia a las concretas circunstancias particulares del caso concreto, no alcanzan a llenar el requisito imprescindible de la motivación de la resolución (cfr. art. 386 n.º 2 LEC)».

Además, hay que señalar que tanto por la presunción general de buena fe como porque el *ius nubendi* es un derecho fundamental de la

persona, es necesario que el encargado del Registro Civil alcance una certeza moral plena de hallarse en presencia de un matrimonio simulado para acordar la denegación de la autorización del matrimonio o de su inscripción. Esta convicción plena consiste en un juicio conclusivo de probabilidad cualificada en grado de certeza moral plena sobre la veracidad del presunto consentimiento simulado descartando «los casos de mera verosimilitud y los de duda o simple probabilidad» (Instrucción de 31 de enero de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre los matrimonios de complacencia).

Por todo lo anterior, esta Institución muestra su preocupación por la redacción del fundamento número 3: «Existir serias dudas de que ambos contrayentes vayan a convivir como pareja una vez que la ciudadana dominicana se encuentre en España», puesto que el encargado, al parecer, se encuentra sólo ante serias dudas y no ante una convicción de la simulación del matrimonio con arreglo a criterios valorativos racionales. Igualmente, las dudas de que los contrayentes vayan a convivir como pareja cuando el contrayente dominicano se encuentre en España, es un hecho presunto que carece en la resolución motivadora de indicios probatorios tendentes a esta conclusión.

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 estimado procedente dirigir a V. E. la siguiente recomendación:

«Que se adopten cuantas medidas procedan para que en las resoluciones que dicte el Consulado General de España en Santo Domingo, denegatorias de la inscripción de matrimonio, se fundamenten e individualicen los motivos de dicha denegación evitando la utilización de modelos formularios y la falta de referencia a las circunstancias particulares de cada caso».

En la seguridad de que esta recomendación será objeto de atención por parte de V. E. y en espera de la preceptiva respuesta.

Madrid, 11 de abril de 2011.

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

Recomendación 30/2011, de 11 de abril, sobre el derecho de opción a la nacionalidad española.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 504*)

Esta Institución viene recibiendo quejas en las que sus promotores discrepan de la interpretación que ha realizado la Dirección General de los Registros y del Notariado de lo establecido en la disposición adicional séptima de la Ley 52/2007, de la Memoria Histórica.

La Instrucción de 4 de noviembre de 2008, sobre el derecho de opción a la nacionalidad española establecido en la citada disposición, dispone de modo expreso que «las personas que siendo hijos de español o española de origen y nacidos en España, hubiesen optado a la nacionalidad española no de origen en virtud del artículo 20.1.b) del Código Civil, en su redacción dada por la Ley 36/2002, de 8 de octubre, podrán acogerse igualmente a la disposición adicional séptima de la Ley 52/2007, a fin de obtener la nacionalidad española de origen...».

Los interesados consideran que la interpretación que realiza la Dirección General citada limita de forma arbitraria lo establecido en la disposición antes mencionada, restringiendo el derecho a obtener la nacionalidad española a aquellas personas que, encontrándose en el supuesto de hecho de dicho precepto legal, aún no han accedido a la nacionalidad española y a aquellas que la obtuvieron al amparo de la Ley 36/2002, olvidando al colectivo que adquirió la nacionalidad española acogiéndose a las normas vigentes con anterioridad al año 2002.

Con el fin de analizar el asunto planteado por los comparecientes, resulta preciso, en primer lugar, transcribir la disposición adicional séptima de la citada Ley 52/2007, que establece:

«1. Las personas cuyo padre o madre hubiese sido originariamente español podrán optar a la nacionalidad española de origen si formalizan su declaración en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de la presente disposición adicional. Dicho plazo podrá ser prorrogado por Acuerdo de Consejo de Ministros hasta el límite de un año.

2. Este derecho también se reconocerá a los nietos de quienes perdieron o tuvieron que renunciar a la nacionalidad como consecuencia del exilio».

La simple lectura del precepto permite afirmar que el legislador no ha establecido limitación alguna para el acceso a la nacionalidad de origen, siempre que se cumplan los requisitos que la norma establece. En consecuencia, la decisión de limitar la obtención de la nacionalidad de origen al colectivo que solicitó la nacionalidad al amparo de lo establecido en el artículo 20.1.b) de la Ley 36/2002, emana de la Dirección General de los Registros y del Notariado y no del legislador.

Aun cuando la citada ley habilita al Gobierno y a sus miembros, en el ámbito de sus respectivas competencias, para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y aplicación de lo establecido en la ley (disposición final primera), el establecimiento de la limitación mencionada para la obtención de la nacionalidad de origen supone, a juicio de esta Institución, una extralimitación en las competencias de la repetida Dirección General.

El artículo 11 de la Constitución señala que la nacionalidad española se adquiere, se conserva y se pierde de acuerdo con lo establecido por la ley. Ello implica que la regulación de la nacionalidad está reservada a la ley, en particular las condiciones para acceder y conservar la misma, así como su extinción.

Así pues, en este ámbito existe una amplia libertad para legislar, con el único límite de respetar los preceptos constitucionales, dejando la regulación de las cuestiones procedimentales a las normas reglamentarias. Sin embargo, en el presente caso, la Dirección General de los Registros y del Notariado, al dictar esta Instrucción, ha querido

situarse en el papel del legislador imponiendo una restricción que la ley no establece y que, a juicio de esta Institución, no respeta el espíritu de la misma. Procede recordar, en este punto, que el preámbulo de la Ley 52/2007, señala que la modificación en materia de nacionalidad que realiza «pretende satisfacer la legítima pretensión de la emigración española que incluye singularmente a los descendientes de quienes perdieron la nacionalidad española por el exilio a consecuencia de la guerra civil o la dictadura».

La alternativa elegida por la Dirección General de los Registros y del Notariado de permitir que únicamente obtengan la nacionalidad de origen aquellas personas que se acogieron a la Ley 36/2002, impide el acceso a la nacionalidad de origen a aquellas que solicitaron la nacionalidad al amparo de disposiciones transitorias de normas anteriores a 2002, como la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, y 29/1995, de 2 de noviembre, y también a las que han obtenido la nacionalidad por residencia y que en la actualidad son españoles, aunque no de origen.

La limitación del ámbito subjetivo de beneficiarios que lleva a cabo la instrucción mencionada, ha creado situaciones discriminatorias que carecen de justificación. Un ejemplo que muestra claramente las consecuencias de la situación creada por la limitación introducida en la Instrucción es aquel en el que si el titular de la nacionalidad adquirida con anterioridad a la Ley 36/2002, hubiera esperado para obtenerla en el momento presente, se le concedería la nacionalidad de origen o si renunciara a la misma y ejercitara su derecho al amparo de la Ley de Memoria Histórica.

No parece necesario detenerse excesivamente en las diferencias entre la nacionalidad de origen y la derivativa. La propia Dirección General de los Registros y del Notariado, en su Resolución de 1 de julio de 1994, ya señaló que la nacionalidad de origen constituye hoy una categoría legal que justifica en todo caso un régimen privilegiado respecto de otras nacionalidades españolas adquiridas.

Debido a la obligación que compete a todos los Encargados de los Registros de acatar las instrucciones emanadas de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en la actualidad se está denegando el acceso a la condición de español de origen a todos aquellos que ejercitaron el derecho de opción a la nacionalidad, al amparo de normas anteriores a la Ley 36/2002, lo que lleva a los interesados a formular los correspondientes recursos contra la denegación del encargo del Registro.

En relación con esta cuestión esta Institución ha comprobado que la Dirección General de los Registros y del Notariado está dictando resoluciones estimatorias en los recursos en el supuesto de personas que optaron a la nacionalidad española al amparo de normas anteriores o que adquirieron la misma por residencia.

Así, en la Resolución de 23 de marzo de 2010, se indica:

«El auto apelado basa su denegación en que no ha quedado establecido que en el interesado concurren los requisitos exigidos en la Ley 52/2007, especialmente en lo que se refiere a la declaración de opción a la nacionalidad española en virtud del artículo 20.1.b) del Código Civil vigente. Este auto, sin embargo, por no ser ajustado a Derecho no puede ser confirmado según resulta de las siguientes consideraciones:

IV. El apartado III de la Instrucción de este Centro Directivo de 4 de noviembre de 2008 aclara que «se debe entender que en los hijos de padre o madre español de origen y nacido en España que hubieran hecho uso de la opción que reconoce el artículo 20.1.b) del Código Civil –y adquirido así la condición de españoles no de origen–, concurre título suficiente para acogerse al apartado 1 de la disposición adicional séptima y obtener de este modo la cualidad de español de origen». En definitiva, late en este razonamiento un principio de no discriminación de los españoles en la interpretación de la disposición adicional séptima, permitiendo que puedan optar a la nacionalidad española de origen los españoles no de origen, pues es evidente que el español no de origen en quien concurre título suficiente para la obtención de la cualidad de «español de origen» no puede ser objeto de peor trato que el extranjero en quien concurre el mismo título.

Por tanto, hay que entender que aquellos que, durante el período que va desde la entrada en vigor de la Ley 36/2002, de 9 de enero de 2003, hasta la entrada en vigor de la disposición adicional 7^a de la Ley 52/2007, de 27 de diciembre de 2008, hubieran optado a la nacionalidad española al amparo del artículo 20.1.b) del Código Civil, podrán ejercer la opción a la nacionalidad española de origen en virtud del apartado 1 de la disposición adicional séptima».

Aun cuando la Dirección General explica en la resolución que en el caso analizado la Instrucción no es directamente aplicable al recurrente ya que no optó en su día por la vía de la opción del artículo 20.1.b) del Código Civil en su redacción dada por la Ley 36/2002, sino

al amparo de la opción que habilitó la disposición transitoria tercera de la Ley 18/1990, señala que es evidente que debe permitirse el ejercicio de la opción establecida por la Ley 52/2007 a quienes «siendo hijos de español o española de origen y nacidos en España ejercieron la opción a la nacionalidad española no de origen al amparo no del citado artículo 20.1.b) sino en virtud de las disposiciones que antes de la Ley 36/2002, concedieron, si bien que con carácter temporal, el mismo derecho y en la misma hipótesis de ser hijo o hija de padre o madre español de origen y nacido en España».

En otra resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de la misma fecha se estima el recurso formulado por la interesada revocando el auto apelado y concediendo la nacionalidad de origen, pese a que la recurrente no había optado por la nacionalidad española al amparo del artículo 20.1.b) de la Ley 36/2002, sino que había adquirido la nacionalidad por residencia, al amparo del artículo 21.2 del Código Civil.

Se explica en la resolución que ha de permitirse el ejercicio de la opción a quienes siendo hijos de español o española de origen y nacidos en España adquirieron la nacionalidad por residencia, pues esta última es una nacionalidad por título derivativo y no de origen, y por ello las personas que la adquieren en virtud de tal título no pueden transmitir su nacionalidad española a sus hijos, salvo que en el momento de adquirir la nacionalidad sean menores de edad.

Las resoluciones mencionadas corrigen la restricción impuesta por la Instrucción y acuerdan la concesión de la nacionalidad de origen. Sin embargo, aun cuando se continúen estimando los recursos interpuestos, siempre que los interesados cumplan los requisitos establecidos por la Ley 52/2007, esta Institución considera que procede modificar la Instrucción de 4 de noviembre de 2008, evitándose con ello causar mayores perjuicios a personas que cumpliendo los requisitos establecidos por la disposición adicional 7ª ven denegadas sus peticiones por parte de los encargados de los registros civiles, siendo en vía de recurso cuando se reconoce su derecho.

Por lo expuesto, esta Institución ha estimado procedente formular a V. E., al amparo de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora de esta Institución, la siguiente recomendación:

«Que con carácter urgente se modifique la Instrucción de 4 de noviembre de 2008 de la Dirección General de los Registros y del Nota-

riado, sobre el derecho de opción a la nacionalidad española establecido en la disposición adicional séptima de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, ampliando el ámbito subjetivo de los beneficiarios del precepto, con el fin de incluir a todos aquellos que optaron por la nacionalidad española al amparo de normas anteriores a la Ley 36/2002, de 8 de octubre, siempre que estén incluidos en los supuestos previstos en la mencionada disposición adicional séptima».

Que, como consecuencia de dicha modificación, se resuelvan en sentido favorable y con la mayor brevedad posible los recursos que sobre este asunto se encuentran pendientes de resolución y se impartan las instrucciones que procedan para reconocer el derecho de todas aquellas personas que hayan visto denegado su recurso con anterioridad, pese a cumplir los requisitos establecidos por la citada disposición, como consecuencia de la limitación introducida por la Instrucción de 4 de noviembre de 2008 de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

En la seguridad de que esta recomendación será objeto de atención por parte de V. E. y en espera de la preceptiva respuesta.

Madrid, 11 de abril de 2011.

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

Recomendación 31/2011, de 11 de abril, sobre provisión de puestos de trabajo.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 488*)

Esta Institución agradece su informe (s/ref...), referido a la queja formulada por don (...), registrada con el número arriba indicado, en relación con la oferta de plazas vacantes a funcionarios de nuevo ingreso sin haberlas ofertado previamente mediante concurso a los funcionarios de carrera.

En el citado informe se indica que, habitualmente, en los concursos generales de méritos para la provisión de puestos de trabajo en el Cuerpo Nacional de Policía se recogen vacantes que han quedado del concurso anterior, pero pueden incluirse otras nuevas que sea preciso cubrir por diferentes motivos, ya sea porque se hayan producido con posterioridad a la resolución del concurso anual o que se hayan ocasionado como resultado del mismo o bien que, por otras circunstancias, se estime que es necesario cubrirlas.

Como conclusión al asunto planteado en la queja, ese centro directivo señala que su actuación está amparada, con el alcance y previsiones establecidas en la disposición final cuarta de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, tanto en el artículo 18.4 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, que dispone que «las vacantes correspondientes a las plazas incluidas en las convocatorias para ingreso de nuevo personal no precisaran de la realización de concurso previo entre quienes ya tengan la condición de funcionario», así como en el artículo 16.3 del Real Decreto 997/1989, de 28 de julio, por el que se aprueba el

Reglamento de provisión de puestos de trabajo de la Dirección General de la Policía, que dispone que «excepcionalmente se podrán convocar para su provisión por los funcionarios a que se refiere el apartado anterior (de nuevo ingreso o de promoción interna) otros puestos de trabajo, en atención a las necesidades de los servicios, dando conocimiento previo a la comisión de personal del Consejo de Policía».

Analizado detenidamente el contenido de dicho informe, esta Institución considera necesario realizar una serie de consideraciones al respecto.

En un principio, la jurisprudencia interpretó que era requisito necesario con carácter previo a la publicación de la oferta de empleo público que se determinaran cuáles eran las necesidades de personal, por lo que resultaba obligado proveer los puestos vacantes por los procedimientos de provisión entre los funcionarios de conformidad a lo dispuesto en las relaciones de puestos, pues sólo así se podían obtener las verdaderas plazas vacantes (sentencias del Tribunal Supremo de 12 de marzo y 23 de julio de 2001).

No obstante, la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, introdujo la modificación del citado artículo 18.4 de la Ley 30/1984, en el sentido antes transcrito, estableciéndose expresamente que cabía aprobar la oferta de empleo público, sin convocar previamente concurso, tal y como se indica en su referido informe, de forma que no es obligado que las vacantes incluidas en la oferta de empleo público y en los consiguientes procesos de ingreso de personal público se ofrezcan previamente, mediante el procedimiento de provisión correspondiente, a los ya funcionarios.

Sin embargo, que no exista un derecho de los que ya son funcionarios a que se les ofrezca previamente por la Administración mediante concurso las plazas o puestos de trabajo vacantes, con carácter previo al nombramiento de los aspirantes que hayan superado los procesos selectivos, no significa, como ha señalado el Tribunal Supremo en Sentencia de 10 de diciembre de 2007, que la Administración pueda decidir arbitraria y caprichosamente, sino que se trata del ejercicio de una potestad discrecional que ha de efectuarse conforme al interés público, de forma que «en el ámbito de sus facultades de autoorganización y al servicio de una mayor eficacia funcional, puede excluir del concurso previo entre los ya funcionarios determinadas plazas que de este modo serán directamente objeto de convocatorias para el ingreso de nuevo personal. Pero es de esencia a tal facultad que venga referi-

da a plazas concretas que se considere conveniente reservar a los funcionarios de nuevo ingreso –por razones de autoorganización o de otra clase que persigan un fin protegido por la ley–, lo que exige la expresión de dichas razones en el acto de exclusión».

De esta forma, el margen otorgado a la Administración no es ilimitado, pues la potestad discrecional de la que dispone debe ser ejercida de manera no arbitraria y sujeta siempre al interés público, y conforme ha interpretado el Tribunal Supremo, el ejercicio de las potestades discrecionales que el ordenamiento jurídico confiere a la Administración Pública, entre las que se encuentra la de autoorganización, está sujeta a limitaciones, que en el supuesto aquí planteado, y según la sentencia antes citada, «no alberga una exclusión general y automática del concurso previo sino que atenúa su obligatoriedad, permitiendo la norma que, de forma razonada, se excluyan determinadas plazas del concurso previo entre los ya funcionarios».

En el informe remitido por esa Dirección General se alude a que el Reglamento de provisión de destinos de la Dirección General de la Policía contempla en el apartado 3 del artículo 16 que, por necesidades del servicio, se podrán convocar para los funcionarios de nuevo ingreso y los de promoción interna otros puestos de trabajo, no concretando en el citado informe las razones que llevan a no ofertar las plazas vacantes a los funcionarios ya existentes pues, de manera muy genérica, se alude a diferentes motivos... «bien porque se hayan producido con posterioridad a la resolución del concurso anual o bien que se hayan ocasionado como resultado del mismo o que, por otras circunstancias, se estime que es necesario cubrir...».

Esto no quiere decir que entendamos que se haya obrado de forma arbitraria o contraria al interés público, pero lo cierto es que no se explican las razones que han llevado a esa Administración a no ofrecer en concurso previo a los ya funcionarios unas determinadas plazas y otras sí, ni en qué forma ese modo de proceder ha venido a satisfacer el interés público, debiendo recordar en este aspecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1991 que expresa: «“necesidades de servicio” constituye un concepto jurídico indeterminado en cuya concreción actúa la Administración con un margen de apreciación que no la dispensa de la necesidad de aportar al expediente el material probatorio necesario para acreditar que la decisión viene apoyada en una realidad fáctica que garantice su legalidad y oportunidad, así como la congruencia con los motivos y fines que la justifican».

Lo anteriormente reseñado cobra especial relevancia en cuanto a que el derecho de movilidad de los ya funcionarios queda limitado, según la apreciación discrecional que haga la Administración, al decidir si para la provisión de las plazas vacantes convoca o no un concurso de traslado entre quienes son ya funcionarios, antes de ofertarlas a los funcionarios de nuevo ingreso, pues es razonable el malestar que causa entre los ya funcionarios el hecho de que no se les ofrezcan unas vacantes que personal y profesionalmente pueden ser de su interés, siendo aquí donde opera la exigencia, a que antes aludíamos, de que la Administración explique las razones por las que se excluyen unas plazas y no otras del concurso de traslado previo, pues funcionarios con mayor antigüedad y experiencia no tienen posibilidad de acceder a ellas y sí la tienen, en cambio, los que acaban de ingresar, lo cual sólo resulta admisible si la Administración, en el ejercicio de su potestad de organización, explica el interés público que se trata de proteger y expone los criterios seguidos para aplicar ese tratamiento diferenciado a unas y otras plazas, eliminando así cualquier sospecha de arbitrariedad, pues el derecho a la igualdad no sólo opera en el momento de acceso a la función pública sino también durante el desarrollo de la función o el desempeño del cargo.

Sobre la base de las argumentaciones expuestas, 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 la apreciación discrecional que haga esa Administración para prescindir de determinadas plazas en el concurso previo entre los ya funcionarios para ofertarlas a los de nuevo ingreso, se lleve a cabo con sujeción al interés público y motivando claramente las razones y criterios seguidos que avalan dicha decisión, a efectos de conciliar el interés público en el ejercicio de la función policial y el interés de los ya funcionarios que se materializa en las legítimas expectativas de traslado».

Agradeciendo la remisión a esta Institución del preceptivo informe, en el que se ponga de manifiesto la aceptación de la recomendación formulada o, en su caso, las razones que se estimen para no aceptarla.

Madrid, 11 de abril de 2011.

Recomendación dirigida al Director General de la Policía y de la Guardia Civil. Ministerio del Interior.

Recomendación 32/2011, de 11 de abril, sobre desarrollo normativo y movilidad de personal estatutario.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 491*)

Agradecemos la remisión del informe solicitado a esa Administración en relación con el expediente arriba indicado.

Analizado su contenido esta Institución no puede estar de acuerdo con el planteamiento que mantiene esa Consejería para dar solución al asunto planteado.

Esta discrepancia se fundamenta en la escasa eficacia en la actuación administrativa, que afecta tanto a lo actuado hasta el momento, como a lo propuesto en el tratamiento de esta materia en adelante. En este sentido no puede desconocerse que la cuestión principal estriba en la formación continuada y su acreditación que desemboque en el correspondiente certificado acreditativo de haber realizado los cursos de actualización en transporte sanitario, expedidos por los órganos competentes y/u oportunamente reconocidos para la renovación de la inscripción como Técnico especialista en emergencias sanitarias (TES2) en esa comunidad autónoma.

Así, de la información facilitada por esa Administración se infieren, a nuestro juicio, las siguientes conclusiones:

La actual regulación reglamentaria sobre esta cuestión, el Decreto 73/1997, de 13 de noviembre, por el que se aprueba el reglamento de transporte sanitario en el Principado de Asturias, establece la necesidad de obtener la formación necesaria para la renovación como técnico especialista en emergencias a través, únicamente, de una escue-

la que goce de la acreditación requerida en el ámbito de esa comunidad autónoma. En desarrollo de dicha norma no se ha dictado ninguna otra disposición, ni en cuanto a los vehículos de transporte sanitario, ni, en lo que aquí interesa, en cuanto a la formación del personal que presta servicios en los mismos.

Por otra parte, existe una línea de actuación de la Administración de esa comunidad en relación con la actual regulación existente en el Real Decreto 295/2004 y en el Real Decreto 1397/2007, por el que se establece el título de Técnico en emergencias sanitarias, fijando sus enseñanzas mínimas, si bien, según se indica, la norma última no ha fijado al detalle el currículo formativo de dicho título, lo que permitiría, según se expresa, que cada comunidad autónoma desarrolle el mismo, significándose que en ese territorio dicho título no ha sido implantado como formación profesional reglada, existiendo al efecto un proyecto de la Consejería de Educación y Ciencia de esa comunidad sobre la garantía de la formación y nivel de conocimiento exigido para los certificados de estos profesionales, y poniéndose de manifiesto que, a la vez, esos certificados conviven con la existencia de los certificados de técnicos en emergencias expedidos por otras comunidades autónomas, obtenidos, también en algunos casos, por las denominadas vías no formales de formación.

Sobre este aspecto, acreditada la necesidad de encontrar una solución eficaz a una situación real y demandada por los profesionales, como se ha puesto de manifiesto en esta queja, esta Institución considera necesario plantear otra posible actuación en paralelo, sobre la posibilidad de establecer por esa comunidad autónoma la convalidación u homologación de la formación acreditada realizada en otra comunidad autónoma, en la línea de lo actuado por otras comunidades autónomas: Comunidad de Madrid, Castilla-La Mancha y, más recientemente, la Comunitat Valenciana que ha establecido la regulación de un procedimiento de homologación a través de la Resolución de 31 de mayo de 2010, del Consejero de Sanidad de la Generalitat Valenciana, resolución que ha sido publicada en el *Diario Oficial de la Comunitat Valenciana* el 19 de julio de 2010, atribuyendo a la Escuela Valenciana de Estudios de la Salud la competencia para realizar dichas homologaciones.

Sobre la base de las argumentaciones expuestas, 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 ha resuelto formularle la siguiente recomendación:

«Que por esa Consejería de Salud y Servicios Sanitarios se valore la oportunidad de desarrollar el Decreto 73/1997, de 13 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de transporte sanitario en el Principado de Asturias, regulando la convalidación, homologación o cualquier otro mecanismo que permita el reconocimiento de la formación y especialización de los técnicos en emergencias sanitarias nivel 1 y nivel 2, obtenida en otro servicio de salud, como quiera que, en otro caso, ello podría incidir negativamente en la movilidad de ese personal estatutario».

Agradeciéndole la remisión a esta Institución 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 indicada Ley Orgánica 3/1981.

Madrid, 11 de abril de 2011.

Recomendación dirigida al Consejero de Salud y Servicios Sanitarios. Principado de Asturias.

Recomendación 33/2011, de 11 de abril, sobre formalidades en las convocatorias de empleo público.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 512*)

Esta Institución agradece su informe (s/ref...), en relación con la queja formulada por don (...), registrada con el número arriba indicado.

Analizado su contenido, se estima necesario realizar una serie de consideraciones al respecto.

En primer lugar, se observa que el acta de 18 de febrero de 2010 del tribunal calificador que resuelve el proceso selectivo para la provisión, con carácter interino, del puesto de guarda rural de esa corporación municipal, no contiene el oportuno pie de recurso. Asimismo, de los antecedentes que obran en nuestro poder, se desprende que las bases por las que se rige la mencionada convocatoria publicada en el *Boletín Oficial de la Provincia de Ávila* núm. 247, de 28 de diciembre de 2009, no hace constar tampoco la posibilidad de impugnar las mismas por las vías administrativa y judicial correspondientes.

En este sentido, esta Institución debe señalar que la Administración convocante, en el presente caso ese Ayuntamiento, tiene adjudicadas la competencia exclusiva para la confección y aprobación de las bases que van a regular el procedimiento de selección; la convocatoria y su publicación; el estudio de las solicitudes presentadas con la posterior publicación de las listas provisionales de aspirantes admitidos y excluidos; la tramitación de la subsanación de los defectos subsanables y publicación de la lista definitiva de admitidos, etcétera.

A través de las bases de la convocatoria, la Administración que las redacta y aprueba se autolimita quedando vinculada a ellas, como también lo están el tribunal calificador y los participantes, tal y como lo ha interpretado la jurisprudencia del Tribunal Supremo al establecer que «las bases de la convocatoria son la ley del concurso y primera fuente de Derecho para resolverlo» (Sentencias de 12 de febrero, 14 de junio y 28 de noviembre de 1963, 1 de julio de 1965, 17 de marzo y 7 de diciembre de 1966, 24 de febrero y 4 de marzo de 1968, 29 de septiembre de 1981 y 22 de octubre de 1982, entre otras).

En consecuencia con lo anterior, la no impugnación de las bases de una convocatoria, con la consiguiente participación en las correspondientes pruebas selectivas, determina que esas bases devengan firmes e inatacables, no pudiéndose impugnar posteriormente por quienes se aquietaron ante las mismas y sólo las discutieron al no verse entre los aspirantes seleccionados (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2000).

También señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1997 que «la convocatoria de unas pruebas selectivas no es una disposición de carácter general. Se trata, por naturaleza, de un acto administrativo, que agota su eficacia una vez celebradas las pruebas selectivas correspondientes, sin constituir una norma que se integra en el ordenamiento jurídico».

En el informe remitido por esa corporación municipal se indica que el 18 de febrero de 2010 el tribunal calificador hizo público el acta por el que se resolvía el citado proceso de selección señalando que, de conformidad con el artículo 59.6 apartado b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuando se trata de actos integrantes de un procedimiento selectivo o de concurrencia competitiva de cualquier tipo la publicación sustituye a la notificación surtiendo los mismos efectos.

En este sentido, y en el caso que nos ocupa, esta Institución debe manifestar que tanto el acta por el que se resuelve el citado proceso selectivo para la provisión con carácter interino del puesto de guarda rural como la convocatoria del citado proceso son actos administrativos que se notifican a los interesados a través de la publicación de los mismos, de acuerdo con el citado artículo 59 de la Ley 30/1992, publicación que, de conformidad con el artículo 60 de la citada norma, debe contener los mismos elementos que el punto 2 del artículo 58 del mis-

mo texto legal respecto a las notificaciones, entre los que se encuentra el de indicar si es o no definitiva en vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que hubiera de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados pudieran ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente.

Sobre la base de las argumentaciones expuestas esta Institución, en el desarrollo de su competencia de velar por el respeto y cumplimiento de las normas contenidas en el ordenamiento administrativo, considera que esa Administración convocante debería haber incluido entre las bases reguladoras del proceso de selección para guarda rural interino, así como en el acta por el que se publica el acuerdo resolutorio del tribunal calificador del citado proceso, la expresa referencia a la posibilidad de su impugnación y con ello adaptarse a las previsiones de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y garantizar la buena relación entre la Administración y los ciudadanos.

Una vez realizadas estas precisiones 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 formularle la siguiente recomendación:

«Que, como garantía en favor de los ciudadanos que pretenden participar en los procesos selectivos que convoque ese Ayuntamiento, y en aras de los principios de buena fe y seguridad jurídica de la actuación administrativa que deben regir las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, se incluya, entre las bases de próximas convocatorias así como en los actos por los que se resuelven los citados procesos selectivos, la posibilidad y requisitos para la impugnación de los mismos al amparo de lo previsto en las normas reguladoras del procedimiento administrativo».

Agradeciendo la remisión a esta Institución del preceptivo informe, en el que se ponga de manifiesto la aceptación de la recomendación formulada o, en su caso, las razones que se estimen para no aceptarla.

Madrid, 11 de abril de 2011.

Recomendación dirigida al Ayuntamiento de Candeleda (Ávila).

Recomendación 34/2011, de 11 de abril, sobre acceso al empleo público.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 494*)

Agradecemos la remisión del informe solicitado a esa Administración en relación con el expediente arriba indicado.

Analizado su contenido, ese Ayuntamiento argumenta en favor del sistema de selección utilizado correspondiente a la elección de seis auxiliares de ayuda a domicilio, añadiendo que en la oferta de empleo cursada al servicio de empleo se establecían requisitos imprescindibles de los candidatos, entre ellos, el de encontrarse en posesión de, al menos, uno de los cursos o título que se relacionaban con la ayuda a domicilio, cumplimiento de los requisitos que esa entidad supervisó, entendiéndose que con ello se garantizaba el cumplimiento de los principios de mérito y capacidad y la idoneidad en la prestación del servicio.

Acerca de la segunda fase del proceso, consistente en un sorteo entre los aspirantes que cumplieran con aquellos requisitos, se sostiene el acomodo a derecho de tal método con el fin de dar iguales oportunidades a todas aquellas personas que, reuniendo las condiciones exigidas, no pueden acceder a los puestos al no poder aportar experiencia laboral o no tener facilidad para la superación de procesos de oposición o concurso-oposición.

Ocurre, sin embargo, que, por el contrario, esta Institución no comparte tales criterios al considerar que el sistema empleado no garantiza el cumplimiento de los principios constitucionales de acceso al empleo público.

Sobre este extremo debe adelantarse que la finalidad del procedimiento de selección es garantizar la elección del candidato más adecuado a la prestación laboral a través del cumplimiento de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad recogidos en los artículos 14 y 23.2 en relación con el artículo 103.1 de la Constitución, de forma que la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, exige a las administraciones públicas que la selección de su personal funcionario y laboral se lleve a cabo mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales mencionados, además de los que cita en su artículo 55; en este supuesto cobran especial relevancia la transparencia de esa actuación selectiva y la discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección, así como la adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desempeñar.

A nuestro juicio, el sistema ideado en la selección, aun entendiendo el loable propósito enunciado por esa Administración, no cumple con la finalidad buscada.

Así, ninguna de las dos fases del proceso permite discriminar a los candidatos por su mérito y capacidad, puesto que para ser admitido a la segunda fase, basta con estar en posesión de una de las titulaciones exigidas como requisito, siendo indiferente si se poseen más de una de ellas, lo que impide distinguir a los candidatos por su mayor esfuerzo y preparación, no contemplando el proceso ninguna otra prueba o condición adquirida a valorar, ya fuera ésta la experiencia laboral o, entre otras, alguna modalidad de prueba relacionada también con las tareas a desarrollar.

Tampoco la segunda fase, elección por sorteo, permite un tratamiento objetivo de los candidatos en función de sus conocimientos y capacidades, ni garantiza que por acción del azar no pueda repetir uno o más aspirantes en otras ocasiones, lo que hace al sistema incompatible con la igualdad de oportunidades.

Por otro lado, no permite el control de la discrecionalidad técnica de que gozan los tribunales calificadoros a la hora de evaluar diferenciando en función del mérito aportado por los aspirantes. Sobre este aspecto según señala la Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de abril de 2007, hay que distinguir entre:

a) El «núcleo material de la decisión técnica», reservada en exclusiva a las comisiones evaluadoras.

b) Sus «aledaños», constituidos por el respeto de las reglas básicas del concurso y la inexistencia de dolo o coacción. Así, estos aspectos del acto están sujetos al control de los tribunales, los cuales pueden verificar si concurre alguna de esas circunstancias y, en su caso, si la misma ha afectado al núcleo de la discrecionalidad técnica.

Así pues, la discrecionalidad técnica, reservada en exclusiva a esos órganos decisorios, conlleva que sus valoraciones, al plasmar esa función calificadora propia y necesaria en la selección de personal, no sean susceptibles de control jurídico.

No obstante, cuando se trata de analizar las decisiones adoptadas, no en el ejercicio de esa función calificadora, sino sobre el desarrollo de las pruebas selectivas, los actos de los tribunales son fiscalizables y pueden ser sustituidos por otro criterio más adecuado a derecho.

En conclusión, como hemos venido señalando en otras ocasiones, se puede establecer que el tribunal ha de valorar los méritos de los concursantes de forma suficientemente contrastada y atribuirles, distinguiendo entre ellos, la puntuación que corresponda a cada uno, y ello con un criterio de racionalidad (deducible de lo que dispone el artículo 9.3 CE) en cuanto a las capacidades necesarias para el desempeño del puesto. Asimismo se debe resaltar la conveniencia de evitar, en los procesos selectivos, exclusiones que puedan resultar desproporcionadas, aspecto que puede salvarse mediante pruebas de acceso relacionadas con las habilidades laborales. De ahí la necesidad de que los méritos a baremar —entre los cuales puede encontrarse la experiencia previa— deben aparecer conectados y acreditarse en la celebración de las pruebas que con ese fin se establezcan en las bases selectivas. Y a este respecto, el artículo 4 del Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, establece la adecuación a ese fin de los sistemas de concurso o de concurso-oposición para la selección del personal al servicio de la Administración Local.

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 adopte las medidas necesarias en el ejercicio de las potestades de autoorganización que tiene atribuidas por el artículo 4.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, para que, en adelante, al aprobar las bases que han de regir los procesos selectivos, se incluyan en las ofertas de empleo o en las indicadas bases, las previsiones

oportunas para una efectiva valoración de los méritos y capacidades de los candidatos, garantizando el acceso al empleo público mediante un procedimiento que respete los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, de acuerdo con los artículos 14 y 23.2 en relación con el 103.1 de la Constitución».

Agradeciéndole la remisión a esta Institución del preceptivo informe, en el que se ponga de manifiesto la aceptación de esta recomendación o, en su caso, de las razones que estime para no aceptarla, y ello de conformidad y en el plazo previsto en el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos.

Madrid, 11 de abril de 2011.

Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Guareña (Badajoz).

Recomendación 35/2011, de 11 de abril, sobre acceso al empleo público.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 513*)

Agradecemos su último informe, en relación con la queja formulada por don (...), registrada con el número arriba indicado.

Analizado su contenido, centrando la cuestión en la regulación de la bolsa de trabajo instaurada en esa Corporación, resulta necesario realizar las siguientes consideraciones.

Esta Institución no comparte la actual configuración del sistema empleado en la formación y gestión de la mencionada bolsa de trabajo que, a nuestro juicio, no garantiza plenamente el cumplimiento de los principios constitucionales de acceso al empleo público.

Sobre este extremo debe adelantarse que la finalidad del procedimiento de selección es garantizar la elección del candidato más adecuado a la prestación laboral a través del cumplimiento de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad recogidos en los artículos 14 y 23.2 en relación con el artículo 103.1 de la Constitución, de forma que la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, exige a las administraciones públicas que la selección de su personal funcionario y laboral se lleve a cabo mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales mencionados, además de los que cita en su artículo 55; en este supuesto, cobran especial relevancia la transparencia de esa actuación selectiva y la posibilidad de aplicar la discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección, así como la adecuación

entre el contenido de los procesos selectivos, los méritos y capacidad de los aspirantes y las funciones o tareas a desempeñar en relación con aquellos.

A nuestro juicio, el sistema ideado en la selección, aun entendiendo el loable propósito enunciado por esa Administración, no cumple con la finalidad buscada.

Así, no permite discriminar a los candidatos por su mérito y capacidad en función del puesto y las tareas a realizar, al contar únicamente con la fecha de inscripción en la bolsa como criterio de selección, lo que en modo alguno permite distinguir a los aspirantes por su mayor esfuerzo y preparación, no contemplando la presente configuración de la bolsa ninguna otra prueba o condición adquirida a valorar, ya fuera ésta la experiencia laboral o, entre otras, alguna modalidad de prueba relacionada también con las tareas a desarrollar, del mismo modo que, por el contrario, si tiene ese Ayuntamiento definido para los otros dos procesos de acceso al empleo público municipal.

El sistema utilizado no garantiza, a nuestro juicio que, por acción del azar, no pueda repetir uno o más aspirantes en otras ocasiones al no existir un orden de prelación entre ellos, lo que hace al sistema incompatible con la igualdad de oportunidades.

Por otro lado, no permite el control de la discrecionalidad técnica de que gozan los tribunales calificadores a la hora de evaluar, diferenciando en función del mérito y capacidades aportados por los aspirantes.

En conclusión, se puede establecer que el tribunal ha de valorar los méritos de los concursantes, para lo que debe establecer el correspondiente baremo de forma suficientemente contrastada y atribuirles, distinguiendo entre ellos, la puntuación que corresponda a cada uno, en cuanto a las capacidades necesarias para el desempeño del puesto.

Asimismo se debe resaltar la conveniencia de evitar, en los procesos selectivos, exclusiones que puedan resultar desproporcionadas, aspecto que puede salvarse, en su caso, mediante pruebas de acceso relacionadas con las habilidades laborales o la valoración de méritos adecuados al puesto. De ahí la necesidad de que los méritos a baremar —entre los cuales puede encontrarse la experiencia previa— deben aparecer conectados y acreditarse, también si se regula su reali-

zación, en la celebración de las pruebas que con ese fin se establezcan en las bases selectivas de la bolsa de trabajo. Y a este respecto, el artículo 4 del Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, establece la adecuación a ese fin de los sistemas de concurso o de concurso-oposición para la selección del personal al servicio de la Administración Local, ya sea este fijo o temporal, como es el caso.

Por todo lo que 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, se procede a formular la siguiente recomendación:

«Que ese Ayuntamiento adopte las medidas necesarias, en el ejercicio de las potestades de autoorganización que tiene atribuidas por el artículo 4.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, para que, en adelante, se aprueben las bases que han de regir el proceso selectivo para la constitución de la bolsa de empleo y se incluyan en las indicadas bases las previsiones oportunas para una efectiva valoración de los méritos y capacidades de los candidatos, garantizando el acceso al empleo público mediante un procedimiento que respete los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, de acuerdo con los artículos 14 y 23.2 en relación con el 103.1 de la Constitución».

Agradeciéndole la remisión a esta Institución del preceptivo informe, en el que se ponga de manifiesto la aceptación de esta recomendación o, en su caso, de las razones que estime para no aceptarla, y ello de conformidad y en el plazo previsto en el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos.

Madrid, 11 de abril de 2011.

Recomendación dirigida al Ayuntamiento de Valdetorres (Badajoz).

Recomendación 36/2011, de 11 de abril, sobre el criterio para autorizar el estacionamiento de personas con movilidad reducida en el municipio.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 494*)

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

En dicho escrito se señala que los titulares de las tarjetas de estacionamiento de vehículos para personas con movilidad reducida no pueden estacionar en aquellos espacios en los que esté prohibido expresamente, como son las zonas para carga y descarga, los reservados para servicios de urgencias, bomberos, taxis, etc., y sí pueden hacerlo en cualquiera de los espacios permitidos para todos los usuarios, en la zona de estacionamiento limitado designada como «zona ORA» y en las zonas reservadas para personas con movilidad reducida.

En relación con el contenido de dicho informe, le recordamos que tanto en el artículo 33 de la Ley 8/1993, de 22 de junio, de promoción de accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas de Madrid, como en el artículo 5 de la ordenanza municipal de ese Ayuntamiento por la que se regula la tarjeta de estacionamiento de vehículos para personas con movilidad reducida, se recogen los dos supuestos a los que se hace referencia en el escrito que nos ha remitido (el estacionamiento en zona de tiempo limitado y en zonas reservadas para personas con movilidad reducida), pero en dichos preceptos se reconoce, además, el derecho a estacionar en cualquier parte de la vía pública

durante el tiempo imprescindible y siempre que no se entorpezca la circulación de vehículos o peatones.

La interpretación que realiza ese Ayuntamiento en el informe que nos ha remitido de lo dispuesto en las mencionadas normas vacía de contenido el derecho que se reconoce a los titulares de la tarjeta de estacionamiento de vehículos para personas con movilidad reducida de estacionarse en cualquier lugar de la vía pública durante el tiempo imprescindible y siempre que no se entorpezca la circulación de vehículos o peatones. Este derecho está expresamente recogido en el epígrafe b) del artículo 5 de la ordenanza municipal y en el epígrafe c) del artículo 33 de la Ley 8/1993.

Si, como se afirma en el informe que nos ha remitido, dicho derecho sólo se puede ejercer en los lugares autorizados de conformidad con la normativa general de tráfico y las ordenanzas municipales, carecería de sentido incluirlo expresamente entre los derechos que se reconocen a las personas con movilidad reducida, titulares de las correspondientes tarjetas, ya que todos los conductores están autorizados a estacionarse en dichos lugares.

Ese Ayuntamiento al aprobar la ordenanza municipal por la que se regula la tarjeta de estacionamiento de vehículos para personas con movilidad reducida asumió la recomendación del Consejo de la Unión Europea de 4 de junio de 1998 y procedió a desarrollar lo dispuesto en la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial y en la Ley 8/1993, de 22 de junio, de promoción de accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas de Madrid.

Por ello, se reconoce en dicha ordenanza el derecho de los titulares de la tarjeta de estacionamiento de vehículos para personas con movilidad reducida a estacionarse en cualquier lugar de la vía pública durante el tiempo imprescindible y siempre que no se entorpezca la circulación de vehículos, en coherencia con lo previsto en el artículo 33 de la Ley 8/1993 y con la finalidad, reconocida expresamente en la exposición de motivos de la ordenanza municipal, de permitir a los vehículos para personas con movilidad reducida estacionarse de manera que no tengan que realizar a continuación grandes desplazamientos.

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 formular a V. I. la siguiente recomendación:

«Que modifique el criterio que sustenta, en contra de lo dispuesto en la propia ordenanza municipal por la que se regula la tarjeta de estacionamiento de vehículos para personas con movilidad reducida, de no permitir a los titulares de dichas tarjetas el estacionamiento en cualquier lugar de la vía pública durante el tiempo imprescindible y siempre que no se entorpezca la circulación de vehículos o peatones».

Como consecuencia directa de la precedente recomendación y en relación con el caso concreto que afecta al compareciente, esta Institución ha considerado necesario formular a V. I. la siguiente sugerencia:

«Que revoque tanto la sanción que se impuso al interesado como la liquidación de la tasa por la retirada del vehículo y proceda a la devolución de los importes abonados por estos conceptos».

En la seguridad de que, tanto la recomendación como la sugerencia formuladas, serán objeto de atención por parte de V. I. y, agradeciéndole la preceptiva respuesta.

Madrid, 11 de abril de 2011.

Recomendación dirigida al Ayuntamiento de Alcalá de Henares (Madrid).

Recomendación 37/2011, de 15 de abril, sobre adopción de las medidas oportunas para que en las resoluciones que dicte el Consulado General de España en Bogotá (Colombia), denegatorias de la inscripción de matrimonio, se fundamenten e individualicen los motivos de la denegación, evitando la utilización de modelos formularios y la falta de referencia a las circunstancias particulares de cada caso.

(BOCG. Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, págs. 488-489)

De acuerdo con lo prevenido en el artículo 18.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, con fecha 27 de julio de 2010, se solicitó de V. E., en la queja presentada ante esta Institución por don (...), el informe correspondiente, de cuya solicitud se adjunta fotocopia.

Transcurrido el plazo que se señala en el precepto legal mencionado, sin que se haya recibido en esta Institución el informe solicitado, se le requiere mediante el presente escrito para que dé cumplimiento a cuanto preceptúa la ley orgánica antes referenciada, recordándole especialmente la obligación de todos los poderes públicos de prestar auxilio al Defensor del Pueblo con carácter preferente y urgente en sus investigaciones.

Asimismo participamos a V. E. que se han venido recibiendo numerosas quejas en las cuales el Consulado de España en Bogotá ha denegado la práctica de inscripción de matrimonios al considerarlos matrimonios de conveniencia, sin indicar las razones o motivos que expresamente deberían figurar en la resolución dictada, como expresamente ha reconocido nuestro Tribunal Constitucio-

nal en la Sentencia dictada por la Sala 1ª de fecha 15 de diciembre de 2003.

Esta cuestión, que ya fue objeto de investigación por parte de esta Institución en el año 2008, finalizó con la realización a V. E. de un recordatorio de deberes legales a fin de que se adoptasen cuantas medidas procediesen para que en las resoluciones que dictara el Consulado de España en Colombia, denegatorias de la inscripción de matrimonio, se fundamentaran los motivos de dicha denegación, en forma similar a lo establecido en la instrucción de ese departamento, de fecha 10 de febrero de 2005, para los matrimonios celebrados en Cuba.

En su repuesta de 3 de diciembre de 2008, cuya copia se adjunta, se indicaba que se había remitido un oficio al Consulado de España en Bogotá, en el cual se daba traslado de las medidas que debía adoptar en las resoluciones denegatorias de inscripción de matrimonio.

Sin embargo, con motivo de las quejas que se continúan recibiendo sobre la falta de motivación de las citadas resoluciones, se ha considerado necesario formular la siguiente recomendación:

«Que se adopten cuantas medidas procedan para que en las resoluciones que dicte el Consulado de España en Colombia, denegatorias de la inscripción de matrimonio, se fundamenten e individualicen los motivos de dicha denegación evitando la utilización de modelos formularios y la falta de referencia a las circunstancias particulares de cada caso».

Agradeciendo la colaboración que de forma habitual presta a esta Institución, y esperando la contestación oportuna respecto a la recomendación que se le efectúa.

Madrid, 15 de abril de 2011.

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

Recomendación 38/2011, de 15 de abril, sobre cobro indebido de tasa por utilización del dominio público.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, págs. 512-513*)

Se ha recibido su informe, s/ref..., referente a la queja formulada por don (...), que fue registrada en esta Institución con el número arriba indicado; y en el que manifiestan que rechazan la sugerencia formulada, puesto que ello supondría la vulneración de los preceptos de la ordenanza que regula la tasa por la entrada de vehículos a través de aceras o calzadas aprobada por ese Ayuntamiento el 17 de octubre de 2007.

Sin embargo, y como ya quedó expuesto en el anterior escrito remitido por esta Institución, el carácter privado de los viales sobre los que se está cobrando la tasa de vado, es lo que impide a ese Ayuntamiento dictar una disposición como la citada ordenanza, ya que el artículo 20 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, que aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales establece que «las entidades locales, en los términos previstos en esta ley, podrán establecer tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local». No pudiendo ser considerados esos viales como dominio público local, no procede la exacción a los propietarios tanto de la vivienda como del vial, el cobro de la tasa, sino, como ya se expuso también en el escrito que contenía la sugerencia de 22 de abril de 2010, ésta debe ser impuesta a la comunidad de propietarios, que es la titular del paso de acceso. Será pues, la comunidad de propietarios el sujeto pasivo del tributo, y tendrá la facultad de repercutir la cuota a los diferentes beneficiarios, cuestión que excede también del ámbito competencial de esa Administración.

Por lo expuesto, 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 de esta Institución, formular la siguiente [recomendación]:

«Que se modifique la ordenanza que regula la tasa por la entrada de vehículos a través de aceras o calzadas aprobada por ese Ayuntamiento el 17 de octubre de 2007, para dar cumplimiento a lo preceptuado en los artículos 20 a 27 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, que aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, constituyendo sujeto pasivo a quien tiene tal condición según el artículo 23.d) del citado texto legal y no a los propietarios de viviendas sitas en calles privadas».

Además, y una vez modificada dicha ordenanza por contravenir el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, que aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, se reitera la sugerencia formulada en su día.

Quedando a la espera de recibir el informe sobre la aceptación de esta recomendación, a que se refiere el precitado artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril.

Madrid, 15 de abril de 2011.

Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón (Madrid).

Recomendación 39/2011, de 3 de mayo, sobre la manera de efectuar las detenciones.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 488*)

En relación con la queja registrada con el número de referencia que arriba se indica, se ha recibido escrito del señor (...) en el que formula alegaciones al contenido del informe remitido por ese centro directivo.

En esencia, el interesado manifiesta estar en desacuerdo con determinados extremos contenidos en el informe remitido y que se exponen a continuación.

En primer lugar, el interesado afirma que cuando el día 9 de julio de 2010 se dirigía a su despacho dentro del edificio de la Facultad de Derecho de Málaga, se encontró con tres personas que se identificaron como agentes de la autoridad, comunicándole que tenían una orden de registro, pero sin hacer referencia a que traían asimismo una orden de detención que había sido dictada por el Juzgado.

El señor (...) intentó que su pareja, abogada de profesión y otro abogado, don (...), presenciaran el registro, durante el cual estuvo presente el secretario Judicial, sin que fuera permitida la presencia de su abogado, pese a reclamarlo en varias ocasiones.

Una vez finalizado el registro, le fue comunicada su detención, siendo esposado, sin que las peticiones de que no lo fuera, realizadas por la decana y el director del Departamento fueran atendidas en ningún momento, extremo éste que el interesado no alcanza a enten-

der ya que no se había opuesto en ningún momento al registro o a la detención, ni existía riesgo alguno de fuga. En este sentido, el señor (...) alega el trato discriminatorio que le fue dispensado frente a los otros dos imputados en la causa, el alcalde de (...) y un abogado, cuyo nombre no ha trascendido a los medios de comunicación, a los cuales no le fueron puestas las esposas en ningún momento de su detención, tal y como puede comprobarse en las distintas fotografías hechas públicas en los periódicos correspondientes al evento que se comenta.

Por ello, el interesado afirma que si existe un protocolo para las detenciones que ha de ser respetado en todos los casos, por qué en el suyo ese protocolo no fue aplicado, frente a las distintas condiciones en que se llevaron a cabo las otras dos detenciones habidas en esta causa judicial. Así, la Instrucción 12/2007, de la Secretaría de Estado de Seguridad, sobre los comportamientos exigidos a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para garantizar los derechos de las personas detenidas bajo custodia policial dispone que «Decidida la procedencia de la detención el agente policial deberá llevarla a cabo con oportunidad, entendiendo ésta como la correcta valoración y decisión del momento, lugar y modo de efectuada, ponderando, para ello, el interés de la investigación, la peligrosidad del delincuente y la urgencia del aseguramiento personal».

Igualmente, la citada instrucción, respecto de la procedencia del esposamiento del detenido introduce criterios muy clarificadores, que de haber sido tenidos en consideración, hubieran llevado a evitar este tipo de restricción de movimientos al señor (...). Así, la instrucción dispone que «el esposamiento de un detenido se considera incluido entre las medidas de seguridad que pueden adoptarse en los supuestos previstos en el artículo 525 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, salvo orden contraria de la autoridad judicial.

No obstante, el agente que practique la detención o conducción, en atención a factores como las características del delito o a actitud del detenido, podrá valorar la conveniencia de aplicar o no esta medida con la finalidad de incrementar la discreción y no perjudicar la reputación del detenido.

El esposamiento, con carácter general, se llevará a cabo después de proceder al registro o cacheo del detenido, con el fin de inmovilizarle para prevenir agresiones o intentos de fuga, situando las manos en la espalda, sin perjuicio de las situaciones que aconsejen realizarlo frontalmente».

En consecuencia, no se alcanza a entender, visto el tipo de delito por el que el interesado estaba imputado, y la inexistencia de resistencia alguna tanto al registro como a la detención, la necesidad de utilizar el esposamiento de un profesor universitario que se lleva a cabo en dependencias universitarias delante de los medios de comunicación, con el consiguiente perjuicio a su persona y reputación.

Respecto a la dificultad de introducir el vehículo policial en el garaje de la facultad para evitar el acoso periodístico, el interesado afirma que, entre el total de once agentes de la Guardia Civil y del Seproma que comparecieron en la facultad, se disponía de otros vehículos que podían haber accedido perfectamente al aparcamiento de la Facultad de Derecho, y cuyo uso hubiera impedido la exhibición de su imagen esposado ante los medios de comunicación.

Una vez esposado, no le comunicaron a qué dependencias se le conducía, impidiendo que sus familiares tuvieran conocimiento de su ubicación física.

El hecho de que, tras personarse los agentes de la Guardia Civil en la facultad para proceder al registro, se agolpara un numeroso grupo de periodistas en las dependencias universitarias obedece tan solo, según afirma, a la existencia de una clara filtración de que la detención se iba a producir, infringiéndose claramente su derecho fundamental a la presunción de inocencia, debido al juicio mediático organizado en torno a su detención. En este sentido, el señor (...) afirma que si el secreto sumarial estaba decretado por orden judicial, de la que tan solo el propio Juez instructor de la causa es conocedor junto con los miembros de las Fuerzas de Seguridad que llevaron a cabo el registro y posterior detención, se cuestiona quién pudo avisar a los medios de comunicación para que estuvieran presentes en el preciso instante de su detención.

Así, se pone de manifiesto que las condiciones en que fue realizada la detención no se cumplieron en la forma que establece el artículo 520.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando dispone que la detención debe practicarse del modo que menos perjudique a la persona detenida, su reputación y patrimonio. En este sentido, y teniendo en cuenta que el objeto material del registro es el lugar cerrado en el que se lleva a cabo, en el que queda afectado el derecho a la intimidad del ciudadano, debe realizarse de acuerdo al principio de proporcionalidad, esto es, habrá de realizarse conforme dispone el artículo 552 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: «Al practicar los registros

deberán evitarse las inspecciones inútiles, procurando no perjudicar ni importunar al interesado más de lo necesario y se adoptarán todo género de precauciones para no comprometer la reputación, respetando sus secretos si no interesan a la instrucción».

Todas las irregularidades que concurrieron en su detención han sido puestas de manifiesto por el interesado ante la Fiscalía de Málaga, en la denuncia formulada el 29 de julio de 2010.

En base a todo cuanto antecede, esta Institución 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 en cuantas detenciones sean practicadas en un futuro por las Fuerzas de Seguridad se tenga en cuenta de forma primordial el contenido de lo dispuesto en la Instrucción 12/2007, de la Secretaría de Estado de Seguridad, sobre los comportamientos exigidos a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para garantizar los derechos de las personas detenidas bajo custodia policial, haciendo especial énfasis en la ponderación de los casos en los que existe la necesidad de esposamiento del detenido, y en la salvaguardia de sus derechos a ver protegida su imagen y reputación».

Asimismo, 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 sugerencia:

«Que en atención a las circunstancias concurrentes en el registro y detención del interesado, se realicen las investigaciones pertinentes relativas a la filtración de la referida detención a los medios de comunicación y sus posibles autores, depurando, en su caso, las responsabilidades a las que hubiere lugar».

En la seguridad de que estas sugerencia y recomendación serán objeto de atención por parte de V. E. y en espera de la preceptiva respuesta.

Madrid, 3 de mayo de 2011.

Recomendación dirigida al Director General de la Policía y de la Guardia Civil. Ministerio del Interior.

Recomendación 40/2011, de 5 de mayo, sobre la tramitación eficaz de la recuperación posesoria de las viviendas de su propiedad que hayan sido ocupadas por personas sin título suficiente.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 495*)

Acusamos recibo de su nuevo escrito de 14 de febrero pasado (s/ ref...), en el que nos vuelve a informar en relación con la queja formulada por doña (...) la cual quedó registrada en esta Institución con el número arriba indicado, y que versa sobre la existencia de 6 viviendas ocupadas ilegalmente en el portal número 13 del (...).

Una vez estudiada la información facilitada por esa empresa municipal, le comunicamos que esta Institución ha estimado procedente realizar las siguientes consideraciones jurídicas sobre su contenido:

Primera. Si bien el inicio de la presente investigación versó sobre las reclamaciones que la Comunidad de vecinos del (...), enviaron el 17 de septiembre de 2009 a la Dirección de Gestión de Vivienda y Patrimonio de esa Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, S. A. (EMVS), por las deficiencias detectadas cuando se les adjudicaron las viviendas de dicha promoción y en el que solicitaron una solución urgente a los problemas que se habían planteado, sin embargo, una vez que esa empresa municipal nos informó el 30 de diciembre de 2009 sobre las cuestiones que se plantearon y nos envió el informe complementario de fecha 2 de julio de 2010, la referida investigación se concretó en esclarecer la existencia en dicho edificio de diversas viviendas que estaban siendo ocupadas por personas que carecían del título suficiente para ello.

Segunda. Aunque esa empresa municipal nos indicó en el citado informe de 2 de julio de 2010 que, en cuanto a las medidas adoptadas para evitar ocupaciones irregulares, se había contratado un servicio de vigilancia de 24 horas exclusivo para la promoción, y que las razones por las que existían viviendas vacías se debían a renunciadas de los adjudicatarios o recuperaciones de viviendas por impagos, sin embargo, en una nueva carta que nos envió la formulante de la queja el 15 de noviembre, tras haberse procedido al cierre de nuestra intervención al respecto el 30 de septiembre anterior, nos expuso que se habían ocupado unas nuevas viviendas por personas que no contaban con los títulos legales suficientes y que ya eran seis los pisos de ese portal que estaban en las mismas condiciones sin que, a pesar de la vigilancia que se aseguró que se había instalado, esa empresa municipal hubiera conseguido evitar esas nuevas acciones comúnmente denominadas «patadas en la puerta».

Esa nueva información que nos facilitó la interesada dio lugar a que esta Defensoría reabriera la investigación y a que nos volviéramos a dirigir a esa empresa municipal solicitando el envío de un nuevo informe en el que se hiciera constar de forma expresa el resultado de la visita de inspección que hubieran hecho los servicios de inspección correspondientes y en el que se indicara las viviendas que estaban siendo ocupadas de forma ilegal en ese portal n.º 13 y qué medidas se habían adoptado para conseguir que se respetara la normativa vigente por parte de sus ocupantes.

Tercera. El artículo 19.1 de nuestra Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, dispone: «Todos los poderes públicos están obligados a auxiliar, con carácter preferente y urgente, al Defensor del Pueblo en sus investigaciones e inspecciones». A la vista de los datos facilitados por esa empresa municipal en el último informe que ahora hemos recibido, esta Defensoría considera que no se ha cumplido suficientemente esa obligación toda vez que, con los escasos datos aportados, únicamente se nos ha facilitado la identificación de las 6 viviendas que están siendo ocupadas ilegalmente en el portal número (...) y, en cuanto a las medidas adoptadas frente a la situación expuesta de ocupaciones ilegales, únicamente se informa que «se han instado los correspondientes procesos de desalojo. No obstante, ante las dilaciones judiciales existentes en los procesos iniciados, esta EMVS en aras de evitar similares situaciones en relación a las viviendas que se encuentran desocupadas y pendientes de adjudicación, ha procedido al tabicado de las mismas y a la instalación de sistemas de alarma en los accesos a dichos inmuebles. Todo ello se complementa con la ac-

tuación de vigilancia que se presta mediante personal de seguridad privada contratado al efecto».

Según lo dispuesto en el artículo 20 de nuestra ley orgánica, esa empresa pública ha tenido la posibilidad de aprovechar la emisión del informe que le habíamos solicitado para exponer con el detalle, documentación y testimonios que lo hubiera considerado conveniente, las gestiones realizadas y las decisiones adoptadas desde que tuvo conocimiento de esas ocupaciones ilegales y poder acreditar[lo] así ante esta Institución supervisora de la actuación administrativa que, en este caso concreto, se ha seguido de una forma diligente y eficaz la defensa de sus bienes y derechos, así como la recuperación de la posesión de esas viviendas y su posterior adjudicación a otras personas que están a la espera de que se les facilite una, tras reunir los requisitos establecidos para ello y tras seguir los procedimientos previstos a tal fin.

Dado que la información que solicitamos a esa empresa municipal se hizo, como siempre hacemos cuando admitimos a trámite una queja, con objeto de contrastar y comprobar las alegaciones formuladas por los interesados, lamentamos tener que indicar que con los pocos datos y argumentos que ahora hemos recibido no podemos considerar que hayan quedado desvirtuadas las manifestaciones que la formulante de la queja expuso en su último escrito y que motivó la reapertura de la investigación para conocer la versión de esa entidad acerca de la situación que pretendíamos esclarecer.

A continuación transcribimos literalmente lo que nos dijo la interesada y que hemos de suponer que es verídico porque esa entidad no ha manifestado lo contrario:

«En este caso mi queja va mas allá, después de mucho pelear la Comunidad de vecinos con la EMVS ahora nos encontramos que en el portal 13 han ocupado varios pisos, en concreto creo que seis pisos están ocupados a día de hoy, todo esto avisado con antelación a dicha EMVS con sus correspondientes escritos, incluso escritos a Vds. avisando de que esto podía ocurrir si nos dejaban sin vigilancia y abandonados a nuestra suerte.

Ahora bien, una vez que todo esto ocurre, ya han ocupado los pisos la policía viene y toma nota de las personas que ocupan la vivienda, se pone en manos de la justicia, esta puede tardar meses, incluso años en resolver esta incidencia. Mientras todo esto sigue su curso los

ciudadanos que estamos allí de manera legal, pagando alquiler, comunidad, agua, luz, calefacción, etc., y que tenemos que soportar fiestas, ruidos, orines en el ascensor, suciedad, que esta gente que ocupa los pisos, no pague absolutamente nada y tenga acceso al agua caliente, calefacción 24 h, etc. Cuando esto ocurre a mi me viene a la mente una pregunta muy sencilla:

¿Quién nos protege a nosotros?

¿Quién vela por la seguridad, la tranquilidad, de la persona que vive en la legalidad? Esta es mi pregunta, la policía no puede hacer nada y por supuesto ningún vecino va a poner en peligro nuestra integridad física para subsanar una situación advertida con tiempo y que no solamente la EMVS admite su culpa en la dejadez que han tenido con respecto al tema, que solo se queda en eso admitir la culpa. Ahora quien aguantamos y soportamos la consecuencias somos los ciudadanos corrientes que estamos a merced de lo que quieran hacer con nosotros.

Por otro lado no entiendo con qué facilidad la gente ocupa una vivienda y no pasa nada, con que tengan hijos a su cargo ¿qué más da? Solo hace falta eso, aquí hay familias que los hijos los tienen viviendo en otro lado, que trabajan igual que el resto y que tienen las viviendas mejor amuebladas que los que estamos trabajando con normalidad, eso es fácil porque como no pagan nada, pues viven mejor que los que estamos pagando todo.

Al final lo único que consiguen es que la gente que tenemos un contrato legal con la EMVS nos vayamos obligados por una situación que no hemos elegido y que sin embargo estamos soportando, ya se han ido por lo menos tres familias desde que esto ha sucedido porque es muy difícil vivir con gente que solo viene a montar escándalo, a ensuciar y a gastar de manera gratuita ya que no pagan nada y la vivienda le da absolutamente igual».

Cuarta. Aunque esa empresa municipal ha reconocido que se han ocupado seis viviendas de forma ilegal y que se han instado los correspondientes procesos de desalojo, sin embargo, no sabemos el estadio en que se encuentra el procedimiento seguido para conseguir la recuperación posesoria de cada una de ellas. Por ello, desconocemos si se envió a los ocupantes de cada una de esas viviendas las correspondientes resoluciones dándoles un plazo para que las desalojaran voluntariamente, o si se encuentran en el trámite de

audiencia para alegaciones que se les hubiera otorgado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, o si se les ha comunicado que de no llevar a cabo el abandono voluntario del inmueble, serán exigidos los daños y perjuicios ocasionados a esta empresa pública a la vez que se iniciaría la recuperación posesoria y forzosa del inmueble. Tampoco sabemos si, ante la pasividad de los ocupantes, esa entidad ha dictado una nueva resolución acordando solicitar la oportuna autorización judicial de entrada domiciliaria para poder ejecutar forzosamente la resolución de recuperación patrimonial que se había dictado, o si alguno de esos procedimientos se encuentra en la fase de estar esperando a que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo correspondiente autorice la entrada en el domicilio, para que, acto seguido, los inspectores de esa EMVS, empleados y policías locales se personen en el domicilio para recibir, en nombre de la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, la posesión de cada vivienda.

Quinta. Según la información facilitada por la interesada en los escritos que nos ha enviado, alguna de esas viviendas llevan varios años estando ocupadas sin título legítimo y sin que esa entidad haya adoptado las medidas previstas al respecto, siendo que la normativa vigente le ha atribuido los instrumentos jurídicos adecuados para evitar que esos hechos se produzcan y, en el caso de que sucedan, para subsanar las anomalías existentes. Entre esos instrumentos está la potestad de la recuperación de oficio y el desalojo de los ocupantes ilegales.

Dado lo que dura la permanencia de esos ocupantes ilegales, esta Defensoría debe recordar a esa empresa municipal que el artículo 47 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, señala: «Los términos y plazos establecidos en esta u otras leyes obligan a las autoridades y personal al servicio de las administraciones públicas competentes para la tramitación de los asuntos...» y que la demora en dictarse la correspondiente resolución expresa del expediente de recuperación posesoria tiene como consecuencia la caducidad del mismo ya que el artículo 44 de la mencionada Ley 30/1992 dispone en su apartado 2: «En los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 92».

Sabido es que la tramitación administrativa deberá desarrollarse por los principios de economía, eficacia y coordinación que estimulen el diligente funcionamiento de la organización de las administraciones públicas, tal y como preconiza el artículo 3 de la citada Ley 30/1992, así como por el criterio de eficiencia y que el artículo 41 de esa misma ley preceptúa: «Los titulares de las unidades administrativas y el personal al servicio de las Administraciones Públicas que tuviesen a su cargo la resolución o el despacho de los asuntos, serán responsables directos de su tramitación y adoptarán las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos, disponiendo lo necesario para evitar y eliminar toda anormalidad en la tramitación de procedimientos».

Además de ello, no hay que olvidar que en el apartado 1 del artículo 9 de nuestra norma fundamental se dispone que los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, y que en el apartado 3 se preceptúa que la Constitución garantiza, entre otros, los principios de legalidad y de seguridad jurídica. También hay que cumplir con lo dispuesto en el artículo 103.1 de la Constitución, según el cual la Administración debe actuar siempre con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

Los anteriores preceptos que se acaban de exponer deben servir de fundamento a la actuación de esa empresa municipal, encaminada a mejorar la tramitación de esos procedimientos que aquí estamos analizando y a evitar que, en alguna ocasión, se produzcan situaciones alejadas de los principios de economía y coordinación antes mencionados, así como de los principios de celeridad y eficacia consagrados en los artículos 74, 75 y capítulo v de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Sexta. Esa Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid debe tener presente que el objetivo pretendido con su intervención en la gestión de la vivienda no es otro que garantizar las condiciones generales de mayor justicia en la adjudicación y de mejor gestión posterior del parque de vivienda pública, para lo cual también se ha pretendido afrontar la compleja situación económica y familiar de la población demandante de vivienda, a través de la consideración más rigurosa posible de los parámetros relativos a los niveles de renta, la composición familiar y la diversidad de situaciones de alojamiento previo.

La actuación de esas personas que ocupan las viviendas de titularidad pública sin seguir el procedimiento establecido, siguiendo una estrategia de hechos consumados también conocida como «patada en la puerta», supone un agravio comparativo hacia los demás solicitantes de vivienda que sí siguen ese procedimiento de adjudicación y sienta un pésimo precedente si no se actúa en la forma debida, incoando el procedimiento de desahucio administrativo antes estudiado.

También hay que tener presente que cuando algunos ciudadanos llevan a cabo conductas como las ocupaciones ilegales, aunque sean socialmente reprochables, no se les puede sancionar si esos hechos no están legalmente tipificados como infracciones y como sanciones concretas ya que, de lo contrario, se produciría una vulneración de los artículos 25.1 de la Constitución española, y 129 y 130 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que consagran en nuestro ordenamiento jurídico los principios de tipicidad y responsabilidad.

En efecto, aquí hemos de recordar que, como se indica en la exposición de motivos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, «el título IX regula los principios básicos a que debe someterse el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y los correspondientes derechos que de tales principios se derivan para los ciudadanos extraídos del texto constitucional y de la ya consolidada jurisprudencia sobre la materia. Efectivamente, la Constitución, en su artículo 25, trata conjuntamente los ilícitos penales y administrativos, poniendo de manifiesto la voluntad de que ambos se sujeten a principios de básica identidad, especialmente cuando el campo de actuación del Derecho administrativo sancionador ha ido recogiendo tipos de injusto procedentes del campo penal no subsistentes en el mismo en aras al principio de mínima intervención.

Entre tales principios destaca el de legalidad o «ratio democrática» en virtud del cual es el poder legislativo el que debe fijar los límites de la actividad sancionadora de la Administración, y el de tipicidad, manifestación en este ámbito del de seguridad jurídica, junto a los de presunción de inocencia, información, defensa, responsabilidad, proporcionalidad e interdicción de la analogía.

Todos ellos se consideran básicos al derivar de la Constitución y garantizar a los administrados un tratamiento común ante las administraciones públicas, mientras que el establecimiento de los procedimientos materiales concretos es cuestión que afecta a cada Administración Pública en el ejercicio de sus competencias».

Como aplicación concreta de lo que anteriormente hemos transcrito, debemos señalar que el artículo 129 de dicha Ley 30/1992, dispone textualmente lo siguiente:

1. Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una ley, sin perjuicio de lo dispuesto para la Administración local en el título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

2. Únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la ley.

3. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes.

4. Las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica.

Es verdad que también se puede acudir a lo dispuesto en el artículo 245 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprobó el actual Código Penal y que señala lo siguiente:

1. Al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena, se le impondrá, además de las penas en que incurriere por las violencias ejercidas, una multa de seis a dieciocho meses, que se fijará teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado.

2. El que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses.

Aunque, dadas las circunstancias de las personas que intervienen en estos hechos, es posible que esa entidad opte por no ejercer la potestad sancionadora cuando se producen situaciones como las aquí estu-

diadas, sin embargo, parece que tampoco se está exigiendo en estas ocupaciones la responsabilidad patrimonial, que no tiene el carácter de sanción, que se deriva de los gastos que ocasione el desalojo, incluido el de los daños y perjuicios que se produzcan en los bienes usurpados, pudiendo hacerse efectivo su importe por la vía de apremio.

Como parece que son bastantes las familias que actualmente están ocupando una vivienda de titularidad de esa empresa municipal sin contar con título suficiente, se deberían adoptar otras medidas que contribuyan a atajar este problema que cada vez aumenta más. Entre ellas, está la de incrementar las consecuencias negativas que tengan para los ocupantes tal actuación como la exclusión del proceso de selección a quienes han estado ocupando ilegalmente una vivienda de promoción pública durante el período de los tres años anteriores al momento de la apertura del proceso de selección o que no puedan acceder a una vivienda con protección pública aquellos solicitantes que hubieran sido desahuciados de una de estas viviendas, por cualquier causa, y ello durante un plazo de tres años desde que fuera ejecutado dicho desahucio o, cuando exista resistencia al desalojo, que se impongan multas coercitivas de hasta un porcentaje de los bienes ocupados, reiteradas por lapsos de tiempo, hasta que se produzca el desalojo, etcétera.

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 a esa Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo la siguiente recomendación:

«Que, en cumplimiento de la obligación establecida en el artículo 19.1 de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, esa Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid remita a esta Institución los informes que le sean solicitados en la fase de comprobación e investigación de las quejas que se presenten de la forma más detallada posible aportando cuantos documentos y testimonios considere oportunos y que permitan contrastar y comprobar los hechos alegados por los interesados así como adoptar las resoluciones que procedan al respecto».

En cuanto a los procedimientos de recuperación posesoria de las viviendas de propiedad de esa empresa municipal que hayan sido ocupadas por personas sin título suficiente, se recomienda que se adopten las medidas necesarias que contribuyan al pleno cumplimiento de los principios que rigen todo el actuar administrativo, como

son los de economía, eficacia, coordinación, legalidad, seguridad jurídica y sometimiento en todo momento a la ley y al Derecho. Entre esas medidas están el incremento de los medios personales, la eliminación de vestigios que indiquen que una vivienda está vacía mientras se adjudica al solicitante que le corresponda, la diligencia y celeridad en el inicio de las actuaciones para requerirles que la abandonen, etcétera.

Que, en caso de resistencia al desalojo de esas viviendas ocupadas indebidamente, también se ejerzan las otras prerrogativas previstas en la normativa aplicable como la imposición de multas coercitivas de hasta un porcentaje del valor de los bienes ocupados reiteradas por lapsos de tiempo, hasta que se produzca el desalojo y el reintegro, incluso por la vía de apremio, de todos los daños y perjuicios que causen tanto durante la ocupación de esas viviendas como durante el desalojo o, en su caso, que se tramiten las infracciones y sanciones previstas en las normas actualmente vigentes.

Que, con el fin de que no resulten infructuosos los procedimientos seguidos para el desalojo de las viviendas de titularidad pública ocupadas ilegalmente, se lleven a cabo las reformas reglamentarias necesarias que modifiquen y completen las normas actualmente en vigor y que prevean el agravamiento de las consecuencias que tienen las ocupaciones ilegales para la adjudicación de una vivienda de titularidad pública municipal o para la concesión de otras ayudas económicas y sociales que pueda otorgar el Ayuntamiento de Madrid.

Agradeciendo la remisión a esta Institución del preceptivo informe, en el que se ponga de manifiesto la aceptación de esta Recomendación o, en su caso, de las razones que estime para no aceptarla, y ello de conformidad y en el plazo previsto en el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos.

Madrid, 5 de mayo de 2011.

Recomendación dirigida a la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid.

Recomendación 41/2011, de 5 de mayo, sobre cumplimiento de la normativa reguladora del uso de la lengua cooficial.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 492*)

Es de referencia escrito remitido por esa Consejería de fecha 7 de febrero último (s/ref...), en el que se informa sobre el supuesto planteado por don (...), promovente ante el Defensor del Pueblo de la queja cuyo número de inscripción en el registro de esta Institución ha quedado indicado más arriba.

De los antecedentes administrativos aportados por el reclamante con el escrito de queja formulado se desprendía la remisión al interesado, por esa Consejería, a su domicilio en (...) de, al menos, dos notificaciones en lengua gallega, relacionadas con la liquidación del impuesto de sucesiones correspondiente a determinada herencia.

Según hizo notar esta Institución al iniciar la tramitación de la presente queja ante esa Consejería, las citadas notificaciones no resultaban ajustadas a prescripciones de la legislación procedimental vigente (Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) que imponen a las administraciones públicas autonómicas y locales el deber de traducir a la lengua española oficial del Estado los documentos que, producidos inicialmente de acuerdo con su respectiva normativa lingüística en su lengua cooficial propia, estén destinados, como las notificaciones cuya lengua cuestiona el reclamante, a surtir efectos fuera del territorio de la comunidad autónoma correspondiente.

Pues bien, de la respuesta aportada por V. E. se desprende que la actuación cuestionada, desde un punto de vista lingüístico, no tendría carácter aislado o esporádico, ni sería fruto de un simple error, sino que, por el contrario, respondería, a juzgar por las manifestaciones que se efectúan en su informe, a la forma de actuación habitual de esa Consejería, basada en una interpretación de determinadas previsiones de la Ley 3/1983, de normalización lingüística de Galicia, según la cual las actuaciones de las administraciones autonómicas y locales de Galicia serían válidas y producirían efectos en todos los casos, cualquiera que fuera la lengua oficial, gallega o castellana, empleada.

Sin embargo, a juicio de esta Institución, el tenor literal del precepto alegado artículo 6 de la Ley de normalización lingüística mencionada, cuando señala que «las actuaciones administrativas en Galicia serán válidas y producirán efectos cualquiera que sea la lengua oficial empleada», permite hacer abstracción de la lengua cooficial utilizada a efectos de determinar la validez y eficacia de las actuaciones administrativas, únicamente dentro del territorio de Galicia, sin que en ningún caso pueda entenderse que autorice a extender la validez y eficacia de los actos administrativos producidos en lengua gallega a otros ámbitos territoriales.

Dicha interpretación resulta, además, apoyada en prescripciones de la ley procedimental vigente artículo 36.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a la que ya se ha hecho referencia, de los que se deriva el deber que incumbe a las administraciones autonómicas y, por consiguiente, a la Administración autonómica de Galicia y, en concreto, a ese departamento, de traducir a la lengua castellana los documentos, expedientes o partes de los mismos que deban surtir efecto fuera del territorio de la 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 a V. E. la siguiente recomendación:

«Que se cursen las instrucciones necesarias para que, en lo sucesivo, los distintos centros directivos y unidades administrativas bajo la dependencia de esa Consejería se ajusten a las prescripciones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común,

que definen los derechos lingüísticos de los interesados en el ámbito de los procedimientos administrativos y, muy en concreto, para que cumplan el deber que se deriva de lo establecido en el artículo 36.2 de la citada ley, de traducir al castellano los documentos, expedientes o partes de los mismos que deban surtir efectos fuera del territorio de la Comunidad Autónoma de Galicia».

Agradeciendo de antemano a V. E. la remisión a esta Institución, en plazo no superior a un mes, del informe preceptivo a que hace referencia el artículo 30.1 de la mencionada Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, en el que se ponga de manifiesto la aceptación de la recomendación formulada o, en su caso, las razones en que se basa su no aceptación.

Madrid, 5 de mayo de 2011.

Recomendación dirigida a la Consejera de Hacienda. Junta de Galicia.

Recomendación 42/2011, de 5 de mayo, sobre contratación.
(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35,*
pág. 513)

Esta Institución agradece su informe, en relación con la queja registrada con el número arriba indicado.

Analizado su contenido, y a la vista de la información de la que se dispone y obra en el expediente, resulta posible realizar las siguientes consideraciones.

Como ya se indicaba en nuestra última comunicación de 24 de noviembre de 2010, que trae origen de la que iniciaba con la misma finalidad las investigaciones de esta Institución, la cuestión central a analizar se resume en la necesidad de alcanzar la mayor adecuación a los principios constitucionales de acceso al empleo público, sea éste fijo o temporal, de la contratación laboral de esa entidad, a través de una gestión eficiente de los recursos, actuaciones centradas, en este caso, en las diversas vicisitudes sufridas por las vinculaciones laborales establecidas en relación con los agentes de desarrollo local.

Conforme a los antecedentes a los que se hace alusión en los diferentes informes remitidos por esa Administración, esa alcaldía emitió en su momento dos resoluciones, números 719 y 720, ambas de 10 de septiembre de 2010, en las que se reconocía la relación laboral de dos trabajadoras –Agentes de Desarrollo–, como indefinida no fija, ordenando incoar el correspondiente expediente para la modificación de la relación de puestos de trabajo de ese Ayuntamiento a fin de crear los puestos para su posterior dotación.

Como se adelantaba en relación con las previsiones contenidas en estas resoluciones acerca de esas contrataciones, que habrían devenido en la modificación de su naturaleza temporal, la declaración del carácter indefinido, no fijo, conlleva, entre otros efectos, la dotación correspondiente a través de los procedimientos legalmente establecidos; por tanto, su inmediata inclusión en la oferta de empleo público y el desarrollo de un proceso selectivo que garantice los principios constitucionales de acceso al empleo público y la publicidad del mismo.

La solución a adoptar mediante estas resoluciones comporta la provisión legal de los puestos de trabajo evitando, como entonces señalábamos, la ocupación indefinida de los mismos, como al efecto ha señalado la doctrina reiterada del Tribunal Supremo respecto a la contratación laboral de esta naturaleza, de duración incierta pero sin vocación indefinida y limitada en el tiempo hasta su dotación por el procedimiento selectivo que otorgue al puesto su cobertura reglamentaria.

Así, a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1996, su doctrina se asienta sobre la consideración de que «... la contratación laboral en la Administración Pública, al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad, impide equiparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantilla, condición ligada a la contratación en procedimiento reglamentario, sin perjuicio de su consideración, en su caso, como trabajadores vinculados por un contrato de trabajo de tiempo indefinido».

En esa línea incidieron otras sentencias del citado Tribunal, de fechas 10 y 30 de diciembre de 1996, y 20 y 21 de enero de 1998, en las que, examinando la distinción entre el carácter indefinido de la contratación y la fijeza en plantilla, se establece que el carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que éste no está sometido, directa o indirectamente a un término. Ello no supone que el trabajador, sin superar los correspondientes procedimientos de selección, consolide una condición de fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligada a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, una vez producida la misma conforme al sistema legalmente establecido, existirá una causa lícita para extinguir el contrato.

En la enunciación de esta doctrina es posible añadir, conforme a la Sentencia del mismo Tribunal de 27 de mayo de 2002, la conformidad

a Derecho del cese del trabajador temporal indefinido al servicio de una Administración pública mediante la cobertura reglamentaria de la plaza, como causa de extinción válidamente consignada en el contrato, dándose así continuidad a la doctrina antes aludida.

No obstante, y sin perjuicio de lo anterior, es necesario insistir a ese Ayuntamiento en que han de evitarse situaciones en las que el sometimiento a una contratación temporal de los trabajadores, más allá de su finalidad o del período marcado por la regulación legal, conlleva una situación de inestabilidad en el empleo por el devenir incorrecto o anormal de esa contratación o, incluso, por una utilización de forma fraudulenta de la ley, como expresivamente recoge el fundamento de derecho octavo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 1992: «La especial posición de la Administración pública respecto a la selección de personal a su servicio, no puede en modo alguno, legitimar, siempre, y en todo caso, una inercia en los mecanismos propios de la selección que justifique el uso anormal y antirreglamentario de fórmulas sustitutorias de contratación laboral, en manifiesto quebrantamiento de la normativa reguladora de esta última y en notorio perjuicio de las personas que acceden a tal forma de vinculación jurídica. Sostener que tal inercia administrativa puede configurar una esencial temporalidad en las tareas o servicios públicos que se ven afectados por la misma puede resultar claramente abusivo y, en cualquier caso, atentatorio al interés, jurídicamente protegible, de seguridad en el empleo del trabajador que es contratado para la atención de dichas tareas o servicios».

Pues bien, a raíz del informe remitido y de la última información a la que se ha tenido acceso, no resulta posible deducir en la actualidad si por ese Ayuntamiento se ha procedido a impulsar las actuaciones necesarias con la finalidad de adecuar las contrataciones laborales objeto de análisis a su cobertura reglamentaria y, en consecuencia, si se ha contemplado en la correspondiente oferta de empleo público y en las consiguientes convocatorias selectivas para su provisión conforme a la normativa vigente.

En este sentido resalta a esos efectos la conveniencia de aplicar la doctrina del alto tribunal y, en esa dirección, la necesidad de acomodar la actuación a la legislación básica en la materia a través de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público en cuanto a las previsiones establecidas al respecto en sus artículos 69 y 70 relativos a la planificación de recursos humanos y oferta de empleo público y de acuerdo con los procedimientos basados en los

principios constitucionales de acceso al empleo público de tal forma que, como se articula en este último precepto: «Las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deben proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de la Oferta de Empleo Público, o a través de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal, lo que comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas (...)».

En esta línea debemos partir, en este punto, de lo que establece el artículo 103 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, cuando señala que «... el personal laboral será seleccionado por la propia corporación ateniéndose, en todo caso, a lo dispuesto en el artículo 91 y con el máximo respeto al principio de igualdad de oportunidades de cuantos reúnan los requisitos exigidos...». La referencia al artículo 91 se limita, únicamente, al hecho de que las plazas en cuestión sólo pueden ser las que estén expresamente establecidas en la correspondiente «oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que se garanticen, en todo caso, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad».

Nuestro ordenamiento establece, por tanto, una sustancial distinción en la actuación impuesta a nuestras administraciones públicas, a diferencia de las entidades privadas, en cuanto a la selección de su personal.

Así lo recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de julio de 1997, en la que se afirma que «... Debe significarse que, en relación con la contratación laboral por parte de los organismos públicos, no juega el principio de libertad, que corresponde a los particulares (en relación con los cuales no podría plantearse en principio un derecho de igualdad a acceder a sus empresas), sino que, como administraciones que son, están totalmente sujetas a la ley y al Derecho (art. 103.1 CE), operando respecto a ellos el derecho fundamental del art. 23.2 CE, lo que impone un juego riguroso del principio de igualdad...».

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, en adelante, ese Ayuntamiento extreme su actuación en la gestión de sus recursos humanos adecuando a las estrictas necesidades de personal la contratación laboral que deba llevar a cabo, ajustada a la normativa laboral».

Y la siguiente sugerencia:

«Que, de no haberse efectuado, se proceda a la inclusión de las plazas afectadas en la oferta de empleo público y a su cobertura reglamentaria mediante el correspondiente proceso selectivo en orden a garantizar su ocupación de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad que rigen el acceso al empleo público conforme a los artículos 14 y 23 en relación con el 103 de la Constitución».

Agradeciéndole la remisión a esta Institución del preceptivo informe, en el que se ponga de manifiesto la aceptación de estas recomendación y sugerencia o, en su caso, de las razones que estime para no aceptarlas, y ello de conformidad y en el plazo previsto en el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos.

Madrid, 5 de mayo de 2011.

Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Valdés-Luarca (Asturias).

Recomendación 43/2011, de 5 de mayo, sobre retrasos en la inspección urbanística y la potestad sancionadora.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 495*)

Se ha recibido escrito (s/ref...), referente a la queja arriba indicada, formulada por don (...).

Una vez analizado su contenido y teniendo en cuenta que, tras la resolución del recurso de reposición presentado, ese ayuntamiento informa que va a iniciar los trámites necesarios para poder llevar a cabo la ejecución subsidiaria de lo ordenado, entendemos que no se deduce ningún motivo que justifique continuar la tramitación de la presente queja.

No obstante, atendiendo a los informes recibidos y la documentación aportada por el interesado, debemos realizar las siguientes observaciones:

En primer lugar, a la vista de la información recibida, el 25 de febrero de 2003 ese ayuntamiento ordenó la restauración de la vivienda situada en la calle (...) de Las Rozas a su estado originario advirtiendo que, en caso de que no se cumpliera lo ordenado, el ayuntamiento procedería a su demolición, sin embargo, hasta el 11 de septiembre de 2006 no se verificó que no se había cumplido lo ordenado, reiterándose el orden el 13 de septiembre de 2006.

Atendiendo a lo indicado, desde que se ordenó la restauración hasta que se comprobó que ésta no se había efectuado transcurrieron más de tres años y medio, sin que conste a esta Defensoría las razones de dicho retraso.

Debemos recordar que, tal y como dispone la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, la inspección urbanística es una potestad de ejercicio inexcusable y que la protección de la legalidad urbanística comprende tres funciones básicas, ninguna de las cuales debe ser descuidada: inspeccionar las obras, edificaciones y usos de suelo para comprobar su adecuación al ordenamiento jurídico, adoptar las medidas necesarias para la restauración del orden urbanístico infringido y reponer los bienes afectados al estado anterior y, por último, sancionar a los responsables de las infracciones.

En segundo lugar, es necesario llamar la atención sobre el hecho de que en el primer informe recibido por esta Defensoría el 12 de febrero de 2007 afirmaba ese ayuntamiento que no se había presentado ningún recurso contra el Acuerdo de 25 de febrero de 2003 ante la Comisión de Gobierno de Las Rozas, sin embargo, posteriormente han reconocido que el 7 de abril de 2003 fue presentado dicho recurso y resuelven casi 8 años después, sin que esta Institución conozca los motivos de dicho retraso ni cómo es posible que un recurso desaparezca y vuelva a aparecer 8 años después.

Debemos recordar a esa corporación local, además de que el plazo máximo para dictar y notificar la resolución del recurso de reposición es de un mes, que los titulares de las unidades administrativas y el personal al servicio de las administraciones públicas que tuviesen a su cargo la resolución o el despacho de los asuntos son responsables directos de su tramitación, y que se deben adoptar las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos, disponiendo lo necesario para evitar y eliminar toda anomalía en la tramitación de procedimientos.

Finalmente, es oportuno indicar que, a pesar de que la denunciada no cumplió lo ordenado por el Ayuntamiento y que los Servicios Técnicos de Inspección de ese Ayuntamiento comprobaron que no se había realizado la demolición ordenada, no consta que dicho incumplimiento diera lugar a la incoación de ningún expediente sancionador, por lo que debemos traer a colación el artículo 203 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, que dispone que las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística son independientes de las sanciones cuya imposición proceda por razón de la comisión de infracciones tipificadas en la ley.

En este sentido, como viene sosteniendo esta Defensoría, la potestad sancionadora de la Administración en disciplina urbanística

es una cuestión de orden público ejercitable por obligación, no siendo, por tanto, discrecional sino imperativa e inexcusable (artículo 127 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

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:

«1. Que las unidades y departamentos de ese Ayuntamiento actúen de conformidad con los principios de eficacia, economía y celeridad contemplados en el artículo 103 de la Constitución española y el artículo 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de manera que, tras ordenar la ejecución de obras y una vez transcurrido el plazo señalado para llevar a cabo lo ordenado, se gire visita de inspección en un plazo prudencial para comprobar su cumplimiento.

2. Que cuando se presente un recurso de reposición, dicten y notifiquen resolución expresa y motivada en el plazo de un mes, cumpliendo así lo establecido en el artículo 117 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

3. Que las unidades administrativas y el personal al servicio de esa corporación local que tuviesen a su cargo la resolución o el despacho de los asuntos dispongan lo necesario para evitar y eliminar toda anomalía en la tramitación de procedimientos, tal y como señala el artículo 41 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

4. Que cuando ese Ayuntamiento tenga conocimiento de que en su municipio se están produciendo actuaciones contrarias a la legislación en materia de suelo y ordenación urbana, además de restaurar el orden urbanístico infringido, incoe el correspondiente expediente sancionador, tal y como dispone el artículo 203 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid».

Agradeciendo la remisión a esta Institución del preceptivo informe, en el que se ponga de manifiesto la aceptación de esta recomen-

dación 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.

Madrid, 5 de mayo de 2011.

Recomendación dirigida al Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid (Madrid).

Recomendación 44/2011, de 6 de mayo, para que se actualice el límite de 8.000 euros, fijado como requisito cuantitativo para la aplicación del mínimo por ascendientes, afectándose a las modificaciones del IPC anual, con el fin de mantener el equilibrio con la revalorización de las pensiones.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 497*)

Se ha recibido su escrito de fecha 22 de marzo de 2011 (s/ref...) en el que emite informe relacionado con la queja número 11001892, formulada ante esta Institución por doña (...).

Con relación a una de las cuestiones abordadas, referida al límite de los 8.000 euros en el mínimo por ascendientes, en su informe se reproduce el contenido del artículo 59 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, concluyendo que esa cifra se sigue considerando adecuada por el legislador, a efectos de fijar en términos globales la dependencia económica que puede existir entre los contribuyentes y sus ascendientes.

No obstante, esta Institución considera que el hecho de no actualizar dicho límite está perjudicando seriamente a numerosas familias, que pierden la posibilidad de desgravar en su declaración simplemente por el hecho de que la pensión del dependiente haya sido actualizada, sin que las circunstancias de necesidad hayan variado.

Hay que tener en cuenta que el límite de 8.000 euros ya ascendía a ese importe en la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, de reforma parcial del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en la que se estableció con el fin de adecuar la carga tributaria a las situaciones

de dependencia, atendiendo en mayor medida las necesidades tanto del dependiente como de las personas de quien dependen; mejorándose así el tratamiento fiscal de la familia en estas situaciones.

Según el sistema previsto por el Instituto Nacional de Estadística, para actualizar las rentas con el IPC general para períodos anuales completos, una renta de 8.000 euros en enero de 2003 actualizada a enero de 2011 ascendería a 9.872 euros.

Del mismo modo que las sucesivas leyes de presupuestos generales del Estado garantizan el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones mediante la revalorización de las mismas al comienzo de cada año, en función del IPC previsto para el mismo, es preciso que se actualice el límite de referencia con el fin de evitar que por la mera devaluación monetaria los familiares de los dependientes pierdan la posibilidad de desgravar en su declaración, especialmente teniendo en cuenta que el colectivo de ascendientes no ha visto mejoradas ni alteradas sus necesidades de protección, cuidado y tutela, sino que sigue siendo un colectivo que requiere la colaboración de sus familiares para su integración, supliendo de este modo una función que está encomendada a los poderes públicos, de conformidad con lo previsto en los artículos 49 y 50 de la Constitución española.

La regulación tal y como está establecida actualmente se aparta de los mandatos constitucionales recogidos en el artículo 10, relativo a la dignidad de la persona, el artículo 31, que prevé un sistema tributario justo, y el artículo 50, que garantiza la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas.

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 se actualice el límite de 8.000 euros, fijado como requisito cuantitativo para la aplicación del mínimo por ascendientes en el artículo 59 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, afectándose a las modificaciones del IPC anual con el fin de mantener el equilibrio con la revalorización de las pensiones».

Agradeciendo la remisión a esta Institución del preceptivo informe, en el que se ponga de manifiesto la aceptación de esta recomen-

dación 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, del Defensor del Pueblo.

Madrid, 6 de mayo de 2011.

Recomendación dirigida al Secretario de Estado de Hacienda y Presupuestos. Ministerio de Economía y Hacienda.

Recomendación 45/2011, de 11 de mayo, destinada a que se realicen los trabajos necesarios para modificar la normativa en materia de nacionalidad, a fin de incluir el derecho a la nacionalidad de origen de los nietos de mujeres españolas que perdieron la misma al contraer matrimonio, debido a la legislación discriminatoria que imperaba en España hasta la entrada en vigor de la Ley 74/1975, dictándose instrucciones en tanto se lleve a cabo dicha modificación, para reconocer el derecho a la nacionalidad española de los nietos de abuelas españolas que perdieron su nacionalidad por razón de matrimonio y se exiliaron posteriormente.

(BOCG. Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 489)

Se han recibido en esta Institución quejas formuladas por nietos de mujeres que perdieron la nacionalidad española por razón de matrimonio, de conformidad con la regulación establecida por la normativa legal anterior a la Ley 14/1975, de 2 de mayo.

En dichas quejas los interesados exponen que las sucesivas reformas en materia de nacionalidad no han resuelto de manera definitiva la discriminación impuesta por la normativa anterior a la ley mencionada.

La última modificación sobre nacionalidad que ha tenido lugar con la entrada en vigor de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, ha suscitado nuevamente quejas de los descendientes de mujeres españolas, ya que la citada ley permite el acceso a la nacionalidad española de origen de los nietos, pero sólo en el supuesto de que se acredite la condición de exiliada de la abuela de los solicitantes.

Las dificultades para determinar los supuestos en los que los nietos tienen derecho a la nacionalidad de origen que reconoce la Ley de Memoria Histórica han motivado la elaboración de al menos tres instrucciones consulares, a las que se han asignado los números 40, 41 y 106. En esta última, la Dirección General de Asuntos y Asistencia Consulares reconoce que se había detectado que en algunas oficinas consulares no se aplicaba de manera homogénea la interpretación que había realizado la Dirección General de los Registros y del Notariado con respecto a las abuelas españolas exiliadas que perdieron la nacionalidad española en el extranjero como consecuencia del exilio.

La Instrucción Consular número 106 señala:

Debe quedar claro que aquellas abuelas que perdieron la nacionalidad española por matrimonio durante su exilio en el extranjero dan derecho a sus nietos a optar a la nacionalidad española de origen al amparo de la citada Ley 52/2007. Sin embargo, debe considerarse, igualmente, que aquellas abuelas que perdieron su nacionalidad española por matrimonio antes de su exilio en España, aun cuando posteriormente se exiliaran, no entran en el supuesto recogido en las Instrucciones de Servicio 40 y 41 de esta Dirección General.

La distinción realizada por la Instrucción Consular, que trae causa de la interpretación que la Dirección General de los Registros y del Notariado hace de la Ley de Memoria Historia, establece una distinción que entendemos ahonda en la discriminación que ya padecía la mujer española como consecuencia de una legislación que no tomaba en consideración la igualdad de género.

Aun cuando entendemos que la interpretación que realiza el mencionado órgano directivo del apartado 2 de la disposición adicional séptima de la Ley 52/2007, ha sido amplia, dado que reconoce el derecho de los nietos a obtener la nacionalidad española siempre que se acredite la condición de exiliada de la abuela, sin considerar si la abuela española perdió la nacionalidad como consecuencia del exilio o por razón de su matrimonio en otro país, no puede ser considerada suficiente. A juicio de esta Institución, la mencionada interpretación excluye a los descendientes del colectivo de mujeres españolas que se vieron obligadas igualmente a exiliarse, aun cuando previamente habían perdido la nacionalidad española por mandato legal.

Es incuestionable que la legislación aplicable a la mujer en aquel momento era discriminatoria y también que hasta el momento no se

han dictado normas que hayan reparado de forma total dicha situación. No obstante, la falta de reparación en el supuesto de las abuelas españolas que antes del exilio se vieron privadas de la nacionalidad como consecuencia de una legislación discriminatoria, implica una prolongación en el tiempo de dicha discriminación, representada en la figura de sus descendientes.

La exclusión de este colectivo viene a poner de manifiesto que el reconocimiento general proclamado en el artículo 2 de la Ley de Memoria Histórica no alcanza a estas mujeres a las que no se les reconoce su condición de exiliadas, lo que supone, en definitiva, que prevalece la legislación que privaba a estas mujeres de su nacionalidad en lugar de su condición de exiliadas, pese a que ellas y sus descendientes han seguido manteniendo viva la idea de su nacionalidad española y, en muchos casos, no adquirieron ninguna otra, quedando en una situación de apatridia. Resulta evidente, por tanto, que en el presente caso, el deber del legislador y el cometido de la ley de «reparar a las víctimas» no ha cumplido totalmente el objetivo pretendido.

Esta Institución considera que deben adoptarse las medidas que procedan para dar prevalencia a la condición del exilio en los casos mencionados, dado que estas mujeres padecieron el exilio al igual que aquellas que salieron de territorio nacional siendo aún españolas y, por ello, la interpretación que realiza la Instrucción antes mencionada debe ampliarse incluyendo al colectivo de descendientes mencionado, que aun cuando estimamos puede ser minoritario, debe obtener el reconocimiento que reclaman.

En todo caso, la inexistencia de una regulación que repare de forma definitiva la privación de nacionalidad impuesta por la normativa a las mujeres españolas al contraer matrimonio con extranjeros, con independencia del exilio ha impedido resolver de forma definitiva la discriminación padecida por la mujer española.

Como V. E. conoce, la última modificación en materia de nacionalidad ha soslayado este asunto y aún cuando pueda entenderse que la Ley de Memoria Histórica no era el lugar adecuado para efectuar una reforma más amplia, dado el objetivo de la misma, es lo cierto que los descendientes de la segunda generación de mujeres españolas continúan reivindicando su derecho a obtener la nacionalidad española. Debe significarse en relación con esta cuestión que en muchos supuestos las abuelas ya han fallecido.

Esta Institución ha tenido conocimiento de que desde la Secretaría de Estado de Igualdad se ha propuesto el establecimiento de una forma de recuperación de la nacionalidad española que no perjudique a ninguna persona descendiente de mujeres españolas y que dicha recuperación sea de origen, teniendo en cuenta que la pérdida de la nacionalidad de las mujeres por contraer matrimonio con extranjero era una norma discriminatoria.

Por su parte, el Consejo General de la Ciudadanía Española en el Exterior viene solicitando que se modifique la normativa con el fin de aplicar la igualdad de género y de derechos, de forma que los nietos nacidos de abuelas españolas puedan obtener la nacionalidad.

Esta Institución comparte la posición de la Secretaría de Estado de Igualdad y del Consejo General de la Ciudadanía Española en el Exterior respecto a la necesidad de reparar la discriminación padecida por las mujeres españolas en todos los casos, por entender que existe una deuda histórica que debe resolverse.

En consecuencia, el Defensor del Pueblo, ha estimado procedente formular a V. E., al amparo de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, la siguiente recomendación:

«Que se realicen los trabajos necesarios para modificar la normativa en materia de nacionalidad, a fin de incluir el derecho a la nacionalidad de origen de los nietos de abuelas españolas que perdieron la misma por matrimonio, como consecuencia de la legislación discriminatoria que imperaba en España hasta la entrada en vigor de la Ley 74/1975».

Que hasta tanto se lleve a cabo dicha modificación, se impartan las instrucciones que procedan para que se reconozca el derecho a la nacionalidad española de los nietos de abuelas españolas que perdieron su nacionalidad por razón de matrimonio y que, posteriormente, se exiliaron, a fin de que prevalezca esta última condición sobre la normativa discriminatoria vigente hasta la entrada en vigor de la Ley 74/1975.

En la seguridad de que esta recomendación será objeto de atención por parte de V. E., y en espera de la preceptiva respuesta.

Madrid, 11 de mayo de 2011.

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

Recomendación 46/2011, de 18 de mayo, sobre la consideración en expediente de responsabilidad patrimonial de lo certificado por el organismo competente del control meteorológico para declarar la exención por fuerza mayor.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, págs. 487-488*)

Acusamos recibo de su escrito de 11 de abril de 2011 en el que se incluye información acerca de la queja número 11005711, formulada por don (...).

Con esa finalidad adjuntan el informe elaborado por la Asesoría Jurídica de Baleares respecto de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por el interesado, el cual según hemos comprobado no contiene datos diferentes a los que pusimos de manifiesto en nuestro requerimiento a esa dirección general.

Es por ello que en dicho informe no se ha facilitado respuesta a uno de los aspectos del escrito que les remitimos; en concreto, si para calificar como huracanado el viento causante de los daños en el vehículo del interesado se han tenido en cuenta los requisitos que se establecen en el Real Decreto 300/2004, de 20 de febrero, que aprueba el Reglamento del seguro de riesgos extraordinarios, para conceptuar los vientos como ciclones de carácter temporal y extraordinarios.

Esa información tiene gran relevancia, pues si bien los conceptos citados figuran recogidos en un texto legal estableciendo los casos en los que se permite una compensación de los perjuicios por el Consorcio de Compensación de Seguros, también se deben tener en cuenta en situaciones como las que nos ocupa, en las que la Administración

Pública manifiesta que los vientos huracanados constituyen supuesto de fuerza mayor que le libera de su responsabilidad patrimonial.

Según el Real Decreto 300/2004, son ciclones violentos de carácter tropical aquellos en los que se da la concurrencia y simultaneidad de velocidades de viento superiores a 96 km/h, promediados sobre intervalos de 10 minutos, lo que representa un recorrido de más de 16.000 metros en este intervalo, y precipitaciones de intensidad superior a 40 litros de agua por metro cuadrado y hora, y vientos extraordinarios en los que se presenten rachas que superen los 135 km/h.

En el certificado de viento al que se refieren en el informe concernido, consta la intensidad de la racha máxima registrada en el Aeropuerto de Menorca durante el día 4 de mayo de 2010, a las 02:10 UCT, pero no el resto de circunstancias que se deben dar para que proceda la calificación de vientos ciclónicos o huracanados, entendiéndose que se pueden equiparar ambos en base a lo declarado en la Sentencia del Tribunal Superior de Valencia de 7 de enero de 2005. Y lo mismo cabría decir en cuanto a la calificación de vientos extraordinarios, ya que para ello la velocidad de la racha máxima registrada debería ser de 135 y no de 111 km/h.

Sin perjuicio de lo anterior, es insuficiente el certificado del viento en el que se basa el informe toda vez que se desconoce si la racha máxima que se cita corresponde a la hora en que se produjo el accidente, siendo improbable que AENA no conociese ese dato a la vista de la espectacularidad del derrumbe, que fue de 80 metros del techado del parquin, según el diario *Menorca* del miércoles 5 de mayo de 2010, página 25. En ese artículo periodístico se pone de manifiesto asimismo que la citada incidencia meteorológica no afectó a la operatividad aérea, «que se desarrolló con total normalidad, según informaron fuentes de AENA».

Finalmente, debemos enfatizar la importancia de los datos reseñados teniendo en cuenta que la prueba de la fuerza mayor recae sobre la Administración cuando por tal razón pretende exonerarse de su responsabilidad patrimonial (SSTS 30 de septiembre de 1995 y 26 de febrero de 1998). En el caso de que los vientos producidos no pudiesen calificarse de huracanados o ciclónicos (en los términos del Real Decreto 2022/1986, de 29 de agosto, que ha sido derogado por el Real Decreto 300/2004), según la Sentencia del Tribunal Superior de Valencia de 7 de enero de 2005, los mismos no constituyen un suceso

imprevisible, que es lo que exige la doctrina jurisprudencial para considerar la fuerza mayor: «Aquellos acontecimientos realmente insólitos y extraños al campo normal de previsiones típicas de cada actividad o servicio, según su naturaleza» (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 19 de enero de 2000). Y a este respecto, se desconoce también si la pérgola del aparcamiento que cayó sobre el vehículo del interesado se encontraba en las debidas condiciones de mantenimiento, pues no es difícil imaginar que en caso contrario se mostraría más vulnerable a un fuerte viento.

En base a lo que antecede, esta Defensoría hubiera sugerido a AENA que no estimase la propuesta de resolución de la Asesoría Jurídica Zona Baleares Aeropuerto de Palma de Mallorca, igual a la información que se nos ha trasladado y a la que hemos hecho referencia en las consideraciones anteriores, sino que antes de decidir la resolución solicitase una nueva certificación al Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino respecto de los requisitos que se exigen en el Real Decreto 300/2004 para los vientos huracanados, haciendo constar en la petición del certificado la hora en que se produjo el accidente.

Sin embargo, en la actualidad esta Institución no puede hacerles dicha sugerencia, pues ha sido informada por el interesado de que recientemente se le ha notificado la resolución del expediente de responsabilidad patrimonial, conforme a la propuesta concernida, que pone fin a la vía administrativa, de conformidad con el artículo 142.6 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

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:

«La resolución denegatoria de reclamaciones de responsabilidad patrimonial por fuerza mayor con motivo de vientos huracanados deberá asentarse en una certificación emitida por el Ministerio de Medio Ambiente o por el departamento ministerial que en cada momento tenga asignadas las competencias en materia de control meteorológico en la que deberán considerarse, y dejarse constancia, las circunstancias requeridas en el artículo 2, apartado 1 del Real Decreto 300/2004, de 20 de febrero, que aprueba el Reglamento del seguro de riesgos extraordinarios».

Agradeciendo la remisión a esta Institución 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.

Madrid, 18 de mayo de 2011.

Recomendación dirigida al Presidente de la Entidad Pública Empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea.

Recomendación 47/2011, de 24 de mayo, sobre presentación de escritos en las oficinas de la Comunidad de Madrid.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 500*)

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

En dicho informe se comunica que los escritos remitidos por el interesado el pasado 14 de julio de 2010 a esa Dirección General hacían referencia a la comunicación de inicio de actuaciones de embargo por la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT), por lo que con fecha 5 de julio de ese año se dio traslado a este organismo de la Administración General del Estado, el cual es el competente para contestar o no a dicho escrito.

Efectivamente, tal y como expone esa Administración en el informe remitido, uno de los escritos presentados por el interesado en la fecha antes citada versaba sobre el inicio de actuaciones de embargo por la Agencia Tributaria, por lo que el interesado solicitaba su remisión a dicho organismo, lo que se materializó el 5 de julio de 2010.

Ahora bien, el señor (...) en la misma fecha presentó tres solicitudes claramente diferenciadas, dirigidas a tres organismos diferentes: la primera, a la Agencia Tributaria; la segunda a la Dirección General de Tráfico, y la tercera a la Entidad Pública Empresarial Correos, solicitando su remisión al organismo competente en cada caso, sin que estos dos últimos recibieran el mismo tratamiento que el escrito remitido a la Agencia Tributaria.

Por lo tanto, esta Institución estima que no se ha dado pleno cumplimiento a lo establecido en el artículo 38 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuando dispone que «Las solicitudes, escritos y comunicaciones dirigidos a los órganos de las Administraciones Públicas podrán presentarse en los Registros de cualquier órgano administrativo que pertenezca a la Administración General del Estado, o la de cualquier Administración de las Comunidades Autónomas o a la de alguna de las entidades que integran la Administración Local, si en este último caso se hubiese suscrito el oportuno convenio» disponiendo, además, que se establecerán sistemas de intercomunicación y coordinación de registros que garanticen su compatibilidad informática y la transmisión telemática de los asientos.

En este sentido, esa Administración dispone, a estos efectos, del convenio marco entre la Administración General del Estado y la Comunidad de Madrid para la implantación de una red de oficinas integradas de atención al ciudadano en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid, en el que esa Administración se compromete a emprender actuaciones conducentes a la implantación coordinada de tecnologías, sistemas y aplicaciones que garanticen la compatibilidad informática y la coordinación de sus respectivos registros, a cuyo efecto deberán comunicarse mutuamente las medidas que se adopten y asegurar la compatibilidad y la transmisión telemática de los asientos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

De acuerdo pues con lo anterior, se estima que una vez presentadas las tres solicitudes dirigidas a tres organismos diferentes de la Administración del Estado, las mismas deberían haber sido remitidas, en el plazo establecido al efecto, y en aplicación de las obligaciones asumidas por el citado convenio, a los tres organismos de manera diferenciada, todo ello con independencia de que las administraciones destinatarias de los mismos procedan o no a dar contestación a las comunicaciones del interesado, lo cual es ajeno obviamente a la obligación de remitir, cuestionada en la presente queja.

En atención a lo expuesto, 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 por parte de esa Administración se dé cumplimiento en lo sucesivo a lo establecido en el artículo 38,4 de la Ley 30/1992, de 26

de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el Convenio Marco entre la Administración General del Estado y la Comunidad de Madrid para la implantación de una red de oficinas integradas de atención al ciudadano en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid, con el fin de asegurar el derecho de los ciudadanos a presentar sus escritos y comunicaciones dirigidas a las restantes administraciones y organismos públicos, en aquellas oficinas de esa Administración autonómica que se encuentran más cercanas e inmediatas a su localidad de residencia, facilitando su relación con la pluralidad de administraciones públicas que coexisten en nuestro país».

En la seguridad de que esta recomendación será objeto de atención por parte de V. I. y en espera de la preceptiva respuesta.

Madrid, 24 de mayo de 2011.

Recomendación dirigida al Director General de Calidad de los Servicios y Atención al Ciudadano. Comunidad de Madrid.

Recomendación 48/2011, de 25 de mayo, para que los ingresos que deban efectuarse por parte de la Administración tributaria se realicen en la cuenta que el obligado tributario o su representante legal autorizado tengan abierta en una entidad de crédito.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 497*)

Se ha recibido su escrito de fecha 14 de marzo de 2011 en el que emite informe relacionado con la queja número 10016781, formulada ante esta Institución por doña (...).

En el mismo concluyen que el problema radica no tanto en la cuenta bancaria en que se abonó la devolución como en el nivel de seguridad existente en la opción de modificación del borrador por Internet.

Para ello utilizan uno de los sistemas de firma electrónica expresamente reconocidos en el artículo 16.1 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos. En concreto, señalan que el hecho de que el borrador se envíe únicamente al domicilio fiscal del titular, unido a la circunstancia de que para su modificación se exige un dato que no consta en el borrador y que se refiere específicamente a la persona titular, suponen garantía suficiente.

Esta Institución no comparte el criterio mantenido por esa Agencia Tributaria, fundamentalmente porque si dicha garantía fuera suficiente no acontecerían sucesos como el relatado en esta queja, por lo que deben arbitrarse las medidas que sean necesarias para evitar que este tipo de situaciones puedan volver a producirse.

En primer lugar, el artículo 16.1, anteriormente citado, establece que las administraciones públicas podrán determinar, teniendo en cuenta los datos e intereses afectados, y siempre de forma justificada, los supuestos y condiciones de utilización por los ciudadanos de otros sistemas de firma electrónica, tales como claves concertadas en un registro previo, aportación de información conocida por ambas partes u otros sistemas no criptográficos.

Por consiguiente, pueden ser utilizados otros sistemas con los que se incremente la seguridad para los contribuyentes, no siendo a nuestro juicio suficiente la solicitud del NIF del titular.

Pero es que, además, en la información facilitada por esa Agencia Tributaria en su página web en relación a la modificación del borrador, señalan que, si solamente tiene que modificar la asignación tributaria o la cuenta corriente en la que desea recibir la devolución, no es necesario proceder a la modificación del borrador, sino que pueden modificarse ambos datos directamente al confirmar el mismo.

Por lo que respecta a su confirmación indican que, en el momento de confirmar el borrador, el contribuyente necesitará alguno de estos datos: el NIF, el número de cuenta corriente, el número de referencia del borrador (aparece en la carta que acompaña al borrador) y el número de justificante (es el que aparece en el documento de ingreso o devolución que acompaña al borrador). Para confirmar el borrador de Renta por Internet no es necesario el certificado de firma electrónica, salvo si se va a pagar en ese momento.

Ello supone que si, como en el presente caso, se sustrajera la carta en la que se envía a la contribuyente el borrador, dentro del sobre se incluiría la referencia del borrador, dato suficiente para proceder a la confirmación del mismo, pudiendo modificar el número de cuenta bancaria.

En segundo lugar, el artículo 132 del Reglamento general de aplicación de los tributos, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, dispone que el pago de la cantidad a devolver se realizará mediante transferencia bancaria o mediante cheque cruzado a la cuenta que el obligado tributario o su representante legal autorizado tengan abierta en una entidad de crédito.

Sin embargo, en este caso se ha procedido a realizar la transferencia bancaria a una cuenta en la que la interesada no aparece como titular, ni tampoco representante legal alguno.

Por todo lo expuesto, ha quedado constatado que doña (...) no ha recibido en ningún momento el importe que le correspondía en concepto de devolución del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, ejercicio 2009, incumplándose lo dispuesto en el artículo 34.1.b) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que recoge el derecho de los obligados tributarios a obtener las devoluciones derivadas de la normativa de cada tributo.

Por consiguiente, dicha cantidad le debe ser ingresada con independencia de las actuaciones que se realicen, por parte de esa Agencia Tributaria o de la entidad bancaria, contra la persona que efectivamente recibió la devolución, cuya identidad conocen, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 132 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, que señala que cuando en la ejecución de las devoluciones se hubiese producido algún error material, de hecho o aritmético, la entidad de crédito retrocederá, en su caso, el importe procedente a la Administración Tributaria ordenante o bien se exigirá directamente al perceptor su reintegro. Cuestión que en ningún caso compete a la interesada.

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 sugerencia:

«Que se proceda al ingreso en la cuenta corriente de Doña Cristina González Martínez del importe de la devolución que le corresponde en concepto de su declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, ejercicio 2009, de conformidad con lo previsto en el artículo 34.1.b) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria».

Adicionalmente, y en relación con el expediente de referencia, y también 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:

«Que se adopten las medidas oportunas que garanticen un nivel de seguridad suficiente a los contribuyentes en el ejercicio de sus obligaciones tributarias, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, exigiéndose en todo caso que los ingresos que deban efectuarse por parte de la Administración tributaria se realicen en la cuenta que el obligado tributario o su representante legal autorizado tengan abierta en una

entidad de crédito, de conformidad con lo previsto en el artículo 132 del Reglamento general de aplicación de los tributos, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio».

Agradeciendo la remisión a esta Institución del preceptivo informe, en el que se ponga de manifiesto la aceptación de estas sugerencia y recomendación o, en su caso, de las razones que se estimen para no aceptarlas, de conformidad con el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos.

Madrid, 25 de mayo de 2011.

Recomendación dirigida al Director General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

Recomendación 49/2011, de 25 de mayo, sobre protección activa del dominio público marítimo-terrestre.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 500*)

Han sido recibidas las alegaciones del reclamante don (...), en la queja arriba referenciada acerca de obras ilegales en terrenos de la costa de Alboraya. Plasmamos su contenido (A) para a continuación expresar el parecer de esta Defensoría (B).

a) Alega, en síntesis, que la clasificación de los terrenos del área hoy llamada «Playa Patacona» el 29 de julio de 1988, fecha de entrada en vigor de la Ley 22/1988, de Costas, era la de suelo urbanizable no programado. Obran copias de los documentos que completan, actualizan, precisan y aclaran los hechos que determinan dicha clasificación, y explican los motivos por los cuales dichos terrenos no podían considerarse suelo urbano en dicha fecha. Las irregularidades en la aprobación del Plan General de Ordenación Urbana de Alboraya del año 1991 (PGOU-1991) puede también probarse documentalmente.

Prosigue alegando acerca de algunas personas que forman el Ayuntamiento de Alboraya en este momento (una de ellas, según parece, viene haciéndolo de modo ininterrumpido desde hace, como poco, unos 20 años), así como cierto personal técnico y administrativo al servicio del municipio, que considera el compareciente que conocen mejor que él cuanto aduce y sobre cómo se consiguió la «peculiar» aprobación del PGOU-1991, dado que en los archivos municipales debe obrar la pertinente documentación. Sin perjuicio de que, además, sea presumible que conocen perfectamente que el plan parcial que debía ordenar los terrenos del «Sector de planeamiento parcial n.º 1», crea-

do por la modificación del Plan General de Valencia y su Comarca en lo referente al municipio de Alboraya aprobada definitivamente el 12 de enero de 1983, no se aprobó antes del 29 de julio de 1988, y que ni siquiera se inició su tramitación. Pese a ello, la posición de la Administración municipal en este asunto, encabezada por la mayoría de los miembros de su ayuntamiento, es la siguiente:

a) Guardar silencio sobre las peticiones de los vecinos que solicitaron que adoptara las medidas necesarias para restaurar la legalidad urbanística y costanera que entienden se vulneró con la aprobación del PRI «Playa Patacona», cuya redacción definitiva lo fue el 29 de julio de 2004, y la posterior concesión de licencias de obra y de primera ocupación de los edificios construidos a su amparo.

b) Informar que la modificación del Plan General de 1966 aprobada definitivamente el 12 de enero de 1983 otorgó la clasificación de suelo urbano a los terrenos del PRI «Playa Patacona»; información que, salvo mejor opinión, considera el compareciente que falta a la verdad por lo que ha indicado antes.

Ante semejante modo de actuar, en vía administrativa sólo cabe esperar que los órganos de otras Administraciones Públicas concernidas por el asunto [Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y el Mar, en cuanto a la del Estado (expediente DL-37 Valencia), y Consellerias d'Infraestructures i Transpot (expediente Z5-131/D5 y otros) y de Medi Ambient, Aigua, Urbanisme i Habitatge, en cuanto a la autonómica], resuelvan respectivamente, con arreglo a la ley y al Derecho y sin más dilaciones indebidas, los procedimientos DL-37 Valencia, Z5-131/05 y los relacionados con este, y el relativo a la clasificación urbanística de «Playa Patacona» el día de la entrada en vigor de la Ley 22/1988, de Costas.

Continúan las alegaciones refiriéndose al Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino. Sobre la Orden de deslinde de 16 de junio de 1994, ratificó los deslindes establecidos anteriormente. Pero considera que dicha orden tuvo una tramitación que la vicia completamente, ya que, según parece, se inició de oficio al constatar la Demarcación de Costas en Valencia que: «... la línea de deslinde de los bienes de dominio público marítimo-terrestre, obtenida conforme a las definiciones de la Ley 22/1988 de Costas, coincide con la línea de deslinde vigente (establecida por las Órdenes Ministeriales de 24 de enero de 1969 y 27 de enero de 1979, como consta en la propia Orden de 16 de junio de 1994), por lo que resulta innecesario efectuar un nuevo

deslinde». En consecuencia, mediante escrito de 29 de abril de 1994, remitido a la Dirección General de Costas de dicho Ministerio, la Demarcación de Costas en Valencia propuso que se ratificara el vigente. Pero, a su juicio, esta propuesta era, como mínimo, incompleta: aunque la línea de deslinde obtenida conforme a las definiciones de la Ley 22/1988, de Costas, coincide con la del deslinde vigente antes, y por ello se propuso su ratificación, es necesario recordar que la ley modificó las llamadas servidumbres de costas, estableciendo la de protección, cuya equivalente antes de su promulgación era de sólo veinte metros de anchura, que ahora quedó establecida en cien metros como mínimo salvo excepciones puntuales. Pero como al entrar en vigor la Ley 22/1988, de Costas, los terrenos adyacentes a la línea de deslinde del tramo de costa comprendido entre el límite con Valencia y la desembocadura de la acequia del mar estaban clasificados como suelo urbanizable no programado porque no tenían plan parcial, entonces no podía mantenerse la anchura de la servidumbre equivalente a la de protección que hubieran podido fijar las Órdenes de 1969 y 1970. Por ello, no bastaba con ratificar la línea de deslinde, sino que era preciso tener en cuenta el cambio legal producido en materia de servidumbres de costa. En consecuencia, al aprobarse dicha orden sin incoarse un procedimiento completo de deslinde que contemplara dicho cambio normativo, parece imposible que se tuvieran en cuenta:

a) La protección del interés general, a cuyo efecto se establecieron normas sobre publicidad y sobre la imprescindible participación en el deslinde del Municipio de Alboraya; de la Comunitat Valenciana; del Registro de la Propiedad; y de quienes, por cualquier motivo, pudieran considerarse interesados.

b) Los derechos de los propietarios de terrenos del tramo deslindado, afectados por la regulación de la servidumbre de protección contenida en la vigente Ley de Costas, a algunos de los cuales (parcelas P-83 a P-100) se aplicó la anchura de cien metros.

c) Las siguientes disposiciones de la Ley de Costas, y de su Reglamento, de 1989 (RC-1989, en lo sucesivo):

1. El apartado 5 del artículo 12 Ley de Costas, y el apartado 2 del artículo 21 RC-1989, que obligan a que se publique un plano en el que se delimite provisionalmente la superficie estimada de la servidumbre de protección.

2. El apartado 2 del artículo 12 de la Ley y el apartado 1 del artículo 22 del RC-1989, que prescriben que en el procedimiento serán oídos la

Comunidad Autónoma, el Ayuntamiento, los propietarios de terrenos colindantes con la línea de deslinde y cualesquiera otros interesados.

3. El apartado 2 del artículo 22 RC-1989, que establece los siguientes deberes de la Demarcación de Costas que ésta, al parecer, incumplió:

a. Publicar el anuncio de incoación del procedimiento en un diario de los de mayor circulación en la zona con el fin de que cualquier interesado pueda comparecer en el expediente, examinar el plano de delimitación provisional de la servidumbre de protección y formular las alegaciones que considere oportunas.

b. Solicitar informes a la Comunidad Autónoma y al Ayuntamiento concernidos, a cuyo efecto se les debía enviar copia de los planos de emplazamiento y delimitación provisional de la zona de servidumbre de protección.

c. Pedir al Ayuntamiento o al Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria la relación de los titulares de las fincas colindantes con el dominio público.

d. Remitir al Registro de la Propiedad la relación indicada en la precedente letra c.

4. El apartado 3 del artículo 22 RC-1989, en relación con lo dispuesto en su artículo 23, que impidió aportar títulos de propiedad a los interesados en el deslinde a los efectos de que, en su caso, pudieran practicarse anotaciones preventivas en el Registro de la Propiedad porque sus fincas quedarán incluidas, total o parcialmente, en la zona de servidumbre de protección.

5. La letra a) del apartado 1 del artículo 24 RC-1989, ya que en la memoria de la documentación que la Demarcación de Costas envió al Ministerio no figuraba la justificación de la nueva delimitación de la zona de servidumbre de protección.

6. El apartado 1 del artículo 26 RC-1989, dado que en el texto de la Orden de ratificación del deslinde no se hizo constar la localización de las servidumbres impuestas a los terrenos colindantes con el dominio público.

Pero además, el interesado en su petición al ministerio también hizo mención expresa de un plano de fecha 04/04/1994, que obra en el

expediente de ratificación del deslinde y que considera inadmisibles porque en parte del tramo de costa cuyo deslinde ratifica la Orden de 16 de junio de 1994, aparece dibujado el límite interior de la servidumbre de protección a una distancia de la línea de deslinde que en una parte representa una anchura de cien metros y en otra de veinte metros (la distancia entre la línea de deslinde y la línea de límite interior de la servidumbre de costa representa una distancia de cien metros entre el vértice M-83 y un punto intermedio entre los vértices M-85 y M-86, mientras que entre este punto y el límite con Valencia representa una distancia totalmente impropia de veinte metros), a pesar de que todos los terrenos del tramo de costa adyacentes a la línea de deslinde que ratificó esta Orden tenían la misma clasificación urbanística (suelo urbanizable no programado por no haber tenido jamás plan parcial que lo ordenara) el 29 de julio de 1988, o sea en la fecha de entrada en vigor de la Ley 22/1988, de Costas. Luego en todo el tramo del deslinde debía haberse representado la línea de límite interior de la servidumbre de protección a la misma distancia, salvo la posible excepción de la manzana lindante con Valencia; pero, lamentable e injustificadamente, no se hizo así (adjunta fotocopia de la parte del plano donde se produce el quiebro de dicha línea).

Considera el compareciente que este quiebro de la línea de límite interior de la servidumbre de protección puede deberse a que su dibujante no conociera cuál era la clasificación del suelo el día que entró en vigor la Ley de Costas, y se limitara a tener en cuenta que el PGOU-1991 (dos años y medio después) clasificó el suelo del «Sector de planeamiento parcial n.º 1» en el Plan General precedente de dos formas distintas:

1ª) De forma correcta, como urbanizable no programado, en el tramo comprendido entre el vértice M-83 y un punto intermedio entre los vértices M-85 y M-86 (Camino Hondo).

2ª) De forma indebida, salvo mejor opinión, como suelo urbano, en el resto del tramo de costa objeto de la Orden de deslinde (ver documento que se acompaña como anexo 2, en especial sus conclusiones 2.ª, 4.ª, 5.ª y 8.ª).

Finalmente, no debe olvidarse que en esta Orden no existe pronunciamiento alguno sobre las servidumbres de costa del tramo deslindado, en su parte expositiva ni en su parte dispositiva.

Sobre las actuaciones de la Demarcación de Costas en Valencia dice que, según le informó esta Institución en escrito de 10 de junio

de 2010, la Demarcación mediante oficio de 10 de febrero de 2007 dirigido al Ayuntamiento de Alboraya, relativo a la anchura de la servidumbre de protección, ratificaba que ésta era de veinte metros en la zona de «La Patacona». No conoce el oficio citado y el motivo de su expedición, pero es posible que no se hubiera enviado. Si entonces la Demarcación hubiera dispuesto de su escrito de denuncia de 16 de febrero de 2007 sobre la construcción en la franja hoy llamada «Playa Patacona» de edificios presuntamente ilegales, lo que realizó siguiendo las instrucciones que el 9 de febrero de 2007 le indicó verbalmente un funcionario del Servicio de Planeamiento de la Dirección General de Costas del Ministerio de Medio Ambiente al que expuso la cuestión. Consta al interesado que la Demarcación, después del 9 de noviembre de 2007, envió oficios a la Conselleria d'Infraestructures i Transport de la Comunitat Valenciana manifestando que no podía evacuar informes sobre obras que se estaban realizando o se iban a efectuar en dos de las once manzanas de la franja citada hasta que el órgano competente en urbanismo de dicha Comunidad autónoma acreditara y justificara el planeamiento urbanístico que tenía la zona de las obras en el momento de la entrada en vigor de la Ley de Costas.

Por una parte, desconoce el Sr. Sanz García si la Demarcación de Costas, antes del 9 de noviembre de 2007, informó favorablemente en los otros nueve casos; y por otra, teniendo en cuenta que en los otros dos las obras están paralizadas o no se han iniciado, presume el interesado que el órgano de urbanismo de la Comunitat Valenciana sigue sin acreditar y justificar la clasificación del suelo de «Playa Patacona» en el momento indicado.

Continúan las alegaciones refiriéndose al silencio del Ministerio de Medio Ambiente sobre su petición de 26 de abril de 2007, pues han pasado más de tres años. Solicitó, entre otras cosas, que completara la Orden de 19 de abril de 1994 expresando mediante un texto escrito, y justificando debidamente, la localización de las servidumbres de los terrenos colindantes a la línea de ribera en el tramo de costa a que se refiere, con la consecuencia de que mandara dibujar otro mapa que las reflejara correctamente; a no ser que fuera preceptivo anular dicha Orden y sustituirla por otra, lo cual también solicitó. Según parece, el Ministerio no ha obtenido respuesta a la petición de 28 de diciembre de 2008 al órgano de urbanismo de la Comunitat Valenciana sobre la clasificación de los terrenos de «La Patacona» a la entrada en vigor la Ley de Costas; pero considera el interesado que aplicando los artículos 4 y 83 de Ley 30/1992, junto a los antecedentes (Inventario de usos costeros en la provincia de Valencia, y escritos del pro-

pio Ministerio como el de 16 de julio de 1989), hubiera podido resolver su petición. Este silencio ministerial es posible que se deba a lo que indica sobre el informe favorable al PGOU-1991 de la Dirección General de Costas y a otro informe, también de la misma Dirección General, del 16 de octubre de 1996 como acto de trámite del PRI «Playa Patacona» que no está incluido en las actuaciones de esta queja (adjunta una nota).

Por ello, espera que, con la intervención de esta Institución, el Ministerio resuelva su citada petición relativa a la Orden de deslinde de 16 de junio de 1994.

Sobre la Conselleria d'Infraestructures i Transport, comenzó a tramitar hace más de cinco años el procedimiento ZS-131/05 donde el interesado tiene la condición de denunciante desde 2007, procedimiento que ha originado otros semejantes por la construcción de nuevos edificios en la franja de terrenos «Playa Patacona», de los que solo tiene noticias de los números asignados a los mismos por las comunicaciones de esta Defensoría. Según los antecedentes, la resolución de los procedimientos se encuentra pendiente de que la Conselleria de Medi Ambient, Aigua, Urbanisme i Habitatge facilite a la d'Infraestructures i Transport un informe solicitado por ésta el 21 de abril de 2010 que, al parecer, tendría como objeto que se aclarara el que, fechado el 3 de agosto de 2007 y registrado de salida el 27 de septiembre de 2007 con el número 83179, tuvo entrada en la Conselleria d'Infraestructures i Transport el 4 de octubre de 2007. Llama la atención al interesado que, en la situación descrita, la Conselleria d'Infraestructures i Transport emita un informe urbanístico el 27 de marzo de 2009, materia que queda fuera del ámbito de sus competencias, pero no le resulta sorprendente que tal informe concluya que el suelo de la franja «Playa Patacona» era urbano a la entrada en vigor de la Ley de Costas; conclusión que, por esperada, no es menos rechazable, pues esa Consellería disponía ya entonces y, por lo menos desde noviembre de 2006, de una copia de seis planos, de la memoria y de las normas urbanísticas de la modificación, aprobada definitivamente el 12 de enero de 1983, del Plan General de Valencia y su Comarca en lo referente al municipio de Alboraya, así como de una copia del plano de la planificación urbanística anterior a la modificación.

Con el análisis de estos documentos, copia de los cuales la Conselleria d'Infraestructures i Transport podía haber remitido a la de Medi Ambient, Aigua, Urbanisme i Habitatge para su estudio e informe, cualquier urbanista llegaría de inmediato a la conclusión de que

el suelo de «Playa Patacona» el 29 de julio de 1988, entrada en vigor de la Ley de Costas, era suelo de reserva urbana de la Ley del Suelo de 1956, equivalente a suelo urbanizable no programado de la Ley del Suelo de 1975 y de su Texto refundido de 1976, dado que dicha franja no fue ordenada por plan parcial alguno antes del 29 de julio de 1988, a diferencia de otros terrenos adyacentes situados tierra adentro.

Por ello, considera el interesado que no es admisible que aún se encuentre sin resolver una denuncia formulada el 27 de abril de 2005.

Sobre la Consellería de Medi Ambient, Aigua, Urbanisme i Habitatge, este órgano tiene atribuidas las competencias en materia de urbanismo en la Comunitat Valenciana. Por ello le corresponde informar sobre la cuestión básica de la presente queja, que es indicar y justificar cuál era la clasificación urbanística que correspondía a los terrenos de «Playa Patacona» el día que entró en vigor la Ley 22/1988, de Costas. Tanto la Consellería d'Infraestructures i Transport, a efectos de resolver los procedimientos ZS-131/05 y derivados, como la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y el Mar para la resolución del procedimiento DL-37 Valencia, y la Demarcación de Costas en Valencia por lo indicado antes, precisan disponer de ese dato. Hasta ahora, únicamente la Conselleria d'Infraestructures i Transport tuvo el privilegio de que el 27 de septiembre de 2007 la de Medi Ambient, Aigua, Urbanisme i Habitatge le enviara un informe, solicitado el 31 de octubre de 2006, sobre la cuestión indicada; pero, lamentablemente, dicho informe no se pronuncia sobre el principal asunto. En cambio, la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y el Mar parece no haber obtenido respuesta a su petición de 28 de diciembre de 2008 sobre el mismo asunto. Igualmente parece que la Conselleria d'Infraestructures i Transport tampoco ha visto satisfecha la petición sobre clasificación del suelo a la entrada en vigor de la Ley de Costas en el ámbito de la «Playa de la Patacona».

Es evidente que si esa conselleria elaborara un informe razonado y debidamente justificado con los documentos pertinentes que estableciera con claridad y precisión cuál era la clasificación del suelo de la franja «Playa Patacona» el día que entró en vigor la Ley de Costas, tanto la Direcció General de Ports, Aeroports i Costes de la Comunitat Valenciana, como la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y el Mar, contarían con un importante instrumento para resolver los asuntos en que el Sr. Sanz García es, respectivamente, denunciante e interesado, cuyas tramitaciones ya han cumplido, en un caso, un quinquenio, y en el otro, un trienio.

Pero por el momento, termina, parece que sigue sin resolver la petición que habrá dado origen a un nuevo procedimiento administrativo o se habrá incorporado al 2006/1051-SS, resuelto de modo no concluyente. Por ello, al tener conocimiento de la citada petición, mediante escrito de 9 de junio de 2010 solicitó el interesado que lo tuvieran por personado y parte en el procedimiento de evacuación de informe iniciado por petición de la Conselleria d'Infraestructures i Transport relativo a la clasificación de los terrenos del polígono «Playa Patacona» el día de entrada en vigor de la Ley 22/1988, de Costas de 1988; por formuladas varias alegaciones; y que, se aclarara al órgano consultante que la clasificación de tales terrenos en dicha fecha era la de suelo urbanizable sin plan parcial, es decir, suelo urbanizable no programado.

b) Vistas por esta Defensoría las alegaciones recibidas del interesado, y valorados todos los antecedentes, incluidas las manifestaciones últimamente recibidas de la Consejería de Infraestructuras y Transportes de la Comunitat Valenciana, procede sin más trámite resolver las presentes actuaciones con las propuestas que figuran al final, conforme a las siguientes conclusiones.

Ante todo, ha de reiterarse que la finalidad de las funciones de esta Defensoría es supervisar la regularidad en la actuación administrativa y el respeto por los derechos ciudadanos. En este caso, por lo tanto, se trata de que la administración pública del litoral actúe a favor de la tutela del dominio público marítimo-terrestre (tutela que muy principal aunque no exclusivamente está a cargo de la Administración General del Estado) y de su protección (protección del dominio público marítimo-terrestre, también muy principal aunque no exclusivamente a cargo de la Administración autonómica).

De otro lado, la regularidad en la actuación administrativa y el respeto por los derechos ciudadanos supone, en este caso, supervisar que los derechos de los particulares son respetados por las administraciones, es decir, que las administraciones mantengan (1.º) una actitud de respeto ante quienes disponen de sus propios medios de protección, acciones y recursos civiles y administrativos, incluidas por supuesto la tutela judicial y la de esta misma Defensoría, es decir una actitud más bien pasiva ante los derechos de los particulares, en contraste con la necesidad o más bien deber jurídico de (2.º) una actitud resueltamente activa ante los derechos e intereses legítimos de carácter general, en suma de los intereses generales, que son los que las administraciones tienen encomendados, a los que han de servir

con objetividad, intereses que no disponen sino principalmente para su tutela y protección de la actividad de la administración pública, así como de la tutela judicial y la de esta misma Defensoría.

Por tanto, y en lo que al litoral se refiere, las funciones de la administración pública, estatal y autonómica, son las de su directa y activa tutela y protección de la costa, por cuanto estamos ante bienes de dominio público marítimo terrestre y ante zonas, generalmente de propiedad particular, sometidas a servidumbres, entre ellas y notablemente la zona de servidumbre de protección, de protección no de los derechos de los particulares, sino de protección del dominio público, como explícitamente indica el rótulo del título II de la Ley de Costas.

Las administraciones del litoral no tiene por función proteger los derechos de los particulares, sino los intereses generales vinculados al dominio público y a sus zonas de protección. Las administraciones del litoral han de respetar los derechos de los particulares, y muy rigurosamente. Pero su función activa, objetiva y eficaz está dirigida a los intereses generales sobre el demanio y su protección, donde no basta el más escrupuloso respeto, sino que se requiere su acción resuelta y operativa, útil, y siempre conforme a la ley.

En el presente caso parece a esta Defensoría que la administración del litoral, especialmente la autonómica respecto de la protección del dominio público, en la forma legal de la zona de servidumbre de ese nombre, y buena muestra de ello es su última comunicación, no ha actuado, sigue sin actuar y no muestra actitud alguna de rectificar tal dirección, de conformidad con la anterior descripción general de sus funciones, que es la que esta Defensoría considera con sentido cabal, directamente deducido de las leyes, de la Ley de Costas. A nuestro juicio, la administración autonómica no ha dejado de buscar fórmulas con que, no ya respetar sino positiva, activamente proteger los derechos de los particulares (cuya tutela no tiene encomendada) en perjuicio de los intereses generales (éstos sí son su finalidad), intereses generales por los que no ha hecho sino:

– Procurar buscar argumentos que lleven a mantener que la anchura de la zona de protección en La Patacona es la de 20 m, basándose en un deslinde de 1994 que fijó esa anchura contra la evidencia de que la zona de La Patacona no era suelo urbano a la entrada en vigor de la Ley de Costas. Sus argumentos han llegado a basarse en una declaración parlamentaria, modo no apto para la clasificación urbanística. O en la sentencia del TSJ de Asturias, cuyo sentido es el

contrario a disminuir la protección; se trata manifiestamente de una sentencia no aplicable al presente caso y que además viene a desestimar la pretensión de que la línea de servidumbre de protección está fijada en menos 100 m, que es la regla general de protección del dominio público (en aquel caso, la administración urbanística autonómica de Asturias, lo mismo a que aquí se ancla la Comunitat Valenciana, instaba la rectificación a 20 m). En aquel caso, sin embargo, el deslinde pareció al tribunal conforme a derecho porque eran ineficaces todas las consideraciones opuestas acerca de la clasificación del terreno en el momento de la entrada en vigor de la Ley de Costas. En el presente caso no es así, la falta de constancia de la clasificación del suelo como urbano no ha quedado reflejada en el deslinde en vigor, por tanto donde debería figurar 100 m figuran 20. Obran en esta Defensoría documentos sobrados que contradicen la clasificación por entonces como suelo urbano. La regla general es la anchura de 100 m para la protección del dominio público, y eso es lo que ha de buscar la administración autonómica, y no anteponer o favorecer la protección de los derechos de los particulares con la fijación de la anchura excepcional de 20 m (ante poner o favorecer una reducción de la protección del dominio público).

– No acaba de rectificar posibles vulneraciones de la legalidad urbanística y edificatoria en el litoral, con un proceder lento y premioso ante denuncias de don (...) y la Asociación (...). En julio de 2010 aún estaban en curso nueve procedimientos sancionadores sobre las obras de edificación realizadas años atrás en el polígono Playa Patacona (parcelas B, C, D, E, F, G y H, I, J y L).

La Administración estatal debería pues, a nuestro juicio, proceder inmediatamente a la aprobación de un nuevo deslinde o a la revisión del vigente, y dar por terminada en este aspecto la indefinición; pero es patente la dificultad a que se ha llegado por la lentitud con que han actuado las administraciones, en beneficio de los particulares, incluso algunos de ellos posibles infractores, y en perjuicio del interés general; y la no menor dificultad en la calificación de los actos administrativos por el transcurso de cuatro años respecto de actos anulables y/o susceptibles de declaración de lesividad; mas en todo caso habrá de resolver los procedimientos que tenga en curso sobre nulidad de la orden de deslinde y otras peticiones conexas que tenga en trámite.

Por su parte, la Administración autonómica habría, a nuestro juicio, de resolver los procedimientos sancionadores en curso, y además

adoptar una concepción de sus funciones respecto del litoral más ajustada a su finalidad.

Para lo cual, se dirige a ambas administraciones la siguiente sugerencia:

«1.^a) Que la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar proceda inmediatamente a considerar la aprobación de un nuevo deslinde, a la revisión del vigente, y resolver los procedimientos en curso sobre nulidad de la Orden de deslinde y demás peticiones conexas que tenga en trámite.

2.^a) Que la Consejería de Infraestructuras y Transportes de la Comunitat Valenciana resuelva los procedimientos sancionadores que aún estén en curso sobre las obras de edificación en el polígono Playa Patacona».

Asimismo procede dirigir la siguiente recomendación a la Consejería de Infraestructuras y Transportes de la Comunitat Valenciana, y en particular a su Dirección General de Puertos, Aeropuertos y Costas:

«1.^a) Que conforme a la Ley de Costas de 1988 y sus atribuciones orgánicas actúe a favor de la protección del dominio público marítimo-terrestre y de los derechos ciudadanos, con respeto de los derechos de los particulares y con una actitud activa a favor de los intereses generales, que son los que tiene encomendados y a los que ha de servir con objetividad. Por tanto, y en lo que a las costas se refiere, que ejerza sus funciones de directa y activa protección del litoral, de los bienes de dominio público marítimo-terrestre emplazados en la Comunidad Autónoma y de las zonas sometidas a servidumbres, especialmente de la zona de servidumbre de protección (título II de la Ley de Costas).

2.^a) Que, en consonancia con la recomendación anterior, actúe conforme a la regla general de la anchura de 100 m para la zona de servidumbre de protección del dominio público marítimo-terrestre; y por tanto, tenga la fijación de la anchura de 20 m como excepcional, como una reducción de la protección del dominio público, sólo aplicable en los términos transitorios del apartado 3 de la disposición transitoria tercera de la Ley de Costas».

Procede, finalmente, dar cuenta de todo lo anterior al Ayuntamiento de Alboraya, así como al reclamante.

Agradeciendo la remisión a esta Institución del preceptivo informe, en el que ponga de manifiesto la aceptación de la sugerencia y la recomendación o, en su caso, de las razones que estime para no aceptarlas, de conformidad con el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos.

Madrid, 25 de mayo de 2011.

Recomendación dirigida al Consejero de Infraestructuras y Transporte. Comunitat Valenciana.

Recomendación 50/2011, de 25 de mayo, sobre colocación de la bandera española en el edificio consistorial.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 490*)

En el primer momento posible, se acusa recibo de su escrito en el que informa sobre la queja planteada por don (...), registrada con el número arriba indicado.

En dicho informe se nos dice que el 10 de septiembre de 2010 se dirigió al Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Corbera de Llobregat solicitando información sobre la aplicación por el consistorio de la normativa vigente en la materia de uso de las banderas oficiales, después de la denuncia realizada por el promotor de la queja en un escrito que, según sus manifestaciones, había dirigido al alcalde y cuya copia también remitió a esa Delegación del Gobierno.

Según el informe recibido, el citado requerimiento, realizado de conformidad con el artículo 56.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, establecía un plazo de 10 días para la remisión a esa delegación del Gobierno de la información solicitada, sin que tengan constancia de que tal contestación haya sido recibida.

El informe añade, por otro lado, que tampoco les consta en esa delegación la existencia de un acuerdo municipal que infrinja la Ley reguladora del uso de las banderas, supuesto para el cual la propia Ley 7/1985, de 2 de abril, prevé una posible impugnación ante los tribunales de justicia.

A la vista del contenido de su referido informe, esta Institución se ve en la obligación de someter a esa delegación del Gobierno las siguientes consideraciones como fundamento de la recomendación con la que se concluye esta comunicación:

Primera. Según el artículo 65 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, cuando la Administración del Estado considere, en el ámbito de las respectivas competencias, que un acto o acuerdo de alguna entidad local infringe el ordenamiento jurídico, podrá requerirla, invocando expresamente el presente artículo, para que anule dicho acto en el plazo máximo de un mes, pudiendo impugnar el acto o acuerdo ante la jurisdicción contencioso-administrativa dentro del plazo señalado para la interposición del recurso de tal naturaleza señalado en la ley reguladora de dicha jurisdicción, contado desde el día siguiente a aquel en que venza el requerimiento dirigido a la entidad local, o al de la recepción de la comunicación de la misma rechazando el requerimiento, si se produce dentro del plazo señalado para ello. No se puede objetar, por tanto, como parece desprenderse del último párrafo de su informe arriba transcrito que sea precisa la existencia de un acuerdo en firme, bastando simplemente con el acto en sí de incumplir un precepto legal.

Segunda. Por su parte el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, al regular la impugnación jurisdiccional de los actos y acuerdos de las Entidades Locales por la Administración del Estado, dispone en su artículo 214 que la Administración del Estado está legitimada para impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales que incurran en infracción del ordenamiento jurídico, en los casos y en los términos previstos en el artículo 65 de la Ley 7/1985, y a continuación en su artículo 215 prevé que cuando la Administración del Estado considere, en el ámbito de sus competencias, que un acto o acuerdo de alguna entidad local infringe el ordenamiento jurídico, podrá requerirla, invocando expresamente el artículo 65 de la Ley 7/1985, de 2 de abril para que anule dicho acto o acuerdo.

Dicho requerimiento deberá ser motivado y expresar la normativa que se estime vulnerada, y frente a él la entidad local requerida, y en el plazo señalado para ello, podrá anular dicho acto o acuerdo, y en caso contrario la Administración del Estado podrá impugnar el acto o acuerdo ante la jurisdicción contencioso-administrativa, en los dos meses siguientes al día en que venza el plazo señalado en el requeri-

miento dirigido a la entidad local, o al de la recepción de la comunicación de la misma rechazando el requerimiento.

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 a V. E. la siguiente recomendación:

«Que por esa Delegación del Gobierno se lleven a cabo las actuaciones procedentes en cumplimiento de las previsiones contenidas en el artículo 65 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, desarrolladas por los artículos 214 y 215 de Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Entidades Locales, a que se ha aludido en el cuerpo de esta resolución».

Agradeciendo de antemano a V. E. la remisión a esta Institución del preceptivo informe, en el plazo no superior a un mes a que hace referencia el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, en el que se ponga de manifiesto la aceptación de la recomendación formulada o, en su caso, las razones que estime para su no aceptación.

Madrid, 25 de mayo de 2011.

Recomendación dirigida al Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma de Cataluña.

Recomendación 51/2011, de 25 de mayo, para corregir la demora en la publicación de la convocatoria de los préstamos para los estudios de máster en el curso 2010-2011, dentro del Programa Préstamos-Renta Universidad.

(BOCG. Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 502)

Se agradece su escrito en relación con el expediente arriba referenciado, que tuvo su entrada en esta Institución el pasado 1 de abril, dando respuesta a la solicitud de informe complementario realizada mediante escrito de fecha 9 de marzo anterior.

Ya en el informe anual correspondiente al año 2009, alertaba esta Institución sobre la demora en la publicación de la Orden que debía regular los préstamos para la realización de los estudios de máster en el curso 2009-2010 al amparo del Programa Préstamos-Renta Universidad dirigido a ayudar a jóvenes graduados a financiar suficientemente estos estudios y a afrontar a su vez otros gastos personales vinculados a la realización de los mismos. En su momento para tratar de justificar esta demora por parte de esa Dirección General se aludió a las modificaciones introducidas en la orden de convocatoria respecto a las de cursos anteriores y a los diversos trámites administrativos que debían superarse antes de proceder a la publicación de dicha orden, publicación ésta que no se produjo hasta el mes de noviembre de 2009, cuando ya estaba muy avanzado el primer trimestre del curso académico correspondiente.

La siguiente convocatoria y a pesar de la mención citada en el informe anual a las Cortes Generales correspondiente a 2009 no sólo no ha corregido esa deficiencia sino que ha sufrido una demora aún ma-

yor, ya que no se publicó hasta el 18 de diciembre de 2010, cuando el primer trimestre del curso académico ya había finalizado. Nuevamente las razones aducidas por esa Dirección General para explicar ese retraso apuntaban a la complejidad de los trámites administrativos inherente a este tipo de convocatorias, a lo que se adicionaba en esta ocasión la necesidad de dar cumplimiento a los requerimientos derivados de lo dispuesto en el Real Decreto-ley 8/2010, de adopción de medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, así como a la necesidad de proceder a la aprobación y posterior suscripción de un convenio con el Instituto de Crédito Oficial, al ser dicha entidad la que articularía la concesión final de estos préstamos.

De acuerdo con el calendario de tramitación adjuntado como anexo a su informe de 27 de diciembre pasado, los trabajos se iniciaron en fecha no determinada y dieron lugar a un primer proyecto de orden que fue remitido a informe del Ministerio de Política Territorial a mediados de mayo de 2010 y que se sometió a consulta de las Comunidades Autónomas en las mismas fechas, así como a consulta del Ministerio de Economía y Hacienda que emitió un dictamen desfavorable al proyecto al considerar que los préstamos previstos en el primer proyecto de orden no cumplían las condiciones para ser tratados como operación financiera y tener efectos en el déficit público, lo que obligó a la reelaboración de la orden para cumplir con las obligaciones derivadas de las previsiones del Real Decreto-ley 8/2010 al que antes se ha hecho referencia. Este nuevo proyecto hubo de someterse a la consideración del ICO, recoger sus observaciones y ser sometido nuevamente a informe de los servicios jurídicos correspondientes, lo que no se consigue hasta ya bien entrado el mes de julio de 2010. A partir de ahí, el nuevo proyecto de orden es remitido nuevamente a informe del Ministerio de Economía y Hacienda y superado este trámite, y otros relativos a modificaciones presupuestarias imprescindibles y a la autorización del gasto para el ejercicio de 2011 y, tras el pase por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, fue posible la publicación de la Orden EDU/3248/2010 en el *Boletín Oficial del Estado* correspondiente al día 18 de diciembre del pasado año.

Como consecuencia de lo anterior, el plazo de presentación de solicitudes para la obtención de préstamos universitarios para realizar estudios de posgrado de máster y de doctorado se inició el 22 de diciembre, si bien los tickets autorización a las solicitudes que reunían los requisitos establecidos en la convocatoria no se comenzaron a emitir hasta el 1 de febrero de este año y las entidades de crédito adheridas al programa ICO para la gestión de estos créditos no han

comenzado a admitirlos hasta el día 14 de marzo, fecha a partir de la cual dichas entidades colaboradoras realizan la petición de fondos al ICO, con lo que se obtiene el resultado final puesto de manifiesto en las numerosas quejas recibidas en esta Institución al respecto de que los beneficiarios del programa no van a recibir las cantidades correspondientes hasta el presente mes de mayo.

Poco hay que añadir a la descripción realizada. Cualquier graduado que haya de tomar la decisión de formalizar su matrícula en un máster o en un doctorado debiera conocer ya en ese momento si podrá o no beneficiarse de estos préstamos cuya finalidad expresa (art. 1 de la Orden EDU/3248/2010) es facilitar la financiación de las enseñanzas universitarias de máster universitario y de doctorado mediante una ayuda inicial así como, en su caso, facilitar una renta mensual a los estudiantes que lo deseen. Sin embargo, quienes han sido solicitantes de estos préstamos en la convocatoria 2010-2011 no han podido hacerlo hasta meses después de haber tomado la decisión de proseguir sus estudios y haber afrontado los gastos correspondientes, ni saber si iban a ser beneficiarios o no de los mismos ni obtener los fondos correspondientes hasta la práctica finalización del curso académico. Esta circunstancia dificulta, cuando no impide, el objetivo evidente de este programa de préstamos que es posibilitar la realización o continuación de estudios a aquellos alumnos cuya situación económica y personal no se lo permite sin la financiación derivada de tales préstamos.

Esta Institución es consciente de las dificultades derivadas de la compleja tramitación administrativa de la orden de convocatoria y valora como se menciona en el informe a las Cortes Generales presentado recientemente el esfuerzo realizado para el mantenimiento de este programa en el marco de una situación económica desfavorable. Pero es de todo punto evidente que ese esfuerzo queda en gran medida eclipsado por la incoherencia temporal de su desarrollo, que lleva a excluir de su campo de acción a todos aquellos estudiantes a los que disponer de los fondos necesarios para proseguir sus estudios les resulta imprescindible en su inicio y sólo favorece a aquellos otros que, de algún modo, pueden disponer de otros recursos económicos para afrontarlos.

En definitiva, y como quiera que por unas u otras razones en los últimos ejercicios se ha producido retrasos tanto en la convocatoria como en el proceso de concesión y formalización de los préstamos, se hace imprescindible, a juicio de esta Institución, por una parte, adoptar medidas tendentes a conseguir que, cuando menos, los posibles

beneficiarios de los préstamos puedan conocer en el momento de decidir la continuación de sus estudios si reúnen los requisitos necesarios para serlo; y por otra, que la obtención de los fondos tras la formalización de los préstamos se produzca cuando los estudiantes destinatarios de los mismos hayan de afrontar los gastos correspondientes. En consecuencia y con los objetivos señalados se formulan a ese Centro Directivo las siguientes recomendaciones:

«Primera. Que para el período en el que se mantenga vigente este programa se establezca un marco normativo estable en el que se determinen los requisitos que deben cumplirse para la obtención de préstamos a largo plazo ligados a la renta futura para facilitar la realización de las enseñanzas de máster y doctorado, de manera que los posibles beneficiarios tengan conocimiento de los mismos con independencia de la convocatoria anual de los préstamos».

«Segunda. Que la convocatoria correspondiente a cada curso académico se publique con antelación suficiente al inicio del mismo para posibilitar que el proceso de solicitud y el de concesión y formalización de los préstamos se pueda llevar a cabo en las fechas idóneas para el cumplimiento de sus objetivos.»

«Tercera. Alternativamente, y dado que el sistema actual de convocatorias anuales no parece poder cumplir los objetivos expresados en las Recomendaciones anteriores, se estudie su sustitución por otro sistema de carácter abierto y permanente que posibilite la solicitud y, en su caso, la autorización para la formalización de los préstamos, dentro de las disponibilidades presupuestarias de cada ejercicio, en el momento adecuado a los estudios que se vayan a cursar y a la atención de los gastos que tales estudios generen, de manera que los solicitantes puedan saber si van a disponer o no de los recursos económicos necesarios para ello.»

Agradeciendo de antemano a V. I. la remisión a esta Institución del preceptivo informe, en el plazo no superior a un mes a que hace referencia el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, en el que se ponga de manifiesto la aceptación de las Recomendaciones formuladas, o en su caso, las razones que estime para su no aceptación.

Madrid, 25 de mayo de 2011.

Recomendación dirigida al Director General de Política Universitaria. Ministerio de Educación.

Recomendación 52/2011, de 2 de junio, sobre la adopción de medidas para protección de la salud laboral.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 493*)

Esta Institución agradece su último informe, en relación con la queja registrada con el número arriba indicado.

Analizado su contenido, destaca el análisis de la Dirección General de Recursos Humanos del Servicio Murciano de Salud sobre el informe relativo a la evaluación de riesgos laborales correspondiente al Servicio de pruebas funcionales de digestivo/endoscopias del Hospital Universitario de Santa María del Rosell, ubicado en la ciudad de Cartagena, y fechado en enero de 2010, así como el informe sobre el estudio de factores psicosociales de la sección de aparato digestivo del indicado centro sanitario, informe ya remitido con anterioridad.

Centrando la cuestión, en coincidencia con la materia objeto de la queja, en este último estudio, el órgano gestor de recursos humanos refleja las conclusiones a las que llegó el señalado informe sobre cuatro variables relacionadas con el entorno laboral que pueden afectar a la salud de los trabajadores y al desarrollo de la tarea a realizar.

Estas variables son: la participación, implicación y responsabilidad; la formación, información y comunicación; la gestión del tiempo y, en cuarto lugar, la cohesión del grupo, parámetros que deben, los cuatro, mejorarse, uno de ellos de forma prioritaria y clarificar el cuarto factor, concluyendo, sobre los aspectos referidos al acoso laboral que, de los resultados obtenidos en el referido informe se extrae la existencia de una percepción negativa y generalizada entre los entre-

vistados en cuanto a que se pueden estar dando comportamientos caracterizados por una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y durante un tiempo prolongado sobre alguna o algunas personas en el lugar de trabajo, a la vez que se alude a la concreción de una serie de recomendaciones para cada una de esas variables de riesgo, como guía general de mejora de cada factor.

Este mismo aspecto ya fue puesto de manifiesto por esta Institución en nuestro escrito de 6 de mayo de 2010 en el que se reseñaba lo siguiente: «A partir de lo expresado, y de acuerdo también con lo manifestado a lo largo de estas actuaciones y en nuestra última comunicación de 6 de noviembre de 2009, si bien se nos ha aportado la información sobre las actuaciones citadas, nada se nos dice acerca de las medidas que hayan podido adoptarse por esa Administración sanitaria o se encuentre previsto adoptar para la resolución del señalado conflicto, conforme al diagnóstico de los riesgos laborales en los que se centra el informe de factores psicosociales elaborado con ese fin.

Por tanto, resulta necesario conocer el alcance de esas posibles medidas o de cualquier otra actuación tendente a alcanzar ese objetivo, toda vez que corresponde al empleador, en este caso, a esa Administración autonómica, el deber de protección frente a los riesgos laborales respecto del personal a su servicio, como establece el artículo 14 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales y, en consonancia con esa información, la relativa al seguimiento y estado del conflicto en la actualidad, todo ello, a fin de poder establecer un juicio por parte de esta Defensoría contando para ello con los elementos necesarios para ello en orden a la conclusión de la investigación».

Sin embargo, de la información nuevamente remitida no resulta posible deducir ninguna nueva información aclaratoria de esa actividad de prevención, constituida por una obligación de hacer, y que concierne a esa Administración sanitaria en su calidad de empleadora. Así, si como decíamos entonces, le corresponde a esa Administración sanitaria el deber de protección de sus trabajadores frente a los riesgos laborales detectados, de acuerdo con una actividad informativa previa dedicada a su detección y a la propuesta de mejoras, emerge como correlativa obligación a realizar el necesario seguimiento de la cuestión y la aplicación de medidas que contribuyan a ese fin.

Este deber de protección, por el que se identifican los peligros existentes en cada puesto de trabajo y se evalúa el riesgo inherente a

cada uno de ellos, conforme a los artículos 15 y 16 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, se traduce, a partir de esa información, en la toma de decisiones acordes con la situación de riesgo objetivada y sobre la necesidad de que se adopten las medidas preventivas que, en su caso, se entiendan oportunas, ya sea a través de la realización de un plan de actuaciones preventivas, a elaborar siguiendo las pautas establecidas en el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, del Reglamento de los Servicios de Prevención o, en su caso, conforme a los protocolos de actuación para la prevención de estos específicos riesgos psicosociales.

Por todo 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, se procede a formular la siguiente recomendación:

«Que, de no haberse efectuado, se proceda al estudio y seguimiento actualizado de la situación y salud laboral del personal adscrito a la Sección de Aparato Digestivo del Hospital Universitario de Santa María del Rosell, de acuerdo con lo previsto en los artículos 14, 15 y 16 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales y que, una vez realizado dicho análisis se proceda, en su caso, a la adopción de las medidas preventivas necesarias para la protección de la salud laboral conforme a la situación de riesgo detectada en la concurrencia de factores de riesgo psicosociales, conforme al artículo 14 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y se proceda a la realización de un Plan de actuaciones preventivas de acuerdo con lo previsto en el artículo 8 del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, del Reglamento de los Servicios de Prevención o mediante la adopción de medidas acordes con los protocolos de actuación para la prevención de estos riesgos específicos».

Agradeciéndole la remisión a esta Institución del preceptivo informe, en el que se ponga de manifiesto la aceptación de esta Recomendación o, en su caso, de las razones que estime para no aceptarla, y ello de conformidad y en el plazo previsto en el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos.

Madrid, 2 de junio de 2011.

Recomendación dirigida a la Consejera de Sanidad y Consumo de la Región de Murcia.

Recomendación 53/2011, de 2 de junio, sobre limitación de velocidad del tráfico en el municipio.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 494*)

Ha comparecido nuevamente ante esta Institución, mediante el correspondiente escrito, doña (...).

En su escrito la señora (...) afirma que tras el escrito dirigido a esa Administración solicitando que se establezca una limitación de velocidad en el centro urbano de esa localidad y, en concreto, en determinadas calles caracterizadas por su estrechez que dificulta el paso de vehículos y peatones al mismo tiempo, con fecha 9 de diciembre de 2010 se le remitió contestación a su solicitud en la que se expresaba que la citada petición sería estudiada por la Junta de Gobierno Local.

La interesada apoya su pretensión en una serie de fotografías que evidencian la fisonomía de las vías urbanas de esa localidad a las que se refiere en su solicitud, de tal modo que en algunos supuestos resulta dificultoso e incluso peligroso la circulación de vehículos y peatones por el mismo lugar, habida cuenta de que la estrechez de las calles impide que existan aceras en las que los peatones puedan refugiarse al paso de los vehículos. En su caso particular, afirma que debe circular con un carro doble de bebé, lo que hace aún más difícil el tránsito peatonal por el centro de la localidad.

Asimismo, se ha recibido en esta Institución su escrito de fecha 11 de abril de 2011, en el que se relatan las distintas actuaciones llevadas a cabo por la Policía Local en relación con las quejas presentadas

por la interesada, y en el que, además, se informa de que se está elaborando el correspondiente estudio para, si finalmente se estima conveniente, en su caso, y previa aprobación del órgano competente, sea limitada y reducida respecto a la actual, la velocidad genérica en una zona acotada del casco antiguo.

Ciertamente, corresponde a esa Administración Local, en ejercicio de las competencias que tiene asignadas por la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, la ordenación y el control del tráfico en las vías urbanas de su titularidad, así como su vigilancia y la denuncia de las infracciones que se cometan en ellas y la sanción de las mismas, e igualmente la regulación mediante Ordenanza Municipal de Circulación de los usos de las vías urbanas o de zonas de estacionamiento regulado y su vigilancia.

En este sentido, el artículo 16 de la Ley de Tráfico dispone: «Cuando razones de seguridad o fluidez de la circulación lo aconsejen, podrá ordenarse por la autoridad competente otro sentido de circulación, la prohibición total o parcial de acceso a partes de la vía, bien con carácter general o para determinados vehículos o usuarios, el cierre de determinadas vías, el seguimiento obligatorio de itinerarios concretos, o la utilización de arcones o carriles en sentido opuesto al normalmente previsto».

Asimismo, «Para evitar entorpecimiento a la circulación y garantizar la fluidez de la misma, se podrán imponer restricciones o limitaciones a determinados vehículos y para vías concretas, que serán obligatorias para los usuarios afectados».

Por su parte, este texto normativo prevé en igual sentido que si bien la velocidad máxima y mínima autorizadas para la circulación de vehículos a motor ha de fijarse reglamentariamente, con carácter general para los conductores, los vehículos y las vías objeto de esta ley, de acuerdo con sus características, no obstante el límite establecido como máximo con carácter general se puede rebajar en travesías especialmente peligrosas, por acuerdo de la autoridad municipal con el titular de la vía y en las vías urbanas por decisión del órgano competente de la Corporación municipal.

Teniendo en cuenta dicha previsión normativa, 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 recomendación:

«Que en el ejercicio de las competencias que ese Ayuntamiento tiene atribuidas sobre ordenación y control del tráfico en las vías urbanas de esa localidad, y en consonancia con los planes existentes en ese Ayuntamiento en la actualidad, se valore la procedencia de establecer un límite inferior al máximo de 50 km/h en las vías urbanas de esa localidad que por sus características no disponen de aceras para los peatones, al objeto de salvaguardar la seguridad de éstos cuando transitan por las calles junto a los vehículos».

En la seguridad de que esta recomendación será objeto de atención por parte de S. S. y en espera de la preceptiva respuesta.

Madrid, 2 de junio de 2011.

Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Callosa d'en Sarrià (Alicante).

Recomendación 54/2011, de 13 de junio, sobre mantenimiento de la calificación obtenida en las pruebas de acceso 2010, en las materias de modalidad afectadas por el cambio de adscripción.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 487*)

Ha comparecido ante esta Institución mediante escrito, doña (...), presentando queja que ha quedado registrada con el número arriba indicado.

La señora (...) traslada la situación académica que afecta a su hija, quien desea acceder en el curso 2011-2012 a los estudios de INEF –actualmente adscrito a Ciencias de la Salud– tras finalizar en el curso 2009-2010 el Bachillerato en Ciencias Sociales y Jurídicas, al que estaban entonces adscritos los citados estudios, y haber realizado las pruebas de acceso a la universidad en 2010.

La Orden EDU/1247/20121, de 12 de mayo, por la que se modifica la Orden EDU/1434/2009, de 29 de mayo, por la que se actualizan los anexos del Real Decreto 1892/2008, de 14 de noviembre, dispuso de forma transitoria una medida dirigida a los estudiantes que en el 2010-2011 han cursado el 2º curso de bachillerato y se vieron afectados por el cambio de adscripción de algún título universitario oficial después de iniciar los estudios de bachillerato.

De conformidad con esta disposición, en las pruebas de acceso que estos estudiantes realicen en 2011 podrán incorporar a su nota de admisión la calificación de las materias de modalidad, estén o no actualmente adscritas a las ramas de conocimiento del título al que quieran ser admitidos.

Cabe entender que a los alumnos que, como la hija de la firmante de esta queja, finalizaron el bachillerato en 2009-2010 y se presentaron en 2010 a la fase específica de las pruebas de acceso –cuya calificación tiene una validez de dos años–, deberían aplicársele para acceder a la universidad en el curso 2011-2012 el mismo criterio que a los que lo hicieron en el curso 2010-2011 y se presentan a las pruebas en 2011, a pesar de lo cual no ha sido así previsto en la Orden EDU/1247/2011, de 12 de mayo.

El artículo único de la mencionada orden ministerial añade una disposición transitoria segunda a la Orden EDU/1434/2009, de 29 de mayo, cuya literalidad impide considerar la posibilidad de que la calificación de las materias de modalidad de la fase específica realizada en 2010 por los estudiantes afectados por un cambio de adscripción, sea incorporada a la nota de admisión en el supuesto de que tales materias no estén adscritas, según el anexo 1 del Real Decreto 1892/2008, de 14 de noviembre, a la nueva rama de conocimiento del título al que desean ser admitidos.

En este sentido debe considerarse que el mismo espíritu que justificó la publicación de la orden EDU/1247/2011, de 12 de mayo, esto es, la intención de impedir que queden frustradas las expectativas del alumnado afectado por el cambio de adscripción de la rama de conocimiento de algunos títulos, debe mantenerse para los estudiantes que finalizaron el bachillerato y realizaron la fase específica en 2010, y que también están afectados por dicho cambio de adscripción.

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, procedemos a formular a V. I. la siguiente recomendación:

«Que se habiliten las medidas reglamentarias y de cualquier otra índole que permitan que, en los procesos de admisión a las universidades públicas españolas en el curso 2011-2012 en las enseñanzas que hayan variado su adscripción, sea incorporada a la nota de admisión la calificación obtenida en las materias de modalidad por los estudiantes que se presentaron en el año 2010 a las pruebas de acceso».

Agradeciéndole de antemano la acogida que dispense a esta Recomendación y a la espera del informe que sobre su aceptación ha de

sernos remitido según prevé el ya citado artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981.

Madrid, 13 de junio de 2011.

Recomendación dirigida al Director General de Política Universitaria. Ministerio de Educación.

Recomendación 55/2011, de 16 de junio, sobre modificación de criterios para concesión de ayudas de programas de acción social.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 486*)

Se agradece su escrito (s/ref...) en relación con la queja planteada ante esta Institución por don (...), registrada con el número arriba indicado.

En primer lugar, en el informe remitido se comunica que, con fecha de 11 de abril de 2001, se ha dictado resolución expresa por la directora del Departamento de Recursos Humanos de la AEAT, notificada al interesado el 3 de mayo siguiente, desestimando su reclamación.

Se informa igualmente que el motivo que fundamenta la denegación de las solicitudes de ayuda al desarrollo educativo para el curso 2009/2010 formuladas por aquel, correspondientes a la Convocatoria General de Ayudas del Plan de Acción Social para 2009 de la AEAT, aprobadas por Resolución de 12 de abril de 2010, es que estas ayudas están dirigidas exclusivamente a los hijos de funcionarios, sin que haya resolución de tutela, preadopción o acogimiento a favor del interesado que pudiera determinar su derecho a percibo por los hijos privativos de su cónyuge.

Una vez analizado su contenido, esta Institución ha estimado necesario formular una serie de consideraciones al respecto:

El apartado 1 de las bases específicas relativas a la ayuda para el desarrollo educativo curso 2009/2010, establece que aquellas tienen

como objeto el de contribuir a sufragar los estudios de los hijos menores y/o dependientes del personal de la Agencia Estatal de Administración Tributaria nacidos después del 31 de diciembre de 1982 y no incluidos en las «Ayudas para primera infancia».

Es cierto que el tenor literal de tal disposición se refiere a los «hijos» menores y/o que dependan del personal, sin embargo el Defensor del Pueblo, teniendo en cuenta los criterios establecidos en el artículo 3.1, del Código Civil (contexto, antecedentes, realidad social y espíritu y finalidad de la misma) no puede compartir la interpretación que de tal norma efectúa la resolución referida, en el sentido de limitar el concepto de hijo a los hijos biológicos del solicitante o a los menores sobre los que exista una resolución de tutela, preadopción o acogimiento a favor del interesado, excluyendo, sin embargo, a otros «hijos» que forman parte de la unidad familiar constituida por éste y su cónyuge.

En este sentido el artículo 82 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, no distingue entre hijos comunes o exclusivos de uno de los cónyuges al definir la unidad familiar integrada por ambos, a los efectos de la tributación conjunta.

Igualmente, la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección a las familias numerosas, en su artículo 2, entiende por familia numerosa la integrada por uno o dos ascendientes con tres o más hijos, sean o no comunes.

Atendiendo al contexto de la disposición, tampoco el concepto de unidad familiar y el de convivencia es ajeno a la misma, pues entre los requisitos para acceder a tal ayuda sí se tiene en cuenta el nivel familiar de ingresos, deducido de los datos del IRPF correspondiente a 2008, según el apartado 4.2, de las mismas bases generales.

Por último, hay que tener en cuenta que la finalidad de la norma es, precisamente, la de ayudar a paliar los gastos sociales de la familia destinados a la educación de los hijos.

En esta misma línea, el Tribunal Supremo, Sala de lo Social, en el fundamento de derecho segundo de la Sentencia de 2 de octubre de 2008, declara lo siguiente:

«El motivo tiene que ser desestimado de acuerdo con la doctrina unificada por esta sala en Sentencia de 23 de septiembre de 1997

(rec. 277/97) –en relación con un supuesto de desempleo, a nivel asistencial, en donde se interpretaba el artículo 215.2 de la LGSS/94, que contiene una redacción igual al que aquí se denuncia infringido, en cuanto al concepto de cargas familiares– cuyos argumentos reproducimos:

a) Por una parte, no cabe duda que la «unidad familiar» la integran también los hijos privativos de uno de los cónyuges si, como ahora acontece, el hijo convive con la solicitante y su cónyuge, al resultar así de la realidad fáctica y no estar excluidos por la norma interpretada.

b) Por otra parte, no cabe entender que el hijo privativo de su cónyuge no esté «a cargo» de la solicitante, si convive con ella en el seno de la nueva unidad familiar, pues aunque se prescindiera de los presumibles aspectos de participación y ayuda en su formación y cuidado, los gastos que origina tal hijo repercuten, directa o indirectamente, en la economía de la unidad familiar, ya que, como mínimo y con independencia incluso del régimen económico matrimonial, merman necesariamente y por imperativo legal el importe de las aportaciones que puede efectuar al sostenimiento de la unidad familiar el progenitor con el que conviven que está obligado a alimentarlo en la máxima extensión legal dada la relación parental que les une (argumento exartículos 142, 143.2, 146 y 147 Código Civil).

c) Por último, esta conclusión es concorde tanto con el concepto constitucional de «familia» y con el principio de protección integral de los hijos (artículo 39 Constitución), como con la configuración del ámbito familiar configurado en la nuestra legislación ordinaria (entre otros, artículo 153 Código Penal), así como con el espíritu de nuestra normativa de Seguridad Social que, entre otras, en materia de prestaciones por muerte y supervivencia, concede derecho a la pensión de orfandad, bajo determinadas condiciones, especialmente de convivencia y dependencia, a los hijos que el cónyuge supérstite hubiere llevado al matrimonio (artículo 16.3 Orden Ministerial de 13 de febrero de 1967).

En suma, de esta interpretación sistemática y finalista, acorde con la realidad social, que en este supuesto no está reñida ni siquiera con los términos literales utilizados en el precepto cuestionado, resulta que no existe base para entender que de la «unidad familiar» prevista en el artículo 215, 2 LGSS/94 deban excluirse los hijos privativos de uno de los cónyuges tanto más si, como ahora acontece, integran la

unidad de convivencia con el solicitante del subsidio y los gastos necesarios para su subsistencia son asumidos, directa o indirectamente, con cargo a los ingresos destinados a tal unidad de convivencia, por lo que debe concluirse que concurren en la solicitante las «responsabilidades familiares» en los términos que le posibilitan el acceso al subsidio de desempleo pretendido».

Sobre la base de las argumentaciones expuestas, 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 ha resuelto formular la siguiente recomendación:

«Que se revisen los criterios de adjudicación de las ayudas incluidas en los programas de acción social destinadas a sufragar los gastos que originan los estudios, para que no se excluyan de las mismas a los hijos privativos del cónyuge del personal de la Agencia Estatal de Administración Tributaria cuando estén integrados en la unidad de convivencia familiar y los gastos que estos originan se sufraguen directa o indirectamente con los ingresos de dicha unidad familiar y se cumplan los demás requisitos establecidos en las bases establecidas para la percepción de las ayudas».

Agradeciendo la remisión a esta Institución 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 indicada Ley Orgánica 3/1981.

Madrid, 16 de junio de 2011.

Recomendación dirigida al Director General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria. Ministerio de Economía y Hacienda.

Recomendación 56/2011, de 16 de junio, sobre adopción de medidas para que no sufra demoras la tramitación de las solicitudes de becas del Ministerio de Educación que no se presenten a través de sede electrónica.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, págs. 486-487*)

En el primer momento posible se acusa recibo de su informe en relación con el expediente arriba referenciado, de cuyo contenido se da traslado con esta misma fecha a la interesada.

Como V. I. conoce, han sido numerosas las quejas recibidas en esta Institución en relación con las dificultades a las que se han enfrentado alumnos aspirantes a obtener ayudas o becas mediante su presentación telemática, lo que dio lugar a que por parte de esta Institución se efectuasen varias recomendaciones en el expediente 09014348 a las que se dio respuesta por la entonces Dirección General de Formación y Orientación Universitaria, y a raíz de las cuales en las convocatorias de becas se incluye una previsión relativa a la posibilidad de presentar solicitudes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En el supuesto concreto planteado en el expediente arriba referenciado, la alumna afectada trasladaba a esta Institución su queja no sólo por las dificultades padecidas para presentar su solicitud por vía telemática, que finalmente la obligaron a presentarla en papel impreso, sino también en razón de que, al parecer, las solicitudes presentadas de este modo eran tramitadas con mayor demora que las presentadas a través de la sede electrónica de ese departamento.

No parece necesario reiterar aquí lo ya expresado en su momento en el ya citado expediente 09014348, en el que se formularon las recomendaciones también mencionadas sobre la naturaleza de la relación de los ciudadanos con las administraciones públicas por medios electrónicos, que la legalidad vigente configura como un derecho de aquellos y no como una obligación, teniendo en todo caso derecho a elegir el modo en el que prefieren llevar a cabo esa relación, lo que obliga a que en aquellos supuestos en que no se opte por la relación a través de medios electrónicos de ningún modo sus derechos y expectativas se vean penalizados.

En su informe se admite que las distintas convocatorias de beca establecen como forma preferente para la tramitación de solicitudes la informática, lo que se justifica en la consideración de que con ello se incrementa la eficacia y eficiencia de la Administración y se disminuye el tiempo de tramitación de las becas. No cabe duda de que la utilización de medios electrónicos e informáticos puede contribuir a la consecución de estos fines, pero ello no puede llevar a perder de vista que los ciudadanos siguen teniendo derecho a optar por otros medios de comunicación; que tal opción no debe penalizar sus derechos y expectativas; y que, además, todavía hoy son frecuentes las dificultades a las que se enfrentan, en concreto, los solicitantes de ayudas y becas, derivadas de la carencia de medios informáticos propios, o de saturación en determinados momentos del servidor, o de los limitados recursos telefónicos o telemáticos que se ponen a su disposición para resolver los problemas a medida que éstos se presentan.

Al propio tiempo, en su informe –y a pesar de que la queja tratada hacía referencia a la demora en la tramitación de las solicitudes presentadas manualmente se afirma que por parte de esa Dirección General no se ha dado instrucción alguna para que la tramitación de las solicitudes no telemáticas sufra una mayor demora que las presentadas a través de la sede electrónica de ese departamento. Tal afirmación es innecesaria por cuanto una instrucción en tales términos sería contraria al derecho que corresponde a los ciudadanos para elegir el modo en el que desean relacionarse con las administraciones públicas. De hecho, es precisamente la salvaguarda y garantía de la plena efectividad de ese derecho lo que lleva a esta Institución, al amparo del artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, a formular a V. I. la siguiente recomendación:

«Que se instruya a las unidades y órganos que participan sucesivamente en la tramitación de las solicitudes de becas y ayudas para

que las que no sean presentadas a través de la sede electrónica de ese departamento no sufran, en ningún caso, demora alguna en su tramitación».

Agradeciendo de antemano a V. I. la remisión a esta Institución del preceptivo informe, en el plazo no superior a un mes a que hace referencia el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, en el que se ponga de manifiesto la aceptación de la recomendación formulada o, en su caso, las razones que estime para su no aceptación.

Madrid, 16 de junio de 2011.

Recomendación dirigida a la Directora General de Atención, Participación y Empleabilidad de Estudiantes Universitarios. Ministerio de Educación.

Recomendación 57/2011, de 16 de junio, sobre adopción de medidas para el cumplimiento de la normativa en materia de traducción al castellano de los documentos dirigidos a los interesados que así lo soliciten.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 495*)

Se ha recibido su escrito de fecha 15 de marzo último (s/ref...), relacionado con la queja planteada ante esta Institución por don (...), que figura inscrita en el registro del Defensor del Pueblo con el número de referencia arriba indicado.

El reclamante manifestaba en su citada queja que por ese Ayuntamiento no se había dado respuesta expresa ni se había atendido su solicitud de que se le remitiesen en castellano las notificaciones y comunicaciones a que diese lugar su condición de vecino de la localidad.

Según señalaba, con fecha 12 de junio de 2009, dirigió un escrito a V. I., que fue inscrito en el libro del Registro General de Entrada de ese Ayuntamiento con el número (...), en el que solicitaba que, a partir de la fecha de entrega del referido escrito, se diesen las instrucciones precisas para que todos los documentos que se le remitiesen estuviesen redactados en lengua castellana.

Manifiesta que su citada solicitud no obtuvo la preceptiva respuesta expresa por parte de ese Ayuntamiento, sin que tampoco se diesen aparentemente instrucciones en el sentido demandado, al amparo de las facultades de opción lingüística que reconoce a los ciudadanos la normativa vigente, ya que desde la fecha de formulación de

su repetida solicitud, se le han remitido nuevas comunicaciones, todas ellas redactadas en lengua gallega.

Según hizo notar esta Institución al iniciar la tramitación de la presente queja, las citadas notificaciones no parecían ajustarse en el aspecto lingüístico a prescripciones de la legislación procedimental vigente (Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) que imponen a las administraciones públicas presentes en ámbitos territoriales con una lengua cooficial el deber de traducir a la lengua española oficial del Estado los documentos que, producidos inicialmente, de acuerdo con su respectiva normativa lingüística, en la lengua cooficial propia de la respectiva comunidad, se remitan a los interesados que hubiesen solicitado el empleo de la lengua oficial del Estado en las comunicaciones que se les remitan por la correspondiente Administración.

En efecto, el artículo 36 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que deja a la normativa autonómica la determinación de la lengua en que deban desarrollarse los procedimientos instruidos por sus respectivas administraciones autonómicas, impone a éstas, al propio tiempo, la obligación de traducir al castellano los documentos o expedientes instruidos en la lengua propia de la comunidad en determinados supuestos, entre los que se encuentran aquellos en que dichos documentos se dirijan a los interesados que así lo hubiesen solicitado expresamente.

Así se reconoce en el informe emitido, en el que se señala que, habida cuenta de lo dispuesto en el mencionado precepto legal y del contenido de la Sentencia 337/1994, de 23 de diciembre, del Tribunal Constitucional, se ha adoptado por ese Ayuntamiento el acuerdo de cursar las instrucciones necesarias para que, por parte de los distintos servicios municipales, se adopten disposiciones dirigidas a atender la opción lingüística ejercitada por el promovente de la queja.

No obstante, se puntualiza que tal atención se producirá «siempre dentro de los medios disponibles en este Ayuntamiento», realizándose asimismo en el propio informe manifestaciones de las que se desprende que la configuración de los sistemas aplicados para la automatización y mecanización de algunos procesos, supondría un obstáculo para garantizar que todas las comunicaciones al interesado se produzcan en lengua castellana, tal y como el mismo ha solicitado.

Esta Institución valora desde luego de forma positiva la disposición de ese Ayuntamiento a atender la opción lingüística ejercitada por el reclamante en uso de los derechos que reconoce a los interesados la normativa vigente en materia lingüística.

Sin embargo, es imprescindible manifestar la disponibilidad de medios o el diseño de los sistemas informáticos de gestión, a que se alude en su repetido informe, y sus posibles limitaciones para expedir documentos en idiomas distintos del gallego, no constituye una razón jurídicamente relevante que excuse a esa corporación de atender el derecho de los contribuyentes a recibir los mismos en lengua castellana en los supuestos en que tal derecho viene reconocido por la normativa legal vigente.

Las administraciones públicas actúan por imperativo constitucional con sometimiento pleno a la ley y al derecho, de manera que son los medios de que las mismas se doten para la realización de los cometidos que tiene atribuidos los que deben revestir las condiciones precisas para lograr la plena adecuación de la actuación administrativa al marco jurídico vigente, sin que resulte en absoluto aceptable que, en sentido contrario, pretendan justificarse eventuales desviaciones en el cumplimiento de las normas y en la plena observancia de los derechos de los ciudadanos que se definen en las mismas, en limitaciones o peculiaridades en la configuración de los medios disponibles.

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 a V. I. la siguiente recomendación:

«Que se adopten las medidas, dirigidas a obtener un nuevo diseño de los medios técnicos o de cualquier otra índole que actualmente se utilizan para la elaboración de determinadas comunicaciones a los vecinos de esa localidad, necesarias para que, con la mayor brevedad posible, las citadas comunicaciones se ajusten a las prescripciones legales que definen los derechos lingüísticos de los interesados en el ámbito de los procedimientos administrativos, y muy en concreto el deber de las administraciones públicas, que se deriva de lo establecido en el precepto de la ley procedimental vigente mencionado en el cuerpo de este escrito, de traducir al castellano los documentos, expedientes o partes de los mismos dirigidos a interesados que así lo soliciten».

Agradeciendo de antemano a V. I. la remisión a esta Institución, en plazo no superior a un mes, del informe preceptivo a que hace referencia el artículo 30.1 de la mencionada Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, en el que se ponga de manifiesto la aceptación de la recomendación formulada o, en su caso, las razones en que se basa su no aceptación.

Madrid, 16 de junio de 2011.

Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Lugo.

Recomendación 58/2011, de 20 de junio, sobre la conveniencia de emprender actuaciones para la implantación y funcionamiento de unidades específicas y especializadas en la rehabilitación del daño cerebral sobrevenido en el ámbito de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 491*)

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

Sustancialmente exponía que su padre, don (...), sufrió un «ictus hemorrágico frontal derecho», a consecuencia del cual fue intervenido quirúrgicamente en el Hospital Río Hortega, de Valladolid, desde donde, tras el alta hospitalaria, fue remitido a su centro de referencia, el Complejo Hospitalario de Segovia. Añadía también que los especialistas del servicio de neurología del mencionado complejo hospitalario habían determinado que el paciente debía ser tratado en un centro específico de atención al daño cerebral sobrevenido (DCS), sin que todavía se hubiera hecho efectiva su derivación a esta estructura.

La interesada puso de manifiesto que, ante la pasividad del Servicio Regional de Salud de Castilla y León, el paciente se había visto obligado a buscar el tratamiento que ineludiblemente precisa, y que han prescrito los facultativos del sistema público sanitario, en el sector privado, encontrándose ingresado en el Hospital Aguas Vivas, de Valencia, dotado con un servicio específico de atención al DCS, cuyo coste debe financiar directamente, aun cuando debería prestarse a cargo del referido Servicio de Salud, al tratarse de un tratamiento

rehabilitador incluido en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud.

Iniciada la oportuna investigación, esa Consejería ha informado (s/ref.: registro de salida número...) que la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León no dispone, ni tan siquiera en régimen de concierto, de unidades específicas y especializadas para la rehabilitación del DCS; se formalizó una solicitud de derivación del señor (...) al Instituto Guttmann, de Barcelona, que fue desestimada por no reunir los criterios de admisión establecidos en dicho Instituto; no se solicitó la asistencia del paciente en el Centro Estatal de Atención al Daño Cerebral (CEADAC), al superar éste la edad establecida como máxima para la admisión en este centro (45 años); los estrictos criterios de ingreso establecidos en el Instituto Guttmann y el CEADAC se fundamentan en que «proporcionan atención de alto nivel encaminada a favorecer la recuperación y autonomía funcional de pacientes cuyas lesiones son susceptibles de recuperación sustancial».

Expuestos los antecedentes fácticos de la presente queja, es importante tener presente que el DCS configura una realidad sanitaria y social de magnitud creciente y gravedad extraordinaria, que exige ofrecer una respuesta cada vez más especializada, en la medida en que los avances tecnológicos y la investigación lo permitan. Y ello con base en que existe consenso acerca de que el establecimiento de una red específica de recursos sanitarios y sociales para el abordaje integral del DCS es una asignatura todavía pendiente en España y sobre la necesidad de que los pacientes que sufren una lesión cerebral sean sometidos a un intenso y exhaustivo proceso de rehabilitación para la recuperación de sus capacidades, siendo fundamental para ello tanto el inicio precoz de la rehabilitación, como el disponer de unidades específicas en las que se aborde el daño cerebral de una forma integral y por equipos multidisciplinares.

Aun cuando es menester reconocer que se han producido avances en la atención al DCS en el Sistema Nacional de Salud, que se traducen en que, en los últimos años, un número significativo de comunidades autónomas han desarrollado acciones e implantado programas y recursos específicos para promover una atención de mayor calidad en esta modalidad de atención, lo cierto es que en algunos ámbitos territoriales, como en el de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León, no existen aún centros específicos y especializados para la rehabilitación, tras el alta hospitalaria, de personas afectadas por el DCS.

En esta línea de exposición y en un plano normativo, conviene recordar que el artículo 43 de la Constitución española reconoce el derecho a la protección de la salud, estableciendo que compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. En desarrollo de este precepto constitucional, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, determina, en su artículo 3.2, que el acceso y las prestaciones sanitarias se realizarán en condiciones de igualdad efectiva y, en su artículo 45, que el Sistema Nacional de Salud integra todas las funciones y prestaciones sanitarias que son responsabilidad de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud.

Por su parte, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, declara, en su artículo 71, que se consideran prestaciones de atención sanitaria del Sistema Nacional de Salud los servicios o conjunto de servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, de rehabilitación y de promoción y mantenimiento de la salud dirigidos a los ciudadanos, y, en su artículo 8, que las prestaciones sanitarias se harán efectivas mediante la cartera de servicios comunes aprobada mediante real decreto. Esta previsión se ha hecho efectiva mediante la publicación del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización. La cartera de servicios detalla el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos a través de los que se hacen efectivas las prestaciones sanitarias, con una especial referencia a las actividades de rehabilitación y a la rehabilitación de pacientes con déficit funcional recuperable.

En este contexto doctrinal y legal, y por lo que concierne a la concreta situación planteada en la presente queja, es preciso efectuar las cinco consideraciones que seguidamente se detallan.

En primer lugar, que los especialistas médicos del servicio de neurología del Complejo Hospitalario de Segovia han determinado la necesidad de que el señor (...) sea sometido a tratamiento de rehabilitación en un centro específico y especializado en la atención al DCS, necesidad que no se cuestiona en el informe de esa Administración.

En segundo término, que el tratamiento rehabilitador prescrito es una de las prestaciones incluidas en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud.

En tercer lugar, y por lo que se refiere a la derivación del paciente al Instituto Guttmann, que, en los criterios de admisión de pacientes establecidos en este Instituto, se refleja que «tendrán prioridad de ingreso los pacientes con lesión medular y/o daño cerebral de adquisición reciente y, especialmente, los que se encuentran en unidades de cuidados intensivos».

En cuarto lugar y en conexión con lo anterior, que la existencia de pacientes con un mayor nivel de prioridad que el señor (...) para su atención en el Instituto Guttmann no permite deducir, en modo alguno y en el criterio de esta Institución, que éste no requiera tratamiento rehabilitador. Más aún, según el criterio de los especialistas del sistema público sanitario, el tratamiento es necesario. Del mismo modo, tampoco puede colegirse que el paciente comentado, de 60 años de edad, no precisa atención por la simple circunstancia de que, entre los criterios de admisión del CEADAC, se establezca como edad máxima para el ingreso en el mismo la de 45 años.

En quinto y último lugar, y por lo que respecta a la afirmación reflejada en el informe de V. E., en el sentido de que el Instituto Guttmann y el CEADAC prestan atención a personas cuyas lesiones son susceptibles de recuperación sustancial, cabe señalar que la existencia de otros pacientes con un posible mayor grado de recuperación tampoco desvirtúa la realidad de que el señor (...) requiere tratamiento de rehabilitación para mejorar su estado de salud, siempre según el criterio de los especialistas médicos. Una interpretación contraria podría dar lugar a que pacientes, con lesión cerebral y que recuperarían capacidades a través del oportuno tratamiento de rehabilitación, fueran excluidas del mismo tan solo por el hecho de que el nivel de recuperación de otros lesionados sea todavía mayor.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, y en uso de las facultades conferidas por el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, esta Institución ha acordado dirigir a V. E. la siguiente recomendación:

«1. Que, por los órganos competentes de esa Consejería, se valore la oportunidad y conveniencia de iniciar actuaciones para la implantación y funcionamiento de unidades específicas y especializadas para la rehabilitación del daño cerebral sobrenenido –desde una óptica multidisciplinar, integral e intensiva– en el ámbito de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León.

2. Que, en tanto se constituyen las mencionadas unidades específicas y especializadas, se lleven a cabo las actuaciones pertinentes y tendentes a formalizar los oportunos conciertos de asistencia con centros sanitarios del sector privado dotados con tales unidades».

Y la siguiente sugerencia:

«Que, dado el criterio sustentado por los especialistas médicos del servicio de neurología del Complejo Hospitalario de Segovia, en el sentido de que el señor (...) precisa tratamiento de rehabilitación en un centro específico de atención al DCS, se valore la viabilidad de dictar las instrucciones oportunas, en orden a que la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León asuma directamente el coste de dicho tratamiento».

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

Madrid, 20 de junio de 2011.

Recomendación dirigida al Consejero de Sanidad. Junta de Castilla y León.

Recomendación 59/2011, de 22 de junio, para que se dicten las instrucciones pertinentes a la Oficina de Extranjeros de Málaga, a fin de que admita otros medios de prueba válidos en Derecho, distintos del certificado actualizado de matrimonio, para acreditar la pervivencia del matrimonio en la tramitación de la residencia permanente de los cónyuges de ciudadanos de la Unión.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 490*)

Se acusa recibo a su atento escrito (s/ref...), en el que nos contesta a la queja planteada por don (...), y registrada con el número arriba indicado.

En relación con este asunto, ha de señalarse en primer lugar que además del señor (...) se han dirigido a esta Institución otros ciudadanos que se encuentran en una situación similar. Así le ha ocurrido a doña (...), con NIE (...), nacional de India, quien contrajo matrimonio en Taiwán con el ciudadano británico don (...). Los señores (...) han recibido la misma respuesta de la Oficina de Extranjeros de Málaga, esto es, se les ha exigido la presentación de certificado de matrimonio actualizado, con menos de tres meses de antigüedad, debidamente legalizado y traducido en su caso, para reconocer a la señora (...) la condición de residente permanente en su condición de cónyuge de ciudadano de la Unión.

En lo que se refiere al plazo de validez del certificado de matrimonio, esta Institución desea conocer si la exigencia de un certificado de matrimonio de una antigüedad máxima de 3 meses responde a criterios fijados por la Oficina de Extranjeros de Málaga, o por el órgano

superior jerárquico, así como si actualmente se computa dicho plazo desde la fecha del certificado o desde la fecha en que se han realizado todos o algunos de los trámites para su legalización, en el caso de ser ésta procedente para surtir efectos en España.

En cualquier caso, tras analizar la respuesta recibida, hemos de manifestar lo siguiente:

1º. El artículo 7 de la Directiva 38/2004/CE reconoce el derecho de residencia a los miembros de la familia que acompañan a un ciudadano de la Unión, o va a reunirse con él, entre los que se encuentra el cónyuge. El artículo 10.2 enumera los documentos que pueden exigirse para la expedición de la tarjeta de residencia. Entre éstos, en lo que aquí interesa, la letra b) de dicho precepto exige la presentación de un documento que acredite la existencia de parentesco o de unión registrada.

El artículo 13 regula el mantenimiento del derecho de residencia de los miembros de la familia en caso de divorcio, anulación del matrimonio o fin de la unión registrada. Este precepto regula los supuestos en que estas situaciones no afectan al derecho de residencia de los miembros de la familia del ciudadano de la Unión.

Este mismo precepto dispone que antes de adquirir el derecho de residencia permanente, los interesados «seguirán estando sujetos al requisito de poder demostrar» que mantienen las condiciones para ello. En el supuesto que nos ocupa, ser miembro de la familia ya constituida en el Estado miembro de acogida de una persona que cumpla los requisitos exigidos para el reconocimiento de esta residencia permanente.

El artículo 14 de esta misma directiva, al regular el mantenimiento del derecho de residencia, dispone que los ciudadanos de la Unión y los miembros de sus familias gozarán del derecho de residencia establecido en los artículos 7, 12 y 13 mientras cumplan las condiciones en ellos previstas. Este precepto permite a los Estados miembros comprobar si se cumplen las condiciones para mantener el derecho de residencia. No obstante, limita esta posibilidad a casos específicos en los que existan dudas razonables en cuanto a su cumplimiento, y dispone que dicha comprobación no se llevará a cabo sistemáticamente.

De lo dicho hasta ahora se desprende que, una vez reconocido el derecho de residencia, los Estados miembros pueden comprobar si se

continúan cumpliendo los requisitos para su mantenimiento, y los interesados tienen que estar en disposición de poder demostrar que mantienen las condiciones que justificaron el reconocimiento del derecho. No obstante, la comprobación sólo puede realizarse cuando existan dudas razonables y no puede ser sistemática. Además, resulta preciso señalar que ni la Directiva 38/2004/CE ni el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, imponen limitación en los medios de prueba acreditativos de tal circunstancia.

2º. Descendiendo a los supuestos examinados, debe señalarse que los interesados presentaron las correspondientes actas de matrimonio traducidas, legalizadas, y en su caso apostilladas, acreditativas del matrimonio en el momento de solicitud de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión. Posteriormente han residido en España durante cinco años, y es ahora cuando se les pide que acrediten la pervivencia del matrimonio que da lugar al derecho. No obstante, la Oficina de Extranjeros de Málaga exige la presentación de un nuevo certificado de matrimonio actualizado y no admite otros medios de prueba.

A este respecto, resulta conveniente tener en cuenta que una vez establecida la validez del contrato matrimonial entran en juego una serie de presunciones que hacen que la exigencia de presentar un documento que refleje la continuidad de un negocio jurídico que se celebró en su día con el objetivo de permanecer en el tiempo (como es el matrimonio) resulte fuera de lugar, exceptuando que se tengan indicios suficientes de que se ha producido la disolución de dicho vínculo. Tras haber sido considerado el contrato matrimonial válido y existente en el momento de la concesión inicial de la autorización, no resulta proporcionado que de manera sistemática se dude de la existencia del mismo, salvo que exista prueba en contrario.

Como se ha señalado, de conformidad con lo establecido en el artículo 14 de la Directiva 38/2004/CE, la exigencia en todos los supuestos de documentación acreditativa de la pervivencia del vínculo pudiera considerarse sistemática, y en tal sentido surgen dudas sobre su posible colisión con la normativa comunitaria. No obstante, aun admitiendo la necesidad de probar la pervivencia del matrimonio para el reconocimiento del derecho a la residencia permanente, lo que a juicio de esta Institución resulta excesivo es limitar la prueba en todos los casos a la presentación del certificado de matrimonio actualizado. Si bien es cierto que ese documento es el que acredita por sí solo esta circunstancia, no puede negarse que habiéndose acreditado

el matrimonio con anterioridad, existen una serie de documentos cuya valoración conjunta puede llevar a la misma certeza ya que se trata de documentos que prueban suficientemente que se mantiene la relación de la pareja. Por ello, en casos como el examinado, en que los interesados, por distintas circunstancias, han manifestado la dificultad de obtener el certificado de matrimonio actualizado, entiende esta Institución que otros documentos –declaración jurada, empadronamiento en municipio español, declaración de la renta conjunta, cotitularidad de cuentas corrientes y de bienes, hipotecas, etc.– prueban suficientemente la pervivencia del matrimonio, y sólo desde un exceso de celo de la Oficina de Extranjeros de Málaga puede justificarse que se condicione el reconocimiento de la residencia permanente a la presentación de un nuevo certificado de matrimonio.

La falta de aportación del documento que ahora se exige para acreditar la continuidad del matrimonio, está llevando a la situación de indocumentación a personas respecto de las cuales no existen dudas razonables acerca de que hayan roto su vínculo matrimonial, sin que, a juicio de esta Institución y por las razones antes señaladas, exista cobertura jurídica para ello.

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 dicten las instrucciones pertinentes a la Oficina de Extranjeros de Málaga a fin de que admita otros medios de prueba válidos en derecho, distintos del certificado actualizado de matrimonio, para acreditar la pervivencia del matrimonio en la tramitación de la residencia permanente de los cónyuges de ciudadanos de la Unión».

En la seguridad de que esta recomendación será objeto de atención por parte de V. I. y en espera de la preceptiva respuesta.

Madrid, 22 de junio de 2011.

Recomendación dirigida al Subdelegado del Gobierno en Málaga.

Recomendación 60/2011, de 22 de junio, sobre la necesidad de crear un procedimiento de recursos especiales en materia de contratación.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 492*)

Ha comparecido ante esta Institución don (...) con domicilio en (...), presentando escrito que ha quedado registrado con el número arriba indicado.

En el mismo el interesado expone los siguientes hechos:

El interesado, en nombre y representación de (...) se dirige a esta Institución exponiendo que a raíz del inicio, por el Ayuntamiento de Eivissa, de un procedimiento de licitación para la adjudicación de la gestión del servicio público de abastecimiento de agua potable y alcantarillado para ese municipio, el 17 de noviembre de 2010, interpuso, en nombre de la sociedad que representa, recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 27 de octubre de 2010, relativo a la aprobación definitiva de los pliegos de cláusulas administrativas y de condiciones técnicas que han de regular la contratación del servicio arriba indicado.

Considerando que la Comunidad Autónoma de las Illes Balears ya contaba con un denominado recurso especial sobre contratación administrativa que resolvía la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Illes Balears, el ayuntamiento estimó que la competencia para la resolución podría corresponder a dicha junta consultiva por lo que previo informe del secretario accidental del Ayuntamiento

de fecha 26 de noviembre de 2010, se remitió el recurso a la citada junta consultiva.

Posteriormente el 30 de diciembre de 2010, tuvo entrada en el Ayuntamiento de Eivissa la contestación de la junta consultiva, en la cual se inadmitía el recurso interpuesto por falta de competencia al considerar que, pese a la modificación normativa y hasta que se produjera su regulación por la comunidad autónoma, la resolución del recurso especial en materia de contratación seguía siendo competencia del mismo órgano de contratación (el Pleno del Ayuntamiento).

Si embargo, de conformidad con lo expuesto, el artículo 311 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en la redacción dada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, se atribuye la competencia para la resolución de los recursos especiales en materia de contratación a un órgano especializado que tiene que crearse en las condiciones que establece este artículo. Se trata de crear un órgano de resolución que actúe con independencia funcional con los órganos de adjudicación.

El apartado segundo del citado artículo, en relación con las comunidades autónomas, establece que la competencia para resolver el recurso será establecida por sus normas respectivas, debiendo crear un órgano independiente. Pueden las comunidades autónomas, asimismo, atribuir la competencia para la resolución de los recursos al tribunal anteriormente citado. A tal efecto, debe celebrarse el correspondiente convenio con la Administración General del Estado.

El apartado tercero del citado precepto dispone que en el ámbito de las Corporaciones locales, la competencia para resolver los recursos será establecida por las normas de las Comunidades autónomas cuando éstas tengan atribuida competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación.

En el supuesto de que no exista previsión expresa en la legislación autonómica, la competencia corresponderá al mismo órgano al que las comunidades autónomas, en cuyo territorio se integran las corporaciones locales, hayan atribuido la competencia para resolver los recursos de su ámbito.

Por lo tanto debe crearse el órgano por medio de la legislación autonómica y, a falta de esta norma, el órgano competente es el mismo que sea competente para la resolución de los recursos en el ámbito de la comunidad autónoma.

La Comunidad Autónoma de las Illes Balears no ha creado el órgano de resolución de los recursos especiales en materia de contratación, y tampoco ha celebrado un convenio con la Administración General del Estado, por lo que debe aplicarse la disposición transitoria segunda, siendo el órgano competente para resolver el recurso el órgano de contratación.

El artículo 315 de la citada ley establece que una vez interpuesto el recurso, si el acto recurrido es la adjudicación, quedará en suspenso la tramitación del expediente de contratación.

Como consecuencia de ello la resolución de los recursos en materia de contratación se alarga por falta de órgano para su resolución.

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 la Comunidad Autónoma Balear, a fin de solventar los conflictos que surjan en materia de contratación y resuelvan los recursos que se planteen, cree y regule un órgano especializado o celebre un convenio con la Administración General del Estado para atribuir la competencia para resolver los recursos al Tribunal Central, requisito que recoge la Ley 34/2010, de 5 de agosto, por la que se modifica la Ley de Contratos del Sector Público, que obliga a las comunidades autónomas a actuar en un sentido u otro».

Agradeciendo la remisión a esta Institución 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, del Defensor del Pueblo.

Madrid, 22 de junio de 2011.

Recomendación dirigida al Presidente del Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

Recomendación 61/2011, de 22 de junio, sobre aplicación de la normativa de protección de datos, conforme al derecho de acceso a la información ambiental.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 499*)

Se ha recibido su escrito de 10 de mayo pasado (s/ref...), relativo a la investigación de oficio iniciada por esta Institución referente a la Orden de 13 de enero de 2001, de esa Consellería, por la que se regulan determinados ficheros de datos de carácter personal del organismo autónomo Augas de Galicia (*Diario Oficial de Galicia* núm. 16, de 25 de enero).

Visto lo cual, por el carácter de los argumentos de Augas de Galicia, por la experiencia habida en esta Defensoría ante este tipo de cuestiones y en atención a la que consideramos una mejor técnica normativa, vemos confirmado nuestro parecer inicial acerca de la conveniencia de proceder inmediatamente a una modificación de la orden aprobada, pues a nuestro entender la jerarquía normativa no conjura la alta probabilidad de que la aplicación de la orden conduzca a vulneraciones, no buscadas pero muy posibles, de la Ley 27/2006, de 18 de julio, de los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente. A nuestro juicio, es justamente el respeto a las previsiones legales de mayor jerarquía lo que hace necesaria la inmediata modificación de la orden, pues no parece aconsejable esperar al «momento en que se modifique aquélla o se apruebe otra orden que la sustituya» para dejar clara y expresamente sentado que la orden promulgada ha de ser siempre interpretada y aplicada de conformidad con la legislación estatal y con el Derecho derivado europeo, sobre los derechos de acce-

so a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia ambiental, tal y como fue expuesto por esta Defensoría en nuestra comunicación inicial.

Procede por tanto, sin más trámite 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, formular a la Consellería la siguiente recomendación:

«Que dicte una orden de modificación de la Orden de 13 de enero de 2011 (*Diario Oficial de Galicia* núm. 16, de 25 de enero) de esa Consellería, por la que se regulan determinados ficheros de datos de carácter personal del organismo autónomo Augas de Galicia, consistente en añadir un apartado 2 al artículo 1.º “Objeto” del siguiente tenor: “2. La presente orden no podrá aplicarse en perjuicio de lo previsto en la Ley 27/2006, de 18 de julio, de los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente”. Se recomienda asimismo que la modificación vaya precedida de un preámbulo o exposición de motivos, como figura en la orden publicada».

Agradeciendo la remisión a esta Institución 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.

Madrid, 22 de junio de 2011.

Recomendación dirigida al Consejero de Medio Ambiente, Territorio e Infraestructuras. Junta de Galicia.

Recomendación 62/2011, de 22 de junio, para que se dé cumplimiento a una ordenanza municipal.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 495*)

En su momento se tramitó la queja registrada con el número arriba reseñado a nombre del (...), en la que se denunciaba el incumplimiento del artículo 4 de la Ordenanza de publicidad estática y dinámica aprobada por el Pleno municipal el 25 de noviembre de 2004, en concreto lo referido en los dos primeros párrafos de dicho precepto del siguiente tenor literal:

«El Ayuntamiento habilitará en la vía pública, en lugares frecuentados, soportes adecuados y en número suficiente para posibilitar la colocación en ellos de carteles o anuncios. Serán estos lugares habilitados por el Ayuntamiento los utilizados preferentemente para la comunicación social.

Además, los promotores de obras habilitarán espacios específicos en las vallas de protección de las mismas para la colocación de carteles o anuncios. Estos espacios estarán perfectamente identificados y, en todo caso, deberá figurar en lugar visible el rótulo “Espacio destinado a la comunicación social”».

Tramitada la queja ante ese ayuntamiento, se recibió un primer informe, de 14 de julio de 2006, en el que se decía que a pesar del grado de dificultad que suponía encajar todos los intereses en presencia (constructores, promotores e interesados en la plasmación gráfica o escrita de sus ideas) se estaba procurando el cumplimiento del precepto en cuestión, «vigilando en particular la colocación de las vallas

de libre expresión», para añadir que se estaban instalando 18 nuevos soportes destinados a posibilitar la colocación de carteles o anuncios que se sumarían así a los ya existentes.

En cuanto a las previsiones del párrafo 2.º del artículo 4 de la Ordenanza se nos comunicó, mediante nuevo escrito de 17 de noviembre de 2006, que se procedería a trasladar su contenido a la Federación Gallega de la Construcción para la difusión entre sus asociados.

No obstante lo anterior, pasado más de un año desde dicho informe, los promotores de la queja pusieron de manifiesto que no había una sola obra que contase con los espacios habilitados para la colocación de carteles o anuncios destinados a la comunicación social según las previsiones de la ordenanza, y que tampoco se había sancionado a ninguna empresa por el incumplimiento de dicha obligación, lo que dio lugar a una nueva petición de informe sobre el particular mediante escrito de 19 de noviembre de 2007.

El 24 de enero de 2008 se nos contestó que, con fecha 22 de enero de 2007, se había dado traslado a la Federación Gallega de la Construcción del contenido de la Ordenanza de publicidad estática y dinámica, señalándoles la obligación que les correspondía según lo establecido en su artículo 4.2, y dado que no se añadía nada respecto del incumplimiento denunciado por los promotores, nos vimos en la obligación de solicitar un nuevo informe acerca de las actuaciones llevadas a cabo para velar por la observancia del precepto en cuestión con especificación, en su caso, de las sanciones recaídas a la vista de lo que parecía un incumplimiento generalizado por parte de los promotores de obras de las obligaciones establecidas en el mismo (art. 4.º).

Este requerimiento de informe, tras dos reiteraciones de la petición, recibió como respuesta una comunicación de 30 de junio de 2008 en la que se nos decía escuetamente que las actuaciones practicadas se concretaban en «el desarrollo de las tareas de control y vigilancia» sin que de dichas intervenciones se hubiere derivado la incoación de expediente sancionador alguno.

El 3 de julio de 2009 se trasladó a ese ayuntamiento la reiteración de la queja por parte de sus promotores, que se habían vuelto a dirigir a nosotros denunciando, de nuevo, el incumplimiento de la ordenanza en cuestión, y ello a pesar de la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Santiago de Compostela, en la que estimando el recurso presentado por los interesados se declaraba

la obligación de ese Ayuntamiento de cumplir los mandatos imperativos de la citada ordenanza, en concreto, según la sentencia, «instalar espacios de comunicación social en número suficiente y habilitar los vallados de protección de las obras, para la colocación de carteles y anuncios», a lo que se nos contestó el 12 de noviembre de 2009 con un informe del que se desprendía que a juicio de esa corporación se habían instalado vallas de libre expresión en el término municipal en número suficiente, tal y como recoge la Ordenanza municipal de publicidad estática y dinámica, y se añadía que, a efectos de dar cumplimiento a lo establecido en su artículo 4.2, se había efectuado una comunicación a la Federación Gallega de la Construcción remitiéndoles copia de la misma.

Dado que, de todos los informes recibidos durante los cuatro años que llevaba la queja en tramitación, se podía deducir un incumplimiento generalizado por parte de las empresas constructoras de la obligación de habilitar espacios específicos en las vallas de protección de las obras, para la colocación de carteles y anuncios de comunicación social, tal y como sostenían los promotores de la queja, esta Institución se vio en la obligación de solicitar un nuevo informe acerca del cumplimiento efectivo por parte de las empresas constructoras de dicha obligación específica, con alusión expresa a las medidas de control y vigilancia tomadas sobre este particular por el ayuntamiento, petición de informe que, al no ser debidamente atendida, dio lugar a la formulación de la siguiente recomendación:

«Que se establezcan las medidas de control y vigilancia del cumplimiento de la obligación que incumbe a las empresas constructoras, de habilitar los vallados de protección de las obras para la colocación de carteles y anuncios destinados a la comunicación social».

Al margen de lo anterior, a la vista de que en los anteriores informes no se daba una respuesta precisa a las cuestiones planteadas en la queja, limitándose la Alcaldía de Santiago de Compostela a trasladar unos informes de otros servicios del Ayuntamiento que no aclaraban nada sobre las cuestiones planteadas, y sin incluir manifestación alguna sobre el parecer del máximo órgano de la corporación sobre un problema que llevaba coleando desde el año 2005, esta Institución se vio en la obligación de formular el consiguiente recordatorio del deber legal que le incumbe a esa Alcaldía de colaborar con carácter preferente y urgente al Defensor del Pueblo en sus actuaciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, colaboración cuya primera mani-

festación no es otra que la de dar cumplida respuesta a las solicitudes de informe de esta Institución.

La anterior resolución, formulada el 13 de mayo de 2010, fue respondida mediante escrito del siguiente 28 de mayo comunicándonos que los interesados habían presentado en su día un recurso contra el Ayuntamiento de Santiago esencialmente por los mismos motivos alegados en la queja, dando lugar a un procedimiento judicial tramitado ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Santiago de Compostela, con el número (...).

Según el informe recibido, el citado procedimiento tuvo una resolución estimatoria a favor del (...), que fue recurrida por la corporación en apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, el cual, en sentencia firme, dio la razón al Ayuntamiento de Santiago, al considerar en su fundamento de derecho segundo lo siguiente: «Consta en el expediente administrativo que el Ayuntamiento ha procedido a instalar 18 nuevos soportes, en los que incluye las indicaciones reglamentarias, con lo que se cumplía con la obligación de instalar los espacios de comunicación social en número suficiente, y a la habilitación de los vallados para el mismo fin en la protección de las obras para la colocación de carteles y anuncios».

A la vista de tal informe, se procedió a suspender las actuaciones iniciadas de conformidad con lo previsto en el artículo 17.2.º de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, de lo que se dio oportuna cuenta a los interesados mediante comunicación de 9 de julio de 2010.

No obstante lo anterior, los representantes del (...) volvieron a dirigirse a nosotros insistiendo en reiterar el incumplimiento por parte del Ayuntamiento de la Ordenanza municipal de publicidad estática y dinámica:

Así, en lo relativo a la negativa a buscar soluciones a la falta de espacio para la colocación de carteles, se nos remitía el documento «contestación denuncia Concello» donde el Ayuntamiento establece por una parte que «queda expresamente prohibido la colocación de carteles en paredes y vallados en el ámbito de interior del perímetro murado del casco histórico», para, a continuación, decir que «No se autorizará la fijación de carteles o anuncios en edificios y zonas declaradas como histórico artísticos ni en elementos integrantes del mobiliario urbano que no se habiliten expresamente para esta actividad»,

y la realidad es, según los promotores de la queja, que el Ayuntamiento no ha habilitado ninguno en toda la zona mencionada.

En cuanto a la existencia de obras sin soporte para colocación de paneles, frente a la afirmación del Ayuntamiento de que no se pueden habilitar vallados en las obras del casco histórico, se replica que tampoco se obliga a la instalación de vallados en ninguna otra parte del municipio a pesar de las previsiones de la Ordenanza al respecto.

Asimismo, aludían los interesados a la eliminación de paneles que no se reponen, alegando que de los 18 que sostiene el Ayuntamiento que hay instalados (y ello después de las reiteradas denuncias de los promotores de la queja) ya no existen el de la avenida Castela que se retiró hace años, y por otra parte el del Castiñeiriño está dentro del Centro Sociocultural detrás de unas plantas y sin anclar, el de la rúa Roma ya no está desde hace años y el del Gil Casares no es conocido por las asociaciones pues se encuentra en un lugar de poco tránsito.

Finalmente, en cuanto a la imposición de sanciones por colocar carteles, se afirma que se sigue sancionando a los vecinos por colocar carteles, con la agravante de que se persigue dicha colocación incluso cuando se hace en sitios permitidos por la ordenanza, adjuntando al efecto un documento sobre una de las varias denuncias por colocar carteles durante la pasada huelga general, llegando a sancionarse a una persona por colocar carteles en un polígono industrial que no contaba con ningún soporte adecuado para la publicidad estática y en el que se colocaron carteles en paredes de hormigón, sitios permitidos, según la ordenanza, cuando no hay espacios específicamente habilitados para ello.

A la vista de las alegaciones presentadas por los interesados, esta Institución se vio en la obligación de solicitar del Ayuntamiento un nuevo informe que se recibió el 7 de abril de 2011, insistiendo en la postura ya manifestada anteriormente de considerar que las obligaciones derivadas de la ordenanza en cuestión venían cumplidas por el hecho de haber instalado 17 paneles informativos (uno menos de los 18 que figuraban en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia a que antes se ha aludido), número que según el Ayuntamiento se consideraba «... suficiente para permitir la comunicación social y dar cumplimiento a los términos de la ordenanza municipal».

Por otro lado, se han seguido recibiendo escritos de los promotores de la queja insistiendo en el doble incumplimiento de la Ordenanza

de publicidad estática y dinámica por parte de ese Ayuntamiento: en primer lugar porque de los paneles informativos instalados en su día, el de Carlos Maside, ya no existe; el de Castiñeiriño ya no está en la vía pública sino en el interior del Centro Cultural que está vallado; el de delante de Filología no existe desde el 2007; el de la rúa Roma no existe desde el 2009; tampoco existe el de Salvadas, y los del viaducto de la estación del tren aparecen cubiertos desde hace meses.

Por otro lado, alegan que todo lo anterior se refiere exclusivamente a las previsiones del primer párrafo del artículo 4 de la Ordenanza de publicidad estática y dinámica aprobada por el Pleno municipal el 25 de noviembre de 2004, en el que se dispone literalmente: «El Ayuntamiento habilitará en la vía pública, en lugares frecuentados, soportes adecuados y en número suficiente para posibilitar la colocación en ellos de carteles o anuncios. Serán estos lugares habilitados por el Ayuntamiento los utilizados preferentemente para la comunicación social».

Pero, además de ello, el Ayuntamiento viene obligado, según el tenor literal del segundo párrafo del citado precepto, a vigilar el cumplimiento por parte de los promotores de obras de la obligación de habilitar «... espacios específicos en las vallas de protección de las mismas para la colocación de carteles o anuncios» debiendo estar dichos espacios «... perfectamente identificados» y debiendo figurar en todo caso, en lugar visible, «... el rótulo “Espacio destinado a la comunicación social”».

Pues bien, de las manifestaciones de los promotores de la queja, avaladas por numerosas fotografías, que no han sido desvirtuadas por los informes de esa corporación, se desprende que esta obligación de vigilancia del cumplimiento del apartado referido en el párrafo anterior viene siendo incumplida sistemáticamente.

En consecuencia, 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 a V. I. la siguiente recomendación:

«Que se adopten de inmediato las medidas precisas para dar exacto cumplimiento a las previsiones de los dos primeros párrafos del artículo 4 de la Ordenanza de publicidad estática y dinámica aprobada por el Pleno municipal el 25 de noviembre de 2004, tanto en lo referido a la habilitación en la vía pública, en lugares frecuen-

tados, de soportes adecuados y en número suficiente para posibilitar la colocación en ellos de carteles o anuncios para su utilización para la comunicación social, como en lo relativo a la vigilancia del cumplimiento por parte de los promotores de obras de habilitar espacios específicos en las vallas de protección de las mismas para la colocación de carteles o anuncios, espacios que según determina la Ordenanza deberán estar perfectamente identificados y, en todo caso, contar en lugar visible con el rótulo “Espacio destinado a la comunicación social”».

Agradeciendo de antemano a V. I. la remisión a esta Institución del preceptivo informe, en el plazo no superior a un mes a que hace referencia el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, en el que se ponga de manifiesto la aceptación de la recomendación formulada o, en su caso, las razones que estime para su no aceptación.

Madrid, 22 de junio de 2011.

Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Santiago de Compostela (A Coruña).

Recomendación 63/2011, de 22 de junio, sobre denegación de la exención del Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica para los vehículos matriculados a nombre de personas con discapacidad.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 512*)

Se ha recibido su escrito (s/ref...) en el que emite informe relacionado con la queja número 09018088, formulada ante esta Institución por don (...).

En dicho informe manifiestan su opinión de que la normativa que favorece la accesibilidad de los discapacitados, y que se concreta en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y el Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad, no tiene efectos en materia tributaria, y que, adicionalmente, la Ordenanza fiscal número 23 sobre vehículos de tracción mecánica, exige que se aporte el correspondiente certificado emitido por el órgano competente.

Esta Institución no puede compartir el criterio expuesto en su informe, y ello, en primer lugar, porque una norma que está siendo aceptada con carácter general por la Agencia Estatal de Administración Tributaria, y que le confiere efectos en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y en los Impuestos Especiales, no puede considerarse, por ningún órgano administrativo, como carente de efectos en materia tributaria.

Pero, adicionalmente, en la exposición de motivos de la Ley 51/2003 se especifica que la preocupación fundamental de la norma es dar cobertura y facilitar el acceso a los beneficios que les corresponden a los más de tres millones y medio de personas con discapacidad que viven en nuestro país. Para ello, y recogiendo el carácter heterogéneo de las citadas discapacidades, pretende la ley dar cumplimiento a los mandatos constitucionales de facilitarles tanto el acceso a sus derechos como el pleno desarrollo de la personalidad que se recogen en los artículos 9, 10, 14, 31 y 49 de la norma fundamental. Y el mejor modo de hacerlo es simplificando, desde la propia Administración, los trámites y gestiones que deban realizar personas que se vean afectadas por algún tipo de discapacidad.

En ese sentido, el artículo 1 de la ley establece en su apartado primero: «Esta ley tiene por objeto establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, conforme a los artículos 9.2, 10, 14 y 49 de la Constitución». Por ello, en el apartado segundo del mismo artículo se establece: «A los efectos de esta ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100. En todo caso, se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100 los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad». Y añade: «La acreditación del grado de minusvalía se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional». Por ello, establece el segundo apartado del artículo 1.1: «A estos efectos, se entiende por igualdad de oportunidades la ausencia de discriminación, directa o indirecta, que tenga su causa en una discapacidad, así como la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, económica, cultural y social».

El significado de esta regulación, tanto en la exposición de motivos como en el primero de sus artículos, no es otra que la de fijar el alcance de la regulación propuesta, que tiene aplicación general en todo el Estado y extiende sus efectos a todos los ámbitos en los que desarrolla su vida y actividades una de las personas que se encuentran dentro del ámbito de protección de la ley. Pretender realizar una norma

de estas características y ceñir su aplicación estrictamente a aquellos supuestos expresamente regulados, carecería de interés y sentido. En esta línea se dicta el artículo segundo de la ley, que dice textualmente: «Esta ley se inspira en los principios de vida independiente, normalización, accesibilidad universal, diseño para todos, diálogo civil y transversalidad de las políticas en materia de discapacidad. A estos efectos, se entiende por: [...] f) Transversalidad de las políticas en materia de discapacidad, el principio en virtud del cual las actuaciones que desarrollan las Administraciones públicas no se limitan únicamente a planes, programas y acciones específicos, pensados exclusivamente para estas personas, sino que comprenden las políticas y líneas de acción de carácter general en cualquiera de los ámbitos de actuación pública, en donde se tendrán en cuenta las necesidades y demandas de las personas con discapacidad».

Más allá, y en el mismo capítulo de Principios generales, regula el artículo 3 el ámbito de aplicación de la ley, y recoge específicamente en su apartado e) las «Relaciones con las Administraciones públicas». El propio artículo 4 de la norma establece como vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades «el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas». Y exige en el artículo 5 que los poderes públicos establezcan medidas de actuación positiva. En el artículo 9 del mismo texto legal se especifica qué entiende la ley por dichas medidas, recogándose, en particular, aquellas que «podrán consistir en apoyos complementarios y normas, criterios y prácticas más favorables. Los apoyos complementarios podrán ser ayudas económicas, ayudas técnicas, asistencia personal, servicios especializados y ayudas y servicios auxiliares para la comunicación».

Por todo lo expuesto, la ley no establece un ámbito concreto de actuación, sino que lo extiende a todo el Estado, en todos los ámbitos, y afecta a aquellas políticas tanto generales como particulares en las que se encuentre incluida o implicada cualquiera de las personas objeto de protección por parte de la norma.

No obstante, actuaciones y conductas contradictorias movieron al Gobierno a dictar una nueva norma, el Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, que aclaraba algunos conceptos, ya que tras la entrada en vigor de la ley, las Administraciones públicas no habían mantenido criterios uniformes para su aplicación. Por ello, en el Preámbulo, se incluye el siguiente tenor literal: «Sin embargo, desde la entrada en vigor de la ley, se han producido decisiones administrativas heterogéneas y, en algunas ocasiones, contradictorias, emanadas de los distin-

tos órganos de las administraciones públicas, en relación con la forma de acreditar la asimilación al grado de minusvalía prevista en el citado artículo. Con objeto de precisar el alcance de la equiparación del grado de minusvalía prevista en el artículo 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, y de fijar unos criterios homogéneos de actuaciones para todo el Estado, y en aplicación de lo dispuesto en el citado artículo, conforme al cual la acreditación del grado de minusvalía se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional, se dicta el presente real decreto...», y establece, en su artículo 1, aquellas personas que tienen consideración de personas con discapacidad, y en el apartado 2 recoge, específica y expresamente, que se consideran afectados por una minusvalía del 33 por ciento aquellos pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente, en el grado de total, absoluta o gran invalidez.

Adicionalmente, la Dirección General de Tributos considera, en consultas del 4 de marzo de 2004 (en relación con el Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica) y 9 de mayo de 2007 (en relación con impuestos especiales), que la percepción de dichas prestaciones públicas y con esa calificación, faculta a las autoridades tributarias a considerar suficientemente acreditada la condición de minusvalía. En particular, en la primera de las citadas, la Dirección General señala que «este centro directivo entiende que podría considerarse suficientemente probado el requisito sustantivo para la exención del pago del Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica, de vehículo matriculado a nombre de una persona con minusvalía, de que el titular del vehículo es una persona que tiene la condición legal de minusválido en grado igual o superior al 33 por 100, mediante la constancia de resolución o la que la Seguridad Social reconoce al sujeto pasivo del Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez».

Por lo expuesto, y puesto que la Ordenanza fiscal número 23, que regula el Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica, no recoge la citada extensión de efectos prevista por la Ley 51/2003, de 2 de diciembre y el Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, 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 emite la siguiente recomendación:

«Que se adecue la Ordenanza número 23 del Ayuntamiento de Chiclana de la Frontera para considerar oportunamente acreditada

la minusvalía con la resolución o certificación del Instituto Nacional de la Seguridad Social que reconozca la condición de pensionista por incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, en cumplimiento de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre y el Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, para el mejor cumplimiento de los fines de igualdad, equiparación e integración recogidos en la citada ley».

Adicionalmente, y en relación con el expediente de referencia, y también 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 sugerencia:

«Que se reconozca acreditada la minusvalía de don (...), a los efectos de concederle la exención prevista en el artículo 93.1.e) del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, que aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, para el ejercicio 2007 y siguientes».

Agradeciendo la remisión a esta Institución del preceptivo informe, en el que se ponga de manifiesto la aceptación de estas sugerencias y recomendación, o, en su caso, de las razones que se estimen para no aceptarlas, de conformidad con el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos.

Madrid, 22 de junio de 2011.

Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Chiclana de la Frontera (Cádiz).

Recomendación 64/2011, de 24 de junio, sobre la formalización del Acta de entrega de los viales de una urbanización y se asuman por el Ayuntamiento de Los Corrales de Buelna las obligaciones de mantenimiento derivadas de lo anterior.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 512*)

Es de referencia su escrito de fecha 18 de mayo de 2011 (s/ref...), en el que informa sobre la queja planteada por doña (...), registrada con el número arriba indicado.

A la vista del contenido de su referido informe esta Institución se ve en la obligación 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 queja versaba sobre la falta de contestación a determinadas reclamaciones en relación con el estado de conservación de la calle central de la urbanización (...), en la que reside la interesada, así como por la inexistencia en dicha calle de las correspondientes placas municipales acreditativas de su nombre.

Segunda. En el informe recibido, se alega que se trata de una calle de titularidad privada, no existiendo, por tanto, obligación alguna de mantenimiento por parte del ayuntamiento, en tanto no se produzca la cesión del vial y su transformación de bien privado en bien de dominio público.

Tercera. Dicha objeción no puede ser admitida toda vez que, como consta entre los antecedentes que obran en nuestro poder, la entrega

de los viales se produjo mediante escrito firmado por los propietarios de los 16 chalés de que consta la urbanización, y fue aceptada mediante acuerdo adoptado por unanimidad por el Pleno municipal celebrado el 29 de noviembre de 1990, según consta en una certificación de dicho acuerdo firmada por el secretario municipal con el visto bueno del alcalde con fecha 11 de enero de 1991, que ha aportado al expediente la interesada, cuyo tenor literal es el siguiente:

«1º. Aceptar la entrega de los viales y urbanización (...) de 16 viviendas, a cuyo efecto se extenderá la correspondiente acta de entrega, procediendo la transmisión al Ayuntamiento de la totalidad dominical de los terrenos cedidos, que tendrán la consideración de bienes de dominio público, de conformidad con lo previsto en el artículo 3 del Reglamento de bienes de las entidades locales.

2º. Facultar al señor alcalde para la firma del acta de entrega».

Cuarta. Ateniéndonos a la literalidad del acuerdo transcrito, se deduce con claridad que la cesión del vial en cuestión se perfeccionó una vez firme el mismo por no haber sido recurrido, y es a partir de ahí donde se inicia la obligación del ayuntamiento de mantener la calle en las debidas condiciones, tanto en lo referente al estado del firme como de las aceras y el alumbrado.

Quinta. Bien es cierto que, según puede deducirse del informe de ese Ayuntamiento, faltaría por formalizar el acta de la entrega para su firma por los interesados, pero ello (dado que se trata de un incumplimiento únicamente achacable al ayuntamiento, en concreto a su alcalde) no puede alegarse para justificar a su vez el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la cesión perfeccionada por la aceptación del Pleno municipal de la entrega del bien llevada a cabo por sus propietarios.

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 las siguientes recomendaciones:

1ª. «Que se formalice el acta de entrega de los viales de la urbanización a que se refiere la queja.»

2ª. «Que se asuman las obligaciones de mantenimiento de dichos viales, teniendo en cuenta su consideración de bienes de dominio pú-

blico a raíz de dicha entrega, que fue perfeccionada por la aceptación del Pleno municipal según acuerdo transcrito en el cuerpo de esta comunicación.»

Agradeciendo de antemano la remisión a esta Institución del preceptivo informe, en el plazo no superior a un mes, a que hace referencia el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, en el que se ponga de manifiesto la aceptación de las recomendaciones formuladas o, en su caso, las razones que estime para su no aceptación.

Madrid, 24 de junio de 2011.

Recomendaciones dirigidas al Alcalde del Ayuntamiento de Los Corrales de Buelna (Cantabria).

Recomendación 65/2011, de 13 de julio, sobre el internamiento no voluntario por trastorno psíquico.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 498*)

Han comparecido ante esta Institución, mediante el correspondiente escrito, el Excmo. Sr. Justicia de Aragón y el Excmo. Sr. Defensor del Pueblo de Navarra.

Sustancialmente exponen la consecuencia de las sentencias del Tribunal Constitucional n.º 131/2010 y 132/2010, ambas de 2 de diciembre, por las que se declaran inconstitucionales, respectivamente, el párrafo primero del artículo 211 del Código Civil, así como los párrafos primero y segundo del artículo 763,1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, dado que posibilitan el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, pues en tanto que constituye una privación de libertad, esta medida sólo puede regularse mediante ley orgánica.

Sin perjuicio de que la doctrina fijada en las sentencias antes citadas consiste en no declarar la nulidad de los preceptos citados, pero sí su inconstitucionalidad, tal situación anómala ha despertado inquietud entre los operadores jurídicos que han de aplicar la medida de internamiento de las personas incapacitadas por razón de trastorno psíquico, situación que aconseja que la materia fuera regulada en lo sucesivo mediante una ley orgánica.

De hecho, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 132/2010, declara: «Estamos por consiguiente, en presencia de una vulneración de la Constitución que sólo el legislador puede remediar, razón por la que resulta obligado instar al mismo para que, a la mayor brevedad

posible, proceda a regular la materia de internamiento no voluntario por razón del trastorno psíquico mediante Ley Orgánica».

Por otra parte, en su escrito el Defensor del Pueblo de Navarra plantea la ocasión de que, al hilo del borrador del anteproyecto de Ley de Salud Pública que, según afirma, se está tramitando en la actualidad por el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, se incluya una regulación completa y actualizada de todo lo relativo al internamiento y tratamiento médico-clínico forzoso de personas, entre lo que se podría citar aspectos tales como el tratamiento ambulatorio involuntario de enfermos mentales, el internamiento y tratamiento forzoso de personas por razones de salud pública y las limitaciones normativas por enfermedades infectocontagiosas que pueden considerarse vulneradoras del derecho fundamental a la no discriminación por razón de enfermedad.

Respecto de estos últimos extremos, el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, a quien esta Institución se dirigió en solicitud de informe, expresa que el proyecto de ley fue aprobado por el Consejo de Ministros en su reunión del pasado 4 de marzo. No obstante, prosigue el informe ministerial, en todo caso considera que dicha normativa habría de ser objeto de una Ley Orgánica por tratarse del desarrollo de derechos fundamentales y libertades públicas, en consonancia con lo señalado por el artículo 81 de la Constitución.

Valorando lo expuesto, 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 estimado la conveniencia de formular a V. E. la siguiente recomendación:

«Que ese departamento ministerial proceda a la mayor brevedad posible a regular mediante la redacción de un anteproyecto de ley orgánica los aspectos relatados a lo largo de este escrito, y de forma particular, se dote de la adecuada cobertura y rango normativo suficiente a medidas como el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico que crean situaciones en que la libertad personal del individuo queda totalmente anulada».

En la seguridad de que esta recomendación será objeto de atención por parte de V. E. y en espera de la preceptiva respuesta.

Madrid, 13 de julio de 2011.

Recomendación dirigida al Ministro de Justicia.

Recomendación 66/2011, de 14 de julio, para la adecuación de una ordenanza municipal en relación con la acreditación de minusvalía.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 513*)

Se ha recibido su escrito (s/ref...) en el que emite informe relacionado con la queja número 10022889, formulada ante esta Institución por don (...).

En dicho informe manifiestan su opinión de que la normativa que favorece la accesibilidad de los discapacitados, y que se concreta en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y el Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad, no tiene efectos en materia tributaria.

Esta Institución no puede compartir el criterio expuesto en su informe, y ello, en primer lugar, porque una norma que está siendo aceptada con carácter general por la Agencia Estatal de Administración Tributaria, y que le confiere efectos en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y en los Impuestos Especiales, no puede considerarse, por ningún órgano administrativo, como carente de efectos en materia tributaria.

Pero adicionalmente, en la exposición de motivos de la Ley 51/2003, se especifica que la preocupación fundamental de la norma es dar cobertura y facilitar el acceso a los beneficios que les corresponden a los más de tres millones y medio de personas con discapacidad que

viven en nuestro país. Para ello, y recogiendo el carácter heterogéneo de las citadas discapacidades, pretende la ley dar cumplimiento a los mandatos constitucionales de facilitarles tanto el acceso a sus derechos como el pleno desarrollo de la personalidad que se recogen en los artículos 9, 10, 14, 31 y 49 de la norma fundamental. Y el mejor modo de hacerlo es simplificando, desde la propia Administración, los trámites y gestiones que deban realizar personas que se vean afectadas por algún tipo de discapacidad.

En ese sentido, el artículo 1 de la ley establece en su apartado primero: «Esta ley tiene por objeto establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, conforme a los artículos 9.2, 10, 14 y 49 de la Constitución». Por ello, en el apartado segundo del mismo artículo se establece: «A los efectos de esta ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100. En todo caso, se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100 los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad». Y añade: «La acreditación del grado de minusvalía se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional». Por ello, establece el segundo apartado del artículo 1.1: «A estos efectos, se entiende por igualdad de oportunidades la ausencia de discriminación, directa o indirecta, que tenga su causa en una discapacidad, así como la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, económica, cultural y social».

El significado de esta regulación, tanto en la exposición de motivos como en el primero de sus artículos, no es otra que la de fijar el alcance de la regulación propuesta, que tiene aplicación general en todo el Estado y extiende sus efectos a todos los ámbitos en los que desarrolla su vida y actividades una de las personas que se encuentran dentro del ámbito de protección de la ley. Pretender realizar una norma de estas características y ceñir su aplicación estrictamente a aquellos supuestos expresamente regulados, carecería de interés y sentido. En esta línea se dicta el artículo segundo de la ley, que dice textualmente: «Esta ley se inspira en los principios de vida independiente,

normalización, accesibilidad universal, diseño para todos, diálogo civil y transversalidad de las políticas en materia de discapacidad. A estos efectos, se entiende por: (...) f) Transversalidad de las políticas en materia de discapacidad, el principio en virtud del cual las actuaciones que desarrollan las Administraciones públicas no se limitan únicamente a planes, programas y acciones específicos, pensados exclusivamente para estas personas, sino que comprenden las políticas y líneas de acción de carácter general en cualquiera de los ámbitos de actuación pública, en donde se tendrán en cuenta las necesidades y demandas de las personas con discapacidad».

Más allá, y en el mismo capítulo de Principios generales, regula el artículo 3 el ámbito de aplicación de la ley, y recoge específicamente en su apartado e) las «Relaciones con las Administraciones públicas». El propio artículo 4 de la norma establece como vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades «el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas». Y exige en el artículo 5 que los poderes públicos establezcan medidas de actuación positiva. En el artículo 9 del mismo texto legal se especifica qué entiende la ley por dichas medidas, recogiendo, en particular aquellas que «podrán consistir en apoyos complementarios y normas, criterios y prácticas más favorables. Los apoyos complementarios podrán ser ayudas económicas, ayudas técnicas, asistencia personal, servicios especializados y ayudas y servicios auxiliares para la comunicación».

Por todo lo expuesto, la ley no establece un ámbito concreto de actuación, sino que lo extiende a todo el Estado, en todos los ámbitos, y afecta a aquellas políticas tanto generales como particulares en las que se encuentre incluida o implicada cualquiera de las personas objeto de protección por parte de la norma.

No obstante, actuaciones y conductas contradictorias movieron al Gobierno a dictar una nueva norma, el Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, que aclaraba algunos conceptos, ya que tras la entrada en vigor de la ley, las administraciones públicas no habían mantenido criterios uniformes para su aplicación. Por ello, en el preámbulo, se incluye el siguiente tenor literal: «Sin embargo, desde la entrada en vigor de la ley, se han producido decisiones administrativas heterogéneas y, en algunas ocasiones, contradictorias, emanadas de los distintos órganos de las Administraciones públicas, en relación con la forma de acreditar la asimilación al grado de minusvalía prevista en el citado artículo. Con objeto de precisar el alcance de la equiparación del grado de minusvalía prevista en el artículo 1.2 de la Ley

51/2003, de 2 de diciembre, y de fijar unos criterios homogéneos de actuaciones para todo el Estado, y en aplicación de lo dispuesto en el citado artículo, conforme al cual la acreditación del grado de minusvalía se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional, se dicta el presente real decreto...», y establece, en su artículo 1, aquellas personas que tienen consideración de personas con discapacidad, y en el apartado 2 recoge, específica y expresamente, que se consideran afectados por una minusvalía del 33 por ciento aquellos pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente, en el grado de total, absoluta o gran invalidez.

Por lo expuesto, y puesto que la Ordenanza fiscal número 2, que regula el Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica, no recoge la citada extensión de efectos prevista por la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, y el Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, 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 emite la siguiente recomendación:

«Que se adecue la Ordenanza número 2 del Ayuntamiento de San Fernando para considerar oportunamente acreditada la minusvalía con la resolución o certificación del Instituto Nacional de la Seguridad Social que reconozca la condición de pensionista por incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, en cumplimiento de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, y el Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, para el mejor cumplimiento de los fines de igualdad, equiparación e integración recogidos en la citada ley».

Adicionalmente, y en relación con el expediente de referencia, y también 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 sugerencia:

«Que se reconozca acreditada la minusvalía de don (...), a los efectos de concederle la exención prevista en el artículo 93.1.e) del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, que aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, para el ejercicio 2007 y siguientes».

Agradeciendo la remisión a esta Institución del preceptivo informe, en el que se ponga de manifiesto la aceptación de estas sugerencias.

cia y recomendación o, en su caso, de las razones que se estimen para no aceptarlas, de conformidad con el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos.

Madrid, 14 de julio de 2011.

Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de San Fernando (Cádiz).

Recomendación 67/2011, de 21 de julio, sobre la ampliación de la vigencia y el ámbito de aplicación de la Línea ICO-Moratoria Hipotecaria.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 501*)

Se ha recibido el escrito de V. E., referente a la queja que fue registrada en esta Institución con el número arriba indicado, formulada por doña (...), en el que nos traslada los informes elaborados por el Instituto de Crédito Oficial y la Dirección General de Política Económica, así como copia del modelo de contrato de la línea de mediación ICO-Hipotecaria.

Una vez estudiados los informes citados, se observa que consideran que han quedado demostrados los efectos positivos de la Línea ICO-Moratoria Hipotecaria, dado que se han aprobado durante su vigencia un total de 13.665 operaciones, por un total de 78.004.137,03 euros. Por tanto, no les parece oportuno tomar medidas adicionales a las ya vigentes, ni ampliar el ámbito de aplicación de dicha línea.

A este respecto, esta Institución considera que en la valoración que hacen de los efectos de la línea no se ha tenido en cuenta que desde que comenzó la crisis económica el desempleo ha aumentado considerablemente, más de cuatro millones de parados, así como las ejecuciones hipotecarias, que según datos publicados recientemente por el Consejo General del Poder Judicial en el informe estadístico sobre el efecto de la crisis económica en los órganos judiciales, indica que durante el año 2010 se han efectuado 27.561 ejecuciones hipotecarias.

Por tanto, dado que la vigencia de la línea ya ha finalizado, y teniendo en cuenta el preocupante crecimiento de desempleo y de las ejecuciones hipotecarias, así como la baja utilización de los recursos financieros inicialmente estimados para esta Línea de financiación, sería deseable que se valorara la oportunidad de ampliar la vigencia y el ámbito de aplicación de la Línea Ico-Moratoria Hipotecaria, o se prevean otras medidas para paliar las consecuencias de esta situación tan negativa para las familias y los ciudadanos abocados a la exclusión social.

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 a V. E. la siguiente recomendación:

«Que se valore la oportunidad de ampliar la vigencia y el ámbito de aplicación de la citada línea, o se prevean otras medidas para paliar las consecuencias de esta situación tan negativa para las familias y los ciudadanos, evitando asimismo el aumento de la exclusión social».

Agradeciendo la remisión a esta Institución del preceptivo informe, en el que se ponga de manifiesto la aceptación de esta recomendación o, en su caso, 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.

Madrid, 21 de julio de 2011.

Recomendación dirigida al Secretario de Estado de Economía. Ministerio de Economía y Hacienda.

Recomendación 68/2011, de 21 de julio, acerca de la inactividad de la Administración.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 504*)

Se ha recibido su informe (s/ref...), relativo a la queja arriba indicada, formulada ante esta Institución por don (...), sobre las denuncias relativas a la actividad de almacenaje de materiales de construcción en la parcela 133 del polígono 7 del catastro de rústica de Canals.

Una vez analizado su contenido debemos realizar las siguientes observaciones:

En primer lugar, y sin perjuicio de que esta Defensoría considere favorables las medidas adoptadas, recordamos a esa Corporación local que en nuestro anterior escrito, también requerimos información sobre «los motivos por los que ese Ayuntamiento aseguró no tener constancia de la actividad de almacenaje de materiales de construcción pese a la existencia de denuncias tanto del interesado como del (...) y las razones por las que no se giró la oportuna inspección para comprobarlo». Sin embargo, no ofrecen ninguna explicación al respecto.

En segundo lugar, no podemos dejar de reseñar el hecho de que el primer escrito del interesado denunciando la actividad de almacenaje de materiales de construcción en dicha parcela esté fechado el 11 de abril de 2008 (registro de entrada n.º 2235), constando posteriormente un oficio-denuncia del (...) y en el año 2009 una nueva denuncia del interesado. No obstante, pese a las denuncias citadas, la primera actuación a que hace referencia ese Ayuntamiento en relación con este

asunto está fechada el 11 de febrero de 2011, esto es, casi tres años después de la primera denuncia, sin que se ofrezca ninguna motivación sobre las razones de dicho retraso.

No debe olvidar ese Ayuntamiento que el artículo 41 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común establece: «Los titulares de las unidades administrativas y el personal al servicio de las Administraciones Públicas que tuviesen a su cargo la resolución o el despacho de los asuntos, serán responsables directos de su tramitación y adoptarán las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos, disponiendo lo necesario para evitar y eliminar toda anormalidad en la tramitación de procedimientos».

Asimismo, debemos incidir en el hecho de que la Patrulla del Servicio de Protección a la Naturaleza de la Guardia Civil de Vallada señalaba en su oficio-denuncia fechada el 2 de junio de 2008 y dirigida a esa Alcaldía-presidencia, que la calificación del suelo de la parcela era suelo no urbanizable, que se estaba utilizando una parte de la parcela para almacenar útiles, herramientas, maquinarias y materiales del ramo de la construcción, actividad para la que era necesario haber obtenido licencia ambiental, que según la normativa vigente, las instalaciones industriales del tipo descrito eran ilegales, e informaba de la comisión de infracciones tanto de la Ley 10/2004, de 9 de diciembre, de Suelo no Urbanizable como de la Ley 2/2006, de 5 de mayo, de prevención de la contaminación y calidad ambiental, que se estaban cometiendo por la propietaria del terreno. Sin embargo, pese al contenido del oficio-denuncia, no consta a esta Defensoría que dichas denuncias hayan dado lugar a la incoación del correspondiente expediente sancionador.

En el caso concreto que nos ocupa, aunque con tres años de retraso, finalmente se ha girado visita de inspección y se ha comprobado por los técnicos de ese Ayuntamiento la realización de una actividad industrial de depósito y almacenaje de materiales de construcción, sin embargo, únicamente se han iniciado los trámites para exigir la clausura y la regularización, pero no se ha incoado el correspondiente expediente sancionador por llevar a cabo dicha actividad sin licencia, olvidando ese Ayuntamiento que la potestad sancionadora de la Administración es una cuestión de orden público ejercitable por obligación, no siendo, por tanto, discrecional sino imperativa e inexcusable.

Finalmente, y sin perjuicio de que en el informe que nos ha remitido no se haga ni siquiera mención a dicho escrito, debemos indicar que el interesado nos ha remitido un certificado del jefe de la Patrulla del Servicio de Protección de la Naturaleza fechado el 11 de noviembre de 2009 informando del contenido del oficio-denuncia, manifestando además, que desconocen el trámite administrativo a que dio lugar la denuncia. Atendiendo a los hechos, parece obvio que no tuvo tramitación alguna.

Esta Defensoría desconoce qué departamento de ese Ayuntamiento es el que recibe las denuncias del Servicio de (...), y, además, es indiferente quién tenga la responsabilidad en su tramitación, lo relevante para esta Institución es la falta de coordinación que ha dado lugar a que, ante hechos que podrían suponer la comisión de una infracción administrativa, esa entidad municipal no haya ejercido sus competencias.

Por ello, es oportuno recordar a esa alcaldía, como órgano director de la Administración municipal, que es responsable de garantizar que las unidades y departamentos del propio ayuntamiento actúen de forma coordinada, ya que la coordinación es un principio constitucional de toda actividad administrativa (art. 103 CE), exigible en las relaciones internas de los órganos municipales. De tal manera que en cuanto se ponga en conocimiento de ese Ayuntamiento unos hechos que pudieran ser constitutivos de una infracción, es exigible que se traslade de manera inmediata esa información al departamento que sea competente para tramitar dicha denuncia para que éste pueda iniciar las actuaciones oportunas.

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 sugerencia:

«Que, tras constatar los servicios técnicos de ese Ayuntamiento que se está realizando una actividad industrial de depósito y almacenaje de materiales de construcción sin estar amparada en la preceptiva licencia, actuación que podría ser constitutiva de una infracción tanto de la Ley 10/2004, de 9 de diciembre, de Suelo no Urbanizable, como de la Ley 2/2006, de 5 de mayo, de prevención de la contaminación y calidad ambiental, se incoe el correspondiente procedimiento sancionador, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 127 de la Ley 30/1992».

Asimismo, esta Institución considera oportuno realizar a esa corporación municipal las siguientes recomendaciones:

1. «Que en el futuro reaccione eficazmente ante la transgresión de la normativa ambiental y cuando esa administración tenga conocimiento de que una actividad funciona sin autorización o licencia, reaccione de manera inmediata, iniciando los trámites para regularizar dichas actividades, de conformidad con el artículo 74 de la Ley 2/2006, de 5 de mayo, de prevención de la contaminación y calidad ambiental. Asimismo, ante hechos que podrían ser constitutivos de una infracción, incoe el correspondiente procedimiento sancionador y ejerza la potestad sancionadora, reconocida por la Constitución, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 127 de la Ley 30/1992.»

2. «Que las unidades y departamentos de ese Ayuntamiento actúen de forma coordinada, de conformidad con los principios de eficacia, economía y celeridad contemplados en el artículo 103 de la Constitución española, y el artículo 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.»

Agradeciendo la remisión a esta Institución del preceptivo informe, en el que se ponga de manifiesto la aceptación de la sugerencia y las recomendaciones o, en su caso, de las razones que se estimen para no aceptarlas, de conformidad con el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos.

Madrid, 21 de julio de 2011.

Recomendaciones dirigidas al Alcalde del Ayuntamiento de Canals (Valencia).

Recomendación 69/2011, de 21 de julio, acerca de la inactividad de la Administración.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 496*)

Se ha recibido su informe (s/ref...), relativo a la queja arriba indicada, formulada por don (...), administrador de la Comunidad de propietarios del edificio avenida (...), de esa capital.

Una vez estudiado su contenido debemos realizar las siguientes observaciones:

1) Sin perjuicio de que se hayan iniciado ya las actuaciones para instar a la retirada de la antena, no podemos dejar de llamar la atención sobre el hecho de que el 22 de febrero de 2010 se ordenase la retirada de la instalación, concediendo a (...) y a (...) un plazo de un mes, con la advertencia de que en caso de incumplimiento de lo dispuesto, se procedería a la ejecución forzosa a través de la imposición reiterada de multas coercitivas, en aplicación de lo dispuesto en la disposición adicional novena de la Ley 6/1994, de 15 de noviembre, Reguladora de la Actividad Urbanística. Sin embargo, a fecha de elaboración del informe remitido a esta Defensoría, esto es, 31 de marzo de 2011, todavía no se había impuesto la primera multa coercitiva. Es decir, ha transcurrido más de un año desde el incumplimiento de la orden de demolición sin que se haya adoptado ninguna medida para instar a la ejecución forzosa.

Además, es oportuno indicar a ese Ayuntamiento, aunque entendemos que se trata de un error de transcripción, que la Ley 6/1994, de 15 de noviembre, Reguladora de la Actividad Urbanística, a que hacen

referencia, estaba derogada en el momento de ordenar la retirada de la instalación, siendo aplicable la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, de la Generalitat, Urbanística Valenciana, y el Reglamento de Ordenación y Gestión Territorial y Urbanística, aprobado por Decreto 67/2006, de 19 de mayo.

Debemos señalar, atendiendo a la legislación vigente que, tal y como dispone el artículo 190 de la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, de la Generalitat, Urbanística Valenciana «La actividad administrativa de garantía de la legalidad urbanística comprende todas las actuaciones de las Administraciones Públicas con competencias en urbanismo, tendentes a verificar y exigir el cumplimiento de las normas urbanísticas y el planeamiento, así como a sancionar su incumplimiento».

La mencionada ley dispone que el incumplimiento por el interesado de la orden de restauración de la legalidad dará lugar a la adopción de las siguientes medidas: a) a la imposición por la administración de multas coercitivas, hasta lograr la ejecución por el sujeto obligado de las medidas de restauración; b) a la ejecución subsidiaria por parte de la administración actuante y a costa del interesado, indicando que «transcurrido el plazo de cumplimiento voluntario derivado de la última multa coercitiva impuesta, la administración actuante estará obligada a ejecutar subsidiariamente las correspondientes órdenes, a cargo del interesado», y c) a la ejecución forzosa mediante cualesquiera otros medios previstos en el ordenamiento jurídico. La ley contempla, por tanto, la posibilidad de optar por cualquiera de las tres medidas referidas.

Teniendo en cuenta que ese Ayuntamiento ha optado por imponer multas coercitivas, no debe olvidar que la finalidad de las mismas no es otra que impulsar al obligado al cumplimiento de sus obligaciones a través de la imposición de multas reiteradas por lapsos de tiempo que sean suficientes para cumplir lo ordenado. En este sentido, el artículo 99 de la Ley 30/1992 regula la multa coercitiva como medio para la ejecución de determinados actos administrativos que sólo pueden imponerse cuando así lo autoricen las leyes, y en la forma y cuantía que éstas determinen. Se trata, en consecuencia, de un medio de ejecución forzosa inscrito en la autotutela ejecutiva de la administración que, además, no tiene carácter sancionador o represivo, siendo independientes, por tanto, de las sanciones y compatibles con ellas.

Entiende esta Defensoría que, puesto que la efectividad de las multas coercitivas se basa en la reiteración hasta lograr la ejecución

por el sujeto obligado de las medidas de restauración, ese Ayuntamiento, tan pronto como hubiera transcurrido el plazo del mes para retirar la antena, debería haber girado inspección para comprobar si se había ejecutado lo ordenado y en caso negativo, haber resuelto inmediatamente sobre la imposición de la primera de las multas coercitivas.

Debe recordarse que, tal y como señala el artículo 220 de la Ley de la Generalitat 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana, la adopción de las medidas de restauración del orden urbanístico infringido es una competencia irrenunciable y de inexcusable ejercicio por la administración actuante, y que las autoridades y funcionarios están obligados a iniciar y tramitar los procedimientos establecidos para la protección del ordenamiento de acuerdo con los principios de eficacia, economía y celeridad contemplados en el artículo 103 de la Constitución y en el artículo 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con el objetivo de evitar que el incumplimiento de la normativa pueda redundar en el beneficio de los infractores de las normas y vaya en detrimento del propio municipio y sus vecinos.

Asimismo, es preciso tener presente que el artículo 41 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común señala: «Los titulares de las unidades administrativas y el personal al servicio de las Administraciones Públicas que tuviesen a su cargo la resolución o el despacho de los asuntos, serán responsables directos de su tramitación y adoptarán las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos, disponiendo lo necesario para evitar y eliminar toda anomalía en la tramitación de procedimientos».

2) A la vista de la información remitida, se va a proceder próximamente a adoptar medidas de ejecución forzosa de la orden de demolición incumplida, sin embargo, no consta a esta Defensoría que se haya incoado expediente sancionador por la instalación de la estación base de telecomunicaciones no amparada en licencia municipal.

A este respecto, no debe olvidar ese Ayuntamiento que las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística son independientes de las sancionadoras, toda vez que los efectos son distintos: unas

tienden a la restauración del orden alterado, y las otras a la imposición de la pertinente sanción. Si únicamente se incidiera en la consecución del restablecimiento de la legalidad urbanística vulnerada y quedasen sin sancionar las infracciones urbanísticas cometidas, podría dar lugar a la creación de una sensación de impunidad entre los ciudadanos que esta Defensoría no puede aceptar.

En este sentido, consideramos que, además de instar la restauración del orden urbanístico infringido, cabe iniciar un expediente sancionador con el objeto de determinar si la actuación de (...) y (...) es constitutiva de una infracción urbanística, y en caso de que así fuera, imponer la sanción correspondiente, puesto que la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, de la Generalitat, Urbanística Valenciana, establece que las multas coercitivas se impondrán con independencia de las que puedan imponerse con ocasión del correspondiente expediente sancionador.

Finalmente, debemos recordar que la potestad disciplinaria de la Administración es una cuestión de orden público ejercitable por obligación, no siendo, por tanto, discrecional sino imperativa e inexcusable (artículo 127 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

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 a ese Ayuntamiento la siguiente sugerencia:

«Que por esa Corporación, en el ejercicio de sus potestades urbanísticas, resuelva de forma inmediata sobre la primera multa coercitiva a (...) y a (...), como medida de ejecución forzosa de la orden de demolición incumplida e incoe expediente sancionador a los titulares de la estación base de telecomunicaciones».

Asimismo, se ha considerado procedente dirigirle las siguientes recomendaciones:

1) «Que en el futuro reaccione eficazmente adoptando las medidas de ejecución forzosa oportunas para restaurar el orden jurídico infringido y que, ante hechos que podrían ser constitutos de una infracción urbanística, ejerza la potestad sancionadora, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 99 y 127 de la Ley 30/1992 y en el artícu-

lo 228 de la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, de la Generalitat, Urbánística Valenciana.»

2) «Que las unidades y departamentos de ese Ayuntamiento actúen de forma coordinada, de conformidad con los principios de eficacia, economía y celeridad contemplados en el artículo 103 de la Constitución española y en el artículo 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.»

Agradeciendo la remisión a esta Institución del preceptivo informe, en el que se ponga de manifiesto la aceptación de estas resoluciones o, en su caso, de las razones que se estimen para no aceptarlas, de conformidad con el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos.

Madrid, 21 de julio de 2011.

Recomendación dirigida a la Alcaldesa del Ayuntamiento de Valencia.

Recomendación 70/2011, de 26 de julio, sobre adopción de las iniciativas para dotar de nuevas instalaciones a determinado colegio público de la ciudad.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 496*)

Es de referencia la queja formulada por padres de alumnos escolarizados en el Colegio Público (...) de esa ciudad, registrada en esta Institución con el número arriba indicado.

Los reclamantes cuestionaban algunos aspectos de la cobertura de bajas y sustituciones del personal docente del citado colegio público, del que es titular ese Ayuntamiento, y se referían, al propio tiempo, a las deficientes condiciones de habitabilidad y salubridad de las instalaciones del centro y a su inadecuada ubicación en los bajos de un edificio de viviendas, circunstancia esta última que contraviene prescripciones de la normativa educativa básica en materia de requisitos mínimos de los centros docentes, sin que tampoco disponga de los espacios que, de acuerdo con la referida normativa, resultan preceptivos para el adecuado desarrollo de las actividades educativas, siendo estos dos últimos los aspectos de la queja planteada a los que se hará referencia a continuación en el presente escrito.

La tramitación efectuada por esta Institución en los citados aspectos, así como la también realizada de oficio por el Síndic de Greuges de la Comunitat Valenciana han permitido confirmar que las actuales instalaciones del Colegio Público (...), en las que ese Ayuntamiento ha realizado numerosas actuaciones para conseguir en las mismas condiciones de habitabilidad y salubridad aceptables, tienen, en todo caso, un emplazamiento que no se adecua a la repetida normativa

reguladora de los requisitos mínimos de los centros, y están afectadas de condicionamientos insalvables que impiden su adaptación a la legislación educativa vigente en los aspectos relativos a la disponibilidad en el mismo de las instalaciones y espacios mínimos preceptivos que se establecen en aquella.

Ambas circunstancias contravienen la normativa básica ya mencionada, Real Decreto 132/2010, de 12 de febrero, por el que se establecen los requisitos mínimos de los centros que [imparten] las enseñanzas del segundo ciclo de la educación infantil, la educación primaria y la educación secundaria, en la que se establece que los mencionados centros deberán situarse necesariamente en edificios independientes, destinados exclusivamente a uso escolar y estar dotados de una serie de espacios, cuyas características se establecen en la propia norma, de los que en muchos casos carecen la actuales instalaciones del centro, sin que en otros casos los existentes respondan a las características exigidas por la repetida normativa.

La tramitación realizada ha permitido asimismo contrastar que, por todo ello, al menos desde el año 2009, la Consejería de Educación tiene prevista la construcción de un edificio escolar destinado a la reubicación del colegio público ya mencionado, en parcela situada en el distrito de (...), cuyo proyecto de expropiación fue objeto de aprobación inicial, mediante acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de 26 de junio de 2009, sin que desde entonces, a juzgar por la información que a instancias de esta Institución ha ido proporcionando ese Ayuntamiento, hayan podido continuarse las actuaciones dirigidas a la obtención del indicado solar, al carecer el proyecto, en sucesivos ejercicios, de la consignación económica necesaria para su aprobación definitiva y para la iniciación del procedimiento de expropiación.

Esta sigue siendo la situación actual, a juzgar por lo manifestado en su último informe del mes de abril pasado, en el que, por tercer ejercicio consecutivo, se alega la inexistencia en el presupuesto vigente de aplicación presupuestaria del Servicio de Educación de ese Ayuntamiento, destinado a la expropiación de la citada parcela.

La disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE), en su apartado 4, establece: «Los municipios cooperarán con las administraciones educativas correspondientes en la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes».

Por su parte, la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, en su artículo 25.2.n) contempla, asimismo, la participación de las corporaciones locales en la programación de la enseñanza y su cooperación con la Administración educativa en la creación, construcción y sostenimiento de los centros docentes públicos.

Sin embargo, las obligaciones que de los citados preceptos legales y reglamentarios se derivan para ese Ayuntamiento en orden a la cesión a la administración educativa del solar preciso para la construcción de las nuevas instalaciones escolares, vienen siendo reiteradamente postpuestas en base a argumentos presupuestarios, prolongándose, entre tanto, la escolarización de los alumnos del Colegio Público (...) en unas instalaciones que no se adecuan a lo establecido en la normativa a la que ya se ha hecho referencia, en la que se contemplan las condiciones que necesariamente deben reunir los centros docentes, incumplimiento que, sin duda, viene determinando un coste importante desde el punto de vista de la calidad del proceso educativo de los alumnos.

Esta Institución entiende que argumentos como los manejados por ese Ayuntamiento para intentar explicar la falta de cesión del suelo educativo demandado por la Consejería de Educación, no pueden ser indefinidamente esgrimidos como justificación del incumplimiento de la obligación legal ya más arriba mencionada, incumplimiento que se traduce, además, en una afectación negativa del derecho de los alumnos escolarizados en el centro correspondiente a recibir una educación de calidad.

Entiende, por el contrario, el Defensor del Pueblo que un adecuado entendimiento y una correcta forma de actuación, ante las prescripciones legales de las que se deriva la obligación legal expresada y de las que imponen las condiciones mínimas de los centros docentes, exige de ese Ayuntamiento el estudio y aplicación de iniciativas positivamente dirigidas a la escolarización de los alumnos del reiterado centro en instalaciones adecuadas a la normativa vigente, bien sea a través de la utilización de mecanismos presupuestarios dirigidos a la consignación de los fondos precisos para la expropiación del solar designado, bien aplicando mecanismos como el de permuta del mismo por otro solar de titularidad municipal, bien en otra línea, procurando la reubicación de los alumnos en algún otro edificio que reúna condiciones más adecuadas que el actual para su uso escolar.

En base a los elementos jurídicos y de hecho que han quedado expuestos, esta Institución, al amparo del artículo 30.1 de la Ley Orgá-

nica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, formula el pertinente recordatorio de deberes legales que se desprende para la corporación local que V. I. preside de los preceptos mencionados en este escrito, así como la recomendación que se formula a continuación:

«Que por ese Ayuntamiento se actúe en alguna de las líneas apuntadas o en cualquier otra que se juzgue adecuada para la obtención de la finalidad de que los alumnos del Colegio Público (...), de Valencia, queden escolarizados, en el menor plazo de tiempo posible, en instalaciones adecuadas a la normativa educativa que ha quedado mencionada en este escrito».

Agradeciendo de antemano a V. I. la remisión a esta Institución, en plazo no superior a un mes, del informe preceptivo a que hace referencia el artículo 30.1, ya mencionado, en el que se ponga de manifiesto la aceptación de la recomendación formulada o, en su caso, las razones en que se basa su no aceptación.

Madrid, 26 de julio de 2011.

Recomendación dirigida a la Alcaldesa del Ayuntamiento de Valencia.

Recomendación 71/2011, de 29 de julio, sobre complementos retributivos.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 498*)

Agradecemos su informe (s/ref...) en relación con la queja formulada por don (...), registrada con el número arriba indicado, relativa al descuento de la productividad funcional durante la realización de los cursos de ascenso en el Cuerpo Nacional de Policía.

Analizado su contenido, esta Institución estima necesario realizar una serie de consideraciones al respecto.

Como V. E. ya conoce, el artículo 23.3.c) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, establece que el complemento de productividad está destinado a retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa con que el funcionario desempeñe su trabajo.

En el mismo sentido, el Real Decreto 950/2005, de 29 de julio, de retribuciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, dispone que el complemento de productividad estará destinado a retribuir el especial rendimiento, la actividad y dedicación extraordinarias no previstas a través del complemento específico, y el interés o iniciativa en el desempeño de los puestos de trabajo, siempre que redunden en mejorar el resultado de estos últimos. Su cuantía individual se determinará por el Ministerio del Interior, dentro de los créditos que se asignen para esta finalidad, y de acuerdo con las mismas normas establecidas para los funcionarios incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

De los citados preceptos se desprende, en cuanto a la naturaleza y ámbito de aplicación del citado complemento retributivo, que éste es individual y no colectivo, y que su abono dependerá del especial rendimiento de cada funcionario en el puesto de trabajo que tenga asignado, no pudiendo constituir una retribución fija, de forma que su asignación durante un período de tiempo no originará un derecho individual para su valoración o apreciación en períodos sucesivos.

En este sentido, el Tribunal Supremo, en sentencia de 1 de junio de 1987, precisó: «Los incentivos de productividad al estar cuantificados en función de un rendimiento superior al normal en el trabajo o destinado a retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativas con que el funcionario desempeña su trabajo, corresponde a las Administraciones Públicas el cuantificarlos en atención a ese superior rendimiento, motivado también por la dedicación exclusiva, dedicación especial, prolongación de jornada etc., además de la mayor cantidad de trabajo, y por ello en cada cuerpo, escala y, en atención a las circunstancias que en cada caso concreto lo aconseje, es donde procede la asignación de ello, no debiendo producirse, por consiguiente, su aplicación por un mero automatismo entre correlación y equiparación, y en base exclusivamente a una descripción de funciones y cometidos equivalentes».

En el informe remitido por esa Dirección General, se indica, respecto al descuento del complemento de productividad a los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía durante la realización de cursos de ascenso que, atendiendo a la propia naturaleza subjetiva del complemento de productividad, no puede ser acogido el argumento de que durante la realización del curso de ascenso se conserve el derecho a su percepción, pues la asignación del complemento de productividad depende de los criterios de distribución fijados discrecionalmente por la Administración y de las circunstancias de rendimiento personal del titular del puesto de trabajo, así como de su actividad extraordinaria y de su interés en el desempeño del mismo.

Sin embargo, y en contraposición a la anterior afirmación, es criterio consolidado de interpretación judicial que la propia Dirección General de la Policía ha desnaturalizado el complemento de productividad funcional produciéndose una evolución hacia el carácter objetivo del mismo, pues este complemento se ha distribuido de forma genérica entre los funcionarios policiales, desvinculándose de la consecución de cualquier objetivo, interpretación que viene sosteniéndose, homogéneamente, en supuestos idénticos, entre otras, en senten-

cias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 17 de mayo de 2002, de 29 de enero y 26 de mayo de 2003, así como en Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 29 de mayo de 2002, de 9 y 29 de septiembre de 2004 o en la más reciente de 7 de mayo de 2010, y sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana de 24 de julio y 18 de septiembre de 2007.

En consonancia con esta afirmación, los citados fallos judiciales apuntan que, en las instrucciones para la elaboración de propuestas de asignación individual de productividad al Cuerpo Nacional de Policía, de 23 de enero de 1998, se establecía: «Todos los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, salvo los alumnos de nuevo ingreso del Centro de Formación de Ávila y los funcionarios que se encuentren en situación de segunda actividad sin destino, devengarán desde el 1 de enero de 1998 alguna cuantía en concepto de productividad. Tanto el devengo (nacimiento del derecho) como el abono, tendrán, a partir de la entrada en funcionamiento del nuevo sistema, carácter mensual, en sus tres modalidades (funcional, por puestos de responsabilidad y turnos rotatorios)».

De tales previsiones, los órganos judiciales concluyen que ese centro directivo ha configurado el complemento de productividad como una retribución periódica de devengo mensual, cuya percepción se genera por el mero hecho de desempeñar un puesto de trabajo concreto, sin tener en cuenta la forma singular en que cada funcionario afectado desempeñaba el puesto de trabajo, y convirtiendo en objetivo lo que, en su propia esencia, y como ha quedado anteriormente expuesto, no lo es.

Posteriormente, y como afirma esa Dirección General en el informe trasladado a esta Institución, el 22 de marzo de 1998 se dictaron nuevas instrucciones sobre la distribución del complemento de productividad estableciendo: «durante la realización de cursos de actualización y perfeccionamiento se devengará la productividad asignada al área de actividad o al puesto de trabajo desempeñado en el momento de su iniciación». A este respecto, el 14 de enero de 1999, el Coordinador de Gestión Presupuestaria añadió que se omitían, de forma deliberada, los cursos de ascenso por promoción interna, concluyendo que no procedía reclamar la productividad durante la realización de los mismos.

En la línea de tales previsiones, esa Dirección General concluye en el informe trasladado a esta Institución que su actuación está ajusta-

da a derecho, ya que en las mencionadas instrucciones sobre distribución de la productividad, citadas en el párrafo anterior, no se contempla su devengo durante la realización de la fase presencial de un curso de ascenso y, además, porque la acreditación de las circunstancias aludidas no pueden ser llevadas a cabo por los funcionarios durante dicha realización, por no desempeñar en dicho período puesto de trabajo alguno.

Sin embargo, la doctrina jurisprudencial antes mencionada considera que «esta interpretación, emitida por el coordinador de Gestión Presupuestaria, no es determinante para la desestimación de la pretensión del abono del complemento de productividad durante la realización de cursos de ascenso por promoción interna, dado que, por una parte, no ha sido dictada por la misma autoridad que las anteriores instrucciones, que estableciendo los criterios generales de distribución del complemento de productividad, no excluían el percibo de la productividad durante los cursos de promoción interna, teniendo menor rango normativo ya que se limita a dar instrucciones para cumplimentar los listados de productividad y, por otra, esta precisión resulta contradictoria con lo dispuesto en la Instrucción de 23 de enero de 1998 respecto a que todos los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, salvo los alumnos de nuevo ingreso del Centro de Formación de Ávila, devengarían desde el 1 de enero de 1998 alguna cuantía en concepto de productividad, lo que incluye necesariamente a los alumnos que realizan cursos de promoción interna, como es el caso del recurrente; y, por último, resulta determinante lo alegado por el actor en el sentido de que la propia Dirección General de la Policía ha abonado la productividad a otros funcionarios que, como él, realizaron el curso de ascenso a Inspector de Policía por lo que se puede comprobar que algunos funcionarios de distintas plantillas de España, de entre todos los que realizaron dicho curso, percibieron el complemento de productividad, mientras que otros no percibieron ninguna cuantía por este concepto, o les fue abonada solo en algunos meses de los que duró el curso, lo que supondría una clara vulneración del principio de igualdad». (Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 27 de mayo de 2009 y de 7 de mayo de 2010).

Igualmente, en numerosos fallos judiciales se afirma que «el complemento de productividad adquiere una especial naturaleza jurídica cuando el interesado se encuentra realizando un curso de formación. Como sea que durante la realización del curso de ascenso no se percibió el complemento de productividad que venía percibiendo con anterioridad, al tratarse de una actividad de promoción interna, resulta

improcedente suprimir dicho complemento, por cuanto ello podría producir, entre otros efectos, la disuasión para participar en los mencionados cursos de ascensos, lo que carecería de sentido. No se debe olvidar que el demandante ha permanecido, durante la realización de los cursos de capacitación, en la situación administrativa de servicio activo, devengando por ello, el derecho a percibir el complemento de productividad reclamado. (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 18 de enero de 2011.)

En este sentido, y a juicio de esta Institución, la realización de un curso de ascenso o perfeccionamiento no puede traducirse en una discriminación del funcionario en materia retributiva o en un perjuicio económico para el mismo, descansando el argumento de esa Dirección General en que, de haber estado en su puesto, hubiera devengado el derecho a su abono, pues tal perjuicio patrimonial despliega y provoca un efecto disuasorio para la realización de tales cursos que choca con la garantía constitucional a la promoción interna y a la formación continua plasmados igualmente en el Estatuto Básico del Empleado Público, cuando, sin embargo, el reconocimiento del abono del complemento de productividad durante la realización de tales cursos de ascenso y perfeccionamiento supondría un incentivo positivo para los funcionarios.

El mantenimiento del criterio desestimatorio del abono del complemento de productividad funcional por parte de ese centro directivo a los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía que realizan un curso de ascenso a la categoría inmediatamente superior, ocasiona, como ha quedado patente, que los afectados tengan que acudir a los tribunales de justicia para reclamar y obtener el abono de la citada retribución complementaria, siendo muy numerosos los fallos de los Tribunales Superiores de Justicia de las distintas comunidades autónomas que vienen reconociendo tal derecho a los funcionarios policiales y, parece ser que, sin embargo, esa Dirección General niega en vía administrativa de forma continuada tales peticiones ignorando, a pesar de tener conocimiento de ello pues debe ejecutar los fallos dictados, la interpretación que realizan estos tribunales de justicia.

Finalmente, es de destacar que el Tribunal Supremo ha reconocido la extensión de efectos a otros afectados de las sentencias de origen que reconocen a los policías recurrentes el derecho a percibir el abono del complemento de productividad durante el período del curso de formación o perfeccionamiento, así, a título ilustrativo, sus sen-

tencias de 7 de febrero de 2007, de 19 de enero de 2007 y de 13 de diciembre de 2006.

Sobre la base de las argumentaciones expuestas, 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 ha resuelto formularle la siguiente recomendación:

«Que a efectos de evitar los agravios que desde el punto de vista económico e incluso de promoción profesional está provocando la desestimación del abono del complemento de productividad a los funcionarios policiales durante la realización de los cursos de ascensos y perfeccionamiento, se realicen cuantas gestiones resulten posibles, elevadas las consultas pertinentes ante el Ministerio de Economía y Hacienda, para que durante su realización esa Dirección General les reconozca el devengo y abono de la citada retribución complementaria».

Agradeciéndole la remisión a esta Institución 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 indicada Ley Orgánica 3/1981.

Madrid, 29 de julio de 2011.

Recomendación dirigida al Director General de la Policía y de la Guardia Civil. Ministerio del Interior.

Recomendación 72/2011, de 29 de julio, para que se adecue la Ley 5/2009, de 4 de junio, del Ruido de Castilla y León a lo dispuesto en la Ley 3/1985, de 18 de marzo, de Metrología.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 491*)

Le comunicamos que, en relación con la queja registrada en esta Institución con el número 10020533, se ha recibido informe del Centro Español de Metrología sobre la utilización de la pulgada como unidad de medida de las pantallas de televisión en la Ley 5/2009, de 4 de junio, del Ruido de Castilla y León, cuyo tenor literal es el siguiente:

«En efecto, hemos comprobado, que en el texto de la citada ley figura hasta en tres ocasiones la pulgada como unidad de medida, sin hacer referencia a su equivalencia con la unidad que corresponda del Sistema Internacional.

La Ley 3/1985, de 18 de marzo, de Metrología, establece en su artículo quinto que el sistema legal de unidades de medida es de uso obligatorio en todo el territorio español. También prohíbe el empleo de unidades de medida distintas de las legales para la medida de las magnitudes en los ámbitos de la actividad económica, de la salud y en el de la seguridad pública así como en el de los actos jurídicos y actividades administrativas. En el mismo artículo figuran algunas excepciones que entendemos no son aplicables a lo que de este escrito trata.

El artículo segundo de la referida Ley de Metrología faculta al Gobierno para, por real decreto, establecer los nombres de la unida-

des, sus símbolos, definiciones y reglas para la formación de sus múltiplos y submúltiplos, de conformidad con los acuerdos de la Conferencia General de Pesas y Medidas. Al amparo de esa ley se encuentra vigente el Real Decreto 2032/2009, de 30 de diciembre, por el que se establecen las unidades legales de medida que, además, incorpora al derecho español la Directiva 2009/3/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2009, por el que se modifica la Directiva 80/181/CEE del Consejo, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre unidades de medida.

A nuestro entender la publicación de una norma legal sobre limitación de ruido entra dentro del ámbito de aplicación del artículo de la citada Ley 3/1985.

En segundo término, a tenor de lo dispuesto en el citado Real Decreto 2032/2009, la pulgada no es una unidad perteneciente al Sistema Internacional de Unidades, que es el Sistema legal de unidades de medida obligatorio en España».

A la vista del contenido del informe del Centro Español de Metrología, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, procede formular la siguiente recomendación:

«Que se adopten las medidas oportunas para la adecuación de la Ley 5/2009, de 4 de junio, del Ruido de Castilla y León a lo dispuesto en la Ley 3/1985, de 18 de marzo, de Metrología, utilizando las unidades de medida legales pertenecientes al Sistema Internacional de Unidades».

Agradeciendo la remisión a esta Institución 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.

Madrid, 29 de julio de 2011.

Recomendación dirigida al Presidente de la Junta de Castilla y León.

Recomendación 73/2011, de 7 de septiembre, sobre la modificación del artículo 18 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 497*)

Se ha recibido su informe (s/ref...) en el que contesta a la investigación iniciada de oficio por esta Institución, que fue registrada con el número arriba indicado.

El mencionado informe termina afirmando que cualquier instrucción a las Gerencias del Catastro orientada a la atribución de efectos retroactivos a las resoluciones de los procedimientos de subsanación de discrepancias resultaría contraria a la legislación vigente.

Efectivamente, y esa es la razón por la que esta Institución se ha interesado por la posible modificación del artículo 18 de la Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, cuestión que no ha sido directamente contestada en el informe emitido.

La experiencia de esta Institución en las quejas tramitadas con las diferentes Gerencias y Subgerencias sobre la falta de adecuación de los datos catastrales a la realidad física o jurídica pone de manifiesto los perjuicios que este procedimiento ocasiona a los ciudadanos, que éstos no tienen por qué soportar, ya que la obligación que se impone de alimentar correctamente la base de datos del Catastro no viene aparejada con la debida información, por ello los ciudadanos perciben los errores en el momento de la liquidación de los impuestos que tie-

nen como base imponible la valoración catastral o con ocasión de algún negocio jurídico concreto al margen del Catastro.

En este punto hay que tener en consideración que tanto el artículo 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como el artículo 34 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, imponen a la Administración Pública el deber de auxiliar a los ciudadanos en el cumplimiento de sus obligaciones, a pesar de lo cual rara vez o nunca se facilita información sobre las diferentes vías con las que cuentan para la defensa de sus intereses y derechos, por lo que los ciudadanos se ven abocados a un procedimiento que en el mejor de los casos frustra sus expectativas de corregir los datos con efectos retroactivos ni siquiera hasta el plazo de prescripción. Lo que además no tiene reciprocidad con los efectos de las valoraciones del Catastro.

En muchas ocasiones los errores se han cometido por la propia Administración y cuando el interesado insta el procedimiento de subsanación de discrepancias lo hace tras seguir las indicaciones facilitadas y, tras una larga tramitación, resulta que no se corrige el error en origen, sino que se modifican los datos que figuran en el Catastro con efectos pro futuro, teniendo que soportar también las consecuencias de la tardanza de la gestión administrativa. En este aspecto hay que hacer hincapié en que los errores en la valoración, salvo suministro de datos por el ciudadano no acordes con la realidad con intención maliciosa, son siempre administrativos pues el ciudadano no aporta valoración catastral alguna.

Teniendo en cuenta estos hechos se efectuó una recomendación a la Dirección General del Catastro para que instase la modificación normativa del artículo 18 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario. Esta recomendación ha sido rechazada al considerar la mencionada Dirección General que la actual regulación procedimental ofrece soluciones a los problemas suscitados sin necesidad de abordar la modificación normativa recomendada. No obstante lo cual esta Institución sigue considerando necesario un cambio en los efectos del procedimiento de subsanación de discrepancias.

Por consiguiente, 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 se incorpore una modificación en el artículo 18 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, que aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario por el que se dé cabida a la posibilidad de retrotraer la fecha de efectos de las modificaciones en los procedimientos que, con independencia de la calificación que realicen los interesados, se tramiten por el procedimiento de subsanación de discrepancias y cuando la responsabilidad del error sea atribuible exclusivamente a la actuación administrativa».

Agradeciendo la remisión a esta Institución 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.

Madrid, 7 de septiembre de 2011.

Recomendación dirigida al Secretario de Estado de Hacienda y Presupuestos. Ministerio de Economía y Hacienda.

Recomendación 74/2011, de 7 de septiembre, sobre adopción de medidas en relación con determinadas solicitudes de protección internacional.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 503*)

Mediante la presente, acusamos recibo a su atento escrito (...), en relación con las actuaciones seguidas por la Oficina de Asilo y Refugio en el caso de la petición de protección internacional formulada por doña (...) y sus nietos menores de edad en el Aeropuerto de Madrid-Barajas.

La información remitida por V. I. confirma que no se tramitaron demandas de protección internacional para los menores, acumulándose las peticiones de los menores a las de su abuela y se explican las razones por las cuales se consideró procedente dicha actuación.

Sin embargo, a juicio de esta Institución, en el supuesto aquí tratado, existía un dato de gran relevancia que debiera haber conducido a dar un trato diferenciado a las peticiones de los menores. Nos referimos al hecho de que la madre de éstos se encontraba en España y sobre su demanda de asilo aún no se había dictado resolución, aun cuando, según se informa, cuando se formalizó la petición de la abuela y los menores, el órgano instructor había efectuado propuesta de resolución desfavorable a la solicitud.

Por tanto, ha quedado acreditado que en el momento en el que la abuela y los menores manifestaron su voluntad de solicitar asilo en el puesto fronterizo, la madre de éstos era aún solicitante de protección internacional con su demanda admitida a trámite puesto que la reso-

lución no se había dictado, ni notificado. Por otro lado, una vez notificada, y en el supuesto de que finalmente se denegara el asilo, la demandante y madre de los menores tenía abierta la vía judicial y en la misma podía solicitar la suspensión de la salida obligatoria de territorio español. En definitiva, cuando se planteó la solicitud de asilo por la abuela y los menores, se desconocía el curso de las actuaciones a las que daría lugar la resolución administrativa que se dictara en la demanda de la madre.

Lo anteriormente expuesto junto con el principio de unidad familiar, hubiera demandado en el presente caso, un tratamiento diferenciado de las solicitudes de los menores, lo que no se realizó, sin que en el momento presente sea posible modificar las actuaciones realizadas.

No obstante, y en lo que se refiere a la procedencia de que los menores presenten solicitudes independientes, cabe manifestar lo siguiente:

Si bien es cierto que la legislación vigente señala que el trato diferenciado se dará «cuando sea preciso», dejando en manos de la Administración actuante la valoración de cada supuesto, también lo es que el legislador ha dedicado un título, en concreto, el «V» denominado «de los menores y otras personas vulnerables» por entender que el tratamiento diferenciado supone una mayor garantía y, en el caso de los menores, permite establecer con más claridad su interés superior.

Resulta preciso recordar que la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, no implica una libre elección entre dos o varias posibilidades sino un problema de aplicación del derecho que se reduce, esencialmente, en someter el problema jurídico a una única solución justa. Si se parte de que todos los conceptos jurídicos presentan un halo de certeza y una zona de penumbra, que contiene siempre algún grado de indeterminación, hemos de concluir que la valoración que realice la administración para determinar si procede el trato diferenciado o no dependerá, en buena medida, de la valoración que efectúen los funcionarios que ostenten la competencia.

Por ello, esta Institución, además de valorar de forma distinta el caso particular tratado en la presente queja en el sentido de que entendemos que hubiera procedido dar un trato diferenciado a las solicitudes de los menores, considera que debe constituir un principio insoslayable el dar un trato diferenciado a todas las peticiones de protección internacional de los menores y de personas en situación

de vulnerabilidad, teniendo en cuenta la naturaleza de la institución de la protección internacional y los destinatarios a los que se refiere el artículo 46 de la Ley reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. Las razones por las cuales entendemos que este trato diferenciado debe aplicarse en todo caso son las siguientes:

En el Preámbulo de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, se explica que la inclusión de este título (el V) y el tratamiento que en él se otorga a las personas a que se refiere constituyen otra novedad, que viene a subsanar la falta de referencias explícitas a ellas, en especial a los menores, afirmándose que «con ello se profundiza en la mencionada línea garantista derivada del interés superior del menor».

No parece necesario extenderse sobre las dificultades para determinar cuál es el interés superior de los menores y por ello, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) emitió unas directrices en el año 2008.

Por lo que se refiere al ámbito concreto del asilo, el Alto Comisionado emitió en el año 2009 las denominadas «Directrices de Protección Internacional. Solicitudes de asilo de niños 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados», con el fin de proporcionar orientación legal interpretativa a los gobiernos, abogados y personas encargadas de la toma de decisiones y la judicatura.

Las normas mínimas para el trato de los niños durante los procedimientos de asilo reflejadas en las directrices mencionadas se refieren, en síntesis, a la tramitación prioritaria de las solicitudes, sin perjuicio del tiempo que precisen los menores para prepararse y reflexionar acerca de las manifestaciones que van a realizar; iniciar la localización y la reunificación familiar con los padres tan pronto sea posible, a excepción de que dicha reunificación pueda suponer un riesgo para el niño; nombramiento de un tutor independiente y capacitado; derecho a expresar sus opiniones y participar de una manera significativa. En este sentido se indica que «el propio relato del niño de su experiencia es a menudo esencial para la identificación de sus necesidades de protección individual y, en muchos casos, el niño es la única fuente de esta información», selección de métodos adecuados de comunicación para las diferentes etapas del procedimiento, etcétera.

Esta Institución ha analizado las directrices mencionadas y considera de interés reflejar a continuación algunos extractos contenidos

en las mismas, que permiten comprender las razones que motivan las normas mínimas antes mencionadas. Entre ellos:

«Cada niño tiene el derecho de interponer una solicitud de asilo independiente, sin importar si el niño está acompañado o no». En las directrices se hace hincapié en que toda persona menor de 18 años que sea el solicitante de asilo principal tiene derecho a las salvaguardias procedimentales sensibles a los niños, y se pone de manifiesto que la reducción de la edad de la niñez o la aplicación de enfoques restrictivos sobre la evaluación de la edad, a fin de tratar a los niños como adultos en los procedimientos de asilo, puede resultar una violación de sus derechos bajo el derecho internacional de los derechos humanos. Incluso se considera que las directrices mencionadas pueden ser importantes cuando el solicitante de asilo tiene 18 años de edad o es ligeramente mayor.

«... Aunque los niños puedan enfrentar formas similares o idénticas de daño como los adultos, ellos pueden experimentarlo de manera distinta. Las acciones y amenazas que no puedan alcanzar el umbral de persecución en el caso de un adulto, pueden equivaler a persecución en el caso de un niño por el simple hecho de ser un niño. La inmadurez, la vulnerabilidad, el no tener un desarrollo de mecanismos para enfrentar situaciones, la dependencia, así como las diferentes etapas de desarrollo y la dificultad en las capacidades, pueden estar directamente relacionadas con la forma en que un niño experimenta o siente el temor.»

«... En el caso de un solicitante niño, el daño psicológico puede ser particularmente un factor relevante a considerar. Los niños son más propensos a estar angustiados por situaciones hostiles, a creer en amenazas improbables, y afectarse emocionalmente por circunstancias desconocidas. Los recuerdos de acontecimientos traumáticos pueden persistir en un niño, colocándole en mayor riesgo de daños futuros. Los niños también son más sensibles a los actos que atañen a sus parientes cercanos. El daño causado contra los miembros de la familia del niño puede sustentar un fundado temor en ellos. Por ejemplo, un niño que ha sido testigo de violencia, o sufrido la desaparición o asesinato de su padre o madre u otra persona de quien el niño dependía, puede tener el fundado temor de persecución incluso si el acto no ha sido planeado directamente en contra de él. Bajo ciertas circunstancias, por ejemplo, la separación forzada del niño o de alguno de sus padres debido a leyes de custodia discriminatorias o la detención de la madre o el padre del niño puede equivaler a persecución.»

«... La privación de derechos económicos, sociales y culturales, incluso puede ser relevante para la valoración de la solicitud del niño como el de los derechos civiles y políticos. Es importante el no atribuir un mayor significado, automáticamente, a ciertas violaciones más que a otras, sino el evaluar el impacto general del daño de cada niño. La violación de un derecho generalmente puede exponer al niño a otros abusos; por ejemplo, el denegarle el derecho a la educación o un adecuado nivel de vida puede conducir a intensificar el riesgo de otras formas de daño, incluyendo violencia y abuso.»

Lo anterior refleja de forma clara que el enfoque a aplicar en las solicitudes de protección internacional presentadas por los menores es absolutamente distinto al que debe aplicarse a las solicitudes de los adultos y, en consecuencia, la única forma de evaluar en profundidad y con las suficientes garantías la procedencia o improcedencia de otorgar la protección es la de otorgar un trato diferenciado a las solicitudes de los menores. Es evidente que no resultará posible determinar la situación del menor de que se trate sin escuchar a éste utilizando la metodología adecuada para ello y sin efectuar la valoración correspondiente que deberá tener en cuenta no sólo sus manifestaciones sino también sus expresiones no verbales y su madurez.

La necesidad de que se tramiten de forma individual los expedientes de los menores ha sido una preocupación constante de esta Institución. De hecho, tras constatar que los funcionarios policiales de los puestos fronterizos tramitaban un expediente conjunto para los adultos y los menores que acompañaban a éstos, se dirigió un escrito a la Comisaría de Extranjería y Fronteras en el que, en síntesis, se indicaba que esta Institución entendía necesario que se instruyeran expedientes individuales a los menores, ya que la situación de éstos podía ser sustancialmente distinta a la de los adultos que les acompañan y, por tanto, la resolución que se dictara debía justificar de manera específica los motivos por los que no se permitía el acceso del menor a territorio nacional y se formuló una recomendación con el siguiente contenido:

«1. Que se impartan instrucciones a los puestos fronterizos a fin de que en los supuestos en los que se deniegue la entrada a adultos que vengan acompañados de menores de edad se incoe de manera individual el correspondiente expediente de denegación de entrada y retorno al menor de edad.

2. Que se impartan instrucciones a los puestos fronterizos a fin de que en los supuestos en los que se deniegue la entrada a un menor

de edad que alegue vínculos familiares con un ciudadano extranjero que tenga derecho a residir en España en virtud de alguno de los supuestos del Real Decreto 240/2007, se haga constar de manera detallada en el expediente la relación de documentos que el interesado aporta, a fin de acreditar su vínculo familiar, así como las gestiones realizadas a fin de comprobar, en su caso, la veracidad de los mismos».

La recomendación fue aceptada por la Comisaría de Extranjería y Fronteras y se dictó la Circular n.º 10/09, relativa al «acceso de menores extranjeros acompañados a los puestos fronterizos (normas de actuación a seguir)», que fue difundida a las diferentes Unidades policiales en octubre de 2009. En dicha circular se establecen de forma detallada las actuaciones a seguir ante la llegada de un menor, incluyendo un 'Modelo de procedimiento de denegación de entrada a menor' con el fin de facilitar las actuaciones y garantizar que las mismas se realicen de forma correcta.

Esta Institución considera que sólo la tramitación de expedientes individuales supone una garantía para los menores y entiende que si se ha llegado a la conclusión de que en el supuesto de rechazos en frontera y retornos es preciso tramitar expedientes individuales, en los supuestos de protección internacional debe llegarse a la misma conclusión, especialmente teniendo en cuenta la naturaleza y características de la institución del asilo.

Por lo expuesto, hemos estimado procedente dirigirnos a V. I. al amparo de lo establecido en el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1982, de 6 de abril, reguladora de esta Institución, para formular la siguiente recomendación:

«Que se adopten las medidas adecuadas para garantizar un trato diferenciado mediante el establecimiento de un procedimiento específico, en las solicitudes de protección internacional que se presenten por las personas a las que se refiere el artículo 46 de la Ley 2/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

Que se evalúe la procedencia de incluir en el Reglamento de asilo una disposición que determine de forma expresa el derecho de las personas incluidas en el mencionado artículo, y en particular de los menores, de formular solicitudes de asilo independientes, estableciéndose un procedimiento específico para ello que tome en consideración el grado de madurez del menor».

En la seguridad de que esta recomendación será objeto de atención por parte de V. I. y en espera de la preceptiva respuesta.

Madrid, 7 de septiembre de 2011.

**Recomendación dirigida al Subdirector General de Asilo.
Ministerio del Interior.**

Recomendación 75/2011, de 7 de septiembre, sobre la aprobación de un procedimiento específico para tramitar los casos de insolvencia personal o familiar.

(BOCG. Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, págs. 498-499)

Se ha recibido su escrito, en el que nos comunica que las medidas relativas a la protección de las personas físicas en relación con el impago de los préstamos hipotecarios están siendo estudiadas en la Subcomisión de la Vivienda del Congreso de los Diputados, por considerar que es más oportuno que esta cuestión sea debatida, junto con otras relacionadas, en el seno de dicha Subcomisión, en lugar de incluirlo en la reforma de la Ley Concursal, que en la actualidad está en fase parlamentaria.

A este respecto, esta Institución valora positivamente la creación de una Subcomisión de la Vivienda en el Congreso de los Diputados para analizar los elementos de mejora en el sistema hipotecario español, en particular, respecto a aquellas condiciones que puedan ser consideradas abusivas.

No obstante lo anterior, el hecho de que se haya cambiado de criterio y se haya decidido que en el proyecto de reforma de la Ley Concursal no se prevea medida alguna relativa a la protección de las personas físicas por insolvencia familiar sobrevenida, no nos parece justificado, dado que el resultado del trabajo de la citada Subcomisión de Vivienda es incierto y se ciñe únicamente a la dificultad en el pago de la vivienda y no a la insolvencia provocada por otras circunstancias. Además, se desconoce el contenido del mismo hasta tanto se termine y presente al Gobierno para su aprobación, quien puede tomarlo en cuenta o no.

Por otro lado, tanto desde esa Secretaría de Estado como desde la Secretaría de Estado de Presidencia del Gobierno se nos trasladó, desde un principio, la preocupación por este problema y se comunicó la disposición a estudiar la oportunidad de una reforma legislativa, o una solución específica y concreta, ya que según han reconocido dichos organismos la normativa vigente es insuficiente para responder a la situación social actual, siendo necesaria por lo menos la adecuación de la misma.

En cuanto al aspecto concreto de la relación hipotecaria hay que destacar que la legislación civil, la financiera y la procesal en esta materia no guardan el debido equilibrio entre las obligaciones de las partes. A juicio de esta Institución, esta legislación no protege suficientemente los intereses de los ciudadanos, que son la parte más débil de la relación contractual, sino que su finalidad está encaminada a la regulación de un mercado concreto, a la protección fundamental de la institución hipotecaria y a la salvaguardia de los intereses del acreedor, que es la parte más fuerte de dicha relación, generalmente constituida por entidades bancarias. A este respecto, deberíamos siempre tener presente que dichas entidades concedieron los préstamos hipotecarios sin valorar suficientemente los riesgos de los mismos, autorizando créditos de hasta un 120 por ciento del valor de tasación de los inmuebles y con unos plazos de devolución de hasta 50 años.

Por su parte, se ha demostrado que no han sido operantes los seguros de protección de préstamos, que en algunos casos las entidades financieras obligaron a contratar junto al préstamo hipotecario, dado que en la mayoría de ellos los ciudadanos no cumplían desde su contratación algunos de los requisitos exigidos para desplegar la cobertura, como, por ejemplo, no tener contratos de trabajo indefinidos.

También, existen causas ajenas a la voluntad de los ciudadanos que les imposibilita hacer frente a la deuda, como la dificultad de la venta directa de cualquier inmueble debido a la situación del mercado, así como el desempleo.

En la normativa procesal reguladora de la ejecución hipotecaria vigente no se prevé la posibilidad de que el juez examine la situación del deudor y dada la existencia de motivos tasados para la oposición, éste no puede oponerse a la ejecución. Se crea así una cierta inseguridad jurídica al no poder defenderse el deudor; además, el principio de responsabilidad patrimonial universal de las personas

físicas permite al acreedor perseguir sus bienes e ingresos de forma indefinida.

Mientras que un objetivo primordial del Gobierno es procurar la garantía efectiva de los derechos fundamentales y sociales de las personas, el ordenamiento jurídico positivo vigente obstaculiza su ejercicio, y por ello es necesario establecer una regulación específica o la modificación de la normativa existente que facilite la consecución material de los derechos fundamentales. Si bien es cierto que el artículo 47 de la Constitución española, que reconoce el derecho a la vivienda, no está constituido como un derecho subjetivo directamente exigible por los ciudadanos, no es óbice para que vincule a los poderes públicos en todas las actuaciones que desarrollen sobre la materia e inspire la normativa que sobre ella se dicte. Además no se pueden olvidar otros pronunciamientos constitucionales como la dignidad de la persona y el derecho a la tutela judicial efectiva que sujetan toda la intervención de los poderes públicos. Es más, los principios rectores de la política social y económica recogidos en el capítulo III, del título I de la Constitución española, comprometen a los poderes públicos a promover las medidas necesarias para hacer efectivos estos derechos adecuándolos a la realidad y eludir la exclusión social a la que, inevitablemente, se están viendo abocadas muchas personas y familias por este actual marco legal.

Del mismo modo no hay que olvidar que la insolvencia de las personas físicas no empresarias no tiene necesariamente que traer causa de una hipoteca, sino que puede ser originada por cualquier otro préstamo o deuda.

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 se estudie de nuevo el problema de la insolvencia familiar y se valore la oportunidad de establecer una regulación específica y concreta sobre el concurso de las personas físicas no empresarias, así como que se estudie la modificación de la normativa existente con la finalidad de equilibrar los derechos y obligaciones en la resolución de la relación hipotecaria, teniendo en cuenta los derechos garantizados por la Constitución española, que compromete a los poderes públicos a establecer las condiciones de su realización, removiendo asimismo los obstáculos que impiden que los derechos y los principios que lo fundamentan sean efectivos, y evitar así la exclusión social a la que

inevitablemente se están viendo sometidas muchas personas y familias por el actual marco legal existente».

Agradeciendo la remisión a esta Institución 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.

Madrid, 7 de septiembre de 2011.

Recomendación dirigida al Director del Gabinete de la Presidencia del Gobierno.

Recomendación 76/2011, de 7 de septiembre, sobre la aprobación de un procedimiento específico para tramitar los casos de insolvencia personal o familiar.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, págs. 498-499*)

Se ha recibido escrito del Director del Gabinete de Presidencia del Gobierno, en el que informa de que las medidas relativas a la protección de las personas físicas en relación con el impago de los préstamos hipotecarios están siendo estudiadas en la Subcomisión de la Comisión de Vivienda del Congreso de los Diputados, por considerar que es más oportuno que esta cuestión sea debatida, junto con otras relacionadas, en el seno de dicha Subcomisión, en lugar de incluirlo en la reforma de la Ley Concursal, que en la actualidad está en fase parlamentaria.

A este respecto, esta Institución valora positivamente la creación de una Subcomisión de la Vivienda en el Congreso de los Diputados para analizar los elementos de mejora en el sistema hipotecario español, en particular, respecto a aquellas condiciones que puedan ser consideradas abusivas.

No obstante lo anterior, el hecho de que se haya cambiado de criterio y se haya decidido que en el proyecto de reforma de la Ley Concursal no se prevea medida alguna relativa a la protección de las personas físicas por insolvencia familiar sobrevenida, no nos parece justificado, dado que el resultado del trabajo de la citada Subcomisión de Vivienda es incierto y se ciñe únicamente a la dificultad en el pago de la vivienda y no a la insolvencia provocada por otras circunstancias. Además se desconoce el contenido del mismo hasta tanto se

termine y presente al Gobierno para su aprobación, quien puede tomarlo en cuenta o no.

Por otro lado, tanto desde esa Secretaría de Estado como desde la Secretaría de Estado de Presidencia del Gobierno se nos trasladó, desde un principio, la preocupación por este problema y se comunicó la disposición a estudiar la oportunidad de una reforma legislativa, o una solución específica y concreta, ya que según han reconocido dichos organismos la normativa vigente es insuficiente para responder a la situación social actual, siendo necesaria por lo menos la adecuación de la misma.

En cuanto al aspecto concreto de la relación hipotecaria hay que destacar que la legislación civil, la financiera y la procesal en esta materia no guardan el debido equilibrio entre las obligaciones de las partes. A juicio de esta Institución, esta legislación no protege adecuadamente los intereses de los ciudadanos, que son la parte más débil de la relación contractual, sino que su finalidad está encaminada a la regulación de un mercado concreto, a la protección fundamental de la institución hipotecaria y a la salvaguardia de los intereses del acreedor, que es la parte más fuerte de dicha relación, generalmente constituida por entidades bancarias. En todo caso, no debiéramos olvidar que fueron éstas las que concedieron los préstamos hipotecarios sin valorar suficientemente los riesgos de los mismos, autorizando créditos de hasta un 120 por ciento del valor de tasación de los inmuebles y con unos plazos de devolución de hasta 50 años.

Por su parte, se ha demostrado que no han sido operantes los seguros de protección de préstamos, que en algunos casos las entidades financieras obligaron a contratar junto al préstamo hipotecario, dado que en la mayoría de ellos los ciudadanos no cumplían desde su contratación algunos de los requisitos exigidos para desplegar la cobertura, como, por ejemplo, no tener contratos de trabajo indefinidos.

También, existen causas ajenas a la voluntad de los ciudadanos que les imposibilita hacer frente a la deuda, como la dificultad de la venta directa de cualquier inmueble debido a la situación del mercado, así como el desempleo.

En la normativa procesal reguladora de la ejecución hipotecaria vigente no se prevé la posibilidad de que el juez examine la situación del deudor y dada la existencia de motivos tasados para la oposición, éste no puede oponerse a la ejecución. Se crea así una cierta inseguridad

ridad jurídica al no poder defenderse el deudor; además, el principio de responsabilidad patrimonial universal de las personas físicas permite al acreedor perseguir sus bienes e ingresos de forma indefinida.

Ha de ser un objetivo primordial del Gobierno la garantía efectiva de los derechos fundamentales y sociales de las personas, que el ordenamiento jurídico positivo vigente obstaculiza, y por ello es necesario establecer una regulación específica o la modificación de la normativa existente que facilite la consecución material de los derechos fundamentales. Si bien es cierto que el artículo 47 de la Constitución española, que reconoce el derecho a la vivienda, no está constituido como un derecho subjetivo directamente exigible por los ciudadanos, no es óbice para que vincule a los poderes públicos en todas las actuaciones que desarrollen sobre la materia e inspire la normativa que sobre ella se dicte. Además no se pueden olvidar otros pronunciamientos constitucionales como la dignidad de la persona y el derecho a la tutela judicial efectiva que sujetan toda la intervención de los poderes públicos. Es más, los principios rectores de la política social y económica recogidos en el capítulo III, del título I de la Constitución española, comprometen a los poderes públicos a promover las medidas necesarias para hacer efectivos estos derechos adecuándolos a la realidad y eludir la exclusión social a la que inevitablemente se están viendo abocadas muchas personas y familias por este sistema legal.

Del mismo modo no hay que olvidar que la insolvencia de las personas físicas no empresarias no tiene necesariamente que traer causa de una hipoteca, sino que puede ser originada por cualquier otro préstamo o deuda.

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 se estudie de nuevo el problema de la insolvencia familiar y se valore la oportunidad de establecer una regulación específica y concreta sobre el concurso de las personas físicas no empresarias, así como que se estudie la modificación de la normativa existente con la finalidad de equilibrar los derechos y obligaciones en la resolución de la relación hipotecaria, teniendo en cuenta los derechos garantizados por la Constitución española, que compromete a los poderes públicos a establecer las condiciones de su realización, removiendo asimismo los obstáculos que impiden que los derechos y los principios que lo fundamentan sean efectivos, y evitar así la exclusión social a la que

inevitablemente se están viendo sometidas muchas personas y familias por el sistema legal existente».

Por otra parte, e independientemente de lo anterior, con fecha 10 de mayo pasado esta Institución solicitó a esa Secretaría de Estado un nuevo informe en relación a este asunto, y no nos ha sido remitido, por lo que se le recuerda el deber legal que le incumbe de auxiliar, con carácter preferente y urgente, al Defensor del Pueblo en sus investigaciones e inspecciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, anteriormente citada.

Agradeciendo la remisión a esta Institución 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.

Madrid, 7 de septiembre de 2011.

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

Recomendación 77/2011, de 7 de septiembre, sobre la adaptación de las viviendas con protección pública a personas discapacitadas.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 509*)

Acusamos recibo de su informe de fecha 28 de marzo de 2011 (...), en el que contesta en relación con la investigación de oficio desarrollada por esta Institución, registrada con el número arriba indicado.

El informe de esa Dirección General se ciñe a dar traslado del resultado de la visita que los servicios técnicos del Área de Inspección, Control y Régimen Jurídico hicieron el pasado 11 de marzo a la vivienda ubicada en el (...) de Madrid, para comprobar si cumplía o no los requisitos que indica la Orden del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo del 3 de marzo de 1980, sobre características de los accesos, aparatos elevadores y condiciones interiores de las viviendas para minusválidos, proyectadas en inmuebles de protección oficial.

Como resumen del resultado de la citada inspección se señala en dicho informe que la referida vivienda «cumple las características que indica la Orden de 3 de marzo de 1980, salvo en la altura de los muebles altos de la cocina», ya que al ser el mobiliario de la cocina el convencional, los muebles altos no están adaptados para que pueda accederse a ellos desde una silla de ruedas como la que utiliza la adjudicataria de la vivienda.

Suponemos que esta deficiencia constatada en esa visita del pasado mes de marzo ya existía en el momento en el que se debió realizar la necesaria y obligatoria inspección a esa vivienda por parte de los

servicios competentes de esa Dirección General y que habría servido de base para que la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid adjudicase dicha vivienda a una persona con discapacidad. Si así hubiere sido, podríamos deducir que esa Dirección General consideró que, o bien que a pesar de tal deficiencia se cumplían los requisitos que indicaba la Orden del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo del 3 de marzo de 1980, o bien que se desconoció entonces que esa vivienda se asignaría a un discapacitado que precisaba desplazarse en silla de ruedas o bien que no se llegó a inspeccionar físicamente esa vivienda antes de otorgarse la calificación de estar adaptada a un discapacitado.

En opinión de esta Defensoría, a la vista de esa deficiencia y de las otras que tuvieron que ser subsanadas a instancias de la adjudicataria de esa vivienda, no se tenía que haber otorgado su calificación definitiva como vivienda adaptada a los discapacitados.

Este criterio nuestro encuentra su apoyo en el hecho de que la citada adjudicataria, con posterioridad a la recepción de esa vivienda, tuvo que denunciar ante la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, propietaria y promotora de esa edificación, la existencia de otros elementos que estaban sin adaptarse a su condición de minusválida física con necesidad de valerse de una silla de ruedas, deficiencias que fueron subsanadas por la EMVS antes de que los Servicios Técnicos del Área de Inspección, Control y Régimen Jurídico de esa Administración autonómica realizase la visita del pasado 11 de marzo.

En cualquier caso, en el informe que se nos ha enviado con el resultado de la inspección realizada recientemente, esa Dirección General no indica medida alguna que se pudiera adoptar a la vista de la verificación de que no se cumplieron todos los requisitos exigidos en la citada orden que entonces estaba vigente.

Además de ello, en el escrito que enviamos a ese Centro Directivo el pasado 2 de febrero, por el que iniciamos la presente investigación de oficio, expusimos nuestras dudas sobre si en las inspecciones que se han de desarrollar por el Área de Inspección, Control y Régimen Jurídico para otorgar las calificaciones definitivas de este tipo de viviendas protegidas, se tienen en cuenta otras exigencias no contenidas en aquella orden ni en el Real Decreto 173/2010, de 19 febrero, que la sustituyó y con las que se atenderían las necesidades de quienes serán discapacitados específicos.

De los datos que obran en esta investigación de oficio parece desprenderse que se hace una interpretación de la normativa aplicable en esta materia que, en caso de duda, no resulta a favor del discapacitado que será el usuario de este tipo de viviendas adaptadas de promoción pública.

Por otro lado, además de que no se nos ha informado de las salvedades o medidas correctoras que, en el ejercicio de las competencias que tiene asumidas, ese Centro Directivo tenía que haber adoptado cuando visitó la vivienda antes de que fuese habitada por la adjudicataria o cuando la ha visitado en el pasado mes de marzo a instancias de esta Institución, debemos señalar que el motivo de esta investigación de oficio no fue que se nos informase de este caso concreto toda vez que hicimos mención del mismo a título de ejemplo, ya que conocíamos que el mobiliario de la cocina no estaba adaptado a las circunstancias personales de la adjudicataria de la vivienda que tiene que desplazarse en una silla de ruedas, además de otras deficiencias denunciadas por la misma ante esta Defensoría y ante la EMVS.

El objetivo al inicio de esta investigación fue conocer los criterios normativos propios de la Comunidad de Madrid que han de regular las condiciones mínimas que debían tener las viviendas reservadas a aquellos minusválidos que tuvieran una afectación motora en las extremidades inferiores que les obligasen a desplazarse en una silla de ruedas o a quienes padecieran sordera o ceguera, así como que se nos expusiese la metodología seguida en la comprobación de las medidas mínimas que se exigen en estos casos, así como el contenido actual de tales normas.

Dado que no se ha contestado a estas cuestiones, debemos deducir que esa Comunidad Autónoma actualmente no ha desarrollado tales criterios normativos en esta materia como sí han hecho otras comunidades. Por ejemplo, la Comunidad de Navarra en su Decreto Foral 142/2004, de 22 de marzo, por el que se regulan las condiciones mínimas de habitabilidad de las viviendas en la Comunidad Foral de Navarra, en cuyo artículo 11 expone de forma muy detallada la normativa particular que ha de tenerse en cuenta en las viviendas para minusválidos.

Por consiguiente, de los datos facilitados por esa Administración autonómica deducimos que actualmente se rige por la normativa de carácter estatal como es el Real Decreto 173/2010, de 19 febrero, además de tener en cuenta la Ley de la Comunidad de Madrid 8/1993, de

22 de junio, de promoción de accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas de Madrid, en la medida en que incida en esta materia su contenido como puede suceder con los artículos 27 y siguientes dedicados a las viviendas para personas con movilidad reducida permanente, así como la Orden de esa Consejería 2739/2010, de 9 de agosto, que establece las bases reguladoras de la concesión de subvenciones para la mejora de la accesibilidad en el interior de las viviendas de la Comunidad de Madrid, y convoca subvenciones para el año 2010.

Es verdad que el Real Decreto 173/2010, de 19 febrero, que modifica el Código Técnico de la Edificación, aprobado por el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo de 2006, en materia de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad ha mejorado sensiblemente el contenido de los parámetros y requisitos mínimos que deben tenerse en cuenta a la hora de construir y distribuir interiormente una vivienda destinada a un discapacitado, en comparación con la regulación que se hacía en la derogada Orden de 3 de marzo de 1980 y en el Real Decreto 556/1989, de 19 de mayo, por el que se arbitran medidas mínimas sobre accesibilidad en los edificios.

Sin embargo, debemos señalar que dicha norma estatal únicamente ha establecido unas condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación que garanticen unos mismos niveles de igualdad de oportunidades a todos los ciudadanos con discapacidad, en los distintos ámbitos de aplicación de la ley, entre los que figuran los edificios, lo cual supone que esa Comunidad Autónoma, en el ámbito de sus propias competencias, puede completar esa normativa mejorando aún más las condiciones que han de tenerse en cuenta en beneficio de ese colectivo de ciudadanos, especialmente de aquellos que usan sillas de ruedas o que tienen deficiencias auditivas o visuales.

Esta Defensoría tiene presente que con la Ley de la Comunidad de Madrid 8/1993, de 22 de junio, se buscó la supresión de barreras arquitectónicas y obstáculos en las vías y espacios libres públicos y en el mobiliario urbano, en la construcción o reestructuración de edificios y en los medios de transporte y de la comunicación sensorial, tanto de propiedad privada como pública, con el fin de que puedan tener accesibilidad todas aquellas personas que, por una u otra razón, de forma permanente o transitoria, se encuentran en una situación de limitación o movilidad reducida, así como que con la Orden 2739/2010, de 9 de agosto, se ha pretendido la concesión de ayudas de carácter técnico adecuadas para mejorar la calidad de vida y la acce-

sibilidad en el interior de las viviendas de la Comunidad de Madrid de dichas personas.

Sin embargo, esta Institución echa en falta una norma que, en adelante, regule de forma más precisa una mayor movilidad de esos usuarios, fundamentalmente las personas mayores o con movilidad reducida, en el interior de sus viviendas (además de en los otros lugares regulados por la citada ley) y que no tengan que realizar ellos mismos las obras de adaptación que se contemplan en la mencionada Orden 2739/2010, de 9 de agosto, ni solicitar la subvención del 70 por 100 del coste del total de las todas las actuaciones a desarrollar en la vivienda con un límite máximo de 10.000 euros por vivienda, lo cual supone que ellos deberán asumir el 30 por ciento de los gastos y esperar a que se tramite su petición y se ingrese la correspondiente ayuda en el caso de que se les conceda y exista crédito presupuestario para ello, lo cual no siempre ocurre como sucede para este ejercicio del 2011.

Por lo expuesto, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, procedemos a formular la siguiente recomendación:

«1. Que, en el ejercicio de las competencias que tiene asumidas la comunidad autónoma, esa Consejería inste la aprobación de una norma que regule de la forma más detallada posible las condiciones mínimas que deberán observarse en la construcción y distribución interior de las viviendas reservadas y destinadas a los minusválidos que tengan una afectación motora en extremidades inferiores con una discapacidad igual o superior al porcentaje que se fije, así como a los que tengan una discapacidad auditiva o visual.

2. Que, en el caso de que esa Consejería considere que es procedente la aprobación de alguna innovación o modificación de las condiciones mínimas y parámetros aprobados por el Real Decreto 173/2010, de 19 de febrero, que modifica el Código Técnico de la Edificación, aprobado por el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo de 2006, en materia de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad, que ello se aplique a todas las habitaciones y dependencias de la vivienda, incluidos terrazas, lavaderos o tendederos y de la forma más favorable para los integrantes de ese colectivo, de tal manera que la normativa propia de esa comunidad autónoma sea más sensible y protectora que la que ya está en vigor, en cumplimiento de la obligación de garantizar a todos los españoles la igualdad de opor-

tunidades, la no discriminación y también la accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

3. Que, hasta tanto no entren en vigor las nuevas normas que, en su caso, esa comunidad autónoma haya decidido aprobar para completar y mejorar las de carácter estatal y otras autonómicas que inciden en esta materia, los Servicios Técnicos del Área de Inspección, Control y Régimen Jurídico de esa Consejería deberían aplicar las actualmente vigentes, no otorgándose la calificación definitiva de una vivienda con algún régimen de protección pública si no se cumplen todas y cada una de las medidas exigidas para ser calificada como vivienda adaptada para esos colectivos específicos de personas con discapacidad».

Agradeciendo la remisión a esta Institución del preceptivo informe, en el que se ponga de manifiesto la aceptación de esta recomendación o, en su caso, de las razones que estime para no aceptarla, y ello de conformidad y en el plazo previsto en el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos.

Madrid, 7 de septiembre de 2011.

Recomendación dirigida al Director General de Vivienda y Rehabilitación. Comunidad de Madrid.

Recomendación 78/2011, de 21 de septiembre, acerca de la ejecución del «Plan alquiler para jóvenes».

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, págs. 500-501*)

Acusamos recibo del nuevo informe que nos ha enviado en relación con la investigación de oficio que se inició por esta Institución, registrada con el número arriba indicado, por la escasa ejecución de las 4.000 viviendas que se había previsto adjudicar entre los años 2007-2011, dentro del «Plan alquiler para jóvenes».

Estudiado el contenido de la nueva información ahora facilitada, así como la que se nos envió sobre este plan el pasado 1 de febrero, esta Defensoría estima procedente realizar las siguientes consideraciones:

Primera. Como aclaración previa hemos de recordar que esta Institución tiene encomendada por el artículo 54 de la Constitución y por la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, la defensa de los derechos comprendidos en el título I de la Constitución y, a tal efecto, supervisa la actuación de las administraciones públicas y el esclarecimiento de sus actos y resoluciones, así como la de sus agentes, en relación con los ciudadanos, a la luz de lo dispuesto en el artículo 103.1 de la Constitución.

De acuerdo con ese ámbito competencial, supervisamos la actuación de las administraciones públicas entendidas como aquellas entidades que se mencionan en el artículo 2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Como los partidos políticos no aparecen en la enumeración de entidades consideradas como administraciones públicas a los efectos de la aplicación de los preceptos de dicha ley orgánica, esta Institución no puede intervenir sobre aquellos actos que realicen dentro de su organización interna, funcionamiento y actividad. Por tanto, los acuerdos que adopte un partido político sobre sus estatutos o reglamentos internos, sobre su administración interior o sobre sus programas electorales escapan de nuestro ámbito competencial.

Dicho esto, en el primer informe que se nos envió sobre esta investigación de oficio, elaborado el pasado 17 de diciembre por el Coordinador General de Vivienda, se indicó que el mencionado Plan Alquila «estaba contemplado en el programa electoral del Partido Popular para las elecciones municipales del año 2007, como un nuevo medio para posibilitar a las personas más jóvenes el acceso a una vivienda digna». Debemos entender que ahí se había mencionado y publicitado que se construirían o adjudicarían esas 4.000 viviendas destinadas a los jóvenes.

Pues bien, cuando un partido político participa en unas elecciones y como consecuencia del resultado obtenido los candidatos que resultan elegidos pasan a formar parte de los órganos que integran el poder ejecutivo, los actos que realicen esas personas desde que toman posesión de sus cargos son considerados propios de la Administración Pública en la que se han integrado y tienen naturaleza de actos sujetos al Derecho administrativo, presumiéndose válidos, eficaces y obligatorios para los órganos que los han generado. Estos actos sí pueden ser objeto de la supervisión y control por esta Defensoría; no estaríamos ya ante la actuación de un partido político sino de un órgano administrativo.

De la información que nos ha facilitado esa Administración local se desprende que ese punto del citado programa electoral ha sido desarrollado en parte a través del Reglamento de adjudicación de viviendas afectas a los programas municipales de vivienda, aprobado en sesión ordinaria del Pleno del Ayuntamiento de Madrid, de fecha 30 de mayo de 2008, y publicado en *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* en fecha 24 de junio de 2008.

Con anterioridad, en el discurso pronunciado en la sesión constitutiva de la Corporación municipal, celebrada el 16 de junio de 2007, por quien acababa de ser proclamado alcalde de Madrid, textualmente dijo lo siguiente:

«Sí diré, muy resumidamente, que el Madrid que vamos a hacer aflorar será literalmente habitable gracias a la prioridad otorgada a la vivienda, con la promoción de 24.000 viviendas protegidas; 4.000 pisos en alquiler para jóvenes y otros 10.000 en el mismo régimen gestionados por la Agencia Municipal, y una inversión de 1.700 millones de euros que beneficiará a 84.000 hogares» (*Diario de Sesiones del Pleno* del Ayuntamiento de Madrid, 27 de junio de 2007, núm. 165, página 15).

Pues bien, a la vista de lo anteriormente expuesto, es sobre el contenido de estos acuerdos municipales ya adoptados y su aplicación por la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid sobre los que tiene lugar nuestra investigación.

Si bien es verdad que en el mencionado Reglamento de adjudicación de viviendas no se ha cuantificado el número de viviendas que estaba previsto adjudicar dentro del denominado Plan Alquila Madrid en el anterior mandato municipal comprendido entre los años 2007 y 2011, sin embargo, dada la propuesta que hizo el alcalde en el discurso citado y dado que el Equipo de Gobierno Municipal no desautorizó posteriormente las referencias que se han venido haciendo en los últimos años por los ciudadanos, por los concejales integrantes de esa Corporación municipal y por los medios de comunicación a propósito de adjudicar 4.000 viviendas desde 2007 hasta 2011, esta Institución debe considerar que esa Administración asumió ese objetivo al incorporar como propio el compromiso que figuraba en el programa electoral que se sometió a la consideración y valoración de los electores. Otro modo de interpretar los hechos y su secuencia parece contrario a los más elementales principios de prudencia y respeto por la formas en la vida social actual, en un asunto no menor, ni intrascendente ni sin importancia.

Segunda.— Aunque se reconozca que en el desarrollo de dicho plan llevado a cabo por la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid ha incidido de forma decisiva la crisis que vienen sufriendo los sectores financiero e inmobiliario en nuestro país desde hace varios años, y que la gestión de los planes debe adaptarse a las necesidades y a la situación concreta del momento en que se desarrollan, sin embargo esta Defensoría no puede tener como una consecuencia «normal» de ello el que, durante los cuatro años últimos, únicamente se hayan entregado 124 viviendas protegidas de iniciativa pública a los ciudadanos que habían solicitado una de ellas, amparándose en las características concretas de ese plan. Las razones expuestas para

justificar que únicamente se haya adjudicado el 3,1 por ciento de las viviendas previstas no pueden justificarse por completo en la crisis de la construcción, que no tuvo incidencia en aquellos primeros años.

Aún es menos asumible que en la actualidad solamente estén en ejecución 11 viviendas y que, en la fecha de elaboración del referido informe, se indique que existen 1.507 viviendas en fase de redacción del proyecto de ejecución que permitiría sacar a concurso su edificación. Estos datos aportados no son alentadores ya que, a pesar de que la EMVS disponga de suelo suficiente para continuar la promoción de estas viviendas, sin embargo ha de temerse que esas previsiones también se vean afectadas por la misma situación de paralización o ralentización que sufre el resto de los procesos de urbanización de suelo, como consecuencia de la falta de financiación y de la entrada en vigor el pasado 1 de enero de la modificación del Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, por el que se regula el Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012 (Real Decreto 1713/2010, de 17 de diciembre, que suprimió las subvenciones estatales para la urbanización de suelo edificable destinado de forma especial a viviendas protegidas).

Tercera.— La información recibida también indica que el Programa Alquila Madrid se diseñó en 2007, cuando la construcción de viviendas estaba en pleno auge. Aunque ello fuese así, el Equipo de Gobierno municipal hubo de gestionar el desarrollo y ejecución del Programa de Gobierno, en cuanto asumiera el programa electoral de las elecciones locales de aquel año 2007; y tenía pues que haber adoptado posteriormente las medidas oportunas que permitieran a los ciudadanos conocer la necesaria rectificación que exigían las nuevas circunstancias de crisis del sector inmobiliario; no es justificación para no dar la publicidad requerida por las nuevas previsiones a la baja el hecho de que en la Administración del Estado también se hubiesen visto afectados a la baja los planes de viviendas protegidas de iniciativa pública en alquiler ni que prácticamente sea imposible actualmente el acceso a la financiación porque no se garantice el cumplimiento del acuerdo alcanzado con 126 entidades financieras para financiar las actuaciones del Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012 para la promoción de vivienda.

Ciertamente, esta Defensoría tiene en cuenta que a las promesas contenidas en los programas electorales que resultan triunfadores en unas elecciones y que luego se ven incumplidas por los órganos de gobierno que habrían de desarrollarlas y aplicarlas, no les son aplica-

bles las normas sobre publicidad ilícita, por engañosa o por falsa propaganda electoral (Ley 34/1988, de 11 de noviembre de 1988, General de la Publicidad) ni las acciones correspondientes sobre protección a los consumidores, puesto que el mensaje publicitado incumplido no se realiza en ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, ni su finalidad es la de promover la contratación de bienes o servicios o contraer derechos y obligaciones. Así se desprende de la Sentencia de la Sección vigésima octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, de 8 de junio de 2010.

El que un equipo de Gobierno municipal incumpla algún punto del programa electoral que su partido político sometió a la valoración y votación de los electores, no puede enmarcarse en el artículo 2.1 de la Directiva 84/450 del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa, modificada por la Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997, ya que no toda actividad publicitaria queda sujeta al régimen de la citada Ley General de Publicidad. La actividad publicitaria desplegada por los partidos políticos en los períodos electorales está regulada por la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (con las modificaciones de las leyes orgánicas 2/2011, de 28 de enero y 3/2011, de 28 de enero), así como por las leyes orgánicas 10/1991, de 8 de abril, de publicidad electoral en emisoras municipales de radiodifusión sonora y 14/1995, de 22 de diciembre, de publicidad electoral en emisoras de televisión local por ondas terrestres.

Ahora bien, cuando los programas electorales son de algún modo asumidos por los integrantes de los grupos políticos que sustentan los órganos de gobierno de las entidades públicas, ello da lugar a una actuación que tiene que estar inspirada en los principios generales de la Administración Pública, consagrados en el artículo 3 de la citada Ley 30/1992, entre los que se encuentra la obligación de respetar en su actuación la buena fe y la confianza legítima así como con los preceptos de la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de publicidad y comunicación institucional.

Por consiguiente, si los ciudadanos no llegan a conocer con, al menos, idéntica publicidad o difusión las modificaciones de los programas electorales, incorporados ya como programas de Gobierno, que se producen a lo largo del mandato municipal, se vulneran esos prin-

cipios generales administrativos y se da lugar a que los ciudadanos alberguen comprensibles sentimientos de frustración o de desilusión si, posteriormente, se enteran de una realidad distinta de la conocida por las promesas electorales que se le hicieron.

En estos casos de evidente discordancia de la acción pública con los programas electorales, los ciudadanos se encuentran con sentimientos análogos a quienes ven frustrada la satisfacción de una necesidad porque el producto o servicio adquirido carece de las propiedades anunciadas publicitariamente.

Cuarta.— Esta Defensoría ha podido constatar que, con relativa frecuencia, esa y otras administraciones proceden a desplegar campañas publicitarias en las que se informa a los ciudadanos de determinadas actuaciones que a algunos de ellos les podría suponer unos beneficios pero que, en la práctica, la mayoría de los que pretendan acogerse al programa en cuestión no podrán acceder a los beneficios tan profusamente publicitados, debido a los requisitos requeridos o a los límites planteados. Como ya hemos indicado, se producen sentimientos de decepción en los ciudadanos cuando esos programas informativos se difunden de forma desproporcionada a las limitaciones reales incluidas y más aún cuando, para acceder a esos beneficios, previamente los particulares tienen que incurrir en gastos imprevistos o llevar a cabo gestiones que suponen tiempo o trámites burocráticos inesperados.

Aunque en el impreso que ha de cumplimentar el aspirante a obtener la ayuda se indique que la subvención está limitada por la disponibilidad presupuestaria, sin embargo, la falta de coordinación de las distintas administraciones intervinientes o la ausencia de un control en tiempo real de las subvenciones ya concedidas hace que se presenten solicitudes, e incluso que se admitan a trámite muchas de ellas cuando, pasado un tiempo, son resueltas de forma negativa por falta de fondos o por haberse agotado la existencia de los bienes ofrecidos o por cualquier otra razón sobrevenida que bien podría haberse previsto y haberse alertado de ello de forma más eficaz.

Esta Defensoría considera que una Administración Pública debería actuar siempre con arreglo a los principios de buena fe y confianza legítima y, en consecuencia, debería adoptar las medidas oportunas en el tiempo y con los medios de que se dispone que evite que se produzcan esos evidentes desajustes entre los fondos destinados a un determinado fin y el total de las ayudas solicitadas por los ciudadanos, o

que se generen ilusorias expectativas en los ciudadanos durante el tiempo que dura la tramitación de sus peticiones hasta su resolución expresa negativa, siendo que cuando las presentaron ya se había cerrado el plazo concedido para ello, se habían agotado los fondos disponibles o se habían modificado las normas hasta entonces vigentes.

Aunque, desde el punto de vista estrictamente jurídico, esta Institución considere que esas situaciones de frustración que viven muchos ciudadanos no puedan ser imputadas a acciones administrativas claramente irregulares o vulneradoras de un derecho que les pudiera corresponder, sin embargo, la Administración debería informar más rápidamente de las variaciones producidas en las previsiones publicitadas o advertir con mayor eficacia de las limitaciones presupuestarias o de otro tipo existentes. Dada la existencia de esas limitaciones y las consecuencias negativas que tienen para muchos ciudadanos, se debería hacer más hincapié de ello en las campañas publicitarias, así como en la información a facilitar a los potenciales solicitantes y/o beneficiarios o en los modelos de solicitud de la ayuda.

Así se evitarían la proliferación de situaciones negativas y de malestar en los ciudadanos que conllevan un clima de desconfianza y de sorpresa desagradable en quienes presentan una solicitud de subvención y se encuentran con que la causa de denegación no es otra que la falta de presupuesto, el agotamiento de los bienes que se ofrecían o la aparición de circunstancias nuevas que, a veces de forma negligente, no se habían previsto. Ese perjuicio se ve incrementado en aquellos ciudadanos que han llegado a realizar gastos previamente o han adquirido compromisos contractuales con terceros que no se reembolsarán por la Administración pese a que hayan cumplido las condiciones exigidas de antemano.

En definitiva, se trata de conseguir que esa Administración local adquiriera el compromiso de que, en adelante, se informará con la máxima claridad y transparencia sobre la posibilidad de que, pese a reunir los requisitos legales para resultar beneficiarios, los solicitantes de subvenciones o ayudas relacionadas con la vivienda, no puedan acceder a ellas por los motivos que ya se conozcan, para lo cual se deberá destacar esta información de forma clara y visible en los impresos y carteles de publicidad. Del mismo modo, se debería arbitrar un mecanismo que permita que el solicitante conozca con una antelación mínima, si va a poder recibir las ayudas previstas en la norma, ya que así se evitaría la realización de gastos y el empleo de un tiempo precioso por el mismo.

Está claro que, una vez que estas ayudas hayan sido agotadas o no se encuentre vigente la normativa que las regula, esa Administración debería adoptar las medidas necesarias para dar a conocer esta circunstancia a la ciudadanía, con carácter general y a través de los medios que se estimen oportunos, evitando en todo caso el que se continúen tramitando estas ayudas cuando ya se conoce que no se podrán pagar o que ha desaparecido su cobertura legal.

Por lo anteriormente expuesto, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, procedemos a formular la siguiente recomendación:

«Primera. Que, cuando esa Administración local realice alguna campaña publicitaria de gran impacto social, encaminada a divulgar subvenciones y otras ayudas a la vivienda, o facilidades o beneficios que puedan afectar a un colectivo de ciudadanos, se incluya de forma expresa y clara una advertencia de las limitaciones previstas, sean de carácter presupuestario, temporal, legal o de otro tipo.

Que estas advertencias figuren de forma destacada en los impresos que se confeccionen para su cumplimentación por quienes deseen acogerse a esos programas de ayudas.

En consonancia con ello, procure informar de la manera más rápida y eficaz que, pese a reunir los requisitos legales para resultar acreedores de esas ayudas, los potenciales solicitantes pueden no acceder a ellas por los motivos que ya conozca esa Administración y, en todo caso, evite que se presenten o se continúe tramitando las solicitudes cuando ya se haya agotado el crédito presupuestario o cuando haya desaparecido su cobertura legal.

Segunda. Que esa Administración local proceda a realizar las mismas labores de difusión y publicidad cuando, por exigencias de nuevas necesidades surgidas, se modifiquen las previsiones de ayudas que anteriormente se había aprobado, con la finalidad de evitar situaciones de frustración o decepción de los ciudadanos que tuvieran pensado acogerse a ellas y especialmente cuando ello pueda suponer la realización de gastos que no podrían recuperarse.

Que aplique esta misma labor divulgadora cuando se haya asumido un compromiso de gobierno y, posteriormente, se introduzcan modificaciones en su desarrollo y aplicación mediante la adopción de los correspondientes acuerdos municipales.

Tercera. Que en aplicación de los principios de buena fe y de confianza legítima, adopte las medidas oportunas en el tiempo y con los medios de que disponga que eviten los desajustes entre los fondos destinados a un determinado fin y el total de las ayudas solicitadas por los ciudadanos, es decir, que se generen ilusorias expectativas en los ciudadanos sobre la base de un programa difundido que, luego, no puede cumplirse».

Agradeciendo la remisión a esta Institución del preceptivo informe, en el que se ponga de manifiesto la aceptación de esta recomendación o, en su caso, de las razones que estime para no aceptarla, y ello de conformidad y en el plazo previsto en el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos.

Madrid, 21 de septiembre de 2011.

Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Madrid.

Recomendación 79/2011, de 23 de septiembre, sobre el establecimiento de un servicio especializado para la estimación de la edad, que esté en condiciones de realizar las pruebas y exámenes necesarios de forma ágil, centralizada y sobre la base de protocolos comunes.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, págs. 496-497 y 510-511*)

Esta Institución ha elaborado un informe monográfico sobre los procedimientos utilizados para la determinación de la edad en aquellos extranjeros indocumentados cuya minoría de edad resulte dudosa, que ha sido remitido a las Cortes Generales.

En primer lugar, me complace enviar a V. E. una copia íntegra del mismo.

Asimismo, y en virtud de las consideraciones que en el informe se contienen en detalle, de acuerdo con lo previsto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, formulo a V. E. la siguiente recomendación:

«1. Que, en el ámbito de sus competencias, establezca un servicio especializado para la estimación de la edad, que esté en condiciones de realizar las pruebas y exámenes necesarios de forma ágil, centralizada y sobre la base de protocolos comunes.

2. Que se promueva la formalización de un protocolo interinstitucional que permita el intercambio de pruebas e informes forenses realizados para la determinación de la edad por cualquier instituto de medicina legal o servicio médico forense del territorio nacional, a

fin de facilitar los necesarios antecedentes que pudieran existir sobre la persona a la que se proyecta realizar un estudio de estimación de la edad».

En la seguridad de que esta recomendación será objeto de atención por parte de V. E., y a la espera de la preceptiva respuesta sobre la aceptación o no de la misma.

Madrid, 23 de septiembre de 2011.

Recomendación dirigida a:

Ministro de Justicia.

Consejero de Gobernación y Justicia de la Junta de Andalucía.

Consejero de Presidencia y Justicia de la Diputación General de Aragón.

Consejero de Hacienda y Sector Público. Principado de Asturias.

Consejero de Presidencia, Justicia e Igualdad del Gobierno de Canarias.

Consejera de Presidencia y Justicia del Gobierno de Cantabria.

Consejera del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña.

Consejera de Presidencia y Justicia del Gobierno de Madrid.

Consejero de Presidencia y Justicia del Gobierno de La Rioja.

Consejero de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia de la Junta de Galicia.

Consejera de Justicia y Administración Pública del Gobierno Vasco.

Recomendación 80/2011, de 23 de septiembre, para que se modifique la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, con objeto de asegurar el derecho a la asistencia jurídica gratuita de los extranjeros indocumentados, cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad durante el procedimiento de determinación de la edad.

(BOCG. Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, págs. 505-506)

Esta Institución ha elaborado un informe monográfico sobre los procedimientos utilizados para la determinación de la edad en aquellos extranjeros indocumentados cuya minoría de edad resulte dudosa, que ha sido remitido a las Cortes Generales.

En primer lugar, me complace enviar a V. E. una copia íntegra del mismo.

Asimismo, y en virtud de las consideraciones que en el informe se contienen en detalle, de acuerdo con lo previsto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, formulo a V. E. la siguiente recomendación:

«Que se modifique la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, con objeto de asegurar el derecho a la asistencia jurídica gratuita de los extranjeros indocumentados, cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, durante el procedimiento de determinación de la edad».

En la seguridad de que esta recomendación será objeto de atención por parte de V. E., y a la espera de la preceptiva respuesta sobre la aceptación o no de la misma.

Madrid, 23 de septiembre de 2011.

Recomendación dirigida al Ministro de Trabajo e Inmigración.

Recomendación 81/2011, de 23 de septiembre, para que en la adopción del protocolo marco de menores extranjeros no acompañados, se tomen en consideración las conclusiones de la jornada de trabajo sobre determinación forense de la edad de los menores extranjeros no acompañados, así como el documento de consenso de buenas prácticas entre los Institutos de Medicina Legal de España, que figuran en el apéndice del informe monográfico *¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad.*

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 506*)

Esta Institución ha elaborado un informe monográfico sobre los procedimientos utilizados para la determinación de la edad en aquellos extranjeros indocumentados cuya minoría de edad resulte dudosa, que ha sido remitido a las Cortes Generales.

En primer lugar, me complace enviar a V. E. una copia íntegra del mismo.

Asimismo, y en virtud de las consideraciones que en el informe se contienen en detalle, de acuerdo con lo previsto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, formulo a V. E. la siguiente recomendación:

«Que para la adopción del protocolo marco de menores extranjeros no acompañados, que ha de impulsar ese organismo, se tomen en consideración las conclusiones de la jornada de trabajo sobre determinación forense de la edad de los menores extranjeros no acompañados, así como el documento de consenso de buenas prácticas entre

los Institutos de Medicina Legal de España, que figuran en el apéndice informe monográfico «¿Menores o Adultos? Procedimientos para la determinación de la edad».

En la seguridad de que esta recomendación será objeto de atención por parte de V. E., y a la espera de la preceptiva respuesta sobre la aceptación o no de la misma.

Madrid, 23 de septiembre de 2011.

Recomendación dirigida al Secretario de Estado de Inmigración y Emigración. Ministerio de Trabajo e Inmigración.

Recomendación 82/2011, de 23 de septiembre, sobre los extranjeros indocumentados, cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, págs. 502-503*)

Esta Institución ha elaborado un informe monográfico sobre los procedimientos utilizados para la determinación de la edad en aquellos extranjeros indocumentados cuya minoría de edad resulte dudosa, que ha sido remitido a las Cortes Generales.

En primer lugar, me complace enviar a V. E. una copia íntegra del mismo.

Asimismo, y en virtud de las consideraciones que en el informe se contienen en detalle, de acuerdo con lo previsto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, formulo a V. E. la siguiente recomendación:

«1. Que cuando los servicios policiales tengan conocimiento de la existencia de un extranjero indocumentado, cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, procedan con carácter inmediato a verificar mediante el cotejo de la reseña decadactilar, los antecedentes que puedan existir en el Registro de Menores Extranjeros no Acompañados y, en caso de que no se hallaren, que se proceda a dar de alta a los interesados en dicho registro, así como a dejar constancia de las pruebas practicadas y de las resoluciones que en su caso se adopten.

2. Que de conformidad con lo previsto en el artículo 213.1.w) del Reglamento aprobado mediante el Real Decreto 557/2011, se anoten

en el Registro Central de Extranjeros los decretos del fiscal que hayan establecido la mayoría de edad de un extranjero indocumentado, haciendo mención a las pruebas realizadas y los organismos sanitarios que las llevaron a cabo. Que se adopten las medidas técnicas oportunas para que estos datos puedan ser explotados en búsquedas realizadas sobre el Registro de Menores Extranjeros no Acompañados.

3. Que se garantice el trámite de audiencia al inicio del procedimiento por el que se acuerda la realización de las pruebas necesarias para determinar la edad. En ese trámite inicial se deberá dar cuenta al interesado del objeto del procedimiento y de los derechos que le asisten, especialmente sobre la posibilidad de formular alegaciones y la posibilidad de recurrir la resolución dictada por el fiscal por la que se determinará su edad.

4. Que se establezcan los protocolos de coordinación necesarios con las policías autonómicas a fin de facilitar la inmediata consulta e inscripción en su caso, en el Registro de Menores Extranjeros no Acompañados, con independencia del cuerpo policial que se haya hecho cargo en un primer momento del extranjero indocumentado cuya minoría de edad resulte dudosa».

En la seguridad de que esta recomendación será objeto de atención por parte de V. E., y a la espera de la preceptiva respuesta sobre la aceptación o no de la misma.

Madrid, 23 de septiembre de 2011.

Recomendación dirigida al Director General de la Policía y de la Guardia Civil. Ministerio del Interior.

Recomendación 83/2011, de 23 de septiembre, sobre actuaciones en los procedimientos de determinación de la edad de los menores extranjeros.

(BOCG. Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, págs. 514-515)

Esta Institución ha elaborado un informe monográfico sobre los procedimientos utilizados para la determinación de la edad en aquellos extranjeros indocumentados cuya minoría de edad resulte dudosa, que ha sido remitido a las Cortes Generales.

En primer lugar, me complace enviar a V. E. una copia íntegra del mismo.

Asimismo, y en virtud de las consideraciones que en el informe se contienen en detalle, de acuerdo con lo previsto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, formulo a V. E. la siguiente recomendación:

«1. Que se dicte una instrucción sobre actuación del Ministerio Fiscal en los procedimientos de determinación de la edad previstos en el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000 que recoja, entre otros extremos, los siguientes aspectos:

a) Que en los casos en los que los cuerpos policiales pongan en conocimiento del Ministerio Fiscal la existencia de un extranjero indocumentado cuya minoría de edad resulte dudosa, se acuerde dar traslado al servicio médico forense o al especialista en medicina legal competente, a fin de que éste pueda evaluar la procedencia de reali-

zar pruebas médicas que permitan la estimación de su edad biológica y señale los métodos diagnósticos a emplear en cada caso.

b) Que se facilite al servicio médico forense o al especialista en medicina legal designado, para realizar el estudio de estimación de la edad, la información y los resultados de las pruebas disponibles a través de los registros policiales, junto con la justificación de la necesidad de proceder a la realización de nuevas pruebas.

c) Que se instruya a los profesionales médicos acerca de la obligación de informar a los interesados sobre el alcance y de las consecuencias de las pruebas a realizar, de manera que les resulte comprensible, y sobre la necesidad de recabar su consentimiento para la realización de las mismas.

d) Que en la solicitud de informe al servicio médico forense o al especialista en medicina legal, el objeto de la pericia se extienda a examinar la existencia de indicios de cualquier forma de violencia o maltrato.

e) Que una vez recabado el informe médico forense, y antes de dictar el decreto por el que se fija la edad, se celebre una comparecencia con el interesado con la debida asistencia y en presencia de intérprete, en caso de resultar necesario, en que se le pondrá de manifiesto el resultado dicho informe, con indicación de las pruebas utilizadas, a fin de que puedan formularse las alegaciones que se estimen oportunas.

f) Que, dejando a salvo supuesto de intervención judicial, se vele para que cualquier prueba médica encaminada a la determinación de la edad sólo pueda realizarse por haberlo así acordado el Ministerio Fiscal.

g) Que se establezcan las necesidades de protección inmediata adecuadas a cada caso y se impartan instrucciones a los cuerpos policiales actuantes para que, en tanto dure el proceso de determinación de la edad, coordinen sus actuaciones con los servicios de protección competentes.

h) Que, en la labor de coordinación del Registro de Menores Extranjeros no Acompañados que corresponde a esa Fiscalía General, se promuevan medidas para garantizar el acceso al registro de todos los datos y circunstancias reseñables con independencia del cuerpo poli-

cial o la entidad de protección de menores que tenga atribuida la responsabilidad sobre el interesado.

2. Que se revisen las indicaciones efectuadas en la consulta 1/2009, sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados, a la luz de nueva redacción dada al artículo 392 del Código Penal, tras la modificación operada por la Ley Orgánica 5/2010».

En la seguridad de que esta recomendación será objeto de atención por parte de V. E., y a la espera de la preceptiva respuesta sobre la aceptación o no de la misma.

Madrid, 23 de septiembre de 2011.

Recomendación dirigida al Fiscal General del Estado.

Recomendación 84/2011, de 23 de septiembre, sobre pruebas diagnósticas sin indicación terapéutica, con vistas a estimar la edad de una persona.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 515*)

Esta Institución ha elaborado un informe monográfico sobre los procedimientos utilizados para la determinación de la edad en aquellos extranjeros indocumentados cuya minoría de edad resulte dudosa, que ha sido remitido a las Cortes Generales.

En primer lugar, me complace enviar a V. E. una copia íntegra del mismo.

Asimismo, y en virtud de las consideraciones que en el informe se contienen en detalle, de acuerdo con lo previsto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, formulo a V. E. la siguiente recomendación:

«1. Que se recuerde a los colegiados que las pruebas diagnósticas sin indicación terapéutica, con vistas a estimar la edad de una persona, sólo deben realizarse por orden de la autoridad judicial o del Ministerio Fiscal.

2. Que se recuerde a los colegiados que con ocasión de la realización de exámenes o pruebas médicas que tengan finalidad terapéutica no deben emitirse informes u opiniones sobre la edad probable de un sujeto».

En la seguridad de que esta recomendación será objeto de atención por parte de V. E., y a la espera de la preceptiva respuesta sobre la aceptación o no de la misma.

Madrid, 23 de septiembre de 2011.

Recomendación dirigida al Presidente del Consejo General de Colegios de Médicos.

Recomendación 85/2011, de 23 de septiembre, para que, a fin de dar cumplimiento a la previsión del artículo 35.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, se designen recursos para ofrecer una acogida apropiada al interesado durante la sustanciación del expediente de determinación de la edad.

(BOCG. Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, págs. 493-494, 511 y 513-514)

Esta Institución ha elaborado un informe monográfico sobre los procedimientos utilizados para la determinación de la edad en aquellos extranjeros indocumentados cuya minoría de edad resulte dudosa, que ha sido remitido a las Cortes Generales.

En primer lugar, me complace enviar a V. E. una copia íntegra del mismo.

Asimismo, y en virtud de las consideraciones que en el informe se contienen en detalle, de acuerdo con lo previsto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, formulo a V. E. la siguiente recomendación:

«1. Que, a fin de dar cumplimiento a la previsión del artículo 35.3 de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, se designen los recursos para ofrecer una acogida apropiada al interesado durante la sustanciación del expediente de determinación de la edad.

2. Que se dicten instrucciones a los centros y recursos de protección de menores, al objeto de que pongan en inmediato conocimiento

del Ministerio Fiscal y del Cuerpo Nacional de Policía el ingreso de cualquier persona extranjera cuya minoría de edad no esté documentalmente establecida o no haya sido determinada por decreto del fiscal».

En la seguridad de que esta recomendación será objeto de atención por parte de V. E., y a la espera de la preceptiva respuesta sobre la aceptación o no de la misma.

Madrid, 23 de septiembre de 2011.

Recomendación dirigida a:

Consejera de Cultura, Deportes, Políticas Sociales y Vivienda. Gobierno de Canarias.

Consejero de Asuntos Sociales del Gobierno de Madrid.

Consejera de Salud, Familia y Bienestar Social del Gobierno de las Illes Balears.

Consejera de Sanidad y Servicios Sociales del Gobierno de Cantabria.

Consejero de Sanidad, Bienestar Social y Familia de la Diputación General de Aragón.

Consejero del Departamento de Bienestar Social y Familia. Generalitat de Cataluña.

Consejero de Salud y Servicios Sociales del Gobierno de La Rioja.

Consejera para la Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía.

Consejera de Salud y Política Social de la Junta de Extremadura.

Consejera de Trabajo y Bienestar de la Junta de Galicia.

Consejero de Política Social, Igualdad, Deporte y Juventud del Gobierno de Navarra.

Consejera de Bienestar Social e Igualdad del Principado de Asturias.

Consejera de Familia e Igualdad de Oportunidades de la Junta de Castilla y León.

Consejero de Sanidad y Asuntos Sociales. Gobierno de Castilla-La Mancha.

Consejera de Sanidad y política Social de la Región de Murcia.

Consejera de Asuntos Sociales de la Ciudad Autónoma de Ceuta.

Consejera de Bienestar Social y Sanidad de la Ciudad Autónoma de Melilla.

Diputado General de Araba/Álava.

Diputado General de Bizkaia.

Diputado General de Gipuzkoa.

Recomendación 86/2011, de 23 de septiembre, para que se establezcan criterios operativos de coordinación entre los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, en materia de menores extranjeros indocumentados.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 507*)

Esta Institución ha elaborado un informe monográfico sobre los procedimientos utilizados para la determinación de la edad en aquellos extranjeros indocumentados cuya minoría de edad resulte dudosa, que ha sido remitido a las Cortes Generales.

En primer lugar, me complace enviar a V. E. una copia íntegra del mismo.

Asimismo, y en virtud de las consideraciones que en el informe se contienen en detalle, de acuerdo con lo previsto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, formulo a V. E. la siguiente recomendación:

«Que se establezcan criterios operativos de coordinación con la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, para que cuando la Policía canaria tenga a su disposición a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad resulte dudosa, se dé inmediata cuenta de este hecho al Registro de Menores no Acompañados, adjuntando o facilitando el acceso a los datos y reseñas que permitan el oportuno cotejo de antecedentes y, caso de ser necesario, que se faciliten los datos disponibles para su inscripción en dicho Registro».

En la seguridad de que esta recomendación será objeto de atención por parte de V. E., y a la espera de la preceptiva respuesta sobre la aceptación o no de la misma.

Madrid, 23 de septiembre de 2011.

Recomendación dirigida al Consejero de Economía, Hacienda y Seguridad. Comunidad Autónoma de Canarias.

Recomendación 87/2011, de 23 de septiembre, para que se establezcan criterios operativos de coordinación entre los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad en materia de menores extranjeros indocumentados.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 508*)

Esta Institución ha elaborado un informe monográfico sobre los procedimientos utilizados para la determinación de la edad en aquellos extranjeros indocumentados cuya minoría de edad resulte dudosa, que ha sido remitido a las Cortes Generales.

En primer lugar, me complace enviar a V. E. una copia íntegra del mismo.

Asimismo, y en virtud de las consideraciones que en el informe se contienen en detalle, de acuerdo con lo previsto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, formulo a V. E. la siguiente recomendación:

Que se establezcan criterios operativos de coordinación con la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, para que cuando los Mossos d'Esquadra tengan a su disposición a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad resulte dudosa, se dé inmediata cuenta de este hecho al Registro de Menores no Acompañados, adjuntando o facilitando el acceso a los datos y reseñas que permitan el oportuno cotejo de antecedentes y, caso de ser necesario, que se faciliten los datos disponibles para su inscripción en dicho registro.

En la seguridad de que esta recomendación será objeto de atención por parte de V. E., y a la espera de la preceptiva respuesta sobre la aceptación o no de la misma.

Madrid, 23 de septiembre de 2011.

Recomendación dirigida al Consejero de Interior. Generalitat de Cataluña.

Recomendación 88/2011, de 23 de septiembre, sobre el establecimiento de un servicio especializado para la estimación de la edad, que esté en condiciones de realizar las pruebas y exámenes necesarios de forma ágil, centralizada y sobre la base de protocolos comunes.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, págs. 496-497*)

Esta Institución ha elaborado un informe monográfico sobre los procedimientos utilizados para la determinación de la edad en aquellos extranjeros indocumentados cuya minoría de edad resulte dudosa, que ha sido remitido a las Cortes Generales.

En primer lugar, me complace enviar a V. E. una copia íntegra del mismo.

Asimismo, y en virtud de las consideraciones que en el informe se contienen en detalle, de acuerdo con lo previsto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, formulo a V. E. la siguiente recomendación:

«1. Que, en el ámbito de sus competencias, establezca un servicio especializado para la estimación de la edad, que esté en condiciones de realizar las pruebas y exámenes necesarios de forma ágil, centralizada y sobre la base de protocolos comunes.

2. Que se promueva la formalización de un protocolo interinstitucional que permita el intercambio de pruebas e informes forenses realizados para la determinación de la edad por cualquier instituto de medicina legal o servicio médico forense del territorio nacional, a

fin de facilitar los necesarios antecedentes que pudieran existir sobre la persona a la que se proyecta realizar un estudio de estimación de la edad.

3. Que, a fin de dar cumplimiento a la previsión del artículo 35.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, se designen los recursos para ofrecer una acogida apropiada al interesado durante la sustanciación del expediente de determinación de la edad.

4. Que se dicten instrucciones a los centros y recursos de protección de menores, al objeto de que pongan en inmediato conocimiento del Ministerio Fiscal y del Cuerpo Nacional de Policía el ingreso de cualquier persona extranjera cuya minoría de edad no esté documentalmente establecida o no haya sido determinada por decreto del fiscal».

En la seguridad de que esta recomendación será objeto de atención por parte de V. E., y a la espera de la preceptiva respuesta sobre la aceptación o no de la misma.

Madrid, 23 de septiembre de 2011.

Recomendación dirigida al Consejero de Justicia y Bienestar Social. Generalitat Valenciana.

Recomendación 89/2011, de 23 de septiembre, para que se establezcan criterios operativos de coordinación entre los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad en materia de menores extranjeros indocumentados

(BOCG. Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, págs. 509-510)

Esta Institución ha elaborado un informe monográfico sobre los procedimientos utilizados para la determinación de la edad en aquellos extranjeros indocumentados cuya minoría de edad resulte dudosa, que ha sido remitido a las Cortes Generales.

En primer lugar, me complace enviar a V. E. una copia íntegra del mismo.

Asimismo, y en virtud de las consideraciones que en el informe se contienen en detalle, de acuerdo con lo previsto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, formulo a V. E. la siguiente recomendación:

«Que se establezcan criterios operativos de coordinación con la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, para que cuando la Ertzaintza tenga a su disposición a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad resulte dudosa, se dé inmediata cuenta de este hecho al Registro de Menores no Acompañados, adjuntando o facilitando el acceso a los datos y reseñas que permitan el oportuno cotejo de antecedentes y, caso de ser necesario, que se faciliten los datos disponibles para su inscripción en dicho Registro».

En la seguridad de que esta recomendación será objeto de atención por parte de V. E., y a la espera de la preceptiva respuesta sobre la aceptación o no de la misma.

Madrid, 23 de septiembre de 2011.

Recomendación dirigida al Consejero de Interior del Gobierno Vasco.

Recomendación 90/2011, de 23 de septiembre, sobre el establecimiento de un servicio especializado para la estimación de la edad, que esté en condiciones de realizar las pruebas y exámenes necesarios de forma ágil, centralizada y sobre la base de protocolos comunes.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, págs. 510-511*)

Esta Institución ha elaborado un informe monográfico sobre los procedimientos utilizados para la determinación de la edad en aquellos extranjeros indocumentados cuya minoría de edad resulte dudosa, que ha sido remitido a las Cortes Generales.

En primer lugar, me complace enviar a V. E. una copia íntegra del mismo.

Asimismo, y en virtud de las consideraciones que en el informe se contienen en detalle, de acuerdo con lo previsto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, formulo a V. E. la siguiente recomendación:

«1. Que, en el ámbito de sus competencias, establezca un servicio especializado para la estimación de la edad, que esté en condiciones de realizar las pruebas y exámenes necesarios de forma ágil, centralizada y sobre la base de protocolos comunes.

2. Que se promueva la formalización de un protocolo interinstitucional que permita el intercambio de pruebas e informes forenses realizados para la determinación de la edad por cualquier instituto de medicina legal o servicio médico forense del territorio nacional, a

fin de facilitar los necesarios antecedentes que pudieran existir sobre la persona a la que se proyecta realizar un estudio de estimación de la edad.

3. Que se establezcan criterios operativos de coordinación con la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, para que cuando la Policía Foral de Navarra tenga a su disposición a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad resulte dudosa, se dé inmediata cuenta de este hecho al Registro de Menores no Acompañados, adjuntando o facilitando el acceso a los datos y reseñas que permitan el oportuno cotejo de antecedentes y, caso de ser necesario, que se faciliten los datos disponibles para su inscripción en dicho Registro».

En la seguridad de que esta recomendación será objeto de atención por parte de V. E., y a la espera de la preceptiva respuesta sobre la aceptación o no de la misma.

Madrid, 23 de septiembre de 2011.

Recomendación dirigida al Consejero de Presidencia, Administraciones Públicas e Interior. Gobierno de Navarra.

Recomendación 91/2011, de 28 de septiembre, sobre el «despilfarro» del dinero público y su tipificación penal.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 504*)

El pasado 15 de septiembre pronuncié ante el Pleno del Congreso de los Diputados las siguientes palabras, que cito textualmente del Diario de Sesiones:

«Señorías, no quiero abandonar la tribuna sin llamarles la atención sobre un tema que escandaliza profundamente, y con razón, a los ciudadanos; un tema que es un clamor en la calle, y les advierto que no voy a mirar a nadie, absolutamente a nadie, porque el que esté libre de pecado, que arroje la primera piedra. No voy a hablar del pasado sino del futuro que nos compete a todos construir. Se trata del llamado despilfarro del dinero público, del dinero de todos obtenido por las administraciones públicas de los impuestos que gravan la renta o el consumo de millones de personas; deudas y deudas que habrán de pagar quizás las futuras generaciones; facturas que se cuentan por centenares generadas alegremente como si el dinero que con tanto esfuerzo cuesta ganar a los trabajadores o a los empresarios o a los autónomos fuera infinito; gasto inconmensurable que generalmente no busca el lucro personal de quien lo decide pero sí su lucro político, si se me permite la expresión. Quiero hacer desde esta tribuna una reflexión sobre esta cuestión. Me pregunto, como lo hacen los ciudadanos, si nuestras leyes son adecuadas para expresar en términos jurídicos el reproche social que estas conductas, una de las causas determinantes de la gravísima crisis económica que padecemos, merece, y que puede suponer además, señorías, el recorte de derechos sociales. Nos encontramos ante una doble situación. Por un lado, la

memoria anual de 2010 del Tribunal de Cuentas dice taxativamente que la responsabilidad contable es patrimonial y no sancionadora, y vinculada al concepto de menoscabo de los caudales o efectos públicos que, como ven ustedes, tiene un sentido jurídico muy delimitado por la doctrina. Por otro lado, nuestro Código Penal exige el ánimo de lucro en los delitos de malversación, que no concurre en las tareas y en las conductas de la clase política y no se adecua en absoluto a lo que normalmente se entiende como despilfarro. Es misión del Defensor —en este caso de la Defensora del Pueblo—, aunque es más cómodo no hacerlo, trasladar a esta Cámara las inquietudes de los ciudadanos, y por eso mismo quiero trasladarles que el reproche que merecen las conductas a que me acabo de referir no tiene en nuestro ordenamiento jurídico una respuesta proporcional, y esto exige reflexión y exige decisión, siempre mirando al futuro, de una Función Pública que debe ser seria, austera y responsable. Por eso, señorías, les anuncio que voy a solicitar al Ministerio de Justicia que se estudie con toda seriedad y rigor la inclusión de estas conductas y su tipificación como delito en el Código Penal. Se trata, como digo, de mirar hacia adelante, no hacia atrás; no miro a nadie hacia atrás, como ustedes saben las leyes penales no tienen carácter retroactivo. Por lo tanto, no es cuestión de mirar al pasado sino al futuro para que entre todos dignifiquemos la clase política y demos respuesta a las demandas sociales sobre este tema, tan justas como claras y reiteradas en los últimos tiempos».

De conformidad con mi compromiso ante el Pleno del Congreso de los Diputados, quiero trasladar a V. E. la necesidad de actualizar nuestro ordenamiento jurídico penal en este aspecto.

El Derecho penal, sin duda, debe ser la ultima ratio, y quedar reservado a conductas merecedoras del máximo reproche social. Por ello, deben reforzarse los controles y las sanciones de orden administrativo en este ámbito. No obstante, la sociedad ha cambiado. La nueva realidad —de la que es expresión señera la reforma constitucional que se acaba de aprobar— demanda que conductas particularmente graves tengan una específica respuesta penal.

Si bien no corresponde al Defensor del Pueblo proponer fórmulas jurídico-penales, cuya elaboración compete a los servicios correspondientes del Ministerio de Justicia, y su aprobación a las Cortes Generales, entra en el ámbito de nuestras competencias dar traslado a los poderes públicos de las inquietudes ciudadanas y de los principios que, al servicio de los derechos fundamentales de contenido so-

cial, debiera a juicio de esta Institución tener una reforma penal que castigue adecuadamente determinadas conductas que los ponen en peligro.

En primer lugar, considero que el rigor en el tratamiento del uso de los fondos públicos debe ser al menos equiparable, si no superior, al del tratamiento del uso de los fondos privados por particulares. En este sentido, resulta de interés compulsar el tratamiento de los delitos societarios (artículos 290 y siguientes) con el tratamiento de la malversación (artículos 432 y siguientes), y extraer las conclusiones oportunas.

En segundo lugar, es imprescindible en la reforma que el ánimo de lucro no sea un elemento determinante del tipo. Ha de tomarse en consideración que no es el ánimo de lucro lo que merece el reproche de los ciudadanos en estas conductas, sino los excesos, bien por no existir partida presupuestaria suficiente –sin que los controles y sanciones actualmente vigentes hayan resultado suficientemente eficaces– bien por la naturaleza del gasto, que provoca escándalo.

En tercer lugar, y desde una perspectiva penológica, la inhabilitación para cargo o función pública debiera ser una consecuencia jurídica necesaria del delito, sin perjuicio de otras penas que pudieran establecerse. El ejercicio de cargos o funciones públicas de manera irresponsable está en la raíz de muchos de los problemas que padece actualmente la sociedad española. El despilfarro del dinero público debiera inhabilitar a sus responsables, precisamente, para el ejercicio de cargos o funciones públicas en los que se administre dinero público.

Finalmente, es preciso determinar un elenco de conductas para su tipificación. Sin ánimo exhaustivo, debe tomarse en consideración el «gasto suntuario» cuando estén pendientes de pago gastos derivados de «servicios básicos»; la falsificación de la realidad presupuestaria mediante el traslado de la deuda a otras instituciones-pantalla (fundaciones, empresas públicas...); la reiteración de partidas presupuestarias, por conceptos no pagados durante años, excepto en los «servicios básicos»; la falta de rigor contable o la maquinación en la valoración de créditos de difícil cobro o en la valoración de bienes de difícil enajenación; o la externalización de servicios que ya están presupuestados. Resulta patente la necesidad de delimitar conceptos en normas de rango adecuado, de modo que la tipificación pudiera quedar integrada con una definición precisa de «gasto suntuario», «servi-

cio público» u otras que resulten adecuadas, con pleno respeto a los principios de legalidad y tipicidad penal.

En su virtud, y aun consciente de la situación de disolución de las Cortes Generales, resulta necesario, por una parte, dar cumplimiento a mi compromiso parlamentario sobre esta cuestión y, por otra, permitir sin demora, caso de aceptarse la recomendación, el inicio de los trabajos conducentes a la pretendida reforma por los servicios técnicos competentes.

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, a la vista de la insuficiente respuesta del ordenamiento jurídico ante el denominado «despilfarro» del dinero público, ejercite la facultad de iniciativa que al Ministro de Justicia corresponde, y ordene a los servicios competentes de ese departamento ministerial el inicio de los trabajos conducentes a una reforma del Código Penal que refuerce la respuesta del ordenamiento penal ante el uso irresponsable del dinero público por parte de autoridades y funcionarios».

Agradeciendo la colaboración que de forma habitual presta a esta Institución, y esperando la contestación oportuna respecto a la recomendación que se le efectúa.

Madrid, 28 de septiembre de 2011.

Recomendación dirigida al Ministro de Justicia.

Recomendación 92/2011, de 29 de septiembre, sobre equiparación de derechos a los profesores interinos.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 497*)

A través del Defensor del Pueblo Andaluz se ha recibido una extensa documentación, a la que se acompaña una queja presentada por un profesor interino de enseñanza secundaria, planteando su discrepancia con la actuación de la Administración educativa de Andalucía, al no haber reconocido, a efectos de trienios, los servicios prestados como concejal electo del Ayuntamiento de (...).

Después de una amplia tramitación por parte de dicho comisionado y de haber finalizado sus actuaciones con el interesado, si bien el citado Defensor ha considerado que la Administración educativa autonómica ha actuado conforme a derecho, nos solicita que iniciemos actuaciones ante el órgano de la Administración competente para que cuantifique el número de funcionarios interinos docentes afectados por la situación expuesta y que se adopten medidas a fin de materializar el reconocimiento efectivo de tiempo de servicio –para el consiguiente devengo de trienios– al personal interino docente, por el tiempo que hubiera desempeñado cargo público electo, en régimen de dedicación exclusiva, en las corporaciones locales, en igualdad de condiciones que al personal docente de carrera, por analogía con lo establecido con carácter general para tales funcionarios en situación administrativa de servicios especiales, en el artículo 87.1.f) del Estatuto Básico del Empleado Público.

El Defensor del Pueblo Andaluz fundamenta su petición en que la evolución legislativa operada a través de la norma citada está dirigi-

da a lograr una equiparación de los funcionarios interinos con los funcionarios de carrera lo más amplia posible y generosa, dejando a salvo la necesaria adecuación a la naturaleza de su condición.

Igualmente invoca el derecho comunitario a través de la Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio, que recoge en su cláusula 4 el principio de no discriminación por lo que respecta a las condiciones de trabajo, que se ha plasmado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas el 13 de septiembre de 2007 (Asunto C-307/05, decisión prejudicial planteada conforme al artículo 234 de la Constitución española [error: es CE –Tratado constitutivo de la Comunidad Europea–], por el Juzgado de lo Social número 1 de los de San Sebastián, en relación con personal estatutario del Servicio Vasco de Salud-Osakidetza).

Por último, el citado comisionado autonómico, respecto a los responsables electos en el ámbito de los poderes locales, trae a colación el artículo 7 de la Carta Europea de Autonomía Local (Instrumento de ratificación de 20 de enero de 1988, de la Carta Europea de 15 de octubre de 1985 de Autonomía Local, hecha en Estrasburgo).

El mencionado precepto establece: «1. El Estatuto de los representantes locales debe asegurar el libre ejercicio de su mandato. 2. Debe permitir la compensación financiera adecuada a los gastos causados con motivo del ejercicio de su mandato, así como, si llega el caso, la compensación financiera de los beneficios perdidos o una remuneración del trabajo desempeñado y la cobertura social correspondiente. 3. Las funciones y actividades incompatibles con el mandato del representante local no pueden ser fijadas más que por ley o por principios jurídicos fundamentales».

En relación con dicha petición, teniendo en cuenta las facultades y competencias de la Dirección General de la Función Pública para la elaboración de estudios, proyectos y directrices, así como la planificación y estudio de políticas de recursos humanos, esta Institución acordó darle traslado de la situación planteada al objeto de que dicho órgano emitiera el correspondiente informe, en el que se pronunciasen sobre las posibilidades de compatibilizar el derecho de participación política de los funcionarios docentes interinos con el derecho a la estabilidad y reserva de su puesto de trabajo.

En el informe enviado por la Administración, después de realizar un análisis descriptivo de la cuestión planteada y establecer algunas diferencias significativas entre el profesorado docente interino y otros

funcionarios eventuales al servicio de las administraciones públicas, se formulan las siguientes conclusiones:

«1) Las situaciones administrativas sólo corresponden a los funcionarios de carrera, por ser un elemento integrante de la carrera administrativa, sin que sea extensible a los funcionarios interinos.

2) Sin perjuicio de la validez y vigencia de la primera conclusión, ha de tenerse en cuenta la existencia de singularidades en determinados ámbitos de la Función Pública, en especial, en el ámbito docente. En este sentido, resulta conveniente valorar la posibilidad de adoptar alguna medida que permita conciliar el mandato representativo de un diputado o condición asimilada, con la posibilidad de que no se vean frustradas sus expectativas de poder ingresar en la función pública docente, en la que es determinante la fase de concurso en los procesos selectivos y, dentro de aquélla, la experiencia adquirida en el desempeño de puestos como funcionario interino docente.

3) Dado que se trata de un elemento neurálgico que afecta a la naturaleza misma de la figura del funcionario interino y, por ende, viene afectando a lo que la jurisprudencia constitucional ha venido denominando «núcleo duro o esencial» de la Función Pública, se presenta como necesario que las medidas que se establezcan a tal efecto se adopten a través de una norma con rango de ley, sin que sea posible, en este caso, una regulación reglamentaria ni tampoco un acuerdo o instrumento de carácter interpretativo.

4) Por todo lo indicado y dado el particular supuesto que se plantea, se entiende que es el Ministerio de Educación el Departamento competente para valorar la inclusión, en los términos expuestos, de esta singularidad, bien en el futuro Estatuto del Personal Docente; o bien, en tanto éste se desarrolle, impulsar una modificación de la actual Ley Orgánica de Educación mediante una Disposición Transitoria, que contemplase lo indicado».

De acuerdo con estos antecedentes y en relación con la situación expuesta, debe recordarse que esta Institución ha venido examinando los problemas que se derivan de la situación de inestabilidad de los funcionarios interinos en cuanto que, dada la propia naturaleza y el carácter con los que se concibe esta relación de sujeción especial, ha generado situaciones de precariedad en el empleo, en algunos casos incompatible con los principios constitucionales de igualdad o de acceso a las funciones y cargos públicos.

Por ello, el Defensor del Pueblo, consciente de la necesidad de atender a las diferentes situaciones irregulares en las que conviven dichos empleados públicos, realizó un informe minucioso en el año 2003, bajo el título «Funcionarios interinos y personal eventual: la provisionalidad y temporalidad en el empleo público».

En cuanto a los aspectos que interesan, en el citado informe se postulaba, con relación al personal docente no universitario en régimen de interinidad, que se adoptaran las medidas legales y reglamentarias necesarias para que, en sintonía con la más reciente jurisprudencia, se reconozcan a los funcionarios interinos los derechos que les correspondan como personal al servicio de la Administración Pública educativa, en las mismas condiciones previstas en las normas entonces en vigor para los funcionarios titulares y que actualmente se contemplan en la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, al destacar que a los funcionarios de empleo les es aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera (artículo 10.5 EBEP).

Esta Institución no desconoce que el personal interino es un modelo o categoría de personal diferente a los funcionarios de carrera. Dicha diferencia no sólo se encuentra en el carácter de la provisionalidad o de la falta de estabilidad de los primeros, sino también –y ello es esencial– en que los aspectos referidos a algunas de las situaciones de los funcionarios como son la de servicio activo, servicios especiales o la excedencia voluntaria únicamente son predicables de los funcionarios de carrera.

Por ello, respecto a la existencia de un posible trato diferente en los aspectos indicados, el Tribunal Constitucional, en términos de comparación entre estos dos modelos de funcionarios ha venido sosteniendo desde la Sentencia 7/1984, de 25 de enero que «la igualdad o desigualdad entre estructuras, como las situaciones funcionariales, que son –prescindiendo de su sustrato sociológico real– creación del Derecho, es resultado de la definición que éste haga de ellas; esto es, de su configuración jurídica, que puede quedar delimitada por la presencia de muy diversos factores. Por tanto, al amparo del principio de igualdad no es lícito tratar de asimilar situaciones que en origen no han sido equiparadas por las normas jurídicas que las crean» (STC 9/1995, de 16 de enero, FJ 3).

En este sentido, no se encuentra ninguna quiebra de dicho derecho porque, como ha señalado el Tribunal Constitucional, «no es posi-

ble concluir pronunciando en sede constitucional un reproche a la diferencia de trato normativo discutida, al tratarse de categorías funcionariales configuradas como estructuras diferenciadas y definidas con características propias, con sistemas de acceso distintos y con una relación funcional o estatutaria de contenido diverso; estos criterios de diferenciación son todos ellos objetivos y generales y legítimamente pueden ser tomados en consideración por el legislador para fijar las retribuciones correspondientes a cada una de las categorías funcionariales» (STC 63/1996, de 12 de marzo, FJ 5 *in fine*).

Constituye también un doctrina consolidada del Tribunal que «el juicio de igualdad es de carácter relacional (Sentencia del Tribunal Constitucional 200/2001, de 4 de octubre, FJ 5, por todas) y que requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas (STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 10) y, de otro, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso» (SSTC 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 6; 29/1987, de 6 de marzo, FJ 5; y 1/2001, de 15 de enero, FJ 3).

Si bien lo anteriormente expuesto permite hacer una valoración no coincidente con la que propone el interesado en esta queja acerca de una posible vulneración del principio de igualdad, esta Institución no desconoce que pueda producirse una quiebra de este derecho en atención a un injustificado tratamiento diferenciado entre funcionarios de carrera e interinos cuando se trata de afirmar o reconocer un derecho de trascendencia constitucional, como puede ser el derecho a la excedencia para el cuidado de hijos menores o —en el supuesto planteado— el desempeño de funciones representativas de carácter electivo en régimen de dedicación exclusiva en el ámbito local.

En efecto, la posible justificación de trato diferenciado tiende a debilitarse en el momento en que la denegación de una excedencia o de servicios especiales para un funcionario interino estable con una vinculación con la Administración de larga duración quiebra el carácter temporal y provisional con el que se concibe la relación funcional de interinidad y, por lo tanto, al aplicarse con el carácter extremadamente formalista, puede restringir el derecho a acceder a una situación funcional de las descritas sobre la base de una actuación claramente desproporcionada, al no haberse valorado el bien constitucionalmente relevante que ha de protegerse.

Este aspecto concreto, aplicado a situaciones jurídicas particulares, ha sido claramente resuelto por el propio Tribunal Constitucional, que en la Sentencia 240/1999 afirmó que en estos casos «... no concurre la causa que podía justificar la negación de la titularidad de un derecho relacionado con un bien dotado de relieve constitucional, ni la diferencia de trato entre los dos tipos de personal al servicio de la Administración».

Y, sobre una situación similar, la Sentencia 203/2000, siguiendo la anterior doctrina, afirma que «no existe justificación objetiva y razonable desde la perspectiva del artículo 14 de la Constitución española para, en orden al disfrute de un derecho legal relacionado con un bien constitucionalmente relevante como el del cuidado de los hijos, dispensar a un funcionario interino que lleva más de cinco años ocupando una plaza, un tratamiento jurídico diferente y perjudicial respecto del dispensado a los funcionarios de carrera, con el único argumento de que legalmente su relación con la Administración es provisional «en tanto no se provea por funcionarios de carrera». Con ello no se trata de afirmar, concluíamos, «que ante situaciones de interinidad de larga duración las diferencias de trato resulten en todo caso injustificadas desde la perspectiva del artículo 14 de la norma suprema, sino de destacar que pueden serlo en atención a las circunstancias del caso y, muy especialmente, a la trascendencia constitucional del derecho que recibe un tratamiento desigual».

Con referencia a dicha doctrina, parece razonable que *mutatis mutandis* la situación de servicios especiales para el desempeño de cargo electivo público (concejal) en régimen de dedicación exclusiva, o una situación asimilable, pueda ser aplicable a este supuesto, habida cuenta de que pretendería –entre otras finalidades– eliminar los obstáculos existentes para que un empleado público pueda hacer efectivo el derecho de participación política en condiciones de igualdad que, según la doctrina del Tribunal Constitucional, implica, en especial, el derecho de acceso a cargos públicos representativos a través del sufragio pasivo, por lo que no debieran concurrir circunstancias justificativas que puedan negar la titularidad de un derecho relacionado con un bien dotado de relieve constitucional, ni establecer una diferencia de trato para este supuesto, entre los dos tipos de personal al servicio de la Administración.

Debe indicarse también que, como quiera que el problema planteado en esta queja se ha concretado en el ámbito del empleo público docente y que para participar en las pruebas de acceso a la docencia

a través de un concurso-oposición, la prestación de servicios previos en régimen de interinidad constituye un elemento determinante para superar dicho proceso de concurrencia competitiva, el hecho de no poder mantenerse en una situación de servicios especiales o situación asimilada para desempeñar puestos o cargos electos, genera al funcionario interino un perjuicio latente en la medida en que no solo pierde el puesto de trabajo con las consecuencias que, a efectos del reconocimiento de trienios futuros, puedan derivarse, sino que, además, se frustran las posibilidades de participar con éxito en procesos de selección al no haber podido computar el tiempo de dedicación en el ejercicio de un mandato representativo.

En consecuencia, sobre la base de las argumentaciones expuestas y atendiendo a la singular naturaleza de la prestación de la docencia en situación de interinidad y de los sistemas de acceso a los cuerpos docentes, 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 ha resuelto formularle la siguiente recomendación:

«Que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 87 de la Constitución española, así como el artículo 22 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, se propongan las medidas de iniciativa legislativa necesarias para que los funcionarios docentes que presten servicios en régimen de interinidad y que pasen a desempeñar cargos públicos electos en régimen de dedicación exclusiva, sean equiparados, a efectos de reconocimiento de servicio y de trienios, con los funcionarios titulares que, por dicho motivo, se acogen a la situación de servicios especiales».

Agradeciendo la remisión a esta Institución 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 30.1 de la indicada Ley Orgánica 3/1981.

Madrid, 29 de septiembre de 2011.

Recomendación dirigida al Secretario de Estado de Educación y Formación Profesional. Ministerio de Educación.

Recomendación 93/2011, de 6 de octubre, sobre la adopción de medidas de restablecimiento del orden urbanístico infringido.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 513*)

Se ha recibido su informe (...) relativo a la queja arriba indicada, formulada por la Comunidad de Propietarios (...) de esa localidad.

Señala ese Ayuntamiento que la obra en cuestión (instalación de monoposte publicitario en la calle Delfín-Carretera Nacional 332) es actualmente legalizable conforme a la Ordenanza Reguladora de Publicidad Exterior aprobada definitivamente el día 26 de marzo de 2010, motivo por el que comunica que esa entidad local no va a adoptar ninguna medida de restauración.

Teniendo en cuenta que no informa ese Ayuntamiento sobre la incoación de un expediente sancionador, tal y como solicitó esta Defensoría, deducimos que no se han sancionado las infracciones detectadas, por lo que consideramos oportuno realizar las siguientes observaciones:

En primer lugar, debemos recordar que en el informe de la arquitecta municipal de 25 de noviembre de 2010, además de hacer referencia a la ordenanza municipal citada y la posibilidad de legalización, indica que la instalación del monoposte constituye una infracción por carecer de licencia municipal y autorización del Ministerio de Fomento, sin embargo, no consta que ese Ayuntamiento haya incoado ningún expediente sancionador.

No debe olvidar ese Consistorio que las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística son independientes de las sancionadoras, toda vez que los efectos son distintos: unas tienden a la restauración del orden alterado, y las otras, a la imposición de la pertinente sanción.

En el caso presente, y con independencia de que, tras las modificaciones en la ordenanza, la situación y medidas del monoposte se ajusten a dicha normativa y, por tanto, no proceda la demolición del mismo, lo cierto es que la instalación se efectuó sin haber solicitado licencia a ese Ayuntamiento ni al Ministerio de Fomento y, a pesar de ello, estos hechos no han tenido ninguna consecuencia.

Debe tener presente esa Corporación municipal que tiene encomendada la protección de la legalidad urbanística y ésta comprende tres funciones básicas, ninguna de las cuales debe ser descuidada: inspeccionar las obras, edificaciones y usos de suelo para comprobar su adecuación al ordenamiento jurídico, adoptar las medidas necesarias para la restauración del orden urbanístico infringido y reponer los bienes afectados al estado anterior y, por último, sancionar a los responsables de las infracciones.

En este sentido, la intervención administrativa y las potestades de protección de la ordenación y de sanción de las infracciones son de ejercicio inexcusable, y las autoridades y funcionarios están obligados a iniciar y tramitar los procedimientos establecidos para el ejercicio de tales potestades, de acuerdo con los principios de eficacia, economía y celeridad contemplados en el artículo 103 de la Constitución y en el artículo 3 de la Ley 30/1992, de Procedimiento Administrativo Común, con el objetivo de evitar que el incumplimiento de la normativa pueda redundar en el beneficio de los infractores de las normas y vaya en detrimento del propio municipio y sus vecinos.

Es decir, como viene sosteniendo esta Defensoría, no hay posibilidad de optar entre incoar o no un expediente sancionador cuando se comete una infracción urbanística, máxime si existe un informe de ese Ayuntamiento que ya da cuenta de la comisión de dicha infracción, porque la potestad disciplinaria de la Administración es una cuestión de orden público ejercitable por obligación, no siendo por tanto discrecional sino imperativa e inexcusable (artículo 127 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

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 De-

fensor del Pueblo, he resuelto formular a ese Ayuntamiento la siguiente sugerencia:

«Que por esa Corporación, en el ejercicio de sus potestades urbanísticas, se incoe de forma inmediata expediente sancionador al titular de las obras ejecutadas sin la preceptiva licencia».

Asimismo, se ha considerado procedente dirigirle la siguiente recomendación:

«Que en el futuro reaccione eficazmente ante la transgresión del orden urbanístico y que, ante hechos que podrían ser constitutivos de una infracción urbanística, ejerza la potestad sancionadora, reconocida por la Constitución, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 127 de la Ley 30/1992».

Agradeciendo la remisión a esta Institución del preceptivo informe, en el que se ponga de manifiesto la aceptación de estas resoluciones o, en su caso, de las razones que se estimen para no aceptarlas, de conformidad con el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos.

Madrid, 6 de octubre de 2011.

Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Torrevieja (Alicante).

Recomendación 94/2011, de 14 de octubre, sobre información a los ciudadanos por el personal de las distintas Oficinas del Padrón Municipal de España.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 501*)

Se ha recibido su escrito (...) en el que emite informe relacionado con la queja número 11002848, formulada ante esta Institución por doña (...).

Si bien esta Institución entiende las limitaciones presupuestarias a las que hace referencia en su informe, es preciso destacar que la Administración no puede permanecer impasible ante la necesidad de garantizar el derecho de los obligados tributarios a ser informados y asistidos por la Administración tributaria sobre el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones tributarias, previsto en el artículo 34 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria; sobre todo cuando se pueden adoptar medidas que no impliquen incremento del presupuesto.

Una vía de solución de este problema sería que el personal al servicio de las distintas oficinas del Padrón Municipal, a las que acuden los ciudadanos para realizar trámites relacionados con dicho padrón, comunique a los mismos que el cambio en el padrón no implica la modificación de su domicilio fiscal, ni de su dirección en las bases de datos de otros organismos públicos.

El coste de esta medida sería prácticamente nulo puesto que para su implementación bastaría con el envío de una circular por vía electrónica a los distintos municipios que cuenten con una Oficina del Padrón Municipal; y la misma supondría una mejora de la informa-

ción de los ciudadanos no sólo en el ámbito tributario sino en el conjunto de sus actuaciones administrativas.

Dado el elevado número de municipios españoles se podría solicitar la intervención de la Federación Española de Municipios y Provincias con el fin de facilitar su difusión.

En este sentido, es preciso tener en cuenta que el artículo 3.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dispone que las administraciones públicas, en sus relaciones, se rigen por el principio de cooperación, y en su actuación por los criterios de eficiencia y servicio a los ciudadanos.

Por su parte, el artículo 4.1.d) de la citada ley establece que las administraciones públicas deberán prestar, en el ámbito propio, la cooperación y asistencia activas que las otras administraciones pudieran recabar para el eficaz ejercicio de sus competencias.

Por todo lo expuesto, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, procede formular la siguiente recomendación:

«Que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 34 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, se acuerde que el personal de las distintas oficinas del Padrón Municipal de España informe, a los ciudadanos que se dirijan a las mismas a realizar cambios en el domicilio que consta en el padrón, de que dichas modificaciones no tienen consecuencias fiscales ni suponen alteración alguna en las bases de datos de otros organismos públicos, por lo que si quieren que surtan efectos están obligados a comunicar dicho cambio en el resto de oficinas públicas».

Agradeciendo la remisión a esta Institución 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.

Madrid, 14 de octubre de 2011.

Recomendación dirigida al Secretario de Estado de Hacienda y Presupuestos. Ministerio de Economía y Hacienda.

Recomendación 95/2011, de 19 de octubre, sobre creación del Registro Público de Demandantes de Viviendas de Protección Pública.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 509*)

Acusamos recibo de su informe (salida núm...), en el que contesta en relación con la queja formulada por doña (...), registrada en esta Institución con el número arriba indicado, y en la que expuso que el 31 de enero de 2009 presentó una solicitud de vivienda pública por el cupo de especial necesidad a la que adjuntó el 18 de febrero, el 7 de marzo y el 29 de septiembre de dicho año nuevos documentos que completaban esa petición (n.º expediente..., n.º de orden... y núm. refer...), dado que la que viene utilizando no se adecua a los problemas de salud que tiene su hijo y que le obligan a estar inmovilizado en cama porque no puede trasladarse por su actual casa en una silla de ruedas.

Examinado el contenido del referido informe, esta Institución ha estimado procedente realizar las siguientes consideraciones:

Primera. Es cierto que la interesada formuló su primera y única solicitud de vivienda pública el 31 de enero de 2009 en el marco del procedimiento de adjudicación por especial necesidad y que –de acuerdo con lo establecido en el artículo 14.2 del Decreto 19/2006, de 9 de febrero, del Consejo de Gobierno, por el que se regula el proceso de adjudicación de viviendas del Instituto de la Vivienda de Madrid, actualmente modificado por la disposición adicional séptima del Decreto 74/2008, de 30 de julio– todas las solicitudes de vivienda pública tienen una vigencia de un año natural, siendo imprescindible su renovación periódica, una vez transcurrido un año desde la presenta-

ción de la solicitud, por lo cual la que presentó la formulante de la queja venció el 31 de enero de 2010, perdiendo desde entonces su vigencia.

Segunda. Aunque desde el punto de vista estrictamente jurídico esta Defensoría debe considerar que la actuación seguida por esa Administración en el caso investigado se ha ajustado a la normativa aplicable, y no se puede considerar que se haya producido una irregularidad administrativa, sin embargo, a la vista de la regulación dada en otras comunidades autónomas sobre las solicitudes de vivienda, no puede dejarse de tener presente que nos encontramos ante un supuesto en el que sería de aplicación lo estipulado en el apartado 2 del artículo 28 de nuestra Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, que dispone como facultad del Defensor del Pueblo: «Si como consecuencia de sus investigaciones llegase al convencimiento de que el cumplimiento riguroso de la norma puede provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados, podrá sugerir al órgano legislativo competente o a la Administración la modificación de la misma».

Tercera. En efecto, en la normativa sobre vivienda actualmente vigente en la Comunidad de Madrid, todavía no se ha creado el instrumento que, bajo diferentes denominaciones, se conoce como Registro Público de Demandantes de Viviendas de Protección Pública, como sí se ha hecho ya en otras comunidades autónomas; en algunas, como la de Aragón, existente ya desde que se aprobó la Ley 24/2003, de 26 de diciembre, de Medidas urgentes de política de vivienda protegida.

El citado instrumento ha sido creado mediante normas autonómicas de diferente rango, en unos casos una ley (por ejemplo la Ley 18/2008, de 29 de diciembre, de Vivienda de Galicia), en otros un decreto (como el Decreto 50/2004, de 16 de septiembre, de La Rioja) y en otros una orden de la consejería competente (es el caso de la Orden FOM/1884/2006, de 22 de noviembre, por la que se regula el Registro Público de Demandantes de Viviendas Protegidas de Castilla y León).

Ya el Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, del Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012, reguló en su artículo 3 las condiciones generales de los demandantes de viviendas y financiación, disponiendo que los acogidos a dicha disposición deberán reunir, entre otras condiciones generales, y sin perjuicio de las que puedan establecer adicionalmente las comunidades autónomas y las Ciudades de Ceuta y Melilla: la de estar inscrito en un registro público de demandantes, creado y gestionado de conformidad con lo que

disponga la normativa de las comunidades autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla, sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición transitoria sexta.

Incluso en el Ayuntamiento de Madrid existe un registro, bajo la denominación de «Registro Permanente de Solicitantes de Vivienda», creado por Acuerdo Plenario del 30 de mayo de 2008 dentro del Reglamento de Adjudicación de Viviendas afectas a los Programas Municipales de Vivienda a aplicar por la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, S. A.

Cuarta. La existencia de dicho registro ofrece una serie de factores positivos como el de ser un instrumento que muestre, al menos en parte, la realidad de la demanda de vivienda protegida del ámbito territorial de la Administración que lo ha creado, permitir adecuar los programas de vivienda pública a la demanda conocida existente, y contribuir a garantizar a los ciudadanos una actuación conforme a los principios de igualdad, concurrencia y publicidad en el acceso a una vivienda de protección pública, a fin de eliminar cualquier tipo de fraude en las primeras y posteriores transmisiones.

Con la creación del registro se permite centralizar toda la información en la materia para proporcionar a la Administración autonómica y a las entidades locales un soporte real sobre el cual diseñar sus políticas de vivienda protegida y articular los procedimientos de adjudicación.

Con ese registro no sólo se consigue una fuente permanentemente actualizada de información sobre demanda de vivienda protegida, sino que, además, es también un fundamental instrumento de gestión para hacer posible la adjudicación de viviendas, ya que, cuando le corresponda a la Administración autonómica o a las entidades locales, será el propio registro el que facilite los datos precisos para la adjudicación conforme a lo requerido por la Administración competente, mientras que en los supuestos de adjudicación privada, el registro servirá de contraste con que fiscalizar las adjudicaciones.

Quinta. En la citada disposición transitoria sexta del Real Decreto 2066/2008, del Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012, se preceptúa literalmente lo siguiente:

«Los registros públicos de demandantes a los que se refiere este real decreto deberán estar en funcionamiento en el plazo de un año

desde la publicación de aquél en el *Boletín Oficial del Estado*. Hasta ese momento, la venta y adjudicación de las viviendas en primera y posteriores transmisiones se regulará por lo que disponga la normativa propia de las comunidades autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla que, en todo caso, deberá garantizar los principios de igualdad, publicidad y concurrencia e impedir el fraude en las primeras y posteriores transmisiones».

Pues bien, como quiera que ese real decreto se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* núm. 309, del 24 de diciembre de 2008, resulta que esa Consejería está incumpliendo el plazo establecido, desde hace más de dos años.

Aquí debemos recordar que el artículo 47 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, señala: «Los términos y plazos establecidos en esta u otras leyes obligan a las autoridades y personal al servicio de las administraciones públicas competentes para la tramitación de los asuntos». Esta obligación es importante observarla ya que, en algún caso, su incumplimiento puede acarrear graves consecuencias.

Que todavía no se haya puesto en funcionamiento el Registro Único de Demandantes de Vivienda, o con cualquier otra denominación que apruebe esa comunidad autónoma, lleva consigo no sólo la inexistencia de los beneficios procedimentales antes enumerados sino, además, que no se hayan solucionado con más facilidad los problemas en la adjudicación de viviendas protegidas, sin aminorarse por tanto los grandes retrasos producidos; o que se haya tenido que realizar varios sorteos para la adjudicación de las viviendas, por ejemplo. Ello también ha contribuido a la tramitación de un procedimiento lento y poco operativo que, en alguna ocasión, ha podido perjudicar a los solicitantes y generar un obstáculo para la promoción de las viviendas protegidas, con alejamiento del principio constitucional de garantizar el acceso a la vivienda.

Esta Defensoría debe señalar a esa Dirección General que ha de tener siempre presente el objetivo pretendido con su intervención en la gestión de la vivienda, no otro que garantizar las condiciones generales de mayor justicia en la adjudicación, para lo cual debe aplicar los principios de celeridad y eficacia consagrados en los artículos 74, 75 y capítulo V de la Ley 30/1992. Para ello se han de aprobar las normas necesarias con que conseguir que esa Administración sea más eficiente, moderna, transparente y dirigida al ciudadano, minimizando las barreras burocráticas que impliquen una sobrecarga de trabajo y que ralenticen la obtención de beneficios a los ciudadanos.

Por las razones expuestas, una de esas normas es la de creación del citado registro ya que, además, será el instrumento adecuado para suprimir y reducir las cargas administrativas con la consiguiente aminoración de costes y tiempo, con las consiguientes racionalización, simplificación y reducción de los procedimientos administrativos.

Y es que hoy día, donde se propugna un servicio público eficaz y eficiente orientado al ciudadano a la vez que una Administración menos costosa, mediante la eliminación de trámites innecesarios, con simplificación de procedimientos, donde se reduzcan la documentación que tiene que aportar el ciudadano y los plazos de resolución de los procedimientos, carece entonces de sentido que en esa Consejería todavía se siga exigiendo (artículo 14 del Decreto 19/2006) que las solicitudes de los demandantes de vivienda por el cupo de especial necesidad, aunque se puedan presentar en cualquier momento, únicamente tengan operatividad durante un año natural, salvo que varíen las circunstancias reflejadas en la documentación o sea requerida su actualización.

Ello supone que cada año cientos de ciudadanos han de volver a presentar sus solicitudes aun cuando no se haya producido variación alguna de sus circunstancias socioeconómicas y familiares; y también supone que esa Administración ha de volver a realizar los mismos trámites de control del artículo 15, eventualmente con un plazo de diez días para la subsanación de errores u omisiones. Asimismo, cada año esa Administración debe realizar los trámites de la valoración de las solicitudes conforme a la puntuación obtenida en la aplicación del baremo, de mayor a menor y en diferentes grupos, de acuerdo con los cupos y con el número de dormitorios que corresponda según la composición familiar.

Por si fuera poco, en las solicitudes de viviendas acogidas al régimen de sorteo, las más numerosas, los ciudadanos tienen que estar pendientes de la apertura del plazo específico para la promoción de que se trate, ya que únicamente dura un mes a contar desde la publicación de la convocatoria en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*. Además de la solicitud para cada convocatoria, deberán adjuntar no sólo la documentación general exigida sino también toda la específica que requiera cada caso.

Ni que decir tiene que esa Administración autonómica tiene que tramitar cada una de las solicitudes, cuya vigencia finaliza igualmen-

te al cabo de un año natural, comprobando que reúnen los documentos exigidos y teniendo en cuenta el procedimiento previsto en el citado decreto.

Las razones expuestas, que reflejan principios administrativos que esta Defensoría considera básicos en el ejercicio del derecho constitucional a disfrutar de una vivienda digna, se ven reflejadas en las normas que las comunidades autónomas han aprobado sobre el registro, cuando se ha dispuesto que la inscripción tendrá una validez de varios años contados a partir del día siguiente a la notificación de la resolución administrativa de inscripción, donde en muchos casos figura expresamente la fecha de finalización de dicho plazo.

En suma, de la disposición transitoria sexta del Real Decreto 2066/2008, del Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012, se deduce que el Registro Público de Demandantes de Vivienda tenía que haber entrado en funcionamiento antes del 25 de diciembre de 2009, con garantía, además, de los principios de igualdad, publicidad y concurrencia, y de impedir el fraude en las primeras y posteriores transmisiones de viviendas, así como las condiciones generales de mayor justicia en la adjudicación de viviendas protegidas y la prestación de un servicio público eficaz, eficiente, de calidad y cercano al ciudadano, minimizando las barreras burocráticas que acarreen sobrecarga de trabajo. Igualmente, parece de todo punto aconsejable que la inscripción en el Registro Único de Demandantes tenga una validez de varios años.

Por todo ello, y de conformidad con los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, procede formular a esa Dirección General la siguiente recomendación:

«Que, a la mayor brevedad, apruebe o promueva la promulgación de la disposición precisa para cumplir con la previsión de la disposición transitoria sexta del Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, que Regula el Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012, creando un Registro Único de Demandantes de Vivienda Protegida, con garantías: 1º) de igualdad, publicidad y concurrencia, y con dispositivos que impidan el fraude en las primeras y posteriores transmisiones de viviendas; 2º) de justicia en la adjudicación de viviendas protegidas y de prestación de un servicio público eficaz, eficiente, de calidad y cercano al ciudadano; 3º) de reducir los obstáculos burocráticos; 4º) de que la inscripción en el registro tenga una validez de dos o más años».

Agradeciendo la remisión a esta Institución del preceptivo informe, en el que se ponga de manifiesto la aceptación de esta recomendación o, en su caso, de las razones que estime para no aceptarla, y ello de conformidad y en el plazo previsto en el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos.

Madrid, 19 de octubre de 2011.

Recomendación dirigida al Director General de Vivienda y Rehabilitación. Comunidad de Madrid.

Recomendación 96/2011, de 19 de octubre, para que se apruebe un procedimiento que regule las solicitudes de cambios o permutas de viviendas pertenecientes a su patrimonio.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 509*)

Acusamos recibo de su escrito de 27 de junio de 2011 (ref...), relacionado con la investigación iniciada de oficio, registrada en esta Institución con el número arriba indicado, y que versa sobre la ausencia de un procedimiento para solicitar las permutas de vivienda.

Estudiado su contenido, así como los antecedentes que obran en esta Defensoría, hemos estimado procedente realizar las siguientes consideraciones:

Primera. Ese Instituto de Realojamiento e Integración Social (IRIS) está configurado como un ente de derecho público de los contemplados en el artículo 6 de la Ley 9/1990, de 8 de noviembre, Reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid, y fue creado por la Ley 16/1998, de 27 de octubre, con el fin de proporcionar vivienda a aquellas personas que habitan en chabolas, infraviviendas de planta baja o viviendas provisionales, en condiciones de exclusión social, facilitándole su integración y progreso dentro de la sociedad, para lo que se le ha dotado de una organización eficiente para la realización de un trabajo selectivo y prudente con esas familias.

Como bien se indica en la exposición de motivos de la citada Ley 16/1998, «la experiencia acumulada por el Consorcio para el Realojamiento de la Población Marginada de Madrid y los cambios habidos en la sociedad madrileña en los últimos años aconsejan realizar un

trabajo muy selectivo y prudente para no generar situaciones paradójicas. Es necesario, por tanto, poner a disposición de aquellas personas que viven en chabolas, una vivienda digna, siempre que en ellas concurren las circunstancias previstas en esta ley y la utilicen para integrarse y progresar en la sociedad madrileña».

Segunda. Ante esta Defensoría se han formulado quejas en las que los interesados mostraban su disconformidad con la desestimación por ese Instituto de la petición [de] permuta de la vivienda de protección oficial que venían ocupando por otra más adecuada a sus necesidades actuales y que son distintas de las que se tuvieron en cuenta antes.

Esas solicitudes de permuta se han debido a un aumento o a una disminución de la unidad familiar, o a una situación de conflicto personal con familiares o con vecinos, o a que ha surgido un problema de salud grave de alguno de los miembros de la unidad familiar del solicitante del cambio o permuta, o a una grave situación de la seguridad de la vivienda, etcétera.

Según nos ha expuesto ese Instituto, el trabajo diario y la experiencia con las familias adjudicatarias de esas viviendas han aconsejado adecuar los criterios de permuta a la disponibilidad, tanto presupuestaria como del número de viviendas gestionadas por el IRIS.

Tercera. De la información que obra en esta Defensoría no se desprende que ese Instituto tenga aprobado una reglamentación general debidamente publicitada, con las normas de procedimiento y con los requisitos exigidos para la concesión de cambios o permutas de viviendas pertenecientes a su patrimonio.

A esta ausencia de normas propias que sean conocidas por todos hay que añadir que a las viviendas propiedad de ese Instituto no les resulta directamente aplicable la Orden de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes de la Comunidad de Madrid, de 5 de noviembre de 2001, que establece las normas de procedimiento y requisitos para la concesión de cambios o permutas de viviendas, ya que como puede leerse en su artículo 1º solamente se aplica a los contratos de viviendas que formen parte del patrimonio del IVIMA, sin ninguna mención a la posibilidad de que a las viviendas del IRIS pueda aplicarse tal régimen de cambio o permuta, y sin que exista una genérica mención a que le resulte trasladable la regulación.

Además de ello, también hay que tener presente que la Sentencia núm. 1376/2005, de 29 diciembre, de la Sala de lo Contencioso-Admi-

nistrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, afirma que tampoco procede la aplicación por analogía de la citada Orden de 2001, ya que, como es sabido, la analogía requiere, entre otras condiciones, que exista una laguna legal respecto al caso de que se trate, de forma que éste no pueda decidirse según la letra ni el sentido lógico de las normas existentes; y tal laguna no hay, ya que, junto a la mencionada Ley 16/1998, igualmente resulta hoy de aplicación el Decreto 74/2009, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid, que en sentido diverso a lo previsto en la citada orden, dispone en su artículo 1º: «El objeto del presente Reglamento es el desarrollo del régimen jurídico de la Vivienda con Protección Pública establecida por la Ley 6/1997, de 8 de enero, de Protección Pública a la Vivienda de la Comunidad de Madrid».

Así pues, dado que el público en general y cualquier posible interesado en cambiar su vivienda por otra más adecuada a nuevas circunstancias surgidas tras la adjudicación, no conocen qué normas y procedimientos sigue ese Instituto para tramitar y resolver las peticiones de cambio o permuta, ello genera una inseguridad jurídica que habría que eliminar.

Es verdad que en la Administración Pública existen ciertos ámbitos en los que es factible adoptar decisiones basadas en criterios de oportunidad o en motivaciones técnicas y que tales resoluciones pueden adoptarse dentro de la legalidad, en virtud de un cierto margen de discrecionalidad que tiene reconocido. Esa discrecionalidad supone la posibilidad para la Administración de adoptar su decisión entre varias alternativas dadas, en un momento dado y todas ellas dentro de la ley.

Sin embargo, también es verdad que cuanto más detallada sea la regulación de una materia, más reglada estará la actuación de la Administración que debe aplicarla y menos margen de discrecionalidad tendrá en el momento de dictar la resolución que corresponda.

Por ello, no puede aceptarse la situación en que no haya una norma concreta que regule la permuta de viviendas y que ese Instituto pueda aplicar, toda vez que ello produce un margen de discrecionalidad tal que hace muy difícil el control de la actuación administrativa y poder verificar que ha actuado de acuerdo con lo que dispone la ley. Según la jurisprudencia, toda potestad discrecional, por amplia que sea, cuenta con elementos reglados, uno de ellos el fin o fundamento

teleológico de la actuación, definido bien por la propia norma, bien por los principios generales del ordenamiento jurídico, siempre bajo la referencia del interés público al cual no puede dejar de atender la Administración. Por ello, la discrecionalidad no puede incurrir o derivar en arbitrariedad, prohibida por la Constitución (artículo 9.3, además 103.1 y 106.1 CE), lo que acarrearía que el ejercicio de potestades discrecionales, sujeto al control jurisdiccional, pudiera derivar en actos nulos o anulables. En consecuencia, la doctrina jurisprudencial viene afirmando que es necesario que los actos dictados en el ejercicio de potestades discrecionales sean motivados, único medio de posibilitar el ulterior control.

Esta alusión a la discrecionalidad deriva del hecho de que, con ocasión de la investigación que desarrollamos sobre la queja registrada con el número 10003704, el IRIS nos remitió el 16 de febrero pasado un informe en el que se reconocía que si bien la familia del formulante de la queja venía solicitando desde 2004 «el cambio de vivienda en varias ocasiones, procediéndose a su denegación al no ajustarse a los motivos contemplados por este Instituto, para la aprobación del mismo», sin embargo, a la vista de una nueva solicitud cursada el 24 de mayo de 2010, «se ha resuelto aprobar el cambio».

En el escrito por el que esta Institución inició la presente investigación de oficio manifestábamos que «dado que en el último informe remitido por el IRIS a esta Institución no se exponen los motivos concretos por los que anteriormente se habían rechazado las peticiones de cambio de vivienda, ni por los que ahora se ha autorizado, siendo que no se había producido ninguna modificación en la normativa, desconocemos si ello se ha debido a alguna situación discrecional (que no arbitraria) para el caso puntual de esa queja o ha obedecido a un cambio de criterio fundamentado en alguna resolución general adoptada en un momento anterior».

Pues bien, en el informe que ese Instituto ha enviado ahora atendiendo esta investigación de oficio, sí ha expuesto el IRIS las siguientes razones, que han dado lugar a los cambios de criterios habidos sobre las autorizaciones de las permutas:

«Al ser la mayoría de las familias realojadas por el IRIS de etnia gitana, éstas alegaban muchas veces la existencia de «contrarios» para encubrir con ello que la vivienda adjudicada en régimen de arrendamiento no era de su agrado o para buscar otra vivienda más próxima a su entorno familiar; ante el elevado número de solicitudes de permu-

ta por la existencia de contrarios –por otra parte muy difícil de probar– y el elevado coste que tenía para el IRIS arreglar la vivienda que dejaban, el Instituto optó en 1999 por denegar permutas por este motivo. Posteriormente, desde el 15 de julio de 2009, solo se contemplaban dos causas para autorizar un cambio de vivienda, malos tratos y problemas de salud, debidamente acreditados.

En 2010, el desarrollo del trabajo cotidiano del IRIS con familias chabolistas, aconsejó incluir dos nuevos supuestos a sumar a los dos anteriores: aumento de la unidad de convivencia por tutela de algún menor –constitución de tutela a favor de menores de edad por parte de los miembros de la unidad familiar– o condiciones de habitabilidad de la vivienda por razones estructurales, dicha ampliación se aplica a partir del 1 de julio de 2011».

Evidentemente, como es totalmente factible que cambien las normas aplicables para adecuarse a las nuevas circunstancias o para servir mejor el interés general, esta Defensoría nada puede oponer a que el IRIS haya cambiado su criterio de actuación. Aquí hay que tener en cuenta que el precedente administrativo, como modo de actuar de la Administración que se reitera en el tiempo y se consolida como tal, no es vinculante para los ciudadanos ni para la Administración.

El fundamento de la, hasta cierto punto, eficacia vinculante del criterio que se venía aplicando lo encontramos en el principio de seguridad jurídica consagrado nada menos que en el artículo 9.3 de la Constitución: el ciudadano debe poder confiar en el contenido previsible de la resolución administrativa. También se puede fundamentar en el principio de confianza legítima, del artículo 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: «Derecho a que no te sorprenda el ordenamiento».

Como ya se ha dicho, no puede pretenderse una petrificación de la legislación ni del actuar administrativo. Sin embargo, cuando se produce esa separación del precedente hay que tener presente que el artículo 54.1.c) de la Ley 30/1992 preceptúa la debida motivación, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho, y estos requisitos, según parece, no se han observado.

Pues bien, llegados a este punto y sobre la base de la información que ese Instituto nos ha facilitado, hemos constatado que a lo largo de estos años se han modificado los criterios seguidos para la estima-

ción o desestimación de las peticiones de cambios o permutas cursados, sin que los posibles afectados pudiesen saber con certeza si tenían o no algún derecho a esa nueva vivienda que pretendían. El que no se incluyeran con detalle las razones por las que se desestimaban sus peticiones les impedía poderse defender por la vía de los recursos de esa resolución, que consideraran contraria a sus intereses.

Cuarta. En el informe que ese Instituto nos ha remitido sobre el problema planteado en esta investigación de oficio se concluye que no se considera necesario que la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Comunidad de Madrid dicte una orden regulando las permutas, como ha hecho el IVIMA, ya que éste gestiona 23.000 viviendas, mientras que ese IRIS gestiona 2.000.

Frente a este argumento hay que recordar que el artículo 47 de la Constitución dispone que «todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho». Es claro que, en cumplimiento de ese derecho constitucional, el IRIS tendría que adoptar las medidas que procedan para que a las personas que habitan en chabolas, en infraviviendas o en viviendas provisionales, no sólo se les adjudique una vivienda digna y adecuada cuando han cumplido los requisitos previstos a tal fin, sino que también debe procurar ese Instituto que el citado derecho no se vea ignorado o debilitado si, por el paso del tiempo, las circunstancias sobrevenidas son tan diferentes de las iniciales que esas viviendas que disfrutaban se tornan indignas o inadecuadas.

Como una de las razones de ser de ese Instituto es conseguir la mejor adecuación de las viviendas protegidas a las necesidades de sus ocupantes (localización, diseño, número de moradores, barreras arquitectónicas), se debería tramitar sin tantas restricciones como se viene haciendo la posibilidad de la permuta o del cambio de la que se venía ocupando, estableciendo ciertos requisitos y cautelas para prevenir posibles fraudes encubiertos o abusos de derecho.

Aunque el IRIS tenga a su cargo esas 2.000 viviendas, que constituyen su parque inmobiliario, el que se haya producido en algún momento determinado incremento en las peticiones de permuta sin la suficiente motivación no debe dar lugar a restringir este negocio jurídico, ya que en otras comunidades autónomas o en otros colectivos de viviendas de protección oficial como las pertenecientes al IVIMA se hacen esos cambios de una forma relativamente frecuente.

Una de las razones por las que otros colectivos consiguen más permutas de vivienda puede ser que las entidades públicas que las gestionan disponen de normas apropiadas, en consonancia con el artículo 47 de la Constitución. En esas normas regulan el procedimiento y los requisitos necesarios para autorizar el cambio o permuta en la titularidad de los contratos de viviendas que formen parte del patrimonio que le está asignado, e incluso tienen reconocido un cupo mínimo de viviendas para este fin en las convocatorias para la adjudicación de viviendas en régimen de alquiler.

En el informe que el IRIS nos ha enviado se expone los distintos supuestos en que ahora se admite la permuta de viviendas. Además de éstos, en algunas normas que regulan esta materia también se prevé el aumento o disminución de la unidad familiar y las situaciones de conflictos personales, pero siempre que dichos conflictos no sean imputables a la unidad familiar solicitante del cambio o permuta. También en algunos casos está previsto que se deniegue la permuta cuando razones de localización, plazo de descalificación de las viviendas, estado de conservación en función de su antigüedad, u otras circunstancias hagan presumir un desequilibrio importante entre el valor de las viviendas a permutar.

Por lo expuesto, en consideración a que ese Instituto ha de procurar en todo momento que los ciudadanos a los que va dirigida su actuación vean satisfecho su derecho constitucional a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, no solamente cuando se les adjudica una vivienda sino cuando se han producido circunstancias que la conviertan en indigna o en inadecuada, y de los artículos 9.2 y 47 de la Constitución, se deduce que ese organismo debería establecer las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho; de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, procedemos a formular la siguiente recomendación:

«1ª. Que adopte la iniciativa necesaria para que se promulgue una disposición general reglamentaria (decreto, orden, instrucción o circular) que regule el procedimiento y los requisitos necesarios para autorizar el cambio o permuta en la titularidad de los contratos de viviendas que formen parte de su parque inmobiliario.

2ª. Que, conforme a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, esa disposición determine un ámbito de discrecionalidad de ese Instituto que resulte el menor posible, con la regulación de las

causas de autorización de cambios o permutas, la documentación necesaria para la tramitación de la solicitud, las circunstancias del baremo que se incluya para priorizar las nuevas adjudicaciones, la eficacia del cambio o permuta, los plazos de aceptación o renuncia, las causas de nulidad y resolución, y otros supuestos que se considere necesario incluir para que los interesados puedan saber a qué atenerse.

3ª. Que la disposición general que se promulgare prevenga los abusos de derecho o situaciones fraudulentas y procure que la tramitación resulte ágil y eficaz evitando que se desestimen solicitudes porque los requisitos establecidos fueran de difícil cumplimiento».

Agradeciendo la remisión a esta Institución del preceptivo informe, en el que se ponga de manifiesto la aceptación de esta recomendación o, en su caso, de las razones que estime para no aceptarla, y ello de conformidad y en el plazo previsto en el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos.

Madrid, 19 de octubre de 2011.

Recomendación dirigida al Director Gerente del Instituto de Realojamiento e Integración Social (IRIS). Comunidad de Madrid.

Recomendación 97/2011, de 19 de octubre, para que se informe adecuadamente sobre la Ayuda Estatal Directa a la Entrada.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 507*)

Acusamos recibo del escrito firmado por la Secretaria General de esa Consejería de fecha 14 de julio de 2011 (...), con el que se contesta a la petición de informe que esta Defensoría solicitó directamente a V. E. sobre la queja formulada por doña (...), en nombre y representación de su hijo, don (...), registrada con el número arriba indicado, y que versa sobre la deficiente información facilitada a su hijo porque no se le dijo, antes de presentar su solicitud de visado y financiación convenida para una vivienda, que se iba a eliminar la Ayuda Estatal Directa a la Entrada (AEDE).

Tras haberse procedido al estudio de la información que se nos ha facilitado, esta Defensoría estima conveniente realizar las siguientes consideraciones:

Primera. El pasado 11 de abril remitimos a esa Consejería una comunicación con el fin de contrastar los hechos y alegaciones expuestos en esta queja, de acuerdo con lo determinado en el artículo 18 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos.

Tras haber transcurrido tres meses desde entonces, se nos remite el informe solicitado, pero basado en suposiciones o deducciones y no en datos ciertos o en el relato de lo acontecido expuesto por los funcionarios intervinientes en los hechos alegados o en la comprobación de lo denunciado en esta queja. En definitiva, ese informe emitido por la

Dirección General de Vivienda, Arquitectura y Urbanismo no puede ser considerado como el resultado de la investigación que esa Consejería tenía que haber hecho ante los órganos administrativos correspondientes, con el fin de esclarecer los hechos alegados en esta queja e informar adecuadamente a esta Defensoría de lo que habíamos solicitado. Por tanto, la versión de los hechos plasmada en la queja no ha quedado suficientemente desvirtuada, por lo que debemos pensar que las cosas ocurrieron como se han expuesto en ella.

El que se haya enviado el informe requerido transcurridos tres meses cuando el artículo 18 de nuestra Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, preceptúa en su apartado 1 que el plazo máximo para hacerlo es de quince días (salvo cuando el Defensor del Pueblo considera que concurren circunstancias que aconsejan la ampliación de dicho plazo), supone un incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que señala: «Los términos y plazos establecidos en esta u otras leyes obligan a las autoridades y personal al servicio de las administraciones públicas competentes para la tramitación de los asuntos».

Aunque se haya incurrido en ese retraso o aunque la información que se nos ha facilitado padezca las deficiencias antes apuntadas, entendemos que no merece ser considerado como una actuación hostil o entorpecedora para las funciones de esta Institución como permite valorarlo el apartado 2 del artículo 18 de nuestra ley orgánica.

Sin embargo, ello no quita para que, en el ejercicio de nuestra labor de supervisar la actividad administrativa y de esclarecer los actos y resoluciones de las administraciones públicas en relación con los ciudadanos, que tenemos encomendada por el artículo 54 de la Constitución y por nuestra ley orgánica, señalamos a esa consejería que los funcionarios que atendieron al señor (...) no observaron adecuadamente diversos preceptos normativos.

En efecto, el artículo 35 de la citada Ley 30/1992, que trata de los derechos de los ciudadanos, dispone en su apartado 1 que, en sus relaciones con las Administraciones Públicas, tienen el derecho «g) a obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar».

Por su parte, el artículo 52 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, dispone: «Los empleados públicos

deberán desempeñar con diligencia las tareas que tengan asignadas», mientras que el punto 10 del artículo 53 señala como uno de sus principios éticos el de cumplir con diligencia las tareas que les correspondan o se les encomienden y el apartado 4 del artículo 54 establece como principio de conducta que «informarán a los ciudadanos sobre aquellas materias o asuntos que tengan derecho a conocer», debiendo mantener actualizada su formación y cualificación (apartado 8).

Por ello, esta Defensoría debe mostrar su disconformidad con que esa Consejería alegue, en defensa de la actuación administrativa llevada a cabo sobre el problema planteado en esta queja, que «la información prestada al interesado fue la adecuada conforme a la normativa aplicable en el momento en que fue informado» toda vez que, aunque entonces no se había publicado oficialmente el Real Decreto 1713/2010, sin embargo, los funcionarios encargados de esta materia de la vivienda ya tenían que conocer que el ministerio estaba elaborando una modificación del Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, por el que se regula el Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012.

En efecto, ya a mediados del mes de septiembre de 2010 se publicó en diversos medios de comunicación y en la dirección oficial de Internet http://www.lamoncloa.gob.es/ServiciosdePrensa/NotasPrensa/MVIV/_2010/ntpr20100915_Congreso.htm, la noticia de que la Ministra de Vivienda había comparecido el 15 de septiembre en la Comisión de Vivienda del Congreso, para explicar determinadas medidas de ajuste del Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación (PEVR) 2009-2012 derivadas del programa de austeridad del Gobierno.

En dicha comparecencia, de la que, como se ha dicho, se hicieron eco las agencias de información y otros medios de divulgación por la repercusión que tendrían tales medidas en amplios sectores de la población, la Ministra indicó que «los ciudadanos que se encuentren en un proceso avanzado de compra de una vivienda protegida podrán percibir la ayuda a la entrada» y también aseguró que «ningún ciudadano que hubiera completado una parte sustancial del proceso de compra de su vivienda protegida va a perder su expectativa legítima de percibir la Ayuda Estatal Directa a la Entrada (AEDE), porque somos conscientes de que ésta sería una de las razones que influyeron en su toma de decisiones».

También aludió con detalle al borrador del real decreto que iba a modificar dicho Plan, que entonces ya se encontraba en el trámite de

audiencia pública, y en el que figuraba una disposición transitoria «que constituye una suave transición hacia la desaparición de la AEDE, preserva la seguridad jurídica y las expectativas legítimas de los adquirentes de vivienda protegida, y es fundamental para que los ciudadanos que se encontraran en una fase avanzada del proceso de adquisición no se vean perjudicados inopinadamente por la reforma del Plan».

Del mismo modo afirmó que «hemos intentado incorporar el mayor número de sugerencias y aportaciones de las comunidades y ciudades autónomas...».

Por consiguiente, si a mediados de septiembre se informó de forma notoria y pública que esas medidas transitorias iban a afectar a quienes entonces se encontrasen en un fase avanzada de la tramitación de sus ayudas, los funcionarios que atendieron al señor (...) tenían que haber informado en los meses de noviembre o diciembre, con mayor fundamento, de que ya no se iba a poder beneficiar de todo lo que había oído o creído, ya que la AEDE iba a suprimirse de forma inminente.

Segunda. Con independencia del momento en que el interesado se personó en el Servicio Territorial de Fomento para solicitar información sobre las ayudas mencionadas y de qué información se le facilitó entonces, lo cierto es que el 21 de diciembre presentó su solicitud de ayudas por adquisición declarada protegida de vivienda dentro del Plan de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012 y que esa Administración autonómica no solamente le admitió a trámite su instancia, sino que en la semana siguiente se dictó la resolución favorable por la que se visaba el contrato y se reconocía el acceso a la financiación prevista en el Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, siendo que ya sí se había publicado en el *Boletín Oficial del Estado* el Real Decreto 1713/2010, de 17 de diciembre, que lo modificaba.

Esta resolución contenía un acto administrativo favorable que acarrea consecuencias jurídicas, ya que se trata del reconocimiento de un derecho a la subvención tras la tramitación de la solicitud del interesado. No estamos ante una actuación discrecional, sino reglada que implica que se tenga que dictar una resolución estimatoria en el supuesto de que el solicitante reúna todos los requisitos establecidos en la normativa aplicable. Las normas de estas subvenciones son tan pormenorizadas que fijan los criterios objetivos, los baremos, los requisitos, las condiciones, etc., sin dar apenas a la Administración actuante un margen de discrecionalidad.

Ahora bien, cabe preguntarse si el reconocimiento de ese derecho a la subvención o a las ayudas relacionadas en esa Resolución del 27 de diciembre es suficiente para la efectiva percepción de las cantidades señaladas o, por el contrario, si se requiere, además, realizar una serie de trámites internos referidos a la tramitación presupuestaria o está condicionado a la existencia de fondos suficientes.

Si tenemos en cuenta el principio de legalidad presupuestaria, según el cual la falta de consignación presupuestaria provoca la nulidad de pleno derecho y no la mera exigibilidad del acto de que se trate, en principio debemos admitir como adecuada la advertencia que se hacía en dicha resolución de que «el presente reconocimiento de ayudas financieras se efectúa condicionado a las disponibilidades presupuestarias existentes, al volumen de recursos financieros y actuaciones previstas en los convenios, dentro del marco de instrumentación financiera e institucional del Plan de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012 establecido en el Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, para la Comunidad de Castilla y León».

No obstante, eso no puede suponer que la Administración reconozca las ayudas que se vayan solicitando sin haber realizado una anterior labor de control de las que ya se han reconocido y las cantidades presupuestarias que todavía quedan sin comprometer. Dados los medios jurídicos y técnicos existentes, el que la Administración no lleve un mínimo control en la tramitación de esas solicitudes de ayudas, acarrea no solamente graves consecuencias jurídicas como la aprobación de actos nulos de pleno derecho, sino que crean unas expectativas en los interesados que luego no podrán satisfacerse.

Si la Administración ya sabe que se ha agotado el presupuesto, se debería informar a los interesados de que ya no se aceptan más solicitudes de ayuda con cargo a ese ejercicio económico. Si, aun así, el solicitante de una de esas ayudas presenta su instancia dentro del plazo establecido, cuando la Administración ya sabe que se ha agotado el presupuesto, debería dictarse una resolución desestimando las ayudas por ese motivo, ya que si la resolución es estimatoria, entonces nos encontraríamos con un acto nulo de pleno derecho, tal y como señala el artículo 108 de la Ley 2/2006, de 3 de mayo, de Hacienda y Sector Público de la Comunidad de Castilla y León.

Dicho artículo, que tiene similar contenido al del artículo 46 de Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, dice lo siguiente:

«Los créditos para gastos tienen carácter limitativo. No podrán autorizarse gastos ni adquirirse compromisos ni reconocerse obligaciones por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, y serán nulos de pleno derecho los actos administrativos y las disposiciones generales con rango inferior a la ley que incumplan esta limitación, sin perjuicio de las responsabilidades reguladas en el título VIII de esta ley».

Por la presente queja y por otras que se han presentado ante esta Defensoría, hemos podido observar que esa Consejería ha estado tramitando solicitudes de ayudas y dictando resoluciones favorables a los interesados sin haber tenido en cuenta si existían o no los créditos suficientes para que pudieran percibir lo reconocido.

Como ejemplo de lo anterior, tenemos la queja que presentó una ciudadana (registrada con el número 11009065) que solicitó el 2 de agosto de 2010 las ayudas por adquisición declarada protegida de vivienda – precio general tipo de actuación: vivienda usada «VU» y a la que se le reconocieron las ayudas que había solicitado mediante la resolución del 11 de octubre de 2010, pero que no pudo percibirlas porque su entidad bancaria le informó de que su expediente se encontraba retenido por haberse superado los objetivos de algunas comunidades autónomas para el ejercicio 2010.

Tercera. Para evitar esas consecuencias negativas para los interesados o para que esa Administración no dictase actos nulos de pleno derecho, esa Consejería tenía que haber aprobado en el momento oportuno una orden en la que se adoptaran algunas medidas en relación con el cumplimiento del Programa 2010, en el marco del Plan de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012, y del convenio suscrito con el Ministerio de Vivienda y publicado por Resolución de 10 de marzo de 2010, de la Dirección General de Relaciones Institucionales y Acción Exterior.

Dado que en dicho convenio se recogieron los objetivos totales, que son el número de actuaciones protegidas financiables durante el período 2009-2012, desglosados por modalidades de actuación y número de viviendas, así como su distribución anual estimada, esa Consejería debería haber hecho público que, una vez superados los objetivos convenidos, no se iban a admitir a trámite nuevas solicitudes de ayudas para adquisición de viviendas protegidas de nueva construcción y de vivienda usada, las ayudas a los promotores de viviendas en arrendamiento o cualquier otra línea de ayuda que ya no contase con fondos suficientes.

Esa medida no solamente hubiera significado una actuación responsable por parte de esa Administración autonómica gestora del plan, sino que también habría evitado que se generasen falsas expectativas respecto a expedientes que, una vez superados los objetivos, no iban a poder obtener la financiación correspondiente.

Si los ciudadanos no llegan a conocer, con al menos idéntica publicidad o difusión, que se han agotado las partidas presupuestarias previstas para los distintos programas de viviendas, la administración vulnera los principios generales consagrados en el artículo 3.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que proclaman respetar en su actuación la buena fe y la confianza legítima en sus relaciones con los ciudadanos.

Esta Defensoría ha podido constatar que esa y otras administraciones proceden a desplegar campañas publicitarias en las que se informa a los ciudadanos de determinadas actuaciones que a algunos de ellos les podría suponer unos beneficios, pero que, en la práctica, muchos de los que pretendan acogerse al programa en cuestión no podrán acceder a los beneficios, tan profusamente publicitados, debido a los requisitos requeridos o a los límites planteados. Ello producirá sentimientos de decepción en los ciudadanos cuando esos programas informativos se difunden de forma desproporcionada a las limitaciones reales incluidas y más aun cuando, para acceder a esos beneficios, previamente los particulares tienen que incurrir en determinados gastos o llevar a cabo gestiones que suponen tiempo o trámites burocráticos inesperados.

Aunque en el impreso que ha de cumplimentar el aspirante a obtener la ayuda se indique que la subvención está limitada por la disponibilidad presupuestaria, sin embargo la falta de coordinación de las distintas administraciones intervinientes o la ausencia de un control en tiempo real de las subvenciones ya concedidas, hace que se presenten solicitudes e, incluso, que se admitan a trámite muchas de ellas cuando, pasado un tiempo, son resueltas de forma negativa por falta de fondos o por haberse agotado la existencia de los bienes ofrecidos o por cualquier otra razón sobrevenida, que bien podría haberse previsto y haberse alertado de ello de forma más eficaz.

Esta Defensoría considera que una Administración Pública debería adoptar las medidas oportunas en el tiempo y con los medios de que se dispone que eviten esos desajustes entre los fondos destinados a un determinado fin y el total de las ayudas solicitadas por los ciu-

dadanos, o que se generen ilusorias expectativas en los ciudadanos durante el tiempo que dura la tramitación de sus peticiones hasta su resolución expresa negativa, siendo que cuando las presentaron ya se habían agotado los fondos disponibles o se habían modificado las normas hasta entonces vigentes.

La Administración debería informar más rápidamente de las variaciones producidas en las previsiones publicitadas o advertir con mayor eficacia de las limitaciones presupuestarias o de otro tipo existentes. Dada la existencia de esas limitaciones y las consecuencias negativas que tienen para muchos ciudadanos, se debería hacer más hincapié de ello en las campañas publicitarias, así como en la información a facilitar a los potenciales solicitantes y/o beneficiarios o en los modelos de solicitud de la ayuda.

Así se evitaría la proliferación de situaciones negativas y de malestar en los ciudadanos con la consiguiente desconfianza y la desagradable sorpresa en quienes presentan una solicitud de subvención y se encuentran con que la causa de denegación no es otra sino la falta de presupuesto, el agotamiento de los bienes que se ofrecían o la aparición de circunstancias nuevas que, a veces de forma poco diligente, no se habían previsto. Ese perjuicio se ve incrementado en aquellos ciudadanos que han llegado a realizar gastos previamente o han adquirido compromisos contractuales con terceros, que no se reembolsarán por la Administración pese a que hayan cumplido las condiciones exigidas de antemano.

Esta Defensoría propone que esa Administración asuma el compromiso de que, en adelante, informará con la máxima claridad y transparencia sobre la posibilidad de que, pese a reunir los requisitos legales para resultar beneficiarios, los solicitantes de subvenciones o ayudas relacionadas con la vivienda, no puedan acceder a ellas por los motivos que ya se conozcan, para lo cual se deberá destacar esta información de forma clara y visible en los impresos y carteles de publicidad. Del mismo modo, se debería arbitrar un mecanismo que permita que el solicitante conozca con una antelación mínima, si va a poder recibir las ayudas previstas en la norma, ya que así se evitaría la realización de gastos y el empleo de un tiempo precioso por el mismo.

Está claro que, una vez que estas ayudas hayan sido agotadas o no se encuentre vigente la normativa que las regula, esa Administración debería adoptar las medidas necesarias para dar a conocer esta circunstancia a la ciudadanía, con carácter general y a través de los

medios que se estimen oportunos, evitando en todo caso el que se continúen tramitando estas ayudas cuando ya se conoce que no se podrán pagar o que ha desaparecido su cobertura legal.

Cuarta. Esa Consejería dictó el 27 de diciembre de 2010 la resolución positiva de la solicitud que presentó el señor (...) en el expediente con ref.^a n.º (...), reconociéndole una ayuda estatal directa a la entrada de 9.600 euros cuando ya se había publicado días antes el Real Decreto 1713/2010, de 17 de diciembre, que suprimía dicha ayuda a partir del 1 de enero de 2011. El interesado recibió la notificación el 3 de enero de 2011, por lo que, cuando acudió al banco con ella para seguir la tramitación prevista, se le indicó que no se iba a tramitar ni iba a recibir tal ayuda.

La actuación de esa Consejería, desde el momento en que no informó adecuadamente al interesado de la próxima finalización de las ayudas que pensaba percibir hasta el momento en que le notificó la resolución cuando ya no podía percibir la AEDE porque se había cumplido el plazo establecido, ha dado lugar a una situación negativa para su patrimonio, ya que ha adoptado decisiones contractuales de contenido económico que hubieran sido distintas de haber actuado esa Administración correctamente. Recordemos que en la comparecencia que hizo la Ministra de Vivienda en la Comisión de Vivienda del Congreso reconoció que cuando un ciudadano iniciaba el proceso de compra de una vivienda protegida se le generaba una expectativa legítima de percibir la Ayuda Estatal Directa a la Entrada y dijo que «ésta sería una de las razones que influyeron en su toma de decisiones».

Por ello, aunque el interesado pueda cobrar las ayudas con cargo a fondos de esa comunidad autónoma, reconocidas en la resolución que se le envió, como no puede percibir la Ayuda Estatal Directa a la Entrada que también se le reconoció y con la que contaba en el momento de adquirir la vivienda por no haber sido informado antes adecuadamente, esta Defensoría considera que nos encontramos ante un supuesto en el que él podría exigir formalmente a esa Consejería responsabilidad patrimonial al amparo del artículo 106.2 de la Constitución española, artículos 139 y 140 de la Ley 30/1992 y Real Decreto 429/1993, del Reglamento que desarrolla el procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración.

Siempre y cuando el interesado reúna los requisitos establecidos para ello y exista una relación directa causa-efecto entre los perjuicios a su economía patrimonial y la no percepción de esa Ayuda Esta-

tal Directa a la Entrada reconocida formalmente, esa Consejería debería tramitar tal solicitud de indemnización en el caso de que así sea presentada.

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 las siguientes recomendaciones:

1.^a. «Que los servicios administrativos de esa Consejería informen y orienten adecuadamente a los ciudadanos que lo soliciten de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes imponen a las actuaciones que se propongan realizar, así como de los proyectos de modificación de tales normas que pudieran afectarles.»

2.^a. «Que esa Consejería esté atenta a las modificaciones normativas que se produzcan durante la tramitación de los expedientes para que no se dicten resoluciones nulas o anulables por ir contra las nuevas normas aprobadas; y que en la tramitación de las solicitudes de subvenciones y ayudas lleve un control previo a la resolución para que no autorice gastos, adquiera compromisos ni reconozca obligaciones por cuantía superior al importe de los créditos consignados en los correspondientes programas de vivienda.»

3.^a. «a) Que cuando se superen los límites presupuestarios o los objetivos de viviendas previstos, esa Consejería haga público, a partir de esa fecha, que deja de admitir a trámite nuevas solicitudes de ayudas y desestimará las solicitudes que ya se hubieran presentado si no existe crédito presupuestario para ello o se han alcanzado esos objetivos.

b) Cuando esa Administración realice alguna campaña publicitaria de gran impacto social, encaminada a divulgar subvenciones y otras ayudas a la vivienda, o facilidades o beneficios que puedan afectar a un colectivo de ciudadanos, incluya de forma expresa y clara una advertencia de las limitaciones previstas, sean de carácter presupuestario, temporal, legal o de otro tipo, debiendo figurar estas advertencias de forma destacada en los impresos que se confeccionen para su cumplimentación por quienes deseen acogerse a esos programas de ayudas.

c) Que esa Administración autonómica proceda a realizar las mismas labores de difusión y publicidad cuando, por exigencias de nue-

vas necesidades surgidas, se modifiquen las previsiones de ayudas, en previsión especialmente de que los ciudadanos que tuvieran pensado acogerse a ellas puedan incurrir en gastos que no podrían recuperarse.»

Asimismo le dirijo la siguiente sugerencia:

«En el supuesto de que el interesado presente ante esa Consejería una solicitud de indemnización por los perjuicios sufridos en su patrimonio, tramite el correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial, por deficiente información facilitada en su momento que haya motivado la adquisición de una vivienda tras tener reconocido que percibiría la Ayuda Estatal Directa a la Entrada por importe de 9.600 euros».

Agradeciendo la remisión a esta Institución del preceptivo informe, en el que se ponga de manifiesto la aceptación de estas recomendaciones y sugerencia o, en su caso, de las razones que estime para no aceptarlas, y ello de conformidad y en el plazo previsto en el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos.

Madrid, 19 de octubre de 2011.

Recomendación dirigida al Consejero de Fomento y Medio Ambiente. Junta de Castilla y León.

Recomendación 98/2011, de 4 de noviembre, en materia de designación de espacios escolares para la celebración en los mismos de actos de campaña electoral.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 500*)

Es de referencia su escrito de fecha 22 de julio último (s/ref...), en el que informa a esta Institución en relación con el supuesto planteado por doña (...), promovente de la queja cuyo número de inscripción en el registro del Defensor del Pueblo ha quedado indicado más arriba.

En la citada queja se cuestionaba la forma en que, por ese Ayuntamiento, se procedió a la designación de los espacios escolares disponibles para la celebración gratuita de actos de campaña electoral, en las elecciones autonómicas y locales que tuvieron lugar el pasado 22 de mayo, entre los que, en la relación que se hizo pública, en su momento, en el *Boletín Oficial de la Provincia*, se incluyeron indiscriminadamente «todos los patios de los colegios públicos», sin tener en cuenta la eventualidad de que en las fechas de celebración de la campaña electoral los centros pudieran tener programada la realización de actividades escolares en dicho espacio escolar.

En el concreto supuesto planteado se dio esta última circunstancia, lo que impidió la realización de una actividad que todos los años programa el centro docente público en el que está constituida la asociación de madres y padres de alumnos a la que pertenece la reclamante –actividad que por sus especiales características debe desarrollarse en el patio de recreo del centro estando programada este año su realización el día 20 de mayo, sin que, como ya se ha indicado, pudiera tener lugar la misma, ya que, dados los términos de la desig-

nación de locales efectuada por ese Ayuntamiento, el patio escolar estuvo ocupado por los asistentes a un acto de campaña de determinado partido.

Entendía la reclamante que la indicada disfunción debería y podría haberse evitado por ese Ayuntamiento si se hubiese adoptado la precaución de consultar a los centros sobre la disponibilidad de sus referidas instalaciones en las fechas de celebración de actos de campaña, correspondientes a los citados procedimientos electorales, y de especificar en la relación de locales que se propuso a la correspondiente junta electoral de zona los días y horas en que se encontraba disponible en cada centro la citada instalación escolar.

En el informe aportado por V. I. a instancias de esta Institución sobre el referido asunto se manifiesta que, una vez designados por ese Ayuntamiento los lugares disponibles para la celebración de actos de campaña electoral, es a la Junta Electoral de Zona a quien compete la asignación a los distintos partidos políticos que lo soliciten de lugares para la celebración de los actos políticos en campaña electoral y no al Ayuntamiento de Badajoz, que, según manifiesta, lamenta la coincidencia, aunque insiste en entender que la competencia es de la Junta Electoral de Zona de Badajoz, pues el ayuntamiento hace la relación de los lugares, pero no determina los días y horas para su utilización.

Sin embargo, la normativa electoral vigente atribuye a los ayuntamientos la responsabilidad de reservar locales oficiales y lugares públicos de uso gratuito para la celebración de actos de campaña electoral, y lo hacen, además, en términos que permiten deducir que, en la intención del legislador, la designación por los ayuntamientos de instalaciones para el uso electoral mencionado ha de hacerse en términos que resulte compatible con la utilización de dichos espacios para el uso a que están habitualmente destinados.

A esta conclusión se llega a través del examen del artículo 57.1 de la vigente Ley Orgánica de Régimen Electoral General (LOREG), en el que expresamente se establece que «... los Ayuntamientos comunican a la correspondiente Junta Electoral de Zona que, a su vez, lo pone en conocimiento de la Junta Provincial, los locales oficiales y lugares públicos que se reservan para la realización gratuita de actos de campaña electoral», así como del apartado 2 del mismo artículo en el que se añade que «dicha relación ha de contener la especificación de los días y horas en que cada uno sea utilizable...».

Tanto del tenor literal de las anteriores prescripciones legales, como de la propia condición de los ayuntamientos de propietarios de las instalaciones escolares usualmente designadas y de encargados de su conservación y mantenimiento, corresponde a estos decidir sobre los locales que se reservan para el uso electoral ya mencionado, como también les corresponde precisar, en la relación que deben enviar a las juntas electorales de zona, los días y horas en que cada uno de ellos esté disponible, de manera que su utilización no afecte, tal y como quiere el legislador, a la continuidad de su uso para el desarrollo de las actividades docentes programadas en las mismas.

Sobre la base de las consideraciones expuestas y en uso de las facultades que le atribuye el artículo 30 de su ley reguladora, esta Institución ha decidido formular a V. I. la siguiente recomendación:

«Que por ese Ayuntamiento, de cara a futuros procesos electorales y antes de comunicar a la administración electoral la relación de locales prevista en el artículo 57 de la LOREG, se realicen las comprobaciones previas necesarias para determinar su disponibilidad en cada caso, de forma que en la relación que se comunique a la junta electoral de zona se incluya la referencia a los días y horario en que cada una de ellas esté disponible para el uso electoral a que se viene haciendo referencia, según se establece en el precepto legal mencionado».

Agradeciendo de antemano a V. I. la remisión a esta Institución, en plazo no superior a un mes, del informe preceptivo a que hace referencia el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, en el que se ponga de manifiesto la aceptación de la recomendación formulada o, en su caso, las razones en que se basa su no aceptación.

Madrid, 4 de noviembre de 2011.

Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Badajoz.

Recomendación 99/2011, de 21 de noviembre, sobre asistencia jurídica gratuita.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, págs. 504-505*)

Agradecemos sinceramente su atento escrito, en relación con la queja planteada por doña (...), en su condición de abogada y coordinadora del Servicio de Orientación Jurídica para Extranjeros del Ilmo. Colegio de Abogados de (...), su referencia salida (...), de fecha 28 de junio de 2011, registrada con el número de referencia arriba indicado.

Con el máximo interés hemos examinado el contenido de la documentación remitida, consistente en distintos autos dictados por los juzgados de lo contencioso-administrativo, todos ellos de la ciudad de Sevilla, por los que se estiman las impugnaciones formuladas por la Abogacía del Estado del reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita, concedido en su momento por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita.

Tras un pormenorizado estudio de esas resoluciones judiciales, se constata que el fundamento último de estimación de la impugnación de la Abogacía del Estado es debida, esencialmente, a la no existencia en el expediente de la documentación acreditativa del derecho y a la inexistencia del requerimiento para su aportación por parte de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita.

A la vista de las anteriores resoluciones judiciales y del problema que se está generando al colectivo de ciudadanos extranjeros que, estando ya muy avanzado el procedimiento judicial, se encuentran privados de su derecho, esta Institución considera que la Comisión de Asistencia

Jurídica Gratuita de Sevilla debería ajustar su actuación a lo establecido estrictamente en la Ley y el Reglamento de asistencia jurídica gratuita, recabando, en la medida de lo posible, la documentación preceptiva para el reconocimiento del beneficio de asistencia jurídica gratuita, con el fin de evitar con ello posteriores revocaciones en sede judicial.

No se puede olvidar que la Administración, tanto estatal como autonómica, está debidamente representada en las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita, tal y como expresamente viene determinado en el artículo 10 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, que establece que la Comisión Central de Asistencia Jurídica Gratuita estará presidida por un miembro del Ministerio Fiscal, designado por el Fiscal General del Estado, y compuesta por los Decanos del Colegio de Abogados y del Colegio de Procuradores de Madrid, o el abogado o procurador que ellos designen, un abogado del Estado y un funcionario del Ministerio de Justicia perteneciente a cuerpos o escalas del grupo A, que además actuará como secretario. Igualmente, el artículo 5 del Decreto 67/2008, de 26 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, recoge que la composición de las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita se ajustará a lo dispuesto en el artículo 19.2 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, estando integradas, entre otros, por un letrado o letrada adscrito al Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, designado por su titular.

Por ello, sería conveniente que ese departamento, en aquellos ámbitos dentro de su competencia, así como en el ámbito de las reuniones sectoriales que se mantienen periódicamente con los representantes de las comunidades autónomas, con competencias transferidas en la materia, estudiaran la forma de que las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita agotaran al máximo todas las posibilidades y adoptasen sus resoluciones a lo establecido en la ley y reglamento de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita y normas autonómicas aplicables, a fin de evitar que posteriormente, ya iniciados los procesos judiciales, con todo lo que ello implica, la Abogacía del Estado se vea en la necesidad legal de impugnar los reconocimientos concedidos, con los perjuicios que ello conlleva para este colectivo e incidiendo además en los retrasos endémicos que arrastra nuestra Administración de Justicia.

Asimismo, no se puede obviar, tal y como se ha puesto de relieve en anteriores comunicaciones, que esta cuestión tiene una enorme complejidad, toda vez que se debe encontrar un equilibrio entre el derecho fundamental de los extranjeros en situación irregular, a resultar bene-

ficiados del derecho fundamental de defensa, reconocido en nuestra carta magna, y el inexcusable cumplimiento de los requisitos que establecen las normas reguladoras de la asistencia jurídica gratuita.

No obstante, el Defensor del Pueblo también es consciente de las dificultades que puede implicar para este colectivo, ya de por sí tan vulnerable, la necesidad de aportar documentos, en la mayoría de los casos, dadas sus circunstancias personales, resultan de difícil o imposible obtención.

Esta Institución entiende que se podría valorar la posibilidad de que en la revisión que se está llevando a cabo de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, se tengan en cuenta estas circunstancias, evitando con ello que se pueda privar de un derecho fundamental, consagrado en el artículo 24 de nuestra Constitución, a los ciudadanos extranjeros que se encuentran en esta situación.

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:

«1.º. Que se adopten las medidas pertinentes para que todas las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita, adecuen su actuación a las previsiones establecidas en la vigente normativa estatal y autonómica, a la hora de reconocer el beneficio de asistencia jurídica gratuita, llevando a cabo todas las comprobaciones y requerimientos necesarios con el fin de evitar posteriores impugnaciones del derecho en vía judicial.

2.º. Que en la revisión de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, que se está llevando a cabo por ese Departamento, se valore la conveniencia de, en estos supuestos concretos, se contemple la posibilidad de buscar alternativas legales que permitan a este colectivo acreditar su situación de carencia de recursos económicos».

Agradeciendo la colaboración que de forma habitual presta a esta Institución, y esperando la contestación oportuna respecto a la recomendación que se le efectúa.

Madrid, 21 de noviembre de 2011.

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

Recomendación 100/2011, de 29 de noviembre, para que se deje sin efecto la exigencia de la presentación del número de identificación de extranjero (NIE) en los expedientes de solicitud de inscripción en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunitat Valenciana, en los que algún miembro de la pareja ostente una nacionalidad extranjera.

(BOCG. Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 510)

Se acusa recibo al escrito de la Conselleria de Justícia i Administracions Públiques (s/ref...), en el que nos contesta a la queja planteada por don (...) y registrada con el número arriba indicado.

Del contenido del mismo se desprende que los solicitantes de inscripción en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunitat Valenciana, deben aportar para su identificación el NIE.

Según se indica en el informe recibido, al haberse producido un importante incremento de expedientes de inscripción en el Registro Administrativo de Uniones de Hecho en los que uno de los miembros de la pareja es extranjero, esa Consejería ha estimado procedente integrar la normativa de extranjería en la instrucción y resolución de este tipo de procedimientos, en particular aquellos preceptos del Reglamento de extranjería referidos a los derechos y obligaciones de los extranjeros en relación con su documentación, así como el precepto referido al número de identidad de extranjero (arts. 100 y 101 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, y 205 y 206 del vigente Reglamento de extranjería, aprobado mediante Real Decreto 557/2011, de 20 de abril).

Se pone de manifiesto en el escrito recibido que el NIE vendría a ser equivalente al DNI de los nacionales (aunque sin acreditar la identidad) y por este motivo se exige para cualquier trámite administrativo. También se afirma que dicho documento no sustituye al pasaporte sino que lo complementa, que se requiere tanto a los ciudadanos de la Unión Europea como a los ciudadanos extranjeros de terceros países y que la exigencia de aportar el NIE no está vinculada a que los interesados dispongan o no de permiso de residencia, sino que deriva del mandato contenido en la normativa de extranjería.

Concluye el informe remitido que la exigencia de aportar el NIE no persigue obstaculizar la inscripción en el Registro de Uniones de Hecho y que al tener este registro un carácter administrativo es de aplicación la normativa de extranjería mencionada, a diferencia del Registro Civil que tiene naturaleza civil y se refiere a derechos fundamentales de la persona (nacimiento, extinción de la personalidad, filiación, nacionalidad, matrimonio).

Una vez evaluado el informe remitido, procede realizar las siguientes consideraciones:

1. El artículo 14 del Real Decreto 61/2002, de 23 de abril, establece que la solicitud de inscripción se formulará por escrito dirigido al Registro Administrativo de Uniones de Hecho de la Comunitat Valenciana y deberá ir acompañada, entre otras cosas, de «copia de los documentos de identificación de los solicitantes».

En consecuencia, la primera cuestión a analizar es qué documento se considera suficiente para acreditar la identificación de los solicitantes. Resulta claro que para acreditar su identificación los ciudadanos españoles pueden aportar el documento nacional de identidad, ya que dicho documento tiene, por sí solo, suficiente valor para la acreditación de la identidad de las personas, según establece el apartado 1 del artículo 9 de la Ley 1/1992, de 21 de febrero, de Seguridad Ciudadana.

Sin embargo, esa Consejería considera que en los supuestos de ciudadanos extranjeros no es suficiente la presentación del pasaporte, dado que exige de forma complementaria la aportación del NIE.

A juicio de esta Institución, tal exigencia es improcedente por lo que se expone a continuación.

El preámbulo del Real Decreto 896/2003, de 11 de julio, por el que se regula la expedición del pasaporte ordinario y se determinan sus

características, afirma que «el pasaporte es un documento que acredita la identidad y nacionalidad de su titular salvo prueba en contrario», afirmación que se refleja en el artículo 1 del citado real decreto, aun cuando dicho precepto menciona expresamente el pasaporte español, que realmente es el objeto de regulación de dicha disposición.

En este mismo sentido, el artículo 4 de la vigente Ley de extranjería establece que «los extranjeros que se encuentren en territorio español tienen el derecho y el deber de conservar la documentación que acredite su identidad, expedida por las autoridades competentes de su país de origen o de procedencia, así como la que acredite su situación en España».

La simple lectura de este último precepto permite distinguir entre el documento que acredita la identidad del extranjero «expedida por las autoridades competentes de su país de origen o de procedencia» y aquella que acredita su situación en España (la autorización de residencia) estableciendo, eso sí, el derecho y la obligación de conservar ambos documentos en vigor.

Así pues, aun cuando la normativa en materia de derechos y obligaciones de los extranjeros se refiere a ambas, ello no implica que tenga el mismo valor el pasaporte que la tarjeta de residencia a efectos de acreditar la identidad, dado que esta última solo acredita la situación del extranjero en España.

2. Sentado lo anterior, procede recordar que, según previene el artículo 210 del vigente Reglamento de extranjería, todos los extranjeros a los que se les haya expedido un visado o una autorización de residencia para permanecer en España por un período superior a seis meses tienen el derecho y el deber de obtener la tarjeta de identidad de extranjero. Dicha tarjeta se solicitará desde que la autorización de residencia sea concedida o desde que cobre vigencia.

La tarjeta de identidad referida, que documenta la autorización de residencia, lleva inserto el NIE, que es el que consta en la autorización de residencia y, según establece el artículo 210, apartado 2, dicha tarjeta es el documento destinado a identificar al extranjero «a los efectos de acreditar su situación legal en España».

En cuanto al número de identificación de extranjero (NIE) se concede de oficio por la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, siempre que concurran determinados requisitos y, entre ellos,

que el extranjero no se encuentre en España en situación irregular [artículo 206.3.a)].

En consecuencia, no todos los extranjeros tienen asignado un NIE ni tienen posibilidad alguna de que se les asigne dicho número dada la regulación existente. En particular, no es posible obtener el NIE cuando el ciudadano extranjero se encuentra en situación irregular.

3. Procede recordar, asimismo, que el preámbulo de la Ley de Uniones de Hecho de la Comunitat Valenciana, señala que las uniones estables reconocidas mayoritariamente por la sociedad y denominadas «uniones de hecho» se encuentran en la actualidad con barreras jurídicas para su reconocimiento público y que si bien el matrimonio y las uniones de hecho obedecen a opciones y planteamientos personales, requieren el respeto a la diferencia tanto en el plano social como en el jurídico, concluyendo que el derecho debe ajustarse a las nuevas realidades sociales, por lo que la ley trata de dar una adecuada solución a la realidad sociológica del incremento en el número de uniones entre personas difícilmente encuadrables en las categorías jurídicas existentes.

También se reconoce en el preámbulo de la citada norma que «esta ley da respuesta a una limitación fundamental, derivada de la falta de legislación propia de la Comunitat Valenciana, dentro de su ámbito competencial», y que «a la espera de la referida extensión de la legislación civil, la Generalitat Valenciana debe poner sus medios y sus competencias al alcance de las uniones de hecho no reguladas con el fin de otorgarles un reconocimiento y, también, introducir así una mayor seguridad jurídica que permita evitar situaciones de desigualdad».

En consonancia con el espíritu de la norma, cuyo objetivo queda expuesto en su preámbulo, no cabe coartar el derecho a la inscripción en el Registro de Uniones de Hecho a los solicitantes que cumplen los requisitos establecidos en la propia ley sobre la base de la exigencia de un documento que, como hemos manifestado en el punto anterior, no acredita la identidad del interesado y que, además, no se le exige en el expediente matrimonial.

4. A la vista de lo expuesto, la exigencia del NIE no solo obstaculiza la inscripción en el Registro de Uniones de Hecho de los solicitantes cuando uno de ellos es extranjero, sino que impide de facto la inscripción, afectando dicha actuación, además, a ciudadanos españoles en todos aquellos supuestos en los que uno de los miembros de la pareja es español.

En este punto conviene recordar que la jurisprudencia constitucional interpreta que la protección constitucional de la familia que consagra el artículo 39 de la Constitución se extiende no sólo al matrimonio sino a las uniones no matrimoniales, señalando que «a los fines de protección constitucional de quienes conviven *more uxorio* es suficiente la existencia de una unión estable, pues al ser elemento esencial la libre voluntad de sus componentes, ello hace que sean irrelevantes las circunstancias o motivaciones que han podido determinar tanto la constitución como el mantenimiento de esa unión matrimonial» (STC 47/1993, de 8 de febrero).

La doctrina del Tribunal Constitucional viene señalando, además, que «no serán necesariamente incompatibles con el artículo 39.1 de la Constitución ni tampoco con el principio de igualdad, las medidas de los poderes públicos que otorgan un trato distinto y más favorable a la unión familiar que a otras unidades convivenciales, ni aquellas otras medidas que favorezcan el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio siempre claro es que con ello no se coarte ni dificulte irrazonablemente al hombre y la mujer que deciden convivir *more uxorio*» (STC 184/1990; 29/1991; 30/1991, 66/1994, etc.).

Por tanto, a juicio de esta Institución, no procede justificar la exigencia de presentación del NIE para la realización de trámites puramente administrativos con aquellos cuya trascendencia fuera del ámbito administrativo es clara y que están protegidos constitucionalmente.

En consecuencia, esta Institución ha estimado procedente formular, al amparo de lo establecido en el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, la siguiente recomendación:

«Que se deje sin efecto la exigencia de la presentación del número de identificación de extranjero (NIE) en los expedientes de solicitud de inscripción en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunitat Valenciana, en los que algún miembro de la pareja ostente una nacionalidad extranjera».

En la seguridad de que esta recomendación será objeto de atención por parte de V. E. y en espera de la preceptiva respuesta.

Madrid, 29 de noviembre de 2011.

Recomendación dirigida al Consejero de Justicia y Bienestar Social. Comunitat Valenciana.

Recomendación 101/2011, de 30 de noviembre, sobre valoración de méritos y subsanación de defectos.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, págs. 508-509*)

Esta Institución agradece su último informe, s/ref..., de 11 de octubre pasado, en relación con la queja registrada con el número arriba indicado.

Analizado su contenido, resulta oportuno realizar las siguientes consideraciones:

Primera. En primer lugar, sirvan como antecedentes que las promotoras de la queja, que han participado como aspirantes en el procedimiento selectivo para la cobertura, por el sistema de concurso-oposición, de plazas correspondientes a la categoría profesional de fisioterapeuta, convocado por esa Consejería de Salud, Familia y Bienestar Social, mediante resolución del entonces Consejero de Salud y Consumo, de 19 de junio de 2009, se dirigieron a esta Institución exponiendo que, tras haber superado la fase de oposición y ya en la fase de concurso, no habían visto valorados los méritos aportados.

Según relataban en la información suministrada, la causa de esa falta absoluta de reconocimiento de la puntuación por los méritos poseídos se fundamentaba en que la presentación de la documentación acreditativa de aquellos se realizó fuera del plazo establecido en la convocatoria selectiva. Como ya se adelantó en nuestra primera comunicación, en uno de los casos la interesada argumentó que, a su juicio, mal informada por la propia Administración, no tuvo en cuen-

ta los sábados, que habría computado erróneamente como inhábiles, excediendo en uno o dos días el plazo fijado en las bases.

En el otro supuesto la promotora alegaba que el retraso en la presentación de los méritos se debió a una imposibilidad material, debida a la concurrencia de una urgencia médica.

No habiéndose valorado por el tribunal de selección mérito alguno, formularon alegaciones el 10 y 11 de noviembre de 2010, dentro de los siete días siguientes a la publicación de la lista provisional de puntuaciones obtenidas en la fase de concurso. En estos escritos se argumentaba en favor de su derecho a que les fueran computados los méritos obtenidos con anterioridad a la propia convocatoria y que obrarían, igualmente, en los archivos de la Administración, razón por la que consideran que deberían ser valorados de acuerdo con lo establecido en el artículo 35, letra f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Con posterioridad, a través de la correspondiente Resolución, de 8 de marzo de 2011, se resolvió la publicación del listado definitivo de aspirantes a la mencionada categoría profesional que habían superado el proceso selectivo, donde las interesadas fueron excluidas al no otorgarse valor ni puntuación alguna a los méritos aportados.

Formulados en tiempo y forma los correspondientes recursos administrativos de reposición reiterando la argumentación jurídica efectuada en las alegaciones, en relación con la aplicación del artículo 35 letra f) y con el artículo 71 de la Ley 30/1992, vinieron a solicitar la valoración de los méritos conforme a la documentación presentada o, en su caso alternativamente, la valoración de los que ya estuvieran acreditados ante el servicio de salud de esa comunidad autónoma.

En la resolución desestimatoria de esos recursos administrativos, cuyo fundamento jurídico se trae a colación en el informe de contestación a la queja, se discrepa del parecer de esta Institución en relación con la aplicación al caso del trámite de subsanación y la doctrina jurisprudencial establecida acerca del artículo 71 de la Ley 30/1992, precepto que se descarta ante la concurrencia de dos circunstancias que lo hacen, a juicio de esa Administración, jurídicamente inviable: en primer término, dado que la solicitud de participación fue presentada fuera del plazo establecido en la convocatoria selectiva, puesto que dicho trámite de subsanación resulta únicamente aplicable a

aquellas solicitudes que, habiendo sido presentadas en plazo, adolezcan de la falta de algún documento preceptivo o en las que concurra algún vicio formal, citando y reflejando al efecto la doctrina enunciada en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears, de 22 de febrero de 2006.

La segunda de aquellas condiciones por las que aquel precepto devendría inaplicable, atiende a la voluntariedad en la participación de los aspirantes en la fase de concurso, razón por la que, de acuerdo con la doctrina de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 18 de noviembre de 2009 (con remisión a las sentencias anteriores de 28 de febrero de 2007 y 3 de abril de 2009), el trámite de subsanación solo es aplicable ante la carencia de requisitos en la solicitud, o bien, ante la falta de aportación de documentos preceptivos, no cuando se trata de méritos a aportar de forma voluntaria por los candidatos.

Segunda. Expuestos así los antecedentes de este tema, debemos adelantar, sin embargo, que esta Institución no puede compartir la posición que sostiene esa Administración.

Avalan esta discrepancia razones de doble índole, puesto que, en un primer plano, sin compartir la tesis de la no aplicación del mencionado artículo 71 al procedimiento selectivo en su fase de concurso, como luego se desarrollará, tampoco la actuación administrativa se ha ajustado a ese otro entendimiento de las bases que limita tal aplicación, exclusivamente, a la solicitud de participación o iniciación.

Así, en este primer acercamiento al problema desde esa tesis, lo cierto es que se valoró con cero puntos en la fase de concurso el mérito correspondiente al conocimiento del catalán, aun cuando la acreditación de ese mérito en materia lingüística, de acuerdo con la base 7.7 en relación con el apartado 3 del anexo II de la convocatoria, dedicado a los conocimientos orales y escritos de catalán, constaba ya en el procedimiento y en el expediente de selección en poder del tribunal, al haber sido aportado en calidad de requisito con la solicitud de inicio y participación en el proceso selectivo.

Por ello, conforme a la posición mantenida por esa Administración, no resulta aceptable que, tras el trámite de alegaciones a que se refiere la base 10.5, cumplimentado por las interesadas en sus escritos de 10 y 11 de noviembre de 2010, dentro de los siete días siguientes a la publicación de la lista provisional de puntuaciones obtenidas

en la fase de concurso, alegando su voluntad expresa de que fuera tenida en cuenta y puntuada, entre otra, la documentación relativa al certificado nivel B de catalán presentado con la solicitud inicial de participación, no se valore y bareme tal merito acreditado –habiéndole otorgado cero puntos– conforme al indicado anexo II y el mandato contenido en la base 7.7, que se centra en la acreditación de los méritos, referidos al último día del plazo para presentar solicitudes.

Además, esa falta de valoración resulta contradictoria con la tesis que sostiene esa Administración sobre la posibilidad de subsanación referida a la solicitud de inicio y la documentación acreditativa de los méritos que la acompañe, que en este caso se incumple, no resultando tampoco de referencia, por tanto, la primera resolución judicial a la que se hace alusión en el informe remitido.

Ahondando en este aspecto, relacionado con la falta de valoración de los conocimientos orales y escritos de catalán a través del correspondiente certificado, sin negar el carácter vinculante que poseen las bases de las convocatorias selectivas de nuestras administraciones, sí cabe resaltar que su interpretación y aplicación debe hacerse siempre en el sentido más favorable a la mayor efectividad del artículo 23.2 de la Constitución.

Esta premisa conlleva que cualquier aplicación de las mismas deba acomodarse, como hilo conductor, a un resultado que resulte objetiva y racionalmente compatible con el derecho reconocido en el precepto constitucional que acaba de resaltarse.

Consecuentemente, habrá que desechar una interpretación cuyo resultado, mediante la estricta aplicación de las bases en sus previsiones, dificulte o inhabilite el acceso a la función pública al tomar en consideración criterios carentes de racionalidad, con una desproporción manifiesta al sancionar la exclusión del candidato.

La observación del supuesto analizado, en lo que atañe a la falta de valoración del mencionado mérito lingüístico, no ha seguido las pautas de aplicación razonada y proporcional que acaban de señalarse y, además, supone también la inaplicación indebida del artículo 35, letras e) y f) de la Ley 30/1992 (LRJ-PAC).

Esto es así al no poder ignorarse el hecho documentado de que la certificación acerca de la posesión de ese conocimiento de la otra lengua cooficial obraba en poder del órgano convocante desde la solicitud

de concurrencia a la selección, circunstancia puesta de relieve al formular las alegaciones y que debió tenerse en cuenta al resolver aquellas y el subsiguiente recurso administrativo y de lo que se deduce, ante su falta de valoración como tal mérito ostentado y acreditado ante el tribunal, un resultado notoriamente desproporcionado frente a una presentación posterior en la fase de concurso, en principio extemporánea, de ese y otros méritos.

Sobre este aspecto, el Tribunal Supremo también ha tenido ocasión de pronunciarse al referir en la Sentencia de 18 de febrero de 2009, lo siguiente:

«SEGUNDO. ... La idea principal esgrimida para sostener este reproche es el carácter de ley de concurso que según reiterada jurisprudencia ha de atribuirse a las bases de la convocatoria, esto es, su naturaleza vinculante; y, con ese presupuesto, se aduce que ese postulado ha sido incumplido por la sentencia recurrida, al haber permitido, en contra de lo dispuesto en las bases que en el presente caso eran de aplicación, la presentación de la certificación de la convalidación de los estudios de gallego.

Se dice también, en línea con lo anterior, que la aceptación de la tesis de la sentencia de instancia haría innecesarias las bases y conduciría a dejar en manos de los aspirantes el cumplimiento o no de esa bases.

TERCERO. Sin negar el carácter vinculante que poseen las bases de cualquier convocatoria, debe reiterarse que su interpretación y aplicación debe hacerse siempre en el sentido más favorable a la mayor efectividad del artículo 23.2 CE y, en consecuencia, deberá ser rechazada cualquier aplicación de las mismas que conduzca a un resultado que no sea compatible con el derecho reconocido en el precepto constitucional que acaba de mencionarse.

Y esta clase de resultado será de apreciar cuando la estricta aplicación de unas bases dificulten el acceso a la función pública en virtud de criterios carentes de racionalidad, con una desproporción manifiesta o derivados de hechos que no sean imputables al aspirante que sufriría la exclusión.

En el caso aquí enjuiciado la sentencia recurrida ha seguido las pautas de racionalidad y proporcionalidad que acaban de mencionarse y, por ello, carece de justificación la aplicación indebida del artículo 35.e) de la Ley 30/1992 (LRJ-PAC) que le imputa el recurso de casación.

Así ha de ser considerado porque no ha procedido gratuitamente sino teniendo en cuenta un hecho especialmente relevante: que la polémica certificación fue expedida por la propia Administración de la Junta de Galicia en fecha posterior a la de publicación de la lista de admitidos. Con lo cual, la solución de la Sala de instancia a lo que ha estado dirigida es a impedir que circunstancias, relacionadas con el funcionamiento de la propia Administración y no con la pasividad de la aspirante, puedan perjudicar a esta.

Y debe señalarse que también es oportuna la cita que la sentencia recurrida hace del apartado f) del artículo 35 de la Ley 30/1992 para confirmar la validez de la actuación administrativa, por esta otra razón: que, tratándose de una documentación proveniente de la propia Administración demandada, la interesada pudo entender razonablemente que, dada la superior jerárquica que corresponde a las normas con rango de ley, la presentación de documentos se regía preferentemente por lo establecido en ese precepto legal que se ha mencionado».

Por este primer motivo, se considera plenamente aplicable la posibilidad de subsanación comprendida en el señalado artículo 71 en relación con el artículo 35, letras e) y f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, para que sea valorado ese mérito o, en cuanto al requerimiento a las interesadas, así como al resto de aspirantes afectados por la misma situación, para que puedan subsanar los defectos en los requisitos para la acreditación del mismo, siempre referidos a aquellos que ostenten acreditados hasta el término del plazo para la presentación de la solicitud de participación, como el constituido por la carencia indicada.

Tercera. Considerando que se trata de un defecto subsanable, tesis que mantenemos, esta Institución aprecia también, en un segundo orden de ideas, que este principio de subsanación resulta aplicable –al contrario de lo que entiende esa Administración sanitaria– a los procedimientos selectivos en su fase de concurso, sin que ello comporte la infracción de la doctrina jurisprudencial acerca del carácter vinculante de las bases.

A estos efectos se reitera la doctrina que en interés de ley estableció el Tribunal Supremo en Sentencia de 4 febrero de 2003, en la que se declara (fundamento de derecho sexto) que resulta de aplicación en la cuestión examinada el artículo 71 de la Ley 30/1992, como antes exigía el antiguo artículo 71 de la Ley de Procedimiento Administrativo en la redacción de 1958, pues se impone el deber de la Adminis-

tración de requerir a los interesados para que se subsanen las deficiencias, cuando se aprecie que los mismos no cumplen los requisitos que exige el ordenamiento en vigor, de modo que el precepto autoriza la concesión del plazo de diez días cuando se trate de un procedimiento selectivo de concurrencia competitiva, como ocurre en el caso planteado.

Y así, el alto tribunal concluye fijando como doctrina legal: «El trámite de subsanación de defectos a que se refiere el artículo 71 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común es plenamente aplicable en los procedimientos selectivos...».

Sin embargo, esa Administración argumenta también en defensa de su posición, que el referido precepto no es aplicable cuando se trata de méritos que se aportan de forma voluntaria por los solicitantes, voluntariedad de participación en esa fase que hace inviable aquella previsión, trayendo el ejemplo contenido en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 18 de noviembre de 2009 (con remisión a las sentencias anteriores de 28 de febrero de 2007 y 3 de abril de 2009).

A este respecto hay que resaltar, en contraposición a esa alegación, el criterio que admite tal posibilidad siguiendo la Sentencia el Tribunal Supremo de 4 febrero 2003 que, en su fundamento de derecho segundo, establece lo siguiente:

«En la cuestión examinada, la sentencia impugnada, frente al criterio que mantiene la sentencia de instancia sostiene que el artículo 71 de la Ley 30/1992, modificada por la Ley 4/1999, no es aplicable a los procedimientos selectivos, pues éstos no se inician a instancia del interesado, rigiéndose por las bases de la convocatoria y si en las mismas se establece un plazo para presentar la documentación que acredite los méritos de los concursantes, no puede permitirse que con posterioridad a la expiración de dicho plazo se aporten nuevos documentos ni podrá el Tribunal dar un plazo de subsanación al efecto, por lo tanto, el Tribunal al dar un nuevo plazo de subsanación en relación con los méritos alegados, infringió lo dispuesto en las bases».

Y continúa en su fundamento jurídico cuarto:

«Desde el punto de vista de la doctrina procesal, el carácter gravemente dañoso y erróneo de la sentencia impugnada viene determinado

por la consideración de sostener la inaplicabilidad a la cuestión debatida del artículo 71.2 de la Ley 30/1992, modificada por la Ley 4/1999.

Frente a dicho criterio entendemos que debe regir en toda su extensión el principio de subsanación consagrado en el artículo 71 de la ley, debiendo requerirse al interesado para que pueda subsanar los posibles defectos que pueda contener su solicitud, siguiendo reiterada jurisprudencia de esta Sala, de la que cabe exponer, entre otros, los siguientes criterios:

a) La tesis de la plena subsanabilidad de los defectos en una oposición o concurso ha sido reconocida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1990 con cita de los derogados artículos 54 y 71 de la Ley de Procedimiento Administrativo, al considerar que era subsanable la omisión, lo que no comporta la infracción de la doctrina jurisprudencial en orden al carácter vinculante de las bases del concurso a las que también se refiere la sentencia impugnada.

b) La subsanación del defecto relativo a la no presentación de documento acreditativo se admite sin problemas en las sentencias de 18 de octubre de 1976, 13 de julio de 1987, 8 de noviembre de 1988, 12 de abril de 1989 y 26 de mayo de 1989, siendo destacable la Sentencia de 16 de mayo de 1983 que hace plena aplicación del artículo 71, en la redacción de 17 de julio de 1958, admitiendo la posibilidad de que la Administración requiera a los firmantes para que en plazo de diez días subsanen la falta que ha sido observada e igual sucede en la posterior Sentencia de 28 de junio de 1985, al considerar que es acertada la decisión de la sentencia apelada cuando declara que no se puede atender a un criterio riguroso formalista que es contrario a la voluntad real perseguida por el legislador».

Y en sus fundamentos jurídicos quinto y sexto:

«Es de destacar ya el criterio que la Sentencia de 7 de julio de 1997 de la Sala tercera, Sección sexta, fijó en interpretación del artículo 71 cuando reconoció que la omisión de datos y errores exige que el órgano administrativo competente se lo haga saber al interesado, señalando dichos errores u omisiones y concediéndole un plazo de diez días para subsanación con la advertencia de que si no lo hiciera, se procederá al archivo del expediente y en todo caso, en dicha sentencia, se hace una expresa referencia a la antigua Sentencia de la Sala cuarta de 16 de marzo de 1988, en el sentido de que la Administración no puede arbitrariamente exigir cualquier documentación sino aquella que sea im-

prescindible para fijar los datos en base a los cuales ha de dictarse la resolución y esos datos han de ser ignorados por la Administración, ya que si ésta los conoce por haber presentado el interesado los documentos que se le piden, no tiene alcance la indicada consideración, habiéndose de tratar de datos suficientes para resolver y para dictar la correspondiente resolución.

SEXTO. En consecuencia, resulta aplicable en la cuestión examinada el artículo 71 de la Ley 30/1992, como antes exigía el antiguo artículo 71 de la Ley de Procedimiento Administrativo en la redacción de 1958, pues se impone en ambos preceptos el deber de la Administración de requerir al interesado para que se subsanen las deficiencias cuando se aprecie que el mismo no cumple los requisitos que exige el ordenamiento en vigor...».

A partir de lo expresado, por ejemplo, la Sentencia número 409/2008, de 13 de junio, de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en sus fundamentos de derecho tercero y cuarto, siguiendo la tesis del alto tribunal que habilita la subsanación cuando se trata de méritos que se aportan de forma voluntaria por los aspirantes no siendo preceptivos, entiende que el trámite de subsanación previsto por el artículo 71 de la Ley 30/1992, obedece a razones de justicia material y al tradicional antiformalismo que caracteriza al derecho administrativo, y en el que concurre una clara identidad de razón, puesto que si el precepto invocado posibilita la subsanación de los requisitos, constituidos como exigible condición previa para participar en el proceso selectivo, con mayor razón ha de resultar posible subsanar requisitos o condiciones de menor entidad relativos a la prueba de los méritos alegados sin que ello resulte contrario al principio de igualdad, al señalar:

«TERCERO. La segunda cuestión a la que debemos dar respuesta es la de la infracción del art. 71 LRJ-PAC por no haber dado el tribunal calificador un trámite de subsanación dirigido a la aportación de los títulos o del justificante de abono de las tasas para su obtención.

La Administración demandada niega que se haya producido dicha infracción alegando que dicho trámite no resulta de aplicación a los documentos no preceptivos, y que en cualquier caso no podría permitir la subsanación si los documentos requeridos no existían a la fecha en que debieron ser presentados.

(...)

Pues bien, a juicio de la Sala no cabe sostener que el trámite de subsanación previsto por el art. 71 LRJ-PAC sea exclusivamente aplicable a la solicitud inicial de participación en el proceso selectivo prevista por la base general 4, y no lo sea a la fase de concurso, fundada en el carácter preceptivo de los requisitos exigidos para participar en el proceso selectivo y en el carácter no preceptivo de los requisitos para acreditar los méritos, toda vez que la fase de concurso constituye un procedimiento específico dentro del procedimiento selectivo, que se inicia con la solicitud de los aspirantes que aprobaron la fase de oposición, y que está dirigido a la valoración de los méritos de los aspirantes, y dentro de él se establece una determinada forma de acreditar los méritos, lo que equivale a establecer unos requisitos formales de acreditación, en cuyo cumplimiento cabe cometer errores, como el de autos, que pueden ser subsanados por los trámites del art. 71.1 LRJ-PAC.

Ello no resulta contrario al principio de igualdad, en la medida en que todos los aspirantes se ven igualmente favorecidos por la posibilidad de subsanar los errores cometidos en cuanto a la prueba de los méritos alegados. Por lo demás, si la razón de ser del trámite de subsanación previsto por el art. 71 LRJ-PAC estriba en razones de justicia material y en el tradicional antiformalismo que caracteriza al derecho administrativo, concurre una clara identidad de razón, puesto que si el precepto posibilita la subsanación de los requisitos para participar en el proceso selectivo con mayor razón ha de resultar posible subsanar requisitos de menor entidad relativos a la prueba de los méritos alegados. No cabe por lo demás calificar unos requisitos de preceptivos y los referidos a la forma de acreditar los méritos como no preceptivos. No es una cuestión de preceptividad o no, sino del cumplimiento de requisitos legales, unos exigidos para participar en el proceso selectivo y otros para obtener una determinada puntuación por los méritos alegados. Es indiferente que la consecuencia de la omisión de los primeros sea la exclusión del procedimiento en tanto que la omisión de los segundos sea la de impedir la puntuación de los méritos alegados.

CUARTO. Alega finalmente la Administración que el trámite de subsanación previsto por el art. 71 LRJ-PAC, lo que permite es subsanar la deficiente acreditación de los cursos de postgrado mediante la presentación de los correspondientes títulos expedidos por el rector de la Universidad, o la acreditación de haber abonado los derechos para su obtención, siempre y cuando el aspirante tuviera tales documentos con anterioridad al vencimiento del plazo de diez días, puesto que en caso contrario se le estaría dispensando del cumplimiento de un re-

quisito exigido expresamente en las bases de acreditar los méritos en un determinado plazo.

La sala considera que, en efecto, ello es así. El trámite de subsanación no pueden suponer una ampliación del plazo establecido en las bases para la acreditación de los méritos sin quebrantar las propias bases, que son la ley del concurso y del procedimiento selectivo. Lo que dicho trámite autoriza es a aportar los documentos acreditativos de los méritos, siempre y cuando el aspirante dispusiera de ellos con anterioridad a la fecha límite para su aportación».

Lo expuesto significa que, en el caso que nos ocupa, al disponer las interesadas de los documentos debida y previamente compulsados, acreditativos de aquellos méritos, siempre con referencia al final del término para presentar solicitudes de participación en el proceso y por tanto, como se advierte en la sentencia citada «siempre y cuando el aspirante dispusiera de ellos con anterioridad a la fecha límite para su aportación», méritos que se adjuntaron con la hoja de autobaremo debidamente especificados aún cuando adolezcan de un defecto en la presentación por adjuntarse fuera del plazo establecido para su entrega, hay que concluir que resulta jurídicamente viable valorar la toma en consideración de los méritos cuya acreditación cumpla con esas condiciones, al efecto de que sean debidamente valorados o en cuanto al requerimiento a las interesadas, así como al resto de aspirantes afectados por la misma situación, para que puedan subsanar los defectos en los requisitos para la acreditación de los méritos, siempre referidos a aquellos que ostenten hasta el término del plazo para la presentación de la solicitud de participación.

Cuarta. Como ha señalado el Tribunal Supremo, las bases de la convocatoria no pueden ser interpretadas de una forma tan literal que con ello se menoscabe su auténtico sentido y finalidad, debiendo estar al principio de proporcionalidad en función de las consecuencias que puedan derivarse, evitando resultados contrarios al artículo 23.2 de la Constitución.

De esta forma el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 10 de junio de 2009 (recurso 3244/2006), con cita de sentencias del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2004 (casación 2400/1999) y 18 de febrero de 2009 (casación 8926/2004), pone de relieve en su fundamento de derecho 4.º que «la infracción denunciada no puede ser compartida, ya que el razonamiento que la Sala de instancia ha se-

guido no significa ignorar o desatender el carácter vinculante de las bases de la convocatoria.

Lo que hace la sentencia recurrida es interpretar aquel requisito con un criterio de racionalidad (deducible de lo que dispone el artículo 9.3 de la Constitución) y ponderar las singulares circunstancias del caso enjuiciado, para, en función de todo ello, permitir que el recurso administrativo sea una posibilidad de completar lo exigido en la convocatoria por apreciar razones que así lo aconsejaban.

Por otra parte, la decisión que adopta, como expresamente señala, es coincidente con el criterio sentado por esta Sala en la sentencia de 11 de octubre de 1991 y representado por la conveniencia de evitar, en los procesos selectivos, exclusiones que puedan resultar desproporcionadas.

En relación con lo que antecede, conviene subrayar que ciertamente los participantes en procesos selectivos están obligados a cumplir con las bases de la convocatoria y recae sobre ellos la carga de aportar la documentación en los términos que establezcan dichas bases, ya que así resulta conveniente para que el funcionamiento de esos procesos sea igual para todos los participantes y se desarrolle con la normal regularidad que exige el principio constitucional de eficacia administrativa (artículo 103 CE).

Pero debe destacarse también que esos criterios de racionalidad y proporcionalidad, que antes se han apuntado, no permiten valorar como incumplimiento de las repetidas bases aquellos comportamientos de los aspirantes que no respondan a una resistencia a observarlas, sino a una razonable duda sobre su significado o alcance.

Cuando esto último suceda lo procedente será permitir subsanar el error inicial en que se pueda haber incurrido».

En este caso se advierte la concurrencia, como hechos relevantes, de una actuación previa de las interesadas consistente en la solicitud y obtención de la acreditación de los méritos a través de las certificaciones necesarias, por ejemplo, las certificaciones correspondientes a los servicios previos prestados como fisioterapeutas, expedida por esa Administración sanitaria, para su entrega en el procedimiento en el que tomaban parte.

A esa inequívoca finalidad y efectos, responde la aportación (si bien en una fecha errónea a la fecha límite para su aportación, por las circunstancias aducidas por las aspirantes) de esa documentación ante-

rior, acreditativa de sus méritos, junto con la hoja de autobaremo, actuaciones de las que no puede deducirse una voluntad contraria o resistente, ni que incurra en la pasividad, en relación con lo previsto en las bases respecto a un plazo concreto de entrega. Estos comportamientos cuyo fin se dirige a la participación activa en el procedimiento, que son corroborados con posterioridad mediante las alegaciones y posterior recurso, no pueden alcanzar, a nuestro juicio, el grado de incumplimiento que, más allá de un criterio racional y proporcionado no permita, desoyendo la interpretación más beneficiosa del artículo 23.2 de la Constitución, la subsanación y la valoración de los mismos.

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 de conformidad con los artículos 71 y 35, letras e) y f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, esa Administración valore la oportunidad de tomar en consideración los méritos cuya acreditación cumpla con las condiciones analizadas a lo largo de este escrito; por una parte, la baremación y puntuación de los conocimientos de catalán y, por otra, los otros méritos aportados con el autobaremo, para que sean valorados o, en cuanto al requerimiento a las interesadas, así como al resto de aspirantes afectados por la misma situación, para que puedan subsanar el defecto en los requisitos para la acreditación de los méritos, siempre referidos a aquellos que ostenten y tengan acreditados hasta el término del plazo para la presentación de la solicitud de participación, como el constituido por las carencias indicadas.

Que esa Administración sanitaria interprete las bases de las convocatorias selectivas de forma que resulten plenamente compatibles con el artículo 23.2 de la Constitución, siempre en el sentido más favorable a la mayor efectividad del precepto constitucional y conforme a pautas de racionalidad y proporcionalidad y aplique en los procedimientos de selección el trámite de subsanación, también en la fase de concurso y aportación de los méritos».

Agradeciendo la remisión a esta Institución 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 indicada Ley Orgánica 3/1981.

Madrid, 30 de noviembre de 2011.

Recomendación dirigida a la Consejera de Salud, Familia y Bienestar Social. Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

Recomendación 102/2011, de 15 de diciembre, sobre la necesidad de corregir la insuficiencia de información en los anuncios de subastas de bienes inmuebles y otros, publicados en su página electrónica oficial.

(BOCG. Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 501)

Se ha recibido su escrito (s/ref...), en el que contesta a la queja formulada por doña (...), que fue registrada en esta Institución con el número arriba indicado.

No obstante, tanto de la tramitación de la presente queja, como del análisis de las páginas de subastas que aparecen en la página electrónica de la Agencia Estatal de Administración Tributaria y de la documentación obrante en la queja, se desprende una falta de claridad en los términos en que se definen los bienes que se subastan que pueden inducir a error a los que concurren a estos procedimientos de adjudicación.

Por lo expuesto, parece necesario que se considere realizar aclaraciones en las convocatorias que expongan con la mayor claridad posible los bienes objeto de subasta, sin derivarlos, necesariamente, a la inspección visual del objeto del procedimiento, que puede ser igualmente confusa, ya que se trata de una visita y de afirmaciones verbales cuya prueba no es posible.

Además, cuando los bienes adolecen de algún problema jurídico, como es el caso, porque la construcción que se encuentra en la finca subastada se hallaba en situación de fuera de ordenación, esta circunstancia debe ser objeto de la suficiente publicidad para que los

concurrentes a la subasta conozcan todos los elementos necesarios para que su voluntad se forme libremente, lo que redundará no solo en la seguridad jurídica sino en la evitación de ulteriores problemas tanto para la Agencia como para los particulares.

La necesidad de la claridad en la descripción de todas las circunstancias físicas o jurídicas de los bienes a subastar se pone en evidencia cuando los procedimientos se tramitan por medios electrónicos, y que puede que los bienes no estén al alcance de las personas interesadas, debido al lugar de su depósito o a la ubicación de los mismos. A ello hay que añadir la pérdida del importe del depósito en caso de que tras el examen del bien en concreto no concuerde apropiadamente con la descripción original que figura en una página oficial, cual es la de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

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 se describan adecuadamente los bienes. Por lo tanto, se hace imprescindible que se garantice la comprensión adecuada del bien objeto de subasta, con todas sus características y, muy particularmente, las limitaciones jurídicas que dicho bien pueda padecer o a las que deba someterse, de modo que la voluntad de los concurrentes a los procedimientos de adjudicación, sea cual fuere su modo de tramitación, medio de acceso, el tipo de bien y las circunstancias, se forme con entera libertad, y quede perfectamente garantizada la seguridad jurídica de las operaciones que deriven de ellos, en cumplimiento de los artículos 9, 24 y 33 de la Constitución española».

Agradeciendo la remisión a esta Institución 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.

Madrid, 15 de diciembre de 2011.

Recomendación dirigida al Director General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

Recomendación 103/2011, de 15 de diciembre, sobre armonización de las fórmulas utilizadas por las distintas universidades para expresar y ponderar las calificaciones obtenidas por los alumnos.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, págs. 501-502*)

Con motivo de tres quejas registradas en esta Institución con los números 10016122, 11001107 y 11014923, presentadas por alumnos de las Universidades Autónomas de (...), (...) y (...), respectivamente, el Defensor del Pueblo trasladó a ese departamento en distintas fechas del presente año la problemática planteada en relación con el actual sistema normativo para el cálculo de la nota media de los expedientes académicos de los estudiantes universitarios, así como con la diversidad de fórmulas que están siendo utilizadas por las distintas universidades para expresar y ponderar las calificaciones obtenidas por los alumnos durante sus estudios en la universidad.

En las quejas de referencia se exponían supuestos de carácter muy diverso respecto a cuestiones relacionadas con la obtención de las notas medias. En primer lugar la habitual inclusión por algunas universidades, dentro del cómputo de valoración para obtener la media de las calificaciones académicas, de las obtenidas por el alumno en todas las convocatorias utilizadas, mientras otras lo hacían únicamente de las calificaciones de las materias superadas. En segundo lugar, la toma en consideración de manera escasamente uniforme por las distintas universidades de las calificaciones de las materias cursadas como complementos de formación. Y por último, los distintos criterios utilizados para convertir a escala numérica las calificaciones obtenidas en estudios correspondientes a planes no renovados.

La adecuada valoración de los supuestos denunciados exigió realizar un análisis de las fórmulas que contienen las actuales normas de carácter general que deben seguir todas las universidades para hallar las medias ponderadas de las calificaciones de los alumnos, así como un estudio comparativo del modo [de] cómo se interpretan y aplican estas fórmulas por las distintas universidades. Una vez finalizado, los datos generados, a los que se han incorporado los recogidos en las respuestas ofrecidas por ese departamento en el curso de la tramitación de estas quejas, permiten deducir cuanto sigue.

En lo que afecta a qué calificaciones deben ser tomadas en consideración para hallar la nota media del expediente académico, debe lamentarse la inexistencia de un criterio normativo aplicable con carácter general por todas las universidades españolas. Lo anterior provoca que mientras algunas incluyen en el cómputo únicamente las calificaciones de las materias superadas excluyendo las obtenidas en las convocatorias a las que se presentó el alumno sin lograr aprobarlas y las convocatorias anuladas, al parecer otras universidades solo excluyen las calificaciones de las convocatorias no presentadas o anuladas, incluyendo las de todas las demás, lo que comparativamente reduce de manera notable la calificación media de los expedientes académicos de los titulados que utilizaron en estas universidades más de una convocatoria para superar algunas materias, respecto a la que pueden alcanzar titulados con idénticos méritos académicos pero obtenidos en universidades en las que sólo se toman en consideración las calificaciones superiores al suspenso.

Respecto a los distintos criterios acerca de tomar o no en consideración, junto a las calificaciones de las materias propias de la titulación, las obtenidas en las cursadas como complementos formativos correspondientes a los segundos ciclos de las titulaciones, se ha constatado que mientras algunas universidades las incluyen en el cómputo a tener en cuenta en virtud de lo establecido en la disposición final segunda del Real Decreto 1497/1987, en la redacción dada a ésta por el Real Decreto 1267/1994 y, asimismo, en el artículo 5, apartado 3, del Real Decreto 1125/2003, otras excluyen del cómputo estas materias amparándose en la consideración de que los complementos de formación computan a efectos de conseguir los créditos necesarios para la obtención de la titulación, pero no forman parte del plan de estudios correspondiente, así como en el hecho de que la normativa estatal en este ámbito no determina específicamente que las calificaciones obtenidas en las materias cursadas como complementos de formación deban computar para el cálculo de la nota media de los expe-

dientes, todo lo cual también contribuye a establecer diferencias entre los alumnos a la hora de someterse a situaciones de concurrencia competitiva en las que la calificación del expediente académico es considerado a efectos de evaluar los méritos de los participantes.

Otra de las dificultades reiteradamente puesta de manifiesto sobre esta problemática es la aplicación del sistema normativo para el cálculo de la nota media de los expedientes de titulados de enseñanzas con planes de estudios no renovados. Se ha comprobado que en el ámbito de ese Ministerio de Educación, la constatación de las distorsiones que generaban la aplicación de determinados baremos para la ponderación de los expedientes de titulados correspondientes a planes de estudios no estructurados en créditos y que reflejaban calificaciones cualitativas han llevado en el pasado a la adaptación y modificación de la normativa reguladora, con el fin de corregir los posibles desajustes para evitar efectos discriminatorios al comparar expedientes académicos procedentes de planes de estudios distintos.

Así, respecto a los criterios generales establecidos a fin de homogeneizar el modo de actuar de las distintas universidades a la hora de hacer una ponderación de las calificaciones, el Real Decreto 1497/1987, de 27 de noviembre, en la redacción dada por el Real Decreto 1267/1994, de 10 de junio, señalaba esta fórmula: «Suma de los créditos superados multiplicados cada uno de ellos por el valor de la calificación que corresponda, a partir de la tabla de equivalencias del apartado anterior suspenso: 0; aprobado: 1; notable: 2; sobresaliente: 3; matrícula de honor: 4, y dividido por el número de créditos totales de la enseñanza correspondiente» (anexo I.uno.5).

Por su parte el punto 4.5 del anexo I del Real Decreto 1044/2003, de 1 de agosto, por el que se establece el procedimiento para la expedición por las universidades del Suplemento Europeo al Título, respecto a la calificación global del titulado, añade la siguiente nota explicativa: «la ponderación de expediente se calcula mediante el criterio siguiente: suma de los créditos superados por el alumno multiplicados cada uno de ellos por el valor de la calificación que corresponda, a partir de la tabla de equivalencias que se especifica a continuación, y dividido por el número de créditos superado por el alumno: aprobado: 1 punto; notable: 2 puntos; sobresaliente: 3 puntos; matrícula de honor: 4 puntos».

En lo que hace a los planes de estudios estructurados en créditos para la obtención de las nuevas titulaciones universitarias oficiales,

a partir de la entrada en vigor del Real Decreto 1125/2003, de 5 de septiembre, quedaba establecida una fórmula para hallar la media del expediente académico similar a la ya existente hasta entonces: «suma de los créditos obtenidos por el alumno multiplicados cada uno de ellos por el valor de las calificaciones que correspondan, y dividida por el número de créditos totales obtenidos por el alumno» (artículo 5.3).

No existe sin embargo indicación normativa alguna de que el certificado académico deba recoger algún tipo de nota media ni el número de decimales que debe contener, si bien en la práctica la mayor parte de las universidades incluyen en los certificados académicos personales la calificación numérica 0-10 (un 94,03 por ciento de las universidades). En este sentido algunos afectados mantienen que las previsiones normativas que establecen la fórmula para hallar la media se limitan a establecer unas tablas de equivalencias que, tal y como están diseñadas, producen situaciones desfavorables para los titulados a los que se ha aplicado la conversión numérica de 0-10 cuando compiten en procesos selectivos con estudiantes baremados con la escala de 0-4, lo que ha obligado a que en algunas convocatorias de universidades se refleje un sistema de transformación de la escala 0-4 a 0-10, si bien con efectos limitados al proceso de selección para el que se crea.

Según se desprende de los datos y consideraciones trasladados a esta Institución en el curso de esta investigación, cabe concluir que la anterior ordenación de las enseñanzas universitarias no estableció un sistema uniforme de calificaciones en relación con el sistema de cálculo de la nota media de los expedientes académicos relativos a las correspondientes titulaciones, al considerar que se trataba de una cuestión que quedaba en el ámbito de la autonomía universitaria y debía estarse a la normativa interna de cada universidad.

Esta situación provoca en la actualidad la coexistencia de distintos sistemas entre las universidades e incluso varios dentro de la misma universidad. En este sentido, al parecer, los certificados académicos indican un solo tipo de nota media en la mayor parte de las universidades españolas (en un 59,70 por ciento de ellas); en menor porcentaje lo hacen con dos tipos de notas medias (en un 26,87 por ciento); y por último mientras son escasas las universidades que no incorporan ninguna nota media (solo un 10,45 por ciento) algunas indican hasta tres tipos de nota media (un 2,99 por ciento del total). Cabe destacar entre los supuestos constatados que en las Universida-

des Politécnicas de Madrid, Zaragoza y Ramón Llull utilizan distintos tipos de certificados académicos según la facultad o escuela en la que se haya titulado el estudiante, difiriendo notablemente unos de otros en cuanto a la información que contienen.

Parece claro que la ausencia de criterios generales en esta cuestión, para su aplicación uniforme por todas las universidades españolas, impide tratar con la exigible garantía de igualdad la gran diversidad de supuestos en los que la nota media del expediente académico resulta determinante en las distintas situaciones de concurrencia competitiva.

Este es el caso de los procedimientos de admisión a la universidad por el cupo asignado a titulados universitarios, procedentes tanto de universidades españolas como de universidades extranjeras, o de multitud de convocatorias relativas a las concesiones de becas y ayudas del Programa de Formación del Profesorado Universitario (PFPU), ayudas para becas y contratos en el marco del estatuto del personal investigador en formación, ayudas a universidades para favorecer la movilidad de estudiantes en másteres oficiales, becas para la realización de estudios de máster en universidades extranjeras, becas y ayudas para la movilidad de estudiantes universitarios, etcétera.

Por otra parte y en cumplimiento del artículo 36 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, modificada por la Ley 4/2007, de 12 de abril, sobre convalidación o adaptación de estudios, validación de experiencia, equivalencia de títulos y homologación de estudios extranjeros, por ese ministerio se han aprobado disposiciones normativas que recogen nuevos supuestos en materia de reconocimiento de créditos.

En este sentido el Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales, modificado por el Real Decreto 8611/2010, de 2 de julio, prevé la posibilidad de reconocimiento de créditos cursados en otras enseñanzas superiores oficiales o en enseñanzas universitarias conducentes a la obtención de títulos propios, y recoge por vez primera la posibilidad de reconocimiento de créditos por experiencia laboral y profesional cuando tal experiencia esté relacionada con las competencias inherentes a dicho título. Esta norma establece asimismo la posibilidad de que las universidades oferten, de acuerdo con los requisitos previstos en el citado real decreto, determinados diseños curriculares (cursos puente o cursos de adaptación) para facilitar el ac-

ceso a las enseñanzas de grado por parte de titulados universitarios de la anterior ordenación, lo que de nuevo implica diversos supuestos en materia de reconocimiento de créditos.

Por lo que se refiere a las enseñanzas oficiales de máster, el artículo 17 del repetido Real Decreto 1393/2007 contempla la posibilidad de que las universidades incluyan en los procedimientos y requisitos de admisión la exigencia de complementos formativos en algunas disciplinas en función de la formación previa acreditada por el estudiante, correspondiendo a la universidad determinar si tales complementos formativos formarán o no parte del máster. Como se ha mencionado al comienzo de este escrito, la normativa actual propicia que la decisión acerca de si tales complementos formativos deben ser o no incluidos en el cómputo de calificaciones que deben tomarse en consideración para establecer la nota media del expediente académico esté en la actualidad dependiendo también de cada universidad, creando nuevamente situaciones de desigualdad en supuestos de concurrencia competitiva en función de la universidad donde los titulados han realizado los estudios.

En uno de los informes remitidos al Defensor del Pueblo por el Director General de Política Universitaria de ese departamento con motivo de la presente investigación, se comunica que está actualmente en tramitación un proyecto de real decreto sobre reconocimiento de estudios en el ámbito de la educación superior, que tiene por objeto facilitar la movilidad entre las diferentes enseñanzas que conforman el conjunto del Espacio Europeo de Educación Superior, esto es, enseñanzas universitarias, enseñanzas superiores de formación profesional, artísticas y deportivas, mediante el reconocimiento mutuo de créditos entre las mismas y el establecimiento de pasarelas que permitan continuar estudios en los diferentes ámbitos de la enseñanza superior.

Por otra parte y como queda reflejado, esta Institución es ya concedora de que desde ese Ministerio de Educación se han venido adoptando medidas que permiten en alguna medida salvaguardar los derechos académicos de los titulados extranjeros en los diversos procesos competitivos a los que concurren, lo que ha permitido que pese a la ausencia normativa arriba mencionada, la generalidad de las universidades vienen aplicando mecanismos de cálculo de nota media del expediente académico de los interesados, computando las calificaciones obtenidas en los centros de procedencia mediante la aplicación de las correspondientes tablas de equivalencia.

Sin embargo dadas las consideraciones que anteceden, parece evidente la necesidad de que previo Acuerdo del Consejo de Universidades en el que se recojan criterios homogéneos que contemplen la diversidad de supuestos planteados (asignaturas cursadas en otras universidades españolas o extranjeras, reconocidas, convalidadas, planes de estudios anteriores, complementos formativos, etc.), y partiendo del pleno respeto al principio de autonomía universitaria, sea establecido por ese departamento un sistema uniforme y de aplicación en todo el Estado para efectuar el cálculo de la nota media de los expedientes académicos de los estudiantes, la escala o escalas a utilizar y la información que debe expresarse en las certificaciones académicas, de manera que quede garantizada la igualdad de oportunidades, tanto en los procesos de movilidad de estudiantes como en las convocatorias de concurrencia competitiva.

Por todo lo anterior, esta Institución conforme a lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, procede a formular a V. E. siguiente recomendación:

«Que por el Ministerio de Educación se establezcan con carácter general y para su aplicación en todo el Estado, las instrucciones, precisiones o modificaciones normativas que fijen con la máxima claridad los criterios aplicables por todas las universidades españolas respecto al cálculo de la nota media de los expedientes académicos universitarios de los estudiantes, y la información que deben recoger sus certificaciones académicas, de forma que se garantice la igualdad de oportunidades en los procesos de movilidad de estudiantes y en las convocatorias de concurrencia competitiva en los que aquellos participen».

Agradeciéndole de antemano la acogida que dispense a la recomendación formulada y a la espera del informe que sobre su aceptación ha de ser remitido, según prevé el ya citado artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981.

Madrid, 15 de diciembre de 2011.

Recomendación dirigida al Secretario General de Universidades. Ministerio de Educación.

Recomendación 104/2011, de 15 de diciembre, sobre nombramiento de Traductor-Intérprete Jurado por el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación a los titulados en Traducción e Interpretación por la Universidad de Valladolid.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 508*)

Con motivo de la queja 11007625, presentada por tres licenciadas en Traducción e Interpretación por esa Universidad, a las que en su día se les había denegado la concesión del título de Traductores-Intérpretes Jurados por el procedimiento excepcional previsto en el Real Decreto 79/1996, de 26 de enero, se recibió una comunicación de V. E. fechada el 13 de junio de 2011 que adjuntaba el informe elaborado al efecto por el decano de la Facultad de Traducción e Interpretación. Dicho informe hacía mención a un supuesto cambio de criterio del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación sobre la validez de los programas de algunas asignaturas facilitados por esa universidad para la obtención del referido título, así como a diversas discrepancias en cuanto a la resolución de las solicitudes de concesión del título respecto al reconocimiento de algunas de las materias cursadas en esa universidad.

Efectuada una actuación informativa para contrastar estas cuestiones ante el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación se han recabado por el Defensor del Pueblo diversos datos, en virtud de los cuales deseamos precisar cuanto sigue:

El sistema excepcional de acceso al título de Traductores-Intérpretes Jurados previsto en el Real Decreto 79/1996, de 26 de enero, en el que se exime a los licenciados en Traducción e Interpretación de

la presentación a los exámenes, pero se les exige acreditar una preparación previa específica en traducción jurídica y económica e interpretación oral, quedó desarrollado por la Orden de 21 de marzo de 1997 (*BOE* de 2 de abril) y modificado posteriormente mediante la Orden AEX/1971/2002, de 12 de julio, que deroga la anterior.

La referida orden dispone expresamente que se entenderá que los solicitantes poseen una preparación específica en las materias indicadas si han obtenido, en los cursos propios de la licenciatura, un mínimo de 24 créditos en traducción jurídica y/o económica y de 16 créditos en interpretación referidos a la lengua extranjera para la que soliciten el nombramiento en combinación con el castellano. Pero, además, estos créditos han de corresponder a asignaturas dedicadas en su totalidad a la traducción jurídica y/o económica, debiendo quedar esta característica suficientemente acreditada por los programas correspondientes a dichas asignaturas –apartado segundo–.

Junto a lo anterior, la citada disposición normativa precisa que las universidades deberán enviar a la Oficina de Interpretación de Lenguas al comienzo de cada año académico los programas de todas las asignaturas de la licenciatura, en los que deberán figurar el código y el tipo de asignatura, el número de créditos y las horas lectivas correspondientes, las lenguas de trabajo, y el nombre del profesor que las imparte –apartado tercero–.

Según la información facilitada por el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación con motivo de esta queja, al parecer, desde la publicación de la Resolución de la Universidad de Valladolid de 18 de diciembre de 2003, por la que se modifican los planes de estudio homologados de Licenciado en Traducción e Interpretación (*BOE* de 10 de enero de 2004), esa universidad no ha enviado los programas de estudios de las asignaturas de traducción jurídica y económica e interpretación cursadas con francés como lengua B, motivo que el citado departamento alega para justificar que se solicitara directamente de las reclamantes la aportación de los repetidos programas.

Adicionalmente desde el órgano informante se manifiesta también que con fecha 11 de febrero de 2008 se solicitó a la Facultad de Traducción e Interpretación de esa universidad en Soria la remisión de los oportunos programas. Al ser devuelta la carta por haber cambiado la facultad de domicilio postal, se reiteró la solicitud a la nueva dirección el 12 de marzo de 2008, sin que al parecer se hubiera facilitado la documentación solicitada.

La información contenida en el programa se convierte en el principal criterio del que dispone la Oficina de Interpretación de Lenguas para comprobar si los solicitantes han adquirido la preparación necesaria para desempeñar la profesión de Traductor/a Intérprete Jurado/a, dado que la norma parece otorgar a este documento un carácter esencial en el procedimiento, del que se vería despojado si cada uno de los solicitantes aportase versiones diferentes del mismo.

Esta Institución ha tenido conocimiento de que la OIL había ido reconociendo los créditos de las asignaturas de traducción jurídica y económica e interpretación en base únicamente a la información contenida en el propio plan de estudios y a los contenidos de las asignaturas de las que sí se habían enviado programas. Posteriormente el continuo aumento de las solicitudes de nombramientos por parte de licenciados en Traducción e Interpretación, número que se alejaba considerablemente del de aquellos que optaban al título profesional a través del sistema general, así como la necesidad de dar cumplimiento a los requisitos establecidos en la Orden AEX mencionada, exigieron la racionalización del procedimiento, siendo clave para ello la acreditación de la preparación específica en las materias de traducción jurídica y económica e interpretación, sólo posible previo el cumplimiento de lo dispuesto en el apartado tercero de dicha orden, lo que al parecer originó que por el organismo citado comenzara a requerirse la documentación correspondiente y, al no ser aportada o ser insuficiente, decidiera denegar las solicitudes.

En el informe de V. E. se alegaba que si el alumnado de esa universidad elige el recorrido adecuado dentro del plan de estudios de la titulación de Traducción e Interpretación aprobado por Resolución de 3 de abril de 2002 (*BOE* de 24 de abril), debe presuponerse una preparación específica en traducción jurídica y económica e interpretación oral en la lengua o lenguas para las que se solicite el nombramiento, materias cuya acreditación exige la repetida Orden AEX/1971/2002, de 12 de julio.

Sin embargo debe precisarse que si bien a las universidades corresponde en exclusiva el establecimiento del programa de cada asignatura, es tarea encomendada a la OIL determinar si tales programas cumplen o no los requisitos exigidos reglamentariamente para la expedición del título de Traductores-Intérpretes Jurados, una vez facilitados éstos por las universidades con la precisión y detalle que permita su adecuada evaluación, y en consecuencia la decisión que adopte la OIL habrá de resultar de aplicación a todos los licenciados en

Traducción e Interpretación que hayan cursado las asignaturas a las que el programa facilitado se refiera.

Por otra parte, no puede resultar admisible la aportación de versiones diferentes de un mismo programa, o de programas parciales, ni resultan vinculantes las resoluciones positivas dictadas con anterioridad si éstas no se han adoptado con el rigor que exige la normativa aplicable, tanto por la OIL al valorar las solicitudes, como por esa Universidad, que se hallaba obligada por el apartado tercero de la repetida Orden AEX/1971/2002 a enviar al comienzo de cada curso académico a la OIL los programas de las asignaturas correspondientes con las precisiones que de forma específica señala esta norma en su apartado tercero.

Partiendo de lo anterior, y respecto al cambio de criterio de la OIL del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación advertido en el informe remitido por V. E., debe señalarse que en Derecho administrativo la fuerza vinculante del precedente administrativo condiciona a la Administración Pública para posteriores situaciones fácticas análogas, pero únicamente dentro del marco de la legalidad, porque no puede pretenderse que una actuación irregular justifique una cadena de actuaciones del mismo carácter.

Señalado cuanto antecede, y una vez comprobado que las solicitudes denegatorias de la concesión de los títulos de Traductores-Intérpretes Jurados de las firmantes de la presente queja fueron motivadas de conformidad con lo prescrito en el artículo 54.1.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, esta Institución ha resuelto dar por concluidas las actuaciones practicadas hasta el momento, lo que con esta fecha se comunica a las reclamantes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo.

Sin perjuicio de esta decisión, de los supuestos que anteceden parece desprenderse que el hecho de que esa Universidad de Valladolid no haya remitido a la Oficina de Interpretación de Lenguas del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación los programas actualizados de las asignaturas de la titulación correspondiente a los estudios universitarios de Traducción e Interpretación, además de suponer la inobservancia de lo dispuesto en la repetida Orden AEX/1971/2002, de 12 de julio, podría estar generando perjuicios para las personas que han realizado tales estudios en esa Universidad.

Por tanto y al amparo de lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley Orgánica arriba citada, recordamos a V. E., en su calidad de máxima autoridad académica de la Universidad de Valladolid, su deber legal de velar por el estricto cumplimiento de los preceptos reglamentarios que aquélla está obligada a observar en la actividad que desarrolla como entidad de derecho público con personalidad jurídica propia.

Junto a lo anterior, con el fin de evitar que puedan volver a repetirse supuestos como el analizado, y a tenor de lo establecido en el mismo precepto legal, se formula a V. E. la siguiente recomendación:

«Que con el fin de facilitar la obtención del nombramiento de Traductores-Intérpretes Jurados a los licenciados en Traducción e Interpretación por esa Universidad, se faciliten a la Oficina de Interpretación de Lenguas del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, con la periodicidad exigida reglamentariamente, los programas actualizados de todas las asignaturas de la Licenciatura de Traducción e Interpretación».

Agradeciéndole de antemano la acogida que dispense a la recomendación y recordatorio de deberes legales formulados y a la espera del informe que sobre su aceptación ha de sernos remitido según prevé el ya citado artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981.

Madrid, 15 de diciembre de 2011.

Recomendación dirigida al Rector de la Universidad de Valladolid.

Recomendación 105/2011, de 15 de diciembre, sobre el inicio del trámite para la aprobación de una norma reglamentaria.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 502*)

Compareció ante esta Institución don (...), presidente del (...), con dirección en el apartado de correos número (...), (...) de Palma de Mallorca (Illes Balears) que quedó registrado con el número arriba indicado.

En el mismo afirmó que AENA no cumple con lo establecido en el artículo 58 de la Ley de Navegación Aérea respecto al personal que está ejerciendo funciones técnicas propias de la navegación aérea, ya que no todos ellos están en posesión del título, licencia, autorización o certificado que se exige.

Admitida la queja y solicitado un informe al respecto, AENA nos ha contestado que si bien en dicho artículo se establece una regulación general sobre requisitos y condiciones para el ejercicio de las citadas funciones, en su párrafo segundo se remite, además de a las normas que detalla, a posibles desarrollos reglamentarios, y éstos sólo se han producido en cuanto al colectivo de controladores aéreos (Real Decreto 1516/2009, de 2 de octubre). Ese es el motivo por el que desde la constitución del ente público, en el caso del colectivo de profesionales de operaciones aéreas u otros similares, se aplican las previsiones de los convenios colectivos en cuanto a requisitos y condiciones para el desempeño de sus funciones, y que por tanto no se perciba necesario el aludido desarrollo reglamentario.

En cualquier caso AENA carece de competencia para establecer las normas que procedan de conformidad con el artículo 58 de la

Ley de Navegación Aérea, toda vez que corresponden al órgano regulador.

Esta Institución a la vista de la anterior información de AENA ha acordado dar por finalizadas las investigaciones que se iniciaron con ella, comunicándole al tiempo que en ejercicio de su obligación de garantizar el tránsito aéreo con seguridad, fluidez y eficacia (artículo 11.1 del Real Decreto 905/1991, de 14 de junio), debería haberse interesado por la aprobación de la norma reglamentaria a que nos venimos refiriendo.

Para llegar a esa conclusión esta Defensoría ha valorado que la exigencia de un título específico para el ejercicio de cualquier función técnica propia de la navegación aérea, civil o militar, ya figuraba en el artículo 58 de la Ley de Aviación Civil antes de la reforma introducida por la disposición adicional segunda de la Ley 21/2003, por cuyo motivo se había requerido a los integrantes del Cuerpo de Técnicos Especialistas Aeronáuticos que desempeñaban sus funciones en el Organismo Autónomo Aeropuertos Españoles y en la Dirección General de Aviación Civil, la mayoría de los cuales pasaron a la plantilla laboral del Ente Público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea; la cual fue recogida también en el artículo 34.1.^a de la Ley de Seguridad Aérea, al establecer que el personal aeronáutico solamente realizará sus funciones y actividades cuando estén en posesión de un título habilitante, válido y eficaz para ello. Sin embargo, excepto en las primeras incorporaciones al ente público, momento en el que se contó con el personal procedente del citado Cuerpo de Técnicos Especialistas Aeronáuticos, en las siguientes se ha contado con quienes han superado el proceso selectivo y acciones formativas contempladas en los convenios colectivos.

Obviamente el resultado favorable de ese proceso selectivo no puede considerarse el título, licencia, autorización o certificado al que alude el artículo 58 de la Ley de Navegación Aérea y 34 de la Ley de Seguridad Aérea, cuyo otorgamiento es competencia del Ministerio de Fomento, de acuerdo con el artículo 5 de esta última ley, y, además, los convenios colectivos no están previstos legalmente (artículo 82.1 del Estatuto de los Trabajadores) para efectuar ese tipo de regulación, sino la relativa a las condiciones de trabajo, estableciendo las reglas, pautas y directrices que deben cumplirse durante su vigencia.

Las consideraciones anteriores a AENA sirven asimismo para dirimirnos a esa Secretaría de Estado, en cuanto órgano directamente

responsable, bajo la dirección del Ministro de Fomento, de la definición, propuesta y ejecución de las políticas de ese departamento referentes a la ordenación de los transportes aéreos de competencia estatal, al cual, según el artículo 5 de la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea, corresponde el otorgamiento de los títulos que habilitan a las personas y organizaciones civiles para la realización de actividades aeronáuticas y el control del cumplimiento de los requisitos y obligaciones en cada caso exigibles. Además, a la necesidad de una regulación de ese tipo ya se hacía referencia en el preámbulo de dicha ley al decir que la creciente complejidad de las actividades relacionadas con la aviación civil que conlleva el desarrollo tecnológico, debe traducirse, entre otras funciones, «sobre la prestación de los servicios aeroportuarios y de navegación aérea, así como en el establecimiento de reglas que ordenen las actividades de las profesiones y organizaciones aeronáuticas».

En base a 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, hemos acordado realizar a esa Secretaría de Estado de Transportes del Ministerio de Fomento, la siguiente recomendación:

«Exigiéndose en el artículo 58.2 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, que para el ejercicio de funciones en vuelo o en tierra, en el ámbito de la aviación civil, que afecten al control del espacio aéreo, al tránsito y al transporte aéreo, se esté en posesión de un título, licencia, o habilitación y no habiéndose procedido a establecer las condiciones para su obtención, atribuciones, obligaciones y responsabilidades de sus titulares en cuanto al colectivo de profesionales de operaciones aéreas y similares, debería comenzarse el trámite para la aprobación de la correspondiente norma reglamentaria».

Agradeciendo la remisión a esta Institución 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.

Madrid, 15 de diciembre de 2011.

Recomendación dirigida a la Secretaria de Estado de Transportes. Ministerio de Fomento.

Recomendación 106/2011, de 15 de diciembre, sobre la adopción de medidas en defensa de los derechos de los consumidores y usuarios.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 505*)

Acusamos recibo de su escrito de 28 de julio de 2011, registro de salida número (...), informando en relación con la queja número 11003716, formulada por don (...).

En el mismo se traslada el contenido del informe elaborado por ese Instituto, junto con las comunidades autónomas, según el procedimiento de la 8.ª Conferencia Sectorial de Consumo, en el que se consideró abusiva la práctica de las compañías aéreas de cobrar una cantidad por la emisión de la tarjeta de embarque, al entender que se contraviene lo dispuesto en el Reglamento (CE) 261/2004, por el que se establecen las normas comunes de compensación y asistencia a pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y cancelación o gran retraso de los vuelos.

En base a esa información y a la mención que se hace a la acción de cesación contemplada primeramente en el artículo 10 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, de Defensa de Consumidores y Usuarios, tras la reforma producida por la Ley 39/2002, de 28 de octubre, mediante la que se efectuó la transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, que en la actualidad se recoge en el artículo 53 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes comple-

mentarias, presumimos que ese Instituto Nacional de Consumo vería factible el ejercicio de la acción concernida, a cuyo efecto manifiesta que las Comunidades Autónomas cuentan con legitimación para interponerla, junto con las Asociaciones de Consumidores y Usuarios que reúnan los requisitos exigidos en la norma, entre ellas FACUA.

Sin embargo no se hace referencia a las competencias propias del Instituto a ese respecto, pese a que hasta la fecha las ha ejercido ante cláusulas generales consideradas abusivas al amparo de la Ley 26/1984 (SAP de Madrid 565/2005, de 8 de septiembre).

En el caso que nos ocupa, sabemos que algunos ciudadanos han presentado demanda, solicitando que se declare la nulidad de la cláusula en cuestión por abusiva en sus respectivos contratos de transporte, y que la misma ha sido estimada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Barcelona en Sentencia de 10 de enero de 2011, pero no tenemos constancia de que se haya ejercitado la acción de cesación por parte de quienes pueden hacerlo.

A ese respecto por lo que se refiere a los organismos legitimados, no podemos olvidar que según el artículo 12 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la competencia es irrenunciable y se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, los cuales en la presente cuestión consideraron la práctica aludida abusiva en la 8.ª Conferencia Sectorial de Consumo.

Asimismo, es importante valorar que mientras no se ejercite la acción mencionada, los consumidores que no lleven impresa su tarjeta de embarque, en la mayoría de los casos tendrán que afrontar la sanción establecida y renunciar a recuperar el importe de ésta, pues presentar demanda a esos efectos ante los tribunales de justicia, conlleva enfrentarse a la complejidad y coste de sus procesos.

Por lo expuesto, y de conformidad con lo que disponen los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, se ha acordado realizar a ese Instituto Nacional de Consumo la siguiente recomendación:

«Como en el informe emitido tras la celebración de la 8.ª Conferencia Sectorial de Consumo, elaborado por el Instituto Nacional de Consumo y las Comunidades Autónomas, se ha considerado abusiva la

práctica de las compañías aéreas de cobrar a los pasajeros una cantidad por la emisión de la tarjeta de embarque, se recomienda la adopción de cuantas medidas estimen oportunas en defensa de los derechos de los consumidores y usuarios del transporte aéreo, de manera que no se vean obligados a contratarlo con la obligación mencionada».

Si ese Instituto aceptase la recomendación, les pedimos que en su respuesta nos den traslado de las medidas que hayan decidido adoptar para dar cumplimiento a la misma.

Agradeciendo la remisión a esta Institución 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.

Madrid, 15 de diciembre de 2011.

Recomendación dirigida al Presidente del Instituto Nacional de Consumo.

Recomendación 107/2011, de 15 de diciembre, sobre adopción de medidas de control respecto del pago de las prestaciones económicas.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 507*)

Se ha recibido escrito de alegaciones sobre el informe de V. I. (s/ref...), relativo a la queja formulada por doña (...), que fue registrado en esta Institución con el número arriba indicado.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 31.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, se da traslado a la interesada del resultado de las actuaciones practicadas con motivo de la tramitación de la presente queja, dado que no se aprecian en el citado escrito de la compareciente aportaciones que puedan mejorar los términos para la resolución de la cuestión.

No obstante, dado el contenido del informe recibido de ese centro directivo, 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 a V. I. la siguiente recomendación:

«Que se adopten las medidas administrativas de control necesarias, a fin de evitar las desfavorables consecuencias económicas de una dilatada percepción indebida de cantidades por el beneficiario, al que se le reconoce el derecho a la prestación económica por incapacidad permanente total para un plazo determinado».

Agradeciendo su preceptiva respuesta, en el plazo no superior a un mes a que hace referencia el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981,

de 6 de abril, en el sentido de si acepta o no la recomendación formulada, así como, en caso negativo, las razones que se estimen para su no aceptación.

Madrid, 15 de diciembre de 2011.

Recomendación dirigida al Director General del Instituto Nacional de la Seguridad Social. Ministerio de Trabajo e Inmigración.

Recomendación 108/2011, de 15 de diciembre, sobre el refuerzo de las garantías en los procedimientos sancionadores de tráfico.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, págs. 503-504*)

Se ha recibido en esta Institución su escrito de fecha 30 de agosto de 2011, en relación con la queja planteada por don (...), registrada con el número arriba indicado.

En dicho escrito se señala que los requerimientos al titular del vehículo para que proceda a la identificación del conductor en el momento de la infracción se realizan siempre con todas las garantías y de conformidad con lo establecido por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En cuanto al derecho a conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los expedientes y a obtener copias de los documentos contenidos en ellos, se manifiesta que cualquiera de los trámites en el Centro de Tratamiento de Denuncias Automatizadas puede y debe realizarse por los interesados, con carácter general, acudiendo a cualquiera de las oficinas que componen la red periférica de la Dirección General de Tráfico, sin que requiera de acto formal alguno o autorización por parte de esa Administración.

Asimismo, se informa de que, ante escritos con peticiones expresas de información sobre el modo concreto de ejercer el derecho antes mencionado, es criterio ordinario del Centro de Tratamiento de De-

nuncias Automatizadas contestar a los interesados enviando un oficio al efecto en el que se informa lo indicado en el párrafo anterior.

En relación con el contenido de dicho informe, le recordamos que en nuestro escrito de 11 de julio de 2011 se señalaba que, en la tramitación del expediente sancionador incoado con el número (...), el interesado en su escrito de alegaciones solicitaba que se le aportase la documentación que acreditara la notificación de los requerimientos de identificación e invocaba su derecho de acceso a la documentación obrante en el expediente, no obstante lo cual, ni se le aportó copia de dicha documentación ni se le informó de la manera de acceder a la documentación obrante en el expediente.

Dicha información tampoco se proporciona en la notificación de la denuncia, por lo que los ciudadanos a los que no se les haya notificado el requerimiento de identificación o no hayan tenido conocimiento del mismo, por haberse practicado la notificación por vía edictal, en muchas ocasiones solicitan en su escrito de alegaciones que se les acredite la notificación de dicho requerimiento o que se les permita acceder al expediente para realizar las comprobaciones oportunas sobre la regularidad de dicha notificación.

En la tramitación de otras quejas presentadas en esta Institución en relación con esta misma cuestión, se ha constatado que, al igual que en el expediente sancionador que nos ocupa, tras las alegaciones relativas a la falta de notificación del requerimiento de identificación, en ningún momento se proporciona a los ciudadanos copia de los documentos que acreditan dicha notificación, a pesar de ser dicha notificación un requisito imprescindible para que pueda incumplirse la obligación de identificar al conductor y, por tanto, cometer la infracción denunciada.

En los procedimientos sancionadores en los que se ha tenido conocimiento de los hechos a través de medios de captación y reproducción de imágenes se remite al domicilio del interesado que lo solicita la imagen captada y, en los casos en los que proceda, un certificado de verificación del cinemómetro utilizado. No obstante, en los procedimientos sancionadores incoados por el incumplimiento de la obligación de identificar al conductor no se remite copia de la documentación que acredita la regularidad de la notificación del requerimiento de identificación a los interesados que lo solicitan o que alegan desconocimiento de dicho requerimiento.

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 formular a V. I. la siguiente recomendación:

«Que en los procedimientos sancionadores incoados por el incumplimiento de la obligación de identificar al conductor se remita copia de la documentación que acredite la regularidad de la notificación del requerimiento de identificación a los interesados que en su escrito de alegaciones lo soliciten o pongan de manifiesto su desconocimiento de dicho requerimiento».

En la seguridad de que esta recomendación será objeto de atención por parte de V. I. y agradeciéndole la preceptiva respuesta.

Madrid, 15 de diciembre de 2011.

**Recomendación dirigida al Director General de Tráfico.
Ministerio del Interior.**

Recomendación 109/2011, de 20 de diciembre, sobre adopción de modelos transitorios, en tanto se desarrolla la disposición adicional primera de la Ley 27/2006, de los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 505*)

Se ha recibido su escrito de fecha 28 de septiembre de 2011 (s/ ref...), en relación con la queja presentada ante esta Institución por don (...), registrada con el número arriba indicado.

Vista la información recibida, esta Defensoría considera que la queja está fundada, pues la administración viene a denegar el objeto de un derecho legal y constitucionalmente reconocido disuadiendo de su ejercicio, basándose primero en la falta de un desarrollo reglamentario, segundo en una interpretación *contra cives* o contraria al ciudadano que desea ejercer su derecho a obtener información, y tercero demorando una resolución definitiva sin adoptar una decisión provisional que difícilmente mermaría las arcas públicas, arguyendo la necesidad de contar con un informe de la abogacía del Estado, un dictamen muy conveniente pero que inevitablemente se demorará.

Esta Defensoría considera que el derecho quedaría perfectamente atendido sin menoscabo del interés general ni de la legalidad, incluido lo relativo al gasto público, interpretando provisionalmente que 1 CD equivale a 1 «hoja», o tal vez hasta un máximo de 10 hojas, y para ello no hace falta virtualmente ninguna interpretación especial, ni mucho menos ilegal, de la realidad ni de las leyes aplicables.

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 al Real Decreto 735/1993, de tasas por prestaciones de servicios y realización de actividades en el dominio público marítimo terrestre; a la Ley 27/2006, de los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente; y entre tanto se desarrolla reglamentariamente la disposición adicional 1.^a de esa ley y hasta que la Dirección General disponga del informe solicitado a la abogacía del Estado: considere que los documentos en formato digital tienen una equivalencia con el formato papel de 1 CD = 1 hoja; con una equivalencia máxima de 10 hojas».

Agradeciendo la remisión a esta Institución 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.

Madrid, 20 de diciembre de 2011.

Recomendación dirigida al Director General de Sostenibilidad de la Costa y el Mar. Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino.

Recomendación 110/2011, de 20 de diciembre, sobre medidas de exclusión y sanción a quienes ocupan irregularmente viviendas con protección pública.

(BOCG. Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 509)

Ante esta Institución compareció en el mes de mayo pasado don (...), presentando una queja que quedó registrada con el número arriba indicado, en la que denunciaba las ocupaciones ilegales que se han venido produciendo en las promociones que el Instituto de la Vivienda de Madrid (IVIMA) tiene en la avenida de la Dehesa de Navalcarnero, así como la adjudicación a uno de estos ocupantes ilegales de una vivienda de protección pública.

Admitida y tramitada dicha queja ante el citado Instituto en cumplimiento del artículo 54 de la Constitución y la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos, el 8 de junio procedimos a solicitarle el oportuno informe.

En la contestación que recibimos al respecto el 5 de agosto pasado nos informó de que el IVIMA instó un procedimiento judicial de desahucio por precario contra 30 ocupantes sin título de las promociones de viviendas propiedad de ese organismo, ubicadas en el término municipal de Navalcarnero, ejecutándose el desalojo de los inmuebles ocupados ilegalmente el 20 de mayo de 2011, ordenado por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 1 de Navalcarnero, procediéndose a continuación a instalar vigilancia permanente y a la rehabilitación tanto de las viviendas como de las zonas comunes para su posterior adjudicación.

Igualmente nos informó de que, entre esos ocupantes desalojados por carecer de un título válido de ocupación, estaban los de la vivienda sita en la avenida de la (...), quienes se encontraban inscritos en la Lista única de solicitantes de viviendas con protección pública para arrendamiento con opción a compra para jóvenes.

El informe recibido aclaraba que la gestión de esa lista y el procedimiento de selección de los arrendatarios se rige por lo dispuesto en la Orden 3766/2005, de 7 de diciembre, que no prevé la exclusión de la lista única a quienes hayan sido ocupantes ilegales de viviendas del IVIMA. Por ello, y dado que los ocupantes de la vivienda antes descrita cumplían los requisitos de la mencionada orden, han resultado adjudicatarios de la vivienda de la avenida de la (...).

Estudiado el contenido de ese informe, así como los antecedentes que obran en esta Defensoría, consideramos que, aunque desde el punto de vista estrictamente legal el citado IVIMA ha aplicado la normativa vigente y, por tanto, no ha incurrido en una vulneración de la legalidad que mereciera reproche al adjudicar una vivienda al integrante de la lista que había ocupado ilegalmente una vivienda, sin embargo estimamos que nos encontramos ante uno de los supuestos del apartado 2 del artículo 28 de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo que dispone textualmente: «Si como consecuencia de sus investigaciones llegase al convencimiento de que el cumplimiento riguroso de la norma puede provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados, podrá sugerir al órgano legislativo competente o a la Administración la modificación de la misma».

Este precepto que acabamos de transcribir no va dirigido al caso de quien ha resultado adjudicatario de esa vivienda siendo que había sido desahuciado por decisión judicial al estar ocupando una propiedad del IVIMA sin título suficiente, ni a cualquier otro ciudadano que se encuentre ahora o se pueda encontrar en una situación similar, es decir, que estén incluidos en la lista única y estén ocupando o hayan ocupado ilegalmente una vivienda de promoción pública en la Comunidad de Madrid o hayan sido desalojados judicialmente de dichas viviendas.

Las situaciones injustas o perjudiciales para los ciudadanos a las que sería de aplicación ese precepto de nuestra ley orgánica son las de quienes no han sido adjudicatarios de una de las viviendas con protección pública para arrendamiento con opción a compra para jóvenes y antes han estado cumpliendo los procedimientos establecidos y sin haber ocupado ilegalmente una vivienda de promoción pública.

Aunque la inmensa mayoría de los ciudadanos siguen las reglas establecidas en los procesos de selección y adjudicación de estas viviendas con algún tipo de protección oficial, sin embargo sufren un agravio en relación con quienes resultan adjudicatarios de unas de esas viviendas a las que también optaban habiendo ocupado antes viviendas de titularidad pública sin seguir el procedimiento, sino una estrategia de hechos consumados también conocida como «patada en la puerta».

Esa Administración autonómica debe tener presente que el objetivo pretendido con su intervención en la gestión de la vivienda no es otro que garantizar las condiciones generales de mayor justicia en la adjudicación y de mejor gestión posterior del parque de vivienda pública, para lo cual también se ha pretendido afrontar la compleja situación económica y familiar de la población demandante de vivienda, a través de la consideración más rigurosa de los parámetros relativos a los niveles de renta, la composición familiar y la diversidad de situaciones de alojamiento previo.

Dada la poca oferta pública de viviendas protegidas y la gran demanda existente, las diferentes administraciones competentes han venido aprobando normas en las que se regulan diferentes procesos de adjudicación de viviendas en función del grado de necesidad, debidamente baremada en atención a las circunstancias y atendiendo al cumplimiento de otros requisitos de carácter económico (nivel de ingresos) y social (colectivos con especial protección, antigüedad en la lista de espera, arraigo en el municipio, etc.). Una consecuencia de esos requisitos o circunstancias es la prioridad en la adjudicación de viviendas o la exclusión de los solicitantes.

Aunque el artículo 7 de la Orden 3766/2005, de 7 de diciembre, establece que «la exclusión de la Lista Única se producirá de oficio cuando los seleccionados resulten beneficiarios de una vivienda o en el momento que se acredite que no reúnen los requisitos legalmente establecidos para acceder a ella», sin embargo este precepto no es aplicable a quienes presentan su solicitud mientras están ocupando ilegalmente una vivienda de promoción pública toda vez que, aunque en la práctica tienen cubierta su necesidad ya que están utilizando una (en precario o de forma irregular), legalmente no ha resultado adjudicatarios de vivienda de protección pública ninguno de los miembros de la unidad familiar solicitante en los veinte años anteriores a la finalización del plazo de presentación de solicitudes en el caso de sorteo, ni ninguno de los miembros de la unidad familiar ha sido

titular del pleno dominio o de un derecho real de uso o disfrute sobre otra vivienda en todo el territorio nacional.

Además de que la ocupación ilegal sienta un pésimo precedente si no se actúa en la forma debida incoando el procedimiento de desahucio administrativo, su recuperación posesoria supone gastos para la Administración titular de las viviendas, no solamente en recursos de personal y medios para la tramitación del desahucio, sino también en las posteriores labores de restauración de las viviendas a un adecuado estado de conservación antes de ser adjudicadas a quienes han estado esperando a que quedaran libres. Así lo ha reconocido el informe del IVIMA con ocasión de esta queja.

Del mismo modo, el informe que ahora estamos analizando señala que tras el desalojo judicial de los 30 ocupantes sin título, se ha procedido a instalar una vigilancia permanente que impidiera nuevas ocupaciones ilegales. Esta situación es un mero ejemplo de las cada vez más frecuentes ocupaciones ilegales y que están dando lugar a que esa Administración autonómica se vea en la necesidad de destinar recursos económicos a la contratación de vigilantes privados, y no en poner más viviendas a disposición de quienes esperan ver satisfecho su derecho constitucional a disfrutar de la que necesitan.

Según una información que apareció publicada en la prensa el pasado 28 de febrero, «los Gobiernos de Madrid y Cataluña, entre otros, se han visto obligados a contratar vigilantes privados para proteger las casas de promoción pública (VPO)» así como que «en la Comunidad de Madrid, su empresa regional de vivienda, el IVIMA, lleva años convocando un concurso para subcontratar este servicio. En el último, el coste para las arcas públicas de esta labor de vigilancia asciende a cinco millones de euros en dos años».

Como indica esa información periodística, es verdad que «se da la paradoja de que hoy por hoy es más fácil desalojar de una vivienda a un inquilino moroso que en su día firmó un contrato de arrendamiento o ejecutar una hipoteca, que conseguir que abandone la casa quien la ocupó mediante la patada en la puerta».

El Instituto de la Vivienda de Madrid (IVIMA) es organismo con competencia para gestionar su patrimonio, por lo que adquiere la facultad de explotación, así como la obligación de custodia y conservación que se traduce en la necesidad de garantizar el uso adecuado de los inmuebles que son de su propiedad. El artículo 11 de la Ley

3/2001, de 21 de junio, de Patrimonio de la Comunidad de Madrid y los artículos 55 y 58 de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, reconocen a la Administración la potestad de desahucio administrativo y de recuperación posesoria de los bienes y derechos de su patrimonio. Haciendo uso de estas prerrogativas, el Área de Inspección de Vivienda de ese Instituto articula los procedimientos legal y reglamentariamente establecidos en aras de garantizar la defensa y protección del patrimonio público de vivienda propiedad del IVIMA. El procedimiento que se articula desde el IVIMA para garantizar la inspección y control patrimonial cuando no existe título de adjudicación o contrato de arrendamiento en vigor es el de recuperación patrimonial del inmueble.

En el escrito que enviamos al IVIMA el pasado 2 de febrero en la queja 10003744, estudiábamos detenidamente los problemas de la cada vez más frecuente existencia de viviendas vacías que son objeto de asaltos por ocupantes ilegales y sobre los procedimientos seguidos para su posterior recuperación posesoria y desahucio tras la intervención judicial. En dicho escrito formulamos unas recomendaciones al IVIMA para que adoptara otras medidas distintas de las que ya venía aplicando que contribuyeran a atajar ese problema que cada vez crecía más, resoluciones que no fueron aceptadas por completo.

No se trata ahora de volver sobre el problema derivado de la recuperación posesoria de las viviendas ocupadas sin título suficiente que es competencia del IVIMA, sino de cómo paliar la injusticia inserta en la gestión de la Lista Única de Solicitantes de Viviendas con Protección Pública para Arrendamiento con Opción a Compra para Jóvenes.

Como es a esa Dirección General de la Vivienda y Rehabilitación a quien corresponde «f) La adjudicación de las viviendas de promoción directa de la Comunidad de Madrid, así como la propuesta de elaboración de la normativa legal al respecto, y de aquellas cuyos derechos de propiedad o cualquier otros correspondan a la Comunidad de Madrid, sin perjuicio de las competencias del Instituto de la Vivienda de Madrid en los procesos de remodelación, renovación y rehabilitación de barrios», le sería de aplicación el artículo 127.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que determina que el ejercicio de la potestad sancionadora corresponderá a los órganos administrativos que así la tengan atribuida en una disposición de rango legal o reglamentario y en el ámbito de la Comunidad de Ma-

drid, lo que establece el Decreto 245/2000, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración de la Comunidad de Madrid.

Por ello, le comunicamos que, de acuerdo con el artículo 31.1 de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, hemos procedido a concluir la investigación con el IVIMA sobre esta queja y a reanudarla con esa dirección general, competente para instar las medidas que se van a recomendar como continuación de las consideraciones que expone ahora:

Primera. Como hemos visto anteriormente, en la actualidad en el procedimiento seguido para la adjudicación de viviendas entre los que figuran inscritos en esa lista única, resulta totalmente indiferente haber ocupado ilegalmente antes una vivienda de promoción pública e, incluso, estar ocupándola hasta un momento antes de tenerse que mudar a la que se le haya adjudicado según dicho procedimiento.

En dicho procedimiento están en la misma situación de igualdad a la hora de acceder a una de esas viviendas quienes de forma ocasional o reiterada han ocupado ilegalmente una vivienda que quienes, pudiendo actuar del mismo modo, optan por el más escrupuloso respeto a la propiedad de la Administración titular de las viviendas y a las leyes que las regulan y se han abstenido de generar gastos con su actuación que luego tienen que ser costeados por el erario público.

Por ello, una de las posibles vías para evitar la injusticia es modificar la Orden 3766/2005, de 7 de diciembre, para que se establezca entre sus requisitos no estar ocupando o haber ocupado ilegalmente una vivienda de promoción pública en la Comunidad de Madrid o no haber sido desalojados judicialmente de una vivienda en un tiempo determinado. Esta exclusión expresa no se puede considerar como una sanción, no está tipificada como tal en ninguna de las leyes y demás normas que son de aplicación en esta materia, incluso se ha hecho en otros procedimientos de adjudicación de viviendas con algún tipo de protección oficial; ni tampoco puede ser considerada una discriminación contra quienes hayan incurrido en una actuación ilegal.

Es verdad que el artículo 14 de la Constitución consagra el principio de igualdad ante la ley y prohíbe la discriminación. Sin embargo, debemos tener presente la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia del Tribunal Supremo, según las cuales el principio de igualdad consagrado en dicho artículo no supone la pro-

hibición de toda discriminación, sino solo de aquella que carece de una justificación objetiva y razonable. Por ello, para que pueda apreciarse una discriminación contraria a dicho principio constitucional es necesario que se compruebe que las situaciones que se pretenden comparar son situaciones idénticas a las que se da un tratamiento distinto (Sentencias del Tribunal Constitucional 68/1989, de 19 de abril, y de 31 de mayo de 1993, entre otras muchas, y del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1990; 2 de abril de 1992; 25 de marzo de 1993; 25 de septiembre y 11 de noviembre de 1995).

El principio de igualdad exige, por tanto, no sólo que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad sobre la relación entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida por el legislador (Sentencia del Tribunal Constitucional 110/1993, entre otras). No puede olvidarse, además, que la doctrina del Tribunal Constitucional recogida, entre otras, en la Sentencia 43/1982, de 6 de julio, y que se ha reiterado en diversas ocasiones, mantiene siempre la misma línea doctrinal (Sentencia 37/1982, de 16 de junio, entre otras), ocupándose de destacar, en definitiva, la imposibilidad de que pueda alegarse la igualdad fuera de la legalidad, de manera que la equiparación en la igualdad que puede solicitar el ciudadano que se siente discriminado ha de ser siempre ante situaciones idénticas y conformes al ordenamiento jurídico.

El principio de igualdad no impide que una determinada actuación de los poderes públicos distinga a los ciudadanos, máxime si dicho trato diferenciador se establece conforme a criterios razonables y de acuerdo con juicios de valor generalmente admitidos, como es el respeto debido por todos a la ley, consagrado en el artículo 9.1 de la Constitución, por lo que discriminación y diferenciación no deben nunca confundirse. Asimismo, el artículo 1 de la Constitución establece que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, entre otros, el de la justicia, lo que supone posibilitar la existencia de medidas razonables y proporcionales en consonancia con ese valor superior.

Alternativamente puede aplicarse una regla de discriminación positiva, apta para situaciones que pueden merecer protección, aquí para quienes cumplen la legalidad, es decir, que tengan más puntos aquellos que no hayan sido ocupantes ilegales de ninguna vivienda protegida.

No obstante, como la comunidad autónoma debe adoptar las medidas encaminadas a gestionar el derecho a la vivienda de quienes necesitan una con respeto a los principios de igualdad, transparencia, publicidad y concurrencia, no resulta incompatible discriminar positivamente a quienes no han incurrido en irregularidad y no han producido perjuicio a terceros o a la Administración actuante, como hemos dicho antes, y sancionar esas ocupaciones.

Esta Defensoría considera que con tal discriminación positiva se contribuye a la sujeción de los ciudadanos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, al respeto a la ley. No se atentaría al derecho de acceso a vivienda (artículo 47 de la Constitución), ni al trato igual (artículo 14), máxime cuando la igualdad no puede ser entendida en sentido mecanicista o formalista, sino de conformidad con su valoración real y material, lo que significa que ha de darse tratamiento diferente a situaciones también distintas, estableciéndose discriminaciones positivas que han sido estimadas ajustadas a derecho de manera reiterada por el Tribunal Constitucional, y que, por otro lado, son reconocidas por la propia Constitución, por ejemplo, al otorgar una protección especial a los ciudadanos de la tercera edad (artículo 50), a la familia (artículo 39), a los emigrantes (artículo 42), etcétera.

Segunda. Por otro lado, aunque la ocupación ilegal de viviendas de titularidad pública sea socialmente reprochable desde el punto de vista jurídico, social y económico, en la actualidad no se puede sancionar a esas personas porque tales actuaciones no están legalmente tipificadas como infracciones en la Ley 9/2003, de 26 de marzo, del régimen sancionador en materia de viviendas protegidas de la Comunidad de Madrid.

Esas ocupaciones ilegales ni siquiera podrían tenerse como la infracción prevista en el artículo 8 (infracciones muy graves) de la Ley 9/2003, que la tipifica de la siguiente forma: «j) Alterar el régimen de uso establecido para las viviendas protegidas».

Aquí hemos de recordar que, como indica la exposición de motivos de la Ley 30/1992:

«... el título IX regula los principios básicos a que debe someterse el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y los correspondientes derechos que de tales principios se derivan para los ciudadanos extraídos del texto constitucional y de la ya consolidada jurisprudencia sobre la materia. Efectivamente, la Constitución, en

su artículo 25, trata conjuntamente los ilícitos penales y administrativos, poniendo de manifiesto la voluntad de que ambos se sujeten a principios de básica identidad, especialmente cuando el campo de actuación del Derecho administrativo sancionador ha ido recogiendo tipos de injusto procedentes del campo penal no subsistentes en el mismo en aras al principio de mínima intervención.

Entre tales principios destaca el de legalidad o «ratio democrático» en virtud del cual es el poder legislativo el que debe fijar los límites de la actividad sancionadora de la Administración, y el de tipicidad, manifestación en este ámbito del de seguridad jurídica, junto a los de presunción de inocencia, información, defensa, responsabilidad, proporcionalidad, interdicción de la analogía, etcétera.

Todos ellos se consideran básicos al derivar de la Constitución y garantizar a los administrados un tratamiento común ante las administraciones públicas, mientras que el establecimiento de los procedimientos materiales concretos es cuestión que afecta a cada Administración Pública en el ejercicio de sus competencias».

A la vista de lo que acabamos de exponer, a los ciudadanos que, a pesar de reunir todos los requisitos establecidos en la normativa aplicable en su convocatoria de una vivienda, llevan un largo tiempo esperando a que se les adjudique una porque no existe ninguna libre y adecuan su necesidad a como espera que lo haga la sociedad en general, les resulta difícil aceptar que la citada Ley 9/2003 tenga previsto en su artículo 6 que es una infracción leve «h) No exponer en sitio visible durante el período de construcción el cartel indicativo de estar acogida la construcción al régimen de vivienda protegida» y que ello acarree una sanción de 150 a 1.500 euros de multa y más aún que sea una infracción grave, lo que conlleva una sanción de 1.501 a 6.000 euros de multa; «d) El incumplimiento por parte de los propietarios de la obligación de atender a las obras de conservación o de policía e higiene de las viviendas protegidas durante el plazo de vigencia de la protección» y, sin embargo, no esté contemplada como infracción la ocupación de una vivienda protegida sin haber seguido el procedimiento establecido para ello o producir durante la ocupación ilegal de una vivienda destrozos en ella y actuaciones contrarias a la policía e higiene debidas.

Es más, en dicha ley está prevista como infracción muy grave «i) La utilización simultánea de más de una vivienda protegida, salvo cuando se trate de titulares de familia numerosa en los términos

autorizados por la legislación vigente en la materia», pero no está prevista con tanta gravedad o con menor otra situación ilegal como es la utilización de una vivienda protegida sin el menor amparo jurídico, como sucede con quienes utilizan el método de la «patada en la puerta».

Como ya hemos hecho en otras investigaciones desarrolladas ante el IVIMA, esta Defensoría debe insistir en que estas ocupaciones ilegales acarrearán graves consecuencias negativas para las otras personas que están esperando la adjudicación de una vivienda pública, así como para el organismo que ha de recuperar la posesión de esas viviendas de su propiedad, por lo que hemos considerado oportuno recomendar en esta queja que se modifique esa Ley 9/2003, de Régimen sancionador de viviendas protegidas de Madrid, por las razones anteriormente expuestas.

Por lo expuesto, y de conformidad con los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, procedemos a formular a esa Dirección General de Vivienda y Rehabilitación las siguientes recomendaciones:

«Primera. Que inste la modificación de la Orden 3766/2005, de 7 de diciembre, que regula la lista única de solicitantes de viviendas con protección pública para arrendamiento con opción a compra para jóvenes, y el procedimiento de selección de la misma, para que se incluya entre los motivos de exclusión de las solicitudes el no haber ocupado o no estar ocupando una vivienda o inmueble, sin título suficiente para ello durante un plazo a contar desde la fecha de desalojo, salvo abandono voluntario de la misma debidamente acreditado.

Alternativa o complementariamente, que esa Dirección General inste la inclusión de alguna medida de discriminación positiva para los solicitantes que no hayan sido ocupantes ilegales de vivienda protegida, de tal modo que obtengan algún tipo de preferencia en la adjudicación frente a quienes sí han ocupado una vivienda sin título jurídico suficiente».

«Segunda. Que, en el ejercicio de las atribuciones, inste la modificación de la Ley 9/2003, de 26 marzo, de Régimen sancionador de viviendas protegidas de Madrid, para que contenga una precisa tipificación de las infracciones y sanciones por la ocupación de viviendas vacías propiedad del IVIMA sin título suficiente para ello.»

Agradeciendo la remisión a esta Institución del preceptivo informe, en el que se ponga de manifiesto la aceptación de estas recomendaciones o, en su caso, de las razones que estime para no aceptarlas, y ello de conformidad y en el plazo previsto en el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos.

Madrid, 20 de diciembre de 2011.

Recomendación dirigida al Director General de Vivienda y Rehabilitación. Comunidad de Madrid.

Recomendación 111/2011, de 22 de diciembre, sobre la adopción de medidas de restablecimiento del orden urbanístico infringido.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 512*)

Se ha recibido su último informe relativo a la queja arriba indicada, formulada por don (...), actuando en nombre y representación de la Asociación (...).

Tras estudiar su contenido comprobamos que es idéntico al recibido por esta Defensoría el 25 de noviembre de 2010, con la única novedad de que comunican que el 8 de septiembre de 2011 se incoó un expediente de reposición de la legalidad urbanística por los hechos denunciados. Además, debemos recordar que esta Institución en su último escrito solicitó información sobre si la operadora telefónica había recurrido judicialmente la decisión de ese Ayuntamiento de no autorizar la instalación.

Teniendo en cuenta que el informe no hace referencia al mencionado recurso, entendemos que finalmente no se recurrió judicialmente la resolución de esa Corporación local, sin embargo, esta Defensoría debe realizar las siguientes observaciones:

En primer lugar, atendiendo a la información suministrada, tras denegar la licencia de obra y apertura de la antena de telefonía móvil y comprobar el 8 de octubre de 2010 que la antena se había instalado, no se incoó expediente para restablecer la legalidad urbanística vulnerada hasta el 8 de septiembre de 2011, casi un año después, sin que conste a esta Defensoría las razones de dicho retraso.

Debemos señalar que, aunque se ordenó el cese del suministro eléctrico como medida cautelar, ese ayuntamiento también debía haber incoado el expediente de reposición de la legalidad urbanística tan pronto como tuvo conocimiento de los hechos, tal y como dispone el artículo 209 de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia, y no dejar transcurrir 13 meses para hacerlo.

En segundo lugar, dado que, tal y como reitera esa Corporación local, la instalación de la antena estaba prohibida expresamente por la Ordenanza Municipal Reguladora de la Instalación y Funcionamiento de las Infraestructuras Radioeléctricas, también debería haberse incoado un expediente sancionador, pero esta Institución no tiene constancia de que se haya hecho.

Debemos recordar a ese ayuntamiento que las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística son independientes de las sancionadoras, toda vez que los efectos son distintos: unas tienden a la restauración del orden alterado, y las otras, a la imposición de la pertinente sanción. Además, la intervención administrativa y las potestades de protección de la legalidad urbanística y de sanción de las infracciones son de ejercicio inexcusable y las autoridades y funcionarios están obligados a iniciar y tramitar los procedimientos establecidos para el ejercicio de tales potestades, de acuerdo con los principios de eficacia, economía y celeridad contemplados en el artículo 103 de la Constitución y en el artículo 3 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con el objetivo de evitar que el incumplimiento de la normativa pueda redundar en el beneficio de los infractores de las normas y vaya en detrimento del propio municipio y sus vecinos.

Es decir, como viene defendiendo esta Defensoría, ante la realización de obras no amparadas en licencia, ese ayuntamiento debe incoar el correspondiente expediente de restauración de la legalidad urbanística para reponer la realidad alterada a su estado anterior y conjuntamente, ante la presunta comisión de una infracción, acordar la iniciación de un procedimiento sancionador, ya que la potestad disciplinaria de la Administración es una cuestión de orden público ejercitable por obligación, no siendo, por tanto, discrecional sino imperativa e inexcusable (artículo 127 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

Atendiendo a lo señalado, y puesto que ya se ha incoado un expediente de restauración de la legalidad, he resuelto, de conformidad con los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, formular a ese Ayuntamiento la siguiente sugerencia:

«Que esa Corporación, en el ejercicio de sus potestades urbanísticas, acuerde la iniciación de un procedimiento sancionador ante la presunta comisión de una infracción contemplada en la Ordenanza Municipal Reguladora de la Instalación y Funcionamiento de las Infraestructuras Radioeléctricas».

Asimismo, se ha considerado procedente dirigirle la siguiente recomendación:

«Que en el futuro reaccione eficazmente ante la transgresión del orden urbanístico y que cumpla con la máxima diligencia el mandato legal que asigna la legislación urbanística a las administraciones municipales de inspeccionar, preservar y restablecer el orden urbanístico infringido, y que ante hechos que podrían ser constitutivos de una infracción incoe el correspondiente procedimiento sancionador y ejerza la potestad sancionadora, reconocida por la Constitución, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 127 de la Ley 30/1992».

Agradeciendo la remisión a esta Institución del preceptivo informe, en el que se ponga de manifiesto la aceptación de estas resoluciones o, en su caso, de las razones que se estimen para no aceptarlas, de conformidad con el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, por la que nos regimos.

Madrid, 22 de diciembre de 2011.

Recomendación dirigida al Alcalde del Ayuntamiento de Ourense.

Recomendación 112/2011, de 26 de diciembre, para que se dicten, por la Dirección General de los Registros y del Notariado, instrucciones que permitan clarificar la inscripción de las adopciones realizadas por ciudadanos españoles en Etiopía, al objeto de homologar la actuación de los distintos Registros Civiles.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 505*)

Se acusa recibo a su atento escrito (s/ref...), en el que nos contesta a la queja planteada por doña (...), registrada con el número arriba indicado.

En dicho informe se comunica que el Registro Civil de (...) dictó auto acordando denegar la inscripción de adopción, realizada en Etiopía, de las dos hijas de la interesada. No obstante, esta información ya había sido trasladada a esta Institución por los interesados, centrándose la investigación iniciada en la falta de uniformidad entre las resoluciones recaídas en los citados expedientes de adopción iniciados en diferentes registros.

En relación con lo anterior, se constatan las dificultades con las que se encuentran los ciudadanos adoptantes en Etiopía, que deben inscribir dicha adopción en el Registro Civil de (...), que ven como se deniega la citada inscripción sobre la base de lo regulado en el artículo 9.5.º del Código Civil que estipula que «no será reconocida en España como adopción la constituida en el extranjero por adoptante español, si los efectos de aquélla no se corresponden con los previstos por la legislación española». Esta falta de correspondencia entre la legislación española y la etíope, se concreta en la relación que deben man-

tener las menores adoptadas con su familia de origen, así como en la existencia de una serie de casos tasados en los que es posible la revocabilidad de la adopción.

En el escrito remitido por los interesados se exponía que en el resto de Registros, en los que se solicita la inscripción de estas adopciones, se resuelve su inscripción, con la excepción citada del Registro Civil de (...), denegación que supone múltiples perjuicios a los solicitantes, que se ven obligados a instar la anotación prevista en el artículo 154.3.º del Reglamento del Registro Civil, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 38 de la Ley del Registro Civil, anotación que no acredita la nacionalidad española de los adoptados.

Asimismo, se remitía un informe realizado por la Dirección General de los Registros y del Notariado, en respuesta a una consulta sobre la inscripción de las adopciones realizadas en Etiopía por ciudadanos españoles. En el referido informe se analizaban detalladamente los efectos de la adopción en Etiopía, con objeto de determinar si se correspondían con los de la adopción en nuestro país, llegándose a la conclusión de «... que las adopciones constituidas con arreglo al vigente Derecho etíope en los casos examinados cumple la regla de correspondencia de efectos impuesta por el artículo 9 n.º 5 del Código Civil y, por tanto, pueden ser reconocidas en España como verdaderas adopciones en el sentido pleno del término propio del Derecho español y su virtud, siempre que se cumplan los demás requisitos legales, ser inscritas en el Registro Civil español».

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 dicten, por la Dirección General de los Registros y del Notariado, instrucciones que permitan clarificar la inscripción de las adopciones realizadas por ciudadanos españoles en Etiopía, con objeto de homologar las actuaciones de los distintos registros civiles».

En la seguridad de que esta recomendación será objeto de atención por parte de V. E. y en espera de la preceptiva respuesta.

Madrid, 26 de diciembre de 2011.

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

Recomendación 113/2011, de 26 de diciembre, sobre fundamentación de las resoluciones dictadas por el Consulado General de España en Orán (Argelia), denegatorias de la inscripción de matrimonio.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 505*)

Se ha recibido en esta Institución escrito de doña (...), DNI (...), que ha quedado registrado con el número arriba indicado.

Sustancialmente expone que fue denegada la solicitud de inscripción de su matrimonio con don (...), de nacionalidad argelina, solicitada ante el Consulado General de España en Orán, al tratarse de un matrimonio de complacencia. La señora (...) ha aportado la resolución denegatoria de la inscripción, cuya copia se adjunta con el presente escrito, en la que puede apreciarse la ausencia de motivación atendiendo a las circunstancias personales de los contrayentes.

La resolución denegatoria no se encuentra motivada de manera suficiente impidiendo al interesado conocer las razones que han llevado a ese encargado del Registro Civil a concluir que su matrimonio es de complacencia. En este sentido es preciso recordar la Instrucción de 31 de enero de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre los matrimonios de complacencia, al señalar expresamente que «el encargado del Registro Civil que aplica las presunciones judiciales debe incluir en su resolución, de modo expreso, el razonamiento en virtud del cual dicha autoridad ha establecido la presunción, evitando la utilización de modelos formularios que, por su generalidad y falta de referencia a las concretas circunstancias parti-

culares del caso concreto, no alcanzan a llenar el requisito imprescindible de la motivación de la resolución (cfr. art. 386 n.º 2 LEC)».

El presente asunto, relativo a la ausencia de motivación en las resoluciones denegatorias de inscripción de matrimonio por parte del Consulado General de España en Orán, también se ha constatado en otro expediente recibido (11020560).

A la vista de las quejas que se han ido recibiendo por idéntico motivo procedentes de diversos consulados, esta Institución dirigió a esa Secretaría de Estado una recomendación para que se adoptasen cuantas medidas procedan para que en las resoluciones que dictara el Consulado General de España en Bogotá, denegatorias de la inscripción de matrimonio, se fundamentaran e individualizaran los motivos de dicha denegación, evitando la utilización de modelos formularios y la falta de referencia a las circunstancias particulares de cada caso.

La recomendación fue aceptada en el escrito de V. E. el pasado 5 de octubre de 2011, en el que se comunicó a esta Institución que ese centro directivo se ratificaba plenamente en las medidas contenidas en un informe previo remitido al Consulado General de España en Bogotá, con fecha 3 de diciembre de 2008. Se ha dado traslado nuevamente de este informe con el objeto de que sean aplicadas esas medidas atendiendo a la particularidad de cada caso, haciendo referencia a las causas por las que no se autoriza la inscripción solicitada.

A la vista de lo anterior, con motivo de las quejas que se continúan recibiendo sobre la falta de motivación de las citadas resoluciones, en atención a lo establecido en el artículo 30.1 de nuestra ley orgánica reguladora, esta Institución ha estimado procedente formular a V. E. la siguiente recomendación:

«Que se adopten cuantas medidas procedan para que en las resoluciones que dicte el Consulado General de España en Orán, denegatorias de la inscripción de matrimonio, se fundamenten e individualicen los motivos de dicha denegación, evitando la utilización de modelos formularios y la falta de referencia a las circunstancias particulares de cada caso».

En la seguridad de que esta recomendación será objeto de atención por parte de V. E. y en espera de la preceptiva respuesta.

Madrid, 26 de diciembre de 2011.

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

Recomendación 114/2011, de 27 de diciembre, sobre la entrada a territorio nacional de los extranjeros que se encuentran tramitando la renovación de sus autorizaciones de residencia y trabajo.

(BOCG. *Sección Cortes Generales. X Legislatura. Serie A, núm. 35, pág. 503*)

Se acusa recibo a su atento escrito (s/ref...), en el que nos contesta a la queja planteada por doña (...), en representación de don (...), y registrada con el número arriba indicado.

En dicho informe se pone de manifiesto que según criterio de esa Comisaría General de Extranjería y Fronteras, la denegación de entrada del ciudadano nacional de Marruecos don (...) en el puesto fronterizo de El Tarajal llevada a cabo el día 27 de septiembre de 2010 fue adecuada, al resultar ajustada a lo establecido en el Código de Fronteras Schengen y a la normativa de extranjería.

En este sentido, señala que en el control documental se pudo comprobar a través de la base de datos Adexttra que en fecha 27 de septiembre de 2010, esto es, el mismo día de la llegada del interesado al puesto fronterizo, la Delegación del Gobierno en la Comunidad de Madrid dictó resolución por la que se denegaba la renovación de dicha autorización, por lo que se entendió que el reclamante no estaba en posesión de documentación válida para su entrada, pese a que contaba con autorización de regreso en vigor.

No obstante lo anterior, debe recordarse a V. E. que con ocasión de otras investigaciones similares al asunto expuesto por la letrada firmante de queja, esta Institución indicó a esa Comisaría General

de Extranjería y Fronteras que, según criterio del Defensor del Pueblo, no resulta aceptable que una resolución denegatoria de una solicitud de renovación de autorización de trabajo y residencia que todavía no esté notificada al interesado pueda desplegar el efecto de impedir su entrada en España, máxime tomando en consideración que en los supuestos de denegación de renovación de residencia y trabajo el Reglamento de extranjería concede un plazo no superior a quince días desde la notificación para la salida obligatoria del extranjero, y sólo considera la estancia del extranjero irregular en España a efectos de incoar expediente de expulsión una vez transcurrido dicho plazo, que en situaciones excepcionales puede fijarse hasta en noventa días.

Así, resulta preciso indicar que el artículo 158.2 del anterior Reglamento de extranjería, vigente en el momento en que se acordó la denegación de entrada al país del señor (...), establecía expresamente que «la salida obligatoria del país habrá de realizarse dentro del plazo establecido en la resolución denegatoria de la solicitud formulada o, en su caso, en el plazo máximo de quince días contados desde el momento en que se notifique la resolución denegatoria, salvo que concurren circunstancias excepcionales y se justifique que cuenta con medios de vida suficientes; en tal caso, se podrá prorrogar el plazo hasta un máximo de noventa días». El citado artículo continuaba indicando que sólo transcurrido dicho plazo sin que se hubiera efectuado la salida obligatoria, podrían aplicarse las previsiones reglamentarias para los supuestos referidos al artículo 53.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

Por su parte, el vigente Reglamento de extranjería, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, refleja en idénticos términos la obligación de salida obligatoria de los interesados en su artículo 24.2, en el que textualmente dispone:

«La salida obligatoria habrá de realizarse dentro del plazo establecido en la resolución denegatoria de la solicitud formulada, o, en su caso, en el plazo máximo de quince días contados desde el momento en que se notifique la resolución denegatoria, salvo que concurren circunstancias excepcionales y se justifique que se cuenta con medios económicos suficientes; en tal caso, se podrá prorrogar el plazo hasta un máximo de noventa días. Una vez transcurrido el plazo indicado sin que se haya efectuado la salida, se aplicará lo previsto en este Reglamento para los supuestos a que se refiere el artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero».

De otro lado, debe tomarse en consideración que el artículo 57.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, determina que la eficacia de los actos administrativos se encuentra sujeta a su notificación, estableciendo el artículo 58.1 de esa misma norma la obligación de notificar a los interesados las resoluciones y los actos administrativos que afecten a sus derechos e intereses.

Como V. E. conoce, el citado artículo 58 establece en su párrafo 4 que a los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente la notificación que contenga cuando menos el texto íntegro de la resolución, así como el intento de notificación debidamente acreditado.

A este respecto, cabe recordar la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de fecha 17 de noviembre de 2003, en la que se fija la siguiente doctrina legal: «Que el inciso intento de notificación que emplea el artículo 58.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se refiere al intento de notificación personal por cualquier procedimiento que cumpla con las exigencias legales contempladas en el artículo 59.1 de la Ley 30/1992, pero que resulte infructuoso por cualquier circunstancia y que quede debidamente acreditado. De esta manera, bastará para entender concluso un procedimiento administrativo dentro del plazo máximo que la ley le asigne, en aplicación del referido artículo 58.4 de la Ley 30/1992, el intento de notificación por cualquier medio legalmente admisible según los términos del artículo 59 de la Ley 30/1992, y que se practique con todas las garantías legales aunque resulte frustrado finalmente, y siempre que quede debida constancia del mismo en el expediente».

A la vista de lo anterior puede concluirse que el plazo máximo del que dispone la Administración para cumplir con la obligación de notificar la correspondiente resolución a los interesados, esto es el *dies ad quem*, se fija en el momento en el que el intento de notificación conste debidamente acreditado en el expediente y sólo a partir de entonces puede entenderse finalizado el procedimiento administrativo.

Por consiguiente, a juicio de esta Institución, para que un acto administrativo produzca efectos, es necesario que sea conocido en debida forma por sus destinatarios, ya que en caso contrario se estaría incumpliendo la obligación legal de notificación de la Administración

implicada, anticipando con ello la finalización del procedimiento, así como la eficacia del acto no notificado.

En consecuencia, esta Institución considera que en el concreto caso que afecta al señor (...) debió permitirse su entrada al país, dado que el mismo pretendió entrar en territorio español con la documentación exigida a todo ciudadano extranjero con autorización de residencia en trámite de renovación, esto es, con pasaporte y autorización de regreso en vigor, sin que se hubiera procedido en ese momento a notificar en debida forma la correspondiente resolución denegatoria de su solicitud de renovación de autorización de residencia y trabajo, con la consiguiente merma de sus derechos y en claro incumplimiento de las previsiones del artículo 24.2 del vigente Reglamento de extranjería.

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 impartan las oportunas instrucciones a los distintos puestos fronterizos, a fin de que se permita la entrada al país de los extranjeros que se encuentren tramitando la renovación de sus autorizaciones de residencia y trabajo, hasta tanto no conste debidamente notificada la correspondiente resolución denegatoria de la solicitud de renovación y haya transcurrido el plazo de salida obligatoria previsto en el artículo 24.2 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009».

En la seguridad de que esta recomendación será objeto de atención por parte de V. I. y en espera de la preceptiva respuesta.

Madrid, 27 de diciembre de 2011.

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

ÍNDICE ANALÍTICO

- Administración de Justicia
 - Juzgados, **17**
 - Nacionalidad, **30**
 - Personas incapaces, **16, 65**
 - Tipificación «despilfarro» dinero público, **91**
 - V. Personal al servicio de las...*
 - V. Registros civiles*
- Banderas y enseñas
 - V. Entidades locales*
- Bienes inmuebles
 - Adquisición en subasta, **102**
- Catastro
 - Acceso a información, **73**
- Comunidades autónomas
 - Ayudas vivienda, **97**
 - Bilingüismo, **13, 41, 57**
 - Presentación de escritos, **47**
 - Registro Uniones de Hecho, **100**
 - V. Personal al servicio de las...*
 - V. Sanidad*
- Consulados
 - Inscripción matrimonios, **29, 37, 113**
- Derechos fundamentales
 - Intimidad pacientes, **23**
- Discapacitados
 - Acreditación, **66**
 - Estacionamientos, **36**
 - Exención impuesto, **63**
 - Vivienda, **77**
 - V. Impuestos*
- Educación no universitaria
 - Educación infantil, **27**
 - Profesorado, **70, 92**
- Educación universitaria
 - Acceso universidad, **54**
 - Becas, **56**
 - Calificaciones, **103**
 - Matrículas, **2**
 - Planes de estudios, **104**
 - Préstamos-renta Universidad, **51**
 - Títulos universitarios, **104**
- Entidades locales
 - Bandera, **50**
- Empleo público, **6, 35**
 - Escuelas campaña electoral, **98**
 - Estacionamientos, **36**

- Ordenanzas, **62, 66**
- Padrón municipal, **94**
- Tasas, **38**
- Vías públicas urbanas, **64**
- V. Discapacitados*
- V. Personal al servicio de las...*

- Extranjería e inmigración
 - Asilo, **3, 74**
 - Asistencia jurídica gratuita, **80, 99**
 - Determinación edad, **79, 81, 82, 83, 84, 85, 90**
 - Matrimonios de conveniencia, **29, 37**
 - Menores indocumentados, **87, 88, 89**
 - Oficinas de extranjeros, **7, 8**
 - Residencia, **59, 114**
 - Reglamento extranjería, **10**
 - V. Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*
 - V. Menores*

- Fuerzas y Cuerpos de Seguridad
 - Policía Nacional, **71**
 - Guardia Civil, **31, 39**
 - V. Extranjería...*
 - V. Personal al servicio de las...*

- Funcionarios
 - V. Personal al servicio de...*

- Impuestos
 - IRPF, **44, 48**
 - IVTM, **63**
 - V. Discapacitados*

- Industria y Comercio
 - Energía fotovoltaica, **25**

- Infraestructuras
 - Carreteras, **22**
 - Aeropuertos, **46, 105**

- Medio ambiente
 - Contaminación acústica, **18**

- Dominio público marítimo-terrestre, **109**
- Información ambiental y derecho de acceso, **109**
- Puertos y Costas, **49**
- Ruidos, **72**
- V. Personal al servicio de las...*

- Menores
 - Cese de la protección, **3**
 - Extranjeros no acompañados, **81**
 - V. Extranjería e inmigración*

- Ordenación económica
 - Crisis económica-financiera, **75, 76**

- Personal al servicio de las administraciones públicas
 - Acceso al empleo público, **33, 34, 35**
 - Complementos retributivos, **71**
 - Función pública local, **6, 33**
 - Interinos, **92**
 - Movilidad, **32**
 - Personal laboral, **32, 34, 35, 42, 55**
 - Protección de datos, **61**
 - Provisión puestos trabajo, **31**
 - Subsanación defectos, **101**
 - Valoración méritos, **101**
 - V. Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*

- Procedimiento administrativo
 - Contratación pública, **60**
 - Fundamentación resoluciones, **37**
 - Interesados, **26**
 - Lengua de los procedimientos, **57**
 - Medios de prueba, **59**
 - Obligación de resolver, **55**
 - Presentación documentos, **47**
 - Responsabilidad patrimonial, **46**
 - Sancionador, **26**
 - V. Comunidades autónomas*
 - V. Consulados*

Registros civiles

- Adopción internacional, **112**
- Homologación actuaciones, **112**
- Inscripción matrimonios, **29, 37, 113**
- Nacionalidad, **30, 45**
- Plantilla, **1, 20, 21**
- V. Consulados*

Pensiones

- Revalorización, **44**
- Prestaciones percibidas indebidamente, **107**

Sanidad

- Daño cerebral, **58**
- Salud laboral, **52**
- VIH/SIDA, **23**
- V. Personal al servicio de las...*

Seguridad ciudadana

- «Botellón», **19**

Símbolos del Estado

- Banderas e insignias, **9**

Subvenciones

- Moratoria hipotecaria, **67**
- V. Procedimiento administrativo*

Traductor-Intérprete Jurado, **104**

Tráfico

- Sanciones, **108**

Seguridad vial, **53, 108**

- V. Discapacitados*

Transporte

- Derechos pasajeros, **105**
- Seguridad aviación, **105**
- V. Infraestructuras*

Urbanismo

- Antenas telefonía sin licencia, **69**
- Disciplina urbanística, **4, 15, 43, 68, 69, 94, 111**
- Licencias, **14**

Violencia de género y doméstica

- Formación funcionarios especializados, **5**

Vivienda

- Ayuda AEDE, **97**
- Adjudicación, **28**
- Discapacitados, **77**
- «Plan alquiler», **78**
- Ocupaciones ilegales, **12, 40, 110**
- Protegidas, **11**
- Proceso adjudicación, **24**
- Realojamiento población marginada, **96**
- Recuperación posesoria, **12, 40**
- Registro Público de Demandantes de Protección Pública, **95**
- V. Comunidades autónomas*

